

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

MARKA SUÇLARI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Gamze Bağcı

TEZ DANIŞMANI: Doç. Dr. Ümit Kocasakal

Eylül, 2007

University : Galatasaray University
Institute : Institute of Social Sciences
Science Program :Public Law
Program : Criminal and Criminal Practical Law
Supervisor :Doç..Dr.Ümit Kocasakal
Degree Awarded and date :MA –April 2008

ABSTRACT

TRADEMARK CRIMES

Gamze BAĞCI

This study was carried out for the explanation of the ‘trademark crimes’ relative to trademark rights, which are being argued in years and especially in recent years. By this study, the history, the definition and the components of the trademark are mentioned briefly and the formulation of the trademark crimes by Turkish Law System are undertaken more detailed. By this study, besides the international agreements, the comparison between the annulled Trademark Code of 1965, the draft of the proposed Trademark Law and the current regulation about the trademark infringements. Besides, the defects and the possible solutions are stated in this thesis.

Keywords :Law, trademark, trademark infringements.

Science Code :

Üniversite : Galatasaray Üniversitesi
Enstitü :Sosyal Bilimler Enstitüsü
Anabilim Dalı :Kamu Hukuku
Program :Ceza ve Ceza Usul Hukuku
Tez Danışmanı :Doç.Dr.Ümit Kocasakal
Tez Türü ve Tarihi : Yüksek Lisans-Nisan 2008

ÖZET

MARKA SUÇLARI

Gamze BAĞCI

Bu çalışma, uzun yıllardan beri tartışılmakta olan ve özellikle son yıllarda giderek daha çok önem verilen marka hakkına ilişkin ‘marka suçları’ nı açıklamak üzere hazırlandı. Çalışmada kısaca markanın tarihçesi, tanımı ve unsurlarına değinilirken, daha detaylı bir şekilde marka suçlarının Türk Hukuk Sistemindeki düzenleniş biçimleri ele alındı. Uluslar arası düzenlemelere de yer verilen tez çalışmasında, 1965 yılında kabul edilen mülga 551 sayılı Markalar Kanunu ile halen taslak mahiyette bulunan Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı’nın marka suçlarına ilişkin düzenlemeleri de güncel yasal metinler ile karşılaştırıldı. Mevcut düzenlemelerdeki eksiklikler ile çözüm yollarına da yer verildi.

Anahtar kelimeler : Hukuk, Marka, Marka ihlali.

Bilim Dalı Sayısal Kodu :

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	II
KISALTMALAR	V
GİRİŞ	1
BÖLÜM I. MARKANIN TARİHÇESİ, TANIMI VE UNSURLARI	6
A. TARİHÇE	6
1. Genel Tarihçe	6
2. Türk Hukukunda Markanın Gelişimi	8
3. Marka Tescili ile İlgili Uluslar arası Anlaşmalar	11
3.1. Sınai Mülkiyetin Korunmasına Dair Paris Sözleşmesi	12
3.2. WIPO Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Kuruluş Anlaşması	14
3.3. Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması ve eki TRIP's Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması	14
3.4. Madrid Sözleşmesi	15
3.5. Nice Anlaşması	16
3.6. Viyana Anlaşması	17
3.7. Marka Hukuku Sözleşmesi (TLT:Trademark Law Treaty)	17
B. MARKANIN TANIMI VE UNSURLARI	18
1. Markanın Tanımı	18
2. Markanın Unsurları	20
Ayırt Edicilik	20
Şekille Görüntülenebilme ya da Benzer Şekilde İfade Edilebilme	23
a. Kişi Adları	23
b. Şehir veya Ülke Adları	24
c. Sözcükler	25
d. Şekiller	26
e. Harfler	26
f. Sayılar	27
g. Malların biçimi veya ambalajları	28
h. Renkler	30
i. Ses ve Melodi	31
j. Koku	32
3. Markanın İşlevleri	32

Ayırt Etme	33
Köken Belirtme	34
Garanti	34
Reklam	35
Koruma	35
BÖLÜM II. MARKA SUÇLARI	36
GİRİŞ	36
A. AVRUPA BİRLİĞİNDE MARKA SUÇLARI	37
B. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ'NDE MARKA SUÇLARI	40
C. TÜRK HUKUKUNDA MARKA SUÇLARI	41
1. 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname Uyarınca Marka Suçları	41
1.1. 556 Sayılı KHK'nın 61/A Maddesinin 1. Fıkrasının (a) bendi	44
a. Gerçeğe Aykırı Kimlik Bildiriminde Bulunmak Suçu	44
b. Marka Koruması Olduğunu Belirten İşareti Yetkisi Olmadan Kaldırmak Suçu	46
c. Kendini Haksız Olarak Marka Hakkı Sahibi Gibi Göstermek Suçu	48
1.2. 556 Sayılı KHK'nın 61/A Maddesinin 1. Fıkrasının (b) bendi	50
a. Hak Sahibi Olmadığı veya Tasarruf Yetkisi Bulunmadığı Halde Marka Hakkına İlişkin Hukuki İşlemlerde Bulunmak Suçu	50
b. Korunan Bir Marka Hakkı Sahibi Olmadığı Halde, Marka Hakkı Sahibi Olduğu İzlenimi Uyandıracak Şekilde Markayı Kullanmak Suçu	54
1.3. 556 Sayılı KHK'nın 61/A Maddesinin 1. Fıkrasının (c) bendi	57
a. 9 uncu maddenin ihlali	61
<i>i.</i> Markanın aynen kullanılması	63
<i>ii.</i> Karıştırma ihtimali yaratma	63
<i>iii.</i> Markanın itibarından yararlanma	66
b. Markayı Taklit Suçu	68
c. Taklit Markalı Malları Ticaret Alanına Çıkarmak veya Ticari Amaçla Elde Bulundurmak Suçu	71
d. Markayı İzinsiz Kullanmak, Markayı Taklit Etmek ve Taklit Markayı Ticarete Çıkarmak veya Ticari Amaçla Elde Bulundurmak Suçlarına Yardım Etmek Suçu	72
e. Bilgi Vermekten Kaçınmak Suçu	73

f. 556 Sayılı KHK'nın 61/A maddesi (c) Bendinde Düzenlenen Suçların 551 Sayılı Markalar Kanunu ve Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı ile Karşılaştırılması	75
i. 551 Sayılı Markalar Kanunu'nda Marka Hakkına Tecavüz Suçu	75
ii. Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı'nda Marka Hakkına Tecavüz Suçu	76
2. Marka Suçlarının Unsurları	81
2.1. Marka Suçları ile Korunan Hukuksal Yarar	82
2.2. Marka Suçlarında Fail	83
2.3. Marka Suçlarında Manevi Unsur ve Kusurluluk	83
2.4. Marka Suçlarında Hukuka Aykırılık Unsuru ve Hukuka Uygunluk Sebepleri	86
a. Markanın Dürüstçe Kullanımı (556 Sayılı KHK md. 12)	86
b. Marka Hakkının Tüketilmesi (556 Sayılı KHK md. 13)	87
3. Marka Suçlarında Suçun Özel Görünüm Biçimleri	89
3.1. Teşebbüs	89
3.2. İştirak	90
3.3. İçtima	91
4. Soruşturma ve Kovuşturma Yöntemi, Görevli ve Yetkili Mahkeme, Suçun Yaptırımı ve Müsadere, Dava Zamanaşımı	91
4.1. Soruşturma ve Kovuşturma Yöntemi	91
4.2. Görevli ve Yetkili Mahkeme	95
4.3. Suçun Yaptırımı ve Müsadere	96
4.4. Zamanaşımı	100
SONUÇ	101
KAYNAKÇA	107

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
age	: Adı geçen eser
Anlaş.	: Anlaşma
ATAD	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
C	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
DPT	: Devlet Planlama Teşkilatı
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
GATT	: General Agreement on Trade and Tariffs
HD	: Hukuk Dairesi
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
Mark KHK	: 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
md.	: Madde
OHİM	: Office for Harmonization in the Internal Market
RG	: Resmi Gazete
Sf.	: Sayfa
Sözl.	: Sözleşme
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TLT	: Trademark Law Treaty
TPE	: Türk Patent Enstitüsü
TRIP's	: Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd	: ve devamı
WIPO	: World Intellectual Property Organizasyon
WTO	: World Trade Organization

GİRİŞ

Fikrî Mülkiyet Hukuku, toplumda bir yandan ekonomik, bir yandan da düşünsel alanda etki sahibi bulunması sebebi ile yaklaşık iki yüz yıldır üzerinde tartışılan bir alandır. Bir üst kavram olarak kullanılan “Fikrî Mülkiyet” kavramı, Fikir ve Sanat Eserleri üzerindeki haklar (telif hakları) ile patent, faydalı model, endüstriyel tasarım, marka, coğrafi işaretler, yeni bitki ve hayvan çeşitlerine ait ıslahçı hakları ile yarı iletkenlerin topografyaları üzerindeki haklar (sınaî haklar) kapsamaktadır. Bu iki grup arasındaki ayırımın çok kesin olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira sınaî hakların bir bölümü de tıpkı fikrî haklarda olduğu gibi insan yaratıcılığının bir ürünü ve sonucudur. 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK'nın 1/3 maddesinde, anılan KHK gereğince endüstriyel tasarımlara sağlanan sınaî hak korumasının, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile sağlanan korumaya engel olmayacağı belirtilmesi de bu durumu ortaya koyan bir örnektir.

Ekonominin sosyal hayatın düzenlenmesinde belirleyici rolünün arttığı günümüzde, fikrî mülkiyet haklarının korunması ve yaygınlaştırılmasının önemi tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Fikrî hakların en yaygın olarak kullanılanı ve toplumun her tabakası tarafından tanınanı ise marka hakkıdır. Tarihi çok eski dönemlere kadar uzanan markalar, ilk olarak malları birbirinden ayırmak için kullanıldı. “Marka” sözcüğünün İngilizce karşılığı olan “*brand*” kelimesi aynı zamanda damga anlamına gelmektedir. Bu kelimenin kökeninin, İngiltere’de kırsal kesimlerdeki köylülerin sığırları birbirlerinden ayırmak için damgalanmasından geldiğini söylenmektedir. Markanın çıkış amacının ayırt edicilik olduğu bu örnekte de gözle görülmektedir.

Günümüzde ise markanın ayırt edicilik işlevi yanında, mal veya hizmetin kaynağını gösterme, kalite garantisi sunma, tanıtmaya gibi fonksiyonları da bulunmaktadır. Bununla beraber markanın günümüzde öne çıkan yanı ekonomik boyutudur. Marka, bir ticari işletmenin mal varlığında bir aktif değer olarak yerini almıştır. Marka artık alınıp satılabilen, lisansa konu edilebilen, üzerine rehin, haciz vb tedbirler konulabilen maddi bir değerdir.

Toplum tarafından belli bir tanınırlık düzeyine ulaşmış markalara bakıldığında bu markaların değerinin markanın sahibi bulunan işletmenin tüm diğer varlıklarından fazla olduğu görülmektedir.

Markanın bu boyutu markayı bir özel hukuk süjesi haline getirirse de marka tescilinin ve marka hakkının kamusal boyutu da bulunmaktadır. Marka, sahibi açısından diğer ticari varlıklarından farksız olarak değerlendirilebilir. Ancak markanın tescil altına alınması, marka sahibine söz konusu işaret üzerinde münhasır hak vereceğinden, bu hakkın belirli usul ve esaslara göre verilmesi ve toplumun bu inhisardan zarar görmemesi gerekmektedir. Bu bağlamda hem bir marka yaratmak sureti ile kendisine ve dolayısı ile ülkeye ekonomik bir değer kazandıran ve bu marka üzerine yatırım yapan marka sahibinin markadan doğan haklarının korunması, hem de marka hakkının suistimal konusu edilmemesinin sağlanması gündeme gelmektedir. Bu sebeple marka ihlalleri, özel hukuk normlarının yanında ceza hukuku müeyyideleri ile de korunmakta olup tezimizin konusunu da bu anlamda 'marka suçları' oluşturmaktadır.

Ülkemizde 'marka' denilen ticari metanın ve 'marka hakkı' denilen hukuki varlığın önemi dünya ile paralel eksende kavranmıştır. Ülkemizde markanın tarihçesi çok eskilere dayanmaktadır. Marka hukuku ile ilgili yasal düzenlemeler 1871 tarihli Alamet-i Farika nizamnamesine kadar uzansa da, markanın önemini anlaşılarak marka tescili bilincinin 1990'lı yıllardan sonra artması ve uluslararası düzenlemelerin de etkisi ile 1995 yılında çıkarılan Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, bugüne kadarki en kapsamlı korumayı içeren düzenlemedir.

Bir ülkede marka korumasının etkin ve güçlü bir şekilde yapılması, hem marka sahibinin hem marka sahibi ile aynı alanda mal veya hizmet üreten diğer işletmelerin hem de tüketicilerin yararınadır. Ülke bazında etkin koruma sağlanması için konuyla ilgili yasal düzenlemelerin yapılması ve ulusal hukukun gerek ikili gerekse çok taraflı uluslararası anlaşmalar nedeniyle işbirliği yapılan ülke hukuklarıyla uyumlu hale getirilmesi, bu yasaları uygulayacak idari birimlerin yapılandırılmalarını gerçekleştirip örgütsel yapının tamamlanması ve son olarak da yapılan düzenlemeleri etkin ve verimli bir şekilde uygulayacak mahkemelerin kurulması gerekmektedir.¹

Ülkemizde de yukarıda ifade edilen anlamda bir marka hukuku düzeni kurulmuş bulunmaktadır. Bu alandaki yasal düzenlemelere ilişkin en temel eleştiri, marka hukukuna ilişkin ana yasal metnin bir kanun hükmünde kararname olmasıdır. Zira söz konusu metin uluslararası normlarla uyumlu olsa da bu denli önemli bir alanın *geçici* mahiyette bulunan bir hukuk metni ile yani KHK ile düzenlenmesi konunun önemi ile bağdaşmamaktadır. Üstelik konu marka suçlarına gelince bu husus daha tartışmalı bir hal almaktadır. Zira, her ne kadar 556 sayılı KHK'ya cezai düzenlemeler bir yasa metni ile getirilmiş olsa da şeklen KHK ile suç ve ceza yaratıldığı izlenimi doğmaktadır. Ayrıca tezimiz içerisinde izah edeceğimiz gibi, kanunla getirilen ceza maddelerinde yollama yapılan maddeler doğrudan kanun hükmünde kararname maddeleridir. Bu bağlamda, uluslararası alandaki son gelişmelerin ve de 556 sayılı KHK'ya yönelik eleştirilerin de dikkate alınması ile bir Markalar Kanunu çıkarılması hazırlıklarına başlanmış ve 3-4 Ocak 2006 tarihlerinde Türk Patent Enstitüsünce düzenlenen çalıştay ile Markalar Kanunu Tasarısı'nın Taslak metni oluşturularak ilgililerin görüşlerine sunulmuştur. Taslak metin henüz Türkiye Büyük Millet Meclisi İhtisas Komisyonunca değerlendirilmeye alınmamış olsa da marka hukuku alanında yeni bir düzenleme oluşturulacağına kesin gözüyle bakılmakta olduğundan ve çıkarılacak yasa için en gerçekçi metin de bahse konu taslak metin olduğundan çalışmamızda bu metnin mevcut hukuki durumdan farklı ve mevcut durum ile benzer yönleri de incelenecektir.

¹ S. Arıkan, "Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemeleri", Adalet Bakanlığı, ABD ve Türkiye'de Fikrî ve Sınai Hakların Etkin Korunması Semineri, 9-10 Eylül 2004

Ülkemizde marka hakkının etkin korunması için oluşturulması gereken idari yapılanma ise 24 Haziran 1994 tarihinde, 544 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile Sanayi ve Ticaret Bakanlığına bağlı, idari ve mali özerkliğe sahip olarak kurulan Türk Patent Enstitüsü (TPE) ile sağlanmıştır. 544 sayılı KHK'nın günümüz koşullarına uyumlu hale getirilmesi ve kanunlaştırılması amacıyla 19 Kasım 2003 tarihinde "5000 sayılı Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun" yürürlüğe girmiş bulunmaktadır.

Son olarak bu alanda, uluslararası normların da öngördüğü şekilde ihtisas mahkemelerinin kurulmakta olduğunu söylemekte fayda görüyoruz. Şimdilik sadece büyük illerimizde kurulan "Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk" ve "Fikrî ve Sınai Haklar Ceza" Mahkemeleri, tamamı alanında uzman hakim ve savcılar ile bu alandaki büyük bir ihtiyaca cevap vermektedir.

Biz, tez çalışmamıza konu olarak uzun yıllardan beri tartışılmakta olan ve özellikle son yıllarda giderek daha çok önem verilen marka hakkına ilişkin 'marka suçları'nı seçtik. Sınai haklar aleyhine işlenen tecavüz fiilleri, pek çok hukuk sisteminde yukarıda ifade ettiğimiz özel hukuk karakterinden dolayı suç olarak nitelendirilmemektedir. Ancak bizim hukuk sistemimiz, başlangıcından itibaren bu tür fiilleri cezai müeyyideye bağlamıştır. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi marka hakkının ve marka tescilinin kamusal boyutu karşısında bu bakış açısının doğru olduğu kanaatindeyiz. Zaten Avrupa Birliği de yeni çıkarmış olduğu bir direktif ile markaya ilişkin ihlallerin üye ülkelerce cezai yaptırıma bağlanacağını düzenlemiştir.

İki ana bölümden oluşan tez çalışmamızın birinci bölümünde 'marka suçları'nı açıklayabilmek için zorunlu olarak markayı, tarihçesi, unsurları, özellikleri ve bu alandaki uluslararası anlaşmaları da içerecek şekilde anlatmaya çalışacağız.

İkinci bölüm ise tez çalışmamızın ana konusu olan marka suçlarına ilişkin olacak. Bu bölüm esas itibarıyla 1965 yılında kabul edilen mülga 551 sayılı Markalar Kanunu, günümüzde uygulanan 556 sayılı Markaların

Korunması Hakkında KHK ile son olarak Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı'nın marka suçlarını düzenleyen hükümlerini karşılaştırmalı olarak açıklamaya yönelik hazırlandı. Esas olarak 556 sayılı KHK düzenlemeleri açıklansa da eski yasal metin ile ileride yürürlüğe girmesi planlanan kanun, KHK maddeleri ekseninde incelendi. Yalnız 551 sayılı Markalar Kanunu'nun cezai düzenlemeleri, diğer iki yasal metinden farklı maddeler de içerdüğinden ayrı bir başlık altında ele alındı. Ancak bu kanunun 556 sayılı KHK ile kesişen hükümleri yine ilgili konu başlıkları altında değerlendirildi. Tüm marka suçlarında büyük ölçüde aynı olmaları sebebi ile fail, kusurluluk, hukuka aykırılık unsurları ile suçun özel görünüş biçimleri ve kovuşturma ve yargılamaya ilişkin özellikler gibi konular, tüm marka suçlarını kapsayacak şekilde ayrıca inceleme altına alındı.

BÖLÜM I. MARKANIN TARİHÇESİ, TANIMI VE UNSURLARI

A. TARİHÇE

1. Genel Tarihçe

Tarihte marka kavramının ve marka hakkının ilk ortaya çıkışına ilişkin tartışmalar olmakla birlikte, başlangıçta, markanın insanlar arasında sahipliği ifade etmek, bazen bir şeylere sahip olduğunu veya üreticisi olduğunu göstermek amacıyla kullanıldığı kabul edilmektedir.

Markaların tarihçesi çok eski zamanlara uzanır. M.Ö. 5000 yılları civarında, mağara duvarlarında yer alan ve bizonların karınlarına çizilen semboller marka sahipliği göstergesi olarak kabul edilebilir. Çömlekçilik alanında da marka izlerine rastlamak mümkündür.

3000 yıl kadar önce, Hintli zanaatkârlar, eserlerini İran'a göndermeden önce üzerlerine imzalarını kazırlardı. Çinli fabrikatörler, 2000 yıl kadar önce, markalarını taşıyan mallarını Akdeniz Bölgesi'nde satarlardı ve yine bu dönemde binin üzerinde Romalı çömlek markası kullanılmaktaydı.² M.Ö.500- M.Ö.300 yıllarında Roma İmparatorluğu'nda ticari anlamda markanın kullanıldığını ortaya koyan belgeler mevcuttur.³

Ortaçağ Avrupa'sında marka kullanımı ve marka hakkı kavramı, günümüzdekine en yakın şekline ulaşmıştır. Markanın kökenini aile, kent,

² G. Grubhofer, Protection of Trademarks in the EC, LLM Thesis, İstanbul, 2003, sf. 5

³ R.T. Pekdiğer, Marka Hakkı ve Korunması, Marmara Üniversitesi Doktora Tezi, İstanbul 2001

semt, beylik ve krallık logoları ile bayraklarına dayandırmak da mümkündür. Avrupa'da Ortaçağ'dan beri kullanılan bu semboller buna iyi bir örnektir. İtalya'nın Siena kentinin 24 semtinin ayrı ayrı armalarının bulunması, Avrupa'daki yaygın kullanımı çarpıcı bir şekilde ortaya koymaktadır.⁴

Ancak markayı ticaret ile bağlantılandırmak şarttır.⁵ Bu şekilde bakıldığında Ortaçağ'da Avrupa ülkelerindeki tacirlerin ticari alanlarının kapsamını göstermek için kullandığı işaretler ve yine Ortaçağ Avrupası'ndaki esnafın nitelikli sanatkâr olduklarını gösteren markaların dünya da ilk marka uygulamalarına örnek teşkil ettiği düşünülebilir. Özellikle İtalya, Almanya, İsviçre ve Fransa'daki loncaların marka oluşumunda ağırlıklı rolleri bulunmaktadır.⁶

Ortaçağ Avrupası esnaf loncası markayı, özellikli bir ürün yapanları ayırt etmek için kullandı. Çan imalatçıları, bunu ilk uygulayanlar oldu. Kâğıt üreticileri onları takip ettiler. Kağıtçılar, insanların belirli bir sayfayı kimin ürettiğini anlamalarını sağlayacak su ile yapılan işaretler kullandılar.

Markalarla ilgili bilinen ilk yasa ise 1266'da İngiltere'de çıkarılan, ekmekçilerin somun ekmekler üzerine pullar yapıştırmasını sağlayan yasa idi. Marka ihlaline ilişkin ilk kayıt da yine İngiltere'de, 1618 yılında görülmüştür. Yüksek kalitede giyim eşyası üreten bir kişi, en iyi kalite giysilere has markayı kullanarak düşük kaliteli giyim eşyası üreten birini dava etmişti.⁷ Amerika Birleşik Devletleri'nde ise marka hakkı ihlaline ilişkin ilk dava 1837'de günlük süt üreten ve şişeleyip satan iki süt üreticisi arasında görülmüştür. İngiltere ve Amerika'da görülen bu iki dava her iki ülkede de marka mevzuatının oluşmasından çok önce görülmüş ve sonuçlanmıştır. Aynı dönemde, alelade ucuz bir şarap üzerine kaliteli şarap olduğunu gösteren bir marka koyarak satan hancı, bu nedenle asılmıştı.⁸

⁴ Ü. Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, Beta Yay., 2002; Sf:303

⁵ Tekinalp, age, sf. 303

⁶ Tekinalp, age, sf:303

⁷ Grubhofer, age, sf.5

⁸ Pekdinçer, age, sf. 6

19. yy da sanayileşme hareketine paralel olarak marka konusu da önem kazanmıştır. Bu dönemde marka, iş sahibinin imzası olmaktan çıkmış, bugüne yakın ilkeler uygulanmaya başlamıştır. Fransa 1857, Avusturya 1858, İngiltere 1862, İtalya 1868, Osmanlı 1871, Almanya 1874, Belçika ve İsviçre 1879 yasaları ilk önemli marka yasaları olarak bilinmektedir. Tüketiciler, bu yüzyılda eğer ürün düşük kalitede ise bu durumu marka ile doğrulayabiliyorlardı.

Günümüzde ise marka, daha çok ticari bir değer olarak görülmektedir. Markalar, tüketicilere kalite seviyesini göstermeye yaramaktadır. Tüketiciler artık belli bir ürünü bulmak için birçok ürünü denemek yerine belirli özellikleri garantileyen markaları kullanmayı tercih ediyorlar.⁹ Bu bağlamda markanın günümüzde ulaştığı nokta, tüketiciler için kaliteli ürünü tespitte yarayan araç olmanın yanında marka sahibi olan üreticiler bakımından ürünlerini korumanın yanında ticari bir değere sahip olma anlamı taşımaktadır.

2. Türk Hukukunda Markanın Gelişimi:

Osmanlı İmparatorluğu zamanında, daha 13. yüzyıldan itibaren loncalar var olmasına rağmen, bunlar sadece belli ticaret ve sanat erbabı arasındaki mesleki kuralları düzenlemekle yetinmişler, fakat marka kullanılması konusunda hiçbir role sahip olmamışlardır.¹⁰

Ülkemizde marka korumasıyla ilgili ilk uygulama kaynağını 1857 tarihli Fransız Kanunu'ndan alan 20 Temmuz 1871 (1288) tarihli Alamenti Farika Nizamnamesi'dir.¹¹

Bu Nizamname, aynı Kanundan yola çıkarak hazırlanan 1888 (1304) tarihli "Fabrikalar Mamulâtı ile Eşyayı Ticariyeye Mahsus Alamenti Farikalara

⁹ Grubhofer, age, sf.5

¹⁰ Tekinalp, age, sf. 304

¹¹ S. Keskin, Fikri(Düşünsel) Mülkiyet Haklarında Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması, Seçkin Yay.,2003 sf:19,20; Pekdiğer, age, sf:8vd

Dair Nizamname” ile yürürlükten kaldırılmıştır. 1888 Nizamnamesi ile ön incelemeli tescil sistemi getirilmiş bulunmaktadır.

Nizamnamenin gelişen çağa ayak uyduramaması sebebi ile 12.06.1965 tarihinde, 03.03.1965 tarihli ve 551 sayılı Markalar Kanunu yürürlüğe girmiştir. Bu kanun ile eski metinler ortadan kaldırılmıştır.

Bu kanun ile halen geçerli olan önceye dayanan kullanımın üstünlüğü ilkesi, “*İlk kullananın hakkı, ilk tescil ettirenin hakkından üstündür.*”(Madde 15) ifadesi ile oldukça katı bir şekilde belirlemiştir. Ancak bu kanun, tescilden önce üçüncü kişilerin başvuruya itiraz imkanının bulunmaması, mükerrer tescillerin önlenememesi, hizmet markalarının tesciline imkan tanımaması, mallara ilişkin sınıf sistemine yer verilmemesi, marka olarak tescil edilebilecek işaretlerin sınırlı tutulması, marka hakkına tecavüz durumunda idari makamların, özellikle gümrüklerin tedbir alma yetkisinin düzenlenmemesi, yetkili ve görevli mahkemenin belirlenmemesi gibi sebeplerle eleştirilmiştir.¹²

551 sayılı Kanunun birçok bakımdan yetersiz kalması sebebi ile 1995 yılında 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname çıkarılmıştır. 556 sayılı KHK, özellikle markadan doğan haklara tecavüz olayları için etkin önlemler düzenlemektedir ki bu önlemlerden cezai nitelikteki önlemler, tezimizin esas konusunu teşkil etmektedir.

Bu KHK ile 551 sayılı Markalar Kanunu’nun ceza hükümlerini düzenleyen 51, 52 ve 53. maddeleri dışındaki hükümleri yürürlükten kalkmıştır. Zira, “Kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi uyarınca KHK ile ceza hükümlerinin getirilmesi mümkün değildir. Bu durum, 03.11.1995 tarihli 4128 sayılı kanunda ceza hükümleri düzenlenmesi ile çözümlenmiş ve bu kanunun yürürlüğe girmesi ile Markalar Kanunu’nun geriye kalan 3 maddesi de yürürlükten kaldırılmıştır.¹³

¹² Eleştiriler için; Pekdiğer, age, sf:11 vd

¹³ Pekdiğer, age, sf:18

Bu değişiklik ile Mark. KHK'ya ceza normu niteliği taşıyan 61/A maddesi eklenmiştir. 4128 sayılı Kanunun 5. maddesi ile ayrıca, Mark. KHK'nın 82. maddesinde geçen "ve 551 sayılı Markalar Kanununun 51, 52 ve 53. maddeleri dışında kalan" ibareler yerine, "ve 551 sayılı Markalar Kanunu" ibareleri getirilmiştir. Böylece Markalar Kanunu, cezai düzenlemeleri bakımından da yürürlükten kalkmıştır. Bu düzenleme ile de 551 sayılı Markalar Kanunu, her ne kadar bir Kanun Hükmünde Kararname'ye eklenmiş madde söz konusu olsa da 4128 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıő olmaktadır.

Marka suçlarının bir Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenmekte olması, bazı tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Zira, "suçta ve cezada kanunilik" ilkesi gereğince suçlar ve cezaları ancak bir kanun ile düzenlenebilmektedir. Kanun hükmünde kararnameler ile suç yaratılması mümkün değildir.

Kanun koyma erki münhasıran Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olup bu yetki devredilemez niteliktedir. Meclisin Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verme imkanı olsa da Meclisçe ıkarılan yetki kanununa dayanılarak hazırlanan kanun hükmünde kararnameler, Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girerler ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisine yasaya dönüőtürülmek üzere sunulurlar. Yayımlandıkları gün Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulmayan kararnameler bu tarihte, Meclis tarafından reddedilen kararnameler bu kararın Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar.

Öte yandan, Anayasa'nın 91. maddesi uyarınca verilecek kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi, sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklara, kiő hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasal haklar ve ödevlere ilişkin konularda olamaz.¹⁴ Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin yer aldığı Anayasa'nın 38. maddesi de kişinin hakları ve

¹⁴ E. Tezi, Anayasa Hukuku, İstanbul 1996, sf.28

ödevlerinin düzenlendiği bölümde yer aldığından, kanun hükmünde kararnamelerle suç yaratılması mümkün değildir.

556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ise 27.6.1995 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmış ise de bugüne kadar söz konusu Kanun Hükmünde Kararname Meclis'te görüşülüp, yasalaşamamıştır.

Her ne kadar, 556 sayılı Mark. KHK'nın ceza normu niteliğini taşıyan 61/A maddesini 4128 sayılı Kanun ile düzenlenerek, Anayasa'nın 38. ve 91. maddeleri gereği suçta ve cezada yasallık ilkesine ve kanun hükmünde kararnamelerle suç ve ceza yaratılmayacağı ilkesine uymuş olsa da, 4128 sayılı Kanun'un ilgili KHK'ları tümüyle kanunlaştırmayıp, yalnızca KHK'nın maddelerine ekleme yapması da ilginçtir. Mevcut durumda görünürde, sanki KHK ile suç ve ceza yaratılmış gibi olmaktadır.¹⁵ Çıkarılması düşünülen Markalar Kanunu ile bu sorun aşılmış olacaktır.

3. Marka Tescili ile İlgili Uluslararası Anlaşmalar

Uluslararası ticaretin gelişmesi karşısında sınai haklara sağlanan ülkesel veya bölgesel korumalar yetersiz kalmaya başlamıştır. Sınai mülkiyet haklarının uluslararası alanda korunmasına yönelik çabalar 19. yüzyılın sonlarından bu yana devam etmektedir.¹⁶ 556 sayılı KHK'nın 3. ve 4. maddeleri, marka hakkı ve korunması hususunda uluslararası anlaşmalara ayrıca önem vermekte ve öncelik tanımaktadır.

KHK'nın "Korumadan Yararlanacak Kişiler" başlıklı 3. maddesi, "Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin öngördüğü koruma; Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde ikametgahı olan veya sınai veya ticari faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişilerce veya Paris Sözleşmesi yahut Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması hükümleri dahilinde başvuru hakkına sahip kişilerce elde edilir." hükmünü haizdir.

¹⁵ Keskin, age, sf 38.

¹⁶ E. Çamlıbel Taylan, Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi; Ankara, 2001; sf. 26

Anılan KHK'nın 4. maddesinde ise milletler arası anlaşma hükümlerinin öncelikli uygulanması prensibine yer verilmektedir.¹⁷

Bu hükümler ile Türk vatandaşlarına da uluslararası anlaşma hükümlerinden faydalanma imkanı tanınmıştır.¹⁸ Dolayısı ile artık, ulusal mevzuatımızda yer almasa bile Türkiye'nin taraf olduğu bir uluslararası anlaşma metninde yer alan düzenleme, Türk vatandaşları için de doğrudan uygulanabilir nitelikte bulunmaktadır.

3.1. Sınai Mülkiyetin Korunmasına Dair Paris Sözleşmesi:

Konusunu; patentler, faydalı modeller, endüstriyel tasarımlar, markalar, ticaret unvanları, coğrafi ad ve işaretler, menşe ad ve işaretleri ile haksız rekabetin oluşturduğu "Sınai Mülkiyetin Himayesi İçin Bir İttihat Teşkilî Hakkındaki Mukavelename" (Paris Sözleşmesi), ilk olarak 20 Mart 1883 yılında imza edilmiştir. Sözleşmeye halen 160 ülke taraf bulunmaktadır.¹⁹ Sözleşme, 1890 Madrid ve 1897 Brüksel değişikliklerinden sonra 14.12.1900 tarihinde Brüksel'de, 2.6.1911 tarihinde Washington'da, 6.11.1925 tarihinde La Haye'de, 2.6.1934 tarihinde Londra'da, 31.10.1958 tarihinde Lizbon'da ve 14.7.1967 tarihinde Stockholm'de gözden geçirilmiştir. Son olarak Stockholm metninde 2.10.1979 tarihinde bir değişiklik daha yapılmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti, Lozan Barış Antlaşması'nın eki olan Ticaret Sözleşmesinin 14. ve 15. maddeleriyle, sınai, edebi ve artistik mülkiyetin korunmasıyla ilgili uluslararası sözleşmelere 12 ay içinde katılmayı taahhüt etmiştir. Türkiye, Paris Sözleşmesini 1925 yılında kabul etmiş, Stockholm

¹⁷ Milletlerarası anlaşmaların öncelikle uygulanması

Madde 4 - Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşma hükümlerinin bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerinden daha elverişli olması halinde, 3 üncü maddede belirtilen kişiler, elverişli hükümlerin uygulanmasını talep etme hakkına sahiptir.

¹⁸ Pekdiğer, age sf. 21

¹⁹ www.tpe.gov.tr

metnine 1975 yılında 1-12. maddelerine çekince koyarak dahil olmuş ve çekinceyi de 1994 yılında (RG.23.9.1994) kaldırmıştır.

Bu sözleşme, günümüz Fikrî Mülkiyet Hukukunda önemli bir yere sahip bulunmaktadır. 1883 yılından sonra bu alanda imzalanan sözleşmelerin Paris Sözleşmesi'ne uyumlu olmaları aranmıştır. Paris Sözleşmesi uyarınca imzacı ülkeler, sınai mülkiyetin korunması için birlik haline gelmişlerdir. Sözleşme'nin tüm sınai haklar açısından "Ulusal İşlem" ve "Rüçhan Hakkı İlkesi" olmak üzere iki önemli temel ilkesi bulunmaktadır.

Bunlardan "Ulusal İşlem İlkesi" uyarınca, her üye ülkenin, Paris Sözleşmesi'ni imzalayan diğer ülke vatandaşlarına, kendi vatandaşlarına sağladığı sınai hak korumasının aynısını sağlamak zorunluluğu bulunmaktadır. Paris Sözleşmesi'ne üye olmayan ülke vatandaşları ise üye ülkelerden birinde ikamet etmekte ya da bu ülkelerden birinde ciddi/gerçek ya da fiili bir işletmesi/faaliyeti olması halinde bu haklardan yararlanabileceklerdir.

Diğer ilke olan "Rüçhan Hakkı İlkesi"ne göre ise herhangi bir üye ülkede marka tescil başvurusu yapan kişi, altı ay için rüçhan hakkı kazanmaktadır. Bu süre içinde rüçhan hakkının kullanılması halinde, ilk başvuru ile diğer üye ülkelerde yapılan ikinci başvuru tarihleri arasında, üçüncü kişiler tarafından yapılacak marka tescil başvuruları hükümsüz sayılır. Bu ilke, anılan süreler içinde üçüncü kişiler tarafından yapılan başvuruların değerlendirme açısından rüçhan hakkı sahibinin önüne geçmesine engel olmaktadır. Altı aylık bu süre içinde hak sahibine, koruma isteyeceği uygun ülkelerde güvenli bir biçimde başvuru yapma olanağı getirilmiş olmaktadır. Bu ilke ile korumanın diğer üye ülkelere genişletilmesi olanağı da sağlanmaktadır.²⁰

²⁰ DPT Yedinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, Fikri ve Sınai Haklar Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 1994

3.2. WIPO Dünya Fikrî Mülkiyet Örgütü Kuruluş Anlaşması:

1967 yılında Stockholm'de imzalanan sözleşmeye Türkiye, 14.8.1975 tarih ve 7/10540 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla katılmıştır. Sözleşmeye halen 175 ülke taraftır. Bu sözleşme uyarınca, fikrî ve sınai mülkiyet alanında devletler arasında işbirliğini sağlayan Dünya Fikrî Mülkiyet Örgütü (WIPO) kurulmuştur.

Dünya Fikrî Mülkiyet Örgütü'nün amacı, fikrî mülkiyetin dünyada korunmasını, ülkeler arasında ve gerektiğinde diğer uluslararası teşkilatlarla işbirliği yaparak geliştirmek ve idari işbirliği sağlamaktır.²¹ Örgüt, bu amaç doğrultusunda devletlerle ortaklaşa çabalar, gerekirse diğer uluslararası örgütlerle işbirliği içerisinde bulunur ve diğer birlikler arasında yönetsel işbirliği sağlamaya çalışır. (Sözl.:md.3)

3.3. Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması ve eki TRIP's Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Hakları Anlaşması

1883 tarihli Paris Sözleşmesi gibi bir sözleşme uluslararası alanda daha sonra ancak 1994 yılında, Ticaretle Bağlantılı Düşünsel Mülkiyet Hakları Sözleşmesi adında (TRIPS) Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması çerçevesinde yapılabilmıştır.²²

Bu anlaşma ile küresel ölçekte ticaret ve ekonomi konularındaki ilişkiler ele alınmakta; mal ve hizmet üretimi ile ticaretin geliştirilmesi, tam istihdam, dünyadaki kaynaklarının optimal kullanımı ile çevrenin korunması, gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkelerin dünya ticaretinden gereksinimleri doğrultusunda pay almalarını sağlayarak ayrımcı işlemleri ortadan kaldırmak, GATT Anlaşmasını ve Uruguay Round Çok Taraflı Ticaret Müzakerelerinin

²¹ Pekdincer, age: sf. 25

²² Keskin, age, sf:22

sonuçlarını içeren bütünleştirilmiş, uygulanabilir, sürekli ve çok taraflı küresel bir ticaret sisteminin geliştirilmesi hedeflenmiştir.²³

TRIPS'in amacı ise uluslararası ticarete yaşanan engel ve aksaklıkları azaltarak, fikrî ve sınai mülkiyet haklarının korunması konusundaki etkinliği artırmak, bu hakların uygulanmasıyla ilişkili yöntem ve önlemlerin hukuki ticaret için bir engel yaratmaksızın üye ülkeler arasında iş birliğini gerçekleştirmektir.²⁴

3.4. Madrid Sözleşmesi

14.4.1891 tarihinde Madrid'de imzalanan Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Sözleşme, kısaca Madrid Sözleşmesi, 1900 yılında Brüksel'de, 1911'de Washington'da, 1925'de La Haye'de, 1935'de Londra'da, 1957'de Nice'de ve 1967'de Stockholm'de değiştirilmiştir. Sözleşme, Cenevre'deki büroya yapılan tescil başvurusunu diğer üye ülkelerde de yapılmış sayarak başvuru yönünden koruma getirmektedir. Ancak koruma uluslararası kurallara göre gerçekleşmemekte, ulusal hukukların sağladığı korumanın gerçekleşebilmesi için her ülkede tescilin yapılması gerekmektedir. Bu nedenle Sözleşmeye üye devletlerin hepsinde aynı kurallara tabi uluslararası bir markadan söz edilememektedir.

Madrid Sözleşmesi'nde uluslararası tescil için esas olan, tescilli veya tescil için başvuruda bulunmuş bir ulusal markadır. Bu markanın tescilli olduğu ya da başvuruda bulunduğu ülkenin makamları üzerinden Dünya Fikrî Mülkiyet Örgütü'nde uluslararası marka tescili başvurusu yapılabilir. Bu başvuruda uluslararası marka tescilinin istendiği sözleşme tarafı devletlerin de belirtilmesi gerekmektedir. Uluslararası marka siciline kayıt, başvuruda belirtilmiş devletlerde bir ulusal tescilin sahip olduğu etkiye sahiptir. Ancak, ulusal hukuk gerektiriyorsa marka koruması söz konusu devletlerce reddedilebilir.

²³ A. Soyak, Küreselleşme Sürecinde Ulusal Teknoloji Politikası ve Türkiye: Sınai Mülkiyet Hakları ve Ar-Ge Teşvikleri Açısından Bir Çözümleme, İstanbul: Bilim ve Teknik Yayınevi, 2000

²⁴ Soyak, age: sf.31

Madrid Sözleşmesi'ne 27 Haziran 1989 tarihinde Madrid Protokolü eklenmiştir. Türkiye, Madrid Sözleşmesi'ne 1930 yılında katılmış ancak çok sayıda yabancı markaya uluslararası tescil olanağı sağlamasına karşın kendisinin bu haktan yararlanacak yeteri kadar markası olmadığı gerekçesiyle Madrid Sözleşmesi'nden 20 Temmuz 1955 yılında çekilmiştir.²⁵ Türkiye, 05.8.1997 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı ile (RG.22.8.1997) Markaların Uluslararası Tescili Konusundaki Madrid Sözleşmesi ile ilgili Protokole katılmıştır. Söz konusu Protokol, markanın uluslararası tescil olanağını getirmektedir. Madrid Sözleşmesi'ne taraf olmayıp da Protokole taraf olan devletler, Sözleşmeye taraf olan devletlerin üyesi bulunduğu birliğe üye olacaklardır (Protokol md.1). Bir marka tescil başvurusunun, Protokole üye bir devletin marka siciline tescil edildiği veya bu devletin bürosunca dosyalandığı durumda, bu başvuru ya da tescilin adına yapıldığı kişi, Protokol hükümlerine tabi olmak kaydıyla, söz konusu markanın Dünya Fikrî Mülkiyet Örgütü'nün uluslararası sicilinde tescilini yaptırmak suretiyle Protokole üye ülkelerde Protokol hükümlerine göre koruma sağlar(Protokol md.2).

3.5. Nice Anlaşması

15.6.1957 tarihinde imzalanan Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Anlaşması, Anlaşmayı uygulayan ülkelerin oluşturduğu özel bir Birlik öngörmekte ve üye devletlerde hizmet ve eşya markalarında ortak bir sınıflandırma sistemini kurmaktadır(Anlaş. md.1/1). Sınıflandırma, sınıfların bir listesini ve varsa açıklayıcı notlar ile her bir mal veya hizmetin dahil olduğu sınıf belirtilerek mal ve hizmetlerin alfabetik listesini kapsamaktadır(Anlaş. md.1/2). Türkiye, Nice Anlaşması'na 12.7.1995 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı (RG.13.8.1995) ile katılmıştır.

²⁵ Tekinalp, age, sf. 81

3.6. Viyana Anlaşması

12.6.1973 tarihli Markaların Şekilli Elemanlarının Uluslararası Sınıflandırılmasını Oluşturan Viyana Anlaşması, Anlaşmaya tabi ülkelerden özel bir Birlik oluşturulmasını ve markaların şekilli elemanları bakımından ortak bir sınıflandırma yapılmasını öngörmektedir(Anlaşma md.1). Türkiye, Viyana Anlaşması'na 12.7.1995 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı ile (RG.13.8.1995) katılmıştır.

3.7. Marka Hukuku Sözleşmesi (TLT: Trademark Law Treaty)

27.10.1994 tarihli Marka Hukuku Sözleşmesi (Trademark Law Treaty=TLT) marka hukukunu uyumlaştırmaktadır. Sözleşme 01.8.1996 tarihinden itibaren yürürlüktedir. Sözleşme, bir birlik, idare ve bütçe öngörmemekte; ulusal ve bölgesel marka tescillerinin daha kolay yapılmasını sağlamayı amaçlamaktadır. Bunun için de ulusal ve bölgesel marka usullerinin basitleştirilmesi ve uyumlaştırılmasını hedeflemiştir. Bu Sözleşmeyi Avrupa Birliği adına Komisyon imzalamış ve böylece sözleşme Avrupa Hukukunun da bir parçası olmuştur. Sözleşme görülebilir mal ve hizmet markalarını kapsamakta olup ses işaretleri kapsam dışında bırakılmıştır (Sözl.md.2). Türkiye, Sözleşme'yi imzalamış ancak henüz onaylamamıştır.

B. Markanın Tanımı ve Unsurları

1. Markanın Tanımı

Markanın çok çeşitli tanımlarına rastlansa da markanın en çok itibar gören tanımı şöyledir: Marka, bir işletmenin mal veya hizmetlerinin diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt edilebilmesini sağlayan ve baskı yoluyla yayınlanabilen her türlü işarettir.

Doktrinde farklı tanımlamalarla da karşılaşmak mümkündür. Söz gelimi Hirsch, markayı karakteristik işaretlerden oluşturulan bir dış tanıtma aracı olarak tanımlamıştır.²⁶ Erem'e göre ise marka, bir fabrika veya ticarethane tarafından piyasaya arz edilen mallar üzerine konulan tanıtma işaretidir.²⁷

Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük'te marka, "*bir ticari malı, herhangi bir nesneyi tanıtmaya, benzerinden ayırmaya yarayan özel isim veya işaret*" olarak tanımlanmaktadır.²⁸

1872 tarihli Alameti Farika Nizamnamesi markayı, "Malumat ve eşyanın imal olunduğu mahallin veya fabrikanın veyahut bunları imal edenlerin veya ticaret zımında satanların isim şöhret ve mevkilerini bildirmek için o şeylerin üzerine vazolunan isim ve mühür ve resim ve huruf ve erkem ve mahfaza ve saire yani temyiz ve tahsis için ittihaz kılınan her nevi işaret ve damga" olarak tanımlamaktadır.

551 sayılı Markalar Kanunu'nda ise marka, "Sanayide, küçük sanatlarda, tarımda imal izhar istihsal olunan veya ticarete satışa çıkarılan her nevi emtiayı başkalarınıninkinden ayırt etmek için bu emtia ve ambalajı

²⁶ E. Hirsch, Ticaret Hukuku, İstanbul 1948, sf. 153

²⁷ T. Erem, Ticaret Hukuku Prensipleri, İstanbul, 1962, s.191

²⁸ <http://www.tdk.gov.tr/TR/>

üzerine konulan, emtia üzerine konulmadığı takdirde ambalajlarına konan ve bu maksada elverişli bulunan işaretler” olarak tanımlanmıştır.²⁹

556 sayılı KHK’da markanın doğrudan tanımı yapılmamış, markanın unsurları ile marka olabilecek işaret açıklanmıştır. 556 sayılı KHK’nın 5. maddesine göre marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir.

556 sayılı KHK’da yer alan bu tanım, Topluluk Yönergesi’nin markanın içereceği işaretleri saydığı 2. maddesi ile paralellik göstermektedir. Söz konusu maddeye göre; Markalar, grafik olarak ifade edilebilecek her türlü işareti, kelimeleri (bilhassa özel isimleri), tasarımları, harfleri, rakamları, cisimlerin şekillerini veya bunların ambalajlarını ihtiva edebilirler. Şu kadar ki, bunların bir müesseseye ait mal ve hizmetlerle bir diğer müesseseye ait mal ve hizmetleri birbirinden ayırt etmeleri mümkün olmalıdır.

Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması’nın eki olan Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIP’s)’in 15. maddesinde marka, “bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayıran herhangi bir işaret veya işaret kombinasyonu” olarak tanımlamaktadır. Söz konusu maddeye göre bu tür işaretler özellikle kişisel adlar, harfler, sayılar, mecazi unsurları içeren sözcükler, renk kombinasyonları ve bu tür işaret kombinasyonlarıdır.

Son olarak, halen taslak halinde bulunan “Markalar Kanunu Tasarısı”nda yapılan marka tanımının doktrinde ağırlıklı olarak benimsenen ve TRIP’S’te de esas alınan marka tanımı ile uyumlu olduğunu belirtmekte fayda bulunuyor. Tasarının “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinin (ğ) bendinde Marka, “Bir teşebbüsün imalâtını ve/veya ticaretini yaptığı malları ve/veya

²⁹ 551 Sayılı Markalar Kanunu madde:1

sunduğu hizmetleri, başka teŖebbüslerin mal ve/veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan iŖaret” olarak tanımlanmış bulunuyor. Tasarının 5. maddesi ise, mevcut KHK'nın 5. maddesi ile uyum sağlar niteliktedir. Markanın içereceği iŖaretler baŖlıklı bu maddenin ilk fıkrası, 'Marka, bir teŖebbüsün mal ve/veya hizmetlerini bir başka teŖebbüsün mal ve/veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koŖuluyla, kiŖi adları dahil, özellikle sözcükler, Ŗekiller, harfler, sayılar, malların veya ambalajların biçimi gibi çizimle görünlenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, her türlü iŖaretleri içerir.' Ŗeklindedir.

2. Markanın Unsurları

2.1. Ayırt Edicilik

Markanın en önemli unsuru ayırt edicilik unsurudur. Dikkat edildiğinde, bu unsurun tüm marka tanımlamalarının ortak noktası olduğu görülür. Markaya eskiden verilen ismin 'Alamet-i farika' (ayırt edici iŖaret) olması da bu unsurun markanın olmazsa olmazı niteliğinde olduğunu ortaya koymaktadır.

Ayırt edicilik unsuru, 556 sayılı KHK'nın 5/l. maddesinde düzenlenmektedir. Anılan madde uyarınca, bir iŖaretin marka olarak tescil edilebilmesinin ön koŖulu, söz konusu iŖaretin bir teŖebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teŖebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlamasıdır.

Ayırt edicilik, bir iŖaretin herhangi bir sebeple diğerinden farklı olmasını sağlayan özellikleri ve öğeleri ifade eder. Bir iŖaret, baŖlangıçtan itibaren ayırt edici olabileceği gibi, bu niteliği sonradan da kazanabilir.³⁰ Ayırt edici niteliği bulunmayan bir iŖaret, tescilden önce kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazanmış olabilir. (556 sayılı KHK m.7/son).

³⁰ Tekinalp, age, sf:315

Ayirt ediciliğin belirlenmesinde, markayı oluşturan unsurlara bakılır. Markayı benzerlerinden ayirt etmeye yarayan unsur esas unsur olup, ayirt ediciliğin tespitinde markanın esaslı unsuru belirleyici role sahiptir. 551 sayılı Markalar Kanunu'nun 6. maddesi marka olarak tescil edilemeyecek işaretlerden *esaslı unsur itibariyle* tescil edilemeyecek işaretleri açıklamakta ve 'markanın benzerlerinden tefrikine yarayan unsurlar, markanın esas unsurları sayılır' diyerek esaslı unsuru tanımlamaktadır. 556 sayılı KHK'da ise esas unsura ilişkin böyle bir tanım göremiyoruz. Buna karşılık mutlak red nedenlerini düzenleyen 7. maddede, tescil edilemeyecek markalar sıralanırken, tescil engelini 'münhasıran veya esaslı unsurunda içeren' markaların tescil talebinin reddedileceği düzenlenmiştir. Yeni Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı'nda da aynı yapıyı görüyoruz.

Özellikle esas unsurda aranmakla birlikte ayirt edicilik, markanın bütün olarak bıraktığı izlenim, tümüne hakim olan görünüş ve imajda aranmalıdır.³¹

Yardımcı unsur ise esas unsura bağlı ve onunla ilişki halinde bulunan ve esas unsurla birlikte tescil ettirilen unsurdur. Yardımcı unsur herkes tarafından serbestçe kullanılabilir. Örneğin KHK/556 m.7/I-c'de düzenlenen ticaret alanında cins, çeşit, vasıf kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların ve hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren veya malların ve hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirten işaret ve adlandırmalar herkes tarafından kullanılabilir. Yardımcı unsurlar esas unsur olarak tescil edilemez. Çünkü ayirt edici nitelikte değildirler. Ancak ayirt edicilik, markanın bütün olarak bıraktığı izlenim tümüne hakim olan görünüş ve imajda arandığı için yardımcı unsurlar ayirt edici niteliğin sağlanmasına ancak yardımcı olabilirler.³²

³¹ Yargıtay 11. H.D. 30.11.1999 - 5356E./ 9805K. "...markalar arasındaki benzerliğin markanın bütünü itibariyle bıraktığı etki, alıcıların satın almayı düşündükleri yerine bir başka mal alacak durumda kalmaları halinde söz konusu olabileceği, markalar farklı unsurlardan oluşsalar dahi bütünü bakımından bıraktıkları etkinin diğer bir markayı çağrıştırmaması gerektiği, markalar esas unsurlarının benzer olması halinde, markanın geneline etkisi az olan diğer hususlardaki farklılığa rağmen iltibasa yol açabileceği, taraflara ait markalar arasında da açık farklılık bulunmadığı, özel alıcı kitlesi olan çocukların yanı sıra ve davalı ürününün davacı ürünü ile karıştırılma ihtimali bulunduğu sonucuna varılarak davanın kabulüyle davalı kurumun red kararı ve bu kararın tesciline karar verilen "Ülfet Lobi" markasının iptali ile terkinine karar verilmiştir." 11.HD.

³² M. Ünal, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.13, S.2005/2, s.23 vd

Ayırt edicilik tespit edilirken marka olarak kullanılacak işaretin üzerinde kullanılacağı kavramın adına yakın olup olmadığı, kavramı akla getirip getirmediği önem kazanmaktadır. Kavram ile ilgisi bulunmasa dahi, marka olarak kullanılmak istenen işaretin mevcut başka marka ya da işaretler ile karıştırılma tehlikesi bulunuyorsa ayırt edicilik unsuru gerçekleşmemekte demektir. Markanın ayırt ediciliği, ortalama tüketici nezdinde markanın başka işaret ya da markalar ile karıştırılma ihtimali olup olmasına göre belirlenebilmektedir.

Ayırt ediciliği artıran ölçütler arasında, markanın yeni ortaya çıkarılmış, herhangi bir anlamı bulunmayan bir işaret olması, işaretin ürüne tamamen yabancı yani ürünle ilgisiz bir işaret olması ve işaretin, o mal veya hizmet için marka sahibi tarafından uzun süreden beri kullanılıyor olması sayılabilir. Zira ayırt edicilik unsuru bakımından başlangıçta zayıf olan bir marka, uzun süreye yayılmış kullanım sonucu ayırt edicilik kazanabilmektedir.³³

Ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren veya malların ve hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirten işaret ve adlandırmaları münhasıran veya esas unsur olarak içeren işaretlerin de marka olarak tescili mümkün değildir. Söz konusu tescil yasağı, 556 sayılı KHK'nın 7/1-c bendinde düzenlenmiş olup bu yasağın temel amacı da markanın ayırt edici niteliğinin korunmasıdır.

Bu yasağın tek istisnası da yine aynı KHK'nın 7. maddesinin bu kez ikinci bendinde düzenlenmiştir. Söz konusu madde uyarınca bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici bir nitelik kazanmış ise söz konusu markanın tescil talebi, markanın cins, vasıf, kaynak vb. içerdiği gerekçesi ile reddedilemez. Yargıtay uygulamasına baktığımızda, Yargıtay'ın "kullanım neticesi ayırt edici nitelik kazanma olgusu" nun yerleşik içtihatlarına göre o mal veya hizmetle ilgili alıcı-satıcı (hizmet alıp-veren) çevrelerde oluşup

³³ Tekinalp, age, sf:315

algılanması olduğu yönünde görüş bildirdiğini görüyoruz.³⁴ Bu bağlamda Yargıtay, örneğin Labne isminin peynir ürünleri için tescili talebinin, yeterli ayırt edicilik sağlanmadığı kanaatine ulaşıldığından reddi gerektiğini bildirmiştir.³⁵ Ancak 'Steelcase' markasının tescil talebinin Enstitüce cins ve vasıf bildirdiği gerekçesi ile reddedilmesi üzerine açılan davada Yargıtay, ayırt ediciliğin sağlandığı Enstitü kararının iptali gerektiği kanaatine ulaşmıştır.³⁶

2.2. Şekille Görüntülenebilme ya da Benzer Şekilde İfade Edilebilme

Daha önce de belirttiğimiz gibi, marka olabilecek işaretler, (ayırt edicilik koşulunu sağlamak şartı ile) 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 işarettir.

a. Kişi Adları:

Kişi adlarının marka olarak tescil edilebileceği KHK/556 m.5/1'de açıkça düzenlenmiştir. Her türlü kişi adının, ön ad ya da soy ad olması fark etmeksizin marka olarak tescili mümkündür. Önemli olan bunların ayırt ediciliği sağlamalarıdır. Hatta bu tescil için tescili istenen kişi adının marka sahibine ait olması bile gerekmemektedir. Ancak bu halde üçüncü kişinin kişilik haklarının korunması söz konusudur. Kendisinin veya mirasçılarının

³⁴ Yargıtay 11. H.D., 22.11.2002 tarih, 2002/5352E, 10729K. sayılı kararı.

³⁵ Yargıtay 11. H.D., 13.10.2003 tarih, 2003/2953E, 9172K. sayılı kararı.

³⁶ Yargıtay 11. H.D., 12.12.1997 tarih, 1997/7901E, 9168K. sayılı kararı: "Dosyadaki yazılarla kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve delillerin takdirine bir isabetsizlik bulundurulmasına ve yabancı iki sözcüğün birleştirilmesinde oluşan (steelcase) sözcüğünün marka eşya listesinde yer alan mobilyalar, büro kitapları, kitaplıklar kütüphaneler iskemleler ve benzeri eşya için ayırt edici bir nitelik taşıyan bir marka sözcüğü haline gelmiş bulunduğu anlaşılmasına bu markanın (steel) ve (case) sözcüklerine ayrılarak Enstitü'ce reddolunması isabetli görülmediğinden temyiz itirazlarının reddiyle kararın onanması gerekmiştir."

izni olmadan üçüncü kişinin ad ve/veya soyadı marka olarak tescil edilemez.³⁷ Marka Hukukundaki serbestinin sınırını kişilik hakları oluşturur.³⁸

Ancak söz konusu kişi adı aynı zamanda marka tescili talep eden kişinin de adını ya da işletmenin unvanını oluşturuyorsa, başvurunun iyiniyetle yapılmış olması koşulu ile kişilik haklarının ihlal edildiği ileri sürülemez.

Aynı şekilde, adını ya da soyadını marka olarak tescil ettirmiş bir kişinin de aynı ismi dürüstçe ticaret hayatında kullanan kişinin kullanımına engel olma hakkı bulunmamaktadır. 556 sayılı KHK'nın 12. maddesi bu durumu düzenlemektedir.³⁹

b. Şehir veya Ülke Adları

Türkiye'deki il adlarının (Aydın örneğinde olduğu gibi ayrı anlamları olan il isimleri dışında) tek başlarına tescil edilmeleri mümkün değildir. İl adlarının yanına üretilen malın ya da hizmetin adı ya da mal veya hizmetin sektörünün ya da ticaret unvanının yazılması da il adına ayırt edicilik katmamaktadır. Ancak il isimlerinin yanına ayırt ediciliği sağlayacak bir unsurun gelmesi halinde bu ibareler tescil edilebilir nitelikte görülmektedir.

Yabancı başkentlerin, eyaletlerin, şehirlerin adları meşhur, bilinir oldukları ve doğrudan çağrışıma neden olabilecekleri mallar/hizmetler için başvuruda bulunulması halinde reddedilmektedir. Ancak böyle bir çağrışım olmaması halinde yabancı şehir adlarının da marka olarak tescili mümkündür. Yabancı ülke isimleri, genel ilke olarak üçüncü kişiler adına marka olarak tescil edilmemektedir.

³⁷ MK.m.26/II: "Adı haksız olarak kullanılan kişi buna son verilmesini; haksız kullanan kusurlu ise ayrıca maddi zararının giderilmesini ve uğradığı haksızlığın niteliği gerektiriyorsa manevi tazminat ödenmesini isteyebilir."

³⁸ Tekinalp, age, sf.311

³⁹ **Marka tescilinden doğan hakların kapsamında istisna**

Madde 12 - Dürüstçe ve ticari veya sanayi konularıyla ilgili olarak kullanılmaları koşuluyla üçüncü kişilerin, ad ve adresini, mal veya hizmetlerle ilgili cins, kalite, miktar, kullanım amacı, değer, coğrafi kaynak, üretim veya sunuluş zamanı veya diğer niteliklere ilişkin açıklamaları kullanmaları marka sahibi tarafından engellenemez.

“Türkiye” ibaresinin esas unsur ve münhasıran marka olarak tescili mümkün değildir. Ancak marka örneği üzerinde, marka vasfı oluşturmayacak şekilde markanın yan unsuru olarak kullanılması halinde tescile olanak sağlanmaktadır. Bunun yanında, Türk, Turco, Turca, Turka, Turkish ve Türk anlamına gelecek kelimeler de tek başına marka olarak tescil edilemezler. Ancak yanına gelen ibareyle birlikte ayırt edici nitelik kazanmaları halinde tescilleri reddedilmemektedir. Bu çerçevede, mal/hizmet listesi de göz önüne alınarak, ilave edilecek ibarenin marka olabilme özelliği çerçevesinde değerlendirme yapılmaktadır.

c. Sözcükler:

Herhangi bir sözcük ya da sözcükler grubu marka olarak seçilebilir.⁴⁰ 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK ile ilga edilen 551 sayılı Markalar Kanunu’nda, sözcük sayısında bir sınırlama mevcuttu. Anılan kanunun 4(1) b maddesine göre markalar, en çok beş kelimededen oluşabilmekte idi. Ancak, 556 sayılı KHK’da bu yönde bir sınırlama yoktur. Bu bağlamda, cümleler ya da reklam sloganları da marka olarak tescil edilebilmektedir. Aynı şekilde yabancı dildeki sözcük veya sözcük grupları da marka olarak tescil edilebilir.

Marka olarak tescil edilebilecek sözcüklerin sınırı, bu sözcüklerin markanın kullanılacağı mal veya hizmeti belirlememesi, tasviri, zorunlu ve jenerik kelimelerden oluşmamasıdır.⁴¹ Bu sınır, yabancı dildeki sözcükler için de geçerlidir.⁴²

Sloganlar bakımından, Türk Patent Enstitüsü, marka karar kriterlerini belirlemiş bulunmaktadır. Sloganlar, yedinci maddenin diğer hükümleri yönünden tescile engel bir durumun bulunmaması, sloganın üzerinde kullanılacağı mal veya hizmetler için tanımlayıcı nitelikte olmaması, kalite

⁴⁰ Tekinalp, age, sf.311


⁴¹ Yasaman, age; sf.69

⁴² Yargıtay HGK. 20.12.2000 tarih ve E.11.1804 K.1814 sayılı kararında ‘interactive’ ibaresinin, 556 Sayılı KHK’nın 7/1-c maddesi uyarınca cins veya vasıf bildirdiğinden ayırt edici niteliği bulunmadığı ifade edilmiştir.

bildirmemesi veya sloganın esas unsurunun başka bir marka ile aynı ya da benzer olmaması hallerinde, Enstitüce ayırt edici nitelikte görülmektedir.

Günlük yaşama girmiş ve herkes tarafından her gün kullanılır durumda olan sloganlar veya bu nitelikteki terimler ayırt edici olarak değerlendirilmemektedir.

d. Şekiller:

Kağıt üzerine geçirilebilmek kaydı ile, her türlü çizim, resim, logo, fotoğraf, etiket, simge, grafik ve benzerlerinin marka olarak tescili mümkündür. Önemli olan, ayırt edici niteliğe de sahip bulunması gereken bu şekillerin, çizimle görüntülenebilmesi veya benzer biçimde ifade edilebilmesi, baskı yoluyla yayınlanabilmesi ve çoğaltılabilmesidir.⁴³ Örneğin, Nike isimli spor ürünleri markasının yanında,  işareti de ayrıca marka olarak tescilli olup, başlı başına söz konusu markayı çağrıştırmaktadır. Yine Malibu isimli alkollü içkinin mat beyaz renkli şişesi de tescile konu edilmiştir.

Aynı şekilde, salt şekil içeren bir markanın yanında, marka olarak tescil edilebilecek diğer işaretlerle birlikte şekil kullanılması da mümkündür. Şeklin kelime veya ticaret unvanı ile birlikte marka başvurusuna konu edilmesi halinde, markanın ayırt edici unsuru açısından yapılan değerlendirmelerde öncelik markanın kelime veya ticaret unvanı unsuruna verilmektedir.

e. Harfler:

Harflerin ya da tek bir harfin de marka olarak tescili mümkündür. Bu husus 556 sayılı KHK'da 551 sayılı Markalar Kanunundan farklı düzenlenmiştir.

⁴³ Yargıtay bir kararında üç paralel çizgi şeklindeki markanın davacıya spor ayakkabıları üzerinde inhisar hakkı tanımayacağı ve bu şeklin KHK/556 m.7/1'c'de öngörülen koşulları gerçekleştirmediğini belirtmiştir. 11. HD. 5.11.2001 E. 5627 K.8669

551 sayılı Kanun'un 4. maddesinde, marka olarak tescil edilemeyecek işaretler arasında (Madde 4/1-c) '*münferit bir harften ibaret olan işaretler*' de sayılmıştır. Bu bağlamda anılan kanun uyarınca tek bir harfin tescili mümkün değildir. Ancak harf birliklerinin yani, iki ya da daha fazla harfin anlam gözetilmeksizin birlikte kullanımının tescili mümkündür. Tek harf tesciline yönelik tescil yasağının istisnası, Kanun'un 4. maddesi ikinci fıkrasında belirtilmekte idi.⁴⁴ Buna göre, özel bir şekil verilmek veya marka olarak tescil edilebilecek diğer işaretlerle kullanılmak kaydıyla tek harfin de tescili mümkündür.

556 sayılı KHK'da böyle bir ayrıma yer verilmemiştir. Bu anlamda, tek bir harfin (Aktüel dergisinin *a* harfi gibi), harflerin (HP, BMW, ATV gibi), harf ve diğer işaret birliklerinin (1000a, 3M gibi), Latin alfabesi dışındaki alfabelere ait harflerin (*ß*, *Φ* gibi) marka olarak tescili mümkündür.

Kanaatimizce, 556 sayılı KHK'da özel bir sınırlama getirilmese dahi, bir harfin tek başına tescili, ayırt edicilik unsuru yerine getirilmediğinden, marka sahibine o harfin her kullanımı üzerinde hak sağlamaz. Örneğin M harfinin tescili, bu tescilden sonra içinde 'M' bulunan başka marka tesciline engel olmaz. Zaten düz yazı tek harfin, ayırt edicilik de sağlamayacağı, bu sebeple tescilinin daha enstitü aşamasında reddedileceği söylenebilir. Ancak tek bir harfin, yazım ve kullanım şekilleri ile ayırt edici hale getirilmesi, hatta bu şekilde birden çok kişi tarafından ayırt ediciliği bozulmaksızın kullanılması mümkündür. Örneğin 'M' harfi, Migros marketleri için ve Mc Donald's restoranları için farklı şekillerde kullanılmaktadır.

f. Sayılar:

KHK/556 m. 5/1'de sayıların da marka olarak tescil edilebileceği açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla sayıların marka olarak tescili mümkündür. 551

⁴⁴ 551 Sayılı Kanun Madde 4/2: "Ancak özel bir şekil verilen veya herhangi bir remiz, tezyinat, çizgi yahut resimle veya renkle şeklen beraber olan münferit harf ve rakamların, renklerin marka olarak tescili mümkündür."

sayılı Markalar Kanunu'nda ise, rakam veya rakamlardan oluşan işaretlerin tescil edilemeyeceği düzenlenmekte idi.

Güncel düzenlemede tek bir rakam ile rakamlar topluluğunun tescil imkanı açısından bir farkı bulunmamaktadır. Bu bağlamda tek bir rakam (6 gibi) ya da birden çok rakamı içeren bir sayı (0403 gibi), rakam ile marka olarak tescili mümkün başka bir işaretin bileşimi (7/24, 3x gibi) marka olarak tescil edilebilir. Marka olarak tescil edilebilirliğin ön koşulu 'ayirt ediciliğin' sağlanması olduğundan tek bir harfin tesciline ilişkin söylediklerimizi burada da tekrar ediyoruz. Ayirt edicilik özel bir kullanımla sağlanmadıkça, tek bir rakamın inhisarının belli bir kişi üzerine bırakılması düşünülemez.

g. Malların biçimi veya ambalajları

551 sayılı Markalar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde üç boyutlu cisimlerin marka olarak tescili mümkün olmayıp, bu cisimler ancak haksız rekabet hükümlerine göre korunabilmekteydi. Zira anılan kanunun 1. maddesi uyarınca marka, "sanayide, küçük sanatlarda, tarımda imal izhar istihsal olunan veya ticarete satışa çıkarılan her nevi emtiayı başkalarınınkinden ayirt etmek için bu emtia ve ambalajı üzerine konulan, emtia üzerine konulmadığı takdirde ambalajlarına konan ve bu maksada elverişli bulunan işaretler"e denmekte idi. Markanın *işaret* olma ve *ambalaj ya da ürün üzerine konulabilme* nitelikleri, üç boyutlu markaya imkan vermemekte idi.

Buna karşılık, 556 sayılı KHK'nın 5. maddesi, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayirt etmeyi sağlama koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar "*malların biçimi veya "ambalajları"*" gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri marka olarak kabul etmektedir.

Malların biçiminin ya da ambalajlarının açıkça belirtilmesi sebebi ile günümüzde üç boyutlu marka tescili mümkün hal gelmiştir. Üç boyutlu

markalara en yaygın örnekler, daha önce verdiğimiz Malibu şişesi örneği, Coca-Cola şişesi ve Mercedes'in yıldız amblemidir.

Tüm diğer işaretlerde olduğu gibi üç boyutlu işaretlerin marka olarak tescili için de ayırt edici niteliğin sağlanması gerekmektedir. Üç boyutlu şeklin ayırt edici vasfı yoksa, üç boyutlu şekil malın gördüğü işlevin sonucu ise (bardak gibi) veya herkes tarafından bilinen (kitap gibi) üç boyutlu bir cisim ise marka hukukunda korunmaz. Yargıtay 11.Hukuk Dairesi 12.11.1999 tarih ve 99/6866E-9075K. sayılı kararında ünlü Davidoff Classic marka sigaraların ambalajında kullanılan şeklin özel rengi ile birlikte ayırt edici niteliği sağladığına ve tescil edilebileceğine karar vermiştir.⁴⁵ Buna karşılık Yargıtay 11.Hukuk Dairesinin 24.03.1998 tarih ve 1997/9672E - 1998/2127K. sayılı "Aygaz-Likitgaz" kararında küresel (tombul) tüp kullanılmasının standardizasyon ve teknik zorunluluktan kaynaklandığı bu yüzden marka ile küresel tipin tescil ettirilmesinin inhisarı bir hak sağlamayacağına karar verilmiştir.⁴⁶

Üç boyutlu şekillerin, yani malların biçimi ya da ambalajların tasarım hukukuna konu edilmesi de mümkündür. Bir ürüne ait yeni ve (estetik olarak) ayırt edici özellikteki biçim veya ambalajın korunması, "endüstriyel tasarım hakkı" ile mümkün olduğundan; bunun marka olarak korunması halinde, markanın yenilenmek suretiyle süresiz korunmasından da yararlanması durumu doğacaktır. Yani endüstriyel tasarım tescili yoluyla sağlanan ve en çok 25 yıla uzanabilen "sınırlı süreli koruma" , burada "sınırsız süreli" hale gelmektedir. Bu da, aynı sektörde faaliyet gösteren diğer rakipler için haksız rekabete yol açacaktır.

Bu nedenle Türk Hukuku'nda, malların biçim ve ambalajlarının marka ile birlikte tescili kuralı getirilmiştir (KHK mad. 5). Yine bu durumda, mal veya ambalajının marka ile birlikte tescil edilmesi, marka sahibine mal veya ambalaj için ayrıca inhisari bir hak sağlamamaktadır.⁴⁷

⁴⁵ Tekinalp, age; sf. 312

⁴⁶ Yasaman, age; sf.95

⁴⁷ 556 Sayılı KHK'nın 5/2. maddesi şu şekildedir: "Marka, mal veya ambalajı ile birlikte tescil ettirilebilir. Bu durumda mal veya ambalajın tescili marka sahibine mal veya ambalaj için

h. Renkler:

Gerek 556 sayılı KHK'da, gerekse 551 sayılı mülga Markalar Kanunu'nda renk veya renklerin marka olarak korunacağına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak renkler, "çizimle görüntülenebilen veya benzer bir biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayılabilen veya çoğaltılabilen her türlü işaret" ibaresi içine girmektedir.⁴⁸

Ticarette Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Anlaşması'nın (TRIPS) 15. maddesinde renk ve renk kombinasyonlarının marka olarak tescil edilebileceği açıkça belirtilmiş ve üye devletlerin, işaretlerin sadece mal veya hizmetler bakımından ayırt edici özellikleri olmaması halinde, tescil edilebilirliği, kullanma ile kazanılan ayırt edicilik şartına bağlayabilecekleri öngörülmüştür.

Renk bir şekil oluşturmuşsa ya da markanın yazılışındaki unsurlardan biri ise, bu durumda renk ya da renk kombinasyonlarının ayırt edici niteliği kolaylıkla kazanabileceği açıktır. Renklerin kendi aralarında kompozisyonlar oluşturularak veya marka olarak tescili mümkün sözcük, harf, sayı gibi işaretlerle kombinasyonlar oluşturularak marka olarak tescili mümkündür. Garanti Bankası'nın yeşil, Yapı Kredi'nin kredi kartının mor rengi buna örnektir.

Buna karşılık, tek bir rengin başlı başına ayırt edicilik kazanması oldukça güçtür. Tek başına bir rengin, ancak ayırt edici nitelikte olması halinde marka olarak tescili mümkündür. Marka olarak tescili istenen rengin ayırt edici niteliğinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesinde ilgili çevrede yani müşteri kitlesinde oluşturduğu etkiyi ölçü almak gerekir. Marka sahibi, ürünlerini diğer işletmelerin ürünlerinden ayırt etmek için rengi kullanmalı, bunun yanında tüketici kitlesi de markayı rengi sayesinde

inhisari bir hak sağlamaz. İnhisari hak sağlamayan bu tür unsurlar tescil belgesi üzerinde açıkça belirtilir."

⁴⁸ Arkan, age, sf.40, Tekinalp, age, sf 313

tanımalıdır.⁴⁹ Örneğin lila rengi, bazı ülkelerde Milka çikolataları için tescilli bulunmaktadır.⁵⁰

Tek bir rengin marka olarak tescilinde ayırt edicilik niteliğinde önemli bir konu da tescili istenen rengin, mal veya hizmetin tipik özelliğini gösterir şekilde kullanılmamasıdır. Örneğin, beyaz rengi süt ürünleri için ya da yeşil çevre ile ilgili mal ve hizmetler için tescil edilemez.⁵¹

Ülkemizdeki uygulamaya bakıldığında, Yargıtay'ın tek bir rengin tesciline onay vermediği, ancak rengin şekil ile birlikte ayırt edici nitelik kazanması halinde rengi dikkate aldığı görülmektedir.⁵²

i. Ses ve Melodi

Tıpkı renklerde olduğu gibi, ses ve melodiler de 556 sayılı KHK'da açıkça düzenlenmemiş olmakla beraber, "çizimle görüntülenebilen veya benzer bir biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayılabilen veya çoğaltılabilen her türlü işaret" ibaresi içine girmektedir. Seslerin ve melodilerin tescili ancak notaya dökülebilmek kaydı ile mümkündür. Ülkemiz uygulamasında çok sık karşılaşılsa da reklam müziklerinin, 'jingle'ların marka olarak tescili mümkündür.

Sesten oluşan markalara en tipik örnekler, Metro Golwyn Mayer'in aslan kükreme sesi ile Harley Davidson Motorsikletlerin motor sesidir.⁵³

⁴⁹ K. Şenocak, "Soyut Renk Markaları", Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, sf.89.

⁵⁰ Tekinalp; age, sf. 313; N. Aslaner, "Almanya Uygulamasında Renk Markalar" İstanbul Barosu Dergisi Fikri Sınai Haklar Özel Sayısı, İst. 2007, sf. 48

⁵¹ Aslaner, age, sf. 48

⁵² Takinalp; age. sf. 313'ten: Yargıtay 11.H.D. 7.7.1997 tarih 97/3559E, 5453K. Sayılı kararında LPG tüpleri için markanın 'gümüş gri' ibaresi ile tescil edildiğinden bahisle bu rengi kullanan rakip firma aleyhine açılan davada, 'renklerin bağımsız olarak marka konusu yapılamayacağı, gökkuşağında 7 ana renk olması karşısında, renkler üzerinde tek el tanınması halinde diğer firmalara renk kalmayacağı' belirtilmiştir.

⁵³ Tekinalp, age: sf:313

j. Koku

Kokuların da marka olarak tescili mümkündür. Kokunun marka olarak tescil edilebilmesi için tescil başvurusuna, kokunun açıklık ve kesinliğini teşhise imkan verecek vasıtaların, kokuya ilişkin formülün eklenmesi gerekir. Ayrıca gerek tescil başvurusu sırasında ve gerek tescil işlemi yapıldıktan sonra, sicile başvuran kişilerin markanın neden ibaret olduğunu, hiçbir şüpheye mahal vermeksizin anlamaları için markanın yayına ve çoğaltılmaya elverişli örneğinin olması gerekir.⁵⁴

Marka olarak tescil edilebilecek işaretlere ilişkin yasal düzenlemelerde belirtilen işaretler örnek kabilinden sayılmakta olduğundan, bu düzenlemelerde yer almayan işaretlerin de bazı şartları gerçekleştirmek koşuluyla marka olarak tescil edilmesi mümkündür. Bu şartlar daha önce de ifade ettiğimiz gibi, tescil edilmek istenen unsurun bir işaret teşkil etmesi, işaretin kağıda dökülmeye imkan vermesi ve son olarak işaretin bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt edici nitelikte olmasıdır.

Bu sebeple, burada sayılanlar dışında, günümüzde var olan veya gelecekte ortaya çıkabilecek nitelikteki işaretlerin de marka olarak tescilinin mümkün olduğunun kabulü gerekmektedir. 89/104 sayılı Avrupa Birliği Yönergesinin 2. maddesi anlamında grafik olarak ifade edilebilmeleri kaydıyla, görsel olarak algılanamayan işaretler de marka olarak tescil edilebilir. Bu bağlamda örneğin; tatlar, hologramlar, fikrî eserler, internet alan adları vb de marka olarak tescil edilebilir.

3. Markanın İşlevleri:

Markaların ayırt etme, mal veya hizmetin menşeyini gösterme, mal veya hizmetin niteliklerini garanti etme, reklam, tekelleştirme ve koruma gibi işlevleri bulunmaktadır.⁵⁵

⁵⁴ Ünal, age, sf.23 vd

⁵⁵ Tekinalp, age, sf. 321 vd.

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) kararlarında markanın temel işlevinin köken belirtme olduğu vurgulanmaktadır. ATAD'ın Hoffman-La Roche firmasına ait bir ilaç markasına ilişkin vermiş olduğu bir kararında,⁵⁶ hakkın özel konusu uyarınca ticari marka sahibine tanınmış bulunan inhisari yetkilerin, hak sahibine ürünü tekrar paketleyip piyasaya süren üçüncü kişilere karşı koruma imkanı verip vermediğinin tespiti açısından markanın temel fonksiyonunun da dikkate alınması gerektiği, bu bağlamda markanın temel fonksiyonunun tüketici veya nihai kullanıcılara ticari markayı taşıyan ürünün kökenini (menşei) başka bir kökene sahip ürünlerle herhangi bir karışıklığa neden olmak ihtimali bulunmaksızın göstermesi ve bunun garanti altına alınmış olması olduğu vurgulanmıştır.⁵⁷

ATAD'a göre, ürünün menşeinin garanti edilmesini, tüketicilerin veya nihai kullanıcıların kendilerine satılmış bulunan bir ürünün pazarlamanın herhangi bir aşamasında, marka sahibinin izni bulunmaksızın üçüncü bir kişi tarafından müdahaleye uğramamış olduğu noktasındaki güveni oluşturmaktadır.⁵⁸

Markanın işlevlerini tek tek açıklayacak olursak;

3.1. Ayırt etme:

Markanın ayırt etme işlevi, marka tanımına dahil olan pazarda, bir malı veya hizmeti diğer mal veya hizmetlerden ayırt etmeye yarayan mal veya hizmete kişilik kazandıran temel unsurunu ifade eder. Markanın olmazsa olmazıdır. Marka bir malın hangi müessese tarafından imal edildiğini ya da piyasaya arz edildiğini, bir hizmetin hangi teşebbüs tarafından sunulduğunu gösterir.⁵⁹

⁵⁶ C-102/77 Hoffman-La Roche & Co. AG v. Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer (1978)

⁵⁷ S. Şahin, Avrupa Toplulukları Adalet Divanının Fikri ve Sınai Mülkiyet Haklarına İlişkin Verdiği Kararların İncelenmesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2003, sf.129

⁵⁸ Şahin, age, sf. 129

⁵⁹ H. Arseven, Nazari ve Tatbiki Alamaet-i Farika Hukuku; İstanbul 1951, sf. 7

3.2. Köken belirtme:

Köken işlevi, mal veya hizmetin hangi işletmeye ait olduğunu gösterir. Marka sayesinde tüketiciler, malını satın almak ya da hizmetinden yararlanmak istedikleri işletmeyi tanımaktadırlar. Ancak günümüzde, markanın bu işlevi yavaş yavaş etkisini kaybetmeye başlamıştır. Zira tüketiciler, nadiren markayı üretici seçmek için kullanılmaktadırlar. Artık esas olan markalardır. Bu anlamda, marka el değışirse (devredilse) dahi tüketici, aynı markayı taşıyan mal veya hizmetten yararlanmaya devam etmektedirler. Özellikle franchising sistemleri, malın üretimine ve pazarlanmasına ilişkin lisans sözleşmeleri, marka ile mal veya hizmetin kaynağı arasındaki ilişkinin tamamen kesilmesine yol açmıştır.⁶⁰

3.3. Garanti:

Marka, tüketicilere malın veya hizmetin belirli bazı niteliklere ve belirli bir kaliteye sahip olduğu güvencesini sağlar. Marka ile tüketiciler üzerinde kullanıldığı mal veya hizmeti ölçmekte ve markaya göre güven duyarak tüketmekte veya kullanmaktan vazgeçmektedir. Bu nedenle bir markanın garanti fonksiyonu, ideal olarak, sabit kalitede mal üretilmesi veya hizmet verilmesi demektir.⁶¹

Tüketiciler üzerinde güven yaratmış bir markanın benzer başka ürünler üzerinde kullanılması halinde tüketici, yeni ürüne karşı da aynı güveni besleyecektir. Tanınan ve güvenilen bir markanın kullanılması, başlı başına ürünün garantisini oluşturmaktadır.

⁶⁰ Pekdiğer, age, sf. 55

⁶¹ Pekdiğer, age: sf. 56

3.4. Reklam:

Markanın reklam işlevi ile kastedilen, seçilen isabetli bir marka ile pazarın etkilenmesidir. Marka tanındıkça adeta reklam etkisi yaratır.⁶² Başlangıçta markanın tanınması için reklam yapılırken tanınma sağlandığında, marka artık işletmenin reklam aracı olmaya başlayacaktır.

Tüketiciler ürünleri ve hizmetleri marka aracılığı ile tanımakta ve tercih etmektedir. Markanın tanınmışlık düzeyi geliştikçe marka, işletmenin en güçlü reklam aracı olmaya başlayacaktır.⁶³

3.5. Koruma:

Kanaatimizce, koruma işlevi, markanın en önemli işlevlerinden birisidir. Marka sayesinde üreticiler, mal ve hizmetlerinin karıştırılmasını önlemenin yanında üçüncü kişilerce haksız olarak kullanılmasını da önleyebilmektedir.

⁶² Tekinalp; age: sf.323

⁶³ Arkan; age: sf: 39

BÖLÜM II. MARKA SUÇLARI

GİRİŞ:

Buraya kadar marka hukukunun tarihsel gelişimi ile markanın tanımı ve özelliklerini, marka hukukuna ilişkin ulusal mevzuat yanında uluslararası anlaşmaları da dahil ederek inceledik. Tezimizin asıl konusu olan marka suçlarını ise ikinci bölümde detaylı olarak inceleyeceğiz.

Bu incelemeyi yaparken marka suçlarını düzenleyen mevcut yasal metin olan 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin ilgili maddelerini esas alacağız. İnceleme sırasında, mülga 551 sayılı Markalar Kanunu ile birlikte, bu inceleme yapıldığı zaman henüz taslak mahiyetinde bulunan Markalar Kanunu Tasarısı'nda marka suçlarına ilişkin yapılan düzenlemelere de yer verecek ve mevcut durum ile taslakta düzenlenen durumun karşılaştırılmasına gideceğiz. Tüm marka suçlarında büyük ölçüde aynı olmaları sebebi ile fail, kusurluluk, hukuka aykırılık unsurları ile suçun özel görünüm biçimleri ve kovuşturma ve yargılamaya ilişkin özellikleri tüm marka suçlarını kapsayacak şekilde ayrıca inceleyeceğiz.

Söz konusu detaylı incelemeye geçmeden önce, marka suçlarına ilişkin Dünya'daki düzenleme ve uygulamaları görebilmek açısından Avrupa Birliği ve Amerika'da marka suçlarının düzenlenişini kısaca açıklamaya çalışacağız.

A. AVRUPA BİRLİĞİNDE MARKA SUÇLARI

Daha önceki bölümde detaylı olarak açıklandığı üzere uluslararası alanda marka hukukunun üye devletler açısından standarda bağlanması büyük önem taşımaktadır. Avrupa Birliğinde yapılan sözleşmelerin tamamı, bir standardizasyon hareketinin parçaları görünümündedir. Avrupa Birliğinin marka hukukuna ilişkin genel eğiliminin, olmazsa olmaz ilkeleri belirleyerek diğer alanları ülkelerin takdir yetkisine bırakmak olduğunu gözlemliyoruz. Avrupa Birliğinde bu alanda, 89/104 sayılı Topluluk Marka Yönergesi ve 40/94 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü oluşturulmuş ve standartlar belirlenmiştir. Marka Hukuku Sözleşmesi (TLT)'nin Avrupa Birliği Komisyonunca imzalanmasından sonra sözleşme, birlik üyesi devletler bakımından da uygulanması zorunlu kurallar bütünü halini almıştır.

Ülkemizde de 556 sayılı KHK ile, Avrupa Birliği ülkelerinin marka kanunlarının temelini oluşturan 89/104 sayılı Topluluk Marka Yönergesi ve 40/94 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü ve uluslararası anlaşmalar esas alınmış ve böylelikle Avrupa Birliği ve diğer gelişmiş ülkelerle tam uyumlu bir mevzuat hazırlanmasına çalışılmıştır. Yapılan çalışmalar başarıya ulaşmış ve Türkiye'nin fikrî ve sınai mülkiyet alanındaki mevzuatı 27 Kasım - 01 Aralık 2000 tarihleri arasında gerçekleştirilen TRIPs Konseyi'nde, TRIPs Anlaşmasına uyumlu bulunmuştur.

89/104 sayılı Topluluk Marka Yönergesi, 11.02.1989 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Yönergede şu esasların üye devletlerce kabulü gerektiği vurgulanmıştır⁶⁴:

1. Tescili mümkün olmayan markalar şunlardır:

- Ayırt edici niteliği olmayan markalar,
- Kamu politikasına veya ahlaki değerlere aykırı markalar,
- Kamuyu yanıltıcı nitelikteki markalar,

⁶⁴ Kaynak: <http://europa.eu/scadplus/leg/en/lvb/l26023.htm>

- Daha önce tescil edilmiş bir markaya benzediği halde aynı ya da benzer mal veya hizmetler için tescili istenen markalar

2. Tescilli bir marka, sahibine münhasır hak sağlar. Tescil hakkı sahibi markasını, üçüncü şahısların ticari alanda kullanımına karşı koruma hakkı elde eder.

3. Önceki markanın tescil hakkı sahibi, 5 yıllık süre boyunca kendisinden daha sonra markayı kullananın kullanımına göz yumarsa önceki marka sahibinin artık sonradan markayı kullanana karşı, bu kişi kötüniyetli olmadığı sürece, hak iddia etme ya da tesciline engel olma imkanı bulunmamaktadır.

4. Aşağıda sayılan iki durumda, kullanmama için haklı gerekçeler bulunmadıkça, tescilli marka sahibi haklarını kaybeder:

- Tescil sürecinin tamamlanmasından itibaren 5 yıllık bir süre içinde tescil hakkı sahibinin markasını, tescilli olduğu mal ve hizmetler için Üye Devletlerde etkin bir şekilde kullanmamış olma durumu.
- Tescil süreci içerisinde kesintisiz olarak 5 yıllık kullanmama durumu.

5. Marka sahibinin tescil hakkı ayrıca, faaliyetinin sona ermesi, markanın tescilli olduğu mal veya hizmetler için yaygın bir isim halini alması, marka sahibinin bilinçli hareketleri sonucu toplumda yanıltıcı intiba yaratması durumlarında da sona erecektir.

20 Aralık 1993 tarihinde ise topluluk markası ve bu markanın tescil süreci için OHIM (*Office for Harmonisation in the Internal Market*)'in kuruluşunun düzenlendiği 40/94 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü çıkarılmıştır.

Avrupa Birliğinde marka hakkı, fikrî haklar üst başlığı altında, sınai hakların bir parçası olarak görülmekte ve düzenlenmektedir. Markaya ilişkin olarak yapılan düzenlemelerden de görüleceği gibi üye ülkelerde marka tescil usulleri ve markanın taşınması gereken nitelikler bir standarda bağlanmış

bulunmaktadır. Buna karşılık, marka ihlallerinin cezai yaptırımlara bağlanması, tamamen üye devletlerin takdirine bırakılan alanlardan biri idi. Bu durum, Avrupa Parlamentosunca, 25 Nisan 2007 tarihinde onaylanan yasa ile değişikliğe uğrayabilecektir.⁶⁵

Şöyle ki; Avrupa Komisyonu tarafından yapılan öneride, ticari amaçlı fikrî mülkiyet ihlallerine, suçun büyüklüğüne göre para cezasından hapse kadar uzanan caydırıcı cezalar uygulanması yer alıyordu.

Parlamento tarafından onaylanan yasa uyarınca, bir suç örgütü tarafından işlenmiş ciddi suçların varlığı halinde en yüksek ceza, 3.000.000 Avro para cezası ve / veya 4 yıl hapis cezası olarak öngörülmektedir. Aynı durum, sağlık ya da güvenliğe karşı tehlike oluşturan durumlarda da söz konusudur.

Daha az ciddi nitelikteki ihlaller için ise 100.000 Avro'dan başlayan cezai veya idari para cezaları söz konusu edilmiş bulunmakta. Yardım, yataklık veya fikrî hakları ihlale teşvik durumunda da tıpkı mevcut mevzuatımızda olduğu gibi aynı suçu işlemişçesine ceza öngörülmekte. Bazı durumlarda ise suç eşyasının müsaderesi ve imhasına da başvurulabilecek.

Parlamento, yasa tasarısını, 374 olumlu oya karşılık 278 red ve 17 çekimser oy ile ve bazı değişiklikler ile 25 Nisan 2007 tarihinde onaylamış bulunmaktadır. Söz konusu direktif kapsamından patent hakları çıkarıldı ve cezai hükümlerin yalnız ticari menfaat elde edilmesi halinde uygulanmasına karar verildi. Ticari olmayan, kişisel amaçlarla yapılan taklit ve kopyalamalara ise cezai yaptırım uygulanmaması üzerinde ise uzlaşma sağlanmış bulunmaktadır.

Parlamentonun önerisi şimdi üye devletlerin onayı için Avrupa Konseyine sunulma aşamasında bulunuyor. Bu önerinin üye devletlerce kabul edilip edilmeyeceği bu aşamada belli olmasa da fikrî mülkiyet

⁶⁵ Kaynak: www.avroparl.avropa.eu/.../story_page/057-6278-122-05-18-909-20070504STO06277-2007-02-05-2007/default_en.htm - 20k

haklarının Avrupa Birliği nazarında özel hukuk alanından çıkarılıp cezai müeyyidelere de bağlanması bakımından tasarı son derece önemlidir.

Bu bağlamda, bugüne kadar Birlik nazarında ‘ihlal’ (marka ihlali) olarak değerlendirilen fiiller, artık ‘suç’ (marka suçu) olarak değerlendirilebilecektir. Ülkemiz mevzuatının, gerek mevcut normlar, gerekse çıkarılması düşünülen kanun bakımından, Avrupa Birliğinin normlarına şimdiden uyumlu olduğunu söylemek mümkündür.

B. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ’NDE MARKA SUÇLARI

Amerika Birleşik Devletleri, fikrî ve sınai mülkiyet haklarını, 1946 tarihli Lanham Kanunu ile düzenlemektedir. Lanham Kanunu, “Ticari Amaçla Kullanılan Markaların Tescilini Ve Korunmasını Sağlayan, Belirli Uluslararası Konvansiyonların Hükümlerine Ve Diğer Amaçlara Uygun Olarak Yürütülmesi İçin Düzenlenmiş Kanun” başlığı altında 5 Temmuz 1946’da kabul edilmiştir. Bu kanun kapsamında hem hukuki hem de cezai düzenlemeler yer almaktadır.

Amerikan sisteminde, patent haklarına ilişkin tecavüzler ceza normları ile korunmaz. Bu haklara ilişkin ihlaller özel hukuk alanında kabul edilir ve hukuk davaları ile korunurlar.

Buna karşılık, marka, tasarım ve telif hakları, hem hukuk hem de ceza davalarına konu olabilmektedir.

Amerikan sisteminde, fikrî mülkiyet hakkı sahiplerinin mağduriyeti durumunda uygulanacak olan özel hukuk yolları, tazminata hükmedilmesi yollarını açmakla beraber, cezai yaptırımlar, bu tarz ihlallerin caydırıcı olması ve yeterli ceza alınmasını temin etmek için önemlidirler. Aslında, fikrî mülkiyet haklarının ihlalleri genel olarak aktifte bir kayba neden olmamasından dolayı cezai ihlallerde, hak sahibi ile direkt olarak bir bağlantının bulunması Şartı aranmamaktadır. Bu suçların takibi Şikayete bađlanmamıŐ olduğundan hak

sahibi çoğu zaman mağdur olduğundan bile habersizdir. Meclis, fikrî mülkiyet haklarının ihlali nedeniyle oluşturulan cezai düzenlemeleri, sanıkların sadece ihlale konu olan davranışları sebebiyle çarptırıldıkları para cezasını ödemekle kalmamalarını temin etmek için genişletmekte ve de güçlendirmektedir. Federal dedektifler ve savcılar açtıkları davalar ile ihlal edenin cezalandırılmasına neden oldukları gibi, fikrî mülkiyet haklarının ihlali suçları konusunda bir caydırıcılık da yaratmaktadırlar.

Geçerli yasal düzenlemeler uyarınca, kasıtlı olarak taklit marka kullananlar, 2.000.000 USD'ye kadar para ve/veya 10 yıla kadar hapis cezasına mahkum edilir. Tüzel kişiler ise 5.000.000 USD'ye kadar para cezasına çarptırılır. Bu suçtan mahkum olan bir kişinin aynı suçunu tekrar işlemesi halinde bu kez, gerçek kişiler için 5.000.000 USD'ye kadar para ve/veya 20 yıla kadar hapis, tüzel kişiler için ise 15.000.000 USD'ye kadar para cezası söz konusu olacaktır.

Amerika'da fikrî mülkiyet haklarına son derece önem verilmektedir. Meclis ulusal ve uluslararası alanda fikrî mülkiyet hak sahiplerinin yeterli koruma elde etmesini sağlamak için çaba göstermektedir. Bu kapsamda birçok uluslararası antlaşmaya imza atılmış, bu antlaşmalarda yabancı hak sahiplerinin de ABD içindeki hak ihlallerine karşı korunmasına ilişkin maddelere yer verilmiştir. ABD, WIPO ve WTO'nun bir üyesidir.

C. TÜRK HUKUKUNDA MARKA SUÇLARI

1. 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname Uyarınca Marka Suçları

Tezimizin ilk bölümünde detaylı olarak açıkladığımız gibi hukukumuzda marka hukuku ilk olarak Alamet-i Farika Nizamnamesi ile düzenlenmiş, ardından 551 Sayılı Markalar Kanunu yürürlüğe girmiştir. 551 sayılı Kanunun birçok bakımdan yetersiz kalması sebebi ile 1995 yılında 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname çıkarılmıştır. Bu KHK ile 551 sayılı Markalar Kanunu'nun ceza hükümlerini

düzenleyen 51, 52 ve 53. maddeleri dışındaki hükümleri yürürlükten kalkmıştır.

556 sayılı KHK'nın ceza hükümlerindeki eksiklikler, söz konusu KHK'ya değişiklik getiren 3 Kasım 1995 tarih ve 4128 sayılı Kanun ile giderilmiştir. Anılan kanunun 5. maddesi, 556 sayılı KHK'ya marka suçlarını ve söz konusu suçlara verilen cezaları düzenleyen 61/A maddesi'ni eklemiştir.

Bu düzenlemenin hukukiliği ve KHK ile suç yaratmanın ceza hukukunun temel prensiplerine uygunluğu konusundaki tartışmalara daha önce değinmiştik. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, bir kanun ile hükmünde kararnameye madde eklenmek sureti ile suç ve ceza yaratılması tartışmalı bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin 02.03.2004 tarih ve 2002/92 E., 2004/25 K. sayılı kararında, çıkarılan bir kanunla kanun hükmünde kararnameye madde eklenmesinin hukuka uygun olduğu yönünde görüş bildirmiştir. Ancak, söz konusu düzenlemenin suçların ve cezaların kanuniliği bakımından yarattığı tartışmalar devam etmektedir.

Öte yandan, marka mevzuatının ve bu arada marka suç ve cezalarının esasen ivedi durumlar için geçici olarak çıkarılması gereken kanun hükmünde kararnameler ile düzenlenmesi ve bu düzenlemenin 10 yılı aşkın bir süre için Türkiye marka hukuku mevzuatının temel düzenlemesi olması hukuki bir garabettir. Çıkarılması düşünülen markalar kanunu ile bu garabet ortadan kalkabilecektir.

556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 61/A maddesinin ilk fıkrasında 3 ayrı suç tipi düzenlenmekte olup, düzenlenen her bir suç tipinin birden çok şekilde işlenebildiği görülmektedir. Maddenin birinci fıkrasının c bendi ise, 61. maddeye atıf yapmak sureti ile "marka hakkına tecavüz suçu"nu oluşturmaktadır.

556 sayılı KHK'nın 61/A maddesi aşağıdaki gibidir:

Madde 61/A- (Değişik: 5194 - 22.6.2004 / m.16) Bu Kanun Hükümünde Kararname kapsamında;

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

b) Mevcut olmadığını veya üzerinde tasarruf yetkisi bulunmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği halde bu Kanun Hükümünde 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 yirmiyedimilyar liradan kırkaltımilyar liraya kadar ağır para cezasına veya her ikisine,

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

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

Bu madde hükümlerinin uygulanmasında 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 344. maddesinin birinci fıkrasının (8) numaralı bendi uygulanmaz. Marka korunmasından doğan hakları tecavüze uğrayandan başka, 61. maddede

sayılanlar dışında kalan suçlarda Enstitü; marka hakkı sahibi olarak belirtilmesi gereken kimlik bildirimini gerçeğe aykırı olarak yapılması ile korunan bir marka hakkının sahibi olmadığı veya koruma süresinin bittiği veya herhangi bir sebeple marka hakkının hükümsüzlüğü veya marka korumasından doğan hakkının sona ermesi durumlarında; kendisinin veya başkasının imal ettiği veya satışı 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 reklamlarda bu tarzda yazı, işaret veya ifadelerin kullanılması durumlarında, 8.3.1950 tarihli ve 5590 sayılı Kanun veya 17.7.1964 tarihli ve 507 sayılı Kanuna tabi kuruluşlar ve tüketici dernekleri de şikayet hakkına sahiptir. Şikayetin fiil ve failden haberdar olma tarihinden itibaren iki yıl içinde yapılması gerekir.

Bu kapsamdaki suçlarla ilgili şikayet, acele işlerden sayılır. Marka hakkı başvurusu veya marka korumasından doğan haklara tecavüz dolayısıyla üretilmesi cezayı gerektiren eşya ile bu eşyaları üretmeye yarayan araç, gereç, cihaz, makine gibi vasıtaların zapt edilmesi veya el konulması veya yok edilmesinde, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 36. maddesi hükmü ile 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanır.

1.1. 556 Sayılı KHK'nın 61/A Maddesinin 1. Fıkrasının (a) bendi

Bu bentte üç ayrı suç tipi düzenlenmiştir. Bu suçları 'marka tescili ile ilgili suçlar' olarak kategorize etmek mümkündür.

a. Gerçeğe Aykırı Kimlik Bildiriminde Bulunmak Suçu

556 sayılı KHK 61/A-1(a) maddesinin ilk cümlesinde, marka hakkı sahibi olarak belirtilmesi gereken kimlik bildirimini gerçeğe aykırı olarak yapanların cezalandırılacağı düzenlenmektedir.

556 sayılı KHK'da yer alan "gerçeğe aykırı kimlik bildiriminde bulunma" suçu, Türk Ceza Kanunu'nun "Bir resmî belgeyi düzenlemek yetkisine sahip olan kamu görevlisine yalan beyanda bulunma" suçunu düzenleyen 206. maddesi ve "özel belgede sahtecilik" suçunu düzenleyen 207. maddelerinde düzenlenen suçlara benzemektedir. Bu bağlamda, şayet 556 sayılı KHK'da

gerçeğe aykırı bildirimde bulunmak suç olarak düzenlenmese idi bile, sayılan iki maddeye dayanılarak gerçeğe aykırı kimlik bildiriminde bulunan marka sahipleri cezalandırılabilir. Ancak, 556 sayılı KHK'nın TCK'ya nazaran özel hüküm sayılması sebebiyle marka hakkı sahibi olarak belirtilmesi gereken kimlik bildirimini gerçeğe aykırı olarak yapan kişi, özel hüküm niteliğinde olan Mark. KHK 61/A-1(a) maddesine göre cezalandırılacaktır.⁶⁶

Bu suç, marka tescilinin sağlanması için Türk Patent Enstitüsü nezdinde yapılan başvuru sırasında yapılması zorunlu olan kimlik bildirimini gerçeğe aykırı olarak yapılmasını ifade etmektedir. 556 sayılı KHK'nın 23.(a) maddesi uyarınca bir markanın tescil edilmesi için, şekli ve kapsamı yönetmelikte belirlenen başvuru sahibinin kimliğine ilişkin bilgileri de içeren başvuru dilekçesi ile başvuruda bulunmak şarttır. 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulamasına Dair Yönetmelik'in (Marka Yön.) 7. maddesi uyarınca marka başvuru dilekçesinde yer alması zorunlu kimlik bilgileri ise şunlardır: Başvuru sahibi gerçek kişi ise adı ve soyadı, tüzel kişi ise ticaret unvanı, başvuru sahibi gerçek kişi T.C. vatandaşı ise T.C. kimlik numarası ve vergi kimlik numarası, başvuru sahibi tüzel kişi T.C. uyruğunda ise vergi numarası.

Gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçu, marka hakkı sahibi olarak Resmî başvuruda bulunan kimsenin kimlik bildirimini gerçeğe aykırı olarak yapması ile meydana geldiğinden başvuru sahibinin, başvuru dilekçesinde tümüyle farklı kimlik bilgileri vermesi ile kimlik bilgilerinden sadece bir bölümünü yanlış olarak vermiş olması arasında suçun oluşması açısından bir fark bulunmamaktadır.⁶⁷ Ancak, kimlik kapsamında değerlendirilemeyecek olan adres, telefon, faks ve benzeri bilgilerin yanlış verilmesi bu suç kapsamında değerlendirilemez. Bu suç, sadece marka başvurusu sırasında işlenmemektedir. Devir, unvan değişikliği gibi, Enstitüye kimlik bildiriminde bulunmayı gerektiren diğer hallerde de, bildirilen kimlik bilgilerinin gerçeğe aykırı olması bu suçu vücuda getirebilecektir. Başvurunun (veya devir, unvan değişikliği vb işleminin) vekil tarafından yapılması halinde de yine gerçeğe

⁶⁶ H. Aydın, Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar; Yetkin Yay, 2003, sf:77

⁶⁷ Tekinalp, age: sf-441

aykırı bildirimde bulunan marka vekili ile vekili bu şekilde bilgi vermeye azmettiren marka sahibi ceza sorumluluğu altındadır.⁶⁸

Bu suç salt hareket suçu olup kimlik bilgilerinin, marka başvurusuna (veya kimlik bildiriminde bulunmayı gerektiren başka bir belgeye) gerçeğe aykırı olarak yazılarak Enstitüye verilmesi ile oluşur. Suç bu bakımından sonucu harekete bitişik suç görünümündedir.⁶⁹ Bu suçun salt hareket suçu olması sebebi ile bu suça teşebbüs de mümkün değildir.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere; 551 sayılı Markalar Kanunu'nda bu tür bir suç düzenlenmemiştir. "Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı" metni incelendiğinde de metnin ceza hükümlerinin düzenlendiği 75. maddesinde gerçeğe aykırı kimlik bildiriminde bulunmanın suç olarak düzenlenmediğini görüyoruz. Ancak yine daha önceki açıklamalarımızda belirttiğimiz üzere, marka başvurusu sırasında kimlik bilgilerini tam ve doğru verme yükümlülüğü bulunmakta olup aksine davranış, duruma göre memur olmayan kimsenin Resmî belgede sahteciliği suçunu (TCK 204), Resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyanda bulunma suçunu (TCK 206), özel belgede sahtecilik suçunu (TCK 207) oluşturabilecektir.⁷⁰ Esasen bu durum, 556 Sayılı KHK'nın 61/A maddesinin ilk iki bendi için geçerli bir durumdur. Yasa koyucu, klasik ceza normları ile giderilebilecek, bir başka deyişle klasik ceza normunda da benzerleri olan hükümleri burada özel olarak ayrıca düzenlemiştir.

b. Marka Koruması Olduğunu Belirten İşareti Yetkisi Olmadan Kaldırmak Suçu

556 sayılı KHK'nın 61/A maddesi 1-(a) bendinde düzenlenen ikinci suç, marka koruması olan bir eşya veya ambalajı üzerine konulmuş marka koruması olduğunu belirten işareti yetkisi olmadan kaldırma suçudur.

⁶⁸ Aydın, age, sf:78

⁶⁹ Keskin, age; sf. 120

⁷⁰ Keskin, age; sf. 120

Bilindiği gibi marka koruması, Türk Patent Enstitüsüne yapılan tescil başvurusu üzerine Enstitüce verilen marka tescil belgesi ile yapılmaktadır. Bu şekilde koruma altına alınmış olan markalar, koruma altında olduklarını, yani tescilli bulduklarını ifade etmek için İngilizce 'registered' kelimesinin ilk harfinden oluşan ® işareti ile birlikte kullanılırlar. Meşhur marka olup tescil koruması altına alındıkları herkesçe malum olan markalar dışında tescilli tüm markalar, bu işaretle birlikte kullanılmaktadır.

İşte burada sözü edilen suç, tescilli bulunan marka ile birlikte kullanılan ® işaretinin yetkili olmayan kişilerce kaldırılması suçudur.

Düzenlemede işareten bahsedildiği için bir markanın koruma altında olduğunu belirten kelime veya cümlelerin kaldırılması suç teşkil etmez. Örneğin, bir malın üzerindeki "Bu marka, Türk Patent Enstitüsünün tarihli ve sayılı kararıyla sicile kaydedilmiştir" ibaresini kaldırmak bu suçu oluşturmaz. Aynı şekilde mal ve ambalajlar üzerindeki diğer işaretlerin kaldırılması da bu suçu oluşturmaz. Ayrıca, maddede *eşya* ve *ambalaj* üzerine konulan işaretlerin kaldırılmasının suç olduğu belirtildiğinden eşya ya da ambalaj dışında, marka sahibinin iş evraklarında, reklamlarında kullandığı, marka koruması olduğunu belirten işaretin kaldırılması da suç değildir.⁷¹

Tescilli marka işaretinin eşya ya da ambalaj üzerinden kaldırılması fiilinin suç tipine uygun olması için;

- işaretin marka üzerine haklı bir sebeple konmuş olması, bir başka deyişle markanın gerçekten de tescil hakkına sahip olması,
- markanın söz konusu eşya ya da ambalaj üzerinde bulunmasının hukuka uygun bulunması,
- işaretin kaldırıldığı markanın, işaretin bulunduğu eşyayı içeren mal veya hizmet sınıfında tescilli olması,
- işareti kaldıran kişinin bu işareti kaldırmaya yetkili olmaması (bu bağlamda tüketicilerin satın aldıkları eşya veya ambalajları üzerindeki marka koruması olduğunu belirten işareti kaldırmaları suç teşkil etmez.

⁷¹ Aydın, age. Sf. 79, 80

Zira malı iktisap eden tüketicilerin mülkiyet hakkı gereğince malda diledikleri gibi tasarrufta bulunma hakkı olduğundan, işareti kaldırmaları da suç oluşturmaz.)⁷²

gereklidir.

Marka koruması olduğunu belirten işareti yetkisi olmadan kaldırma suçu, marka koruması olduğunu belirten işaretin kaldırılmasıyla tamamlanır. Marka sahibinin bu eylemden zarar görmesi aranmaz. Bu nedenle bu suç da sonucu hareketle bitişik suç olarak değerlendirilebilir.⁷³ Yine aynı sebeple, bu suça da teşebbüs mümkün değildir.

Bu suç tipi, 551 sayılı Markalar Kanunu'nda yer almamaktaydı. Buna karşılık, Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı'nın 75. maddesinin 2. bendinde bu suç düzenlenmiştir. Söz konusu bent şu şekildedir:

(2) Bir eşya veya ambalajı üzerine konulmuş marka koruması olduğunu belirten işareti, yetkisi olmadan kaldıran kişi, iki aydan bir yıla kadar hapis veya ikibin günden dörtbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

Görüldüğü gibi, taslak metinde, mevcut düzenleme olduğu gibi korunmuş ancak cezaları azaltılmış bulunmaktadır. Bu suç ile korunmak istenen menfaat göz önünde alındığında tasarıda öngörülen ceza miktarının daha gerçekçi olduğunu söylemek mümkündür.

c. Kendini Haksız Olarak Marka Hakkı Sahibi Gibi Göstermek Suçu

556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinin ilk fıkrası (a) bendinde düzenlenen bu suç, şu şekillerde meydana gelebilir:

- Marka başvurusunda bulunulmaksızın kişinin kendini marka başvurusu sahibi olarak göstermesi,

⁷² Aydın, age; sf 80

⁷³ Keskin, age; sf 121

-
- Marka başvurusu tescil ile sonuçlanmamasına rağmen kişinin kendini marka hakkı sahibi gibi göstermesi,
 - Marka tescilinden doğan koruma süresi dolduğu halde kişinin kendini marka hakkı sahibi gibi göstermesi,
 - Başka mal veya hizmetlerde tescil edilmiş markası bulunduğu halde, tescil kapsamı dışındaki mal veya hizmetler bakımından da kişinin kendini marka hakkı sahibi olarak göstermesi.

Bu fiillerin tümü suçtur. Kişi, herhangi bir şekilde, tescil hakkı olmaksızın kendini marka hakkı sahibi gibi gösterebilir.

Bu suç, failin kendisini marka başvurusu veya marka hakkı sahibi olarak göstermesiyle tamamlanır. Ayrıca bir zararın doğmasına gerek yoktur.⁷⁴ Söz konusu suç neticesi hareketle bitişik bir suç olduğundan bu suça teşebbüs de mümkün değildir.

Tıpkı bu bentte sayılan diğer suçlarda olduğu gibi bu suç da 551 sayılı Kanun'da düzenlenmemiştir. Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı'nda da bu suç düzenlenmemiş, sadece, bu suça benzer nitelikte olan, tescilli marka hakkı sahibi olduğu izlenimi uyandıracak işaret kullanma suçu düzenlenmiştir.⁷⁵ Ancak bu suç, 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinin 1-(b) bendinde düzenlenen ikinci suç kalıbı (korunan bir marka hakkı sahibi olmadığı halde, marka hakkı sahibi olduğu izlenimi uyandıracak şekilde markayı kullanmak) ile paralellik arz etmektedir. Bu bağlamda 'kendini marka başvurusu veya tescil hakkı sahibi gibi gösterme' suçu, Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı'nda yer almamaktadır.

Özellikle maddenin ilk fıkrasının (b) bendindeki suçlara yakınlığı sebebi ile uygulamada pek fazla yer bulamayan bu düzenlemenin tasarıda yer almaması olumludur.

⁷⁴ Aydın, age, sf:82

⁷⁵ Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı (Kaynak: www.tpe.gov.tr) Madde 75/4: Tescilli bir marka sahibi olmadığı halde, tescilli bir marka sahibi olduğu anlamına gelecek yazı, işaret veya ifadeleri kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve beşbin günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

1.2. 556 Sayılı KHK'nın 61/A Maddesinin 1. Fıkrasının (b) bendi

556 Sayılı KHK'nın 61/A maddesinin ilk fıkrası b bendinde marka tescilinden doğan hukuki işlemlerle ilgili suçlar yer almaktadır.

a. Hak Sahibi Olmadığı veya Tasarruf Yetkisi Bulunmadığı Halde Marka Hakkına İlişkin Hukuki İşlemlerde Bulunmak Suçu

Maddede bu suç, "Mevcut olmadığını veya üzerinde tasarruf yetkisi bulunmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği halde bu Kanun Hükmünde Kararname'nin devir, intikal, rehin ve haciz ile ilgili maddelerinde yazılı haklardan birini veya bu hakla ilgili lisansı başkasına devreden, veren, rehneden, bu haklarla ilgili herhangi bir tasarrufta bulunanlar cezalandırılırlar" olarak düzenlenmiştir.

Maddede konu edilen tasarruf işlemleri, 556 sayılı KHK'nın 5. bölümü altında, 15 ve devamı maddelerinde, "Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler" başlığı altında düzenlenmiştir. KHK'nın 'Markanın Hukuki İşlemlere Konu Olması' başlıklı 15. Maddesi, tescilli bir markanın, başkasına devir edilebileceğini, miras yolu ile intikal edilebileceğini, kullanma hakkı lisans konusu olabileceğini, rehin edilebileceğini düzenlemiştir.

İşte sayılan bu hukuki işlemlerin yetkisiz kişilerce yapılması ya da tescilli olmayan bir marka hakkında yapılması suç teşkil etmektedir. Bazen kişi hak sahibi olabilir ancak tasarruf yetkisine sahip olmayabilir. Mesela marka hakkı veya başvuru hakkı, sahibinin ölmesi halinde kendiliğinden mirasçılara geçer. Bu durumda mirasçılar intikal eden hak üzerinde iştirak halinde mülkiyet hakkına sahip olurlar. Mirasçılarının tek başına bu hak üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi yoktur. Dolayısıyla mirasçılardan birinin marka hakkını tek başına başkasına devretmesi halinde de bu suç oluşacaktır.⁷⁶

⁷⁶ Aydın, age; sf. 83

Suçu düzenleyen madde metninde, "herhangi bir şekilde tasarrufta bulunmak" ibaresi, suç teşkil eden fiillerin, rehin, lisans, devir işlemlerinden ibaret olmadığı izlenimi yaratsa da kanaatimizce 556 sayılı KHK'nın 1. kısım 2. bölümünde düzenlenen hukuki işlemler dışındaki işlemlerin bu suça vücut vermesi mümkün değildir. 'Herhangi bir şekilde tasarrufta bulunmak' ibaresi burada, sayılan hukuki işlemlerin koyulması yanında değiştirilmesi, kaldırılması, sınırlandırılması ve benzeri durumları düzenlemektedir.

Bu suç, ifade edilen eylemlerin herhangi birinin icrasıyla tamamlanır. Yani failin markayı devretmesi, rehin vermesi, lisans vermesi, haczetmesi veya herhangi bir şekilde bu haklar üzerinde tasarrufta bulunmasıyla suç tamamlanır. Suçun tamamlanması için herhangi bir zararın doğmasına gerek yoktur. Suç salt hareket suçu olduğu için bu suça teşebbüs mümkün değildir.⁷⁷

556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinin ilk fıkrasının (b) bendinde düzenlenen, devretme, intikal etme, rehnetme, lisans verme ve haczetme işlemlerinde bulunabilmek için yetkisiz kişinin kendini marka hakkı sahibi gibi göstermesi gerekmektedir. Bu fiilin KHK'nın 61/A maddesinin 1-(a) bendinde düzenlenen 'kendisini marka sahibi olarak gösterme' suçunun özel bir biçimi olduğunu, hatta cezasının diğerine göre daha ağır olması göz önüne alındığında ağırlaştırılmış hali olduğunu söylemek mümkündür.

Bu düşünceden hareketle kişi, tescilli markası bulunmadığı halde kendisini tescilli marka sahibi olarak gösterirse (a) bendi uyarınca cezalandırılacak iken bir adım daha ileri giderek, kendisine ait olmayan ya da tescilli bulunmayan markayı hukuki işlemlere konu ederse bu durumda (b) bendine göre cezalandırılması söz konusu olacaktır.

Doktrinde bu fiilin suç olarak düzenlenmesi eleştirilmiş, konunun özel hukuk alanında çözülmesi gerektiği, hukuk düzenlerinde *ultima ratio* (son çare) olması gereken ceza hukukunun bu hukuki ilişkiyi düzenlemesinin sakıncalı olduğu, söz konusu hukuki işlemlerin sözleşme ile

⁷⁷ Aydın, age; sf.84-85

gerçekleştirileceği düşünülürken cezai düzenlemelerin Anayasa'mızda yer alan 'Hiç kimse yalnız sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesinden dolayı özgürlüğünden alı konamaz.' hükmüne aykırı olduğu üzerinde durulmuştur.⁷⁸

Gerçekten de (a) bendinde düzenlenen 'kendisini marka tescil hakkı sahibi olarak gösterme' suçunda fail kendisini marka hakkı sahibi olarak gösterme fiilini topluma karşı işlemektedir. Bu durum kamuyu etkileyebilecek, tescil korumasının etkilerini azaltabilecek niteliktedir. Bununla beraber, markanın haksız olarak hukuki ilişkilere konu edilmesi daha ziyade ikili ilişkide örneğin rehin eden ile rehin alan ya da lisans veren ile lisans alan arasındaki ilişkiyi etkileyecek mahiyettedir. Bu kişilerin sözleşmesel nitelikte bulunan bu ilişkileri nedeni ile cezalandırılmaları Anayasa'nın 38. maddesine 03.10.2001 tarihinde 4709 sayılı yasa ile eklenen sözleşmesel yükümlülüklerin ihlalden dolayı hürriyeti bağlayıcı ceza verilemeyeceği kuralına da aykırı görülebilecektir.

Buna karşılık kanun koyucu bu suçu yaratırken kişilerin özel hukuk ilişkilerinde marka tescili gibi Resmî nitelikteki bir kurumu suistimal etmelerini önlemek istemektedir. KHK'nın 61/A maddesinin birinci fıkrasının ilk iki bendi bu nitelikteki suç tipleri düzenlemekte olup bu bakımdan bu suçun düzenlenmesinde de bir aykırılık bulunmamaktadır.

Söz konusu düzenlemeye yönelik asıl eleştirimiz, maddede düzenlenen suç tipinin gerçekleşmesinin belli koşullara bağlı olması sebebi ile maddenin uygulanmasında güçlük yaşanacağını düşünmemizden kaynaklanmaktadır.

Şöyle ki 556 sayılı KHK'da sayılan marka tescili ile yapılabilecek hukuki işlemler, mutlaka Türk Patent Enstitüsüne yapılacak müracaat ile gerçekleştirilmekte ya da üçüncü kişiler bakımından hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için Enstitü nezdinde tutulan Markalar Siciline kayıt edilmesi gerekmektedir.

⁷⁸ Bu görüş için: Keskin, age: sf: 124

Örneğin marka tescilinin devri, taraflar arasında noterde düzenleme şeklinde yapılacak bir devir sözleşmesinin imzası ile gerekli belgelerin ve işlem harcının Enstitüye ulaştırılması neticesinde doğrudan Türk Patent Enstitüsü tarafından yapılmaktadır. Devir sözleşmesinin imzası sırasında devreden, marka tescil belgesi sahibi bulunduğunu noter nezdinde kanıtlamak durumundadır. Bu bağlamda tasarruf yetkisi olmaksızın devir işleminin yapılması ya sahte belge düzenlenmesi ile ya da kendini marka sahibi göstermek sureti ile gerçekleştirilebilir. Bu durumlardan ilkinin evrakta sahtecilik suçuna vücut vereceği, ikincisinin ise 556 sayılı KHK'nın 61/A, 1-(a) bendinde yer alan suç oluşturacağı açıktır.

Rehin, lisans gibi hukuki işlemler ise taraflar arasında adi yazılı sözleşme ile yapılmakla beraber, üçüncü kişiler bakımından ancak Enstitüye yapılacak başvuru üzerine rehin/lisans sözleşmesinin markalar siciline kaydedilmesi ile hüküm ifade edecektir. Bu bağlamda tıpkı devirde olduğu gibi rehin/lisans sözleşmesini Resmî markalar siciline kaydettirmek isteyen kişinin fiili, 'kendini marka hakkı sahibi gibi gösterme' suçu ile örtüşmektedir. Evrakta sahtecilik suçunun ise markaya ilişkin tüm kayıtların Enstitüde tutulmakta olması sebebi ile fiiliyatta işlenmesi oldukça güç bulunmaktadır.

551 sayılı Kanunda yer verilmeyen bu suç, taslak halinde bulunan Markalar Kanunu Tasarısı'nın 75. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre; hak sahibi olmadığı veya üzerinde tasarruf yetkisi bulunmadığı halde, devretmek, lisans vermek veya rehnetmek suretiyle marka üzerinde tasarrufta bulunan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve onbin günden onbeşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

Görüldüğü gibi suç için öngörülen ceza miktarı azaltıldığı gibi suçu düzenleyen madde metni de değiştirilmiştir. Yeni düzenlemede suçu oluşturacak hukuki işlemler tek tek sayılmak sureti ile belirlenmiştir. Yeni düzenlemede 'bilmesi gerektiği halde' ibaresi madde metninden çıkarılmış, bu şekilde doktrinde yer alan suçun taksirli olarak işlenebileceği yönündeki tartışmaya son verilmiştir. Maddenin bu hali ile suçun manevi unsuru kasıttır.

Ayrıca taslak metinde suç oluşturana hukuki işlemler 'devretmek', 'lisans vermek' ve 'rehnetmek' ile sınırlanmıştır. Suç oluşturana fiillerin sınırlı sayıda belirlenmesi ceza tekniğine uygun olsa da sayılan hakları değiştirmek, sınırlamak ya da kaldırmak gibi fiillerin suç olmaktan çıkarılması zararlı olmuştur. 556 sayılı KHK'da bu suçla ilişkin düzenlemeye yönelik eleştirilerimizi yeni tasarı taslağı için de tekrarlıyoruz.

b. Korunan Bir Marka Hakkı Sahibi Olmadığı Halde, Marka Hakkı Sahibi Olduğu İzlenimi Uyandıracak Şekilde Markayı Kullanmak Suçu

556 sayılı KHK uyarınca, korunan bir marka hakkının sahibi olmadığı veya koruma süresinin bittiği veya marka hakkının hükümsüzlüğü veya herhangi bir sebeple 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 cezalandırılırlar.

Bu suçun gerçekleşmesi için söz konusu marka, failin kendisinin veya başkasının imal ettiği veya satışa çıkardığı eşyanın kendisi veya ambalajının üzerine yahut fatura gibi ticari evrakına veya ilanlarına konulmuş olmalıdır. Ancak suç teşkil eden "konulma" tanımlanmıştır. Marka, eşya, ambalaj ya da ticari evrak veya ilana marka hukukunun onu koruduğu kanısını gösterecek şekilde konulmalıdır. Bunun için ya ® ya da benzeri işaretlere yer vermeli veya yazılı ve görsel basınlardaki ilanlarda ve reklamlarda böyle yazılar, işaretler veya ifadeler kullanılmalıdır.

Bu suç, 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesi 1-(a) bendinde düzenlenen 'kendisini marka hakkı sahibi gibi göstermek' suçundan ayıran temel özellik, markanın tescilli olduğu anlamına gelecek bir *işaret* (® veya benzeri bir işaret) ile birlikte kullanılmasıdır.

Suçun işlenebilmesi için öncelikle, failin başlangıçtan beri, korunan bir marka sahibi olmaması veya korunan bir marka sahibi olmasına rağmen koruma süresinin bitmiş olması veya marka hakkının mahkeme kararı ile hükümsüzlüğüne karar verilmiş olması veya marka hakkının herhangi bir şekilde sona ermiş olması gerekmektedir.

Söz konusu suçun oluşması için;

- Failin markayı, hukuken korunan bir marka olduğu izlenimi verecek şekilde kendi ürettiği veya başkasının ürettiği mallarda kullanması,

veya

- Failin markayı, hukuken korunan bir marka olduğu izlenimi verecek şekilde kendisinin veya başkasının satışa çıkardığı mallarda kullanması,

yeterlidir.

Kullanma, markanın tescilli olduğu izlenimi veren işareti üretilen veya satışa sunulan malın üzerine veya ambalajına koyması veya fatura, irsaliye, kartvizit, başlıklı kağıt ve benzeri ticari evrakta kullanması veya ilanlarında bu tür bir izlenim verecek işaretler bulundurması ile olmaktadır. Kullanımın 'aldatıcı' mahiyette olması gerekir. Ancak sayılan yerlerde 'işaret' koyma dışındaki kullanımlar suç olarak kabul edilmemiştir.

Maddede suç olarak düzenlenen son durum, yazılı ve görsel basındaki ilan ve reklamlarda bu tarz yazı, işaret veya ifadelerin kullanılmasıdır. Yazılı ve görsel basındaki ilan ve reklamlarda sadece marka koruması olduğu izlenimi verecek işaretler değil aynı zamanda bu içerikli yazı ve ifadelerin kullanılması da suç teşkil eder.

Suçun oluşması için failin marka hakkı sahibi olduğunu belirtecek bir işaret *kullanması* ya da reklam, ilan ve tanıtımında bu izlenime sebep olacak işaret ve ibareler *kullanması* yeterlidir. Suç bu anlamda bir tehlike suçudur.

Piyasada böyle bir kanının oluşması aranmamakta, tehlikenin varlığı suç için yeterli kabul edilmektedir.⁷⁹

Düzenlemede geçen ve suçun maddi unsuru teşkil eden eylemlerin, bir başkasının marka hakkına tecavüz teşkil etmemesi gerekir. Aksi takdirde 61/A maddesinin (c) fıkrasındaki suç oluşur. Örneğin, korunan bir marka hakkı olduğu izlenimi verecek şekilde başkasına ait markayı, ürettiği malların üzerine koyan kişinin eylemi, 61/A maddesinin ilk fıkrasının (b) bendine göre değil (c) bendine göre suç teşkil eder.⁸⁰

Bu suç salt hareket suçu olup, düzenlemede geçen eylemlerin icrasıyla tamamlanır. Yani failin eşya ve ambalajlarına veya ticari evrakına veya ilanlarına yukarıda niteliği belirtilen işaretleri koyması veya bu işaretleri içeren ilan ve reklamların yazılı ve görsel basında yayınlanmasıyla suç tamamlanır. Ayrıca bir zararın doğmasına gerek yoktur.⁸¹

61/A maddesinin (a) ve (b) bentlerinde düzenlenen diğer suçlarda olduğu gibi bu suç tipi de 551 sayılı Markalar Kanunu'nda yer almamaktaydı.

Ancak, taslak metin incelendiğinde yeni marka mevzuatında da bu suçun korunmaya devam edeceği görülmektedir. Yeni Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı'nda, bu suç, "Tescilli bir marka sahibi olmadığı halde, tescilli bir marka sahibi olduğu anlamına gelecek yazı, işaret veya ifadeleri kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve beşbin günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır." şeklinde düzenlenmektedir.

Maddenin bu şekilde, hem tescilli marka sahibi olduğu izleniminin yaratılacağı mecralar sınırlanmamış hem de izlenimin yaratılması 'yazı', 'işaret' veya 'ifade' ile mümkün hale gelmiştir.

Bu bağlamda yeni düzenlemede, 556 sayılı KHK'da olduğu gibi ürettiği ya da sattığı eşya, ambalaj, ticari evrak veya ilanlarda tescilli marka olduğu

⁷⁹ Keskin, age: sf. 125

⁸⁰ Aydın, age: sf. 87

⁸¹ Aydın, age: sf. 88

izlenimi verecek *işaret* kullanılması, reklam ve ilanlarda ise tescilli marka olduğu izlenimi verecek *işaret* veya *ibare* suç iken taslak metinde kullanım yeri belirtilmeksizin tescilli bir marka sahibi olduğu anlamına gelecek yazı, işaret veya ifadelerin kullanımı yasaklanmıştır. Bu şekilde mevcut düzenlemede reklam ve ilanlar ile diğer kullanım yerleri arasındaki gereksiz nitelik farklılığı ortadan kaldırılmıştır.

Bu hali ile eşya veya ambalaj üzerine de ® işareti yerine tescilli olduğu izlenimi verecek yazıları yazılması da suç kapsamına alınarak önlenmektedir. Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı'nda yapılan bu düzenlemenin yerinde olduğu kanaatindeyiz.

1.3. 556 Sayılı KHK'nın 61/A Maddesinin 1. Fıkrasının (c) bendi

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin marka suçlarını düzenleyen 61/A maddesinin 1-c bendi, 61. maddede yazılı fiillerden birini işleyenler hakkında, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına veya yirmiyedimilyar liradan kırkaltımilyar liraya kadar ağır para cezasına veya her ikisine, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticaretten men edilmelerine karar verileceğini düzenlemektedir.

KHK'da düzenlenen marka suçları içinde en ağır cezanın öngörüldüğü bu maddede, 61. maddeye atıf yapılmıştır. 556 sayılı KHK'nın 61. maddesi marka hakkına tecavüz sayılan fiilleri düzenlediğinden (c) bendinde düzenlenen suçu "marka hakkına tecavüz suçu" olarak nitelendirmek mümkündür.

61. madde düzenlemesi şu şekildedir:

Marka hakkına tecavüz sayılan fiiller

Madde 61 - Aşağıda yazılı fiiller marka hakkına tecavüz sayılır:

- a) 9 uncu maddenin ihlali,
- b) Marka sahibinin izni olmaksızın markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek,

- c) Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için ithal etmek veya ticari amaçla elde bulundurmak,
- d) (...) (Madde 61 in (d) bendi, Anayasa Mahkemesinin 14.5.2004 tarih ve 25462 sayılı R.G.'de yayımlanan, 2.3.2004 gün ve K.2004/25 - E.2002/92 sayılı kararı ile yayımından 1 yıl sonra yürürlüğe girmek üzere iptal edilmiştir.)
- e) (a) ila (c) bendlerinde 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.

556 sayılı KHK'da düzenlenen son marka suçu bu düzenlemeyi kapsadığından, söz konusu fiilleri tek tek incelemek gerekmektedir. Ancak bu incelemeye geçmeden önce, bu maddenin hukukiliği üzerine var olan tartışmalar üzerinde durmakta fayda bulunmaktadır.

Daha önce de izah ettiğimiz gibi, kanun hükmünde kararname ile suç yaratılmış olması hukukumuzda tartışma yaratmış, ancak 61/A maddesinin 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye bir kanun ile eklenmiş olması sebebi ile bu düzenlemenin suçta ve cezada kanunilik ilkesine uygun olduğu sonucuna varılmıştır.

Bununla beraber, 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye eklenen yasa maddesinde suçlar ve cezaları düzenlenirken marka hakkına tecavüz suçu doğrudan KHK maddesine atıf yapılmak sureti ile düzenlenmiştir. Bu şekilde, suç tipinin Kanun Hükmünde Kararname ile cezasının ise Kanun ile düzenlenmiş bulunduğu görülmektedir. Bu tür bir uygulamanın ise suçta ve cezada kanunilik prensibi ile uyuşmadığı sonucuna varılmaktadır.

61. madde, (d) bendi açısından Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmiş bulunmaktadır. Bergama Asliye Ceza Mahkemesi'nin 17.4.2002 günlü başvuru kararı üzerine yapılan incelemede, Mahkemece konu edilen uyuşmazlık münhasıran 61. maddenin (d) bendini ilgilendirdiğinden Anayasa Mahkemesi incelemesini bu madde ile sınırlı tutmuştur.

Anılan maddenin (d) bendinde “marka sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları 3. kişilere devir etmek” fiili düzenlenmekte idi. Bergama Asliye Ceza Mahkemesi’nin başvuru kararında, Mahkeme önüne getirilen uyuşmazlığın münhasıran sözleşmesel ilişkiye dayanması sebebi ile bu fiilin 61/A maddesi 1-c bendinde suç olarak düzenlenmesinin Anayasa’nın 38. maddesine 4709 sayılı Kanunun 15. maddesi ile eklenen son fıkra uyarınca “Hiç kimse yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonamaz” hükmüne aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Her ne kadar Mahkeme başvuru kararı ile, 24.6.1995 günlü, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 61. maddesinin (d) bendi ile 4128 sayılı Yasa’nın 5. maddesiyle eklenen 61/A maddesinin 1-(c) bendinin Anayasa’ya aykırılığını ileri sürerek iptalini istemekte ise de Anayasa Mahkemesi, 2.3.2004 tarih ve 2002/92 Esas, 2004/25 Karar sayılı kararında, somut olayda dava 61. maddenin (d) bendinde belirtilen eyleme ilişkin bulunduğundan 61/A maddesinin 1-(c) bendinin esasına ilişkin incelemenin 61. maddenin itiraz konusu (d) bendi yönünden sınırlı olarak yapılması gerektiğine hükmetmiştir. Diğer bentler ise bu bağlamda inceleme dışı bırakılmıştır.

61. maddenin (d) bendinin incelenmesinde Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu 556 sayılı KHK’nın 61. maddesinde, 61/A maddesinde ceza öngörülen eylemlerin düzenlendiğini, suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. madde Anayasa’nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığından bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile yapılmasının olanaklı olmadığını belirterek, itiraz konusu 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 61. maddesinin (d) bendinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve iptali gerektiğine karar vermiştir.

Aynı kararda, 61/A maddesinin 1-(c) bendinin Kanun Hükmünde Kararname metnine usulüne uygun olarak çıkarılan bir kanun ile eklendiğinden ve kanunla kanun hükmünde kararnameye madde eklenmesini

engelleyen bir düzenleme bulunmadığından bahisle bu maddeye yönelik yapılan iptal talebinin reddi gerektiği belirtilmektedir.

Görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi, 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesini, KHK metnine 4128 sayılı Kanun ile eklendiğinden Anayasa'ya uygun görmekte, ancak açıkça suç olarak düzenlenen 61. maddesindeki fiillerin, kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibine aykırı olmalar sebebi ile iptali gerektiği görüşündedir. Buradan, söz konusu kararda inceleme dışı bırakılan 61. maddenin a, b ve c bentlerinin de aynı hukuki zaafı taşıdığı sonucuna ulaşmak mümkündür.

Söz konusu Anayasa Mahkemesi kararı oyçokluğu ile alınmış olup, karşı görüştekilerin karşı oy yazılarında dile getirdikleri görüşler de karar kadar önem taşımaktadır. Karşı görüştekiler, yasa koyucunun marka hakkına tecavüz fiillerini bir başka maddeye atıf yaparak belirtmesi ile bu fiilleri madde metnine tek tek yazması arasında fark bulunmadığı görüşündedirler. Burada yasa yapma tekniğine uygun davranıldığını ve mevcut durumda iptali gerektiren bir durumun söz konusu olmadığı ifade edilmiştir. Karşı oy yazısında, "Anılan fiillerde sonradan KHK ile bir değişiklik yapılması farklı bir durum olup, ancak böyle bir durumda suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılıktan söz edilebilir." denilmektedir.

Gerçekten de, gerek 556 sayılı KHK'da marka suçlarını düzenleyen 61/A maddesinin, gerekse bu maddede atıf yapılan 61. maddenin (ve bu maddelerde atıf yapılan diğer KHK maddelerinin) yine bir kanun hükmünde kararname ile değiştirilmeleri her zaman için mümkündür. Bu durumda ise kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibinin ihlal edilmiş olacağı açıktır. Markalar Kanunu'nun bir an önce çıkarılması, bu tür bir tehlikenin önlenmesi bakımından da büyük önem arz etmektedir.

Öte yandan, 556 sayılı KHK'nın 61. maddesinin (d) bendinin iptaline yönelik olarak verilen Anayasa Mahkemesi kararında iptal edilen (d) bendinin doğuracağı hukuksal boşluk kamu düzenini tehdit edici nitelikte görüldüğünden kararın, Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihten itibaren 1 yıl

sonra yürürlüğe gireceğine hükmedilmişti. Zira, iptaline karar verilen madde salt ceza normu niteliğinde bir madde değildir. Söz konusu madde marka hakkına tecavüz hallerini düzenlemekte olup, bu maddenin iptali, söz konusu tecavüz durumunun özel hukuk normları ile önlenmesine de engel olmaktadır. Kanun koyucunun bu bedin iptali ile oluşan boşluğu yeni bir yasa çıkarmak sureti ile doldurması ve 2004 yılı Anayasa Mahkemesi kararında gösterilen gerekçelerle diğer bentlerin de iptalinin önlenmesi için 61/A maddesi 1-c bendinde sayılan marka hakkına tecavüz suçlarını bu kanun ile açık olarak belirtmesi gerekmektedir. Bu konuda en kalıcı çözümün Kanun Hükmünde Kararname'ye kanunla madde eklemek yerine yeni bir kanun oluşturmak olduğu ise tartışmasızdır.

Şimdi, marka hakkına tecavüz fiillerini, bu fiillerin geçmiş düzenlemeler ile Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı'nda yer alan düzenlemelerle karşılaştırmalı bir şekilde ele alacağız.

Marka hakkına tecavüz teşkil eden fiiller:

556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinin 1. fıkrasının c bendinin yollaması ile 61. maddede düzenlenen marka hakkına tecavüz halleri sınırlı sayı ilkesine göre belirlenmiş bulunmaktadır.⁸²

a. 9 uncu maddenin ihlali:

Bir markanın, sahibinin izni olmadan, başkası tarafından 556 sayılı KHK'da öngörülen modelde ve şekilde kullanılması marka hakkına tecavüzdür. Bu anlamda bir tecavüzün gerçekleşebilmesi için, üç şartın bir arada bulunması gereklidir. Bu şartlar: (1) Markanın sahibinin izni olmadan, (2) KHK'da belirtilen modellerden birine göre ve (3) KHK'da öngörüldüğü şekilde kullanılmasıdır.⁸³

⁸² Aydın, age. Sf: 88

⁸³ Tekinalp, age. Sf 415-416

556 sayılı KHK'nın 9. maddesi, markanın izinsiz kullanılması hallerini düzenlemektedir. Markanın marka sahibinin izni olmaksızın kullanılması suçtur. 9. maddede düzenlenen izinsiz kullanma halleri (modelleri)⁸⁴ şunlardır:

- 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 bulunan 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.

Kısaca belirtmek gerekirse markanın aynen izinsiz kullanılması, markanın veya benzerinin aynı veya benzer mal ve hizmet sınıflarında kullanılması yolu ile itibas yaratılması ve farklı mal ve hizmet sınıflarında kullanılsa bile markanın tanınmışlığından ya da itibarından yararlanılması, izinsiz kullanma sayılır ve 61. maddenin yollaması ile 61/A maddesi 1/c bendi uyarınca cezalandırılır.

Sayılan izinsiz kullanma hallerinin ne şekilde meydana gelebileceği de yine 9. maddenin ikinci bendinde sayılmıştır. Maddeye göre izinsiz kullanım şekilleri şöyledir:

- İşaretin mal veya ambalajı üzerine konulması,

⁸⁴ 'izinsiz kullanma modelleri' ifadesi için: Tekialp, age; sf.416, Keskin, Serap: age sf.129

- İşareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi veya bu amaçla stoklanması, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi veya o işaret altında hizmetlerin sunulması veya sağlanması,
- İşareti taşıyan malın ithali veya ihracı,
- İşaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması.

Markanın sayılan hallerde (ya da modellerde) ve sayılan şekillerden biri (veya bir kaçı) ile kullanılması hali, ancak sahibinin izninin bulunmadığı haller için suç teşkil etmektedir. Bu izin herhangi bir şekilde bağlanmamıştır. Açık ya da örtülü olabilir. Aynı şekilde iznin kapsamının aşılması ya da iznin belirli bir süreye tabi olarak verilmesi durumunda sürenin aşılması hallerinde de izinsiz kullanmadan söz edilebilir. İzin başlangıçta alınabileceği gibi, kullanmanın sonrasında verilecek bir icazet şeklinde de olabilir. Ancak marka suçları takibi şikayete bağlı suçlar olduğundan sonradan icazet verilmesi durumunda suçun soruşturulması da söz konusu olmayacaktır.

Bu kapsamda 556 sayılı KHK uyarınca suç teşkil eden izinsiz kullanma hallerini detaylı olarak incelemek gerekmektedir.

i. Markanın Aynen Kullanılması:

Marka sahibinin markası ile aynı işaretin, sahibinin izni olmaksızın markanın tescil edildiği mal ve hizmet sınıfları ile aynı mal ve hizmetlerde kullanılması durumunda, marka suçu oluşacaktır. Bu halde işaretle ve mal veya hizmette ayniyet vardır.⁸⁵ Bu kullanıma *iktibas* da denmektedir.⁸⁶

ii. Karıştırma İhtimali Yaratma:

Markanın tescilli bir marka karıştırılması ihtimalini yaratma şu şekillerde olabilmektedir:

⁸⁵ Tekinap, age; sf. 368

⁸⁶ D. Cengiz, Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İstanbul, 1995.

- Tescilli bir markanın aynısını, tescilli marka ile benzer mal ve hizmet sınıflarında kullanma,
- Tescilli markanın benzerini, tescilli marka ile aynı mal ve hizmet sınıflarında kullanma,
- Tescilli markanın benzerini, tescilli marka ile benzer mal ve hizmet sınıflarında kullanma,

Bu kullanmanın halk nazarında karıştırma ihtimali yaratması gerekmektedir. Burada belirtilen karıştırma ihtimali, *iltibas* durumunu da kapsayacak şekilde ancak daha geniş anlamda kullanılmaktadır. Tekinalp'e göre, 551 sayılı Markalar Kanunu ve Ticaret Kanunu anlamında iltibasta halk, marka ile işareti kullanan işletmelerin aynı olduğu yanılıgısına düşmektedir. Yani burada, satın aldığı malın ya da hizmetin markanın sahibi olan işletmeye ait olduğunu düşünmektedir. "Karıştırma ihtimali"nde ise halkın bu iki işaret arasında herhangi bir şekilde, herhangi bir sebeple bağlantı kurması yeterlidir. Bu düzenleme ile bir bakıma iltibasın çıtası biraz daha aşağıya konulmuştur.⁸⁷ Madde metninde geçen '*bağlantı olduğu ihtimali de dahil* karıştırılma ihtimali olan herhangi bir işaret' ibaresinden çıkarılan sonuç budur. Bu bağlamda, bu bahiste bundan böyle 'iltibas' veya 'iltibas tehlikesi' bu geniş anlamını ifade edecek şekilde kullanılacaktır.

Markalar arasında karıştırılma ihtimali bulunup bulunmadığı ya da markalar arasındaki benzerliğin iltibasa yol açıp açmadığının tespitinde, kullanılan markalar arasında görsel, işitsel, biçimsel, anlamsal benzerlik, çağrıştırma, markanın bütün olarak bıraktığı etki, malın veya hizmetin hitap ettiği alıcı grubu, malın veya hizmetin ekonomik değeri, markanın esas ve tamamlayıcı unsurları gibi kriterler esas alınacaktır.⁸⁸ Markaların kapsadığı mal ve hizmetler birbirine yakın olduğu ölçüde markalar arasında iltibas (karıştırma) tehlikesi artmış olacaktır.⁸⁹

Benzer mal veya hizmet sınıflarda kullanımın belirlenmesinde yararlanılacak ölçütlerde ise ülkemiz uygulaması bakımından tam bir netlik

⁸⁷ Tekinap, age; sf. 371

⁸⁸ Tekinalp, age; sf. 372

⁸⁹ S. Arkan, Marka Hukuku, Cilt 1, Ankara, 1997; sf.97

sağlanmış değildir. Benzer mal veya hizmetin ne olduğunun tespitinde, bizatihi mal veya hizmetler göz önüne alınabileceği gibi mal veya hizmetlerin nitelikleri ve kullanılış amaçları ya da mal veya hizmet sınıfında kullanılan marka esas alınarak saptama yapılabilir.⁹⁰

Markaların tescilinde kullanılacak mal ve hizmetlere ilişkin sınıflandırma, Nice Sözleşmesi uyarınca Türk Patent Enstitüsünce çıkarılan 'Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ'ler ile yapılmaktadır. Söz konusu tebliğlerde mal ve hizmetler ana sınıflara ayrılmakta ve her bir sınıfın altında alt gruplar yer almaktadır. Halihazırda, mal ve hizmetlerin sınıflandırılması konusunda 08.01.2007 tarihinde çıkarılan 2007/2 sayılı Sınıflandırma Tebliği esas alınmaktadır.

Gerek Türk Patent Enstitüsü uygulamasında gerekse günümüzde geçerli olan hakim görüşe göre bir mal veya hizmet sınıfının alt grubunda yer alan tüm mal veya hizmetler, birbirlerine benzer olarak kabul edilmektedir. Bu mal ve hizmetler bakımından tescil engeli de bulunmaktadır. Bu bağlamda, örneğin Sınıf Listesi'nin 25. maddesinin 1. alt grubunda bulunan gömlekler için tescilli bir markanın aynısı ya da benzerinin aynı alt grupta bulunan çoraplar için kullanılması, marka hakkına tecavüz teşkil etmektedir.

Buna karşılık, farklı alt grupta ya da farklı bir sınıfta yer almasına rağmen benzer olarak addedilebilecek olan mal veya hizmetler söz konusu olduğunda, başka bazı kriterlerin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin Sınıflandırma Tebliği'nde 24. sınıfta gösterilen tekstil ürünleri ile 25. sınıfta gösterilen konfeksiyon ürünleri (iç ve dış giysiler) arasında benzerlik bulunduğu Yargıtayca da kabul görmektedir.⁹¹ Aynı durumun bir mal sınıfı ile bir hizmet sınıfı arasında görülmesi de mümkündür. Örneğin Fransız Mahkemelerince verilen bir kararda, Fransa'da bulunan oldukça tanınmış bir gece kulübü olan 'Lido'nun markasının bir başkası tarafından şaraplarda kullanılması, mal ve hizmette benzerlik bulunması sebebi ile önlenmiştir.⁹²

⁹⁰ S. Öztekin, "556 Sayılı KHK'da Benzer Mal Ve Hizmetler" İstanbul Barosu Dergisi, Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı; İstanbul; Temmuz 2007; sf. 206 vd.

⁹¹ Örneğin Yargıtay 11. Hukuk dairesi'nin 28.05.2002 tarih ve 2002/2411E.-5314K. Sayılı kararı.

⁹² Öztekin, age, sf. 206 - 224

Bu çerçevede, uluslararası uyumlaştırma çalışmalarının da neticesinde, farklı mal veya hizmet sınıfında ya da farklı alt gruplarda olsalar bile markaların kullanıldığı mal veya hizmetlerinin benzerliğini tespit için kullanılan ölçütler şöyledir: Mal veya hizmetlerin kullanım amacı aynı ise aynı kanalları takip ediyorlarsa aynı yerde sergileniyorlarsa birbirlerinin yerine ikame olma ihtimalleri varsa aynı yöntemlerle üretiliyorlarsa bu mal veya hizmetlerin benzer olduğu sonucuna ulaşılabilir.⁹³

iii. Markanın İtibarından Yararlanma:

Tescilli markanın tanınmış olması durumunda, markanın birebir aynısı veya benzeri farklı mal veya hizmetlerde kullanılsa dahi, tescilli istenen işaretin kullanılmasıyla tescilli markanın itibarından dolayı haksız avantaj elde edilmesi veya tescilli markanın ayırt edici karakterine zarar verilmesi sonucunu doğurabileceğinden bu kullanım da yasaklanmaktadır.

Madde metninde tanınmış markadan söz edilmemektedir. Bununla beraber, her izinsiz marka kullanımının bir tescilli markanın itibarından yararlanma ya da tescilli markanın ayırt edici niteliğine zarar verme sonucu doğuracağı açıktır. Ancak bu durum, toplumda belirli bir tanınmışlık düzeyine ulaşmış markalar açısından ciddi bir tehlike oluşturmaktadır. Bu nedenle, bu tür bir tanınmışlığa ulaşmamış bir markanın sahibi, markasının itibarından yararlandığı ya da markasının ayırt ediciliğinin azaldığı gerekçesi ile markasının farklı mal veya hizmet sınıfları için kullanımını önleyememektedir.

Burada kastedilen tanınmışlık, teknik anlamda 'tanınmış marka' ya da 'meşhur marka'ya ilişkin olmayıp markanın toplumda ulaştığı bilinirlik düzeyine işaret etmektedir. Teknik anlamda tanınmışlık statüsü, Türk Patent Enstitüsüne yapılan bir başvuru neticesinde olmaktadır. Markasının tanınmış marka olarak kabulünü isteyen marka sahibi, Enstitüye tanınmışlığını kanıtlayacak delillerle birlikte müracaat etmekte ve Enstitü tarafından yapılacak inceleme sonucunda markanın sektörel (kullanıldığı mal ve hizmet

⁹³ İstanbul Barosu Dergisi, Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı; İstanbul; Temmuz 2007; sf. 224

sınıfları ile benzer sınıflar bakımından) tanınmışlığına ya da genel olarak (tüm mal ve hizmet sınıfları bakımından) tanınmışlığına karar verilmektedir.

Bu şekilde Enstitü kararı ile tanınmış marka sıfatı kazanan markaların farklı mal veya hizmet sınıflarındaki kullanımı önleme yetkisinin bulunduğu ve bu tür kullanımların bu madde anlamında suç teşkil edeceği tartışmasızdır.

Buna karşılık Enstitü tarafından bu tür bir karar verilmemiş olsa bile bazı markaların geniş kesimlerce bilinir olması sebebi ile itibarından yararlanılmak istenmesi tehlikesi mevcuttur. Bu markaların benzer mal veya hizmet sınıflarındaki kullanımları da suç teşkil etmektedir.

Bu türden tanınmışlığa sahip bir markanın haksız olarak kullanılması; markanın itibarının zedelenmesine, prestij kaybetmesine, toplumda markaya olan bakış açısının olumsuz yönde değişmesine ve markanın ayırt edici karakterinin ortadan kalkmasına sebep olabilecektir. Aynı zamanda markayı haksız olarak kullananlar da bu kullanımları ile haksız bir menfaat elde edecekler, tescilli markanın itibarından yararlanabileceklerdir.

Bir markanın itibarından haksız olarak yararlanılıp yararlanılmadığının veya markanın ayırt edici niteliğine zarar verilip verilmediğinin tespiti için markanın tanınmışlık düzeyi, hafızalarda yer edinmiş olup olmaması, markanın sahip olduğu reklam değeri, markanın ne ölçüde orijinal olduğu ile piyasada bu markanın aynısının ya da benzerinin kullanılmakta olup olmadığının araştırılması gerekir.⁹⁴

Bu suç, kaleme alınışı itibariyle tehlike suçu mahiyetindedir. Dolayısı ile eylemin tipe uygunluğu için failin haksız yarar sağlamış ya da markanın ayırt edici karakterine zarar vermiş olması zorunlu değildir. Failin eyleminin söz konusu sonucun doğmasına uygun olması yeterlidir.

⁹⁴ Arkan, age; sf.106

b. Markayı Taklit Suçu

Marka sahibinin izni olmaksızın markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek, 556 sayılı KHK'nın 61. maddesi (b) bendi uyarınca marka hakkına tecavüz olarak nitelendirilmiş olup 61/A maddesine göre cezalandırılmaktadır.

Bu madde uyarınca tescilli bir markanın aynısını veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanmak markayı taklit etmek anlamına gelmekte ve suç teşkil etmektedir.

Bu düzenlemenin 61. maddenin (a) bendinde yollama yapılan 9. maddesindeki düzenleme ile büyük ölçüde benzediği görülmektedir. Zira, daha önce detaylı olarak izah ettiğimiz gibi 9. maddede, bir markanın aynısını kullanmak (a bendi), aynısını ya da benzerini aynı ya da benzer mal ve hizmet sınıflarında kullanarak karıştırma ihtimali oluşturmak (b bendi) ve farklı mal ve hizmet sınıflarında kullanılsa bile markanın aynısını ya da benzerini kullanarak tanınmış bir markanın itibarından yararlanmak (c bendi) izinsiz kullanma halleri olarak düzenlenmişti.

61/b maddesinde ise, markanın aynen kullanılmasının ya da ayırt edilmeyecek kadar benzerinin kullanılmasının marka hakkına tecavüz oluşturduğu görülmektedir. Bu maddede, 'markayı taklit' fiili düzenlenmiş ve KHK içerisinde başka bazı maddelerde de 'markayı taklit'ten bahsedilmek sureti ile bu maddeye atıf yapılmıştır.

Maddeyle ilgili temel sorunlar şunlardır:

- Tescilli bir markanın aynısını kullanmak hem 9. madde anlamında izinsiz kullanma hem de 61/b maddesi uyarınca markayı taklit etme anlamına gelmektedir. Bu bağlamda bir markanın aynısını aynı mal veya hizmet sınıfları için kullanma durumunda hangi suçtan yargılama yapılacağı tartışma konusudur.

- Maddede mal ve hizmet sınıflarından bahsedilmemiş olması, tescilli bir markanın aynısını ya da ayırt edilemeyecek derecede benzerini herhangi bir mal veya hizmette kullanmanın markayı taklit anlamına geleceği sonucunu yaratmaktadır. Oysa marka hukukunun temel prensipleri ve KHK'nın düzenlemeleri böyle bir durumun söz konusu olmayacağını açıkça ortaya koymaktadır. Paris Sözleşmesinin 1 inci mükerrer 6. maddesine göre tanınmış markalar dışında bir markanın aynısının tamamen farklı mal ve hizmet sınıfları için tesciline ya da tescilsiz olsa dahi kullanılmasına bir engel bulunmamaktadır.

- Madde metni bu hali ile 9/1-b'de düzenlenen karıştırma ihtimali yaratma fiiline de benzerlik göstermektedir. Aradaki fark, 61. maddede markanın benzerinin değil ayırt edilemeyecek derecede benzerinin kullanılması halinin düzenlenmiş olmasıdır. Bu bağlamda markanın benzerinin kullanılması sureti ile markanın halk nazarında karıştırılmasına yol açmak 9. madde uyarınca değerlendirilerek 61/a maddesi kapsamında görülecekken markanın ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması 61/b bendi uyarınca taklit olarak nitelendirilecektir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, marka taklidinin oluşması için halk tarafından karıştırılma ihtimali doğması gerekmemesidir.

Sonuç itibariyle, 9. madde ile 61/b maddesi birlikte değerlendirildiğinde;

- Failin bir markanın aynısını aynı mal ve hizmet sınıfları için kullanması durumunda 9/1-a,
- Markanın aynısının benzer mal ve hizmetler için kullanılması durumunda 9/1-b,
- Markanın benzerinin aynı ya da benzer mal ve hizmetler için kullanılması durumunda yine 9/1-b,
- Tanınmış bir marka için markanın aynısının farklı mal ve hizmet sınıfları için kullanılması durumunda 9/1-c,

- Markanın ayırt edilemeyecek kadar benzerinin aynı ya da benzer mal ve hizmet sınıflarında kullanılması durumunda 61/b maddesinin uygulanması söz konusu olacaktır.

Gerek 61. maddenin (a) bendinde yer alan 9. maddenin ihlali (yani markanın izinsiz kullanımı) fiiline, gerekse (b) bendinde yer alan markayı taklit fiiline 61/A maddesinde düzenlenen ceza aynıdır. Bununla beraber, 9. madde ile 61. maddenin (b) bendi arasında yaptığımız bu ayrımın önemi, bu kez maddenin (c) bendinde yer alan, taklit markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için ithal etmek veya ticari amaçla elde bulundurmamak fiili bakımından önem kazanmaktadır. Söz konusu düzenlemeye ileride yeri geldiğinde detaylı olarak değinilecektir.

Bu bağlamda, 61. maddenin b bendinde yer alan düzenlemenin sadece ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretler için uygulama alanı bulacağı düşüncesinden hareketle, 'ayırt edilemeyecek kadar benzer işaret' kavramı üzerinde durmak gerekmektedir. 'Ayırt edilemeyecek kadar benzer' kavramı ile 'benzer' kavramı birbirinden farklı kavramlardır. Daha önce de açıkladığımız gibi markanın ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması durumu taklide, markanın benzerinin kullanılması durumu ise iltibasa ya da karıştırmaya yol açmaktadır. Danıştay'ın bir kararına göre markanın ayırt edilemeyecek kadar benzer olması hali, tecavüz teşkil eden marka ile tescilli marka arasındaki benzerliğin çok güçlü ve açık olduğu, benzerliğin iltibasa yol açıp açmayacağına araştırılmasına gerek duyulmadığı, iltibasın tehlikesinin mutlak olarak var olduğu halidir.⁹⁵

'Benzerlik' ya da 'ayırt edilemeyecek derecede benzerlik' olguları, her halükarda sübjektif değerlendirmelere ihtiyaç duyarlar. Bu sebeple, 'benzer marka'nın ne olduğuna ilişkin kesin bir açıklama yapılamayacağı gibi, 'ayırt edilemeyecek kadar benzer marka'nın da ne olduğunu tam olarak tanımlamak mümkün değildir. Danıştay'ın yukarıda açıkladığımız tanımı da bu anlamda sübjektif kriterleri içermektedir. Ancak bu kavrama ilişkin kesin olarak

⁹⁵ Danıştay 12.Dairenin 71/2657E., 72/1766K. Sayılı kararını Sağlam'dan aktaran: Aydın, Hüseyin: age: sf 106

söylenilecek şey, doğası gereği, benzerlikten bir adım daha markanın aslına yakın olması gerektiğidir. İki marka birebir aynı olmamakla beraber, aralarındaki farklılık ilk bakışta fark edilemeyecek derecede küçükse ayırt edilemeyecek kadar benzer markadan söz etmek mümkün olacaktır.

Markayı taklit suçu ancak kasıtlı işlenebilir. Kastın varlığı için failin kullandığı markanın başkasının markasına tecavüz ettiğini bilmesi, buna rağmen markanın ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak sureti ile markayı bilerek taklit etmesi gerekir.⁹⁶

c. Taklit Markalı Malları Ticaret Alanına Çıkarmak veya Ticari Amaçla Elde Bulundurmak Suçu

556 sayılı KHK'nın marka hakkına tecavüz hallerini düzenleyen 61. maddesinde düzenlenen bir diğer tecavüz hali, 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 bulundurmadır.

Maddenin düzenleniş şekline de anlaşılacağı üzere, bu suç, ancak 61. maddenin (b) bendinde belirtilen taklit markalar için geçerlidir. Ayrıca suç, ancak taklit markanın herhangi bir şekilde ticaret alanına çıkarılması ya da çıkarılmak üzere elde bulundurulması ile oluşmaktadır. Madde metninde, ticaret alanına çıkarılma biçimlerine satmak, dağıtmak ve ithal etmek yazılmış ancak ticaret alanına çıkarılma hali bunlarla sınırlı tutulmamıştır. Örneğin malın kiralanması, fuar veya sergide teşhir edilmesi,⁹⁷ ihraç edilmesi de ticaret alanına çıkarma sayılacağından cezalandırılacaktır. Aynı şekilde taklit markayı taşıyan malın ticari amaçla elde bulundurulması, örneğin depolanması, nakliyeciyeye verilmesi, ambalajcıda olması⁹⁸ da suç teşkil etmektedir.

⁹⁶ Aydın, age; sf. 107

⁹⁷ Tekinalp, age; sf. 417

⁹⁸ Tekinalp, age; sf. 417

Buna karşılık, Tekinalp'e göre, malların belli bir iş için (mesela bir binanın boyanması amacıyla) depolanması ya da yurt dışında tescilli bir malın Türkiye'de fason olarak üretilerek yurt dışına gönderilmesi, o marka Türkiye'de başkası adına tescilli olsa bile ihlal değildir.⁹⁹ Tekinalp'in örneklediği bu durumun yurt dışında tescilli bulunan marka sahibi açısından Türkiye'de suç oluşturmayacağı, buna karşılık Türkiye'de tescil hakkı edinmiş olan kişiye karşı suç oluşturacağı kanaatindeyiz.

Taklit markalı malın nihai tüketici tarafından tüketim maksadı ile elde bulundurulmasının ise suç oluşturmayacağı açıktır.

Bu suçun manevi unsuru kasıttır. Madde metninde de, 'markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde' denilmek sureti ile bu husus ortaya konmaktadır. Bu bağlamda, örneğin kişinin markanın bir başkası adına tescilli olduğunu bilmediği ve bilebilecek durumda olmadığı durumlarda bu suçtan söz edilmesi mümkün değildir. Buna karşılık, maddede geçen 'bilebilecek durumda olma' ifadesini suçun taksirle de işlenebileceği şeklinde yorumlayan yazarlar da bulunmaktadır.¹⁰⁰ Bu konuya, marka suçlarında manevi unsur hususunu açıkladığımız bölümde daha detaylı olarak değineceğiz.

d. Markayı İzinsiz Kullanmak, Markayı Taklit Etmek ve Taklit Markayı Ticarete Çıkarmak veya Ticari Amaçla Elde Bulundurmak Suçlarına Yardım Etmek Suçu

556 sayılı KHK'nın 61. maddesinde, maddenin ilk üç bendinde düzenlenen fiillere iştirak, yardım, bunları teşvik etmek veya hangi şekil ve şartlarda olursa olsun bu fiillerin yapılmasını kolaylaştırmak da marka hakkına tecavüz fiili olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda, markayı izinsiz kullanma halleri ile marka taklidi ve taklit markanın ticaret hayatına çıkarılması/ticari amaçla elde bulundurulması fiillerine iştirak, yardım etmek,

⁹⁹ Tekinalp, age; sf. 417

¹⁰⁰ Bu görüş için: Keskin, age: sf. 141

bu fiilleri teşvik etmek ve bu fiillerin işlenmesini kolaylaştırmak da suç teşkil etmektedir.

Bu bakımdan, iştirak, yardım, teşvik ve kolaylaştırma fiilleri de esas fiiller gibi marka hakkına tecavüz olarak nitelendirilmekte ve iştirak eden, yardım eden, teşvik eden ya da fiillerin işlenmesini kolaylaştıran da esas fail ile aynı cezaya çarptırılmaktadır. Maddede iştirak ayrı bir suç tipi haline getirilmiştir.

Burada 'iştirak'i ceza hukuku anlamında yorumlamaya gerek yoktur. Bu hüküm anlamında iştirak ihlal fiillerinin ortaklaşa işlenmesi ve fiil ile tecavüze katılmayı ifade eder.¹⁰¹ Zira, ceza hukuku anlamında değerlendirildiği zaman, iştirak fiilinin yanında, yardım, teşvik ve kolaylaştırma fiillerinin sayılmasına gerek bulunmamaktadır. Çünkü bu fiillerin her biri ceza hukuku anlamında iştirak kapsamında değerlendirilmektedir. Suçun işlenişine yardım etmek veya suçun işlenişini kolaylaştırmak, ceza hukukunda fer'i maddi iştiraki oluşturmaktadır. Suça teşvik ise fer'i manevi iştiraktır.¹⁰² Bu bağlamda, daha önce de ifade ettiğimiz gibi, bu maddede sözü edilen iştirak, ceza hukuku anlamındaki iştirak olmayıp, ortaklaşa hareketi ya da fiillere katılmayı ifade etmektedir.

Bu suç tipinde, markaya tecavüz fiillerinin birinin işlenmesi sırasında, tecavüz teşkil eden markayı taşıyan ürünleri örneğin taşıyan, depolayan, aracılık yapan, sigortalayan, reklamını yapan kişiler de cezalandırılmaktadır.¹⁰³

e. Bilgi Vermekten Kaçınmak Suçu

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 da marka hakkına tecavüz ve dolayısı ile suç teşkil etmektedir.

¹⁰¹ Tekinalp, Ünal: age; sf. 418

¹⁰² Keskin, Serap: age; sf. 143

¹⁰³ Tekinalp, age; sf. 419

Bu hükmün uygulama alanı bulması için, failin elinde olduğu tespit edilen ürünün, tescilli bir ürünün aynısı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzeri olması gerekmektedir. Bu bağlamda, benzer markalarda bu hüküm uygulanmamaktadır.

Ayrıca, failin bildirimde bulunmaya davet edilmiş olması gerekmektedir. Bu davetin mahkemece ya da Resmî bir makam tarafından yapılmış olması da gerekmektedir.¹⁰⁴ Yani marka hakkı sahibinin ya da diğer herhangi bir kişi ya da kuruluşun elinde marka tescilli bir markanın aynısını ya da ayır edilemeyecek kadar benzerini bulunduran kişiden bildirim talebinde bulunması halinde bildirimden kaçınılmış olması ile suç meydana gelmemektedir. Bu bakımdan bu suç, TCK 278. maddede düzenlenen suçun bildirmeme suçundan farklıdır. Türk Ceza Kanunu'nun 278. maddesinde, işlenmekte olan ya da işlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçun yetkili makamlara bildirmeyen kişinin cezalandırılacağı düzenlenmekte olup, bu bildiri yükümlülüğü için herhangi bir çağrı, davet ya da sorgu düzenlenmemiş bulunmaktadır.

Maddede açıkça düzenlenmese de kanaatimizce bildirim talebi üzerine yanlış ya da eksik bilgi verilmesi de aynı suçun oluşturacaktır.

Mal, suç failinin elinde bulunmalıdır. Başkasının elinde bulunan mallarla ilgili bilgi verme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Malı elinde bulunduran kişinin nihai tüketici olması durumunda da bu suçun oluşması söz konusu olmayacaktır.¹⁰⁵ Zira özel kullanım durumu bir hukuka uygunluk nedeni yaratmaktadır.

Söz konusu suç, bilgi vermeye davet edilen failin bilgi vermemesi ile tamamlandığından ihmali bir suçtur. Bu suça teşebbüs mümkün değildir.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Tekinalp, age; sf. 419

¹⁰⁵ Arkan, age; sf. 221

¹⁰⁶ Aydın, age; sf.114

f. 556 Sayılı KHK'nın 61/A maddesi 1-(c) Bendinde Düzenlenen Suçların 551 Sayılı Markalar Kanunu ve Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı ile Karşılaştırılması

Yukarıda detaylı olarak izah ettiğimiz gibi, 556 sayılı KHK'nın cezai düzenlemelerini içeren 61/A maddesinde düzenlenen son suç tipi, 'Marka Hakkına Tecavüz Suçu'dur. Bu suç, marka suçu denince ilk akla gelen suç tipidir. Aynı zamanda uygulamada da en fazla karşılaşılan suç tipidir.

Söz konusu suç hem 551 sayılı Markalar Kanunu uygulamasında hem de halen taslak halinde bulunan Markalar Kanunu Tasarısında düzenlenmiştir.

i. 551 Sayılı Markalar Kanunu'nda Marka Hakkına Tecavüz Suçu

551 sayılı Kanun'un ceza davalarını düzenleyen 51. maddesinin ikinci bendi uyarınca, başkası adına tescil edilmiş bir markanın aynını veya benzerlerini kullananlar veya hak sahibinden gayri kimse tarafından haksız olarak kullanılan markaları taşıyan emtiayı bilerek satışı arz edenler, satanlar, dağıtanlar, memlekette sokanlar veya memleketten çıkaranlar ve bu fiillere iştirak edenler cezalandırılırlar.

Her şeyden önce, 551 sayılı Markalar Kanunu'nda, mevcut KHK'nın aksine, marka hakkına tecavüz suçunun düzenlenmesinde "Tecavüz halleri" başlıklı 47. maddeye atıfta bulunulmamış, madde içinde tecavüz halleri tekrar sayılmıştır. Gerçekten de, 47. maddede sayılan tecavüz halleri; *i.* Hak sahiplerinden gayri kişiler tarafından markaların veya benzerlerinin kullanılması, *ii.* Hak sahibinden gayri kişiler tarafından haksız olarak kullanılan markaları taşıyan emtianın satışı arz edilmesi, satılması, dağıtılması, memlekete sokulması veya memleketten çıkarılması ve *iii.* Bu fiillere iştirak edilmesidir.

Bu fiillerin 51. maddede düzenlenen suç tipleri ile örtüştüğü görülmektedir. Buna karşılık kanun koyucunun cezaları düzenleyen maddede suç sayılacak tecavüz fiillerini tekrar etmesi, tartışmalara yer vermemek bakımından olumlu olmuştur. Bu konuda mevcut düzenlemeye yönelik eleştirileri ve konuya ilişkin görüşümüzü ilgili bölümde belirtmiştik.

Maddeye ilişkin dikkat çeken ve mevcut düzenlemeye göre farklılık gösteren noktalar ise şunlardır:

- Bu düzenlemede, 556 sayılı KHK'da olduğu gibi, 'markanın izinsiz kullanımı ile markanın taklidi fiilleri ayrı ayrı belirtilmemiş, 'markanın aynının veya benzerinin kullanımı' suç olarak nitelendirilmiştir. Bu hüküm, 556 sayılı KHK'nın 61/a ve 61/b bentlerinde düzenlenen fiiller ile örtüşmektedir.
- Hak sahibi olunmadığı halde markayı taşıyan emtianın satılması, dağıtılması vb. durumları için 'bilerek' ibaresi kullanılmış, dolayısı ile bu suçun ancak kasıt ile işlenebileceği açıkça düzenlenmiştir.
- 'Ayırt edilemeyecek kadar benzer' marka kavramına yer verilmemiştir. Buna karşılık, markanın aynen kullanımı ile benzer marka kavramları açıklanmış olup bu açıklamaların ayırt edilemeyecek kadar benzer markaları da kapsadığı görülmektedir. Öte yandan markanın aynen ya da benzerinin kullanımının aynı suçu oluşturduğu ve verilecek cezanın aynı olduğu göz önüne alındığında bu kavrama yer vermenin bir gereği bulunmamaktadır.

ii. Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı'nda Marka Hakkına Tecavüz Suçu

Yeni bir Markalar Kanunu oluşturulmasına yönelik taslak metinde 'marka hakkına tecavüz suçu' cezai hükümleri düzenleyen 75. maddenin ilk fıkrasında yer almaktadır. Bu düzenlemenin 556 sayılı KHK'ya göre oldukça sade ve net olduğu görülmektedir. 75. madde uyarınca, marka hakkına

tecavüz ederek mal veya hizmet üreten, satan, satışa sunan, depolayan, gümrükçe onaylanmış bir işlem ya da kullanıma tabi tutan, bir yerden başka bir yere taşıyan veya her ne şekilde olursa olsun ticari amaçla elinde bulunduran kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis ve onbin günden yirmibeşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

Madde metnini incelemeye geçmeden önce, taslak metin sistematiğinden bahsetmek, maddede geçen 'marka hakkına tecavüz' fiilini açıklayabilmek bakımından yararlı olacaktır.

Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı'nda, 7. Kısım, marka hakkına tecavüz ve tecavüz halinde açılacak davalara ilişkindir. Dört bölümden oluşan bu kısmın ilk bölümünde, "**Marka Hakkına Tecavüz Sayılan Fiiller**" başlıklı 59. madde yer almaktadır. Yedinci kısmın ikinci bölümü hukuk davalarını, üçüncü bölümü cezai hükümleri ve son bölümü de mahkemeleri düzenlemektedir. Bu bağlamda, 556 sayılı KHK'ya sonradan Kanunla madde eklenmek sureti ile oluşturulan yapıdaki bazı sakıncalar bertaraf edilmiş olmaktadır. Şöyle ki, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun hükmünde Kararname'de marka hakkına tecavüz durumları 8. Kısımda tek bir üst başlık altında düzenlenmiş, tecavüz hallerini sayan 61. maddenin arkasına eklenen 61/A maddesinde cezai hükümler açıklanmıştır. Sonra gelen maddeler ise hak sahibinin taleplerine, hukuk davalarında yetkili mahkemeye, tazminata vb. ilişkin, hukuk davalarını düzenleyen maddelerdir.

Taslak metinde, 75. maddede, 'marka hakkına tecavüz ederek' denmekte, tecavüzün ne olduğuna ya da tecavüz teşkil eden fiillere bir açıklama getirilmemektedir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi tecavüz teşkil eden fiiller, 59. maddede sayılmıştır. Madde zikredilerek atıf yapılmasa dahi, bu madde kapsamında tecavüz teşkil eden fiiller, 59. madde ile birlikte değerlendirilecektir.

59. madde uyarınca marka hakkına tecavüz halleri şunlardır:

a) Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı bu Kanunun 9. maddesinde belirtilen biçimlerde kullanmak,

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

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

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

Tecavüz halleri taslak metinde, mevcut düzelenme ile büyük ölçüde paralellik arz etmektedir. Her iki yasal metinde de yer alan tecavüz hallerine ilişkin farklar şöyledir:

- Her iki metinde de (556 sayılı KHK'nın 61. maddesinde ve Tasarı Taslağı'nın 59. maddesinde) tecavüz hallerinin düzenlenmesinde, "marka tescilinden doğan hakların kapsamı" başlıklı 9. maddelere atıf yapılmıştır. Tescilden doğan hakların kapsamı da madde numaraları da dahil olmak üzere her iki yasal metinde de aynı düzenlenmiştir. Tek fark, yeni tasarıda haksız kullanma şekilleri arasında, *'İşareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmaması koşullarıyla, işaretin aynı veya benzerinin dijital ortamda ticari etki yaratacak biçimde, alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde kullanılması'nın* sayılmış olmasıdır. Güncel koşullar gereği, özellikle internet alan adı konusunda sıkça karşılaşılan haksız kullanım hali, bu madde ile somutlaşmıştır. Ancak, haksız kullanım şekillerinin 556 sayılı KHK'da da sınırlı sayı ilkesine göre sayılmadığını, bu bağlamda, bu tür bir düzenleme yer almasa bile sayılan türdeki kullanımların hak sahibi tarafından önlenebileceğini hatırlatmak isteriz.

- Tezimizin ilgili kısmında açıkladığımız gibi 556 sayılı KHK'nın 61/d bendi, 2004 yılında Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edilmiş, buna karşılık, yerine yeni bir düzenleme yapılmamıştı. İptal gerekçesi suç ve cezaların ancak kanunla düzenlenebileceği prensibinin 556 sayılı KHK ile ihlal edilmesi olduğundan yeni kabul edilecek Markalar Kanunu, bu sorunu aşabilecektir. Bu bağlamda taslak metine, '*Marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek*' fiili, marka tecavüzü olarak eklenmiştir. Ancak bu maddeye ilişkin olarak yöneltilen ve tezimizde yeri geldikçe bahsettiğimiz diğer eleştirileri de hatırlamak gerekmektedir. Doktrinde bu madde, lisans yolu ile verilmiş hakları izinsiz genişleten kişilerin sözleşmesel nitelikte bulunan bu ilişkileri nedeni ile cezalandırılmalarının Anayasa'nın 38. maddesin 03.10.2001 tarihinde 4709 sayılı yasa ile eklenen '*sözleşmesel yükümlülüklerin ihlalinden dolayı hürriyeti bağlayıcı ceza verilemeyeceği*' kuralına aykırı olduğu gerekçesi ile eleştirilmiştir. Anayasa Mahkemesince 2004 yılında yapılan inceleme sırasında madde, Kanun Hükmünde Kararname ile suç veya ceza yaratılamayacağı gerekçesi ile iptal edilmiş, bu bağlamda maddenin Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı iddiasının değerlendirilmesine gerek görülmemiştir. Şimdi taslak metnin yasalaşması durumunda aynı maddenin tekrar Anayasa Mahkemesi önüne, bu kez 38. madde yönünden götürülmesi mümkündür. Böyle bir durumda Yüksek Mahkemenin, lisans ilişkisinin sözleşmeye dayalı olması sebebi ile özel hukuk alanında çözümlenmesi gereken bir uyuşmazlık olarak değerlendirmesi ve Anayasa'nın 38. maddesine aykırı görerek iptal etmesi mümkün olduğu gibi, lisans sözleşmesinde gösterilen hakların aşılması halinde artık sözleşmeden bahsedilemeyeceği, aşan kısım bakımından marka tecavüzünün söz konusu olacağı kanaatine de ulaşabilecektir.

- Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı'nda, 556 sayılı KHK'nın aksine, marka hakkına tecavüz edenlere iştirak edenlerin de aynı cezaya çarptırılacağı yönünde bir düzenleme yapılmamıştır.

- 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 (556 s.KHK md 61/f) da marka hakkına tecavüz olarak değerlendirilmemiştir.

Görüldüğü gibi Kanun Tasarısı Taslağı'nda, tecavüz fiilleri bakımından KHK ile bir uyum bulunmaktadır. 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesi (c) bendinde; 61. maddede yazılı fiillerden birini işleyenler hakkında, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına veya yirmiyedimilyar liradan kırkaltımilyar liraya kadar ağır para cezasına veya her ikisine, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticaretten men edilmelerine hükmolunur, şeklinde düzenlenmiştir. 61. maddeye yapılan bu atıf ve atıf konusundaki kanaatlerimizi, söz konusu maddenin incelendiği bölümde ifade etmiştik.

Taslak metinde ise tecavüz durumlarının düzenlendiği 59. maddeye atıf yapılmamaktadır. Bunun yerine 'marka hakkına tecavüz ederek...' denilmekle yetinilmiştir. Bu bağlamda, tecavüz hallerine 59. maddede sayılanların girdiği, ancak bunlarla sınırlı olmadığı söylenebilir. Ancak bu halde de uygulamada kanuni sınırların dışına çıkılması tehlikesi mevcuttur. Bu sebeple, madde metni içerisinde tecavüz hallerinin de belirtilmesi, kanaatimizce, daha isabetli bir düzenleme olurdu.

Yeni düzenlemede dikkat çeken bir husus, 59. maddenin a ve b bentlerinde tecavüz halleri arasında sayılan markayı izinsiz kullanmak ve markayı taklit etmek fiilleri başlı başına suç olarak kabul edilmemiş, aynı maddenin c bendinde düzenlendiği şekilde, tecavüz teşkil eden malı üretmek, satmak, satışa sunmak, depolamak, gümrükçe onaylanmış bir işlem ya da kullanıma tabi tutmak, bir yerden başka bir yere taşımak veya her ne şekilde olursa olsun ticari amaçla elinde bulundurmamak suç olarak değerlendirilmiştir. Bu düzenlemenin olumlu olduğu kanaatindeyiz.

Maddede, marka hakkına tecavüz teşkil eden ürünleri üretenler dışında yukarıda sayılan fiilleri işleyenlere, özel bir cezadan indirim hali düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu bağlamda, tecavüz edilen marka kullanılarak üretilmiş malı veya hizmeti satan, satışa sunan, depolayan, ithal ya da ihraç

eden, bir yerden başka bir yere taşıyan veya her ne şekilde olursa olsun ticari amaçla elinde bulunduran kişi, bu malı veya hizmeti nereden temin ettiğini bildirerek üretkenlerin ortaya çıkarılmasını sağlarsa hakkında cezanın yarısına hükmolunacağı belirtilmekte. 556 sayılı KHK'da düzenlenmeyen bu hükmün, pratik zorunluluktan, üreticileri tespit ihtiyacından kaynaklandığı görüşündeyiz.

Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı'nın gerekçesinde markaya ilişkin cezai hükümlerin düzenlenmesinde, Türk Ceza Kanunu'nun ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun düzenlemeleri ile uyum sağlamaya özel bir itina gösterildiği ifade edilmiştir.

Bu bağlamda, maddenin birinci fıkrasına göre, başkasına ait marka hakkına tecavüz nedeniyle cezalandırılanlar iki ana kategoriye ayrılmıştır: 1) Mal veya hizmet üretkenler, 2) Satış, satışa arz, depolama ve gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutma, taşıma ve ticari amaçla elde bulundurma eylemlerini gerçekleştirenler. Kural olarak her iki kategoridekiler de aynı şekilde cezalandırılmıştır. Ancak ikinci kategoride yer alanların, mal veya hizmeti nereden temin ettiğini bildirmek suretiyle üretkenlerin ortaya çıkarılmasını sağlaması durumunda, hakimin takdirine bağlı olarak, haklarında cezanın yarısına kadar hükmolunur.

Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı'nda, hapis cezasının süresi de kısaltılmıştır.

2. Marka Suçlarının Unsurları:

Marka suçları, maddi unsur dışındaki unsurlar bakımından benzerlik gösterdiğinden, her marka suçu altında tek tek unsurları göstermek sureti ile tekrara düşmek yerine, marka suçlarına ait ortak olan unsurları ayrı bir başlık altında incelemeyi uygun gördük.

2.1. Marka Suçları ile Korunan Hukuksal Yarar

Marka suçlarının düzenlenmesi ile korunmak istenen hukuksal yarar ya da bir başka değişle marka suçları ile ihlal edilen hukuki yarar 'marka hakkı'dır.

Marka suçlarının tümünde, marka sahibinin markadan doğan haklarının korunması söz konusudur. Bu husus özellikle 556 Sayılı KHK'nın 61/A maddesi (c) bendinde gösterilen 'marka hakkına tecavüz' suçları için geçerlidir. Marka suçlarında fail, mağdurun hukuken sahip bulunduğu hakka yani marka hakkına tecavüz etmekte ve yasa marka hakkı sahibini bu tecavüze karşı korumayı amaçlamaktadır.

556 sayılı KHK'de düzenlenen marka suçlarında korunan değer esas olarak marka hakkı olmakla beraber, 61/A maddesinin a ve b bentlerinde, marka hakkı yanında kamu düzeni de korunmak istenmektedir. Zira, daha önce de belirttiğimiz gibi, marka tescili resmi organlarca yapılmakta olup, bu iki bente yer alan suçlarda suçun hukuki konusu kamu güvenidir.

Şöyle ki; ilgili suçları incelerken de açıkladığımız gibi, marka hakkı sahibi olarak belirtilmesi gereken kimlik bildirimini gerçeğe aykırı olarak yapma, kendisini haksız olarak marka başvurusu veya marka hakkı sahibi olarak gösterme, hak sahibi olmadığı veya tasarruf yetkisi bulunmadığı halde marka hakkına ilişkin hukuki işlemlerde bulunma ve son olarak, korunan bir marka hakkı sahibi olmadığı halde, marka hakkı sahibi olduğu izlenimi uyandıracak şekilde markayı kullanma suçlarında başkasına ait bir marka hakkına tecavüz edilmemekte ancak toplumun tescilli markaya duyduğu güven zedelenmektedir. Bu bağlamda sayılan suçlarda korunmak istenen hukuki yararın kamu güveni olduğunu söylemek mümkündür.

2.2. Marka Suçlarında Fail

556 Sayılı KHK'nın 61/A maddesinde sayılan marka suçlarının faili herhangi bir kimse olabilir. Bu bağlamda söz konusu suçların işlenmesinde failin sıfatı bir önem taşımamaktadır.

Failin, herhangi bir işletmenin çalışanı olması ve marka suçunun hizmetin görüldüğü sırada işlenmesi halinde, çalışanın yanında suçun işlenmesine mani olmayan işletme sahibi, müdür veya temsilcisi ve hangi unvan ve sıfatla olursa olsun işletmeyi fiilen yöneten kişi de aynı surette cezalandırılması söz konusudur.

Marka suçlarında fail ancak gerçek kişi olabilmektedir.¹⁰⁷ Bununla beraber, 556 Sayılı KHK'nın 61/A maddesi ikinci bendinde, tüzel kişiler yönünden de cezai sorumluluk getirmektedir. Söz konusu maddeye göre, bir tüzel kişinin işleri yürütülürken bu maddede sayılan suçlardan biri işlenirse, tüzel kişi, masraflar ve para cezasından müteselsilen sorumlu olur.

2.3. Marka Suçlarında Manevi Unsur ve Kusurluluk

Marka suçlarında suçun manevi unsuru kasttır. Bu konuda marka suçlarının büyük bir kısmı üzerinde doktrinde ve uygulamada uzlaşma sağlanmış olsa da, aşağıda detaylı olarak açıklayacağımız iki bentte yer alan düzenlemelerde yer alan 'bilmesi gerektiği halde' ifadeleri bazı tartışmaları beraberinde getirmiştir.

Gerçekten de 556 Sayılı KHK'nın 61/A maddesinin b bendinde yer alan; "mevcut olmadığını veya üzerinde tasarruf yetkisi bulunmadığını bildiği veya *bilmesi gerektiği halde* marka üzerinde yer alan haklarla ilgili herhangi bir tasarrufta bulunma suçu" ile anılan KHK'nın 61/A maddesi 1-c bendinin yollaması ile 61. madde c bendinde, "Markayı veya ayırt edilmeyecek

¹⁰⁷ Keskin, age, sf:149

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” şeklinde düzenlenen “marka hakkına tecavüz suçu”nun salt kasıtlı olarak işlenebilen bir suç mu yoksa hem kasit hem de taksirle işlenebilen bir suç mu olduğu tartışma yaratmaktadır.

“Bilmesi gerektiği halde” ifadesinden, failin markanın taklit edildiğini bilmesi gerektiği halde kendisinden beklenen dikkat ve özeni göstermeyip, ya da mesleğinde acemilik gösterip, tedbirsiz ve dikkatsiz davranışının sonucunda taklit markalı ürünleri ticaret hayatına çıkarmış ise taksirli davranış içine girmiş olacağı sonucunu çıkarmak mümkündür.¹⁰⁸

Bu konuda aynı yönde görüş bildiren başka hukukçular olsa da¹⁰⁹; biz sayılan suçların da manevi unsurunun diğer marka suçları gibi kast olduğu kanaatindeyiz. Zira, kusurluluğun temel türü kast olup suçlardan dolayı cezalandırabilmek için kanuni tarifte açık bir hüküm bulunmasa bile kastın varlığı araştırılır. Taksirden doğan kusurluluk halinde ise eylemin cezalandırılabilmesi için kanuni tarifte açık bir hükmün bulunması gerekir. Bir başka deyişle, bir suçun taksirli halinin cezalandırılabilmesi ancak açıkça ifade edilmesi ile mümkün olabilmektedir. Bu husus, 5237 sayılı Ceza Kanunu’nun 22. maddesinde, “taksirle işlenen fiiller, Kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.” denilmek sureti ile açıkça ortaya konmuştur. Taksir ise anılan maddede, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun Kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir.

Somut düzenlemede yer alan ‘bilmesi gerekme’ ifadesinin ‘dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık’ kapsamında değerlendirilmesine kanaatimizce

¹⁰⁸ Keskin, age; sf 148

¹⁰⁹ İ. Özgenç, Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk. Ünal Tekinalp’e Armağan 2003 sf. 203 “Bu bent kapsamındaki suç seçimlik hareketli suç niteliğindedir. Keza, söz konusu bent kapsamında tanımlanan suç, kasden işlenebilen bir suç olabileceği gibi, taksirle işlenebilen bir suç da olabilmektedir.”, Albayrak, age: sf.200

olanak bulunmamaktadır. Failin markanın taklit olduğunu bilmesi gerektiği halde marka hakkına tecavüz fiilini işlemesi ya da markayı hukuki işlemlere konu etmesi halinde bilinçli taksir olduğu ihtimali de düşünülebilir. Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir söz konusu olmaktadır. Buna karşılık biz, söz konusu maddelerde düzenlenen durumlarda taksirden ya da bilinçli taksirden değil kasttan söz edilebileceği kanaatindeyiz.

Zira, Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarına göre, ticaretle uğraşanların alımını, dağıtımını ve satımını yaptıkları malların gerçek durumlarını *bildikleri* kabul edilmektedir. Yapılan iş ve meslek gereği, taklit eşyayı taklit olmayandan ayırabilecek konumda olmak, taklit eşyayı piyasa fiyatından ucuza veya faturasız almak gibi durumlar "bilmek veya bilmesi gerekme" olarak kabul edilmektedir.¹¹⁰

Kanun koyucu, 'bilmesi gerektiği halde' ifadesini, marka hakkına tecavüz eden failin markanın tescilli olduğunu 'bilmediği' ve tescil hakkına tecavüz etmek 'istemediği' gerekçesi ile cezalandırılmaktan kurtulmasının önüne geçmek için madde metnine eklemiştir. Marka hakkına tecavüz eden ya da herhangi bir hakkı bulunmaksızın markayı hukuki işlemlerde kullanan fail bu fiilini ticari amaçlı olarak işlemektedir. Marka suçlarında fail genellikle tacirdir. Yargıtay'ın da haklı olarak üzerinde durduğu gibi, ticaretle uğraşan bir kişinin, faaliyette bulunduğu alanda satımını yaptığı malın gerçek durumunu bilmesi gerekmektedir. Bu gereklilik de 'bilmek' ve 'istemek' sonucunu doğurmaktadır. Yargıtay'ın görüşü de dikkate alınarak, söz konusu halde olası kast da olamayacağı ve marka suçlarının tümünün manevi unsuru kast olacağı kanaatindeyiz.

Marka suçlarının genelinde suçun oluşması için genel kast yeterlidir. Buna karşılık, korunan bir marka hakkı sahibi olmadığı halde, marka hakkı sahibi olduğu izlenimi uyandıracak şekilde markayı kullanmak suçunda, genel kastın yanında, özellikle ilan ve reklamlardaki kullanımlar için bir özel kast aranmıştır. Yazılı ve görsel basına verilen ilan ve reklamlarda, genel

¹¹⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 27.12.2005 tarih, 2005/7-143E., 2005/169K. Sayılı kararı

kastın yanında korunan bir markayla ilgili olduğu kanısını uyandırma iradesinin de bulunması gerekmektedir. Yani fail, korunan bir marka hakkı sahibi olmadığını bildiği halde korunan bir marka hakkıyla ilgili olduğu kanısını uyandırmak amacıyla ilan ve reklam vermiş olmalıdır. Bu amaç dışında yapılan ilan ve reklamlar suç teşkil etmez.¹¹¹

2.4. Marka Suçlarında Hukuka Aykırılık Unsuru ve Hukuka Uygunluk Sebepleri

Ceza kanunlarındaki suç tiplerinden birine uygun eylemin suç olabilmesi için hukuka aykırılık unsurunu da taşıması gerekmektedir. Hukuka uygunluk nedenleri ise hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp, eylemi, hukukun meşru saydığı bir hareket haline getiren nedenlerdir.¹¹²

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 24 ve devamı maddelerinde sayılan hukuka uygunluk sebepleri (ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler); kanunun hükmü ve amirin emri, meşru savunma ve zorunluluk hali ile hakkın kullanılması ve ilgilinin rızasıdır.

Marka suçlarına özel hukuka uygunluk sebepleri ise; markanın dürüstçe kullanımı ve marka hakkının tüketilmesidir.

a. Markanın Dürüstçe Kullanımı (556 Sayılı KHK md. 12)

556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'nın "Marka Tescilinden Doğan Hakların Kapsamında İstisna" başlıklı 12. maddesinde, dürüstçe ve ticaret 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 kullanmalarının marka sahibi tarafından engellenemeyeceği düzenlenmektedir.

¹¹¹ Aydın, age: sf. 87-88

¹¹² U. Alacakaptan, Suçun Unsurları, Sevinç Mat. Ankara, 1975

Avrupa Konseyinin 89/104/AET Yönergesinin 6. maddesinden esinlenilerek hazırlanan bu madde uyarınca, marka, sahibinin iznine gerek olmaksızın, 3. kişiler tarafından 12. maddede öngörüldüğü şekillerde –hatta doğrudan doğruya marka olarak- kullanılabilir. Bunun tek koşulu, bu tür kullanmanın ticari ve sınai alanda geçerli olan dürüstlük kurallarına aykırı düşmemesidir.¹¹³ Buradaki ‘dürüst’ kullanım MK madde 2 anlamında olmayıp, ticari teamülü ifade etmektedir. Markanın sıfat, zarf, unvan veya adres olarak kullanımında iltibas yaratmaya gayret edilmesi veya bu tür kullanımın zorunluluk arz etmemesi hallerinde dürüst bir kullanımdan söz edilemez. Dolayısı ile bu durumda hukuka uygunluk sebebi oluşmamaktadır.¹¹⁴

Maddenin esinlendiği 89/104/AET Sayılı Konsey Yönergesinin 6. maddesinde, malın veya hizmetin öngörülen amacını ve özellikle teferruat veya yedek parça niteliğini belirlemek için gerekli olması halinde, markayı kullanmasının, ticaret ve sanayideki dürüst uygulamalara aykırı düşmedikçe, marka sahibi tarafından engellenemeyeceği açıkça belirtilmektedir. 556 Sayılı KHK’nın 12. maddesinde bu yönde bir açık düzenleme olmasa da, öğretide ve uygulamada, markanın, belirli bir maldan ya da hizmetten yararlanabilmek için tamamlayıcı unsur ya da yedek parça özelliği ile mal veya hizmete ilişkin bir bilgi olarak kullanılmasının da hukuka uygun olacağı kabul edilmektedir. Bu tür bir kullanım, esaslı unsur olarak öne çıkarılmadıkça hukuka aykırı olarak kabul edilmemektedir.¹¹⁵

b. Marka Hakkının Tüketilmesi (556 Sayılı KHK md. 13)

Tescilli bir markanın tescil kapsamındaki mal üzerine konularak marka sahibi tarafından veya onun izni ile Türkiye’de piyasaya sunulmasından

¹¹³ Tekinalp, age; Sf:383

¹¹⁴ Tekinalp, age; Sf:384

¹¹⁵ Bu yönde, Tekinalp, age: sf: 383, Yargıtay 11. HD. 3.10.2003 tarih, 2003/2346-8743 S. Kararı (Kararlık gösteren Dairemiz’in emsal kararlarında kabul edildiği (2000/2039 Esas, 2000/3243 Karar, 20.04.2000 Tarih - 2001/11086 Esas, 2002/3591 Karar, 16.04.2002 Tarih) üzere belirtilen şekilde servis hizmeti veren bir işletmenin kendi işletme adını hakim unsur şekilde yazmak koşuluyla işyerinde belirtilen markalı araçlara hizmet verildiğini göstermek bakımından marka sahibinin iznine gerek olmadan Kanun Hükmünde Kararname’nin 12 nci maddesinde tarif edildiği koşullarda tescilli markayı tali unsur olarak kullanabileceği...)

sonra, mallarla ilgili fiiller marka tescilinden doğan hakkın kapsamı dışında kalır.

Tükenme veya ilk satış ilkesi diye adlandırılan bu ilkeye göre, marka hakkı sahibi, kendi izniyle Türkiye’de yapılan ilk satıştan sonra malların çeşitli kademedede satışına, ihracına ve Türkiye’den ihraç edilmiş malların aynen Türkiye’ye ithaline engel olamaz. Marka sahibi tarafından veya onun izniyle piyasaya verilen malların yeniden satımı (mesela malın ana dağıtıcıdan alt dağıtıcılara, onlardan da tüketiciye devredilmesi) marka hakkının ihlali değildir. Markayı taşıyan malların her el değiştirmesinde marka sahibinin izninin alınması ticaretin gereklerine aykırı düştüğü gibi, böyle bir tekel hakkı marka hakkının amacının dışına taşırılması olurdu.

Tükenme ilkesinin uygulanabilmesi için yukarıda da değinildiği üzere tescilli markayı taşıyan malların marka sahibi tarafından veya onun izni ile Türkiye’de piyasaya sunulmuş olması gerekir. Markalı malların Türkiye’de piyasaya sunulmasından sonra marka hakkı sahibi, bu malları yurt dışına satar (veya yurt dışında menşe ülkeden başka bir ülkede üretirse) bunların üçüncü kişiler tarafından yurt dışından satın alınarak Türkiye’ye ithaline engel olamaz.

Aynı ilke yabancı markayı taşıyan malların Türkiye’de tek satıcısı (münhasır lisans sahibi) durumunda olan ve marka sahibinin izniyle bu markayı adına tescil ettirmiş bulunan kişi bakımından da geçerlidir. Bu bağlamda, bu tür eylemler de hukuka uygunluk karinesinden yararlanabilecektir.

Ancak, K.H.K. nin 13/II maddesi uyarınca marka sahibi, malların piyasaya sunulmasından sonra üçüncü kişiler tarafından başka ülkelere ithalinden sonra değiştirilerek veya kötüleştirilerek malın özgün niteliğinin değiştirilerek ticari amaçla kullanılması halinde bunu önleme yetkisine sahiptir.¹¹⁶ Türkiye’de veya yurt dışında taklidi imal ve ithal edilip satılan veya yurt dışından orijinal ithal edilmekle birlikte Türkiye’de değiştirilerek veya

¹¹⁶ Yargıtay 11. HD, 12.03.1999 tarih ve 1998/7997E., 1999/2098K. Sayılı kararı

kötüleştirilerek malın özgün niteliğinin değiştirilmesi, kanuni prosedüre uygun olmayarak ithal edilip yurda kaçak sokulması halinde ve elde bulunan orijinal emtianın ne şekilde bulundurulduğunun kanıtlanmaması durumunda bu eylemler marka hakkına tecavüz suçu teşkil edecektir.

3. Marka Suçlarında Suçun Özel Görünüm Biçimleri

3.1. Teşebbüs

Marka suçlarında teşebbüs konusunda, Türk Ceza Kanunu'nun 35. ve 36. maddelerinde düzenlenen genel hükümler uygulanacaktır. Buna göre, hazırlık hareketleri tamamlanmış, suçun icrasına başlanmış olduğu halde suç failin elinde olmayan bir sebepten ötürü gerçekleşmemişse failin eylemi teşebbüs olarak nitelendirilecektir. Yargıtay, yeni ceza kanununun yürürlüğe girmesinden önce verdiği bir kararında, şikayet üzerine sanığın işlettiği fason olarak tekstil ürünleri imalatı yapılan atölyesinde müdahil firma adına tescilli markanın kullanıldığı giyim eşyasına dikilmek üzere hazırlanmış tescilli markayı barındıran markanın yazılı olduğu etiketler ele geçirilmiş bulunmasına göre hazırlık hareketleri tamamlanarak icrai hareketlere başlanılmış olduğundan sanığın eyleminin eksik teşebbüs aşamasında kaldığını ifade etmiştir.¹¹⁷ Benzer bir durum, yeni ceza kanunumuz gereğince de teşebbüs olarak nitelendirilebilecektir. Aynı şekilde, marka suçlarında TCK 36. maddesi anlamında gönüllü vazgeçme de uygulama alanı bulabilecektir. Gönüllü vazgeçmede fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.

Ancak marka suçlarının bir bölümünün sonucu harekete bitişik suç olduğunu, bu sebeple bu suçlara teşebbüsün mümkün olmadığını belirtmiştik. Örneğin, gerçeğe aykırı kimlik bildiriminde bulunmak, tescilli marka simgesini ortadan kaldırmak, kendisini marka hakkı sahibi gibi göstermek, taklit ürünün kaynağını bildirmekten kaçınmak gibi suçlara teşebbüs mümkün değildir.

¹¹⁷ Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 14.07.2004 tarih 2003/7065E.,2004/9438K. Sayılı kararı

3.2. İştirak

556 sayılı KHK'da 62/A maddesi uyarınca maddede sayılan fiillere iştirak edenler hakkında, olayın mahiyetine göre 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 64, 65, 66 ve 67 nci maddeleri hükümleri uygulanır. Eski Ceza Kanunu'nun söz konusu maddeleri, suça iştiraki düzenleyen genel nitelikteki hükümlerdir. Bu bağlamda 556 sayılı KHK'da suça iştirak bakımından genel hükümlere riayet edildiği açıktır. Ancak, 61. maddeyi incelerken ifade ettiğimiz gibi, izinsiz marka kullanımı, marka taklidi ve taklit markayı ticaret alanına sokmak veya bu amaçla elde bulundurmamak fiilleri bakımından iştirak konusunda eşitlik prensibi uygulanmıştır. Bu suçlar 61. maddenin (e) bendinde ayrı bir marka suçu olarak düzenlenmiş ve asli fail ile aynı ceza öngörülmüştür.

551 sayılı Mülga Markalar Kanunu'nda, 'Ceza Davaları'nın düzenlendiği 51. maddede, '....bu fiillere iştirak edenler...' demek sureti ile asli failer ile fiile iştirak edenlerin aynı ceza ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Bunun yanında, 52. maddede, 51. maddede sayılan suçların hizmetlerini ifade ettikleri sırada, bir müessesenin hizmetlileri tarafından işlenmesi halinde, suçun işlendiğini bilen müessese sahibi veya hangi nam ve sıfatla olursa olsun müesseseyi fiilen idare edenlerin fiile iştirak etmiş sayılacağı öngörülmüştür.

556 sayılı KHK'da ise 61/A maddesinde sayılan suçların, hizmetlerini yaptıkları sırada bir işletmenin çalışanları tarafından doğrudan doğruya veya emir üzerine işlenmişse çalışanların ve suçun işlenmesine mani olmayan işletme sahibinin, müdürün veya temsilcisinin ve hangi unvan ve sıfatla olursa olsun işletmeyi fiilen yöneten kişinin de aynı surette cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Görüldüğü gibi, KHK'da bu kişilerin iştirak eden değil asli fail olacakları belirtilmektedir. KHK'da 551 sayılı Kanun'daki hizmetli ibaresi yerine 'çalışan' denmekle, sorumlu tutulacakların kapsamı genişletilmiştir.¹¹⁸ Bu iki düzenleme arasındaki bir diğer fark da unsurlarının

¹¹⁸ Aydın, age: sf. 39

gerçekleşmesi halinde, günümüz uygulamasında, işletmeyi fiilen yöneten kişi ve müdür veya temsilci birlikte cezalandırılacaktır. Mülga kanunda 'veya' dendiğinden işletme sahibi veya işletmeyi fiilen idare eden kişiden biri cezalandırılmaktaydı.

Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı'nda ise iştirake ilişkin özel bir düzenleme yer almıyor. Bu bağlamda, tasarının yasalaşması halinde yeni dönemde iştirak konusunda Ceza Hukuku'nun iştirake ilişkin genel hükümlerinin, yani Türk Ceza Kanunu 37 – 41. maddelerinin uygulanacağını söyleyebiliriz.

Mevcut düzenlemeler uyarınca izinsiz marka kullanımı, marka taklidi ve taklit markayı ticaret alanına sokmak veya bu amaçla elde bulundurmak suçlarında, iştirak hali, iştirakin derecesine bakılmaksızın asli fail ile aynı ceza ile cezalandırılmaktadır. Buna karşılık tasarıda genel hükümlere yollama yapılması, bu haksız durumu bertaraf edeceğinden olumlu olacağı kanaatindeyiz.

3.3. İçtima

Birden fazla marka suçu bir arada işlenebilir. Aynı şekilde bir marka suçunun, Genel Ceza Hukuku'ndaki diğer suçlarla birlikte işlenmesi de mümkündür. Bu durumda gerçek içtima hükümleri uygulanır.¹¹⁹ Failin aynı marka suçunu, bir suç işlemek kararı ile birden fazla işlemesi durumunda zincirleme suç hükümleri uygulanır.¹²⁰

4. Soruşturma ve Kovuşturma Yöntemi, Görevli ve Yetkili Mahkeme, Suçun Yaptırımı ve Müsadere, Dava Zamanaşımı

4.1. Soruşturma ve Kovuşturma Yöntemi

Marka suçlarının tümünün takibi şikayete bağlıdır. Şikayetin yokluğu halinde bu suçlardan dolayı takibat yapılamayacağı gibi, şikayet üzerine başlatılan bir kovuşturma veya açılan bir ceza davası da şikayetten

¹¹⁹ Keskin, age: sf. 152

¹²⁰ Keskin, age: sf. 152

vazgeçmeyle ortadan kalkar.¹²¹ İştirak hâlinde suç işlenmiş ise sanıklardan biri hakkındaki şikâyetten vazgeçme, diğerlerini de kapsar.(TCK md. 73/5)

Şikayetin, kimler tarafından yapılabileceği, 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinde şöyle sayılmaktadır:

i. Marka korumasından doğan hakları tecavüze uğrayan kişi. 556 sayılı KHK'nın 62/A maddesinde gösterilen tüm suç tiplerinde, marka hakkı ihlal edilen kişi şikayet hakkı sahibidir. Bu kişi, önceki marka tescil hakkı sahibi olabileceği gibi, markayı maruf ve meşhur hale getiren kişi ya da lisans sahibi de olabilir. Kanaatimizce, marka başvurusu sahibinin şikayet hakkı konusunda, şikayete konusu marka suçunun niteliği önem arz etmektedir. 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesi a ve b bentleri bakımından başvuru sahibinin de (hatta başvurusu olmasa dahi bu durumdan zarar gören herkesin) şikayet hakkı bulunmaktadır. Marka başvurusu sahibi, de markanın Resmî Markalar Bülteni'nde yayınından itibaren marka hakkına dayanarak şikayette bulunabilir. Zira 556 sayılı KHK'nın 9. maddesi uyarınca markanın sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayın tarihi itibarıyla hüküm ifade eder. Ancak, aksi görüşü savunan, yani başvuru sahibinin şikayet hakkı olmadığını düşünen yazarlar da mevcuttur.¹²²

ii. Enstitü. 61. maddede sayılanlar dışında kalan suçlarda Türk Patent Enstitüsü de şikayet hakkını haizdir.

iii. Ticaret ve Sanayi Odaları ve Borsaları, Deniz Ticareti Odaları ve Borsaları, Esnaf Odaları, Türkiye Odalar Birliği ve Tüketici Dernekleri. 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

¹²¹ Aydın, age: sf. 44, Türk Ceza Kanunu Md. 73/4

¹²² Karşı görüş için: Aydın, age: sf.47: "Marka başvuruları aleyhine işlenen eylemler, suç teşkil etmediğinden, marka başvurusu sahibinin şikayet hakkından söz edilemez."

marka hakkı ile ilgili olduğu kanısını uyandıracak şekilde işaretler koyma veya bu amaçla ilan ve reklamlarda bu tarzda yazı, işaret veya ifadelerin kullanılması durumlarında, sayılan kurum ve kuruluşlar da şikayet hakkına sahiptir.

Şikâyet süresi, fiil ve failden haberdar olma tarihinden itibaren iki yıldır. Ancak mütemadi ve müteselsil suçlarda, temadi ve teselsülün sona erdiğini öğrenme tarihinden itibaren şikayet süresi başlayacaktır. Dolayısı ile tecavüz sürdüğü sürece ve tecavüzün sona ermesinden itibaren iki yıl süre ile şikayette bulunmak mümkündür. Şikayet hakkına sahip olanların birden çok olması halinde, şikayet süresi her biri için ayrı ayrı değerlendirilecektir.¹²³

Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı'nda ise şikayet süresi 6 ay olarak belirlenmiş bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre şikayet, dava zamanaşımı süresi içinde olmak şartıyla fiil ve failden haberdar olma tarihinden itibaren altı ay içinde yapılır.

Taslak metinde şikayette bulunabilecek olanlar ise şöyle düzenlenmiştir:

i. Marka hakkı sahibi. Tasarının marka hakkına tecavüz sayılan fiilleri düzenleyen 75. maddesinin ilk üç bendinde sayılan marka hakkına tecavüz, marka üzerindeki markanın tescilli olduğunu gösteren işareti kaldırma ve hak sahibi olmadığı halde marka üzerinde tasarrufta bulunma suçları ilgili olarak marka hakkı sahibi ile lisans sahibinin dava açması ve şartları başlıklı 68. maddede belirtilen koşulları sağlayan lisans sahipleri şikayette bulunabilmektedir.

ii. Enstitü, 18/5/2004 tarih ve 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanununa veya 7/6/2005 tarih ve 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanununa tabi kuruluşlar ve tüketici dernekleri. 75. maddenin 4. fıkrasında belirtilen, 'tescilli bir marka sahibi olmadığı halde, tescilli bir marka sahibi olduğu anlamına gelecek yazı, işaret veya ifadeleri

¹²³ Aydın. Age: sf. 53

kullanma' suçu ilgili olarak sayılan kurum ve kuruluşlar şikayet hakkına sahiptir. Görüldüğü gibi, bu suç bakımından sayılan kurum ve kuruluşlar dışında, örneğin gerçek kişilerin şikayet hakkı bulunmamaktadır. Oysa bu suçun kamuya zarar verici niteliği bulunduğundan bu fiilden haberdar olan bu suçtan zarar görme ihtimali bulunan herkesin şikayet hakkının bulunması gerekirdi.

Taslak metinde, şikayetten vazgeçme konusunda, genel hükümlerden farklı bir düzenlemeye gidilmiştir. Türk Ceza Kanunu'nda, hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçmenin cezanın infazına engel olmayacağı düzenlenmekte iken bu düzenleme uyarınca hükmün kesinleşmesinden sonra şikayetten vazgeçildiğinde hüküm bütün cezai sonuçları ile ortadan kalkmaktadır.

Marka suçlarının takibi şikayete bağlı bulunduğundan bu suçlar, Ceza Muhakemesi Yasası'nın 253 vd maddelerinde düzenlenen uzlaşma usulü kapsamında bulunmaktadır. Uzlaşma, ağır olmayan suçlarda, toplumun suç ile bozulan kamu düzenini, " tarafların barışması" yolu ile yeniden ihdas eden, mağdurun zararını da giderilmesi suretiyle, adaleti yerine getiren, yeni bir yaptırım benzeri kurumdur.¹²⁴

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253. maddesi, 2. fıkrasında, özel ceza kanunlarındaki şikayete bağlı suçların durumu kanunda şu şekilde düzenlenmiştir: "Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olanlar hariç olmak üzere; diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaşma yoluna gidilebilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması gerekir."

Kanundaki düzenleme açık değildir. Bu düzenlemenin iki türlü anlaşılması mümkündür. Yani bu düzenleme, Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunlardaki şikayete bağlı suçlarda uzlaştırma yolunun tamamen kapatılmış olduğu ve uzlaşma yolunun açılabilmesi için, kanunda açık düzenleme bulunması gerektiği şeklinde anlaşılabilceği gibi, diğer kanunlardaki şikayete bağlı olan suçların tümünün uzlaşmaya tabi olduğu da söylenebilir. Özel

¹²⁴ F.Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, Uzlaştırmacı Eğitimi, Rehber Kitapçık, Bahçeşehir Üni. Yay. 2007

kanunlarda düzenlenmekle beraber, şikayete bağlı olmayan diğer suçlarda ise kanunda uzlaşma yolunu kabul eden açık hüküm bulunmalıdır.

Öğretide ve uygulamada ikinci anlayış hakim tutulmaktadır. Zira, Kanun soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçları, TCK'dakiler diye ayırmadan, genel olarak uzlaşmaya bağlı tutmuştur. Bu nedenle de CMK 253/2 deki düzenlemede, birinci fıkrayı saklı tuttuğunu hatırlatmaktadır¹²⁵. Bu bağlamda, 556 Sayılı KHK'da düzenlenen suçlar, şikâyete bağlı olduklarından uzlaşma kapsamındadırlar.

Marka suçlarının kovuşturmasının acele işlerden sayılmaktadır. Bunun uygulamada en önemli sonucu, adli tatil süresince bu suçlara ilişkin davalara bakılacak, tebligatlar yapılabilecek ve yasal süreler işleyecektir. Hazırlık soruşturmasında da kolluk kuvvetleri ve savcılıklar tarafından en kısa sürede gerekli işlemler yapılacaktır.

Marka suçları ile ilgili hazırlık soruşturmalarında, koruma tedbirlerine ilişkin kararlar genel hükümler uyarınca sulh ceza mahkemesinden talep edilebilmektedir. Marka suçlarında en çok uygulanan tedbirler, arama ve el koymadır. Bu işlemler yapılırken CMK'nın 116 vd. maddeleri ile Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin hükümleri dikkate alınmaktadır.

4.2. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Marka suçlarında görevli mahkeme, Adalet Bakanlığı'nca kurulan ihtisas mahkemeleridir. "Fikrî ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi" adı altında, başlangıç olarak sırası ile İstanbul, İzmir ve Ankara illerinde kurulmuş olan bu mahkemelerin 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile 551 sayılı Patent Haklarının Korunması, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması, 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmündeki Kararnamelerinden kaynaklanan ceza davaları için ihtisas mahkemeleri olarak belirlenmesine karar verilmiştir. Diğer iller için ise, Asliye Ceza Mahkemeleri (en çok iki Asliye Ceza Mahkemesi bulunan

¹²⁵ Yenisey, age; Sf: 8

yerlerde bir, üç ve daha fazla Asliye Ceza Mahkemesi bulunan yerlerde üç numaralı Asliye Ceza Mahkemesi) sayılan davalara bakmakla görevlidir¹²⁶.

Yetkili Mahkeme konusunda ise 556 sayılı KHK'da özel bir düzenleme yer almamaktadır. 556 sayılı KHK'nın 63. maddesi, "Hukuk davalarında yetkili mahkeme" başlığı taşıdığından bu maddede yer alan düzenlemelerin ceza davaları bakımından uygulanması mümkün bulunmamaktadır. Bu bağlamda anılan KHK kapsamında görülecek ceza davalarında yetkili mahkeme, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 12 vd maddelerinde düzenlenen genel yetki kurallarına göre belirlenecektir.

Bu bağlamda, 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinin ilk fıkrasının;

- (a) bendinde düzenlenen gerçeğe aykırı kimlik bildiriminde bulunma suçunda, suç, gerçeğe aykırı kimlik bilgilerinin Enstitüye verilmesi ile tamamlandığından, yetkili mahkeme de Türk Patent Enstitüsünün bulunduğu yer mahkemesidir.
- (b) bendinde yer alan, marka tesciline ilişkin işaretin kaldırılması suçunda yetkili mahkeme, işaretin kaldırıldığı yer mahkemesidir.
- (c) bendinde yer alan marka hakkına tecavüz suçlarında yetkili mahkeme, tecavüz fiilinin gerçekleştiği yer mahkemesidir. Bilgi vermektan kaçınma suçunda ise bilginin talep edildiği ve kişinin bilgi vermektan kaçındığı yer mahkemesi yetkili olacaktır.

4.3. Suçun Yaptırımı ve Müsadere

556 Sayılı KHK'nının 61/A maddesinde ayrı ayrı bentler halinde düzenlenen her bir suç grubu için farklı ceza öngörülmüştür. Maddenin ilk fıkrası a bendinde düzenlenen, marka tescili ile ilgili suçları işleyenler hakkında, bir yıldan iki yıla kadar hapis cezasına veya ondörtbin Yeni Türk Lirasından yirmiyedibin Yeni Türk Lirasına kadar ağır para cezasına veya her ikisine hükmedilmektedir.

¹²⁶ Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 24.03.2005 tarih ve 188 sayılı kararı.

Anılan maddenin (b) bendinde yer alan marka tescilinden doğan hukuki işlemlerle ilgili suçların cezası ise iki yıldan üç yıla kadar hapis ve/veya yirmiyedibin Yeni Türk Lirasından kırkaltıbin Yeni Türk Lirası'na kadar ağır para cezasıdır.

Marka haklarına tecavüz suçlarında ise ceza daha da yüksek tutulmuştur. 556 Sayılı KHK'nın 61/A maddesi 1-c bendinin yollaması ile 61. maddedeki markayı izinsiz kullanma, marka hakkına tecavüz ve bu fiillere iştirak fiillerini işleyenler hakkında, iki yıldan dört yıla kadar hapis ve/veya yirmiyedibin Yeni Türk Lirasından kırkaltıbin Yeni Türk Lirası'na kadar ağır para cezasına, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticaretten men edilmelerine, hükmedilebilmektedir.

İşyeri kapatma ve ticaretten men cezaları, fer'i cezalardır. Yargıtay uygulamasında, fer'i ceza olan işyeri kapatma cezasına da takdiri indirimin uygulanması gerektiği vurgulanmaktadır. Bu şekilde Yargıtay, cezanın hafifletilmesini amaçlamaktadır.¹²⁷

Marka suçları için öngörülen cezaların genel olarak çok yüksek ve ağır cezalar olduğunu görmekteyiz. Kanun koyucunun bu yolla sınai mülkiyet alanında büyük öneme sahip bulunan 'marka hakkı'nı korumak istediği açıktır. Buna karşılık, takibi şikayete bağlı bir suç türü olan marka hukukunda bu denli yüksek cezalar düzenlenmesi kanaatimizce çelişkilidir. Zira bilindiği gibi, takibi şikayete bağlı suçlarda suçtan zarar gören genellikle kamu değil mağdurdur. Bu sebeple bu tür suçların cezalarının nispeten daha hafif tutulması eğilimi bulunmaktadır. Marka suçları ise bu duruma bir istisna niteliğindedir.

Cezaların ağırlığının yarattığı çelişki, özellikle işyeri kapatma ve ticaretten men cezalarında göze çarpmaktadır. Zira düzenleme şekli itibariyle sanığın hem para ve/veya hapis cezasına hem de 1 yıl gibi uzun bir süre işyeri kapatma veya ticaretten men cezasına çarptırılması söz konusudur.

¹²⁷ Albayrak, age; Sf: 202

Söz konusu maddede hakime takdir yetkisi de tanınmamaktadır. Bu tür bir cezalandırma neticesi, işyerinde çalışanların işsiz kalması ve failin ticaret hayatının sona ermesi sonuçları doğacaktır ki, bu durumun hakkaniyete aykırı olduğu kanaatindeyiz.¹²⁸

Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı'nda düzenlenen cezaların çok daha hafif olduğunu ve işyeri kapatma ve ticaretten men cezalarının kaldırıldığını görüyoruz. Taslak metindeki düzenlemeler suçlarla orantılı olması ve çok fahiş cezaları içermemesi sebepleri ile yerindedir. Şöyle ki, Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı'nın 75. maddesi uyarınca, marka hakkına tecavüz suçu için altı aydan üç yıla kadar hapis ve onbin günden yirmibeşbin güne kadar adli para cezası öngörülmüş bulunuyor. Mevcut düzenlemede 2 yıl olan alt sınırın 6 aya düşürülmüş olması son derece yararlıdır. Ancak her durumda hapis ve adli para cezasına birlikte hükmedileceğinin düzenlenmesi hatalıdır. Ayrıca bu bentte, daha önce de ifade ettiğimiz gibi, özel bir cezadan indirim hali düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu düzenlemenin de yerinde olduğu kanaatindeyiz.

Taslak metinde marka koruması olduğunu belirten işareti, yetkisi olmadan kaldırmak suçunun cezası iki aydan bir yıla kadar hapis veya ikibin günden dörtbin güne kadar adli para cezası olarak belirlenmiştir. Suçun niteliği göz önüne alındığında cezaların hafifletilmesi ve hapis cezası ile para cezasının seçmeli olarak düzenlenmesi yararlı olmuştur. Hak sahibi olmadığı veya üzerinde tasarruf yetkisi bulunmadığı halde markayı hukuki işlemlere konu etmek suçunun cezası altı aydan iki yıla kadar hapis ve onbin günden onbeşbin güne kadar adli para, tescilli bir marka sahibi olduğu anlamına gelecek yazı, işaret veya ifadeleri kullanmak suçunun cezası ise altı aydan iki yıla kadar hapis ve beşbin günden onbin güne kadar adli para cezasıdır.

556 sayılı KHK'nın 61/A-son fıkrasında, "marka başvurusu ya da korumasından doğan haklara tecavüz dolayısıyla, üretilmesi cezayı gerektiren eşya ile bu eşyaları üretmeye yarayan araç, gereç, cihaz, makine gibi vasıtaların zapt edilmesi veya el konulması ya da yok edilmesinde, 765

¹²⁸ Aynı yöndeki görüş için: Albayrak, age; sf: 202.

sayılı Türk Ceza Kanununun 36 ncı maddesi hükmü ile 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun ilgili hükümleri uygulanır.” Hükmü yer almaktadır.

551 sayılı Markalar Kanunu’nda müsadereyi düzenleyen bir hüküm bulunmakta idi. Kanunun 53. maddesinde “51. maddenin (b) bendi hükümlerine göre haksız olarak kullanıldığı tesbit olunan markayı taşıyan emtia, etiket, zarf, mahfaza, ticari evrak gibi vasıtalarla bu markaların imal ve vaz’ında kullanılan mühür, soğuk damga, klişe gibi alet ve edevatın müsaderesine karar verilir. Beraat halinde de aynı hükümler tatbik olunur.” düzenlemesi yer almakta idi.

Buna karşılık, 556 Sayılı KHK’da müsadere konusu genel hükümlere atıf yapılarak düzenlenmektedir. Yeni Türk Ceza Kanunumuzda müsadere, 54 vd maddelerde düzenlenmektedir. Ancak genel hükümlere atıf yapılması sebebi ile marka suçlarında müsadere bazı sorunlarla karşılaşmaktadır. Şöyle ki; marka suçlarında korunan hukuki menfaat, marka hakkı sahibinin marka hakkından kaynaklanan menfaatidir. Takibi şikayete bağlı olan bu suçlarda müsadere yapılması halinde, şikayetçinin zararının karşılanmaması, dolayısı ile kanun hükmünde kararnamenin amacının gerçekleşmemesi sonucu doğacaktır.¹²⁹ Öte yandan, marka hakkı sahibinin tecavüz durumunda açacağı hukuk davalarında talep edebileceği hususlardan biri, tecavüzün önlenmesi amacı ile tecavüz teşkil eden ürünlere el konulması ve uğradığı zararın karşılanması amacı ile *el konulan ürün üzerinde mülkiyet hakkı tanınması*dır. Hukuk davası açarak bu tür bir talepte bulunan kişinin aynı zamanda şikayette bulunması halinde açılacak ceza davasında müsadereye karar verilmesi ve şikayetçinin hukuk davasında ileri sürdüğü talebinin bu sebeple yerine getirilememesi ihtimali bulunmaktadır. Bu sebeple, ceza davalarında da şikayetçiye, el konulan eşya üzerinde mülkiyet hakkı tanınmasını talep etme imkanı verilmelidir.¹³⁰

Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı’nda bu konuda da olumlu bir düzeleme yapılmış ve marka hakkına tecavüz edilen kişinin talep etmesi ve

¹²⁹ Albayrak, age; Sg: 198

¹³⁰ Albayrak, age; Sg: 198

suçun işlendiğinin sabit olması halinde, mahkemece el konulan malların müsadereci yerine, mülkiyetinin marka hakkına tecavüz edilen kişiye devrine karar verilebileceğii hükme bağlanmıştır.

4.4. Zamanaşımı

Marka suçlarında dava zamanaşımı, Türk Ceza Kanunu'nun 66. maddesi uyarınca, suçun işlendiğii günden itibaren 8 yıldır.

Ceza zamanaşımı, hükmün kesinleştiğii veya infazın herhangi bir suretle kesintiye uğradığı günden itibaren 10 yıldır. Müsadereye ilişkin hüküm ise, kesinleşmeden itibaren yirmi yıl geçtikten sonra infaz edilmez.

SONUÇ

Tarihsel olarak, toplumların sosyalleşmesi ve birden çok toplumun birbiri ile ilişki kurması ticareti ortaya çıkarmış, ticaretin ortaya çıkması ile de 'marka' kavramı ortaya çıkmış bulunmaktadır. Markalar ve markalaşma, bir ihtiyacın sonucu olarak doğmuştur. Malların üreticileri, malların kalitesini ortaya koymak, mallarını diğer mallardan ayırt edebilmek ve ürünlerinin kendileri tarafından üretildiğini yani malın kökenini belirtebilmek için ürünlerine işaretler eklemiştir. Günümüzde de marka yaklaşık aynı amaçlara hizmet etmektedir.

Marka, kişinin zihinde ürüne ilişkin bir imaj oluşmasına yardımcı olan faktördür. Nasıl insan isimleri o insanların hem görüntü hem de karakter olarak zihinde şekillenmesini sağlıyorsa markalar da mal ve hizmetler için aynı sonucu doğurmaktadır. Markalar, mal ve hizmetlerin isimleridir.

Markaların yalnız mal veya hizmetlerle ilişkili olduğunu düşünmek hata olur. Mal ve hizmetler yanında insanların hatta şehir ve ülkelerin de marka olabildiğine sosyal hayatımızda sıkça tanık oluyoruz. Örneğin Paris, markası ne olursa olsun ya da üreticisi kim olursa olsun, oradan alınan ürün için başlı başına bir marka niteliğinde görülmektedir. 'Paris'ten alınan' giyim eşyası, tartışmasız olarak iyi ve kaliteli olarak kabul edilmektedir. Yine benzer bir örnek Broadway için söylenebilir. Broadway denince ilk olarak akla, sahne gösterileri gelmektedir. Bugün "Broadway Müzikali" diye bir kalite sembolü, bir marka olduğu söylenebilir. Kişiler de aynı şekilde marka olabilir. Toplumun geniş kesimlerince sevilen bir sanatçının ya da devlet adamının tüm faaliyeti ilk kurduğu olumlu imaj çerçevesinde olumlu olarak algılanmaktadır. Örneğin

Sezen Aksu'nun yeni çıkardığı bir albüm her zaman toplumda ilgiyle beklenirken Sezen Aksu katkıları ile oluşan diğer albümler de, fazla tanınmamış bir sanatçının çalışması olsa bile aynı ilgiyi görmektedir.

Ancak bu sayılan türdeki markalar, ticaret hayatının içinde yer almamakta, bu bağlamda yasal düzenlemelere de konu edilmemektedir. Gerek ulusal gerek uluslararası düzenlemelere konu edilen ve ihlali suç teşkil edebilen nitelikteki marka, yukarıda örneklediklerimiz değil 'ticaret markaları'dır. Ticaret markası, bir işletmenin mal veya hizmetlerinin diğerlerinden ayırt edilebilmesini sağlayan işaretlere denmektedir. Bu bağlamda, 'Vestel' ve 'Arçelik' aynı alanlarda faaliyet gösteren iki ayrı işletmenin, beyaz eşya ürünlerine koydukları ve ayırt edici niteliği haiz markalara örnek olarak gösterilebilir.

Günümüzde markanın öne çıkan özelliği, ekonomik bir değer olmasıdır. Marka, alınıp satılabilen ve çeşitli hukuki işlemlere konu edilebilen ticari bir varlık konumunda bulunmaktadır. Markanın ticari değerinin artması, markaya yönelik ihlallerin de artması anlamına gelmektedir.

Marka mevzuatı oluşmadan önce markalar, Ticaret Kanununda yer alan haksız rekabet hükümlerine göre korunabilmekte idi. Zira bir ticari işletmenin mal veya hizmetlerini diğerlerinden ayırt etme fonksiyonu bulunan markanın ihlali, yani başka işletmelerce haksız ve izinsiz olarak kullanımı, ticaret hayatını derinden etkileyecek mahiyette görülmekte ve haksız rekabet olarak değerlendirilmekte idi.

Hala, marka tecavüzü fiilinin aynı zamanda Türk Ticaret Kanunu'nun 57. maddesinde gösterilen haksız rekabet kapsamına girmesi halinde haksız rekabet hükümlerine başvurulması mümkündür.

Buna karşılık, 'marka' konusundaki güncel ve geçerli yasal metin, 1995 yılında çıkarılmış bulunan 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'dir. Bu Kanun Hükmünde Kararname,

markanın tescil usulleri ile korunmasını ve marka tecavüzleri durumunda açılacak hukuk ve ceza davalarını düzenlemektedir.

556 sayılı KHK'nın 3. ve 4. maddeleri, uluslararası kuralların doğrudan ve öncelikle uygulanabilirliklerini düzenlediklerinden büyük önem taşımaktadırlar. Bu maddeler ile Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde görülen ancak mevzuatımızdan yer almayan hükümler, elverişli görüldükleri takdirde doğrudan uygulama konusu edilebilecektir.

Marka suçlarına özel olarak imzalanmış uluslararası bir anlaşma bulunmamaktadır. Marka ihlalleri, pek çok ülkede hala suç olarak kabul edilmemekte, bu ihlallerin özel hukuk alanında çözümlenmesi gerektiği savunulmaktadır.

Marka suçlarına ilişkin uluslararası ölçekteki son gelişme, Avrupa Parlamentosunca, marka ihlallerinin cezai yaptırımlara tabi tutulacağına ilişkin yasanın 25 Nisan 2007 tarihinde onaylanmasıdır.

Ülkemizde ise, 1965 tarihli 551 sayılı Markalar Kanunu'nda olduğu gibi, 1995 yılında çıkarılan 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de de marka ihlalleri suç olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.

556 sayılı KHK'da, yalnız marka tecavüzü değil, marka ile bağlantılı başka fiiller de suç olarak nitelendirilmişlerdir. Marka ile ilgili işlemlerde gerçeğe aykırı kimlik bildiriminde bulunmak, marka koruması olan bir eşya veya ambalajı üzerine konulmuş marka koruması olduğunu belirten işareti kaldırmak, kendisini haksız olarak marka başvurusu veya marka hakkı sahibi olarak göstermek, yetkili olunmadığı halde marka ile ilgili hukuki işlemlerde bulunmak, korunan bir marka hakkının sahibi olmadığı halde, marka hakkı sahibi olduğu izlenimi uyandıracak şekilde markayı kullanmak, marka tecavüzü teşkil eden ürünü nereden aldığına ilişkin bilgi vermekten kaçınmak fiilleri de marka suçudur.

Buna karşılık, uygulamaya baktığımızda, sayılan suç tiplerine ilişkin yapılmış bir şikayete veya bu suçlar nedeni ile açılmış bir kamu davasına rastlamak neredeyse imkansız bulunmaktadır. 556 sayılı KHK'ya dayanan ve halen görülmekte olan veya sonuçlanmış bulunan kamu davalarında yargılama sebebi 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesi 1-(c) bendi, yani marka hakkına tecavüz fiilidir.

556 sayılı KHK'da suçların ve cezaların düzenlenmesi, pek çok tartışmayı beraberinde getirmiştir. 1995 yılına kadar yürürlükte bulunan 551 sayılı Markalar Kanunu'nun birçok bakımdan yetersiz ve uluslararası kurallar ile uyumsuz bulunması sebebi ile 1995 yılında 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname yürürlüğe girmiştir. Ancak, bu dönemde, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi gereği kanun hükmünde kararname ile suç ve ceza yaratılmayacağı göz önüne alınarak, 551 sayılı Kanun'un cezai hükümleri yürürlükte bırakılmıştır. Bu durum, aynı yıl çıkarılan 4128 sayılı Kanun ile 556 sayılı KHK'ya ceza hükümlerini düzenleyen 61/A maddesi eklenmesine kadar devam etmiştir. Bu şekilde, Kanun Hükmünde Kararname'ye eklenmekle beraber marka suçları 4128 sayılı kanun ile düzenlenmiş bulunmaktadır.

Bu şekli ile Anayasa'da yer alan kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine uyum sağlandığı görülse de, Kanun Hükmünde Kararname'ye eklenen 61/A maddesinde, KHK'nın başka bir maddesine atıf yer almakta olup, özellikle atfın yapıldığı marka hakkına tecavüz suçları bakımından kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine aykırı bir durum ortaya çıktığı görülmektedir.

Esasen 556 sayılı KHK, markanın ve marka hakkının korunması bakımından, uluslararası düzenlemeler ile de uyumlu ve kapsamlı bir hukuki metindir. 556 sayılı KHK'nın hazırlanması sırasında, Avrupa Birliği ülkelerinin marka kanunlarının temelini oluşturan 89/104 sayılı Topluluk Marka Yönergesi, 40/94 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü ve uluslararası anlaşmalar esas alınmış ve böylelikle Avrupa Birliği ve diğer gelişmiş ülkelerle tam uyumlu bir mevzuat hazırlanmasına çalışılmıştır. Yapılan çalışmalar başarıya ulaşmış ve Türkiye'nin fikrî ve sınai mülkiyet alanındaki mevzuatı 27 Kasım-

01 Aralık 2000 tarihleri arasında gerçekleştirilen TRIPs Konseyi'nde, TRIPs Anlaşmasına uyumlu bulunmuştur.¹³¹

Ancak, Markaların Korunması Hakkında 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname her ne kadar modern ülke mevzuatlarıyla uyumlu olsa da suç ve cezalar bakımından var olan sorun çözümlenmiş değildir. Anayasa Mahkemesinin, 14/5/2004 tarih ve 25462 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan ve 556 sayılı KHK'nın 61. maddesinin (d) bendinin iptaline ilişkin kararında Anayasa Mahkemesi, gerekçe olarak, Kanun Hükmünde Kararname ile suç veya ceza yaratılmayacağı, suç ve cezanın kanunla düzenlenmesinin Anayasa hükmü gereği olduğunu vurgulamıştır. Her ne kadar kararda yalnızca 61. maddenin (d) bendi iptal edilse de hükmün tüm madde için aynı sonuca yol açabileceği tartışmasızdır. Bunlara ilaveten, kararda 61 inci maddenin (d) bendinin iptali hükmünün, kararın yayımından 1 yıl sonra (14/5/2005) yürürlüğe gireceği belirtilmiştir. Ancak bu tarihin geçmesine rağmen yeni bir düzenleme yapılmamıştır.

Bu sebeple, Türk Patent Enstitüsü nezdinde, Markalar Kanunu Tasarısı hazırlanması çalışmaları yürütülmüş ve bir taslak metin hazırlanarak ilgili kişi ve kurumların dikkatine sunulmuştur. Taslak metinde, 556 sayılı KHK'nın özünün korunduğu görülmektedir. Tasarıda, 556 sayılı KHK'dan sonra imzalanması sebebi ile KHK metninde gözetilemeyen Marka Kanunu Antlaşması hükümleri de göz önüne alınmıştır.

Cezai hükümler açısından, Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı'nda 556 sayılı KHK'dakine benzer düzenlemeler olmakla birlikte daha sade bir düzenleme yapıldığı gözleniyor. Madde gerekçesinde, düzenleme yapılırken Türk Ceza Kanununun ve Ceza Muhakemesi Kanununun düzenlemeleri ile uyum sağlamaya özel bir itina gösterildiği üzerinde durulmuştur.

Söz konusu düzenleme uyarınca başkasına ait marka hakkına tecavüz etmek, bir eşya veya ambalajı üzerine konulmuş marka koruması olduğunu belirten bir işareti yetkisiz bir şekilde kaldırmak, yetkisi olmadığı halde marka

¹³¹ Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı, Genel Gerekçe (<http://www.tpe.gov.tr>)

üzerinde devir, lisans veya rehin işlemleri yoluyla tasarrufta bulunmak ve son olarak tescilli bir marka sahibi olmadığı halde bu anlama gelecek ifadeleri kullanmak fiilleri suç olarak değerlendirilmiştir.

Söz konusu tasarının en kısa sürede yasalaşması birçok açıdan yararlı olacaktır. Zira, tasarının yasalaşması ile daha önce sözünü ettiğimiz Anayasaya aykırılık giderilmiş olacak ve de marka hukukumuz uluslararası standartlara uygun bu yeni kanunun ile şekillenmiş olacaktır.

Ancak yeni gelişmekte olan bu alana ilişkin en önemli eksikliğin uygulamayı yönlendirecek mahiyette bulunan içtihatlar olduğunu hatırlatmak isteriz. Gerek bu alanın sonradan gelişmekte olması, gerekse mahkeme önüne taşınan uyuşmazlıkların belirli bir tipte sınırlı kalması, uygulamadaki bazı aksaklıkların aşılabilmesi sonucuna yol açmaktadır. Özellikle, bu suçlara ilişkin uygulanacak tedbirlerin acele işlerden sayılması sebebi ile usul hukukuna ilişkin bazı aksaklıklar doğmakta, mahkemelerce suç unsuru olan ürünlerin tespiti maksadı ile yapılan arama işlemi, markayı kötüniyetle tescil ettiren marka sahiplerinin bu kanun yolunu bir pazarlık vasıtası olarak kullanmasına yol açmaktadır. Bu bağlamda, 89/104 sayılı Topluluk Marka Yönergesi'nde olduğu gibi, markanın kullanımına 5 yıl boyunca göz yuman marka hakkı sahibinin, 5 yıllık sürenin geçmesinden sonra markanın kullanımına karşı şikayet hakkını kullanamaması gerekmektedir. Bu yönde bir düzenleme, mevcut KHK'da olmadığı gibi, Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı'na da eklenmemiştir.

Sonuç itibariyle, Fikrî ve Sınai Mülkiyet Hukuku ve tez konumuz özelinde Marka Hukukunun Avrupa Birliği ile tam bir uyum içerisinde yer alması ülkemiz açısından sevindiricidir. Ülkemizde, bu alana yönelik son gelişmeler sıkı bir şekilde takip edilmekte, uluslararası sözleşme ve birliklere tam katılım sağlanmakta ve yerel mevzuat da bu sözleşmeler doğrultusunda sürekli revize edilmektedir. Yukarıda sözünü ettiğimiz türden eksiklik ve uygulamaya bağlı aksaklıkların da, gelişmekte olan içtihatlarla giderilebileceğine olan inancımız tamdır.

KAYNAKÇA

GENEL YAPITLAR

- ALBAYRAK Mustafa, *Fikir ve Sanat Eserleri ile Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar*, Ankara, Adil Yayınevi, 2004
- ARAT Tuğrul, *Avrupa Toplulukları Adalet Divanı*, Ankara, AÜ Basımevi, 1989
- ARKAN Sabih, *Marka Hukuku, 2 Cilt*, Ankara, 1997-1998
- ARSAVA Ayşe Füsün, *Amsterdam Anlaşmasınının AB'ye Katılıkları*, Ankara, AÜSBF Yay., 2000
- ARSEVEN Haydar, *Nazari ve Tatbiki Alamet-i Farika Hukuku*, İstanbul, 1951
- AYDIN Hüseyin, *Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003
- AYİTER Nurşin, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri*, Ankara, S Yayınları, 1981
- BEŞİROĞLU Akın, *Düşünce Ürünleri Üzerindeki Haklar*, Ankara, Ankara Patent Bürosu Yayınları, 1999
- BORCHARDT Klaus, *The ABC of Community Law*, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 2000
- BRAUN Thomas, *Les Marques de Fabrique et de Commerce Droit Belge*, Droit International et Droit Compare – Bruxelles – 1908
- BROWN Keyder, *Intellectual Property Rights and Customs Union*, İstanbul, Intermedia Yayınları, 1996
- CAMCI Ömer, *Marka Davaları*, İstanbul, 1999

-
- CENGİZ Dilek, *Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz*, İstanbul, Beta Yay, 1995
- CHAVANNE Albert – BURST Jean Jacques, *Droit de la Propriété Intellectual*, Paris, 1993
- ÇAMLIBEL TAYLAN Esin, *Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi*; Ankara, Seçkin Yayınları, 2001
- ÇEÇEN Anıl, *Adalet Kavramı*, Ankara, Gündoğan Yayınları, 1993
- DARDAĞAN Esra, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı*, Ankara, Betik Yayıncılık, 2000
- DIAMOND Sidney, *Trademark Problems And How To Solve Them*, Revised Edition, Chicago, 1981
- DONAY Süheyl, ERMAN Hasan, *Sınai Mülkiyet Aleyhine Suçlar*, 1973
- DÖNMEZ İrfan, *Markalar ve Haksız Rekabet Davaları*, İstanbul, Beta Yayınları, 1992
- DURA Cihan, ATİK Hayriye, *Avrupa Birliği, Gümrük Birliği ve Türkiye*, Ankara, Nobel Yayın ve Dağıtım, 2000
- ILGAZ Deniz, *Dünya’da ve Türkiye’de Sınai ve Ticari Mülkiyet Hakları*, İstanbul, Yased Yay, 1992
- EDVARD Peters, *La Défense de la marque dans le Benelux*, Bruxelles, 1996
- EREL Şafak, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, Ankara, İmaj Yayıncılık, 1998
- EREM Turgut, *Ticaret Hukuku Prensipleri*, İstanbul, 1962.
- ERMAN Sahir, *Ticari Ceza Hukuku*, Genel Kısım, İstanbul, 1976
- GAL Yves Saint, *Protection et défense des marques de fabrique, de commerce et de service*, Paris, Delmas, 3ième édition, sub A 3
- HIRSCH Ernest, *Ticaret Hukuku*, İstanbul, 1948
- HIRSCH Ernest, *Fikri ve Sınai Haklar*, Ankara, Ankara Basımevi, 1948

-
- TORREMANS Paul, *Intellectual Property Law*, London, 1995
- KARAHAN Sami, *Yeni Marka Hukukumuz ve İlgili Mevzuat*, Konya, 1998
- KESKİN Serap, *Fikri (Düşünsel) Mülkiyet Haklarında Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003
- KUNTER Nurullah, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1986
- METAXAS George, *Intellectual Property Laws of Europe*, Brussels, Stanbrook & Hooper, 1995
- NOYAN Erdal, *Marka Hukuku*, Ankara, Adil Kitabevi, 2003
- ODER Emrah, *AB Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları, 2000
- OĞUZ İmregün, *Bilirkişi Raporları*, İstanbul, Turhan Kitabevi, 2006
- OKÇUĞLU Yavuz, *Yargıtay Kararları ve Karşı Oyları*, Ankara, 1991
- OYTAÇ Kutlu, *Son Uluslararası Değişikliklerle Mukayeseli Marka Hukuku*, İstanbul, Nobel Yayınları, 1999
- ÖÇAL Akar, *Türk Hukukunda Markaların Himayesi İsviçre ve Fransız Hukuku İle Mukayeseli Olarak*, Ankara, 1967
- ÖZCAN Mehmet, *AB'de Fikri ve Sınai Haklar*, Ankara, Nobel Yay, 1999
- ÖZTÜRK Bahri, ERDEM Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2001
- POINTET Jean Pierre, *Le Protection de la Marque*, Basel, 1963
- SOYAK Alkan, *Küreselleşme Sürecinde Ulusal Teknoloji Politikası ve Türkiye: Sınai Mülkiyet Hakları ve Ar-Ge Teşvikleri Açısından Bir Çözümleme*, İstanbul, Bilim ve Teknik Yayınevi, 2000
- SZALEWSKI Joanne, *Le droit des marques*, Paris, 1997
- TEKİNALP Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları, 2002
- TEZİÇ Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, İstanbul, Beta yayınları, 1996

- WAELBROECK Michel, ANGELO Homer, *Brevets et Marques au Regard du droit de la concurrence en europe et aux Etats-Unis*, Bruxelles, 1968
- YALÇINER Uğur, *Sınai Mülkiyetin İlkeleri*, Ankara, 2002
- YASAMAN Hamdi, *Marka Hukuku 556 Sayılı KHK şerhi*, İstanbul, Vedat Yayınevi, 2004
- YILMAZ Zekeriya, *Teori ve Uygulamada Müsadere*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003

MAKALELER, TEZLER, SUNUMLAR

- AKIN Yusuf Murat, "Markanın Korunması - İsviçre Federal Mahkemesi'nin 21.12.1993 tarihli bir kararı", *Argumentum*, 119. Band, II: Kısım, 5. Kitap
- ALACAKAPLAN Uğur, "Suçun Unsurları", Sevinç Matbaası, Ankara, 1975
- ALBAYRAK Mustafa, "Markaların Korunması Hakkında KHK'de Düzenlenen Suçlar ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", *Adalet Dergisi*, Sayı 14
- ALICA Türkay, "Fikri ve Sınai Haklar Ceza Hukuku Alanındaki Son Gelişmeler", *Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü sunum*, 04.10.2004
- ARAT Tuğrul, "Avrupa Toplulukları Hukuku", *AB El Kitabı*, TCMB Yayınları, Ankara, 1995
- ARIKAN Saadet, "Fikri-Sınai Haklar ve Rekabet Hukuku", *Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 1999
- ARIKAN Serdar, "Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemeleri", *Adalet Bakanlığı, ABD ve Türkiye'de Fikrî ve Sınai Hakların Etkin Korunması Semineri*, Ankara, 9-10 Eylül 2004
- ARKAN Sabih, "Marka Hakkına Tecavüz", *Batider*, Haziran, 2000
- ARKAN Sabih, "İşaret İle Marka Arasında Bağlantı İhtimali ve İltibas Tehlikesi", *Batider*, Aralık 1999

- ASLANER Nuran, "Almanya Uygulamasında Renk Markalar" *İstanbul Barosu Dergisi Fikri Sınai Haklar Özel Sayısı*, İstanbul, 2007
- DERİCİOĞLU Kaan, "Türkiye'de ve AT'de Markaların Korunması", *Avrupa Araştırmaları Dergisi*, C.4 S.1-2, 1995-96 (Özel Sayı)
- ERGÜN Mevci, "Türkiye'de Marka Hakkına Tecavüz Davaları", *Marka Korunması Uluslararası Sempozyumu*, İstanbul, 1998
- GRUBHOFFER Gregor, "Protection of Trademarks in the EC", *Marmara Üniversitesi LLM Thesis*, İstanbul, 2003
- GÜN Mehmet, "Markalar Hukukunun AB Uyumu ve Sorunları Semineri", *İTO Yay. No:1995/39*, İstanbul
- JENINGS Jonathan, "Trademark Counterfeiting: An Unpunished Crime", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol 80, No:3 (Autmn, 1989)
- KANETİ Selim "İsviçre Federal Mahkemesi'nin Markalar Arasında İltibasla İlgili Kararları", *Batider*, 1961
- KARAAHMET Erdoğan, "Türkiye'de Markaların Korunmasının Dünü, Bugünü ve Yarını", *Markanın Korunması Uluslararası Sempozyumu 24-25 Haz. 1998*, İstanbul
- KRAYENBÜHL Robert, "Essai sur le droit des Marques", *Thèse de License et de Doctorat*, Lausanne, 1946
- ROSE Lester, CHEN Grace, "Strenghtening Criminal Liability for IP Infringement in China", *Intellectual Property Today*, Mart 2005
- OCAK Nazmi, "Markaya Tecavüz ve Markanın Korunması", *Ankara Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi*, Ankara, 1997
- ÖZSUNAY Ergun, "Markalar Hukukunun AB Uyumu ve Sorunları", *Gümrük Birliği Bilgilendirme Toplantıları – 3, – Yayın No:1995 – 39*, İstanbul
- ÖZTEK Selçuk, "556 Sayılı KHK'da Benzer Mal Ve Hizmetler", *İstanbul Barosu Dergisi, Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı*, İstanbul, Temmuz 2007
- PEKDİNÇER Remzi Tamer, "Marka Hakkı ve Korunması", *Marmara Üniversitesi Doktora Tezi*, İstanbul, 2001

- RAHMATION Andreas, "Trademark Infringement as a Criminal Offence", *The Modern Law Review*, Vol:67, Page 670 – July 2004.
- ŞAHİN Seyit, "Avrupa Toplulukları Adalet Divanının Fikrî ve Sınai Mülkiyet Haklarına ilişkin Verdiği Kararların İncelenmesi", *Ankara Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi*, Ankara, 2003
- ŞENOCAK Kemal, "Soyut Renk Markaları", *Turgut Kalpsüz'e Armağan*, Ankara, 2003
- TEKİNALP Ünal, "Gümrük Birliğinin Türk Hukuku Üzerindeki Etkileri", *İÜHFM*. C. LV, İstanbul, 1996
- ÜNAL Mücahit, "556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye Göre Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler" *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c.13, 2005/2
- YENİSEY Feridun, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, Uzlaştırıcı Eğitimi, Rehber Kitapçık, Bahçeşehir Üni. Yay. 2007
- YILMAZ İlhan, "Avrupa Topluluğunda Fikri ve Sınai Haklar", *Avrupa Araştırmaları Dergisi*, C.IV, İstanbul, 1995/1996

DİĞER YAYINLAR

AB Ve Türkiye, Başbakanlık Dış Ticaret Müsteşarlığı Yayınları, Ankara, 1999

Avrupa Birliğinde Marka ve Tasarım Koruma Yolları, İTO Yayınları No:2003 – 46

Avrupa Birliğinde ve Türkiye İlişkileri Temel Kavramlar Rehberi, İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları, İstanbul 2005

Avrupa Birliğinde ve Türkiye'de Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları, İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları, İstanbul, 2000

Fikri ve Sınai Haklar Özel İhtisas Komisyonu Raporu, DPT Yayınları, Ankara, 2000

How is the European Union Runing the Single Market? What are my Rights as a Consumer?, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 1996

The Policing of Signs: trademark infringement and law enforcement. *Journal* :
European Journal on Criminal Policy and Research, Issue Volume 3, Number
2 – June 1995

TPE Yayınları

YARARLANILAN İNTERNET SİTELERİ

<http://www.adalet.gov.tr>
<http://www.curia.eu.int>
<http://www.europa.eu.int>
<http://www.hazine.gov.tr>
<http://www.ivir.nl>
<http://www.khlaw.com>
<http://www.law.nyu.edu.tr>
<http://www.nyu.edu.tr>
<http://www.oiprc.ox.ac.uk>
<http://www.parliament.uk>
<http://www.semichips.org>
<http://www.tpe.gov.tr>
<http://www.turkhukuk.com.tr>
<http://www.tusiad.org.tr>
<http://www.uni-kiel.de>
<http://www.wipo.org>
www.aippi.org/reports/q169/q169_summary_e.html
www.turkhukuk.com.tr/makaleler.doc