

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

MARKA SUÇLARI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Nebile Pelin Manti

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Ümit Kocasakal

Mart 2009

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

MARKA SUÇLARI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Nebile Pelin Manti

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Ümit Kocasakal (Galatasaray Üniversitesi)

Mart 2009

ABSTRACT**LES DÉLITS EN MATIÈRE DES MARQUES**

Aujourd'hui la protection de la propriété industrielle et plus particulièrement le droit de marque représente une importance essentielle. Comme les marques augmentent le pouvoir de concurrence des sociétés commerciales et grâce à la mondialisation du commerce qui franchit les frontières nationales, la protection nationale reste insuffisante et il a fallu qu'on adopte des principes communs afin de garantir un niveau international commun de la protection. À cet effet, on a fondé des organisations internationales et on a adopté des conventions internationales, qui précisent le cadre général de la protection. Dans notre pays aussi, à partir de 1995, il y eu des développements importants à propos de la protection de la propriété intellectuelle, plus particulièrement pour la protection des marques.

La première réglementation qui est acceptée à cet effet, c'est le Règlement Relatif à la Protection des Marques, daté du 20 Septembre 1871, à l'époque de l'empire Ottoman, qui adopte le système de registration sans examen de l'Institut et qui est révisé le 6 Juillet 1872. Ce système de protection qui est adopté de la Loi française datée de 1857 est renouvelé le 11 Mai 1888 avec le Règlement relatif aux marques propres aux biens fabriqués, qui est aussi inspiré par le modèle français.

Après la fondation de la République Turque, ce Règlement Relatif à la Protection des Marques a été changé par la Loi Annexe No 6591, daté du 20 Mai 1955 et on a adopté le système d'examen pour la registration.

Ce Règlement a été aboli plus tard, par l'entrée en vigueur de la Loi des Marques No. 551 en date de 1965 et la Loi des Marques a été abolie par l'entrée en vigueur du Décret-loi Relatif à la Protection des Marques No 556 en 1995.

Le décret-loi daté du 1995, est le résultat des efforts de la Turquie qui devrait accomplir ses engagements prévues par l'Union Douanière et qui est accepté comme un pays candidat a l'Union Européenne. A cet égard, la Turquie a suivi des évolutions dans l'Union et dans une période très courte, adopté une traduction presque mot-à-mot du Règlement No 40/94 Relatif aux Marques Communautaires sous nom de Décret-loi Relatif a la Protection des Marques No 556 en 1995.

En dépit des manques essentiels dans cette première version, quelques mois plus tard, quelques additions ont été faites par la Loi No. 4128, daté du 3 Novembre 1995. La plus importante addition apportée par cette loi était l'article 61A, relatif à des délits en matière des marques, qui est le sujet de ce travail. Cet article a aboli les articles de l'ancienne Loi des Marques qui étaient toujours en vigueur à cette date et précisé les nouvelles dispositions à propos des délits des marques. Cet article est aussi révisé à l'égard des sanctions, par la Loi No. 5194 daté du 22 Juin 2004.

L'article 61A, relatif à des délits en matière des marques, a causé des grandes discussions pratiques et théoriques, à cause de sa formulation et de la façon qu'il est entré en vigueur.

Premièrement, régulation d'un domaine assez important avec un décret-loi a donné naissance à des problèmes. D'ailleurs, à la même époque, on a préféré de réguler la protection des brevets et des designs industrielles avec les décrets-lois, au lieu des lois, en plus ce décret-lois n'avaient pas été discuté et adopté par la Grande Assemblée Nationale Turque, dans le délai prévu pour ce type des régulations. Comme les Décrets-lois contiennent des erreurs de traductions, il s'agit des différences d'interprétation parmi les académiciens et les praticiens et comme ça on a éloigné de la pratique de l'Union même si on vise à créer une législation harmonisée avec l'Union pour la protection de marques en adoptant ces dispositions.

Une autre dimension du problème relève du fait que la disposition relatif à des délits est prévue par la loi No. 4128, mais cet article est inséré dans le décret-loi et dans l'apparence l'article relatif à des délits en matière des marques se trouve dans le décret-loi.

Selon notre système juridique, si les actes qui constituent les délits et sa sanction sont disposés dans le même article, on l'appelle comme une "*norme pénale complète* ». Cependant si les actes qui constituent le délit sont mentionnés en faisant référence à une autre loi, il s'agit d'une "*norme pénale incomplète*."

Dans le décret-loi No. 556, dans les deux premières dispositions de l'article 61A, les actes qui constituent violation sont stipulés explicitement, tandis que dans le paragraphe (c), ces actes ne sont pas mentionnés explicitement mais en faisant référence à l'article 61 du décret-loi relatif à la violation du droit de marque. Le paragraphe (a) de l'article 61, par ailleurs, précise quelques cas qui constituent violation en se référant à l'article 9, relatif au contenu du droit de marque. Autrement dit, les délits en matière de marques, qui se trouvent dans l'article 61A(c) sont prévues avec un système de référence à deux échelles, en se référant aux dispositions du décret-loi.

Cette situation a causé des discussions qui disent qu'un tel système viole le principe constitutionnelle de la "*légalité des délits et des peines*." D'ailleurs, la Cour Constitutionnelle a examiné ce sujet grâce a une opposition faite en 2003 et considéré que l'article 61A(c) ne viole pas le principe constitutionnel.

En 2004, la Cour Constitutionnelle, au cours d'un examen relatif à l'article 61(d), à propos de la "*dilation ou transfère aux tiers des droits qui relèvent du contrat de licence sans permission de la propriétaire du droit de marque*" a considéré que cette disposition viole le principe de "*la légalité des délits et des peines*" de l'article 38, l'article 91 qui interdit "*la régulation des droits*

fondamentaux et des droits et des obligation personnels par le décrets-lois”. Cependant la Cour est restée attachée à son précédent de 2003 et accepté l’article 61/A(c) conforme à la Constitution.

Dans ce processus les académiciens et les pratiquants ont insisté sur le fait qu’il est nécessaire de réglementer ce domaine avec une loi.

En 2008, au cours d’un examen, la Cour Constitutionnelle a considéré que les paragraphes (a) et (c) de l’article 61 qui est référé par l’article 61A(c) et le premier et deuxième paragraphe (b) de l’article 9, référence du paragraphe (a) l’article 61, violent le principe de “*l’État du Droit* ” prévu par l’article 2 de la Constitution, le principe de “*Proportionnalité dans la limitation des droit et les libertés fondamentaux*” prévoit par l’article 13 de la Constitution, le principe de “*la légalité des délits et des peines*” prévoit par l’article 38 de la Constitution et l’article 91 qui interdise “*la régulation des droits fondamentaux et des droits et des obligation personnels par le décrets-lois* » et abolit ces articles mais garde son opinion relatif a l’article 61A(c). Comme les lacunes que cette décision a donné naissance peut effectuer le bon public, la Cour Constitutionnelle a décidé que la décision va entrer en vigueur 6 mois plus tard que sa publication dans le Journal Officiel, c’est-à-dire en 5 Janvier 2009.

Cependant le législateur n’a pas utilisé ce délai effectivement et n’a pas légiféré ce domaine de marques et s’est contenté de faire les nouvelles dispositions 9, 61 et 61A, au lieu de celles qui sont abolies avec le Loi No. 5833 daté de 28 Janvier 2009.

Le dit décision à causé de grands problèmes pour les pratiquants. Car les dispositions abolies, sont des dispositions qui précisent le cadre du droit de marque et essentiellement ce sont des règles relatives au droit privé. Autrement dit, la décision de la Cour a créé des lacunes non seulement dans les cas criminels mais pour les actions civiles entre 5 Janvier 2009 et 28 Janvier 2009.

La législateur a laissé de coté la méthode de référence et stipulé tous les actes qui constituent les délits en matière des marques dans le même article. Cela montre que la difficulté technique causée par la méthode de référence a été fixé mais les discussions continuent qui relèvent du fait que cet article toujours se trouve dans le décret-loi.

Dans le cadre de ce travail, on va d'abord donner une information générale à propos de la notion de la propriété industrielle, la marque et le droit de marque et essayer de montrer l'aspect important du régime de la protection des marques en Turquie, en faisant référence a des dispositions nationales autant que internationales qui constituent modèle aux réglementations turque. Puis dans la deuxième partie, on va examiner les délits en matière des marques prévoit dans le nouveau article 61A en suivant le technique du droit pénal.

ABSTRACT**THE TRADEMARK CRIMES**

Today the trademark rights and their protection as a part of the industrial property rights have a great importance. As the trademarks increase the capacity of the concurrence of the companies and because of the globalization of the commercial relations, the national protection became insufficient and it has become necessary to adopt general principles which would enable a protection at the same level in the international area. In this purpose, multiple international organizations have been founded and by conclusion of some international conventions, common principles have been adopted for the protection of the trademark rights. In our country, as from 1995, multiple important developments occurred relevant to the protection of the industrial property rights and in particular relevant to the protection of the trademark rights.

The very first legal regulation known regarding the protection of the trademarks in our country was the Trademarks Regulation dated September 20, 1871 which was concluded during the Ottoman Empire and adopted the system of registration without examination. Some articles of the said regulation had been amended on July 6, 1872. This regulation, which was inspired by the French law dated 1857, was revised by the “Regulation Relevant to the Fabricated Commercial Goods”, which was also inspired by the French system of protection.

After the foundation of the Turkish Republic, the Trademarks Regulation had been amended by the Law Annex No. 6591 and dated May 20, 1955 and the system of registration with examination accepted in Turkish law.

The Trademarks Regulation became null and void when the Trademarks Law No. 551 and dated 1965 came into force, and the said law became null and void subsequently when the Decree-law Relevant to the Protection of the Trademark Rights No. 556 and dated July 27, 1995 came into force.

The decree-law dated 1995, was the result of the Turkey's efforts to harmonize its intern legislations with the European Union's to comply with the engagements accepted because of the conclusion of the Custom's Union and because of the acceptance of Turkey's candidature to the European Union. The Decree-law No. 556 dated 1995 is a simple translation of the relevant Community regulation No. 40/94 the Regulation Relevant to the Community Marks and has been adapted in a very short period of time and came into force in under this concerns.

Since the first version has some missing points, a few months later, with the Law No.4128 and dated November 3, 1995 some amendments and addition made to the Decree-law No.556. One of the most important additions made is the Article 61A relevant to the trademark crimes, which is subject to our present work. The said article had abolished the penal articles of the former Trademarks Law No.551 which were still in force at that date and included new criminal regulation. Later, some amendments made to the said article by the Law No. 5194 and dated July 22, 2004 regarding the criminal sanctions.

The Article 61A has been criticized by the doctrine and the people dealing with the matter because of its formulation and the way it came into force.

Firstly, the regulation of such an important area like trademark rights with a decree-law, instead of a law caused some problems. Likewise, at the same period, they preferred to enact decree-laws for the protection of the patents and the industrial designs as well and furthermore none of these decree-laws had been discussed or accepted by the Turkish Grand National Assembly within the time period required

for this type of acts to be enacted. Also the multiple translation mistakes included by the decree-laws caused different interpretations and implementations in the practice although the aim of the change was a harmonized legislation with the Union.

Another dimension of the problem which reveals from this disposition is that despite it has been enacted by the Law No. 4128; the criminal disposition is placed in the decree-law in the appearance.

In our legal system, if the acts which constitute crimes and their sanctions are mentioned in the same article, this is called “*a complete penal norm*”, whereas if the acts which constitute crimes are mentioned not explicitly but by referring to another law, this kind of a disposition is called “*an incomplete penal norm.*”

The decree-law No.556 stipulates the acts which constitute trademark crimes explicitly in the first two paragraphs, however in paragraph (c) of the Article 61A, instead of mentioning explicitly the acts which causes trademark infringement, it refers to the Article 61 relevant to the “*violation of the trademark rights*” and the paragraph (a) of the Article 61 refers to the Article 9 which defines the scope of the trademark rights. In the other words, the acts which constitute trademark infringement in terms of the paragraph (c) of the Article 61/A, are determined by a reference system of two phases and by referring not to another law but to the articles of the decree-law which is an administrative regulation.

The aforesaid situation caused the allegation that the said disposition violates one of the essential criminal principles determined by the Constitution, “*the legality of the crimes and punishment*”. The Turkish Constitutional Court upon an opposition, have examined this question in 2003 and decided that the Article 61A is not contradictory to the Constitution.

In 2004, on the other hand, during an examination regarding the Article 61(d), by reference of the Article 61A(c) which prohibits the “*the dilution or the transfer*

to any third party the trademark rights given by the licensing against the will of the trademark owner”, the Turkish Constitutional Court considered that the said Article violates the principle of “*the legality of the crimes and punishment*” in terms of the Article 38 of the Constitution and the Article 91 which prohibits the “*regulation of the fundamental rights and the personal rights and obligations with a decree-law*” but considered the Article 61A(c) is in conformity to the Constitution.

During this process, the academics and the people dealing with the practice insisted that it is necessary to regulate this domain with a law.

In 2008, the Constitutional Court decided that the paragraphs (a) And (c) of the Article 61, which are refereed in the Article 61A and the first and the second paragraph (b) of the Article 9 referred in the paragraph (a) of the Article 61, violates the Article 2 of the Constitution regarding the “*State of Law*”, violates the “*proportionality principle*” regarding the limitation of the fundamental rights and liberties, determined by the Article 13 and also the principle of “*the legality of the crimes and punishment*” in terms of Article 38 and the Article 91 which prohibits the “*regulation of the fundamental rights and the personal rights and obligations with a decree-law*” and abolished the said articles. However, the Court stacked to the precedent and considered the 61/A (c) constitutional. In order to avoid the negative effect of the said decision, the court adjourned the date of the came into force of the decision six months later as from its publication in the Official Gazette, i.e. to January 5, 2009.

However, in the meanwhile the legislator have not enacted a new trademark law but replaces the abolished paragraphs of the articles 9, 61 and the Article 61A with the new dispositions by the Law No 5833 dated January 28, 2009.

The said decision caused various concerns on the part of the doctrine and the practice areas. Because the abolished articles 9 and 61 were mainly used in the private law relevant to the scope of the trademark rights and the violations of these rights. In other words, the cancellation decision of the Constitutional Court effected

the civil actions as well and in particular between the days the decision came into force, i.e. January 5, 2009 and the new dispositions came into force, i.e. January 28, 2009.

The legislator left the reference system a side and stipulated the acts which constitute trademark infringement explicitly in the new Article 61A. In this context, it can be said that the technical problem is corrected; however the disposition is still placed in the decree-law, so the criticism in this respect continues.

This present work, firstly gives a general explanation regarding the industrial property rights and trademark rights and their protection as well as the actual intern and international regulations which represent a model for the Turkish regulations in order to show the general outline of the protection system for the trademarks. In the second part, the general qualities and particularities of the trademark crimes in terms of the Article 61/A of the Decree-law No.556 are examined pursuant to the criminal law technique.

ÖZET

MARKA SUÇLARI

Sınai mülkiyet haklarının bir türü olarak marka hakkı ve bu hakkın korunması, günümüzde büyük önem arz etmektedir. Markaların firmaların rekabet gücüne etkileri ve ticari ilişkilerin gelişerek ulusal sınırların ötesine yayılması karşısında, ulusal korumanın yetersiz kaldığı ve markaların uluslar arası alanda da eş değerde korunması gerektiği anlaşılmıştır. Bu amaçla uluslar arası alanda faaliyet gösteren bir çok örgüt kurulmuş ve bir takım uluslar arası sözleşmeler ile kavramsal olarak markaların korunması bakımından ortak bir takım prensipler benimsenmiştir. Ülkemizde de 1995 yılından itibaren sınai mülkiyet hakları ve özellikle markaların korunması bakımından önemli gelişmeler yaşanmaktadır.

Ülkemizde markaların korunmasına ilişkin bilinen ilk yasal düzenleme, Osmanlı döneminde çıkarılan 20 Eylül 1871 tarihinde hazırlanan Alameti Farika Nizamnamesi olup bu nizamname ile benzerlik incelemesi yapılmadan markaların korunması sistemi öngörülmüştür; anılan düzenleme 6 Temmuz 1872 tarihinde bir kaç değişikliğe uğramıştır. 1857 tarihli Fransız Kanunu örnek alınarak yapılan bu düzenleme daha sonra, yine aynı sistem model alınarak, 11 Mayıs 1888 tarihli “Fabrika Mamulâtıyla Eşyayı Ticariyeye Mahsus Alameti Farikalara Dair Nizamname” ile yenilenmiştir.

Cumhuriyet döneminde, Alameti Farika Nizamnamesi’nde 20 Mayıs 1955 tarih ve 6591 sayılı Ek Kanun ile yapılan değişiklik ile markaların incelemeli olarak korunması sistemi kabul edilmiştir.

Daha sonra 1965 tarihli ve 551 Sayılı Marka Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile Alameti Farika Nizamnamesi ilga edilmiş, söz konusu kanun ise, 27.06.1995 tarihinde 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin ("MarkKHK") yürürlüğe girmesi ile ilga edilmiştir.

1995 tarihli düzeleme, Gümrük Birliği'ne taraf olan, son dönemde Avrupa Birliği'ne aday ülke statüsünü elde eden ve bu çerçevede Birlik düzenlemelerini yakından takip eden Türkiye'nin, bu süreçteki yükümlülükleri yerine getirmek amacıyla iç hukukunu uyumlaştırma çabalarının bir sonucudur. 1995 tarih ve 556 sayılı MarkKHK'sı, işte bu endişe ile, ilgili Birlik düzenlemesi olan, 40/94 sayılı Topluluk Markalarına İlişkin Tüzüğün neredeyse birebir çevrilmesi yoluyla, oldukça kısa bir sürede hazırlanmış ve yürürlüğe girmiştir.

İlk düzenlemede önemli eksikliklerin yer aldığı fark edilmesi üzerine, birkaç ay sonra, 03.11.1995 tarih ve 4128 Sayılı Kanun'la 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye bazı ilaveler yapılmıştır. Bu ilavelerin en önemlisi incelememizin de konusunu oluşturan marka suçlarına ilişkin 61A maddesidir. Bu madde ile 551 Sayılı Kanun'un yürürlükte kalan cezai hükümleri kaldırılarak, yeni cezai düzenlemeler yapılmış, daha sonra 22.06.2004 tarihli ve 5194 Sayılı Kanun ile ise ceza müeyyidelerine ilişkin olarak da madde içinde küçük değişiklikler yapılmıştır.

Marka suçlarına ilişkin 61A maddesi, yürürlüğe girdiği andan itibaren, kaleme alınış tarzı ve yürürlüğe giriş şekli sebebiyle doktrin ve uygulamada çeşitli eleştirilere hedef olmuştur. Şöyle ki;

Öncelikle marka hakkı gibi, önemli bir alanın KHK ile düzenlenmiş olması sıkıntı yaratmıştır. Nitekim aynı dönemde, patentler ve endüstriyel tasarımların korunması bakımından da, kanun yerine, benzer şekilde KHK'lar yolu ile düzenleme yapılması tercih edilmiş, üstelik bu KHK'lar daha sonra süresi içinde yasalasmamıştır. Söz konusu KHK'ların ilgili Birlik düzenlemelerinden çeviri yanlışlarıyla aktarılması da uygulamacılar ve doktrin arasında yorum farklılıklarını

beraberinde getirmiştir. Böylece uyumlaştırılmış bir mevzuat hedeflenirken, uygulamada Birlik tarafından benimsenen bir takım uygulamalardan uzaklaşmıştır.

Cezalara ilişkin düzenlemenin ise, 4128 sayılı Kanunla yapılmış olmakla beraber, KHK içinde yer alıyor olması sorunun bir diğer boyutudur. Zira kanun yolu ile getirilmiş bir düzenleme olmakla beraber, söz konusu düzenleme şeklen KHK içerisinde yer almaktadır. Hukukumuzda suç oluşturan eylemin ve buna ilişkin müeyyidenin aynı madde içinde ifade edildiği durumlarda “*tam ceza normunun*” varlığından bahsedilmektedir. Suç oluşturan eylemin başka bir kanuna atıf yapılmak suretiyle belirlendiği hallerde ise “*eksik ceza normundan*” bahsedilmektedir. 556 sayılı KHK’da ise, 61/A maddesinin ilk iki bendinde markalar düzenine karşı ihlal hallerini sayılıyorken, (c) bendinde “*marka hakkına tecavüz hallerine*” ilişkin 61. maddeye atıf yapmak suretiyle tipe uygun hareketleri belirleme yoluna gidilmiştir. 61.maddenin (a) bendinde ise “*marka hakkının kapsamını*” belirleyen 9. maddeye atıf yapılarak, bu maddede belirtilen bazı kullanım şekilleri aynı anda marka hakkına tecavüz hali olarak kabul edilmiştir. Dolayısı 61/A maddesinin (c) bendi anlamında, marka hakkına tecavüz suçlarını belirleyen tipe uygun hareket unsuru, iki aşamalı bir atıf yoluyla üstelik kanun tarafından KHK hükümlerine atıf yapılmak suretiyle belirlenmekteydi. Başka bir ifadeyle, tipe uygun hareket unsuru idari düzenleyici bir işlem olan KHK hükümleriyle belirlenmekteydi.

Bu durum söz konusu düzenlemenin Anayasal temel bir ilke olan “*suçta ve cezada kanunilik*” ilkesini ihlal ettiği yönünde tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Nitekim bu durum Anayasa Mahkemesi nezdinde ilk olarak 2003 yılında bir itiraza konu olmuş, yüksek mahkeme yaptığı değerlendirmede 61/A(c) düzenlemesini Anayasa’ya aykırı bulmamıştır.

2004 yılında ise Anayasa Mahkemesi, 61/A(c) maddesinde atıf yapılan, marka hakkına tecavüz hallerinden biri olarak düzenlenen “*marka sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devir etmeye*” ilişkin 61.maddenin (d) bendini Anayasa’nın suç ve cezalara ilişkin esaslara dair 38. maddesindeki “*Suç ve cezaların Kanuniliği*”

ilkesine, kanun hükmünde kararname çıkarmaya ilişkin 91.maddede hükme bağlanan “*Temel Haklar ile Kişi Hakları ve Ödevlerinin kanun hükmünde kararname ile düzenlenemeyeceğine*” ilişkin hükümlerine aykırı bularak iptal etmiştir.¹ Ancak aynı kararda 61/A(c) maddesi yine Anayasa’ya aykırı bulunmamıştır.

Bu süreçte düzenlemenin yarattığı sorunlar gerek uygulamacıların gerek akademisyenlerin, bu kadar önemli bir alanın yasayla düzenlenmesi gerektiği yönündeki itirazlarının da artmasına sebep olmuştur.

2008 yılında ise, 61/A maddesinin (c) bendinin ve bu bent hükmüyle atıfta bulunulan 61.maddenin (c) bendi ile (a) bendinin, bu bentte atıfta bulunulan 9. maddenin I. ve II. fıkralarının (b) bentleri bakımından, Anayasa’nın 2.maddesinde düzenlenen “*Hukuk Devleti*” ilkesine, Temel Hak ve Hürriyetlerin sınırlanmasına ilişkin 13. maddesinde yer alan “*Ölçülülük İlkesi*”ne, 38. maddede düzenlenen “*Suçta ve Cezada Kanunilik*” ilkesine ve 91.maddede yer alan “*temel haklar ile kişi hakları ve ödevlerinin kanun hükmünde kararname ile düzenlenemeyeceğine*” ilişkin maddelerine aykırı bulunarak Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.² Bu kararda da 61/A(c) maddesi Anayasa’ya aykırı bulunmamıştır. Söz konusu iptal kararının yürürlük tarihi, doğacak hukuki boşluk kamu düzenini etkiler nitelikte bulunduğundan, kararın resmi gazetede yayınlanmasından altı ay sonrasına, 5 Ocak 2009 tarihine ertelenmiştir.

Ne var ki, kanun koyucu belirtilen süre zarfında ilgili yasal düzenlemeyi gerçekleştirememiş, yeni düzenleme 28.01.2009 tarih ve 5833 sayılı yasa ile sadece iptal edilen hükümleri içeren 9. ve 61. maddeler ile 61/A maddesine ilişkin olarak getirilmiştir.

Anılan karar uygulamacılar bakımından büyük bir sorunu da beraberinde getirmiştir. Zira atıf yapılan ve bu nedenle iptale konu olan, belirtilen hükümler

¹ Anayasa Mahkemesi’nin 14.05.2004 tarih ve 25462 sayılı R.G.’de yayımlanan, 2.3.2004 gün ve K.2004/25 - E.2002/92 sayılı kararı

² Anayasa Mahkemesi’nin 5.7.2008 tarih ve 26927 sayılı R.G.’de yayımlanan, 3.1.2008 T., 2005/15 E. ve 2008/2 K. sayılı kararı

esasen marka hakkının kapsamını belirleyen ve markaların korunmasına ilişkin özel hukuk hükümleridir. Dolayısı ile iptal kararı, sadece ceza davaları bakımından değil hukuk davaları bakımından da bir boşluk doğmasına sebep olmuş, iptal kararının yürürlük tarihi olan 5 Ocak 2009 ile yeni düzenlemenin yürürlüğe girdiği 28 Ocak 2009 tarihleri arasında uygulama bakımından boşluk oluşmuştur.

Kanun koyucu yeni 61/A maddesi düzenlemesinde, atıf usulünden vazgeçilerek, madde içinde açıkça suç tipini ifade etme yoluna gidilmiştir. Bu anlamda ilgili maddede atıf yoluyla düzenleme yapılmasından kaynaklanan teknik hata düzeltilmiş görünmekle birlikte, bu tip bir düzenlemenin KHK metni içinde yer alıyor olmasından kaynaklanan eleştiriler hala devam etmektedir.

Bu çalışma çerçevesinde öncelikle, genel olarak sınai mülkiyet haklarına, marka kavramına ve marka hakkına ilişkin bilgi verilecek ve ülkemizde marka korumasına ilişkin rejim, kaynak teşkil eden uluslar arası sözleşmeler ve ülkemizde marka korumasına ilişkin düzenlemeler mevcut değişiklikler çerçevesinde açıklanmış, böylelikle koruma rejiminin çerçevesi çizilmiştir. Sonrasında, çalışmanın II. Bölümünde, MarkKHK madde 61/A kapsamında marka suçu olarak tanımlanan hareketler ve bu suçlara ilişkin nitelikler ceza hukuku tekniği içerisinde incelenmiştir.

ÖNSÖZ

Ülkemizde fikri ve sınai mülkiyet haklarının korunması, Türkiye'nin Avrupa Birliği ile ilişkileri ve ticari ilişkilerindeki artışa bağlı olarak son yıllarda önem kazanmaktadır.

Ancak batının sanayileşme sürecinde yaşadığı sancuları yaşamadan sanayileşen ülkemizde, fikri ve sınai mülkiyet hakları bilincinin henüz yerleşmediğini ve yavaş yavaş oluşmakta olduğunu söylemek mümkündür. Bunun en önemli nedenlerinden biri ise bu alanın hali hazırda 1995 tarihli ve 556 sayılı KHK ile düzenleniyor olmasıdır. Bu kadar önemli bir alanın, özellikle markaların ekonomik değerleri düşünüldüğünde, idari düzenleyici bir işlemle düzenlenmiş olması, bu kapsamda yer alan hakların ciddiye alınmamasına ve ihlal hallerinde öngörülen yaptırımların caydırıcılıktan uzak kalmasına neden olmaktadır. Bu çalışma hazırlandığı süreçte Anayasa Mahkemesi'nin marka suçlarına ilişkin hükümleri iptal etmesi sebebiyle, çalışma yeni düzenlemeye kadar olan süreç de takip edilerek güncellenmiştir.

Anlatımı ve duruşuyla ceza hukukunu bu kadar sevmeme neden olan ve jüri üyesi olarak tez savunmamda beni yalnız bırakmayan Sayın Hocam Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a ve bu konuyu seçmem için beni teşvik eden ve tezimin de danışmanlığını üstlenen Değerli Hocam Doç. Dr. Ümit Kocasakal'a teşekkürlerimi sunuyorum. Ayrıca değerli vaktini ve ilgisini esirgemeyip, bu tezin tamamlanması için bana her türlü yardımı ve desteği sunan Sayın Hocam Doç. Dr. Serap Keskin Kiziroğlu'na da sevgi ve teşekkürlerimi sunuyorum, iyi ki var.

Hayatımın her anında beni sevgi ve güvenle kucaklayan anneciğime ve babacığima sonsuz sevgiler ve teşekkürler...

İÇİNDEKİLER

	Sayfa No
ÖZET(ABSTRACT)	ii
ÖNSÖZ	xvii
İÇİNDEKİLER	xviii
KISALTMALAR.....	xx
GİRİŞ.....	1

Ş1. BİRİNCİ BÖLÜM MARKA KAVRAMI VE MARKANIN KORUNMASI

I. GENEL OLARAK.....	7
A. Sınai Mülkiyet Hakları.....	9
B. Marka Kavramı.....	10
C. Korunan Hukuki Yarar Olarak Marka Hakkı.....	12
II. MARKALARIN KORUNMASI REJİMİNİ ŞEKİLLENDİREN DÜZENLEMELER.....	14
A. Sınai Hakların Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmeler	14
1. Paris Konvansiyonu.....	15
2. Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) Kuruluş Sözleşmesi.	16
3. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Sözleşmesi (TRIPs)	17
B. Kaynak Avrupa Birliği Hukukunda Yer Alan Düzenlemeler.	18
1. Roma Antlaşması	19
2. Üye Devletlerin İç Hukuklarının Uyumlaştırılmasına İlişkin 89/104 Sayılı Konsey Direktifi.	20
3. 40/94 Sayılı Topluluk Markası Tüzüğü.....	21
C. Türk Hukukunda Markaların Korunması.....	24
1. Genel Olarak.	24
2. 556 Sayılı KHK Uyarınca Markaların Korunması.....	24
a. Anayasa Mahkemesi'nin 556 Sayılı KHK'ya İlişkin Kararları	26
aa. 61/A Hükmüne İlişkin 18.06.2003 Tarihli Karar.....	26
bb. 61(d) Hükmüne İlişkin 02.03.2004 Tarihli İptal Kararı.....	29
cc. 03.01.2008 Tarihli İptal Kararı.	34
b. 5833 Sayılı Kanun Değişikliği Sonrasında Durum	44
3. Anayasa Madde 90 Uyarınca Markalara İlişkin Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukuktaki Yeri	48

§2. İKİNCİ BÖLÜM
556 SAYILI KHK BAKIMINDAN MARKA SUÇLARI

I. 556 SAYILI KHK MADDE 61/A UYARINCA MARKA SUÇLARI.	51
A. 556 Sayılı KHK’da Düzenlenen Suç Tipleri	53
1. Markalar Düzenine Karşı Suçlar	53
a. “Marka Koruması Gösteren İşareti Yetkisi Olmadan Kaldırma” Suçu ..	53
aa. Kanuni Unsur	53
bb. Korunan Hukuki Menfaat.....	53
cc. Maddi Unsur	54
dd. Fail.	55
ee. Mağdur.....	55
b. “Başkasına Ait Marka Hakkı Üzerinde Yetkisi Olmadan Hukuki Tasarrufta Bulunma” Suçu	56
aa. Kanuni Unsur	56
bb. Korunan Hukuki Menfaat.....	56
cc. Maddi Unsur	57
dd. Fail.	57
ee. Mağdur.....	58
2. Marka Hakkına Tecavüz Suçu.	59
a. Kanuni Unsur.....	59
b. Korunan Hukuki Menfaat	60
c. Maddi Unsur.....	61
d. Fail	62
e. Mağdur	62
3. Marka Suçlarında Hukuka Aykırılık Unsuru	62
a. Hukuka Uygunluk Sebepleri	63
aa. Markanın Başvuru Eserinde Yer Alması.	64
bb. Markanın Dürüst Kullanımı	64
cc. Hakkın Tüketilmesi.	65
dd. Kullanma ile Ayırt Edici Niteliği Kazanmış İşaret.....	65
4. Marka Suçlarında Manevi Unsur	66
B. Marka Suçlarında Suçun Özel Görünüm Şekilleri.	66
1. Teşebbüs	66
2. İştirak	67
3. İçtima	67
C. Marka Suçlarında Yaptırım.	67
D. Marka Suçlarında Dava ve Ceza Zamanaşımı.....	69
II. MARKA SUÇLARININ SORUŞTURULMASI VE YARGILANMASI.....	70
A. Marka Suçlarının Soruşturulmasına ve Kovuşturulmasına İlişkin Özellikler. .	70
B. Marka Suçlarında Yetkili ve Görevli Mahkeme.....	71
SONUÇ	72
KAYNAKÇA	74

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği-European Union (EU)
a.g.e.	: Adı geçen eser
ATAD	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
BATIDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
dn.	: Dipnot
EC	: European Community
ECLR	: European Competition Law Review
ECR	: European Court Report
GWB	: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Rekabet Kısıtlamalarına Karşı Kanun, Almanya)
HD	: (Yargıtay) Hukuk Dairesi
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
krş.	: Karşılaştırınız
MDB	: Markalar Dairesi Başkanlığı
MarkKHK	: 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
md.	: Madde
No	: Numara
OHIM	: Office for Harmonization in the Internal Market (Topluluk Marka Ofisi)
OJ	: Official Journal
Örn.	: Örneğin
Pr.	: Paragraf
RA	: Roma Antlaşması
RG	: Resmi Gazete
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
RKK	: Rekabet Kurulu Kararları
Sf./s.	: Sayfa, sayı
TPE	: Türk Patent Enstitüsü
TRIPs	: Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights; Dünya Ticaret Örgütü tarafından Uruguay Round kapsamında imzalanan Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
t.	: Tarih
v.	: versus
vb.	: ve bunlar gibi
vd.	: ve devamı

- WIPO** : World Intellectual Property Organization (Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü)
YİDK : Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu
YD : Yargıtay Dergisi

GİRİŞ

Günümüzde ticari ilişkiler bilinen klasik kalıpların dışına çıkmıştır. Ticari ilişkilerin ülkesel sınırların ötesine yayılması, global ekonomik parametrelerin yarattığı etkiler, bu ekonomik ilişkileri düzenleyen hukuk normlarının da farklılaşmasına neden olmaktadır. Bu farklılaşmanın göstergelerinden biri de maddi olmayan bir takım unsurların, ifade ettikleri yüksek ekonomik değer ve onları yaratan birimlerin rekabet gücünü arttırmaları nedeniyle ticari hayatının ayrılmaz bir parçası haline gelmesidir.

Fikri mülkiyet alanındaki yaratımların yanı sıra sanayi ve endüstri alanında yaratılan bir takım değerler, ekonomik ve ticari hayata ve bu yapıları düzenlemekle görevli hukuk alanına sınaî mülkiyet hakları kavramının girmesine neden olmuştur.

Sınaî mülkiyet hakları olarak tanımlanan bu haklar, bilinen anlamıyla mülkiyet haklarından ayrılmaktadır. Bu farklılığın nedeni olarak, sınaî mülkiyete konu olan değerlerin, ticaret hayatında bilinen mülkiyete konu “eşya” kavramından daha farklı, bir anlamda daha soyut bir mülkiyeti ifade etmesi gösterilebilir. Öyle ki, sınaî mülkiyetin konusunu teşkil eden marka ve patent gibi değerler çoğu zaman onları yaratan işletmelerin değerlerinden kat kat daha fazla bir ekonomik değer taşımaktadır.

Sınaî mülkiyet haklarının etkin bir şekilde korunabilmesi için ise ülkelerin ticari geleneklerinden ve kültürel alt yapılarından kaynaklanan farklılıkların aşılması ve bu alana ilişkin ortak bir dilin kabul edilmesi gerekliliği doğmuştur. Bu anlamda fikri ve sınaî mülkiyet haklarının kazanılması ve korunması, ortak bir kavramsal temel oluşturulması amacıyla, pek çoğuna ülkemizin de taraf olduğu, çeşitli uluslar arası sözleşmelerin imzalanması söz konusu olmuştur.

Bilinen anlamda sınaî mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin düzenlemelere Osmanlı İmparatorluğu'nun son dönemlerinden itibaren rastlamak mümkünse de ticaretin gelişmesi, markaların mal ve hizmetlerin pazarlanmasında öne çıkması, markaların tescilini ve sonrasında korunmasını öncekinden daha da önemli hale getirmiştir. Ne var ki ülkemizde sınaî mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin bilinç yavaş yavaş gelişmektedir. Avrupa Birliği'ne uyum sürecinin de etkisi ile mevcut mevzuat uluslararası koruma standartlarına uygun olacak şekilde güncellenmektedir.

Ülkemizde marka hukukunun gelişiminde Avrupa Birliği ve Dünya Ticaret Örgütü büyük rol oynamıştır. Avrupa Topluluklarını oluşturan ülkeler arası ticari ilişkilerdeki artış sadece bu ülkeler bakımından iç hukukların uyumlaştırılmasını değil, aynı zamanda Birlik üyesi ülkelerle ticari ilişkiler yürüten diğer ülkelerin de ulusal mevzuatlarını Birlik düzenlemeleri ile uyumlu hale getirmesine neden olmuştur. Uyumlaştırma sürecinden etkilenen alanlardan biri de sınaî mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin mevzuattır. Nitekim Birlik üyesi olmamakla beraber, önce Gümrük Birliği'ne taraf olan ve nihayet Avrupa Birliği'ne aday ülke statüsünü elde eden Türkiye de, Birlik düzenlemelerini yakından takip ederek, iç hukukunu uyumlaştırma çabalarına girişmiştir.

Türkiye, 1995 yılında TRIPs Antlaşmalarına taraf olarak, marka haklarının korunması konusunda önemli yükümlülükler altına girmiştir.³ Sonrasında Türkiye, Avrupa Topluluğu Ortaklık Konseyi'nin 06.03.1995 tarih ve 1/95 sayılı kararı ile ticaret ve hizmet markalarına dair iç hukuk mevzuatını, Avrupa Birliği Mevzuatı ile uyumlu hale getirme yükümünü üstlenmiştir. Bu doğrultuda mevzuatını Avrupa Toplulukları Konseyi tarafından hazırlanan 21 Aralık 1988 tarih ve 89/104 sayılı Yönerge ile uyumlaştırmayı kabul etmiştir.

Bir diğer önemli gelişme, 40/94 sayılı Topluluk Markalarına İlişkin Tüzüğün Birlik tarafından kabul edilmesidir. Bu yolla, birlik çatısı altında yaratılan "topluluk markaları" üye ülkelerde eşit korumadan faydalanırken, aynı zamanda topluluk markası olmayan markalar açısından da ulusal mevzuatların sağladığı koruma devam etmesi öngörülmüştür. Anılan düzenleme ile topluluk üyesi ülkelerin,

³ "Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights", Dünya Ticaret Örgütü tarafından Uruguay Round kapsamında imzalanan Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması

ulusal marka hukuku mevzuatlarının uyumlaştırılması açısından büyük bir adım atılmıştır.

Türkiye iç hukukunu uyumlaştırma taahhüdünü, 1995 yılında, mevcut 551 sayılı Markalar Kanunu'nu yürürlükten kaldıran 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin⁴ ("MarkKHK") yürürlüğe girmesi ile yerine getirmiş görünmektedir.

Hukumumuzda markaların tesciline ve korunmasına ilişkin hükümleri düzenleyen MarkKHK, 40/94 sayılı Topluluk Markalarına İlişkin Tüzüğü'nü neredeyse birebir çevrilmesi yoluyla oluşturulmuştur.⁵ Ancak aynı ortak temelden hareket edilmekle beraber, Türk Hukuku uygulama bakımından, Birlik ülkelerinde sağlanan işlevsel koruma anlayışına eş zamanlı olarak uyum sağlayamamaktadır. Konumuz açısından, bu durumun en önemli nedenlerinden biri, iç hukuka alınan Birlik mevzuatının ilgili hükümlerinin küçük fakat marka hukukunu temelden etkileyen bazı değişiklikler ve çeviri hatalarıyla alınmış olmasıdır. Bu durumun uygulamaya yansıtıldığı en önemli sorun ise, Türk Patent Enstitüsü'nün (TPE) marka tescil ve koruma sürecinde farklı yorum ve uygulamalar geliştirerek, Birlik uygulamasından uzaklaşmasıdır.

Birliğin uyumlaştırma süreci ile hedeflediği amacın gerçekleştirilmesi, yani uyumlaştırılmış mevzuat ve harmonize edilmiş uygulamanın varlığı farklı şekilde ifade edilseler bile, ulusal mevzuatların ortak ve uyumlu sonucu sağlaması ile mümkün olabilecektir. Bu anlamda, iç hukuklarda farklı şekillerde ifade edilseler bile, uyumlaştırılan hükümler aynı amacı gerçekleştirme yönünde yorumlanmalıdır.

Yukarıda açıklanan gelişmelere karşın ülkemizde hali hazırda yaygın bir fikri mülkiyet kültürünün oluştuğunu söylemek ya da etkin bir fikri mülkiyet korumasından söz etmek zordur. Nitekim gelişim süreci takip edildiğinde, önceden sadece özel hukuk kurallarıyla düzenlenen ve korunan bu alanda, özel hukuk normlarının yetersiz kalması sebebiyle ceza yaptırımlarına ihtiyaç duyulduğu

⁴ RG. 27/06/1995, No. 22326.

⁵ ARKAN, Sabih: Marka Hukuku, Cilt 1, s. 44-53

gözelemlenmektedir. Bu anlamda, sınaî mülkiyetin konusunu teşkil eden hakların sadece hukuki normlarla korunması yeterli değildir.

Bu çalışmanın konusu “marka suçları” olarak belirlenmiştir. Marka kavramı genel olarak fikri mülkiyet hakları başlığı altında sınaî mülkiyete ilişkin bir hak türü olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ancak bu kadar önemli bir alanın 1995 yılında Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenmiş olması ve ilk düzenlemede yer almayan suç ve cezalara ilişkin hükümlerin daha sonra 4128 sayılı yasayla 556 sayılı KHK’ya eklenmiş olması ve bu düzenleme esnasında suç teşkil eden hareketlerin, KHK’da yer alan ve marka hakkının kapsamını ve markaya tecavüz hallerini düzenleyen özel hukuk düzenlemelerine atıf yoluyla düzenlenmiş olması, suçta ve cezada kanunilik ilkesi temelinde gerek doktrinde gerek uygulamada tartışmalara neden olmaktadır.

Her ne kadar suç ve cezalara ilişkin 61/A maddesi, kanun ile düzenlenmiş ve KHK içine entegre edilmiş olsa da söz konusu değişiklik görünürde de olsa kanun hükmünde kararname ile suç ve ceza yaratıldığı izlenimi vermektedir. Aynı şekilde kanun koyucunun, KHK’yı kanunlaştırmak yerine bu yolla düzenleme yapma yoluna gitmiş olması da ayrı bir tartışma konusudur.⁶ Zira kanun hükmünde kararnameler, belli bir süre içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne sunularak ivedilikle görüşülmeli ve yasalaşmalıdır. Ancak doktrinde de bu durum, kanun hükmünde kararnameler rejimine ilişkin genel bir sorun olarak kabul edilmektedir.⁷

Bu düzenlemeye ilişkin tartışma konusu olan bir diğer husus ise, 61/A (c) bendinde yer alan düzenlemenin suç sayılan eylemleri ilk iki bentteki gibi açıkça saymak yerine, KHK’nın marka hakkına tecavüz hallerini düzenleyen 61. Maddesine atıf yapmak suretiyle düzenlemiş olmasıdır. Böylelikle, 4128 sayılı yasa ile KHK’ya eklenen 61/A maddesinin (c) bendinde, özel hukuka ilişkin hukuka aykırılık hallerine atıf yapılmak suretiyle suçla ilişkin tipler belirlenmiş ve düzenleme bu haliyle doktrin ve uygulamada tartışmalara neden olmuştur.

⁶ KESKİN, Serap, “Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması”, Seçkin, Ankara 2003, s.38.

⁷ Yüzbaşıoğlu, Necmi, “Türkiye’de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi”, İstanbul 1996 s.148-149.

Nitekim Anayasa Mahkemesi 2004 yılında, 61/A(c) maddesinde atıf yapılan, marka hakkına tecavüz hallerinden biri olarak düzenlenen “*marka sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devir etmeye*” ilişkin 61.maddenin (d) bendini Anayasa’nın suç ve cezalara ilişkin esaslara dair 38. maddesindeki “*Suç ve Cezaların Kanuniliği*” ilkesine, kanun hükmünde kararname çıkarmaya ilişkin 91.maddede hükme bağlanan “*Temel Haklar ile Kişi Hakları ve Ödevlerinin kanun hükmünde kararname ile düzenlenemeyeceğine*” ilişkin hükümlerine aykırı bularak iptal etmiştir.⁸ Ancak aynı kararda 61/A(c) maddesi Anayasa’ya aykırı bulunmamıştır.

Yakın tarihte yaşanan bir diğer gelişme ise, 61/A maddesinin (c) bendinin ve bu bent hükmüyle atıfta bulunulan 61.maddenin (c) bendi ile (a) bendinin, bu bentte atıfta bulunulan 9. maddenin I. ve II. fıkralarının (b) bentleri bakımından, Anayasa’nın 2.maddesinde düzenlenen “*Hukuk Devleti*” ilkesine, Temel Hak ve Hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin 13. maddesinde yer alan “*Ölçülülük İlkesi*”ne, 38. maddede düzenlenen “*Suçta ve Cezada Kanunilik*” ilkesine ve 91.maddede yer alan “*temel haklar ile kişi hakları ve ödevlerinin kanun hükmünde kararname ile düzenlenemeyeceğine*” ilişkin maddelerine aykırı bularak iptal etmiş olmasıdır.⁹ Bu kararda da 61/A(c) maddesi Anayasa’ya aykırı bulunmamıştır. Söz konusu iptal kararının yürürlük tarihi, doğacak hukuki boşluk kamu düzenini etkiler nitelikte bulunduğundan, kararın resmi gazetede yayınlanmasından altı ay sonrasına, 5 Ocak 2009 tarihine ertelenmiştir.

Ne var ki, kanun koyucu belirtilen süre zarfında ilgili yasal düzenlemeyi gerçekleştirememiş, yeni düzenleme 28.01.2009 tarih ve 5833 sayılı yasa ile sadece iptal edilen hükümleri içeren 9. ve 61. maddeler ile 61/A maddesine ilişkin olarak getirilmiştir.

Kanun koyucu yeni 61/A maddesi düzenlemesinde, atıf usulünden vazgeçerek, madde içinde açıkça suç tipini ifade etme yolunu seçmiştir. Bu anlamda ilgili maddede atıf yoluyla düzenleme yapılmasından kaynaklanan teknik hata düzeltilmiş

⁸ Anayasa Mahkemesi’nin 14.05.2004 tarih ve 25462 sayılı R.G.’de yayımlanan, 2.3.2004 gün ve K.2004/25 - E.2002/92 sayılı kararı

⁹ Anayasa Mahkemesi’nin 5.7.2008 tarih ve 26927 sayılı R.G.’de yayımlanan, 3.1.2008 T., 2005/15 E. ve 2008/2 K. sayılı kararı

görünmekle birlikte, bu tip bir düzenlemenin KHK metni içinde yer alıyor olmasından kaynaklanan eleştiriler hala devam etmektedir.¹⁰

Bu çalışmanın konusu “marka suçları” olarak belirlenmiştir. Bu kapsamda öncelikle I. Bölüm’de, genel olarak sınai mülkiyet haklarına, marka kavramına ve marka hakkına ilişkin bilgi verilecek ve ülkemizde marka korumasına ilişkin rejim, kaynak teşkil eden uluslar arası sözleşmeler ve ülkemizde marka korumasına ilişkin düzenlemeler mevcut değişiklikler çerçevesinde açıklanarak incelenmeye çalışılacaktır. Sonrasında, çalışmanın II. Bölümünde, MarkKHK madde 61/A kapsamında marka suçu olarak tanımlanan hareketler ve bu suçlara ilişkin nitelikler incelenmeye çalışılacaktır.

¹⁰ AYOĞLU Tolga, “Anayasa Mahkemesinin 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 9. ve 61. Maddelerinin Bazı Bentlerinin İptaline İlişkin 03.01.1008 Tarihli Kararı Üzerine Düşünceler”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Cilt 8, Sayı: 2008/4, s.23-35.

§1. BÖLÜM

MARKA KAVRAMI VE MARKANIN KORUNMASI

I. GENEL OLARAK

Türk Hukukunda markalara ilişkin düzenlemeler başta MarkKHK olmak üzere, çeşitli kanuni ve idari düzenlemelerin içerisinde yer almaktadır. MarkKHK’da açıkça marka kavramının tanımı yapılmamakla birlikte, marka ticari işletmelerin gayrimaddi mal varlığının bir parçası olarak kabul edilmektedir.¹¹ Türk Hukukunda genel kabul gören anlamıyla marka “*belirli bir mal ve hizmetleri aynı işletmeye ait diğer mal ve hizmetlerden ya da başka işletmelerde üretilen benzer mal ve hizmetlerden ayırt etme*” işlevini karşılayan işaret ve/veya yazılardır. Nitekim eski çağlarda da iş sahibinin imzası olarak nitelendirilebilecek işaretlerin kullanıldığı bilinmektedir. Bugün işletmeleri sadece maddi bir takım unsurlardan oluşan ticari yapılar olarak gören sınırlı ekonomik anlayış değişmektedir.

Eski dönemlerde iş sahibinin imzası olarak kabul edilen marka, günümüzde ticari hayata hâkim olan kavramlardaki değişime paralel olarak farklı bir anlam kazanmaktadır. Bu anlayış çerçevesinde marka denilince akla gelen, sadece iş sahibine aidiyeti ifade eden basit çizim veya yazılarla sınırlı düşünülmeyip, koku¹², ses, üç boyutlu görüntüler de marka olarak kabul edilmeye başlanmıştır.¹³

¹¹ TTK md. 11/2; “Tesisat, kiracılık hakkı, ticaret unvanı ve diğer adlar, ihtira beratları ve markalar, bir sanata mütaallik veya bir şahsa ait model ve resimler gibi bir müessesenin işletilmesi için daimi bir tarzda tahsis olunan unsurlar, mukavelede aksine hüküm bulunmadıkça, ticari işletmeye dahil sayılır.”

¹² Şimdiye kadar konuyla ilgili Avrupa Topluluğu markası olarak, yeni kesilmiş çimen kokusu, tenis topları için tescil edilmiştir BASTIAN, Eva-Marina: The Community Trade Mark in European Law: Relationship to National Law and Current Issues, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002, Cilt 1, s. 446.

¹³ KEYDER BROWN, Virginia: (Çev. HACİMİRZAOĞLU, A. Berkay) : Fikri Mülkiyet Hakları ve Gümrük Birliği Intellectual Property Rights and Customs Union, İstanbul, 1996, s. 25.

Bu çerçevede imalatın kaynağını belirten fabrika markaları, belirli bir işletmenin mal ve hizmetlerini başka işletmelerin mallarından ayırt etmeye yarayan işaretler olan ticaret markaları ve sunulan hizmeti tanımlayan hizmet markaları olmak üzere markalar üç ana grup içinde ifade edilebilmektedir. Markaların esas olarak üç amaca hizmet ettiğini belirtmekte fayda vardır. Markaların temel fonksiyonunun kaynak gösterme fonksiyonu olduğu, zira bu şekilde tüketicinin üretici firmayı seçme şansı olduğu ifade edilmektedir.¹⁴ Garanti ve reklam fonksiyonu olarak da adlandırılan diğer iki fonksiyonun hukuken önemli olmamakla birlikte ekonomik anlamlarının bulunduğu belirtilmektedir.¹⁵ Marka yoluyla tüketicinin deneyerek memnun kaldığı ürünü tekrar alabilmesi, markanın garanti fonksiyonuna işaret etmektedir. Nihayet markaya tanınan münhasır mülkiyet sayesinde malın kalitesine ve reklâmına yapılan yatırımdan sadece o malı üreten veya pazarlayan işletmenin yararlanması dolayısıyla haksız rekabetin önlenmesi sağlanmaktadır.

Dünyada pek çok devletin ve Türkiye'nin marka konusunda tanımış olduğu koruma genel anlamda (TRIPS ve Paris Konvansiyonu vasıtasıyla)¹⁶, markadan doğan hakların işlevleri çerçevesinde belirlenmektedir. Bu doğrultuda, marka koruması öncelikle ülkesel nitelikte tanınmakta, dolayısıyla belli bir ülkede koruma öncelikle o ülkede markanın tescil edilmesi yoluyla söz konusu olmaktadır.

Hukukumuzda markalara ilişkin ilk düzenlemeler Osmanlı İmparatorluğu döneminde yapılmış olmakla beraber, güncel düzenlemeler hazırlanırken dikkate alınan en önemli kaynak Avrupa Birliği'nin markalara ilişkin düzenlemeleri olmuştur. Herhangi bir tercih olmaktan çok ekonomik bir gereklilik olarak karşımıza çıkan bu durum, Birlik üyesi ülkelerde olduğu kadar ülkemizde de uygulama sürecinde bir takım farklılıkların oluşmasına ve buna bağlı olarak sorunlara sebebiyet vermiştir.

¹⁴ VAN BUNNEN, Louis: Aspects Actuels du Droit des Marques Dans Le Marché Commun, Bruxelles, 1967, s. 4.

¹⁵ VAN BUNNEN, Louis: age., s. 8.

¹⁶ Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması Eki Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması kısaca TRIPS olarak anılmaktadır. 23 Mart 1883 tarihli Paris Sözleşmesi ise sınai hakların anayasası olarak kabul edilmektedir.

Bu sebeple, bu çalışmanın esas inceleme konusu olan marka suçlarına ilişkin açıklama ve değerlendirmelere geçmeden önce, ilk olarak sınai mülkiyet haklarının diğer fikri mülkiyet haklarından farkının, bu anlamda marka kavramının ve korunan hukuki bir değer olarak marka hakkının açıklanmasının uygun olacağı görüşüdeyiz.

A. Sınai Mülkiyet Hakları

Fikri mülkiyet hakları kavramı ile sınai mülkiyet hakları kavramları birbirlerinden farklı değerleri ifade etmektedir. Fikri mülkiyet hakları kavramı genel tanımı itibariyle belli bir düşünsel faaliyet sonucunda ortaya konulan, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki ifade ile; *“Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri üzerinde sahip olunabilecek maddi ve manevi hakların tamamını ifade eden, günümüz de hem ulusal hem de uluslararası kuruluşlarca güvence ve koruma altına alınan bir kavramı”* ifade etmektedir.¹⁷

Sınai Mülkiyet kavramı ise genel tanımı itibariyle *“sanayide ve tarımdaki buluşların, yeniliklerin, yeni tasarımların ve özgün çalışmaların ilk uygulayıcıları adına; ticaret alanında üretilen ve satılan malların üzerlerindeki üreticisinin veya satıcısının ayırt edilmesini sağlayacak işaretlerin sahipleri adına kayıt edilmesini ve böylece ilk uygulayıcıların ürünü üretme ve satma hakkına belirli bir süre sahip olmalarını sağlayan gayri maddi bir haktır.”*

Bu kapsamda patentler ve faydalı modeller, markalar, endüstriyel tasarımlar, coğrafi işaretler ve entegre devrelerin topografyaları sınai mülkiyet hakları kapsamında değerlendirilen unsurlardır.

Sınai Mülkiyet Hakları koruma sistemi, ise yukarıda çerçevesini çizdiğimiz tanım paralelinde; endüstriyel ve tarım alanındaki yeni uygulamalar ve buluşların, sahipler adına çeşitli mekanizmalar vasıtasıyla belli bir süre kaydıyla tescillenmesini daha da ötesi kişilerin ortaya koydukları yeniliklerin ticaretinin yapılabilmesini sağlayan ve tüm bunları güvence altına alan uygulama bütünlüğünü ifade etmektedir.

¹⁷ TEKİNALP Ünal, “Fikri Mülkiyet Hukuku”, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s.4-5

Şüphesiz ki gayrı maddi bir bütünü ifade etmekle beraber fikri mülkiyet hakları mülkiyet hakkının bir uzantısını teşkil etmekte, bu anlamda fikri hakların korunması, temel insan haklarından biri olmakla birlikte bu hakların bir ülkede etkin bir şekilde korunmasının sağlanması, o ülkenin kültür ve sanat alanındaki gelişmesinin ve bu gelişme için gerekli olan yaratıcılığı sağlayabilmesinin güvencesi olarak kabul edilmektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek I no.lu Protokol'ün 1. Maddesi ile korunan "Mülkiyet Hakkı"nın kapsamı, Mahkemenin içtihatları uyarınca, özerk bir kavram olarak kabul edilmiş, madde hükmünde yer alan "*mal ve mülk*" ibaresinden, fizik bir varlığa sahip her türlü taşınabilir ve taşınmaz mallar yanında, maddi varlığa sahip olmayan hak ve menfaatlerin anlaşılması gerektiği, bu hakkın memleke dahil olan her türlü aktif, mali ve ekonomik değeri içerdiği ifade edilmektedir.¹⁸ Zira İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 27. maddesinin ikinci fıkrası da; "*Herkesin vücuda getirdiği her türlü bilim, edebiyat ve sanat eserlerinden doğan manevi ve parayla ölçülebilir menfaatlerinin korunmasını isteme hakkına sahip*" olduğunu belirtmektedir.

Son çeyrek yüzyılda dünya ticaretindeki yaşanan gelişim ve değişimden fikri ve sınai mülkiyet konusunu da oldukça etkilemiş olup bu hakların tanınması ve korunması, ülkeler açısından araştırma ve geliştirmenin teşvik edilmesini sağlayarak teknolojinin yenilenmesi ve bunun diğer ülkelere ihraç edilmesini sağlaması noktasında oldukça önemlidir. Bununla birlikte günümüzde gerek taklit gerek ise korsan ürünlerin üretim maliyetinin çok düşük olduğu ve kullanımının da bir o kadar yaygın olduğu gerçeği göz önüne alındığında bu hakların sağlıklı bir şekilde teminat altına alınmasının hak sahipleri açısından ne kadar önemli olduğu rahatlıkla anlaşılabilir.

B. Marka Kavramı

Türkiye'de markalara ilişkin ilk düzenlemeler Osmanlı İmparatorluğu dönemine gerçekleştirilmiş 1288 (1872) tarihli nizamnamedir. Bu nizamnameyi 1304 (1888) tarihli "*Fabrikalar Mamulâtı ile Eşyayı Ticariyeye Mahsus Alameti Farikalara Dair Nizamname*" izlemiştir.

¹⁸ AİHM, Gaus Dosier und.../Hollanda §53; The Traktörer AB/ İsveç, 7.7.1989, A. 159, § 53; Van Marle et autres/Hollanda, 26.02.1986, A 101, §41; Van der Mussele/Belçika, 23.11.1983, A 70, § 48; Marcx/Belçika, 13.06.1979, A 31, § 50

1965 tarihli Markalar Kanunu ile Alameti Farika Nizamnamesi ile ilga edilmiş, 1965 tarihli Markalar Kanunu'nu ise, 1995 yılında yürürlüğe giren MKHK'nın kabulü ile yürürlükten kalkmıştır. 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi kararının kabulü ile mevzuatını uyumlaştırma yükümü altına giren Türkiye¹⁹, markaların korunmasına ilişkin düzenlemeyi, patent ve endüstriyel tasarımlara ilişkin düzenlemelerde de olduğu gibi, metot olarak daha pratik olması nedeniyle, kanunla değil kanun hükmünde kararname ile yapmayı tercih etmiştir.

556 sayılı MarkKHK “marka”yı açıkça tanımlamamaktadır. Bununla beraber “marka olarak tescili mümkün olan işaretler” başlıklı 5. maddede “*bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini, bir başka teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, (...) her türlü işaret*” denilmek suretiyle dolaylı bir marka tanımı yapılmaktadır.²⁰

MarkKHK anlamında marka ibaresi ortak ve garanti markaları dâhil, ticaret markaları veya hizmet markalarının tamamını kapsamaktadır.²¹ Buna göre ticaret markaları, “*bir işletmenin imalatını ve/veya ticaretini yaptığı malları başka işletmelerin mallarından ayırt etmeye yarayan işaret*” olarak tanımlamıştır.²² Tanımdan da anlaşılacağı üzere ticaret markası, ticareti yapılan bir menkul malın üzerine konulan işareti ifade etmektedir. Bunun dışında hizmet markaları açısından piyasaya sunulan ürün “mal” değil “hizmet” olup²³, hizmet markaları işletmelerin hizmetlerini birbirinden ayırmaktadır.

¹⁹ 6/03/1995 tarih ve 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 8 numaralı eki üç bölümden oluşmaktadır.: 1) Genel ilkeler, 2) Gümrük Birliğinin başlangıcından önceki yükümlülükler, 3) Gümrük Birliğinin başlangıcından itibaren 3 yıl içinde yerine getirilecek yükümlülükler. Türkiye Konsey kararı gereği topluluk direktiflerine uygun şekilde sınai haklar mevzuatını Gümrük Birliğinin başlangıcından önce revize etmek yükümlülüğü altına girmiştir ŞEHİRALİ, Feyzan Hayal: Patent Hakkının Korunması, Ankara, 1998, s.49 vd.

²⁰ Bu tanım, TRIPS (m. 15/1) hükümleri ve 89/104 sayılı Direktifin 2. maddesi ile uyumludur bkz. KEYDER BROWN, Virginia: age., s. 29.

²¹ MarkKHK m. 2/a

²² 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulanma Şekli Gösterir Yönetmeliği, madde 8

²³ MarkKHK'da yer alan bu iki temel ayrım dışında doktrinde; ferdi marka, garanti markası, ortak marka ve topluluk markası gibi çeşitli marka türlerinden bahsedilmektedir. Her ne kadar ferdi marka kavramı, MarkKHK'da açıkça yer almasa da, MarkKHK ile getirilen marka sistemi ferdi markaya dayanmaktadır. Bir gerçek veya tüzelkişiye ait olup, o markanın sağladığı haklar sadece bir kişiye aitse, bu markalara ferdi marka denmektedir. Garanti markası, markanın sahibi tarafından değil, marka sahibinin belirlediği, malın kalitesine ilişkin bulunan şartları gerçekleştiren her işletme tarafından kullanılabilen, malın kalitesi hakkında garantiyi simgeleyen markadır.

Tanımdan hareketle, bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için işaretin yazı veya çizimle görüntülenebilmesi, çoğaltılabilmesi ve ayırt edici olması, dolayısı ile KHK'nın 7 ve m. 8'de yer alan ret nedenleri kapsamına girmemesi, gerekmektedir.

KHK sisteminde markanın tescil edilebilmesi, ayırt edicilik niteliğinin bulunmasına bağlanmıştır. Bu anlamda “*ayırt edici niteliği haiz olma*” bir işaretin marka olarak tescili için belirleyici bir unsurdur. KHK'nın 5. maddesinde ifade edildiği gibi marka, bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini bir diğer teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlamalıdır.²⁴

Bu doğrultuda “*bir işaret, kavram adına veya tanımına yakın olduğu oranda ayırt etmeyi sağlamaktan uzaklaşmakta, kavramdan veya kavramın tanımından uzaklaştığı, ona yabancılaştığı oranda da ayırt edicilik kazanmaktadır*”²⁵. Bununla beraber pek çok marka kullanıldıkça ayırt edici nitelik kazanmaktadır. Ancak başlangıçtan beri bu niteliği haiz olan istisnai markalar da bulunmaktadır.²⁶

C. Korunan Hukuki Yarar Olarak Marka Hakkı

Marka hakkı; sahibine inhisari²⁷ yetkiler, malvarlıksal (maddi) haklar ve sınırlı manevi haklar sağlamaktadır²⁸. Markanın sahibine sağladığı bu haklar, markanın tescili ile hüküm ifade etmeye başlamaktadır²⁹. 556 sayılı KHK'nın 6. maddesi hükmü dikkate alındığında hak sahipliği bakımından tescil ilkesinin kabul edildiği görülmektedir. Tescil ilkesinin kabul edilmesi, daha önce markasını tescil ettirerek

MarkKHK'da ise bu tanıma uymayan bir garanti markası tanımı yer almaktadır (m.54). Ortak marka ise birden çok işletmenin adına tescilli, markanın diğer sahiplerinin aynı nitelikli hakları ile sınırlı bir şekilde, ancak bağımsız olarak hak sahibi olduğu markadır. Topluluk marka sistemi ise tek bir başvuru ile topluluk markasının iktisap edilmesini sağlamaktadır. Bu konu yukarıda ayrıca incelenmektedir ayrıca bkz. ARKAN, Sabih: Marka Hukuku, Cilt 1, s. 44-53, TEKİNALP, Ünal: Fikrî Mülkiyet Hukuku, s.342-343.

²⁴ ARKAN, Sabih: Marka Hukuku, Cilt 1, s. 36.

²⁵ TEKİNALP, Ünal: Fikrî Mülkiyet Hukuku, s. 338.

²⁶ Örneğin “Hacı Şakir” sabunlarının 1995 yılında yürürlüğe giren MarkKHK'dan önce, dolayısıyla tescilinden çok önce, halk tarafından bilinen ve tanınan bir marka olduğu şüphesizdir.

²⁷ Kelime anlamı tekel olup, metinde tekelci haklar karşılığı kullanılmaktadır bkz. “İnhisar”, Türk Hukuk Lûgatı, 4. Baskı, Ankara, 1998, s.161.

²⁸ MKHK m. 9.

²⁹ MKHK m. 6 ve 9.

koruma altına alan bir kimseye karşı, söz konusu tescilden önce aynı işaretin kullanılıyor olduğu belirtilerek, dava açmayı imkânsız hale getirmektedir.³⁰

Marka tescili için başvuruda bulunacak kişiler MarkKHK m. 3 ve m. 31’de gösterilmektedir. Bu maddeler uyarınca her gerçek veya tüzel kişi seçtiği işaretin, marka olarak tescil edilmesini isteme hakkına sahiptir. MarkKHK’den da açıkça anlaşıldığı gibi marka tescili için bir ticari işletmenin varlığına gerek yoktur. Başvurunun yapılması sonucunda yukarıda bahsedilen öncelik hakkı elde edilmektedir. Başvurunun hukuki sonucu ise, “tescili hedefleyen bir bekleme hukuki durumunun” kazanılmasıdır.³¹

Bu hukuki durum, marka tescil işlemlerinin takibi, gereğinde itiraz, yanlışlıkların düzeltilmesini isteme haklarını kapsamakla birlikte, işareti marka olarak kullanma hakkını vermemektedir. Başvuru işleminin ardından Türk Patent Enstitüsü yapılan başvuruyu ilk önce şekli yönden incelemekte, ardından başvuruyu yapan kişilerin MarkKHK m. 3’te sayılan kişilerden olup olmadığını araştırmakta ve nihayet mutlak red nedenleri yönünden başvuruyu inceleyerek, diğer aşama olan başvurunun yayınlanması aşamasına geçip geçmeme kararını vermektedir.³²

Cezai koruma anlamında da markanın tescilli olması öncelikli bir şart olarak yerini almıştır. KHK’nın suçlara ve cezalara ilişkin düzenlemeleri ihtiva eden, 28.01.2009 tarih ve 5833 sayılı kanun ile değişik 61/A maddesinin 6. fıkrasında “*Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçlardan dolayı cezaya hükmedebilmek için*

³⁰ Bu kuralın iki istisnası bulunmaktadır. Bunlardan ilki tanınmış markalar, ikincisi ise tescil edilmemiş işaretlerdir. Tanınmış markalar tescil edilmeden de istisnaen korunabilmektedirler (MKHK m.7/I (b)). Tescil edilmemiş işaret sahipleri ise, bir marka başvurusu yapıldığında MKHK m.7 veya 8 uyarınca tescile itiraz etme hakkına sahiptirler bkz. TEKİNALP, Ünal: Fikrî Mülkiyet Hukuku, s. 350.

³¹ TEKİNALP, Ünal: Fikrî Mülkiyet Hukuku, s.355.

³² Türk Patent Enstitüsü ilgililerin talebi üzerine rüçhan hakkı yönünden de başvuruyu incelemeye alabilmektedir. Rüçhan hakkı ise, bu hak sahibinin başvurusunun süresi içinde başvurusu koşulu ile başkaları tarafından yapılan başvuruların önünde kabul edilmesidir. İki tür rüçhan hakkı olup, bunlardan ilki Paris Sözleşmesi uyarınca sözleşmeye taraf ülkelerden birinde bir marka tescil ettiren hak sahibinin, sözleşmeye taraf diğer ülkelerden herhangi birinde, aynı markasını 6 ay içinde öncelikli olarak tescil ettirmek hakkına sahip olmasını ifade etmektedir. İkinci rüçhan hakkı tipi ise, sergi rüçhanı olup, belli bir işareti kullanarak Paris Sözleşmesine taraf ülkelerden birinde bir mal veya hizmet sergileyen hak sahibinin bu işareti rüçhanlı olarak 6 ay içinde yine Paris Sözleşmesine taraf ülkelerden birinde tescil ettirebilmesidir bkz. TEKİNALP, Ünal: Fikrî Mülkiyet Hukuku, s. 357.

markanın Türkiye’de tescilli olması şarttır,” denilmek suretiyle bu husus belirtilmiştir.

KHK sistemine göre tescil çeşitli aşamaların tamamlanması ile mümkün olmaktadır. Bu aşamalar beş başlık altında toplanabilmektedir. Buna göre, bir marka başvuru, başvurunun incelenmesi, başvurunun yayınlanması, üçüncü kişilerin görüş ve itirazlarının alınması ve tescil aşamalarını izlemektedir.

Marka suçlarına ilişkin düzenlemelerle korunmak istenen hukuki yarar dikkate alındığında marka hakkı sahibinin mutlak hakları yanı sıra, markanın kamunun nezdinde ifade ettiği güven fonksiyonunun öne çıktığı görülmektedir. Suç tiplerine ilişkin incelemede ayrıntılı olarak açıklanmaya çalışılacağı üzere markanın korunması, sadece tecavüz yoluyla hakkı zedelenen marka hakkı sahibi bakımından değil, taklit ürünü orijinal ürünle aynı parayı ödeyerek alan tüketici bakımından ya da marka üzerinde yetkisiz tasarrufta bulunmak suçunda olduğu gibi, korunan bir marka hakkının varlığına güvenerek işlem yapan üçüncü kişiler bakımından da önem kazanmaktadır.

II. MARKALARIN KORUNMASI REJİMİNİ ŞEKİLLENDİREN DÜZENLEMELER

A. Sınâî Hakların Korunmasına İlişkin Uluslar Arası Sözleşmeler

Ticari hayatın ülke sınırlarının ötesine yayılması, bu alanda kullanılan kavram ve ticari ilişkileri düzenleyen kurallar bakımından ortak bir takım değerlerin oluşturulmasını ve kabulünü zorunlu kılmaktadır.

Marka hakkı, ülkesellik prensibine bağlı olarak korunmaktadır. Ülkesellik kısaca, devletin marka hakkı sahibine tanınan hakları kendi ülkesi içinde koruması, yani sadece kendi ülkesindeki ihlallerde kendi kuralları çerçevesinde ve de kendi ülkesindeki hukuk kurallarına başvurma hakkını bahşetmesi demektir.³³

³³ TEKİNALP, “Fikri Mülkiyet Hukuku”, s. 8; Okutan, s. 208

Bu yüzden marka hakkı sahibinin farklı ülkelerde yaptığı tescil başvuruları neticesinde, ilgili her bir hukuk sisteminde aynı marka bakımından birbirinden bağımsız olarak bu hakkın doğması söz konusu olabilecektir. Bu durum aynı marka hakkının farklı ülkelerde kazanılması ve korunması yönünden çeşitli güçlükler doğmasına sebebiyet verebilecektir.

Marka hakkının kazanılmasında ve korunmasında farklı ülke uygulamalarının yeknesaklaştırılması ve uygulamadaki güçlüklerin aşılması amacıyla, marka haklarının çeşitli ülkeler tarafından karşılıklı tanınıp korunmasını sağlamak üzere yapılan uluslar arası bir takım anlaşmalar mevcut olup, Türkiye'nin de taraf olduğu bir takım uluslar arası anlaşmalara aşağıda değinilmektedir.³⁴

Aşağıda bu alanda yer alan ulusal ve uluslar arası düzenlemeler çerçevesinde sınai mülkiyet haklarının, özellikle markanın korunması açısından genel bir bilgi verilmeye çalışılacaktır.

1. Paris Konvansiyonu

20 Mart 1883 tarihli Paris Konvansiyonu, markalar da dahil olmak üzere sınai mülkiyetin korunmasına ilişkin ilk anlaşmadır. Bu anlamda sonradan gerçekleştirilen sözleşmeler bakımından da model teşkil etmektedir.

Paris Konvansiyonu, markaların, patentlerin, endüstriyel tasarımların, ticaret ünvanlarının, coğrafi ad ve işaretler ile meşhur ad ve işaretlerinin korunmasına ve haksız rekabete ilişkin genel ilkeleri içermektedir.

Konvansiyonun 1. Maddesi ile, uygulandığı ülkeler bakımından sınai mülkiyet koruması bakımından birlik haline gelme olgusu vurgulanmıştır. Bu anlamda da taraf ülkelerin sayısı dikkate alınarak yapılmış en kapsamlı tasarruflardan biridir. Bu çerçevede 2. madde uyarınca konvansiyonun sağladığı koruma güvencesi, bu birliğe üye ülkelerde ikametgah ya da teşebbüse sahip olmak koşulu aranmaksızın ve vatandaşla eş değer düzeyde öngörülmüştür.

³⁴ Bkz. Aşağıda bölüm 1.

Paris Konvansiyonu sırasıyla, 14.12.1900'de Brüksel'de, 2.6.1911'de Washington'da, 6.11.1925'de La Haye'de, 2.6.1934'de Londra'da, 31.10.1958'de Lizbon'da ve nihayet, 14.7.1967'de de Stokholm'de çeşitli değişikliklere uğramıştır.³⁵ İşbu anlaşmanın 1967 tarihli Stokholm metni ile Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü kurularak fikri mülkiyet alanında daha ileri bir aşamaya ulaşıldığı için ayrıca aşağıda ele alınacaktır.

Türkiye, 1930'da La Haye metnine³⁶, 1957'de Londra metnine³⁷, 1-12. Maddelerine çekince koymak suretiyle Stokholm metnine 1975'de katılmış³⁸, Stokholm metnine koyduğu çekinceleri ise 1994'de kaldırmıştır.³⁹

2. Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) Kuruluş Sözleşmesi

14.07.1967 tarihli Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Kuruluş Sözleşmesi ile, üye ülkeleri katkılarıyla bütün dünyada –markalar başta olmak üzere- fikri mülkiyetin korunmasını teşvik etmek ve bunun için de ilgili örgütlerle işbirli yapmak üzere “Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü”nün kurulması sağlanmıştır. Birleşmiş Milletlerin bir örgütü olarak Cenevre merkezli olarak kurulan örgüt, kuruluş sözleşmesinin 3. Maddesinde yer alan ifadeyle yaratıcı faaliyetlerin desteklenmesi ve düşünsel mülkiyet korumasının tüm dünyada yerleşmesini ve gelişmesini amaçlamaktadır. Bu anlamda kurulan her türlü örgüt ve birliğe de özerkliklerine saygı göstermek suretiyle, yardımcı olmayı ve koruma mekanizmalarını etkin kılmayı amaçlamaktadır.

Türkiye, 1967 Stokholm Sözleşmesi ile kurulan “WIPO” yerine, Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatını Kuran Sözleşmeyi 1975 yılında kabul etmiştir.⁴⁰

³⁵ ARKAN Sabih, Marka Hukuku, Ankara 1997, C.1 s.30 vd

³⁶ 1619 sy Kanun (RG. 29.05.1930, 1506 vd.)

³⁷ 6894 sy Kanun (RG. 07.02.1957, 9529 vd

³⁸ 08.08.1975 tarih 7/11464 sy B.K. Kararı, (RG. 20.11.1975, 15418)

³⁹ 29.07.1994 tarih 94/5903 sy B.K. Kararı, (RG. 23.09.1994, 22060)

⁴⁰ RG. 19.11.1975, 15417 – 7/10540 S.

3. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Sözleşmesi (TRIPS)

Bundan başka bir ülkede fikri ve sınai hakların etkin koruma önlemleri ile koruma altına alınması sadece o ülkedeki yaratıcı faaliyetleri teşvik etmekle kalmamakta, bu durum ülkelerin büyümesine olumlu katkılar yapabilmektedir. Zira dünyanın her yerindeki yatırımcılar yatırımlarını faaliyetleri açısından sağlam yasal düzenlemelerin bulunduğu ülkelere yöneltilmektedirler.

Bu bağlamda 1994 yılında Uruguay Roundu müzakereleri sonucunda kurulan Dünya Ticaret Örgütü'nün kurucu antlaşmanın eki olarak TRIPS (Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları) anlaşması kabul edilmiştir.

GATT (General Agreement on Tariffs and Trade) üyesi ülkelerin 1993-1997 yıllarında Uruguay Round'daki görüşmeleri nihayetinde uluslararası ticari faaliyetlerin serbestleştirilmesi amacıyla kurulan Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) anlaşmasının⁴¹ bir eki olarak kabul edilen TRIPS Anlaşması, genel anlamıyla "Fikri mülkiyet" in kapsamını ve mevcut milletlerarası sözleşmelerin uygulama alanını genişletmiş, anlaşmaya üye ülkeler arasında gümrüklerde el koyma, sahte malların imhası vb gibi yeni yaptırımlar getirmesinin yanı sıra, ihtilafların çözümü için bir mekanizmaya da yer vermiştir.

Söz konusu anlaşma fikri ve sınai mülkiyet haklarının uluslararası platformda da korunmasının sağlanmasını amaçlamaktadır. Ülkeler bu anlaşma ile bu hakların korunması konusunda gerekli yasal düzenlemeleri ve faaliyetleri belli bir süreç dahilinde yerine getireceklerine dair taahhüt altına girmişlerdir.

Türkiye TRIPS'i, Dünya Ticaret Örgütü Sözleşmesi'nin (DTÖ) eki olarak 1995 yılında kabul etmiştir.⁴²

⁴¹ Arkan, C.1 s. 10

⁴² RG. 25.02.1995, S. 22213

B. Kaynak Avrupa Birliği Hukukunda Yer Alan Dzenlemeler

Başlangıçta Avrupa ülkeleri arasında kömür ve çelik birliği olarak ortaya çıkan Avrupa Topluluđunun temel kuruluş amacı olan ekonomik bütünleşmeyi sağlamak üzere Topluluk hukuku düzeyinde yapılan çalışmalar, fikri mülkiyet hususunda da bir takım ortak prensiplerin belirlenmesini gerektirmiştir.

İlk derecede önem verilen husus üye ülke mevzuatlarının tamamının uyumlaştırılması olamayıp, Birliğin kuruluş ve işleyişini doğrudan etkileyen hususlarla sınırlı kalmak üzere bir takım düzenlemeler yapılması öngörölmüş, buna bağlı olarak Birlik içinde faaliyet gösteren ticari işletmeleri ve gerçek kişiler⁴³, markalarına ilişkin benimsemiş oldukları politikaları değiştirmek durumunda kalmışlardır.

Nitekim ortak pazara geçiş sürecinin tamamlanması ve bu sayede mal, hizmet, sermaye ve kişilerin serbest dolaşımının sağlanması, ticari işletmelerin sahip olduğu markaları taşıyan ürünlerin de ortak pazar içinde serbestçe dolaşmasını sağlamış, bu durum ise markaların daha etkin bir şekilde korunması zorunluluğunu doğurmuştur.

Serbest dolaşım neticesinde tartışma konusu olan bir husus da marka hakkının bu serbest dolaşıma bir engel olarak kullanılabilmesi ihtimali olmuştur. Bu doğrultuda, Roma Antlaşması'nda bu durum dikkate alınarak, mal ve hizmetlerin serbest dolaşımı esnasında, fikri ve sınaî hakların engel yaratabileceği, ancak bunun ayrımcı bir şekilde uygulanmaması gerektiği ilkesi ortaya konulmuştur.

Roma Antlaşması hükümleri dışında sınaî haklar ile ilgili Topluluk hukukunda yer alan temel düzenlemelere örnek olarak, Üye Devletlerin Markalara İlişkin

⁴³ Zira 89/104 sayılı “Üye Devletlerin Ticari Markalara İlişkin Ulusal Mevzuatlarının Uyumlaştırılmasına İlişkin Birinci Konsey Direktifi” üye devletlerin markalara ilişkin kanunlarının uyumlaştırılması amacıyla hazırlanmış ancak bu direktifte markanın tescil edilebilmesi için bir işletmenin mevcut olması koşulundan söz edilmemiştir. Dolayısıyla bir ticari işletme sahibi olmayan kişiler ve holdinglerin de marka sahibi olmalarına engel kalmamıştır. Aynı şekilde 40/94 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü de topluluk markası sahibi olmak için bir ticari işletmenin varlığını aramamaktadır (m. 5) ARKAN, Sabih: Marka Hukuku, Cilt 1, Ankara, 1997, s. 3. Aynı doğrultuda Türk Marka Hukuku için bkz. MarkKHK m. 31 ve 3/I.

Hukuklarını Uyumlaştırmaya Dair Konsey Direktifi ⁴⁴, Topluluk Markasına İlişkin Topluluk Tüzüğü ⁴⁵, Fikir ve Sanat Eserlerine Dair Haklar ile İlgili Hakların Koruyucu Hükümlerinin Uyumlaştırılmasına İlişkin Konsey Direktifi ⁴⁶ gösterilebilmektedir.

1. Roma Antlaşması

Açıklandığı üzere marka hakkı, ticari işletmeye ait gayri maddi haklardan biridir. Zira sahibine gayri maddi bir mal olan markası üzerinde mülkiyet hakkı tanımaktadır. Roma Antlaşmasının 222. Maddesi (yeni md. 295)⁴⁷, ulusal mevzuatlarca tanınan mülkiyet hakkına Topluluğun müdahale edemeyeceği hususunu düzenlemektedir. Dolayısıyla üye ülkelerin ulusal mevzuatları uyarınca marka sahibine tescil sonrası marka üzerinde mülkiyet hakkı tanımış olması Topluluğun müdahale edemeyeceği bir olgudur.

Diğer taraftan üye ülkeleri, Roma Antlaşması ile gümrük birliği etrafında bir araya getiren ortak pazarın tesisinin ilk şartı malların serbest dolaşımı ilkesidir. Söz konusu serbesti, üye ülkeler arasında gümrük vergileri ve eş değerdeki harçların kaldırılması ve miktar kısıtlamaları ve eş etkili önlemlerin kaldırılmasını zorunlu kılmaktadır. İşte marka sahibinin ulusal hukuktan kaynaklanan yetkisi ile üye ülkeler arası malların serbest dolaşımını engelleme olasılığı göz önüne alınarak, 30 ve 36. (yeni m. 28 ve 30)⁴⁸ maddeler düzenlenmiştir. 28. madde üye devletlerarası tüm miktar kısıtlamalarının ve eş etkili önlemlerin yasak olduğunu belirtmektedir. 30. madde ise, 28 ve 29. madde ile getirilen kuralın istisnalarını düzenlemektedir. Bu istisnalar arasına ekonomik açıdan önemi göz önüne alınarak sınaî haklar da eklenmiş durumdadır. Dolayısıyla marka hakkı sahibi bu hakkına dayanarak üye devletlerarası malların serbest dolaşımını engelleyici eylemlerde bulunabilir, bu durumun kabulü sınaî hakkın doğasından kaynaklanmaktadır. Ancak hak sahibi bu

⁴⁴ “First Council Directive 89/104/EEC of 21/12/1988 to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade Marks”, OJ, 11/2/1989, L 040.

⁴⁵ “Council Regulation no. 40/94 of 20 December 1993 on the Community Trademark”, 14/1/1994, OJ L 11.

⁴⁶ Council Directive no. 93/98 of 29 October 1993 Harmonizing the Term of Protection of Copyright and Certain Related Rights, 24/11/1993, OJ L 290/9.

⁴⁷ Bundan böyle bu çalışmada 222. madde yeni madde numarası olan 295. madde olarak anılacaktır.

⁴⁸ Bundan böyle bu çalışmada 30 ve 36. maddeler yeni madde numaraları olan 28 ve 30. maddeler olarak anılacaktır.

istisna nedeniyle üye devletlerarasındaki ticarete ne keyfi bir ayrımcılığa imkân verebilir, ne de bu hakkı gizli bir kısıtlama aracı olarak kullanabilir.

Bu çerçevede sınaî haklara ilişkin uyuşmazlıklarda Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın ("ATAD") ilk görüşü kendisinin bu sorunları çözmeye yetkili olmadığı, zira Roma Antlaşmasının 295. maddesinin mülkiyet konusunu tamamen ulusal hukuklara bırakmış olduğu yönündedir. Bu hüküm dışında sınaî haklara ilişkin Topuluk düzeyinde hukuki bir çalışmanın da gerçekleştirilmemiş olduğu ifade edilmiştir. Ancak ATAD daha sonra bu yorumundan dönerek, sınaî haklara ilişkin sorunlarda RA m. 81-82'nin (yeni m. 81-82)⁴⁹ uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. Bu görüş değişikliğine rağmen, Topuluk düzeyinde bu alanda ortak hukuk yaratılmasının önemi hiçbir zaman yadsınmamıştır. Nitekim ATAD'ın hakların RA m. 28 ve 30 hükümleri çerçevesinde ele alınması gerektiğini belirten son görüşünde dahi, m. 30'da belirtilen istisnanın, ancak Topuluk düzeyinde ortak bir hukukun var olmaması halinde kullanılabileceği açıkça belirtilmiştir.

2. Üye Devletlerin İç Hukuklarının Uyumlaştırılmasına İlişkin 89/104 Sayılı Konsey Direktifi

89/104 sayılı Direktif ile üye devletlerin marka mevzuatlarının uyumlaştırılması amaçlanmış olup, mevzuatların tümüyle birbirinin aynı olmaları hedeflenmemiş, sadece ortak pazarın kuruluş ve işleyişini doğrudan etkileyen hususların uyumlaştırılması amaçlanmıştır. Bu nedenle direktifte marka tescilinin usulüne ilişkin hükümlere yer verilmemiş, sadece maddi hukuka ilişkin hükümlerin uyumlaştırılması yoluna gidilmiştir.⁵⁰

Yine direktifte marka hakkına tecavüz halinde marka sahibinin ne tür haklara sahip olacağı konusu düzenlenmemiştir. Gerçekten direktifte hangi işaretlerin marka olarak tescil edilebileceği⁵¹, tescilin reddedilmesinin nedenleri⁵², marka sahibinin

⁴⁹ Bundan böyle bu çalışmada 85 ve 86. maddeler yeni madde numaraları olan 81 ve 82. maddeler olarak anılacaktır.

⁵⁰ COOK, Trevor: Intellectual Property in the European Community, CAMPHELL, Dennis: International Intellectual Property Law New Developments, Austria, 1995, s.45.

⁵¹ 89/104 md. 2.

⁵² 89/104 md. 3, 4.

hakları⁵³, marka hakkının sınırları⁵⁴, marka hakkının tüketilmesi⁵⁵, lisans⁵⁶, marka hakkının kullanılması⁵⁷ ve hükümsüzlük nedenleri⁵⁸ gibi, marka ile ilgili maddi unsurlara yer verilmiş, ancak tanınan bu marka hakkına tecavüz halinde uygulanabilecek yaptırımlar gösterilmemiştir. Diğer taraftan direktifte garanti markaları ve ortak markalar için özel bir hüküm de öngörülmüştür.⁵⁹

3. 40/94 Sayılı Topluluk Markası Tüzüğü

Avrupa Birliği sisteminde, Topluluk Marka Rejimini etkileyen en önemli düzenlemelerden biri de 40/94 sayılı Topluluk Markası ile ilgili Tüzüktür. Anılan düzenleme üye devletlerin ulusal marka mevzuatlarını yürürlükten kaldırmamakta, sadece üye devletlerin marka mevzuatlarının yanında, kişilerin başvurabilecekleri ikinci bir marka tescil sistemi oluşturmaktadır.⁶⁰ Bu düzenleme ile amaçlanan, ticari işletmelerin tek tek her üye ülkede markalarını tescil ettirme zorluğu ve masrafından kurtarılarak tek bir marka tescili ile topluluğa üye tüm ülkelerde hukuki koruma sağlanması, dolayısı ile Birlik içinde markalara aynı hukuki geçerlilikte ve aynı düzeyde koruma sağlayan bir sistem yaratılmasıdır.

Topluluk marka sisteminin uygulayıcısı Topluluk Marka Ofisi (Office for Harmonization in the Internal Market-OHIM) olup, Ofis 1996 yılından beri İspanya'nın Alicante şehrinde faaliyet göstermektedir. OHIM, 40/94 sayılı Tüzüğün 111. maddesi gereğince tüzel kişiliğe sahip bir Avrupa Topluluğu organı olup, OHIM tarafından verilen kararların hukuka uygunluğu Topluluk mahkemeleri tarafından denetlenmektedir.⁶¹

OHIM nezdinde Topluluk Markalarına ilişkin korumadan faydalanma imkânı sadece Topluluk üyesi ülke vatandaşlarına tanınmamıştır. Buna göre, sını

⁵³ 89/104 md. 5.

⁵⁴ 89/104 md. 6.

⁵⁵ 89/104 md. 7.

⁵⁶ 89/104 md. 8.

⁵⁷ 89/104 md. 10.

⁵⁸ 89/104 md. 12.

⁵⁹ 89/104 md. 15.

⁶⁰ Topluluk marka hukuku ile ulusal marka düzenlemelerinin birlikte varolmaları ilkesinin topluluk marka hukukunun temel özelliklerinden biri olduğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. BASTIAN, Eva-Marina: agm., s. 443-444.

⁶¹ www.ohim.org

mülkiyetin korunması ile ilgili Paris Konvansiyonu'na ya da DTÖ'ne taraf ülkelerin vatandaşları ile Paris Konvansiyonu'na taraf olmayan ülke vatandaşlarından, 40/94 sayılı Tüzüğün 5.1 (c) maddesi uyarınca, Avrupa Topluluğuna üye devletlerden birinde ikametgahı olan veya iş merkezine sahip olan ya da ticari veya sınai bir işletmeye sahip olan kişilere de markalarının tescili için OHIM'e başvurabilme imkânı sağlanmıştır. Ancak Topluluk üyesi ülke vatandaşları olan gerçek ve tüzel kişiler 40/94 sayılı Tüzüğün 88/2. maddesi uyarınca OHIM'e doğrudan başvurabilirken, üye devlet vatandaşı olmayan kişilerin OHIM nezdinde işlem yapmaya yetkili bir temsilci marifetiyle başvurularını yapmaları zorunludur. 40/94 sayılı Tüzüğün 115. maddesi uyarınca OHIM'nin resmi dilleri İspanyolca, Almanca, İngilizce, Fransızca ve İtalyanca'dır.

Başvurular, doğrudan OHIM'e yapılabileceği gibi, aynı sonuçları doğuracak nitelikte ulusal marka ofislerine veya Benelüks Marka Ofisi'ne de yapılabilmektedir.⁶² Başvurular OHIM dışındaki marka ofislerine yapıldığında, ilgili bürolar bu başvuruları iki hafta içinde OHIM'e ulaştırmakla yükümlüdürler.⁶³

Topluluk markası olarak OHIM nezdinde tescili istenebilecek işaretler ise, 40/94 sayılı Tüzüğün 4. maddesi uyarınca, MarkKHK'da olduğu gibi çizimle görüntülenebilen her tür işaret, resim, isimler, renkler, müzik işaretleri, eşyaların şekilleri veya ambalajları olarak belirtilmiştir.

Topluluk markası olarak tescili için başvurusu yapılan işaretler, öncelikle başvuru şartlarının yerine getirilip getirilmediği, başvuru ücretinin ödenip ödenmediği ve mutlak red nedenleri açısından bir ön incelemeye tabi tutulur.⁶⁴ Bu ön incelemenin ardından araştırma safhası gelmektedir. 40/94 sayılı Tüzüğün 39. maddesi uyarınca "OHIM önce kendi kayıtlarından başvurusu yapılan işaretle aynı nitelikte başka bir işaretin olup olmadığını araştırır ve aynı işlemi yapmak üzere başvuruyu üye ülkelerin ulusal marka ofislerine gönderir ve kendilerine bu

⁶² 40/94 md. 25/1.

⁶³ 40/94 md. 25/2.

⁶⁴ 40/94 md. 7 uyarınca topluluk markası olarak tescil edilecek işaretin aşağıdaki özelliklere sahip olması mutlak red nedenlerindedir: 1-Seçilen işaretin Avrupa Topluluğu dillerinden birinde ilgili mal veya hizmetin cins ismini oluşturması, 2-Seçilen işaretin birliğin dillerinden birinde kalite, miktar veya değer ifade etmesi, 3-İşaretin ahlaka adaba aykırı olması. 40/94 m. 7'de sayılan mutlak red nedenleri temelde Türk hukuku ile benzerlik göstermektedir. Bkz. MarkKHK m. 7.

araştırmanın sonuçlarını göndermeleri için üç ay süre verir.⁶⁵ Topluluk markası başvurusu mutlak red nedenlerinden biri ile reddedilmez ve araştırma raporlarını dikkate alarak başvuru sahibi başvurusunu geri çekmezse, başvuru yayınlanır.⁶⁶ Yayın tarihinden itibaren üç ay içinde ilgili üçüncü kişiler daha önceden yapılmış ulusal, ya da OHIM nezdinde tescilden veya tescil başvurusundan kaynaklanan haklarına dayanarak itirazda bulunabilirler.⁶⁷ İtirazın incelenmesi sonucunda 40/94 sayılı Tüzüğün 43. maddesi uyarınca işaretin Topluluk markası olarak tesciline veya tescilin reddine karar verilir.”

Tescil, marka sahibine kendisinin izni olmadan markasının aynısını veya benzerini, aynı veya benzer mal ve hizmetlerde kullanan üçüncü kişilere karşı bu kullanımı men etme yetkisi vermektedir.⁶⁸ Topluluk içinde tanınmış olan marka sahiplerinin bu markanın farklı mal ve hizmetlerde kullanılmasını yasaklaması da mümkündür.⁶⁹

Topluluk markası taşıyan ürünler, marka sahibinin rızası veya onayı ile Topluluk içinde bir kere piyasa sürüldükten sonra, marka hakkı sahibinin bu mallar üzerindeki hakkı sona ermektedir.⁷⁰ Ancak Topluluk üyesi ülkeler dışından yapılan paralel ithalatlar bu sınırlamanın dışında kalmaktadır. Zira hakkın tükenmesi açısından Topluluk hukukunda “bölgesel tükenme” ilkesi kabul edilmiştir.⁷¹

40/94 sayılı Tüzükte Topluluk markasına tecavüz halinde uygulanacak maddi hükümlere yer verilmemekle birlikte, Topluluk markasına tecavüz halinde ve Topluluk markasının geçerliliği hususlarında, üye devletlerin bu durumu OHIM’e bildirecekleri ve bu konuda Topluluk marka mahkemelerinin görevli olacakları belirtilmiştir.⁷² Bu çerçevede herhangi bir üye ülke mahkemesinden alınacak bir

⁶⁵ Güncel anlamda, OHIM nezdinde yapılan başvuruların sayısı 30.000’in üzerinde olduğundan başvuruların % 30’unda bu süreye uyulamadığı ifade edilmektedir. Richard POYDNER’in EPO Uluslararası Hukuk İşleri Genel Müdürü Gert KOLLE ile yapmış olduğu röportaj, www.derwent.com.

⁶⁶ 40/94 md. 40.

⁶⁷ 40/94 md. 42.

⁶⁸ 40/94 md. 9.

⁶⁹ Karş. MARKKHK m. 9/I-(c).

⁷⁰ 40/94 md. 13/1.

⁷¹ Detaylı bilgi için bkz. bu çalışma §-2, III, 1, B, c-Hakkın Tüketilmesi Doktrini.

⁷² 40/94 md. 91-92.

kararın, 1968 Brüksel Anlaşması uyarınca diğer üye ülkelerde de tenfizi sağlanabilmektedir.

Topluluk markasının sona ermesi bakımından 40/94 sayılı Tüzüğün 50.maddesinde; markanın beş yıl süreyle kullanılmaması, tescil edilen markanın o mal veya hizmetin ismi haline gelmesi, markanın üzerine konulduğu ürünle ilgili olarak kalite veya coğrafi orijini konusunda halk tarafından karıştırılma ihtimalinin bulunması ve nihayet marka sahibinin 40/94 sayılı Tüzüğün 5. maddesi gereği marka sahibi olabilecek kişilerden olma niteliğini kaybetmesi hallerine yer verilmektedir.⁷³

Topluluk markasının hükümsüz sayılması ise, 40/94 m. 51 ve 52’de belirtilen şartlarla mümkündür. Bu hükümsüzlük hallerine örnek olarak; markanın Topluluk markası sahibi olamayacak kişiler adına tescil ettirilmesi ya da mutlak red nedenlerinden birinin varlığı vs. gösterilebilecektir.

C. Türk Hukukunda Markaların Korunması

1. Genel Olarak

Türkiye’de markalara ilişkin ilk düzenlemeler Osmanlı İmparatorluğu dönemine rastlamaktadır. Bu husustaki ilk düzenleme 1288 (1872) tarihli nizamnamedir. Bu nizamnameyi 1304 (1888) tarihli “Fabrikalar Mamulâtı ile Eşyayı Ticariyeye Mahsus Alâmeti Farikalara Dair Nizamname” izlemiştir.

1965 tarihli Markalar Kanunu ile Alâmeti Farika Nizamnamesi ile ilga edilmiş, 1965 tarihli Markalar Kanunu’nu ise, 1995 yılında yürürlüğe giren MarkKHK’nın kabulü ile yürürlükten kalkmıştır.

2. 556 Sayılı KHK Uyarınca Markaların Korunması

Önceden 1965 tarihli ve 551 sayılı Markalar Kanunu çerçevesinde düzenlenen markalar rejiminde, 6 Mart 1995 tarihinde imzalanan 1/95 sayılı AT-Türkiye Ortaklık Konseyi Kararı’nın 8 No’lu eki uyarınca Türkiye’nin fikri mülkiyet haklarının korunmasına yönelik yeni bir takım hukuki düzenlemeler yapması gereği doğmuştur.

⁷³ 40/94 md. 50.

Bu amaçla çıkarılan 4113 sayılı yetki kanununa⁷⁴ dayanarak Bakanlar Kurulu tarafından 556 sayılı “Markaların Korunması Hakkında KHK”⁷⁵ çıkarılarak 551 sayılı “Markalar Kanunu”nun yerine yürürlüğe konmuştur.

1/95 sayılı Ortaklık Konseyi kararının kabulü ile mevzuatını uyumlaştırma yükümü altına giren Türkiye⁷⁶, markaların korunmasına ilişkin düzenlemeyi, patent ve endüstriyel tasarımlara ilişkin düzenlemelerde de olduğu gibi, metot olarak daha pratik olması nedeniyle, kanunla değil kanun hükmünde kararname ile yapmayı tercih etmiştir.

Bu anlamda markaların korunması bakımından öncelikli kaynak 556 sayılı KHK düzenlemesidir. Daha sonra, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından “556 Sayılı KHK’nın Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmelik” çıkarılmıştır.⁷⁷ Bu yönetmeliğin yanı sıra, “Türk Patent Enstitüsü Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği” de Türk marka hukukundaki halen yürürlükte olan diğer idari düzenlemedir.⁷⁸

556 sayılı KHK genel olarak markalar düzenine ilişkin genel hükümleri içermektedir. Düzenlemenin ilk halinde marka suçlarına ilişkin hükümler yer almamakla beraber, bu konudaki eksiklik birkaç ay sonra 4128 sayılı Kanun ile 61/A maddesinin eklenmesi suretiyle aşılmaya çalışılmıştır. Marka suçlarını ve bu ihlal hallerine ilişkin cezai yaptırımları içeren 61/A maddesi, bu haliyle Anayasaya aykırılık tartışmasını da beraberinde getirmiştir.

Bu süreçte KHK’nın suçlara cezalara ilişkin 61/A maddesi 2003 yılından bu yana çeşitli, Anayasa Mahkemesi kararlarına konu olmuştur. Diğer açıklamalara geçilmeden önce bu iptal kararlarına da değinilmesini uygun buluyoruz.

⁷⁴ RG. 24.6.1995, 22323

⁷⁵ RG. 27.6.1995, 22326

⁷⁶ 6/03/1995 tarih ve 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının 8 numaralı eki üç bölümden oluşmaktadır.: 1) Genel ilkeler, 2) Gümrük Birliğinin başlangıcından önceki yükümlülükler, 3) Gümrük Birliğinin başlangıcından itibaren 3 yıl içinde yerine getirilecek yükümlülükler. Türkiye Konsey kararı gereği topluluk direktiflerine uygun şekilde sınai haklar mevzuatını Gümrük Birliğinin başlangıcından önce revize etmek yükümlülüğü altına girmiştir ŞEHİRALİ, Feyzan Hayal: Patent Hakkının Korunması, Ankara, 1998, s.49 vd.

⁷⁷ RG. 5.11.1995, 22454

⁷⁸ RG. 14.4.1995, 22258

a. Anayasa Mahkemesi'nin 556 Sayılı KHK'ya İlişkin Kararları

aa. 61/A Hükümüne İlişkin 18.06.2003 Tarihli Karar⁷⁹

4128 sayılı kanunla 61/A maddesinin KHK'ya eklenmesi sonrasında, maddenin (c) bendinde 61. Maddeye yapılan atıf neticesinde, aslında özel hukuka ilişkin bir norm olan düzenlemede yer alan marka hakkına tecavüz teşkil eden hareketlere ilişkin eylemler aynı zamanda KHK anlamında birer suç tipi haline gelmiştir.

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla düzenlenebileceğini öngören Anayasa'nın 38. Maddesi karşısında, Markalar KHK'sına 4128 sayılı kanun ile eklenen 61A maddesinin söz konusu ilkeyi ihlal edip etmediği hususu tartışılır hale gelmiştir. Nitekim cezai düzenleme bu şekilde yapılmadan önce, 556 sayılı KHK yürürlüğe ilk girdiğinde, ilga edilen 551 sayılı Markalar Kanunu'nun ceza düzenlemeleri aynı gerekçeyle saklı tutularak, yürürlükte kalmıştır.

Bu durum Anayasa Mahkemesi'nin önüne ilk olarak 2003 yılında taşınmıştır. Bergama Asliye Ceza Mahkemesi, özel hukuk anlamında marka hakkına tecavüz teşkil eden eylemlerin 61A(c) maddesinde yer alan atıf yoluyla birer "suç tipi" haline getirilmiş olmasını Anayasa'nın 7, 38 ve 87. Maddelerine ve normlar hiyerarşisine aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.⁸⁰

⁷⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 26.12.2003 tarih ve 25328 sayılı R.G.'de yayımlanan, 18.06.2003 gün ve 2003/38 E. - 2003/66 K. sayılı kararı

⁸⁰ Bergama Asliye Ceza Mahkemesi KHK içinde yer alan düzenlemenin Anayasa'nın 7, 38 ve 87. maddelerine aykırılığını şu şekilde gerekçelendirmiştir; "...Sanıkların eylemlerinin 551 sayılı markalar yasasına aykırılık teşkil ettiği iddia edilerek haklarında mahkememize kamu davası açılmıştır. Dolayısı ile sanıkların eylemleri 551 sayılı markalar yasası ve bu yasanın cezai hükümlerini kaldıran, cezalarla ilgili yeni yaptırımlar koyan 556 sayılı K.H.K. ve bunda değişiklik yapan 4128 sayılı yasa hükümleri uygulanacaktır. 12.3.1965 tarihinde yürürlüğe giren 551 sayılı markalar yasasının ceza hükümleri dışındaki maddeleri 24.6.1995 gün 556 sayılı markaların korunması hakkı da K.H.K.'nın 82. maddesi yürürlükten kaldırılmış, ceza hükümleri ile ilgili maddeleri 3.11.1995 tarihinde yürürlüğe giren 4128 sayılı yasanın 5. maddeleri ile 556 sayılı K.H.K.'ye eklenen 61/A maddesi ile yeni ceza hükümleri konulmuştur. 7.11.1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 9. maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin vereceği yetkiye göre Bakanlar Kurulu'na bazı hallerde yasa gücünde kararname çıkarma olanağı tanınmıştır. Yasa çıkarılmasının zaman bakımından güçlüğü dikkate alınarak Devletin acil ve önemli işlerinin görülmesi için Yasa Koyucu öyle bir yol benimsemiştir. Ancak

Bu başvuru üzerine yapılan inceleme neticesinde Anayasa Mahkemesi, kanun ile KHK metni içine madde eklenmesine ilişkin düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığını belirtmiştir.

Yüksek Mahkeme kararının gerekçesinde; kanun hükmünde kararnamelere yasa yoluyla ekleme yapılmasında Anayasa'ya aykırılık bulunmadığını, dolayısı ile 556 sayılı KHK içine 4128 sayılı Kanun'un 5. Maddesi ile eklenen 61A düzenlemesinin tek başına Anayasa'nın 38. Maddesine aykırılık oluşturmadığını belirtmiş, konuyu Anayasa'nın 7. ve 87. Maddeleriyle ise ilgili görmeyerek anayasa'ya aykırılık iddiasını reddetmiştir.⁸¹

zaman zaman bir çok konuda düzenlemelerin Yasa Gücü de Yasa yolu ile düzenlendiği görülmektedir.

Anayasamızın 7. maddesine göre Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'nindir. Devredilemez.

Yine anayasamızın 38. maddesinin 3. fıkrasında "Ceza ve Ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konur." hükmünü taşımaktadır. Bu düzenleme suçların ve cezaların yasallığı ilkesinin sonucudur. Öte yandan Türkiye Büyük Millet Meclisinin Görev ve Yetkilerini düzenleyen Anayasa'nın 87. maddesinin de; Kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmakta meclisinin görevleri arasında sayılmıştır.

Her ne kadar 556 sayılı K.H.K.'ye cezai hükümler yasa ile eklenmişse de; bu durum normlar hiyerarşisine uygun olmadığı gibi 551 sayılı yasanın Bakanlar Kurulu kararı ile çıkarılan K.H.K. ile yürürlükten kaldırılması Anayasa'nın 7., 38. ve 87. maddelerine aykırıdır.

Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu 4250 sayılı ispiroto ve ispirotolu içkileri Tekeli hakkında yasanın cezai hükümlerini düzenleyen 31. maddesinin 560 sayılı K.H.K. ile kaldırılmasının Anayasamızın 7., 38. ve 87. maddelerine aykırı olduğu gerekçesi ile 31. maddesinin halen yürürlükte bulunduğu karar vermiştir. (Yargıtay Ceza Kurulu 2.6.1998 gün 1998/7-135-200 sayılı kararı - Yargıtay Kararları Dergisi Cilt: 24, Sayı: 11 Sahife: 1668)

Bu neden ve açıklamalar karşısında belirtilen K.H.K. ve buna eklenen yasa maddesinin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmak gerekmiştir...".

⁸¹ Yüksek Mahkeme gerekçesinde; "Başvuran Mahkeme, kanun hükmünde kararnamelere yasalarla ceza hükümleri eklenmesinin normlar hiyerarşisine uygun olmadığını, 4128 sayılı Yasa'nın 5. maddesi ile 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye eklenen 61/A maddenin (c) bendinin, Anayasa'nın 7., 38. ve 87. maddelerine aykırı olduğunu belirterek iptalini istemiştir.

İtiraz konusu bentde, "61 maddede yazılı fiillerden birini işleyenler hakkında, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına ve altıyüzmilyon liradan bir milyar liraya kadar para cezasına, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticarettten men edilmelerine hükmolunur" denilmektedir.

Anılan Yasa'nın gerekçesinde de, Anayasa'nın 91 inci maddesine göre temel haklar, kişinin hakları ve ödevleri ile bunların korunmasına ilişkin hususların kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyecek konulardan olduğu, bu alanların mutlaka kanunla düzenlenmesinin gerektiği, Parlatentonun normlaşma sürecinin her safhasına hakim olduğu, mali ve diğer cezai hükümlerin kişilerin haklarına taalluk eden özelliklere sahip olduğu şeklindeki düşüncelerden hareketle, 560 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin etkin uygulanmasını temin bakımından ve onu tamamlayan bir düzenleme olarak söz konusu Kanun Hükmünde Kararnamenin bazı maddelerinde değişiklik yapılması ve muhtelif ceza hükümlerinin ortaya konmasını temin maksadıyla 4128 sayılı Yasa'nın çıkarıldığı belirtilmiştir.

Doktrinde 4128 sayılı kanunla getirilen ceza düzenlemesinin Anayasa'ya aykırı olmamakla beraber, KHK'nın özel hukuka ilişkin hükümlerine referans yoluyla suç tiplerinin belirlenmesinin "suç tiplerinin" kanunla değil, KHK ile belirlenmesi sonucunu doğurduğu, KHK'ların idari düzenleyici işlemler olmaları sebebiyle, Bakanlar Kurulu tasarrufu ile söz konusu tipiklik unsurunun rahatça değiştirilebileceği, böylelikle daha geniş bir sorumluluk alanı yaratılabileceği ve bu durumun suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile bağdaşmadığı ifade edilmiştir.⁸²

Bu kararın doktrinde ve uygulamada etkileri devam ederken, 2004 tarihinde bu sefer 61(d) bendinin Anayasa'ya aykırılığı gündeme gelmiştir.

bb. 61(d) Hükümüne İlişkin 02.03.2004 Tarihli İptal Kararı⁸³

Yine Bergama Asliye Ceza Mahkemesi tarafından gündeme getirilen meselede, bu sefer 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname'nin 61. maddesinin (d) bendinin ve aynı kararnameye 4128 sayılı Yasa

Yasa koyucu, ceza hukuku alanında yasama yetkisini kullanırken Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımları ile karşılaşmaları gerektiği ve hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı veya hafifletici neden olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisine sahiptir.

Zaman içinde toplumsal gereksinimleri karşılamak, kişi ve toplum yararının zorunlu kıldığı düzenlemeleri yapmak, toplumdaki değişikliklere koşut olarak alınan önlemlerin etkisini artırmak ya da bunları hafifletmek veya ortadan kaldırmak yetkisi yasa koyucuya aittir.

Anayasa'nın 38. maddesinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik önlemlerinin ancak yasayla konulacağı belirtilmiş, 91. maddesinin ilk fıkrasında da, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebileceği, ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevlerin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği öngörülmüştür. Suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. madde Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığından bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile yapılması olanaklı değildir.

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname'nin 61/A maddesinin (c) bendi, 4128 sayılı Yasa ile eklendiğinden Anayasa'nın cezaların yasa ile düzenlenmesi gereğine uyulmuştur. Ayrıca, Anayasa'da Kanun Hükümünde Kararnamelerin yasayla değiştirilmesini veya bunlara madde eklenmesini engelleyen bir kural da bulunmamaktadır.

Bu nedenlerle, itiraz konusu (c) bendi Anayasa'nın 38. maddesine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir. Konunun Anayasa'nın 7. ve 87. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir," ifadelerine yer vermiştir.

⁸² ÖZGENÇ İzzet, "Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk", Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt III, İstanbul 2003, s.861. Aktaran: AYOĞLU, a.g.e., s.26

⁸³ Anayasa Mahkemesi'nin 14.05.2004 tarih ve 25462 sayılı R.G.'de yayımlanan, 2.3.2004 gün ve K.2004/25 - E.2002/92 sayılı kararı

ile eklenen 61/A maddesinin (c) bendinin, Anayasa'nın 7., 13., 33., 38., 64. ve 91. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri talep edilmiştir.⁸⁴

⁸⁴ Mahkeme istemin gerekçesinde; "Bergama C. Başsavcılığının 16.9.1999 tarih 1999/544 Esas sayılı iddianamesi ile mahkememize kamu davası açılmış sanıkların yargılamasının yapılarak TCK 64/1 madde aracılığı ile 556 Sayılı Markaların Korunmasına Dair KHK'de değişiklik yapan 4128 sayılı Kanununun 6 l/b maddesi uyarınca cezalandırılmaları talep edilmiştir.

C. Savcısı mütalaasında Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 3.12.2001 tarih 4709 S.Y.nın 15. maddesi ile 32. maddesine eklenen 7. fıkrasında hiç kimse yalnızca sözleşmeden doğan bir hükümlülüğü yerine getirmemesinden dolayı özgürlüğünden alıkonamaz hükmü getirilmiştir. 556 S. KHK'nin 61/A-C maddesinin Anayasanın 38. maddesine 4709 S. Y.nın 15. maddesi ile eklenen 7. fıkrasının son cümlesine aykırı olduğunu belirtmiştir.

Sanıklar hakkında her ne kadar iddianamede 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararnamenin 4128 sayılı Kanunla değişik 61/b maddesine göre kamu davası açılmışsa da; sanıkların eylemlerinin adı geçen Kanunun 61. maddesinin (d) bendinde "marka sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları 3. kişilere devir etmek" şeklinde düzenlenen fiiline uygun düştüğü yine adı geçen Kanun Hükmünde Kararnamenin kanunla değişik ceza maddesi 61/A-C maddesine göre hukuki tavsifin yapılması gerektiği ve bu maddede sanıklara 2 yıldan, 4 yıla kadar hapis ve 600.000.000.-TL.den - 1 milyara kadar para cezasının öngörüldüğü, dolayısıyla sanıklara yapılan isnadın bu madde kapsamında kaldığı kabul edilmiştir. Bu sebeple sanıklara ek savunma hakkı tanınması yönüne gidilmiştir.

Ceza Hukukunun bir fonksiyonunda, diğer branşlardaki hukuki ilişkilerin hukuka uygun bir biçimde gelişmesini sağlayabilmek için, kendi sert müeyyidelerinden bu hukuk branşlarını da yararlandırmak olduğu ceza müeyyidesine başvuran bu hukuk branşları günümüzde öylesine çoğalmıştır ki adeta bu branşlar sayısınca ceza hukukunun özel bir takım kısımlarının ortaya çıktığı herkesçe bilinmektedir. Konumuzla ilgisi olması nedeniyle "Ticari Ceza Hukuku" terimi, ticaret hayatı ile bir suretle ilişkisi olupta, ceza müeyyidesi ile korunan bütün hukuk kaidelerini kapsamına almaktadır. Böyle bir anlayış içerisinde vergi suçları, iş kanunları, sosyal sigortalar kanunlarında yer alan suçlar, bankalar kanunu, markalar kanunu gibi birçok kanunda düzenlenen suçlar hep bu kategoriye girmektedir. Yine bu görüş sonucudur ki, ekonomik suçlar hukuki açıdan "ticari ve sınai bir işletmenin ticarî işlerinin hukuka uygun bir tarzda cereyan etmesi ve sözü geçen işletmenin bu işlerden doğan menfaatlerinin korunması maksadı ile cezalandırılan ve sadece böyle bir işletme mensupları tarafından işlenilebilen fiiller" şeklinde, doktrinde tarif edilmiştir. (S. Erman, Ticari Ceza Hukuk, 1- Genel kısım. Sh. 4).

XIX yüzyılın kapitalizmi, liberal ekonomi esaslarına sadık kalarak, çalışma ve ticaret hayatını tamamı ile özel hukuk alanına bırakmış, sadece bu alana vaki hukuka aykırı tecavüzleri ceza tehdidi altına almakla yetinmiştir.

bir dikkat ve itina gösterme ve bu müeyyideleri sağlam nazari temellere dayandırmak gerekir. Herhalde nazari esaslardan yoksun ya da genel prensiplere sırt çeviren ya da yönetimle adliye arasında gerekli iş birliğini kurmayan bir tatbikat semere veremez yahut sakat neticelere götürür. Herhalde, kazanç maksadıyla işlenen ticari suçlarda, en uygun müeyyidenin hürriyeti bağlayıcı cezalar olmayıp ticarî faaliyetten men ve para cezaları olduğu ve nispi para cezalarına üstünlük vermenin yerinde olacağını göz önünde tutmak gerekir.

Bütün bunlara rağmen, bazı prensipleri ihmal etmek ve bir kenara atmak caiz değildir. Bir hukuk dalı, ceza hukukuna başvuruyorsa bu hukukun kaidelerini ve ana prensiplerini kabul etmek zorundadır. Ceza Hukukunun bir kısmı olur ve ceza hukukuna has ana prensiplere uygun bir biçimde tefsir ve tatbik edilir. Bu konuda yaşama yetkisinin de suistimal edilmekte olduğu göze çarpmaktadır. Ekonomik suçlarla mücadele için süratle hareket etmenin zorunlu olduğu bahanesiyle, kanun hükmünde olan ya da olmayan kararnamelerle bu alanın düzenlenmesine gidilmekte, meclisin bu konuda yasama fâaliyetini yerine getirmek hususunda ehliyeti ve yetkisi elinden alınmaktadır. Halbuki ceza hukuku alanında yasama organının verdiği yetki ferdi hürriyetin en temel bir prensibi ile açık çelişki halindedir. Gerçekten her suç ferdin suç haline getirilmiş olan fiili işlemek hürriyetini ortadan kaldırır ve sınırlar.

Suç konusu olayda olduğu şekilde, suç konusu fiil 556 sayılı KHK.nin 61. maddesinde düzenlenmiş, kanuni bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak müeyyidesi ise kanunla 61/A-C maddesinde öngörülmüştür. Anayasanın 38. maddesinde ifâdesini bulan suç ve cezada kanunilik prensibi ihmal edilmiştir. Bu şekildeki yolun kabul edilmesi halinde çok daha sakıncalı ve tehlikeli olduğu şüphesizdir. Çünkü bu şekildeki bir atf yetki devrine müncer olmakta, yürütme organına dilediği fiili suç hâline getirmek yetkisini veren "beyaz hükümler" ihtiva etmektedir. Bu şekildeki

Yapılan incelemede Anayasa Mahkemesi, 61(d) bendi düzenlemesini Anayasa'ya aykırı bulmuş ancak 61/A(c) maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığı yönünde karar vermiştir.

Mahkeme 61(d) bendine ilişkin iptal kararının gerekçesinde; 61A maddesinin (c) bendi yoluyla KHK'nın 61. Maddesine yapılan atfın, Anayasa'nın 38. Maddesinde düzenlenen "ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin kanunla yaratılması" kuralına aykırılık teşkil ettiği, bu durumun KHK'larla suç ve ceza yaratılmayacağına ilişkin 91. Maddeye de aykırılık teşkil ettiğini ifade etmiştir.⁸⁵

ikili durumda, suç konusu fiilin yürütme organının tanzim tasarruflarını ile suç ihda etmesine imkân tanımaktadır. Ancak bu durum, Anayasanın 7. maddesinde belirtildiği üzere TBMM'nin yasama yetkisinin başka bir organa devredileceği ve 13. maddesindeki temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla tahdit edilebileceğine, yine 33. maddesinde öngörülen suçların kanunla konulacağı ve 64. maddesindeki kanun yapmak yetkisinin TBMM'ne tanındığı ve 91. madde KHK ile suç ihdas edilemeyeceği yönündeki Anayasa kurallarının ihlal anlamına gelmekte ve bu nedenle Anayasaya aykırı sayılmasını gerektirmektedir.

Ayrıca yukarıda sayılan hususlardan başka, 17 Ekim 2001 tarih ve 24556 mükerrer sayılı Resmî Gazetede yayınlanan 4709 sayılı Kanununun 15. maddesi ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 38. yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonamaz" hükmü ile getirilen düzenlemeye de iptali istenen KHK hükümleri aykırı bulunmaktadır. Söz konusu suç, sözleşme hukukundan doğmakta, sözleşmede öngörülen yükümlülük ihlalinden kaynaklanmaktadır. Sözleşmeden doğan borçlar kapsamına, para borcu, bir şeyi verme, yapma, yapmama gibi taahhütler de girmektedir. Buna göre, Anayasanın 38. maddesi sözleşmeden kaynaklanan borcunu yerine getirilmemesi durumunda hürriyetin kısıtlanamayacağı öngörülmekle, bu duruma engel olunmak istenmiştir. Dolayısıyla yeni değişiklikle getirilen düzenlemeye aykırılık söz konusu olmaktadır.

HÜKÜM yukarıda yazılı nedenlerle:

Belirtilen nedenlerle 556 Sayılı Kamın Hükmünde Kararnamenin 61. maddesinin (d) bendi ile buna dayalı olarak 4128 sayılı Kanunla değişik 61/A-C maddesi, Anayasanın 7-13-33-38-64 ve 91. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varıldığından 2949 sayılı Yasanın 28. maddesinde öngörülen belgelerle birlikte Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, Anayasanın 152/1 maddesi gereğince Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davanın geri bırakılmasına 17.4.2002 tarihinde karar verildi" ifadelerine yer vermektedir

⁸⁵ Anayasa Mahkemesi gerekçesinde, "61. maddenin itiraz konusu (d) bendinde, "marka sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devir etmek" marka hakkına tecavüz sayılan fiiller arasında gösterilmiştir.

61/A maddenin (c) bendinde de, "61 maddede yazılı fiillerden birini işleyenler hakkında, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına ve altıyüzmilyon liradan bir milyar liraya kadar para cezasına, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticaretten men edilmelerine hükmolunur" denilmiştir.

Yasa koyucu, ceza hukuku alanında yetkisini kullanırken Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerde ceza yaptırımları ile karşılaşmaları gerektiği ve hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı veya hafifletici neden olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisine sahiptir.

Zaman içinde toplumsal gereksinimleri karşılamak, kişi ve toplum yararının zorunlu kıldığı düzenlemeleri yapmak, toplumdaki değişikliklere koşut olarak alınan önlemlerin etkisini artırmak ya da bunları hafifletmek veya ortadan kaldırmak yetkisi yasa koyucuya aittir.

Anayasa'nın 38. maddesinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik önlemlerinin ancak yasayla konulacağı belirtilmiş, 91. maddesinin ilk fıkrasında da, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebileceği, ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci

Bununla beraber yüksek mahkeme 61/A(c) maddesine ilişkin olarak yaptığı değerlendirmede Anayasa'ya aykırılık kararı vermemiştir.⁸⁶

Mahkeme 61 A(c) düzenlemesine ilişkin olarak; Anayasa'da Kanun Hükmünde Kararnamelerin yasayla değiştirilmesini veya bunlara madde eklenmesini engelleyen bir kural da bulunmadığını belirterek, 61/A maddesinin itiraza konu (c) bendinde düzenlenen marka hakkına tecavüz suçu bakımından, yasa koyucunun suç kabul ederek yaptırma bağladığı eylem, Anayasa'nın 38. maddesinde yazılı "bir kimsenin yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamayacağı"na ilişkin kural kapsamında görülemeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Buna göre, yasada 61. maddenin (d) bendinde tarif edilen eylem, sözleşmeye dayalı lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek suçunu oluşturduğundan, 61A maddesinin (c) bendindeki ceza da sözleşmeden doğan bir suça ilişkin olmayıp, yasada belirtilen suça ilişkin görülmüş ve itiraz reddedilmiştir.

Anayasa mahkemesi ayrıca, itiraz konusu maddeyi Anayasa'nın 7., 33. ve 64. maddeleriyle ilgili görmeyerek, bu maddelere ilişkin itirazları da reddetmiştir.

bölmelerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevlerin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği öngörülmüştür. İtiraz konusu 556 sayılı KHK'nin 61. maddesinde, 61/A maddesinde ceza öngörülen eylemler düzenlenmektedir. Suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. madde Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığından bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile yapılması olanaklı değildir.

Bu nedenle, itiraz konusu 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 61. maddesinin (d) bendi Anayasa'nın 91. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir."

⁸⁶ "Kanun Hükmünde Kararname'nin 61/A maddesinin (c) bendi, 4128 sayılı Yasa ile eklendiğinden Anayasa'nın cezaların yasa ile düzenlenmesine ilişkin 38. maddesine uyulmuştur. Ayrıca, Anayasa'da Kanun Hükmünde Kararnamelerin yasayla değiştirilmesini veya bunlara madde eklenmesini engelleyen bir kural da bulunmamaktadır.

Öte yandan 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin "Marka hakkına tecavüz sayılan fiiller" başlığını taşıyan 61. maddesinin (d) bendi delaletiyle, 61/A maddesinin itiraza konu (c) bendinde düzenlenen marka hakkına tecavüz suçu bakımından, yasakoyucunun suç kabul ederek yaptırma bağladığı eylem, Anayasa'nın 38. maddesinde yazılı "bir kimsenin yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamayacağı"na ilişkin kural kapsamında görülemez. Zira Yasa'nın 61. maddesinin (d) bendinde tarif edilen eylem, sözleşmeye dayalı lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek suçunu oluşturduğundan, 61-A maddenin (c) bendindeki ceza da sözleşmeden doğan bir suça ilişkin olmayıp, yasada belirtilen suça ilişkindir.

Açıklanan nedenle, 556 sayılı KHK'nin 61. maddesinin (d) bendi yönünden incelenen itiraz konusu 61/A maddesinin (c) bendi Anayasa'nın 38. maddesine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir."

Anılan karara ilişkin olarak üyelerden Mustafa Bumin, Mehmet Erten ve Fazıl Sağlam tarafından karşı oy yazıları verilmiştir. Karşı oy yazılarında üyeler, marka hakkına tecavüz teşkil eden eylemlerin tek tek sayılması ile 61. Maddeye atıf yapılması arasında fark bulunmadığını, atıf yoluyla ilgili düzenlemenin ceza normu kapsamına alınarak, esas itibarıyla düzenlemenin kanunla yapılmış olduğunu, aksine bir düşüncenin kanun koyucunun iradesini reddetmek anlamına geleceğini belirtmişlerdir.⁸⁷

⁸⁷ Üyelerden Mustafa Bumin, Mehmet Erten ve Fazıl Sağlam tarafından sunulan karşı oy yazısında; “İtiraz konusu 24.6.1995 günlü, 556 sayılı “Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”nin 61. maddesinin itiraz konusu (d) bendinde marka hakkına tecavüz sayılan fiil, bu Kararname’nin 61. maddesinden sonra gelmek üzere 3.11.1995 günlü, 4128 sayılı Kanun’un 5. maddesi ile eklenen 61/A maddesinin yine itiraz konusu (c) bendinde ise bu fiil için tayin edilecek cezalar düzenlenmiştir. Markalar hakkına tecavüzle ilgili suç sayılan fiilin kararname ile düzenlenmesinin, suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık oluşturduğu ileri sürülerek söz konusu kuralların itirazın iptalleri istenilmektedir. 4128 sayılı Kanun’un 61/A maddesinin (c) bendinde “c) 61 inci maddede yazılı fiillerden birini işleyenler hakkında, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına ve altı yüz milyon liradan bir milyar liraya kadar para cezasına, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticarettan men edilmelerine hükmolunur” denilmektedir. Kanunla yapılan bu düzenleme dikkatle incelendiğinde, yasakoyucunun, “61. maddede yazılı fiillerden birini işleyenler...” sözcüklerine madde içinde yer vererek yaptığı yollamayla marka hakkına tecavüzle ilgili suç sayılan fiilleri de ceza öngören madde içine aldığı, böylece hem suç sayılan fiilleri ve hem de bunlara ilişkin cezaları kanunla düzenleyerek, suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin gereklerini yerine getirdiği görülmektedir. Yasakoyucunun, Kanun’un itiraz konusu 61/A maddesinin (c) bendini düzenlerken, Kararname’nin 61. maddesine “61. maddede yazılı fiillerden birini işleyenler...” biçiminde yollama yapması ile maddede sayılan, “a) 9 uncu maddenin ihlali, b) Marka sahibinin izni olmaksızın markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek, c) Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için ithal etmek veya ticari amaçla elde bulundurmak, d) Marka sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devir etmek, e) (a) ila (c) bentlerinde yazılı fiillere iştirak veya yardım veya bunları teşvik etmek veya hangi şekil ve şartlarda olursa olsun bu fiillerin yapılmasını kolaylaştırmak, f) Kendisinde bulunan ve başkası adına tescilli bir markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini taşıyan ürünün veya ticaret alanına çıkarılan malın nereden alındığını veya nasıl sağlandığını bildirmekten kaçınmak.” tarzındaki marka hakkına tecavüz fiillerini madde metnine tek tek yazması arasında fark bulunmamaktadır. Burada yasa koyucu yasa yapma tekniğine uygun davranmış, tekrardan kaçınarak 61. maddeye gönderme yapmakla yetinmiştir. Dolayısıyla yasa koyucunun, kararnamede marka hakkına tecavüz olarak sayılan fiillerin nelerden ibaret olduğunu bilerek bunlar için uygun gördüğü cezaları kanun ile belirlemek suretiyle bu fiillere de suç niteliği kazandırdığını kabul etmek gerekir. Aksine yorum yasa koyucunun açık iradesini benimsememek anlamını taşır.” İfadelerine yer verilmiştir.

Bununla beraber, üyeler, KHK metninde bir değişiklik yapılması halinde sonucun farklı olacağına işaret etmişler, bu takdirde suç ve cezada kanunilik ilkesinin zarar göreceğinden bahsetmişlerdir.⁸⁸

Söz konusu karar doktrinde çeşitli yazarlarca, aykırılık teşkil eden düzenlemenin 61(d)'den kaynaklanmadığı aksine aykırılık varsa bunun ancak bu özel hukuk hükmüne atıf yapmak suretiyle söz konusu eylemleri suç kapsamına alan 61/A(c) maddesinden kaynaklandığı gerekçeleriyle eleştirilmiştir. Bu karar sonrasında doktrinde kanunla düzenleme yapılması gerekliliği daha sık gündeme gelmiştir.⁸⁹

⁸⁸ Buna ilişkin olarak karşı oy yazısında; “Öte yandan anılan fiillerde sonradan KHK ile bir değişiklik yapılması farklı bir durum olup, ancak böyle bir durumda suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılıktan söz edilebilir. Bu nedenlerle çoğunluğun 24.6.1995 günlü, 556 sayılı “Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”nin 61. maddesinin (d) bendinde yer alan kuralın Anayasa’ya aykırı olduğuna ve iptal edilmesi gerektiğine ilişkin kararına katılmıyoruz,” ifadelerine yer verilmiştir.

⁸⁹ AYOĞLU, a.g.e., s.28-29.

cc. 03.01.2008 Tarihli İptal Kararı⁹⁰

Son olarak Ankara Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi tarafından 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 9, 61 ve 61/A maddeleri itiraza konu edilmiştir.

Mahkeme uzun başvuru gerekçesinde, kanun hükmünde kararnameler ile suç oluşturulamayacağını, yasa koyucunun suç ve cezalara ilişkin düzenlemelerinin yeterli açıklıkta ve suç ile yaptırım arasında denge oluşturulmak suretiyle düzenlenmesi gerektiğini, bu nedenle 556 sayılı KHK'da yer alan 9. Maddenin I. ve II. (b) bentleri ile 61. Maddenin (a) ve (c) bentlerinin ve 61A(c) maddesinin Anayasa'nın 2., 13., 38. ve 91. Maddelerinde öngörülen temel prensiplere aykırı olduğunu ifade ederek, iptallerini talep etmiştir. ⁹¹

⁹⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 5.7.2008 tarih ve 26927 sayılı R.G.'de yayımlanan, 3.1.2008 T., 2005/15 E. ve 2008/2 K. sayılı kararı

⁹¹ Mahkeme başvurusunun gerekçesinde; "Ankara Fikrî ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi'nin 24.04.2005 günlü başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir: "2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının "Cumhuriyetin Nitelikleri" başlığını taşıyan 2. maddesi, Türkiye Cumhuriyeti'nin temel nitelikleri arasında "Hukuk Devleti" ilkesini de saymıştır. Bu ilke, Devletin her türlü eylem ve işlemlerinde uyması gereken hukuk kurallarının olduğu..." Böylece vatandaşlar yönünden tam bir hukuki belirliliğin ve güvencenin sağlandığı bir toplum düzenini ifade eder. Ancak hukuk devleti ilkesinin hayata aktarılması bazı somut koşulların gerçekleştirilmesine bağlıdır. Ceza hukuku alanında, hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesi başlıca iki unsurun varlığını zorunlu kılmaktadır. Bunlardan ilki, "suç ve cezaların kanuniliği" diğeri ise, "suç ve cezalar arasında ölçülülük" ilkeleridir. Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak ceza hukuku alanında hukuki güvenliğin gerçekleştirilmesi suç ve cezaların kanuniliği ilkesi ile sağlanmaya çalışılmaktadır. Gerçekten de suç ve cezalara ilişkin temel esaslar ceza hukukunun düzenleme alanına bırakılmayarak Anayasal güvencelere bağlanmıştır. Anayasamızın 38. maddesi bu ilkeyi düzenlemiş bulunmaktadır. Buna göre, "Kimse, işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suç işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez." İlke, insan hak ve özgürlükleri açısından taşıdığı öneme uygun olarak bu alandaki temel uluslar arası düzenlemelerin de ayrılmaz bir parçası olmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre de, suç ve cezaların yasallığı ilkesi, hukukun üstünlüğü ilkesinin asal unsurlarından birini oluşturur ve sözleşmenin koruma sistemi içinde önemli bir yer tutar. Bu nedenledir ki, savaş veya öteki genel tehlike hallerinde dahi sözleşmenin 15. maddesi uyarınca istisna getirilemez. Suçların yasa ile konulmasının bir gereği de, suç tipinin düzenlendiği hükmün "yeterince açık ve anlaşılabilir" olmasıdır. Aksi halde vatandaşlar yönünden hukuki güvenliğin yeterince sağlandığını söylemek olanaklı değildir. Bir başka deyişle, hangi eylemlerin yasa koyucu tarafından yaptırıma bağlandığının, suçun yasal unsurlarının, ağırlaştırılmış hallerinin yeterince anlaşılır şekilde düzenlenmesi bir zorunluluktur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi suç öngören hükmün, gereğinde bir hukukçunun yardımıyla anlaşılabilir olmasını ya da olası belirsizliklerin içtihatlarla aydınlatılmış olmasını yeterli görmektedir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, bir hukukçunun yardımı ile veya içtihatlar yoluyla anlaşılır olmak için, o suç tipinin bir toplumda yeterince tartışılmış ve uygulama olanağı bulmuş olması yanında, bu çalışmalara imkân verecek açıklıkta, üzerinde tartışılabilir sınırlara ve belirliliğe sahip yasal bir metnin varlığına ihtiyaç bulunduğunu söylemek hatalı olmaz. Bu görevin de yasama organı tarafından yerine getirilmesi gerektiği kuşkusuzdur.

Günümüzde bu gereklilik özellikle ticari ceza hukuku alanında kendisini daha fazla hissettirmektedir. Gerçekten de, yasama organının, ekonomik faaliyetin belirli alanlarında yeni suç tipleri oluştururken, ya da bu alanda etkin önlemler getiren yeni düzenlemeler yaparken, insanlık tarihi ile aynı geçmişe sahip, aşağı yukarı bütün toplumlarda suç olarak kabul edilmiş eylemler için yapılan düzenlemelere kıyasla daha belirgin, açık ve anlaşılır olması gerektiği tartışmasızdır. Ancak somut olayda sanık hakkında uygulanması olasılığı bulunan, 5194 sayılı Yasa ile değişik 4128 sayılı Yasa ile 556 sayılı KHK'ye ek 61/A-c madde ve bendi ile bu bent hükmündeki atf dolayısıyla aynı KHK'nin 61. maddesinin (a) ve yine bu bent atfıyla 9. maddesinin 1 ve 2. fıkralarının (b) bentlerinin hukuk devleti ve suçların yasallığı ilkelerinin bir gereği olan bu zorunluluğu asgari düzeyde de olsa karşıladığını söylemek imkânsızdır. Gerçekten de, 5194 sayılı Yasa ile değişik, 4128 sayılı Yasa ile ek 556 sayılı KHK'nin 61/A maddesinin (c) bendinin uygulaması en fazla olan "marka hakkının ihlali" suçunun cezasını belirlemekle yetindiği ve suçun unsurlarının tespitini esasen marka hakkının hukuki ihlali hallerini düzenleyen KHK'nin 61. maddesine atf yoluyla düzenlediği kuşkusuzdur. Sözü geçen bu son madde ise, marka hakkına tecavüz hallerini sayarken ilk olarak (a) bendi ile, "Marka Tescilinden Doğan Hakkın Kapsamı" başlığını taşıyan 9. maddenin her türlü ihlaline yer vermiştir. Başka bir deyişle marka hakkının kapsamında yer aldığı hukuken kabul edilebilecek ve marka hakkı sahibince önenebilecek her türlü fiiller aynı zamanda suç sayılarak cezai yaptırıma tabi tutulmuştur. Bu durum tekrardan kaçınmak gibi bir gerekçeyle açıklanmasına imkân yoktur. Marka hakkının hukuki (tazmini) sorumluluk gerektiren ihlallerinin nelerden ibaret olduğunun KHK hükümleri çerçevesinde saptanması bir yana, tescilli markadan doğan hakkın sınırları ve istisnaları ile bu hakka tecavüz kabul edilebilecek eylemlerin vatandaşlar açısından gereğinde bir hukukçunun yardımı ile dahi olsa bilinecek derecede açık olduğunu söylemek gerçekle bağdaşmayan bir yargı olacaktır. Gerçekten de bir markanın, tescilli olduğu mal ve hizmetler ile aynı mal veya hizmetler yönünden aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin kullanılması suretiyle taklit edilmesi veya bu şekilde taklit edilmiş markaları taşıyan ürünlerin satılması, dağıtılması veya ticari amaçla elde bulundurulması eylemleri (556 Sy. KHK'nin 61. maddesinin b ve c bentleri) ayırık olmak üzere, örneğin marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilen hakların izinsiz genişletilmesi, (556 Sy. KHK'nin 61. md. d bendi) tescilli marka ile benzer olup benzer mal veya hizmetlerde kullanılması nedeniyle halk üzerinde tescilli marka ile bağlantılı olma ihtimali de dahil karıştırılma ihtimali bulunan bir işaretin kullanılması veya tescilli tanınmış bir marka ile benzer işaretlerin, farklı sınıflardaki ürünler için tescilli markanın itibarından haksız avantaj elde edecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterine zarar verecek nitelikte kullanılması (556 Sy. KHK'nin 9. maddesinin b ve c bentleri) hallerinde olduğu gibi, ihlalin saptanması çoğu zaman, markanın karıştırılma ihtimalinin veya tanınmış marka olup olmadığının belirlenmesinde ürün, pazar payı ve tüketici bazında yapılan piyasa araştırmaları dahil uzun süren bir yargılamayı gerektirmekte ve varılan sonuçlar da çoğu zaman göreceli bulunmaktadır. Bu gibi durumlarda hukuki (tazmini) sorumluluk öngörülmesi gerektiği kuşkusuz ise de, aynı zamanda hürriyeti bağlayıcı ceza ve işyeri kapatma cezası dahil bir takım ağır cezai yaptırımlar da öngörülmesi yasa koyucunun tercihi olduğu takdirde, ceza hukukunun, tarihin süzgecinden geçmiş ve insanlığın ortak değerleri arasına katılmış ilkelerine uygun bir düzenleme yapılmasını gerektirir. Başka bir deyişle, yasa koyucunun hukuki sorumluluk ile cezai sorumluluk arasında temel ilkesel farklılıkları gözeterek cezai sorumluluğa ilişkin düzenlemeyi ayrıca ve suç oluşturan eylemin unsurlarına yeterli açıklık sağlayacak bir düzenleme yapması gereklidir. Aksi halde ortaya çıkan aykırılığın, yine hukuk devletinin bir diğer unsurunu oluşturan, yasama işlemlerinin Anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi yoluyla giderileceği kuşkusuzdur. Öte yandan, ceza hukuku alanında, hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesinin bir diğer unsuru ise, "suç ve cezalar arasında ölçülülük" ilkesidir. Buna göre, öncelikle yasa koyucu norm koyarken insan hak ve özgürlüklerine getirilen sınırlandırmanın sınırı olarak ölçülülük ilkesi ile bağlıdır. İlke ceza hukukuna ilişkin yasal düzenlemeler açısından, bir suç için öngörülen cezanın, bu suçun işlenmesi sonucu bozulan kamu düzeninin yeniden tesisi amacına elverişli, gerekli ve bu amaçla orantılı olması şeklinde tanımlanabilir. Bir başka deyişle "Yasa koyucunun ceza saptamadaki yetkisinin sınırını hukuk devleti ilkesi oluşturur... Cezaların, suçların ağırlık derecesine göre önleme ve iyileştirme amaçları da göz önünde tutularak, adaletli bir ölçü içerisinde konulması ceza hukukunun temel ilkelerindedir." "Suç ile ceza arasındaki oranın adalete uygun bulunup bulunmadığını, o suçun toplum hayatında yarattığı etkiye ve kamu vicdanında aldığı tepkiye göre takdir etme zorunluluğu vardır. Bu orantısallık bağının bulunması, hukuku devleti ilkesinin ve adalet anlayışının bir gereğidir. Yasa koyucu cezaların türünü seçerken ve sınırlarını belirlerken mutlak adalet ölçülerini izlemek zorundadır." Yine kural olarak, suçun ve ortaya çıkan toplumsal ve şahsi zararın

Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin yapmış olduğu inceleme neticesinde, 61/A(c) düzenlemesini Anayasa'ya aykırı bulmazken, 9. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile ikinci fıkrasının (b) bendinin, 61. maddesinin; (a) bendinin, 9.

ağırlığına, failin kişiliğine ve fiilin özelliklerine göre cezanın şahsileştirilmesi olanağının hakime verilmesi de ölçülülük ilkesinin gereğidir.

Yasa koyucunun bu kuralları açıkça ihlal eder nitelikte yasa koyması Anayasaya aykırı olacaktır. Somut olayda uygulanması söz konusu olan yasa hükmünde öngörülen yaptırımlar anılan hükümde 22 Haziran 2004 tarih ve 5194 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonrası "iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası veya yirmiyedimilyar liradan kırkaltımilyar liraya kadar ağır para cezası veya her ikisi, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılması ve aynı süre ticaretten men" cezaları olarak belirlenmiştir. Anılan değişiklik öncesi hapis ve ağır para cezaları ile ayrıca işyeri kapatma ve ticaretten men cezalarının birlikte uygulanması söz konusu iken, yapılan bu değişiklikte hapis veya ağır para cezalarından sadece biri veya her ikisinin birlikte uygulanması hakimnin takdirine bırakılmış bir bakıma suç ile ceza arasındaki var olan orantısızlık bizzat yasa koyucu tarafından giderilmeye çalışılmıştır. Ne var ki, yasada öngörülen hapis ve ağır para cezasının alt sınırının cezanın, somut olayın ağırlığına göre şahsileştirilmesine imkân vermeyecek bir şekilde yüksek tutulduğu ayrıca, maddede öngörülen ve fer'i ceza niteliğindeki "işyerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılması ve aynı süre ile ticaretten men cezasının" uygulanıp uygulanmayacağı konusunda hakime bir takdir hakkı tanınmadığı görülmektedir. Bir başka deyişle, somut olayda sanıkta elde edilen ürün sayısı, sanığın marka hakkına tecavüz oluşturduğu saptanan ürünleri bizzat üretip üretmediğine bakılmaksızın her koşulda mahkumiyet halinde "bir yıldan az olmamak üzere iş yerinin kapatılması ve aynı süre ile ticaretten men" cezasına da hükmedilecektir. Bu durumun hakime cezayı fiilin vahametine ve failin kişiliğine uyarılma imkânı vermediği ve bu nedenle çoğu zaman suç ile ceza arasında adalete uygun bir oranın kurulmasını engelleyici sonuçlara yol açacağı kuşkusuzdur. Bu itibarla anılan hüküm "Hukuk Devleti" ve "ölçülülük" ilkelerine açıkça aykırı bulunmaktadır. Yine, Anayasanın 91. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, " Türkiye Büyük Millet Meclisi Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir. Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez". Yargılamaya konu olayda uygulanması söz konusu olan 556 sayılı KHK'nin 61/A-c maddesinde cezalar, bu madde atfı dolayısıyla da 61 ve 9. maddelerde ise suç olarak kabul edilen eylemler düzenlenmektedir. Suç ve cezalara ilişkin ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 38. maddesi, ikinci kısmının ikinci bölümünde bulunmakla, bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararnamelerle gerçekleştirilmesi mümkün değildir ve aksi hal açık bir Anayasaya aykırılık oluşturur. Ancak burada iptali gereken hükmün, sadece cezaayı belirlemekle yetinerek, suç oluşturan eylemleri 556 sayılı KHK'nin 9. ve 61. maddelerine atfı yoluyla düzenleyen 5194 sayılı Yasa ile değişik 4128 sayılı Yasa ile anılan KHK'ye ek 61/A-c madde ve bendi olduğunu vurgulamak gerekir. Mahkememizce, yukarıda açıklanan gerekçelerle, yargılama konusu olayda, sanık hakkında uygulanması söz konusu olan hükümlerin, "Hukuk Devleti", "Suç ve Cezaların Yasallığı", "Ölçülülük" ilkeleri ile Anayasa'nın 2., 13., 38. ve 91. maddelerine aykırı görülerek, re'sen Anayasaya aykırılık denetimi için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına ve bu konuda verilecek karara kadar davanın geri bırakılmasına karar verilmiştir.

HÜKÜM :1- Sanık hakkında uygulanması ihtimali bulunan "Markaların Korunması Hakkında 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 61/A maddesinin c bendi ve bu bent hükmü atfı ile uygulanması söz konusu olan aynı kanun hükmünde kararnamenin 61. maddesinin a ve c bentleri ile 9. maddesinin 1. ve 2. fıkralarının b bentlerinin Anayasanın 2. maddesinde düzenlenen "Hukuk Devleti" ilkesine, Temel Hak ve Hürriyetlerin sınırlanmasına ilişkin 13. maddesinde yer alan "Ölçülülük İlkesi"ne, suç ve cezalara ilişkin esaslara dair 38. maddesindeki "Suç ve Cezaların Kanuniliği" ilkesine, kanun hükmünde kararname çıkarmaya ilişkin 91. maddede hükme bağlanan "Temel Haklar ile Kişi Hakları ve Ödevlerinin kanun hükmünde kararname ile düzenlenemeyeceği ilkesine aykırı olduğu kanaati ile 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin anılan hükümlerinin resen Anayasaya aykırı görülerek Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 152. maddesi uyarınca mahkememizce resen Anayasaya aykırılık iddiasında bulunulmasına, ... karar verildi," ifadelerine yer vermiştir.

maddenin birinci ve ikinci fıkralarının (b) bentleri yönünden ve 61. Maddenin (c) bendini, Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir.⁹² 61/A(c) düzenlemesi bakımından yapılan itiraz ise reddedilmiştir.⁹³

⁹² Mahkeme kararının gerekçesinde 9. maddenin birinci ve ikinci fıkralarının (b) bendiyle 61. maddenin (a) ve (c) bentleri bakımından; “61. maddenin itiraz konusu (a) bendinde 9.maddenin ihlali, (c) bendinde ise “markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için ithal etmek veya ticari amaçla elde bulundurmak” marka hakkına tecavüz sayılan fiiller arasında gösterilmiştir. 9. maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde “markanın tescil kapsamına giren aynı mal veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması”, ikinci fıkrasının (b) bendinde de, “işareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi veya bu amaçla stoklanması, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi veya o işaret altında hizmetlerin sunulması veya sağlanması” marka tescilinden doğan hakların kapsamı içerisinde değerlendirilmiştir. Yasa koyucu, ceza hukuku alanında yetkisini kullanırken toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerde ceza yaptırımları ile karşılaşmaları gerektiği ve hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı veya hafifletici neden olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisine sahiptir. Ancak bu alandaki takdir yetkisi sınırsız olmayıp yasa koyucu, Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkeleriyle bağlıdır. Anayasa'nın 38. maddesinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik önlemlerinin ancak kanunla konulacağı belirtilmiş, 91. maddesinin ilk fıkrasında da, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebileceği, ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği öngörülmüştür. 556 sayılı KHK'nin itiraz konusu 9. ve 61. maddelerinde belirtilen eylemlere, 5194 sayılı Yasa ile değiştirilen 61/A maddesinde ceza yaptırımı öngörülmektedir. Suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. madde Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığından bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile yapılması olanaklı olmadığı gibi, bu eylemlere ceza öngören maddenin yasayla düzenlemesi de bu sonucu değiştirmez. Bu nedenle, itiraz konusu 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 9. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının (b) bentleriyle 61. maddesinin anılan bentler yönünden incelenen (a) bendiyle (c) bendi Anayasa'nın 38. ve 91. maddesine aykırıdır. İptali gerekir. Mehmet ERTEN, A.Necmi ÖZLER ve Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır. Kuralların Anayasa'nın 13. maddesi yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.”

⁹³ Mahkeme red gerekçesinde; “Anayasanın 2. maddesinde Hukuk devleti ilkesi Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılmış; 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı öngörülmüş; 38. maddesinde de, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulacağı belirtilmiştir.

Kanun Hükmünde Kararname'nin 61/A maddesinin (c) bendi, 4128 sayılı Yasa ile eklendikten sonra 5194 sayılı Yasa'nın 16. maddesiyle değiştirilmiş, böylece Anayasa'nın, cezaların yasa ile düzenlenmesine ilişkin 38. maddesine uyulmuştur. Ayrıca, Anayasa'da Kanun Hükmünde Kararnamelerin yasayla değiştirilmesini veya bunlara madde eklenmesini engelleyen bir kural bulunmadığından Anayasa'nın 91. maddesine aykırılıktan da söz edilemez.

Öte yandan, yasakoyucu ceza hukuku alanında yetkisini kullanırken, Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerde ceza yaptırımları ile karşılaşmaları gerektiği, hangi hâl ve hareketlerin ağırlaştırıcı veya hafifletici neden olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisine sahiptir. 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin “Marka hakkına tecavüz sayılan fiiller” başlığını taşıyan 61. maddesi delaletiyle, 61/A maddesinin itiraza konu (c) bendinde düzenlenen marka hakkına tecavüz eylemleri, yasakoyucu tarafından suç kabul edilerek yaptırıma bağlanmış ve yaptırım olarak da iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına veya

Mahkeme temel olarak, Anayasa'nın 38. maddesinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik önlemlerinin ancak kanunla konulacağı belirtilmiş, 91. maddesinin ilk fıkrasında da, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebileceği, ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin kanun hükmünde kararnemelerle düzenlenemeyeceği görüşünden hareketle, 61A(c) bendi marifetiyle 61. maddeye ve 61. maddenin (a) bendiyle de 9. Maddeye yapılan atıfla oluşturulan düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bulmuştur.

Bu bakımdan mahkemenin, ilgili ceza normu kanunla getirilmiş olsa bile, KHK'ya atıf yapılmak suretiyle oluşturulan suç tiplerini Anayasa'ya aykırı bulunduğunu görüyoruz.

Hukukumuzda başka bir kanuna atıf yapılmak suretiyle düzenleme yapılması mümkün olmakla beraber, suç ve cezaların belirlenmesi bakımından KHK'lara atıf yoluyla yapılan düzenlemelerin Anayasa'ya ne derece uygun olduğu düşünüldüğünde mahkemenin ulaştığı sonucun doğru olduğu düşünülebilecektir.

Bununla beraber, iptal edilen normların esasen özel hukuka ilişkin hukuka aykırılıkları tanımladığı ve cezalara ilişkin esas düzenleme olan 61A maddesinde benimsenen referans sisteminin bu karışıklığa yol açmış bulunduğu, daha önceki iptal kararları sonrasında çeşitli vesilelerle dile getirilmiştir.⁹⁴

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 hükümlenacağı öngörülmüştür.

Böylece suçun işlenmesindeki özelliklere göre hakime farklı cezalar uygulama imkânı sağlanmıştır. Bu yaptırımın demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olduğunu, hakkın özüne dokunduğunu, makul ve kabul edilebilir ölçüyü aştığını, ya da yaptırımla öngörülen amaç arasında makul ve adaletli bir denge bulunmadığını söylemek mümkün olmadığından, düzenlemenin Anayasanın 13. maddesine aykırı bir yönü de görülmemiştir. Açıklanan nedenle, 556 sayılı KHK'nin 61. maddesinin (a) ve (c) bentleri yönünden incelenen itiraz konusu 61/A maddesinin (c) bendi Anayasa'nın 2., 13., 38. ve 91. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir," ifadeleriyle görüşünü temellendirmiştir.

⁹⁴ AYOĞLU, a.g.e., s. 28-29.

Nitekim karara ilişkin Necmi Özler ve Mehmet Erten tarafından verilen karşı oy yazılarında;

“Markalar hakkına tecavüzle ilgili suç sayılan fiillerin kararname ile düzenlenmesinin, suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık oluşturduğu ileri sürülerek 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 9. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının (b) bendi ile 61. maddesinin (a) ve (c) bentlerinin itiraz yoluyla iptalleri istenilmektedir. Anayasa Mahkemesinin 14.05.2004 tarih ve 25462 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 02.03.2004 gün ve K.2004/25 - E.2002/92 sayılı kararında yer alan karşı oy yazısındaki gerekçe uyarınca, 24.6.1995 günlü, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 9. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının (b) bendi ile 61. maddesinin (a) ve (c) bentlerinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptal edilmesi gerektiğine ilişkin çoğunluk görüşüne katılmıyoruz,” ifadeleri yer almış, diğer üye Serruh Kaleli tarafından verilen karşı oy ise;

“Sanık hakkında taklit ürün satması nedeniyle 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin değişik 61/A-c maddesi gereğince cezalandırılması talebiyle açılan davada Mahkeme, 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 9. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasının (b) bentleri ile 61. maddesinin (a) ve (c) bentleri ve değişik 61/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle Anayasa Mahkemesi'ne iptali yönünde dava açmıştır. Anayasa'nın 152. maddesi dördüncü fıkrasında “Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.” denilmektedir. Anılan 61/A-c bendi kuralı bir itiraz davasına konu olarak Anayasa Mahkemesi'nce incelenmiş ve kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığı yönünde verilen kararı 26.12.2003 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Anayasa'nın 152. maddesi yönünden Mahkememizi de bağlayan bu karara, bu açıdan bakıldığında; Anayasa Mahkemesi 61/A maddesinin (c) bendinin incelemesinde; bu değişikliğin 4128 sayılı Yasa ile yapıldığını, Anayasa'da KHK.lerin Yasa ile değiştirilmesine engel bir halin bulunmadığını, cezaların yasa ile

düzenlenmesi noktasında bendin Anayasa'nın 38. maddesinin aradığı koşula uygun bulunduğunu, dava konusu olayda suçun, marka hakkında tecavüz sayılan fiiller başlığı altında sayılan eylem niteliğinde olduğu nedeniyle 61/A-c'nin Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olmadığına karar altına alındığı görülmüştür. Dosyadaki olaya baktığımızda da sanığın, tescilli bir markanın taklit ürünlerini satışa arz ettiği nedeniyle 556 sayılı KHK 61/A-c den cezalandırılması istemi ile açılan davada mahkeme, eylemin 61/A-c ceza maddesinin göndermede bulunduğu 61. maddenin a ve c bentleri yani marka hakkına tecavüz sayılan fiillerden olduğu düşüncesi ile konuyu Anayasa Mahkemesi'ne taşıdığı görülmektedir. Önceki Anayasa Mahkemesi kararı da 61/A-c'nin, atfettiği 61. maddenin marka hakkına tecavüz sayılan fiillerden saydığı bir eyleme ilişkindir. Görülüyor ki, her iki olayda da dava, suçun hukuki tasnifinin (isnadın yapıldığı madde kapsamı) yapılmasına neden olan 61/A-c maddesi yönünden ortaktır. Bu maddenin içeriğinde ise doğrudan KHK 61. maddesine "madde de yazılı fiillerden biri" demek suretiyle herhangi bir sınırlama getirmeyip hepsini aynı nitelikte gördüğünden önceki Anayasa Mahkemesi Kararının 61/A-c maddesini o davaya konu 61/d yönünden incelenmesi ile davanın konusu eylemin 61/A-c'nin atfettiği 61. maddenin (c) bendi yönünden görülmesi arasında hiçbir fark yoktur. Suçu tasnif eden, kapsamını belirleyen, niteleyen madde 61/A-c'dir ve bu madde 2003 yılında suç ve cezaların kanuniliği ilkesi yönünden Anayasa'ya aykırı bulunmamıştır. 9. ve 61. maddelerin ilgili bentleri, 61/A-c nedeniyle incelendiğinden aykırı bulunmayan bu madde nedeniyle suç sayılan fiillerin yer aldığı maddelerin Anayasa'ya aykırılığının değerlendirilmesine gerek duyulmamıştır. Anayasa'ya uygun nitelenen 61/A-c'nin uygunluğunun sadece Anayasa'nın 38. ve 91. maddeleri yönünden yapıldığı, davayı getiren Mahkemenin getirdiği suçla ceza oranı dengesini ifade eden ölçülülük ilkesi yönünden bir değerlendirmenin yapılmamış olduğu, maddenin 4128 sayılı denetlenmiş halinin 5194 sayılı Yasa ile yeniden düzenlendiği, bu nedenle on yıllık yasak kapsamında olmadığı söylenebilir ise de, maddede yapılan değişikliğin suçun kapsamını belirleyen nitelikleri yönünden olmayıp, sadece yasa koyucunun takdirindeki para cezası miktarının tayini yönünden olmakla, kanun hükmünün suçu niteleyen öz'e ilişkin olmaması, aksi halde hapis cezası yanında ferri'si sayılacak para cezasında miktar değişikliği ile her zaman Anayasa'nın 152. maddesinin dördüncü fıkrası yönünden yasağın kolayca by-pas edilmesine olanak sağlanmış olacağı düşünceleri ile iptali istenen kural yönünden Anayasa'nın 152.

maddesi kapsamında kaldığı gerekçesi ile çoğunluk görüşüne karşıyım,” şeklinde gerekçelendirilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin anılan bentlerinin iptaline yönelik kararı 5 Temmuz 2008 günlü Resmî Gazetede yayımlanmış, ancak Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Kanun'un 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince iptal edilen bentlerin doğuracağı hukuksal boşluğu kamu yararını ihlal edici bularak, bu konuda düzenleme yapabilmesi için Yasama Organı'na süre tanımak amacıyla iptal hükümlerinin kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihten başlayarak altı ay sonra (5 Ocak 2009'da) yürürlüğe girmesine karar verilmiştir.

Anayasa'nın 38. Maddesinde yer alan “*suçta ve cezada kanunilik ilkesine*” aykırı kabul edilen durum, 61/A-c'de 61. maddeye ve 61. maddede de 9. maddeye atıf yapılmak suretiyle ceza yaptırımına tabi olan eylemlerin gösterilmesidir. Başka bir söyleyişle, kanun koyucu 61A maddesini düzenlerken (KHK içine entegre ederken) atıf yapmak yerine, 61. ve 9. maddelerdeki aynı fiilleri teker teker maddenin içinde saymış olsaydı, anılan hükümler Anayasa'ya aykırı bulunmayacaktı. Çünkü bu ihtimalde şeklen de olsa düzenleme kanunla yapılmıştır denilebilecekti. Ama ceza yaptırımına tabi eylemler KHK maddelerine atıf yapmak yoluyla düzenlenmiştir.

Dönmezer, yollama yoluyla suç tipinin belirlenmesi halinde, yollama yapılan kanunun ilga edilmesi ya da değişmesi gibi hallerde bir takım güçlükler yaşanabileceğini belirtmekle beraber, aynı zamanda yollama yoluyla cezalandırmanın da faydaları bulunduğunu ve gerek hükümler arasındaki ilişkiyi göstermesi, gerek kanunların anlaşılması ve uygulanmasında sağladığı kolaylıklar dikkate alınarak, atıf yoluyla düzenlemenin olumlu yönleri olduğunu da altını çizmiştir.⁹⁵

Bu anlamda, kanun yapma tekniği bakımından KHK'da yer alan düzenleme başlı başına bir aykırılık teşkil etmemektedir. Bununla beraber, 556 sayılı KHK

⁹⁵ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, “Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt I”, Beta, İstanbul 1997, sf.135-136.

bakımından bu atıf, diğ er bir kanun maddesine de ğ il, KHK'nın marka hakkının kapsamına ve marka tecavüzüne ilişkin hükümlerine yapıldığı ndan, Anayasa'nın 38. maddesinde ifade edilen “*suçta ve cezada kanunilik*” ilkesinin gereğ inin yerine getirildiğini söylemek mümkün gözükmemektedir.

556 sayılı KHK'da yer alan cezalara ilişkin düzenleme 61/A maddesidir ve bu madde Anayasa'ya aykırı bulunmamıştır. 61/A(c) bendi ile iptale konu olan “*Marka hakkına tecavüz sayılan haller*” başlıklı 61.madde hükmüne ve 61.maddenin (a) bendiyle de “*Marka tescilinden doğ an hakların kapsamı*” başlıklı 9.maddeye atıfta bulunmaktadır. Bu hususta Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının gerekçesiyle çelişk ili oldu ğ u görülmektedir; zira kararın gerekçesinde “*Anayasa'nın 38. ve 91. maddesine aykırı*” olarak tanımladığı iptale konu hükümler doğ rudan bu sonucu doğ urmamaktadır.

Baş ka bir deyiş le, iptale konu olan hükümler doğ rudan suçları ve bunlara ilişkin cezaları düzenleyen hükümler olmayıp, genel olarak marka hakkının kapsamını ve onu ihlal eden durumları düzenlemektedirler. Bu anlamda anılan hükümler, cezai hükümler olmaktan çok hukuki temelleri olan ve hukuk yargılamasında da başvurulan hükümlerdir. 9. Madde tescilden doğ an hakların kapsamını düzenlerken, 61. Madde de markaya tecavüz sayılan halleri, yani hangi hallerde marka hakkının ihlal edildiğini iş aret etmektedir. Yani her iki düzenleme de aslında marka hukukuna ilişkin hukuki düzenlemeler olup, esasta ceza düzenlemesi de ğ ildir, bu nedenle cezai yaptırım içermemektedir. Marka suçlarına ilişkin ceza düzenlemesi ve yaptırımlar 61A maddesinde düzenlenerek sonradan KHK metni içine yerleştirilmiştir.

Atıf yoluyla düzenleme yapan 61/A(c) bendi Anayasa'ya aykırı bulunmayarak, ama atıf yapılan madde hükümleri iptal edilerek yaratılan bir diğ er sonuç, atıfla düzenlenen ve ceza müeyyidesine bağ lanan ihlal hallerinin içinin boşaltılmasıdır. Böylece, Anayasa Mahkemesi;

9. maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde “*markanın tescil kapsamına giren aynı mal veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir iş aretin kullanılması*”, ikinci fıkrasının (b) bendinde de, “*iş areti taşıyan malın*

piyasaya sürülmesi veya bu amaçla stoklanması, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi veya o işaret altında hizmetlerin sunulması veya sağlanması” fiilleri ile,

61(c) bendinde düzenlenen “Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için ithal etmek veya ticari amaçla elde bulundurmak” fiillerini marka hakkına tecavüz kapsamında çıkarmıştır.

Anılan hükümler iptal edilmiş, ancak ilgili maddelerdeki diğer ihlal hallerini muhafaza edilmiştir ki bu noktada da normlar arasındaki bağlantı ve tamamlayıcılık nitelikleri düşünülmemiştir.

Oysa diğer ihlal halleri ile iptal edilen hükümler birbirini tamamlayan düzenlemelerdir. Bu durumdan hareketle, iptal kararı 61A(c)’nin uygulanmasını zorlaştırmakta ya da imkânsızlaştırmaktadır. Bu halde ilgili diğer hükümlerin de iptali gerektiği düşünülebilecekti. Zira 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 29. maddesinin ikinci fıkrasında kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya içtüzüğün belirli kurallarının iptali, bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa bunların da Anayasa Mahkemesi’nce iptaline karar verilebileceği belirtilmektedir.⁹⁶

Marka suçlarının kanun maddesi ile KHK içine yerleştirilmekle beraber şeklen de olsa KHK ile düzenlenmesi hukukumuzdaki önemli bir eksikliklerdir. Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararı, sayılan çekinceler dışında uzun vadede olumlu bir gelişme olarak değerlendirilebilecektir.

⁹⁶ Anayasa Mahkemesi’nin 30.10.2001 tarihli 2001/403E 2001/345 K. Sayılı kararı: “21.12.1959 günlü, 7397 sayılı “Sigorta Murakabe Kanunu”nun 599 sayılı KHK’nin 20 maddesiyle değiştirilen 27. maddesinin birinci fıkrasının iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan ikinci fıkrasının da iptaline karar verilmesi gerekir.”

b. 5833 Sayılı Kanun Değişikliği Sonrasında Durum⁹⁷

Anayasa Mahkemesinin, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin anılan bentlerinin iptaline yönelik kararı 5 Temmuz 2008 günlü Resmî Gazetede yayımlanmış, ancak Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Kanun'un 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince iptal edilen bentlerin doğuracağı hukuksal boşluğu kamu yararını ihlal edici bularak, bu konuda düzenleme yapabilmesi için Yasama Organı'na süre tanımak amacıyla iptal hükümlerinin kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihten başlayarak altı ay sonra (5 Ocak 2009'da) yürürlüğe girmesine karar verilmiştir.

Bu noktada Yüksek Mahkeme'nin varsayımı, 5 Ocak 2009 tarihine kadar yürürlükteki hükümlere göre hareket edilmesi ve bu tarihten sonra iptal edilen hüküm yerine yapılacak yeni düzenlemeye göre hareket edilmesidir. Oysa bu hususa ilişkin düzenleme olan 5833 sayılı yasa 28.01.2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu ara dönemde hangi hükümler çerçevesinde hareket edilmesi gerektiği tartışma yaratmıştır.

Anayasa'nın 153. maddesinde yer alan ve iptal kararlarının geriye yürümezliğine ilişkin bulunan kural, iptal edilen hükümlere göre kazanılmış olan hakların ortadan kaldırılmasına veya toplum huzurunun bozulmasına yol açacak sonuçları önlemek ve hukuksal işlemlerin geçerliliğini sağlamak amacıyla kabul edilmiştir.

Bununla beraber, suçlar hukuki işlem niteliği taşımadığından, geriye yürüme yasağının ceza yargılamasında mutlak olarak uygulanması mümkün değildir. Kaldı ki, hukuk yargılamasında usuli müktesep hak kavramının istisnası niteliği taşıyan Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kanun hükmünün iptaline ilişkin kararlarının, yasa koyucunun bir ceza hükmünü ortadan kaldırması işlemi gibi geçmişe etkili olması gerekir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının, yürürlüğü öncesinde, iptal edilen kanun hükmüne uygun olarak verilmiş ve kesinleşmiş hukuki işlemlerin ve davaların

⁹⁷ RG 28.01.2009, No 27124

sonuçlarını değiştirmeyeceği kesindir. Bu nedenle, iptal kararları, kesinleşmiş kararlar bakımından yeni mevzuata göre tekrar incelenme yapılması ya da yargılamanın yenilenmesi sonucunu doğurmayacaktır. Zira iptal kararından önce yapılan yargılama ve tesis edilen hukuki işlemlerde esas alınan hukuk normları o tarihte yürürlükte olan yasal mevzuattır.

Kesin hüküm halini almış yargı kararları hukuki istikrarın sağlanması için saklı kalmak üzere, failin lehine olan kanunun uygulanması gereken hallerde iptal kararlarının geriye yürürlüğünün mümkün olduğunun kabulü gerekmektedir. Derdest davalar ile iptal edilen hüküm uyarınca haklarında işlem yapılan kişilerce açılan davaların iptal kararının sonuçlarından yararlanması mümkündür. Zira ortada Anayasa'ya aykırılığı hükmen tespit olunmuş bir kanun vardır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 9.9.1968 tarih 3/485-248 ve 11.10.1971 tarih 3/5/2-325 sayılı kararlarında; genel hukuk kurallarına göre aleyhe sonuç doğuran iptallerin, geriye yürümemesi gerektiğini, iptal lehe olduğunda ise ilgililerin iptalden önceki hususlar hakkında Anayasa Mahkemesi kararına dayanarak her zaman hak iddia edebileceklerini belirtmiştir.

Lehe kanunun geriye yürümesi kaidesi uyarınca sanık lehine yorumlandığı ceza yargılamasında, Anayasa Mahkemesi'nce bir kuralın iptal edilmesi halinde, uygulanacak olan kanun hükmünün iptalinin lehe olması halinde, iptal karardan anılan suçun sanıklarının yararlanmaları gerekir.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, KHK'nın belirtilen hükümlerinin iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi kararı failin lehine olmakla, yürürlük tarihi itibarıyla yargılaması devam eden ve kesinleşmemiş kararlar bakımından uygulama alanı bulacaktır.

Uygulamada, yürürlük tarihi sonrasında, önceden işlenen suçlar için açılan derdest davalar ve kesinleşmemiş hükümler bakımından, tıpkı hukuk yargılamasında olduğu üzere, lehe olan uygulama, anılan iptal kararı ile düzenlenen eylemlerin suç olmaktan çıkarılması nedeniyle, KHK hükümlerinin davanın tek hukuki sebebi olduğu olaylarda, yargılamanın sonlandırılması yönünde olabilecektir.

Diğer yandan mahkemelerin iptal kararının ya da yeni düzenlemenin yürürlüğe girişini bekletici mesele olarak kabul ederek yargılamaya ara vermeleri de yeni düzenleme öncesinde bir çözüm yolu olarak dile getirilmiştir. Ancak, bu hususa ilişkin yeni düzenleme olan 5833 sayılı kanun değişikliğinin, iptal kararının yürürlük tarihi olan 5 Ocak 2009'dan sonraki bir tarihte, 28.01.2009'da yürürlüğe girmiş olması sebebi ile mahkemeler uygulamada yargılamaya son vermektedir.

Bu anlamda önerilen diğer çözüm yollarından biri de TTK içerisinde yer alan haksız rekabet suçlarına ilişkin düzenleme olabileceği düşünülmüştür. Taklitle mücadele kapsamında yapılan şikâyetler, genelde KHK madde 61/A(c) maddesi ve TTK madde 57 vd. hükümleri uyarınca yapılmaktadır. Bu nedenle KHK hükümleri dışında, TTK'nin 64. maddesi uyarınca, TTK madde 57/5'ten kaynaklanan salt haksız rekabet suçları da yapılan şikâyetlerin dayanağını teşkil etmektedir, dolayısı ile ilk elden davada sadece KHK hükümlerine dayanılmadığından yargılamanın sonlandırılması söz konusu olmayacaktır. Ancak, bu halde de görev değişikliği söz konusu olabilecektir.

TTK'ya dayanarak açılan Haksız Rekabet Suçlarında ilişkin davada, ceza müeyyidesi *“bir aydan bir yıla kadar hapis veya beş yüz liradan on bin liraya kadar adli para cezasıyla veya her ikisiyle birlikte cezalandırılma”* olarak öngörülmüştür. Ceza alt ve üst sınırlarında söz konusu olan bu farklılık, şikâyet halinde mahkemede görevin de Sulh Ceza Mahkemesi'ne geçmesi söz konusu olabilecektir.

Durumu süregelen davalar bakımından değerlendirdiğimizde, KHK'nın 71. maddesinde markalarla ilgili bütün davaların değerine bakılmaksızın ihtisas mahkemelerinde görülmesi gerektiği belirtilmiştir. Diğer yandan, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 5.maddesi uyarınca; *“İddianamenin kabulünden sonra; işin, davayı gören mahkemenin görevini aştığı veya dışında kaldığı anlaşılırsa, mahkeme bir kararla işi görevli mahkemeye gönderir”* ve 6.maddede de *“İddianamenin kabulünden sonra, yargılamanın alt dereceli bir mahkemeye ait olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilemez,”* denilmektedir.

Her ne kadar 556 sayılı KHK'da, KHK'dan kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili olarak Fikri ve Sinaî Haklar ihtisas mahkemelerinin görevli olacağı belirtilmişse de, uygulamada salt haksız rekabete dayanılarak açılacak davalar bakımından görev uyuşmazlığı gündeme gelebilecektir.

Nitekim Yargıtay, haksız rekabet suçuna ilişkin Sulh Ceza Mahkemesi tarafından verilen görevsizlik kararı sonrasında, Fikri ve Sinaî Haklar Ceza Mahkemesi tarafından da dosyanın salt haksız rekabet suçuna ilişkin olması nedeniyle görevsizlik kararı verilmesi neticesinde oluşan görev uyuşmazlığında, Sulh Ceza Mahkemesi'nce verilen görevsizlik kararının bozulmasına karar vermiştir.⁹⁸ Yine de her iki yönde de verilmiş kararlara rastlamak mümkündür.

Bu takdirde, iptal kararı sonrasında derdest davalar bakımından, CMK'nın anılan hükümleri uyarınca yargılamaya devam edilmesi beklenebilecektir. Bununla beraber Mahkemelerin eğilimi yargılamaya devam edilmemesi yönünde olursa, terditli olarak CMK ve KHK md.71 uyarınca yargılamaya devam edilmesi, bu talebin kabul edilmemesi halinde, dosyanın yetkili ve görevli Sulh Ceza Mahkemesi'ne gönderilmesi talep edilebilecektir.

Süregelen yargılamalar bakımından ise bu kanunun uygulama alanı bulamayacağı, bu nedenle yukarıda da değinildiği üzere şartları varsa, TTK'nın markaları da kapsamında alan haksız rekabet suçlarına ilişkin 64. madde düzenlemesi yönünde ek iddianame düzenlenmesi gündeme gelebilecektir. Aksi takdirde, ara dönem bakımından suça ilişkin bir düzenleme yer almadığından soruşturma ve kovuşturma aşamasına son verilmesi gerekecektir.

27124 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 28.01.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5833 sayılı yasa bakımından ise, yürürlük tarihinde ileriye olacak şekilde uygulamanın gerçekleşeceği söylenebilecektir.

Bundan başka Türk Ceza Kanunu'nun; kanunun genel hükümlerinin diğer kanunlarda yer alan suçlar bakımından da uygulanacağına ilişkin hüküm 01.01.2009

⁹⁸ Yargıtay 5.C.D., 12.03.2008 tarih ve 2008/1172 E. 2008/1850K. sayılı kararı

tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Bu düzenlemenin 5833 sayılı yasa ile değişik hükümler bakımından da geçerli olduğu kabul edilmektedir.

3. Anayasa Madde 90 Uyarınca Markalara İlişkin Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukuktaki Yeri

Ülkemizde mevcut fikri ve sınaî hakların korunmasına ilişkin mevzuat, büyük ölçüde ülkemizin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerden doğan yükümleri çerçevesinde şekillenmiştir.

Anayasa'nın 07.05.2004 tarih ve 5170 sayılı kanununun 7. Maddesi ile değişik 90. maddesinin son hükmü; *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletler arası antlaşmaların esas alınacağını”* belirtmek suretiyle temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslar arası sözleşmelere, kanunlarla çelişmeleri halinde üstünlük tanımıştır.

Bu anlamda 556 sayılı KHK'nın iptal edilen hükümlerin düzenlediği hususlarda, taraf olduğumuz uluslar arası sözleşmelerce belirlenen koruma standartları, anılan sözleşmeler Anayasamızın 90. Maddesi uyarınca *“iç hukukumuzun bir parçası”* olduklarından ve usulsüne uygun yürürlüğe girmekle *“kanun hükmünde”* ve hatta daha üstün kabul edildiklerinden, bu sözleşme hükümlerinin diğer kanunlar gibi yürütme ve yargı organlarını bağladığı ortadadır.

Nitekim AİHM içtihatları ışığında, AİHS 1 no.lu protokolle koruma altında olan mülkiyet hakkının kapsamında sadece aynı anlamda eşya kavramı dahil edilmemekte, ekonomik değer ifade eden bir takım gayrimaddi unsurların da mülkiyet hakkı içerisinde değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir.⁹⁹

Gerçekten de Pazarıcı¹⁰⁰ *“Türkiye'nin taraf olduğu antlaşmaların yasa değerinde olacağını ve iç hukuk düzenimizde doğrudan etki doğuracağını”*;

⁹⁹ Marcxz vs./ Belçika; 13.06 1979; seri A No. 31, s.27 p.63.

¹⁰⁰ Prof. Dr. Hüseyin Pazarıcı, Uluslararası Hukuk Dersleri, 1999, s: 22.

Özbudun¹⁰¹, “*antlaşmalarla kanunların eşdeğerde olduklarını*”; Gözler, “*milletlerarası antlaşmaların kanun gibi işlem göreceğini, yargı organlarının bir antlaşmaya aykırı olması nedeniyle idari bir işlemi, bir tüzüğü veya yönetmeliği iptal edebileceklerini*” ifade etmektedirler.¹⁰²

Yargıtay uygulamasında da usulüne göre onaylanarak yürürlüğe girmiş anlaşmaların kanun hükmünde ve bağlayıcı olacağı hususu durağan hale gelmiştir. Yargıtay HGK’nun E. 1999/10-654, K. 1999/899 no’lu ve 3.11.1999 tarihli, Yargıtay 4. HD’nin E. 2002/13252, K. 2003/3743 no’lu ve 27.3.2003 tarihli ve Yargıtay 2. HD’nin E. 1995/12587, K. 1995/14097 no’lu ve 22.12.1995 tarihli kararları bu konudaki örneklerden yalnızca birkaç tanesidir.¹⁰³

Ayrıca TRIPS sözleşmesinin iç hukukumuzda kanun hükmünde olduğu ve 31.12.1994 tarihinden itibaren uyulması zorunlu iç hukuk hükmü haline geldiği Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 8.3.2002 tarihli 2002/1719 E ve 2002/2064 K sayılı kararında da açıkça kabul ve ifade edilmiştir.¹⁰⁴

Bu anlamda iç hukuklarda ilgili düzenlemeler yürürlüğe girene kadar geçen ara dönemde, sözleşmeye taraf olan ülkelere sözleşmede belirlenen standartlarda korunma talep edilmesi ek bir çözüm yolu olarak düşünülebilirdi.

Ancak bu noktada da hukuk yargılaması ve ceza yargılaması bakımından bir farklılık oluşacağına dikkat edilmelidir. Hukuk yargılaması bakımından doğrudan sözleşmeden doğan standartlarda korumanın talep edilmesi mümkünken, ceza yargılamasında bu tip doğrudan bir uygulamanın gerçekleşmesi hususu tartışmalı olacaktır.

Nitekim, taraf olunan uluslar arası sözleşmelerin çoğu, doğrudan uygulanabilir bir hüküm ihtiva etmekten ziyade, sözleşmenin düzenlediği hususta sağlanacak korumanın standartlarını belirlemekte ve taraf ülkelere iç hukuklarında bu standartlar

¹⁰¹ Prof Dr. Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 2000, s: 213.

¹⁰² GÖZLER Kemal, Yard. Doç Dr., Türk Anayasa Hukuku, 2000, s: 451.

¹⁰³ Yargıtay HGK’nun E. 1999/10-654, K. 1999/899 no’lu ve 3.11.1999 tarihli, Yargıtay 4. HD’nin E. 2002/13252, K. 2003/3743 no’lu ve 27.3.2003 tarihli ve Yargıtay 2. HD’nin E. 1995/12587, K. 1995/14097 no’lu ve 22.12.1995 tarihli kararları.

¹⁰⁴ Yargıtay 11. HD’nin 8.3.2002 tarihli 2002/1719 E ve 2002/2064 K sayılı kararı.

çerçevesinde düzenleme yapma yükümlülüğü yüklemektedir. Sözleşme hükümlerine aykırılık halinde, bu aykırılığı yaptırıma bağlayabilecek ulusal üstü bir yapının var olmaması nedeniyle, devlet sadece ahde vefa ilkesi sebebi ile sorumlu olacaktır.¹⁰⁵

Konumuz açısından, marka hakkının mülkiyet hakkının bir uzantısı olduğundan bu anlamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ek 1 Nolu Protokolün 1. Maddesi ile koruma altında bulunduğundan bahsetmiştik. Her ne kadar uluslararası sözleşme hükümleri ceza uygulaması bakımından doğrudan bir kaynak olarak değerlendirilemese de, bu temel hakkı zedelenen marka hakkı sahibinin, iç hukuk yollarını tükettikten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne şikâyette bulunabileceğinin kabulü gerekir.

¹⁰⁵ CENTEL, Nur, Prof. Dr., "Türk Ceza Hukukuna Giriş", Beta, 3. Bası, İstanbul, 2005, s. 78-79.

§2. BÖLÜM

556 SAYILI KHK BAKIMINDAN MARKA SUÇLARI

I. 556 SAYILI KHK MADDE 61/A UYARINCA MARKA SUÇLARI

Marka suçlarına ilişkin düzenleme olan 61/A maddesinin ilk versiyonu, 3 Kasım 1995 tarih ve 4128 sayılı Kanun'un 5. Maddesi ile düzenlenerek 556 sayılı KHK içine entegre edilmişti. Anılan düzenlemenin ilk halinde, üç bent olarak marka suçlarına yer verilmiş, ilk iki bentte suç oluşturan eylemler açıkça yazılırken, 61/A(c) bendinde, KHK'nın "*Marka Hakkına Tecavüz Halleri*"ni düzenleyen 61. maddesine atıf yapılarak, söz konusu tecavüz halleri aynı zamanda suç tipleri olarak kabul edilmişti.

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda yer verilen 2008 tarihli iptal kararı sonrasında, artık markaların korunması rejimine ilişkin düzenlemenin yeni bir kanunla yapılması beklenirken, 556 sayılı KHK muhafaza edilmiş ve suçlara ilişkin 61/A maddesi 28.01.2009 tarih ve 5833 sayılı "*Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*"un 3. Maddesi ile yeniden düzenlenmiştir.¹⁰⁶

Eski düzenlemede, 61/A maddesi üç bent halinde bir takım ihlal hallerini düzenlemekte ve bunlara ilişkin yaptırımları öngörmekteydi. İnceleme kolaylığı sağlaması bakımından doktrinde bir takım sınıflamalara gidilmiştir. Buna göre, 61/A maddesindeki suçlar "*marka tescili ile ilgi suçlar*", "*marka tescilinden doğan hukuki işlemlerle ilgili suçlar*" ve "*tescilli markaların sağladığı haklara tecavüz suçları*" olarak ayrılabilirdiği gibi¹⁰⁷, 61/A maddesinin (a) ve (b) bentlerinde yer alan gerçeğe aykırı kimlik bildiriminde bulunmak, kendini marka hakkı sahibi olarak göstermek,

¹⁰⁶ RG. 28.01.2009, No. 27124

¹⁰⁷ ALBAYRAK Mustafa, "Fikir ve Sanat Eserleri ile Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar", Ankara 2004, s. 177-190.

tescilli markayı gösteren işareti kaldırmak, marka üzerinde hukuki işlemlerle elde elden haklar üzerinde hukuka aykırı tasarrufta bulunmak ve korunan bir marka bulunduğu izlenimi yaratacak hareketler “*dar anlamda marka suçları*” ve 61/a (c) bendinde 61.maddede yer alan markaya tecavüz hallerine atıf yapmak yoluyla yapılan düzenleme de “*marka hakkına tecavüz suçları*” olarak adlandırılmak suretiyle yapılan ikili bir ayırım da mevcuttu.¹⁰⁸ Doktrinde “*markalar düzenine yönelik suçlar*” ve “*marka hakkı sahibine yönelik suçlar*” şeklinde yapılan bir diğer ayırım daha mevcuttur.¹⁰⁹

Yeni düzenlemede atıf yoluna başvurulmayarak, üç fıkra halinde marka suçlarına yer verilmiştir. Eski düzenlemede 61/A (a) ve (b) bentlerinde yer alan “*gerçeğe aykırı kimlik bildiriminde bulunmak*”, “*kendini marka hakkı sahibi olarak göstermek*” ve “*korunan bir marka bulunduğu izlenimi yaratacak hareketlerde bulunmak*” gibi bir takım eylemler ise suç kapsamından çıkartılmıştır.

Korunan hukuki menfaat dikkate alındığında, yeni düzenlemede yer alan “başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal veya hizmet üretme, satışı arz etme veya satma” eylemi bakımından, marka hakkı sahibinin, “marka koruması olan eşya veya ambalajı üzerine konulmuş marka koruması olduğunu belirten işareti yetkisi olmadan kaldırma” ve “yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkı üzerinde satmak, devretmek, kiralamak veya rehnemek suretiyle tasarrufta bulunma” eylemleri bakımından ise, marka hakkı sahibinden ziyade kamunun marka düzenine duyduğu güvenin tehdit edildiği ve üçüncü kişilerin yanıltılarak, hak sahibi olmayan kimselerin menfaat elde etmesinin önlenmek istendiği düşünülebilecektir.

Bu nedenle, incelemede kolaylık sağlaması açısından bu suçların, “*markalar düzenine karşı suçlar*” ve “*marka hakkına tecavüz suçu*” başlıkları altında ilgili suçlara ilişkin unsurların incelenmesi uygun bulunmuştur. Söz konusu suç tipleri bakımından hukuka aykırılık unsuru ile kusurluluk unsurunun ortak nitelikler taşıması nedeniyle, bu hususlar ayrı bir başlık altında incelenecektir.

¹⁰⁸ KESKİN Serap, “Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması”, Ankara 2003, s.13.

¹⁰⁹ TOPÇU Deniz, “Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar”, Seçkin, Ankara 2007

A. 556 Sayılı KHK’da Düzenlenen Suç Tipleri

1. Markalar Düzenine Karşı Suçlar

a. “Marka Koruması Gösteren İşareti Yetkisi Olmadan Kaldırma” Suçu

aa. Kanuni Unsur

61/A maddesinin eski halinde bu suçu da kapsayan (a) bendi düzenlemesi “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 on dört milyar liradan yirmi yedi milyar liraya kadar ağır para cezasına veya her ikisine...” şeklinde düzenlenmişti.

Yeni düzenleme neticesinde “marka hakkı sahibi olarak belirtilmesi gereken kimlik bildirimini gerçeğe aykırı olarak yapma” ve “kendisini haksız olarak marka başvurusu veya marka hakkı sahibi olarak gösterme” eylemleri kanuni tipin içinden çıkartılmış ve suçun kanuni tipi, 5833 sayılı Kanun ile değişik 61/A maddesinin 2. fıkrasında “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 beş bin güne kadar adli para cezasına hükmolünür,” şeklinde belirlenmiştir.

bb. Korunan Hukuki Menfaat

Tescile bağlı korumayı gösteren işaret malın tescilli olmasının ötesinde, belli bir standartta sunulduğunun da göstergesidir. Tescilli markaların taşıdığı ayırt edicilik ve malın kaynağını gösterme fonksiyonu sebebiyle, ® ibaresi tüketici nezdinde malın kaynağı göstermesinin yanı sıra ve sunulan mal ve ya hizmetin içeriği anlamında belli bir kalitenin de güvencesi ve göstergesidir.¹¹⁰

¹¹⁰ KESKİN, a.g.e., s.121.

Dolayısı ile burada korunmak istenen hukuki menfaat markanın ayırt ediciliğinin, ilgili malın ticari piyasada satışa sunulması aşamasındaki hukuka aykırılıklara engel olmak dışında, kamunun tescilli ürünlere duyduğu güvenin korunmasıdır.

cc. Maddi Unsur

Suç olarak düzenlenen hareket eşya veya ambalajının üstüne haklı olarak konulmuş ve ilgili ürün ya da hizmete ait markanın tescille korunduğunu gösteren işaretin yetkisi olmayan kişilerce kaldırılmasıdır.

Tescil elde eden markalar, “®” (Registered- Tescilli) ibaresini taşıma hakkı kazanırlar. Anılan işaret uluslar arası anlamda markanın tescilli olduğunu gösteren bir işaret olup, bir markanın koruma altında bulunduğu göstermektedir. Marka korumasına ilişkin işaret ® ibaresi ile ya da bazen numara yazılarak belirtilir.

Eşya veya ambalaj üzerinden tescili gösteren işaretin kaldırılmasıyla suç oluşacağından, eylem nitelik itibariyle neticesi harekete bitişik bir suçtur.

Madde hükmü tescili korumayı gösteren işaretin “eşya” ya da “ambalaj üzerinden kaldırılma” hallerine ilişkindir. İşaretin kaldırılması ifadesinden, silinmesi, çıkarılması, kazınması, vb. eylemler anlaşılmaktadır. Buna göre örneğin, iş evrakları, reklamlar vb. üzerinden işaretin kaldırılması suç oluşturmayacaktır. Aynı şekilde marka korumasını gösteren işaret haksız bir şekilde ürün ya da ambalaj üzerine konulmuşsa, örneğin tescil kapsamında olmayan bir mal ve ya hizmet için kullanılmışsa ya da marka henüz başvuru aşamasındaysa ve tescil edilmemişse eylem suç oluşmayacaktır.¹¹¹ Diğer yandan tescilin kapsamı dışında kalan mal ve hizmetler için kullanıldığı halde de, tescili gösteren ibarenin kaldırılması da suç teşkil etmeyecektir.¹¹²

Doktrinde, önceki düzenleme bakımından da, lafzi yorumdan hareketle, korumanın sadece işarete yönelik olduğu ve korumayı gösteren kelime ya da

¹¹¹ TEKİNALP, a.g.e., s.486

¹¹² TOPÇU, a.g.e., s.87

cümlenin kaldırılması halinde suçun oluşmayacağı ifade edilmekteydi.¹¹³ Bununla beraber, marka olabilecek işaretleri tanımlayan KHK'nın 5. Maddesinde yer alan; *"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 işaretler"* ifadesinden hareketle, KHK anlamında işaretten, sözcük, şekil, harf ve sayıların da anlaşılacağı söylenmiş ve marka korumasını gösteren benzer bir ifadenin kaldırılması halinde de aynı sonuç ortaya çıkacağından, eylemin suç oluşturacağı da ileri sürülmüştür.¹¹⁴

Kanımızca, bu noktada kanun koyucunun iradesinin de dikkate alınması gereklidir. Amaç, kamunun tescilli mallara duyduğu güvenin korunması olduğundan, markanın tescilli olduğunu belirten bir ibarenin haksız olarak kaldırılması halinde de aynı etki doğacağına kabulü gerekir. Bu anlamda madde formüle edilirken işaret yerine, *"markanın tescilli olduğunu gösteren her türlü ibarenin kaldırılması"* denilmesi söz konusu olabilirdi.

dd. Fail

Düzenlemede fail *"marka koruması olduğunu belirten işareti yetkisi olmadan kaldıran kişi"* olarak ifade edilmiş ayrıca bir hususiyet belirtilmemiştir. Buna göre, yetkisi olmadan tescili gösteren işareti kaldıran herkes fail olabilecektir. Aynı şekilde, söz konusu işaretin yetkisi olan bir kimse tarafından kaldırılması, örneğin malı satın alan tüketici tarafından ambalajın üzerinden yırtılması halinde suç oluşmayacaktır.

ee. Mağdur

Mağdur marka hakkı sahibi olarak görünmektedir. Ürün ve ya ambalaj üzerine yer alan markanın tescilli olduğunu gösteren işaret, ve markanın koruma altında olduğunu ifade etmektedir. İşaretin kaldırılması ile markanın korunmasız olduğu izlenimi yaratılarak, marka hakkını ihlallere açık hale getirebilecektir.

¹¹³ AYDIN, a.g.e., s.79

¹¹⁴ TOPÇU, a.g.e., s. 86

b. “Başkasına Ait Marka Hakkı Üzerinde Yetkisi Olmadan Hukuki Tasarrufta Bulunma” Suçu

aa. Kanuni Unsur

61/A maddesinin (b) bendinde yer alan eski düzenlemede; “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 ticari evrakına veya ilanlarına, hukuken korunan bir marka hakkı ile ilgili olduğu kanısını uyandıracak şekilde işaretler koyan veya bu amaçla ilan ve reklamlarda, bu tarzda yazı, işaret veya ifadeleri kullananlar hakkında, iki yıldan üç yıla kadar hapis cezasına veya yirmi yedi milyar liradan kırk altı milyar liraya kadar ağır para cezasına veya her ikisine” denilmek suretiyle suç belirlenmişti.

5833 sayılı yasa ile değişik 61/A maddesinin 3. fıkrasında ilgili suç tipi; “Yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkı üzerinde satmak, devretmek, kiralamak veya rehnemek suretiyle tasarrufta bulunan kişi iki yıldan dört yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır,” şeklinde değiştirilmiştir.

bb. Korunan Hukuki Menfaat

Bu suç tipi bakımından doğrudan marka hakkı sahibinin hedef alındığı düşünülse de esasen kamunun yararının korunması söz konusu olmaktadır. Zira marka hakkına ilişkin söz konusu işlemlerin yapılması suretiyle üçüncü kişilerin yanıltılarak, hak sahibi olmayan kimselerden menfaat elde etmesinin engellenmesi öncelikli amaç olarak görülmektedir.

cc. Maddi Unsur

Maddenin önceki düzenleniş şeklinde KHK'nın devir, intikal, rehin ve haciz ile ilgili maddelerinde yazılı haklara referans yapılarak, düzenleme yapılması yoluna gidilmiş ve “*bu haklarla ilgili herhangi bir tasarrufta bulunmak*” ibaresinden hareketle haksız tasarruf teşkil edecek eylemlerin sayılan işlemlerle sınırlı olmayacağı işaret edilmişti. Bundan başka, madde kapsamında, “*korunan bir marka hakkının sahibi olmadığı halde kendisinin veya başkasının imal ettiği veya satışa çıkardığı eşyaya veya ambalajlarına veya ticari evrakına veya ilanlarına, hukuken korunan bir marka hakkı ile ilgili olduğu kanısını uyandıracak şekilde işaretler koyan veya bu amaçla ilan ve reklamlarda, bu tarzda yazı, işaret veya ifadeleri kullanmak*” eylemleri de suç olarak sayılmıştı.

Yeni düzenlemede bu ifadelere yer verilmeyerek, suç sayılan eylemler “yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkı üzerinde satmak, devretmek, kiralamak veya rehnetmek suretiyle tasarrufta bulunmak” olarak belirlenmiştir. Bu anlamda yeni düzenlemenin, önceki düzenlemede yer alan karmaşıklığı bir anlamda giderdiği düşünülebilir, zira düzenleme bakımından önemli olan husus marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarrufta bulunmaktır.

Ancak yeni düzenleme söz konusu tasarruf işlemleri bakımından daha sınırlı bir çerçevede suç teşkil eden hareketleri belirlemiştir. Markaların konu olabileceği hukuki işlemler KHK'nın 15–22. maddeleri arasında sayılmaktadır. Buna göre markalar, devir, miras yoluyla intikal, rehin, lisans, teminat ve haciz işlemlerine konu olabilmektedir. Önceki düzenlemede “*herhangi bir tasarrufta bulunmak*” ibaresinden hareketle, bütün bu işlemleri dikkate alırken, yeni düzenleme bakımından, suç teşkil eden seçimlik eylemler “*satmak, devretmek, kiralamak*” ya da “*rehnetmek*” eylemleri ile sınırlandırılmıştır.

dd. Fail

Düzenlemede fail “yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkı üzerinde satmak, devretmek, kiralamak veya rehnetmek suretiyle tasarrufta bulunan kişi” olarak ifade edilmiş ayrıca bir hususiyet belirtilmemiştir. Buna göre, başkasına ait

marka hakkı üzerinde tasarruf yetkisi olmadan tipik eylemde belirtilen seçimlik hareketleri gerçekleştiren herkes fail olabilecektir.

ee. Mağdur

Suç tipinde tanımlanan eylem, yetkisiz tasarrufta bulunmak eylemi olarak görülmektedir. Bu halde marka hakkı sahibinin örneğin lisans verdiği kişi tarafından devir ya da rehne ilişkin bir tasarruf işlemi gerçekleştirildiğinde marka hakkı sahibi mağdur olacaktır.

Bununla beraber, düzenlemede “*başkasına ait marka hakkı üzerinde*” ibaresi kullanılmıştır. Bu durumda, örneğin marka üzerinde lisans veren, marka hakkı sahibi olmakla beraber, marka üzerinde kullanma ve tasarrufta bulunma yetkisi bulunmamaktadır. Bu kimse tarafından gerçekleştirilen tasarruf işlemi eylemde yazılı suçu oluşturacak mıdır, bu husus tartışmalıdır.

Düzenlemenin önceki şekli bakımından da MarkKHK’nın rehin, haciz, devir ve miras yoluyla geçişine ilişkin hükümler özel hukuk alanına girmekte olduğu ve bu bağlamda kanun koyucunun hukuka aykırı sözleşmeleri ceza hukukunun düzenleme ve yaptırım alanının içine dâhil ettiği gerekçeleri ile doktrinde eleştirilere konu olmuştur.¹¹⁵ Bu önermenin bazı olaylar açısından doğru olması söz konusu olabilecektir, ancak marka hakkı sahibinin taraf olmadığı ve marka hakkı sahibi ile arasında sözleşmesel bağ bulunmayan yetkisiz bir kimse ile üçüncü bir kişinin taraf olduğu bir tasarruf söz konusu olduğunda, bu durumun özel hukuka ilişkin bir sözleşmeye aykırılık olduğunun kabulü mümkün olmayacaktır.

Bu yönüyle düzenleme ile marka hakkı sahibinin hakları kadar, yetkisiz kimselerin yapacağı hukuka aykırı tasarruflara karşı iyi niyetli üçüncü kişilerin korunması da amaçlanmaktadır. Bununla beraber, kanuni tipte “*başkasına ait marka hakkı*” belirlemesi yapılmış bulunduğundan, ilk verilen örnekteki benzer bir durumda, anılan suç oluşmayacak, bu durum özel hukuka ilişkin bir hukuka aykırılık olarak değerlendirilecektir.

¹¹⁵ KESKİN, a.g.e., 124

2. Marka Hakkına Tecavüz Suçu

a. Kanuni Unsur

Marka hakkına tecavüz eylemleri önceki düzenlemede 61/A(c) bendinde, 61.maddede yer alan marka hakkına tecavüz eylemlerine atıf yapılmak suretiyle suç kapsamına alınmıştı. Bu kapsamda KHK'nın 61. maddesinde yer alan suçlar; ve

- Marka hakkının kapsamını belirleyen 9. maddenin ihlalini, buna göre maddenin 1. fıkrasında yer alan markanın tescil kapsamına giren aynı mal veya hizmetlerle ilgili olarak, *“tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması, tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk üzerinde, işaret ile tescilli marka arasında bağlantı olduğu ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali olan herhangi bir işaretin kullanılması, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal veya hizmetlerle benzer olmayan mal veya hizmetlerde kullanılması halinde, tescili istenen işaretin kullanılmasıyla tescilli markanın itibarından dolayı haksız avantaj elde edecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterine zarar verecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılması”* halleri ile 9. Maddenin 2. Fıkrasında düzenlenen *“işaretin mal veya ambalajı üzerine konulması, işareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi veya bu amaçla stoklanması, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi veya o işaret altında hizmetlerin sunulması veya sağlanması, işareti taşıyan malın ithali veya ihracı, işaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarda kullanılması”* hallerini,

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

- Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için ithal etmek veya ticari amaçla elde bulundurmak eylemleri ile

- Bu bentlerde yazılı fiillere iştirak veya yardım veya bunları teşvik etmek veya hangi şekil ve şartlarda olursa olsun bu fiillerin yapılmasını kolaylaştırmak ve

- Kendisinde bulunan ve başkası adına tescilli bir markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini taşıyan ürünün veya ticaret alanına çıkarılan malın nereden alındığını veya nasıl sağlandığını bildirmekten kaçınmak,

halleri aynı zamanda suç tipi olarak kabul edilmekteydi.

Anayasa Mahkemesi'nin 02.01.2008 tarihli iptal kararı neticesinde 61. Maddenin (a) ve (c) bentleri ile 9. Maddenin I(b) ve II(b) hükümleri iptal edilmiş bu anlamda oluşan boşluk sonrasında 5833 sayılı yasa ile değişik 61/A maddesinin 1. fıkrasında ilgili suç tipi; *“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 yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır,”* şeklinde belirlenmiştir.

Bu anlamda suç tipinde yer alan hareketlerin kapsamı sınırlandırılmıştır. Bundan başka 61. maddenin (e) bendinde yer alan *“kendisinde bulunan ve başkası adına tescilli bir markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini taşıyan ürünün veya ticaret alanına çıkarılan malın nereden alındığını veya nasıl sağlandığını bildirmekten kaçınmak”* eylemi yeni düzenleme kapsamında bir suç tipi olmaktan çıkartılmıştır. Bunun yerine 5833 sayılı yasa ile değişik KHK'nın 61/A maddesinin son fıkrasında *“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 el konulmasını sağlaması halinde hakkında cezaya hükmolünmaz”* denilmek suretiyle bir cezasızlık sebebi öngörülmüştür.

b. Korunan Hukuki Menfaat

Belirlenen suç tipi bakımından korunan hukuki menfaat marka üzerindeki hak sahipliği olup, markanın ayırt edici niteliğinin korunması ve bu yolla tüketicilerin aldatılarak haksız menfaat elde etmesinin engellenmesi olarak anlaşılmaktadır.

c. Maddi Unsur

Suçun tipik eylem unsuru olarak, mal ve hizmet üretmek, satışa arz etmek, satmak seçimlik eylemleri gösterilmiştir. Ancak söz konusu bu eylemlerin marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek işlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle *iktibas* ve *iltibas* kavramlarının da açıklanması gerekmektedir.

İktibas kelimesi, “*ödünc alma, bir yazıyı ve ya düşünceyi aktarmak, alıntılanmak*” olarak tanımlanmaktadır.¹¹⁶ Bu anlamda marka hukuku bakımından iktibas denildiğinde, başkasının hak sahibi olduğu bir markanın aynısının kullanılması suretiyle marka hakkına tecavüz edilmesi anlaşılmaktadır.¹¹⁷ Markanın aynısının kullanılması, markanın biçim, anlam ve ya renk unsurları bakımından eşinin kullanılması suretiyle olabilir. Uygulamada markanın boyutlarının değiştirilerek kullanılması ya da çok dikkatli bakılmadıkça anlaşılacak şekilde değiştirilerek kullanılması da aynen kullanma olarak kabul edilmektedir.¹¹⁸ Bu anlamda iktibas tespit edilirken, KHK’nın 7/1(b) anlamında mutlak benzerliğin varlığı uygulamada yol gösterici olabilecektir.

İltibas ise dilimizde, “*birbirine çok benzeyen iki şeyin karışması, andırışma*” olarak tanımlanmaktadır.¹¹⁹ Marka hukuku anlamında iltibas denildiğinde ise, başkasının hak sahibi olduğu bir markanın alıcıların karıştırmalarına neden olacak surette benzerinin kullanılması suretiyle marka hakkına tecavüz edilmesi anlaşılmaktadır.¹²⁰ Bu anlamda, iltibasın varlığında aranan benzerlik, genel görünüm itibariyle markaların benzer olmasını gerektirecektir. Dolayısı ile, iltibasın varlığı test edilirken KHK’nın 8/1(b) maddesi anlamında benzerliğin varlığı uygulamada yol gösterici olabilecektir.

Önceki düzenlemede, atıf yoluyla suçun hareket unsurunu belirleyen gerek 9. maddenin gerek 61. maddenin lafzında “*aynı mal veya hizmet için aynı işaretin*”

¹¹⁶ <http://tdkterim.gov.tr/bts/> bağlantısı üzerinden, Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük.

¹¹⁷ CENGİZ, Dilek, “Türk Hukukunda İktibas ve İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz”, Beta, İstanbul 1995, s.6.

¹¹⁸ Yargıtay 11.HD’nin 08.06.2000 tarih ve 2000/4615E, 2000/5298 K. sayılı kararı

¹¹⁹ <http://tdkterim.gov.tr/bts/> bağlantısı üzerinden, Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük

¹²⁰ CENGİZ, Dilek, a.g.e. s.7.

yada “markanın aynı ve ya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin” kullanılması ifadelerine yer verilmekteydi. Bu anlamda, uygulamacılar açısından yapılacak işlem, tecavüz konusu marka hakkı kapsamında korunan mal ve hizmet listesini ve tecavüz teşkil eden kullanımın niteliğini karşılaştırmak olarak görünmekteydi.

Her ne kadar iktibas ve iltibas kavramlarının tanımından hareketle, başkasına ait bir markanın aynısı ya da ayırt edilemeyecek derecede benzeri veya genel görünüm itibariyle ayırt edilemeyecek derecede benzer olan bir markayı taşıyan ürün ve ya hizmetin üretilmesi, satışa arz edilmesi ve ya satılması halinde tipe uygun hareketin gerçekleşmiş olduğu düşünülebilecekse de bu tip bir düzenleme uygulamada ceza hakiminin tipe uygun hareket unsurunu saptamadan önce, iktibasın ya da iltibasın var olup olmadığını saptaması gerekliliğini doğurmaktadır ki, bu durum her bir somut olay açısından hakimi ek bir külfet altına sokacaktır.

Oysa iktibas ve iltibas kavramları, esasen marka hukukuna ilişkin özel hukuk uyumsuzluklarına özgü kavramlardır. “Suçta ve cezada kanunilik” ilkesi bakımından, anılan kavramlar ceza hakimi bakımından yeteri kadar açık değildir.

d. Fail

Fail bakımından, herhangi bir hususiyet belirtilmemiştir. Buna göre, “başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal veya hizmet üreten, satışa arz eden veya satan” herkes fail olabilecektir.

e. Mağdur

Suçun doğrudan mağduru marka hakkı sahibidir. İktibas ve ya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz edilmekte, aynı zamanda kamunun markalı ürüne duyduğu güven zedeleneceğinden, marka hakkı sahibinin ticari itibarı da zarar görecektir.

3. Marka Suçlarında Hukuka Aykırılık Unsuru

Bir fiilin suç sayılabilmesi için anılan fiile hukuk düzenince cevaz verilmemesi, fiilin haklı sayılmaması gerekmektedir. Eğer hukuk düzeni, söz konusu

fiilin gerçekleştirilmesini belli şartlar çerçevesinde suç olarak kabul etmiyor, buna cevaz veriyorsa bu durumda hukuka uygunluk sebeplerinin varlığından söz edilebilecektir.¹²¹

a. Hukuka Uygunluk Sebepleri

5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, 24. maddesinde kanunun hükmünü yerine getirmeyi ve yetkili merciin emrini ifa etmeyi, 25. maddesinde meşru savunma ve zorunluluk halini ve 26. maddesinde hakkın kullanılması ve ilgilinin rızasının bulunmasını hukuka uygunluk sebepleri olarak saymaktadır. Her bir somut olayda koşulların bulunması halinde bu hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanabileceği kabul edilmektedir.

Bundan başka KHK’da yer alan bazı kurumların da tüm marka suçları bakımından özel hukuka uygunluk nedenleri olarak kabul edildiği görülmektedir.¹²² 5833 sayılı değişiklik öncesinde, KHK’nın 61/A(c) maddesinde, 61. maddeye ve 61. maddenin (a) bendinde de 9. maddeye yapılan atıf sebebiyle, “*markanın tescil kapsamına giren aynı mal veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması, tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk üzerinde, işaret ile tescilli marka arasında bağlantı olduğu ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali olan herhangi bir işaretin kullanılması, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal veya hizmetlerle benzer olmayan mal veya hizmetlerde kullanılması halinde, tescili istenen işaretin kullanılmasıyla tescilli markanın itibarından dolayı haksız avantaj elde edecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterine zarar verecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılması halleri ile işaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarda kullanılması*” halleri suç kapsamında yer alan fiiller olarak düzenlenmişti.

Bununla beraber, 5833 sayılı yasa değişikliği sonrasında, suç teşkil eden eylemlerin “*üretmek, satışa arz etmek ve satmak*”, “*marka korumasını gösteren*

¹²¹ DÖNMEZER, ERMAN, a.g.e., s. 310-311.

¹²² KESKİN, a.g.e., s.144 vd.

işareti kaldırmak” ve *“yetkisi olmadığı halde satmak, devretmek, kiralamak ve rehnetmek”* halleri ile belirlenmiş olması sebebi ile, önceki düzenleme metodu bakımından geniş anlamda *“markanın kullanılması”* halleri bakımından söz konusu olan bu hukuka uygunluk sebeplerinin mevcut düzenleme bakımından uygulanma alanlarının sınırlandırıldığı ya da tamamen ortadan kalktığı söylenebilecektir.

aa. Markanın Başvuru Eserinde Yer Alması

MarkKHK'nın 10. Maddesi uyarınca; *“Tescilli bir markanın, tescilli olduğu belirtilmeden bir sözlük, ansiklopedi veya bir başka başvuru eserinde, jenerik ad izlenimi verecek şekilde, yayımlanması durumunda, marka sahibinin talebi üzerine yayımcı, yayımın sonraki ilk sayısında yanlışlığı düzeltir.”*

Buna göre, markanın tescilli olduğu belirtilerek anılan tipte bir eserde yer alması durumunda kullanım hukuka uygun olacaktır. KHK'da tanımlanan bu hukuka aykırılık, aslında belirtilen suç tiplerinden birine uymamaktadır. Bu durumda uyarı yapıldıktan sonra, uyarının dikkate alınmaması halinde hukuka aykırılık oluşacaktır. Tekinalp ise, markanın başvuru eserinde yer almasının markasal bir kullanma olmaması sebebi ile marka sahibi tarafından KHK'da belirtilen hukuk ya da ceza davalarının açılmayacağı görüşündedir.¹²³

bb. Markanın Dürüst Kullanımı

MarkKHK'nın 12. maddesi uyarınca; *“Dürüstçe ve ticari veya sanayi konularıyla ilgili olarak kullanılmaları koşuluyla üçüncü kişilerin, ad ve adresini, mal veya hizmetlerle ilgili cins, kalite, miktar, kullanım amacı, değer, coğrafi kaynak, üretim veya sunulmuş zamanı veya diğer niteliklere ilişkin açıklamaları kullanmaları marka sahibi tarafından engellenemez.”*

Buna göre, kişilerin dürüstlük kuralına uygun olarak, ticaret ve sanayide bir markayı kullanması hali ihlal oluşturmayacaktır. Örneğin, *“Hacı Şakir”* markasının,

¹²³ TEKİNALP, a.g.e., s. 415; Aktaran: KESKİN, a.g.e., s. 145

ismi Hacı ve soyadı Şakir olan kimse tarafından ticaret ünvanında kullanılması hukuka uygun kullanıma örnek gösterilmektedir.¹²⁴

cc. Hakkın Tüketilmesi

MarkKHK'nın 13. maddesi uyarınca; "Tescilli bir markanın tescil kapsamındaki mal üzerine konularak marka sahibi tarafından veya onun izni ile Türkiye'de piyasaya sunulmasından sonra, mallarla ilgili fiiller marka tescilinden doğan hakkın kapsamı dışında kalır."

Marka hakkı, ilgili malın marka hakkı sahibi tarafından ve ya onun izni ile hukuka uygun olarak piyasaya sürülmekle tükenir.¹²⁵ Bu aşamadan sonra marka hakkı sahibi, malı satın alan kimselerin onu tekrar satışa çıkarmalarını ya da reklam ve tanıtımlarında markayı kullanmalarına engel olamaz.

Bununla beraber 13. maddenin 2. fıkrası uyarınca; "Marka sahibinin, birinci fıkra hükmüne girmesine rağmen, malın piyasaya sunulmasından sonra, üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanmalarını önleme yetkisi vardır."

dd. Kullanım Yoluyla Ayırt Edicilik Kazanmış İşaretler

Marka üzerindeki hak tescille kazanılmakla beraber KHK'nın 7. maddesinin II. fıkrasına göre "*Bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici bir nitelik kazanmış ise (a), (c) ve (d) bentlerine göre tescili reddedilemez.*" Buna göre, kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazanmış markaların kullanımı da hukuka aykırı olmayacaktır.

¹²⁴ TEKİNALP, a.g.e., s. 415; Aktaran: KESKİN, a.g.e., s. 145

¹²⁵ ARKAN, Sabih, "Marka Hakkının Tüketilmesi", Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, BATİH, 1998, s.200; Aktaran; TOPÇU, a.g.e., s.59

4. Marka Suçlarında Manevi Unsur

Marka suçlarının tamamı genel olarak kasten işlenebilen suçlardır. Dolayısı ile failin suç tipinde belirtilen hareketleri bilerek ve isteyerek işlemesi halinde kast unsuru gerçekleşecektir.

Bunun yanı sıra “kişinin suçun kanuni tanımında yer verilen unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen fiili işlemesi” olarak tanımlanan olası kastın yeni düzenlemede tanımlanan suç tipleri bakımından uygulanabilirliğinin ise ayrıca araştırılması gerekecektir.

Bundan başka, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 28., 29 ve 30. maddelerinde “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve ya Azaltan Nedenler” başlığı altında cebir, şiddet, korkutma, tehdit, haksız tahrik ve yanılma hallerine yer verilmiştir. Kusurluluğu etkileyen nedenlerin varlığı ve uygulanabilirliği de somut olayın şartları bakımından incelenmelidir. Buna göre suçun cebir, şiddet, korkutma, tehdit altında işlenmesi halinde faile ceza verilmeyecektir. Haksız tahrik şartlarının varlığı halinde de ceza öngörüldüğü ölçüde azaltılacaktır. Yine kişinin markanın koruma üresinin dolduğunu sanarak marka korumasını gösteren işareti kaldırması halinde de hatanın varlığından söz edilebilecek ve kişi hatasından faydalanacaktır.

B. Marka Suçlarında Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 35. maddesinde teşebbüs hali düzenlenmiştir. Buna göre “kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamazsa teşebbüsten dolayı sorumlu olacaktır.”

Marka suçları genel olarak neticesi harekete bitişik suçlar olarak ortaya çıktıklarından teşebbüse elverişli değildir. Bununla beraber 61/A maddesinin 3. fıkrasında yer alan yetkisiz tasarrufta bulunma eylemleri bakımından icra

hareketlerinin bölünebilmesi söz konusu olabilecektir. Bu anlamda suça teşebbüs mümkün gözükmemektedir.

2. İştirak

İştirak bakımından da 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerine gidilmesi söz konusu olacaktır.

Buna göre örneğin eski düzenlemede 61(e) maddesinde yer alan 61.maddenin (a) ve (c) bentlerinde yer alan fiillere iştirak veya yardım veya bunları teşvik etmek veya hangi şekil ve şartlarda olursa olsun bu fiillerin yapılmasını kolaylaştırmak halleri de suç kapsamında değerlendirilmekteydi. Kanun değişikliği sonrasında, icra hareketleri bölünebildiği ölçüde, TCK'nın 37. vd maddelerinde yer alan iştirake ilişkin hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır.

3. İçtima

İçtima bakımından da 5237 sayılı TCK'nın genel hükümleri uygulama alanı bulacak ve her bir suç tipi bakımından somut olayın şartları içerisinde bir değerlendirme yapılacaktır. Marka suçları ile diğer kanunlarda yer alan suçlar bir araya gelebilecektir. Bu hallerde gerçek içtima hükümlerine gidilmesi söz konusu olacaktır. Birden fazla eylemin aynı suç işleme kararı çerçevesinde işlenmesi halinde, örneğin korumayı gösteren işaretin hem eşya hem de ambalajı üzerinden kaldırılması halinde de zincirleme suç hükümlerine gidilmesi söz konusu olabilecektir.¹²⁶

C. Marka Suçlarında Yaptırım

Marka suçlarında hürriyeti bağlayıcı ceza ve adli para cezası gibi yaptırımlar öngörülmüştür. Buna göre, 61/A maddesinin 1. fıkrasında yer alan “*marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal veya hizmet üretmek, satışı arz etmek veya satmak*” eylemleri bakımından bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası, 2. fıkrada yer alan “*Marka koruması olan eşya veya ambalajı üzerine konulmuş marka koruması olduğunu belirten işareti yetkisi*

¹²⁶ TOPÇU, a.g.e., s.89

olmadan kaldırmak” suçu bakımından bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ve son olarak 3. fıkrada belirtilen “*yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkı üzerinde satmak, devretmek, kiralamak veya rehnetmek suretiyle tasarrufta bulunmak*” eylemleri bakımından iki yıldan dört yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası yaptırım olarak öngörülmüştür. Bu anlamda önceki düzenlemede yer alan hapis cezasının üst sınırının yeni düzenleme ile arttırıldığı görülmektedir.

Bundan başka 5833 sayılı kanun ile değişik 61/A maddesinin 4. fıkrasında “*Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ayrıca bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur,*” denilmektedir. Bu hükme yer verilmeseydi dahi, yeni Türk Ceza Kanunu 5. Maddesinin yürürlüğü sebebi ile tüzel kişiler bakımından da kanunun 53 vd. maddelerinde düzenlenen güvenlik tedbirlerine gidileceği anlaşılmaktadır.

Aynı şekilde eski düzenlemede madde içinde Türk Ceza Kanunu ve CMUK hükümlerine atıf yapılmaktaydı. Yeni düzenleme sonrasında bu atıf ortadan kalkmıştır. Bununla beraber yeni Türk Ceza Kanunu’nun ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nun müsadere ve el koymaya ilişkin hükümlerinin de uygulanması söz konusu olacaktır.

Müsadere ve el koymanın hukuki nitelikleri farklıdır. Müsadere bir yaptırım olmasına karşılık, el koyma bir koruma tedbiri olarak karşımıza çıkmaktadır. Yine müsadere eşya üzerindeki mülkiyet hakkını sona erdirirken, el koyma bu hakkı sınırlandırmaktadır. Gerek müsadere gerek el koyma için mahkeme kararının varlığı aranmaktadır, bununla beraber gecikmesinde sakınca olan hallerde el koyma Cumhuriyet Savcısı’nın bilgisi dahilinde kolluk güçleri tarafından gerçekleştirilebilecektir.¹²⁷

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 54. maddesinde eşya müsaderesine ve 55. maddesinde de kazanç müsaderesine yer verilmiştir. Buna göre, kasıtlı ir suçun işlenmesinde kullanılan ve ya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın mülkiyetinin Devlete geçmesi, suçun işlenmesinde kullanılmak üzere

¹²⁷ CENTEL, a.g.e., s. 762.

hazırlanan eşya ile üretimi, bulundurulması ve kullanılması, taşınması, alınması ve satılması suç olan eşyanın müsadere edilmesi söz konusu olacaktır. Ancak burada suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın müsaderesi için eşyanın kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak bakımından tehlikeli olması şartı aranmaktadır. Müsaderenin gerçekleşebilmesi için mahkeme kararının varlığı yeterli olup, ceza mahkumiyetinin varlığı aranmayacaktır.

El koyma ise, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 123 vd. hükümlerince delil niteliği taşıyabilecek eşya ve ya kazanca el konulması düzenlenmiştir. Bundan başka KHK'nın 79. Maddesinde gümrüklerde el koymaya ilişkin bir düzenleme mevcuttur. Buna göre; *“Hak sahibinin yetkilerine tecavüz oluşturması nedeniyle cezayı gerektiren taklit markalı mallara, ithalat veya ihracat sırasında hak sahibinin talebi üzerine, gümrük idareleri tarafından ihtiyati tedbir niteliğinden el konulabilir. El koyma ile ilgili uygulama bu konuda çıkarılacak mevzuatta düzenlenir.”* Sahte markaların gümrükte re'sen durdurulabileceğine ilişkin düzenleme Gümrük Kanunu'nun 57. maddesinde ve devamında yer almaktadır. Bu çerçevede, yetkili mahkemeden alınan karar doğrultusunda gümrük idareleri, el konulan eşyayı imha etmeye ya da asli unsurlarını değiştirmek suretiyle satarak tasfiye etmeye yetkilidir.

Marka suçlarında faile uygulanacak yaptırım belirlenirken, aynı zamanda TCK'nın 61. vd hükümlerinde yer alan cezayı ağırlaştırıcı ya da indirim gerektiren nedenlerin de dikkate alınması gerekecektir.

D. Marka Suçlarında Dava ve Ceza Zamanaşımı

Marka suçlarında ceza ve dava zamanaşımı bakımından özel bir düzenleme öngörülmemiştir. Bu anlamda, TCK'nın genel hükümlerinin dikkate alınması gerekmektedir.

TCK'nın 66. Maddesinin (e) bendinde “beş yıldan fazla olmamak üzere hapis ve adli para cezasını gerektiren suçlar” bakımından dava zaman aşımı 8 yıl olarak belirlenmiştir. Ceza zamanaşımı ise, 68. maddenin (e) bendi uyarınca 10 yıl olarak

öngörülmüştür. Dava ve ceza zamanasını sürelerinin durması ve kesilmesi bakımından ise, yine TCK'nın genel hükümlerinin dikkate alınması gerekecektir.

II. MARKA SUÇLARININ SORUŞTURULMASI VE YARGILANMASI

A. Marka Suçlarının Soruşturulması ve Kovuşturulmasına İlişkin Özellikler

556 sayılı KHK sistematığı içerisinde marka suçlarının soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı tutulmuştur. Değişiklik öncesi KHK'nın 61/A-II hükmü uyarınca marka suçlarında şikâyet süresi bakımından bir özellik getirilmiş ve genel hükümlerden farklı olarak 2 yıllık bir şikâyet süresi öngörülmüştü. Ancak yeni Türk Ceza Kanunu'nun yürürlük tarihi itibarıyla, artık bu sürenin uygulanamayacağı ve TCK'nın genel hükümlerinde yer aldığı şekliyle marka suçlarının da 6 aylık şikâyet süresine tabi oldukları görüşü ileri sürülmüş, bu durum uygulamada tartışmalara neden olmuştur.

Ancak 5833 sayılı kanunla değişik yeni düzenleme bakımından “*Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır,*” denilmekle yetinilmiş, önceki düzenlemede var olan özel süre korunmamıştır. Bu anlamda şikâyet süresi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 73. Maddesinde yer alan genel hükümlere tabi olacaktır.

Bu anlamda suçtan zarar gören sıfatı ile şikâyet hakkı marka hakkı sahibindedir.

Eski 61/A maddesinin 3. fıkrasında yer alan düzenlemede; “*Bu madde hükümlerinin uygulanmasında 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 344 üncü maddesinin birinci fıkrasının (8) numaralı bendi uygulanmaz. Marka korumasından doğan hakları tecavüze uğrayandan başka, 61 inci maddede sayılanlar dışında kalan suçlarda Enstitü; marka hakkı sahibi olarak belirtilmesi gereken kimlik bildiriminin gerçeğe aykırı olarak yapılması ile korunan bir marka hakkının sahibi olmadığı veya koruma süresinin bittiği veya herhangi bir sebeple*

marka hakkının hükümsüzlüğü veya marka korumasından doğan hakkının sona ermesi durumlarında; kendisinin veya başkasının imal ettiği veya satışa çıkardığı eşyaya veya ambalajlarına veya ticari evrakına veya ilanlarına, hukuken korunan bir marka hakkı ile ilgili olduğu kanısını uyandıracak şekilde işaretler koyma veya bu amaçla ilan ve reklâmlarda 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 tabi kuruluşlar ve tüketici dernekleri de şikâyet hakkına sahiptir. Şikâyetin fiil ve failden haberdar olma tarihinden itibaren iki yıl içinde yapılması gerekir,” denilmek suretiyle bazı hallerde Türk Patent Enstitüsü’ne ve tüketici derneklerine de şikâyet hakkı verilmekteydi. Yeni düzenlemede bu imkândan açıkça bahsedilmediğinden, kanun koyucunun şikâyet hakkını bu kurumlar bakımından sınırladığı düşünülebilir.

Bundan başka Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 253 (a) maddesinde vd. soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar “Uzlaşma” kurumuna yer verilmektedir. Bu anlamda şartların varlığı halinde uzlaşma yoluna da başvurulabilecektir.

B. Marka Suçlarında Yetkili ve Görevli Mahkeme

556 sayılı KHK’nın 71. Maddesi uyarınca marka suçlarının yargılanması bakımından yetkili ve görevli mahkemeler ihtisas mahkemeleridir. Bu mahkemeler tek hakimli olarak görev yapar.

İhtisas mahkemelerinin bulunduğu yargı çevrelerinde Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemeleri, ihtisas mahkemesi bulunmayan yerlerde ise bu konuda görevlendirilen Asliye Ceza Mahkemeleri yetkilidir.

Yetki bakımından ise, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 12. Maddesi uyarınca suçun işlendiği yer mahkemesi, dolayısı ile genel usul kuralı geçerli olacaktır.

SONUÇ

Fikri ve sınaî mülkiyet hakları gerek dünyada gerek ülkemizde son on beş yılda hızla önem kazanan bir hukuk alanıdır. Ülkemizde markaların korunmasına ilişkin düzenlemelerin hala KHK başlığı altında düzenleniyor olması, marka hakkına tecavüz eylemlerinin sayısındaki artış da dikkate alındığında hukuki koruma hususundaki belirgin bir eksiklik olarak ortaya çıkmaktadır.

Ülkemiz taklit ürünler bakımından başlı başına bir üretim merkezi olmamakla beraber, taklit ürünlerin pazarlandığı ve gümrük üzerinden geçişe konu olduğu önemli bir merkezdir.

Sınaî haklara ilişkin düzenlemelerin, Birlik mevzuatına uyum sağlamak amacıyla, ön hazırlık ve gerekli kavrayış süreci gerçekleşmeden, alelacele ilgili Birlik düzenlemesinin Türkçe'ye çevrilerek hayata geçirilmek istenmesi neticesinde, ne yazık ki amaçlanan adaptasyon sağlanamamıştır. Ülkemizde fikri ve sınaî haklar kültürünün yeterince oluşmamış olmasının da etkisiyle, marka suçları halkımız ve uygulamacılar tarafından ciddi bir suç türü olarak kabul edilmemekte, bu durum uygulamada da bir takım zorlukları beraberinde getirmektedir.

4128 sayılı Kanun ile KHK metni içine yerleştirilen ceza düzenlemesi Anayasa'ya aykırılık tartışmasını canlı tutmuştur.

Son olarak 2008 Şubat ayında KHK'nın 61/A (c) maddesi atfıyla 61.maddenin (a) ve (c) bentleri ile 61(a) maddesi atfı itibariyle 9. Maddenin I. ve II. (b) bentlerinin iptali neticesinde problem daha da farklı bir nitelik kazanmıştır. Zira Anayasa Mahkemesi anılan düzenlemeleri iptal ederken, bu hükümlerin aynı zamanda KHK sistematığı için de marka uygulamasının temelini oluşturan hukuki normlar olduğunu gözden kaçırmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin anılan iptal kararının yürürlüğü, bu süreçte yeni bir düzenleme yapılması amacıyla 6 ay ertelenmiştir. Ancak kararın yürürlük tarihi olan 5 Ocak 2009 tarihi itibariyle yeni bir düzenleme yapılmamıştır.

Bundan başka, yürürlüğe girdiği andan itibaren Anayasa'ya aykırılık tartışmalarının odağında olan KHK düzenlemesinin artık ortadan kalkması ve kanuni bir düzenleme yapılması için bir fırsat olarak değerlendirilebilecek bu süreçte de marka mevzuatına ilişkin bir kanuni düzenleme yapılmamış, bunun yerine iptal edilen hükümleri kapsayan yeni bir düzenleme yapılmış ve 28 Ocak 2009 tarihi itibariyle yürürlüğe girmiştir.

Bu anlamda KHK'nın 61/A (c) maddesi bakımından atıf yoluyla yapılan düzenlemenin sakıncalarının ortadan kalktığı söylenebilse de, şeklen de olsa kanun hükmü ile düzenleme yapılmış olmasına rağmen, bu tip bir düzenlemenin KHK içinde bulunmasından kaynaklanan sorunlar ve marka hukuku gibi ekonomik anlamda çok önemli bir alanı düzenleyen normların KHK ile düzenlenmiş bulunmasından kaynaklanan çekinceler devam etmektedir.

Yaşanılan en önemli sorunlardan biri de ihtisas mahkemeleri kurulmasına rağmen, ihtisaslaşmanın büyük şehirlerle sınırlı kalmasıdır. Bu durum, sınırlı bir hukuki anlayış ve yorumla, güncel gelişmelerden imkânsızlık nedeniyle uzak kalan hakimler tarafından yargılama yapılmasına neden olmaktadır.

Bu bağlamda marka hukukuna ilişkin düzenlemelerin, KHK yoluyla düzenlenen diğer sınai mülkiyet alanıyla beraber, uyum sağlamanın yanı sıra çözüm üretmek amacıyla ve 1995 yılından bugüne yaşanan zorluklar ve gelişmeler dikkate alınarak ve bu kez bir kanunla düzenlenmesi ve reforme edilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

A) Genel Yapıtlar

ALBAYRAK Mustafa, “Fikir ve Sanat Eserleri ile Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar”, Ankara 2004.

ARKAN Sabih, “Marka Hukuku”, Cilt 1, Ankara, 1997.

CAMPHELL Dennis, “International Intellectual Property Law New Developments”, Austria, 1995.

CENGİZ, Dilek, “Türk Hukukunda İktibas ve İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz”, Beta, İstanbul 1995

CENTEL, Nur, Prof. Dr., “Türk Ceza Hukukuna Giriş”, Beta, 3. Bası, İstanbul, 2005

COOK Trevor, “Intellectual Property in the European Community”, Austria, 1995.

CORNISH William, LLEWELYN David, “Intellectual Property: Patents, Copyright, Trademarks and Allied Rights”, 6. Baskı, Londra, Sweet & Maxwell, 2007.

DÖNMEZER Sulhi, ERMAN Sahir, “Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku: Genel Kısım”, C. I, Beta, 14. Basım, İstanbul Kasım 1997.

GÖZLER Kemal, Yard. Doç Dr. Türk Anayasa Hukuku, 2000, s: 451

KARAHAN Sami, “Yeni Marka Hukukumuz ve İlgili Mevzuat”, Konya 1996

KEYDER BROWN Virginia, (Çev. HACİMİRZAOĞLU, A. Berktaş), “Fikri Mülkiyet Hakları ve Gümrük Birliği” (Intellectual Property Rights and Customs Union), İstanbul, 1996.

NOYAN Erdal, “Marka Hukuku”, Adalet 2006, Ankara.

ÖZBUDUN Ergun Prof Dr., Türk Anayasa Hukuku, 2000

PAZARCI Hüseyin Prof. Dr., Uluslararası Hukuk Dersleri, 1999

ŞANAL Osman, “İçtihatlı-Açıklamalı Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları”, 2.Bası, 2006, Ankara.

ŞEHİRALİ Feyzan Hayal, “Patent Hakkının Korunması”, Ankara, 1998.

TEKİNALP Ünal, “Fikri Mülkiyet Hukuku”, Beta Yayınları, İstanbul, 2004.

TEKİNALP Ünal, “Avrupa Birliği Hukuku”, İstanbul 1997.

VAN BUNNEN Louis, “Aspects Actuels du Droit des Marques Dans Le Marché Commun”, Bruxelles, 1967.

YASAMAN Hamdi, “Marka Hukuku, 556 sayılı KHK Şerhi”, Vedat Kitapçılık, Ekim 2004, İstanbul, Cilt I, II.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, “Türkiye’de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi”, İstanbul 1996 s.148-149
Türk Hukuk Lûgatı, 4. Baskı, Ankara, 1998.

B) Uzmanlık Yapıtları

a) Tezler

AYDIN Hüseyin, “Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar”, YETKİN, Ankara 2003.

EPÇELİ Sevgi, “Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali”, Legal Yayıncılık, Eylül 2006, İstanbul.

KESKİN Serap, “Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması”, Ankara 2003.

TOPÇU Deniz, “Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar”, Seçkin, Ankara 2007.

b) Makaleler ve Tebliğler

ARKAN, Sabih, “Marka Hakkına Tecavüz-İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu”, Batider, Cilt XX, Sayı 3, Haziran 2000

ARKAN, Sabih, “Marka Hakkının Tüketilmesi”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, BATİH, 1998

AYAZ, Av. Abdürrahim, Av. Güven ÇALIK, “Türkiye’de Marka Tescil Uygulamalarına Eleştirel Yaklaşımlar ve Öneriler”, FMR, Yıl:8, Cilt:8 Sayı: 2008/I

AYOĞLU, Dr. Tolga, “Anayasa Mahkemesinin 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 9. ve 61. Maddelerinin Bazı Bentlerinin İptaline İlişkin 03.01.1008 Tarihli Kararı Üzerine Düşünceler”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Cilt 8, Sayı: 2008/4

BASTIAN, Eva-Marina, “The Community Trade Mark in European Law: Relationship to National Law and Current Issues”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002, Cilt 1

ÖZGENÇ İzzet, “Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk”, Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt III, İstanbul 2003

C) Mevzuat ve Resmi Gazeteler

a) Ulusal Mevzuat

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulanma Şekli Gösterir Yönetmelik

06.03.1995 tarih ve 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı

2001/2 sayılı tebliğ

RG. 27/06/1995, No. 22326.

RG. 5/11/1994, No. 22454.

RG., 31.12.2001, No.24627

RG., 31.12.2001, No. 24627

RG. 27/06/1995, No. 22326.

RG. 28/01/2009, No. 27124.

TTK

b) Uluslararası Düzenlemeler

“First Council Directive 89/104/EEC of 21/12/1988 to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade Marks”, OJ, 11/2/1989, L 040. Orijinal metin; (Çevrimiçi: www.ohim.org)

“Council Regulation no. 40/94 of 20 December 1993 on the Community Trademark”, 14/1/1994, OJ L. Orijinal metin; (Çevrimiçi: www.ohim.org)

“Council Directive no. 93/98 of 29 October 1993 Harmonizing the Term of Protection of Copyright and Certain Related Rights, 24/11/1993, OJ L 290/9. Orijinal metin; (Çevrimiçi: www.ohim.org)

Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması Eki Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPs)

23 Mart 1883 tarihli Paris Sözleşmesi

21.12.1988 tarihli ve 89/104/AET sayılı birinci yönergesinin Türkçe metni

20 Aralık 1993 tarihli ve 40/94 sayılı Topluluk Markası'na İlişkin Konsey Tüzüğü

D) İnternet Kaynakları

Yargıtay kararları için; Çevrimiçi: www.kazanci.com.tr

Richard POYDNER'in EPO Uluslararası Hukuk İşleri Genel Müdürü Gert KOLLE ile yapmış olduğu röportaj, www.derwent.com

Avrupa Birliği'nin Fikri Mülkiyet Hukuku'na ilişkin düzenlemeleri için; Çevrimiçi: www.ohim.org

E) Yargı Kararları Dizini

AIHM, Gaus Dossier und.../Hollanda §53; The Traktörer AB/ İsveç, 7.7.1989, A No 159

AIHM, Van Marle et autres/Hollanda, 26.02.1986, A No 101

AIHM, Van der Mussele/Belçika, 23.11.1983, A No 70,

AIHM, Marcx/Belçika, 13.06.1979, A No 31

Anayasa Mahkemesi'nin 30.10.2001 tarihli 2001/403E 2001/345 K. Sayılı kararı

Anayasa Mahkemesi'nin 26.12.2003 tarih ve 25328 sayılı R.G.'de yayımlanan, 18.06.2003 gün ve 200/38 E. - 2003/66 K. sayılı kararı

Anayasa Mahkemesi'nin 14.05.2004 tarih ve 25462 sayılı R.G.'de yayımlanan, 2.3.2004 gün ve K.2004/25 - E.2002/92 sayılı kararı

Anayasa Mahkemesi'nin 5.7.2008 tarih ve 26927 sayılı R.G.'de yayımlanan, 3.1.2008 T., 2005/15 E. ve 2008/2 K. sayılı kararı

Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nin 10.03.2005 tarih ve 2004/112 E. 2005/140 K. sayılı kararı

Ankara 3. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 2006/35E. 2007/204 K. sayılı ve 23.10.2007 tarihli kararı

Ankara 3. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 2006/35E. 2007/204 K. sayılı ve 23.10.2007 tarihli kararı

Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 18.01.2006 tarihli 2005/647E. ve 2006/4K. sayılı kararı.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 9.9.1968 tarih 3/485-248 ve 11.10.1971 tarih 3/5/2-325 sayılı kararı

Yargıtay 5.C.D., 12.03.2008 tarih ve 2008/1172 E. 2008/1850K. sayılı kararı

Yargıtay 7. C.D 12 12 1995/8963,9860 E-K.

YHGK, 14.09.1983 tarih 1714/803.

Yargıtay HGK'nun E. 1999/10-654, K. 1999/899 no'lu ve 3.11.1999 tarihli,

Yargıtay 4. HD'nin E. 2002/13252, K. 2003/3743 no'lu ve 27.3.2003 tarihli ve

Yargıtay 2. HD'nin E. 1995/12587, K. 1995/14097 no'lu ve 22.12.1995 tarihli kararları

Yargıtay 11. HD'nin 8.3.2002 tarihli 2002/1719 E ve 2002/2064 K sayılı kararı

Yargıtay 11.HD.'nin 2006/3703 E. ve 2007/6881K. sayılı ve 04.05.2007 tarihli kararında

Yargıtay 11.HD'nin 01.06.2006 tarihli 2005/4005 E. ve 2006/6569 K. sayılı kararı

Yargıtay 11. HD.'nin, 11.11.1958 tarihli, 2094 E. ve 2700 K sayılı kararı

Yargıtay 11.HD.'nin 2006/3703 E. ve 2007/6881K. sayılı ve 04.05.2007 tarihli kararı

Yargıtay 11.HD'nin 26.05.2002 tarih ve 2000/2762 E. ile 2000/4717 K. sayılı kararı

Yargıtay 11.HD, 07.10.2004 tarih ve 2003/9076 E. 2004/9427 K sayılı kararı

Yargıtay 11.HD, 05.02.2007 tarih ve 14600/1303 sayılı kararı

Yargıtay 11.HD.'nin 19.01. 2004 tarih ve 5477/328 sayılı kararı

Yargıtay 11.HD.'nin 10.10.2006 tarih ve 6897/10054 sayılı kararı

Yargıtay 11.HD.'nin 06.04.2007 tarih ve 2660/5447 sayılı kararı