

T.C.

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

MARKANIN CEZA NORMLARIYLA KORUNMASI

DOKTORA TEZİ

ENGİN KESKİN

TEZ DANIŞMANI

DR. ÖĞRETİM ÜYESİ MEHMET FETHİ ŞUA

İSTANBUL, 2022

İNTİHAL SAYFASI

Doktora Tezi olarak sunduğum “Markanın Ceza Normlarıyla Korunması” isimli çalışmanın, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yol ve yardıma başvurmaksızın yazdığımı, yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu ve bu eserleri her kullarışımda alıntı yaparak yararlandığımı belirtir; bunu onurumla doğrularım.

Enstitü tarafından belli bir zamana bağılı olmaksızın, tezimle ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçlara katlanacağımı bildiririm.

Engin KESKİN

30 Haziran 2022

ÖZET

Markanın tarihsel süreçte ortaya çıkması ve gelişimini tamamlamasıyla artık sadece üreticisini nitelemenin ötesinde, reklam, garanti, kalite ve kaynak gösterme özelliklerini barındırır hale gelmesi hukuken ele alınması sonucunu da beraberinde getirmiştir. Ticari faaliyetler kapsamında yenilenen ve gelişen pazarlama stratejileriyle birçok tanınmış marka, sahip olan işletmelerin diğer tüm maddi malvarlıklarından çok daha değerli hale gelmiştir. Marka hukuku kapsamında markaların hukuk normlarıyla korunması, markanın üreticisini güvence altına almakla birlikte aslen tüketicinin tercih hakkını özgürce kullanmasını sağlamaya yönelik olduğu kadar mal ve hizmetlerin kalite standartlarını da belirlemekte ve böylece ticaretin sağlıklı bir şekilde yürümesini ve gelişmesini koruma altına almaktadır. Ancak özel hukuk normlarıyla sağlanan korumaya rağmen, marka hakkının kötüye kullanılmasıyla elde edilen menfaatlerin büyüklüğü nedeniyle, bu alanda yaşanan ihlaller artarak devam etmiştir. Marka ihlallerinde yaşanan artış, özel hukuk korumasının yetersiz kalması, daha etkin koruma yöntemlerinin zorunlu hale gelmesiyle ceza hukukunun bu alana dahil olmasını kaçınılmaz hale getirmiştir. Çalışmamızda markanın ceza hukuku normlarıyla korunması anlatılarak, suç düzenlemeleri incelenmiş, inceleme sırasında uygulamada karşılaşılan eksiklik ve aksaklıklar da değerlendirilmiştir.

Anahtar kelimeler: Marka, marka taklitçiliği, iltibas, iktibas, karıştırma ihtimali, marka hakkına tecavüz, tescilli marka, yaptırım, etkin pişmanlık, yetkisiz tasarruf suçu

ABSTRACT

With the emergence of the brand in the historical process and completing its development, the fact that it now includes all the features of advertising, warranty, quality and belonging, beyond just describing the manufacturer, has brought with it the result of being considered legally. With the renewed and developing marketing strategies within the scope of commercial activities, many well-known brands have become much more valuable than all other tangible assets of the companies that own them. The protection of trademarks with legal norms within the scope of trademark law not only ensures the producer of the trademark, but also determines the quality standards of goods and services, as well as ensuring that the consumer can use their right of choice freely, thus protecting the healthy operation and development of the trade. However, despite the protection provided by private law norms, the violations in this area continued to increase due to the greatness of the benefits obtained through the abuse of the trademark right. The increase in trademark violations, the inadequacy of private law protection, and the necessity of more effective protection methods have made it inevitable to include criminal law in this field. In our study, the protection of the trademark with the norms of criminal law has been explained, the criminal regulations have been examined, and the deficiencies and malfunctions encountered in practice during the examination have also been evaluated.

Keywords: Trademark, trademark counterfeiting, confusion, citation, likelihood of confusion, infringement of trademark right, registered trademark, sanction, effective regret, unauthorized disposition crime

Bu çalışma, üzerimde çok fazla emekleri olan saygıdeğer Öğretim Üyelerime, değerli dostlarıma, aileme, üniversitemin kurucu başkanı değerli büyüğüm başta Sn. Bedrettin Dalan olmak üzere Dalan Ailesine, biricik kızıma ve özellikle değerli Eşim Ashı Bayındır KESKİN' e ithaf edilmiştir.

İçindekiler

İNTİHAL SAYFASI.....	i
ÖZET.....	ii
ABSTRACT	iii
İÇİNDEKİLER.....	v
KISALTMALAR TABLOSU.....	xi
BİRİNCİ BÖLÜM.....	1
MARKA VE MARKA HUKUKU.....	1
I- MARKA KAVRAMI	1
II- MARKANIN FONKSİYONLARI	5
A- Ayırt Etme Fonksiyonu	5
B- Kaynak Gösterme Fonksiyonu.....	6
C- Reklam Fonksiyonu	7
D- Garanti ve Kalite Fonksiyonu.....	8
III- MARKA TÜRLERİ	10
A- Kullanım Amacına Göre Markalar	10
1- Ürün (Mal) Markası:	10
2- Hizmet Markası	11
B- Sahiplerine Göre Markalar	11
1- Bireysel Markalar	11
2- Ortak Markalar	12
3- Garanti Markaları	14
C- Tescil Amacına Göre Markalar	16
1- İhtiyat Markaları.....	16
2- Koruyucu Markalar	16
3- Seri Markalar.....	16
D- Tanınmışlık Düzeylerine Göre Markalar	17
1- Standart (Alelade) Marka:	17
2- Tanınmış Marka:	17
IV- MARKANIN TARİHÇESİ	25
A- Dünya 'daki Gelişmeler.....	25
B- Ülkemizdeki Gelişmeler.....	27
V- MARKA HAKKI	29
A- Marka Hakkının Hukuksal Niteliği.....	29
B- Marka Hakkının Özellikleri.....	32
1- İnsan Aklının Üretimi Olması (Soyutluk).....	32
2- Süreye Bağlı ve Yenilenebilir Bir Hak Olması.....	32

C-	<i>Marka Hakkının Doğuşu</i>	32
D-	<i>Marka Hakkının Sınırları</i>	34
1-	Dürüst Kullanım İlkesi	34
2-	Tükenme İlkesi	39
E-	<i>Korunma Süresi ve Yenilenebilirlik</i>	44
F-	<i>Marka Hakkının Sona Ermesi</i>	45
1-	Koruma Süresinin Dolması ile Markanın Süresi İçinde Yenilenmemesi	45
2-	Marka Hakkından Vazgeçme	46
3-	Markanın Hükümsüzlüğüne veya İptaline Karar Verilmesi	47
VI-	MARKA HUKUKU VE FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU İLİŞKİSİ	49
A-	<i>Fikri Mülkiyet Kavramı ve Fikri- Sınai Mülkiyet Ayrımı</i>	49
B-	<i>Marka - Fikri Mülkiyet İlişkisi</i>	52
C-	<i>Fikri Mülkiyetin Hukuksal Niteliği</i>	52
VII-	MARKA HUKUKUNUN KAYNAKLARI	54
A-	<i>Uluslararası Kaynaklar</i>	54
1-	Sınai Mülkiyetin Korunması ile İlgili Paris Sözleşmesi	54
2-	Markaların Milletlerarası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması	56
3-	Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) Sözleşmesi	58
4-	Markaların Milletlerarası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması'na Dair Madrid Protokolü	59
5-	Dünya Ticaret Örgütü Sözleşmesi	61
6-	Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları (TRIPS) Anlaşması	62
7-	Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Anlaşması	63
8-	89/104 (2008/95) -(2015/2436) sayılı Avrupa Topluluğu Direktifi	65
9-	40/94 (207/2009) (2015/2424) (2017/1001) sayılı Avrupa Birliği Marka Tüzüğü	66
B-	<i>Ulusal Kaynaklar</i>	67
	İKİNCİ BÖLÜM	71
	MARKA HAKKININ KORUNMASI	71
I-	GİRİŞ	71
II-	MARKA HAKKININ ÖZEL HUKUK NÖRLARILYLA KORUNMASI	72
A-	<i>Genel Bilgiler</i>	72
B-	<i>Korumanın Kapsamı</i>	76
1-	Marka ile Aynı İşaretin Kullanılmasını Önlleme Hakkı	76
2-	Markanın Benzerinin Aynı veya Benzer Mal ve Hizmetlerde Kullanılmasını Önlleme Hakkı	77
3-	Tanınmış Markanın Farklı Mal ve Hizmetlerde Kullanılmasını Önlleme Hakkı	77
C-	<i>SMK'da Düzenlenen Hukuk Davaları</i>	78
1-	Tespit Davaları	78
2-	Eda Davaları	79
a-	Tecavüzün Önlmesi Davası	79
b-	Tecavüzün Durdurulması Davası	80
c-	İhlalin Giderilmesi ve Tazminat Davaları	80

III-	MARKA HAKKININ CEZA HUKUKU NORMLARIYLA KORUNMASI.....	81
A-	<i>Genel Olarak.....</i>	81
B-	<i>Marka Ceza Normlarıyla Korunmalı mı?</i>	85
C-	<i>Marka Hakkının Ceza Normlarıyla Korunmasını Gerekli Kılan Sebepler.....</i>	88
1-	Tescilli Marka Hakkı Sahibinin Ticari Haklarını İhlal Etmesi	89
2-	Tüketicilerin Bireysel Menfaatlerinin İhlal Edilmesi	90
3-	Kamu Sağlığına Olan Zararlı Etkileri	91
4-	Ekonomik Düzenin Menfaatlerine Verilen Zarar	93
5-	Diğer Hukuksal Tedbirlerin Yetersiz Kalması.....	94
D-	<i>TRIPS'in Getirdiği Asgari Cezai Koruma Standartları</i>	96
E-	<i>Bazı Ülke Hukuk Mevzuatlarındaki Mevcut Ceza Düzenlemeleri</i>	100
1-	ABD Hukuku'ndaki Ceza Düzenlemeleri	100
2-	İngiliz Hukuku'ndaki Ceza Düzenlemeleri	103
3-	Fransız Hukuku'ndaki Ceza Düzenlemeleri	105
4-	Alman Hukuku'ndaki Ceza Düzenlemeleri	106
F-	<i>Türk Hukukunda Markanın Ceza Normlarıyla Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ...</i>	110
1-	Marka ile İlgili Mevzuat ve Düzenlemelere Genel Bakış.....	110
a-	556 sayılı KHK Öncesi Dönem	110
b-	556 sayılı KHK Dönemi.....	112
c-	556 sayılı KHK'da Anayasa Mahkemesi Kararları Dönemi.....	112
d-	6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Dönemi	119
2-	Tescilsiz Markaların TTK'da Düzenlenen Haksız Rekabet Suçu Kapsamında Korunması.....	121
	ÜÇÜNCÜ BÖLÜM.....	124

6769 SAYILI SINAİ MÜLKİYET KANUNU'NDA (SMK) DÜZENLENEN MARKA SUÇLARI

		124
I.	GENEL OLARAK.....	124
II.	EKONOMİK SUÇ KAVRAMI VE MARKA SUÇLARI.....	124
A.	<i>Kavram.....</i>	124
B.	<i>Ekonomik Suçlarda Ceza Hukukuna Özgü İlkeler.....</i>	128
1-	Kusur (Kusursuz Suç ve Ceza Olmaz) İlkesi.....	129
2-	Suç ve Cezanın Şahsiliği İlkesi.....	131
3-	Hukuk Devleti İlkesi.....	132
a-	Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi	133
b-	Geçmişe Uygulama Yasağı İlkesi	136
c-	Kıyas Yasağı İlkesi.....	137
d-	Belirlilik İlkesi	138
e-	Ölçülülük (Gereklilik ve Orantılılık) İlkesi	140
III.	MARKA HAKKI KORUMASININ ELDE EDİLMESİNİN ÖN KOŞULU: TESCİL İLKESİ.....	142
A-	<i>Tescil Başvurusunda Bulunabilecek Kişiler.....</i>	143
B-	<i>Tescil Başvurusu Şekli ve Değerlendirilmesi</i>	143

C-	<i>Mutlak Ret Sebebi Tescil Engelleri</i>	144
1.	SMK 4. maddesine göre Marka Olamayacak İşaretler.....	144
2.	Ayırt Edici Niteliğe Sahip Olmayan İşaretler	145
3.	Tanımlayıcı İşaretler	145
4.	Aynı veya Ayırt Edilemeyecek Kadar Benzer İşaretler	147
5.	Meslek ve Ticaret Grubuna Ait İşaretler.....	150
6.	Doğal Şekli, Zorunluluk veya Asli Değerini Veren İşaretler	150
7.	Yanıltıcı Markalar.....	151
8.	Paris Sözleşmesi'ne göre Reddedilecek Markalar	152
9.	Kamuya Malolmuş, Tarihi ve Kültürel Değer Belirten İşaretler	152
10.	Dini Değer ve Sembol İçeren İşaretler	152
11.	Kamu Düzeni ve Genel Ahlaka Aykırı İşaretler	153
12.	Tescilli Coğrafi İşaret İçeren Marka	153
D-	<i>Nispi Ret Sebebi Tescil Engelleri</i>	153
1.	Aynı veya Benzer İşaretin Aynı veya Benzer Mal/Hizmetlerde Tescil Başvurusu	153
2.	Vekil/Temsilci Tarafından İzin Almadan Yapılan Tescil Başvurusu.....	154
3.	Rüçhan Hakkından Önce Bir Hak Elde Edilmiş Olması	154
4.	Tanınmış Markaların Aynı veya Benzer Mal/Hizmetlerde Başvuru	154
5.	Türkiye'de Tanınmışlık Seviyesine Ulaşan Markalar	155
6.	Markanın Başkasına Ait Herhangi Bir Fikri Mülkiyet Hakkını Kapsaması.....	155
7.	Yenilenmemiş Ortak/Garanti Markasının Aynısı veya Benzeri	155
8.	Yenilenmemiş Markanın Aynısı veya Benzeri	155
9.	Kötü Niyetli Tescil	155
E-	<i>Marka Tescilinde Sınıflandırma ve Belirlilik İlkesi</i>	155
IV.	SMK'DA DÜZENLENEN MARKA SUÇLARINDA KORUNAN HUKUKSAL DEĞER	161
V	"İKTİBAS VEYA İLTİBAS SURETİYLE TECAVÜZ" SUÇU	164
A-	<i>Suçun Kanuni Hükmü</i>	164
B-	<i>Fail ve Mağdur</i>	165
1-	Fail	165
2-	Mağdur	166
C-	<i>Suçun Maddi Unsuru</i>	167
1-	Suçun Konusu	167
a-	Marka Kavramı	169
b-	Markanın Unsurları	170
aa-	Bir İşaretin Varlığı	170
bb-	Ayırt Edicilik Unsuru.....	172
cc-	Anlaşılabilir Biçimde Sicilde Gösterebilir Olma Unsuru	177
c-	Marka Olabilecek İşaretler	180
aa-	Sözcükler.....	180
bb-	Kişi Adları	182
cc-	Coğrafi Yer Adları	185
dd-	Harfler ve Sayılar.....	186

ee- Şekiller	187
ff- Ses, Koku ve Tatlar	188
gg- Renkler	191
2- Fiil	196
a- “İktibas” ve “İltibas” Suretiyle Tecavüz.....	198
aa- İktibas Kavramı	198
bb- İktibasın Tespiti	200
cc- İltibas Kavramı	206
dd- İltibasın (Karıştırılma Tehlikesi) Tespiti.....	211
b- İltibas veya İktibas Suretiyle Tecavüz için Seçimlik Fiiller	226
bb- Mal Üretmek veya Hizmet Sunmak	228
cc- Satışa Arz Etme veya Satma	230
dd- İthal veya İhraç etmek.....	234
ee- Ticari Amaçla Satın Almak, Bulundurmak, Nakletmek veya Depolamak	235
D- <i>Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru</i>	238
1- Genel Olarak	238
2- Marka Hakkına Tecavüz Açısından Gözetilebilecek Hukuka Uygunluk Sebepleri.....	239
a- “Hakkın İcrası” Hukuka Uygunluk Sebebi.....	240
aa- Genel Olarak	240
bb- Dürüst Kullanım	241
cc- Gerçek Hak Sahipliği	245
b- “İlgilinin Rızası” Hukuka Uygunluk Sebebi	246
E- <i>Suçun Manevi Unsuru</i>	248
1- Genel Olarak	248
2- “Dikkat ve Özen Yükümlülüğü” nün Kast Açısından Değerlendirilmesi.....	250
3- Özel Kastın Varlığı (Ticari Amaç)	252
VI- “MARKA KORUMASINI BELİRTEN İŞARETİ KALDIRMA” SUÇU	254
A- <i>Suçun Kanuni Hükmü</i>	254
B- <i>Fail ve Mağdur</i>	255
1- Fail	255
2- Mağdur	255
C- <i>Suçun Maddi Unsuru</i>	255
1- Suçun Konusu	255
2- Fiil	256
D- <i>Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru</i>	257
E- <i>Suçun Manevi Unsuru</i>	257
VII. “MARKA HAKKI ÜZERİNDE YETKİSİZ TASARRUFTA BULUNMA” SUÇU	257
A- <i>Suçun Kanuni Hükmü</i>	257
B- <i>Fail ve Mağdur</i>	258
1- Fail	258
2- Mağdur	258
C- <i>Suçun Maddi Unsuru</i>	258

1- Suçun Konusu	258
2- Fiil	259
a- Genel Bilgiler	259
b- “Devretmek” Seçimlik Fiili	259
c- “Lisans Vermek” Seçimlik Fiili	262
d- “Rehin Vermek” Seçimlik Fiili	263
D- Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru	264
E- Suçun Manevi Unsuru	264
VIII- TÜM SUÇ TIPLERİ İÇİN DİĞER HALLER	264
A- Suçun Özel Görünüş Şekilleri	264
1- Teşebbüs	264
2- İştirak	265
3- İçtima	266
B- Cezayı Kaldıran veya Azaltan Sebep Olarak Etkin Pişmanlık Hali	268
IX- MARKA SUÇLARINDA YAPTIRIM VE USUL HÜKÜMLERİ	269
A- Genel Olarak	269
B- Cezalar	270
C- Güvenlik Tedbirleri	270
D- Ceza Muhakemesi Şartı Olarak Şikâyet	272
SONUÇ	274
KAYNAKÇA	284
KİTAPLAR	284
TEZ VE MAKALELER	293
DERGİLER	300
E-KAYNAKLAR	300

KISALTMALAR TABLOSU

• AB	:Avrupa Birliği
• ABD	:Amerika Birleşik Devletleri
• AET	:Avrupa Ekonomik Topluluğu
• a.g.e.	:adı geçen eser
• a.g.m.	:adı geçen makale
• AİHM	:Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
• AT	:Avrupa Topluluğu
• ATAD	:Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
• bkz.	:bakınız
• C.	:Cilt
• Çev.	:Çeviren
• dn.	:Dipnot
• E.	:Esas
• E.T.	:Erişim Tarihi
• EUIPO	:European Union Intellectual Property
• FMRH	:Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku
• FSHHM	:Fikri Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi
• FSHCM	:Fikri Sınai Haklar Ceza Mahkemesi
• GATT	:Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması
• GBA	:Gümrük Birliği Anlaşması
• HD	:Hukuk Dairesi
• HGK	:Hukuk Genel Kurulu
• HMK	:Hukuk Muhakemeleri Kanunu
• ITO	:International Trade Organisation (Uluslararası Ticaret Örgütü)
• İÜHFM	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
• K.	:Karar
• KHK	:Kanun Hükmünde Kararname
• md.	:madde
• MK	:Medeni Kanun
• M.Ö.	: Milattan Önce
• MÖHUK	:Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
• R.G.	:Resmî Gazete
• OHIM	:Office for Harmonization in the Internal Market
• s.	:sayfa
• S.	:Sayı
• SMK	:Sınai Mülkiyet Kanunu
• T.	:Tarih

- TBB :Türkiye Barolar Birliği
- TBK :Türk Borçlar Kanunu
- TBMM :Türkiye Büyük Millet Meclisi
- TCA :The Trademark Counterfeit Act (Amerika Marka Taklitçiliği Kanunu)
- TCK :Türk Ceza Kanunu
- TTK :Türk Ticaret Kanunu
- TÜRKPATENT :Türk Patent ve Marka Kurumu
- TRIPS :Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları)
- USPTO :United States Patent and Trademark Office (Amerika Birleşik Devletleri Patent ve Marka Ofisi),
- vd. :ve devamı
- WIPO :World Intellectual Property Organization (Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü)
- WTO :World Trade Organisation (Dünya Ticaret Örgütü)

Birinci Bölüm

MARKA ve MARKA HUKUKU

I- Marka Kavramı

Ticaret var olduğundan beri kullanıldığına inanılan marka¹, daha önceleri üzerinde kullanıldığı eşyaların aidiyetlerini ifade etmek için ailesel sembollerden ibaret iken sanayi devrimiyle başlayıp on dokuzuncu yüzyıldan itibaren çoklu üretim ve sınır aşan ticari ilişkilerin, deyim yerindeyse evrim geçirmesiyle birlikte giderek artan öneme sahip hale gelmiştir. Öyle ki rekabet koşullarında üretilen ürün ve hizmetlerin pazarlanması safhasında, benzer diğer hizmet ve ürünlerden ayırt edici ve ürün veya hizmetin kalitesini nitelendirir şekilde kullanılmaya başlanmasıyla giderek ticaret hayatının ayrılmaz ve vazgeçilmez bir parçası olmuştur.

Ticari hayatta ürünlerin ve hizmetlerin ayırt edici özelliklerini ortaya çıkararak birbirlerinden ayırt edilmesini sağlamak maksadıyla kullanılan marka kavramının Türk Hukuk sisteminde, bu konuyu düzenleyen 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda markanın doğrudan bir tanımı yapılmamıştır. Ancak, Marka Hakkı ve Kapsamı başlıklı Birinci Bölümün “Marka Olabilecek İşaretler” başlıklı 4. maddesinde²; “ Marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaretten oluşabilir”³ şeklinde bir düzenleme ile marka olabilecek

¹ Mezopotamya’da bulunan M.Ö. 3500 yılına ait çeşitli eşyalar üzerindeki silindirik damgalar, M.Ö. 600’lerde Babilli tüccarların yaptıkları ticari faaliyeti tanımlamak üzere dükkanlarına astıkları işaretler, M.Ö. 2. Yüzyılda Antik Yunan’da üretilen zeytin ve zeytinyağları üzerine üreticilerini belirtmek ve diğerlerinden ayırt etmek için konulan balık, yıldız gibi semboller, halı, kilim, kalkan gibi ürünlerin üzerine konulan Türk tamgaları kullanış amaçları gereği markanın ilk örnekleri olarak değerlendirilmektedir. Markanın ilk kullanım örnekleri için bkz. <https://www.brandingturkiye.com/markanin-tarihi-ve-dunden-bugune-marka-kavrami/>.

² Madde metni için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/01/20170110-9.htm>.

³ Lanham Act olarak da bilinen 15 numaralı Amerika Birleşik Devletleri Marka Kanunu’nun “Trademarks” başlıklı 22. bölümün 3. alt bölümünün “Construction and definition; intend of chapter” başlıklı 1127/45 nolu maddesinde ticari markanın tanımı SMK’da yer alan tanıma benzer şekilde yapılmıştır. Aynı maddede hizmet markası, sertifika markası, ortak marka ve tescilli markanın da tanımı bulunmaktadır. Tüm bu tanımlara bakıldığında global olarak da ortak kavramlarda birleştiği ve markanın diğer hizmet ve ürünlerden ayırt edici ve tanımlayıcı her türlü işaret olarak tanımlandığı görülmektedir. Madde metni ve açıklaması için bkz. PATTISHALL, Beverly W.; HILLIARD, David C.; WELCH II, Joseph Nye; Trademarks and Unfair Competition, Third Edition, Casebook Series, Matthew Bender Co. INC. , San Francisco California 1998, s. 547 vd.

işaretler sayılmıştır. Görüldüğü gibi Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 4. maddesi marka olabilecek işaretlere ilişkin özellikleri belirtmek suretiyle dolaylı da olsa marka kavramını tanımlamıştır. Daha kısa bir tanım ile marka bir mal veya hizmeti bir başka mal veya hizmetten ayırt etmeye yarayan işaret olarak ifade edilebilir⁴.

Mülga KHK’nın “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinin “a” fıkrasında, “marka, ortak markalar ve garanti markaları dâhil, ticaret markaları veya hizmet markalarını ifade eder” düzenlemesiyle yine markanın doğrudan tanımlanmadığı, kapsamının belirtilmekle yetinildiği görülmektedir. Mülga KHK’da, ortak marka ve garanti markası kavramları yanında, ticaret markası ve hizmet markası olarak iki ayrı kavramın kullanılmakta olduğu görülmektedir. Markanın doğası ve fonksiyonu gereği ticari nitelikte olması ve tabi olunan hukuki düzenlemeler açısından ürün ve hizmet markaları arasında bir farklılık bulunmadığından, KHK’da ticaret markası ve hizmet markası kavramlarından bahsedilmesi yerinde değildi. Kanun koyucu da aynı kanaatte olmalıdır ki SMK’da bu iki kavrama da yer vermemiş, “marka” kavramını ürün ve hizmet markasını kapsayacak şekilde ve “ticari” oluşuna ayrıca vurgu yapmaya gerek duymaksızın kullanmıştır.

Markanın da içinde bulunduğu fikri mülkiyet haklarına ilişkin yasal düzenlemeleri içeren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nda, mülga KHK’da olduğu gibi “Tanımlar” başlığı altında ortak marka, garanti markası, marka kavramlarına veya bu kavramların tanımlarına rastlanmamaktadır. SMK, KHK’ya paralel bir şekilde doğrudan marka kavramına yönelik bir tanım getirmemiş, hangi işaretlerin marka olabileceğini düzenleyerek dolaylı bir kavram açıklaması yapmıştır. Ortak marka ve garanti markası kavramları ise SMK’da “Garanti Markası ve Ortak Marka” başlıklı yedinci bölümün 31. maddesinde tanımlanmıştır⁵.

Mülga KHK’da olduğu gibi SMK’da da “işletme” yerine “teşebbüs”⁶ teriminin kullanılması bilinçli bir tercih olarak değerlendirilmektedir⁷. Kanun koyucunun, burada

4 Benzer ve aynı yöndeki tanımlar için bkz. YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s. 15 vd.; ARSEVEN, Haydar; Nazari ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1951, s. 1; KAYA, Arslan, Marka Hukuku, Arıkan Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2006, s. 13 vd.

⁵ SMK’da garanti markası, marka sahibinin kontrolü altında birçok işletme tarafından o işletmelerin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menşelerini ve kalitesini garanti etmeye yarayan işaret; ortak marka ise üretim veya ticaret ya da hizmet işletmelerinden oluşan bir grup tarafından kullanılan işaret olarak tanımlanmaktadır. Madde metni için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/01/20170110-9.htm>.

⁶“Teşebbüs, insan gereksinimlerini mal ve hizmet üretimiyle karşılamak üzere üretim faktörlerinin bir girişimci “müteşebbis” eliyle bir araya getirildiği sürekli ve bağımsız bir birimdir”, naklen GÜZEL, Oğuzkan; Rekabet hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2003, s. 13.

bilinçli olarak bu kavramı kullanmakla, ticari işletme sahibi olmayan diğer gerçek ve tüzel kişilerin de marka tescil ettirebileceği ve markaya sağlanan korumadan faydalanabileceği yönündeki iradesini ortaya koyduğu ifade edilmiştir.⁸ Her ne kadar KHK'nın marka başvurusu şartlarını düzenleyen 23/h maddesinde başvuru sahibinden ticaretle uğraştığını gösterir bir belge isteniyor olsa da ticaretle uğraşıldığına dair belge alabilmek için başvuru sahibinin ticari işletme sahibi olması gerektirmediğinden, marka tescil ettirebilmek ve markaya sağlanan korumalardan faydalanmak için ticari bir işletmenin varlığının gerekmediği açıktır.

Ancak mülga KHK'da "teşebbüs" kavramının kullanılmasının bilinçli olduğu değerlendirilmesine rağmen metin içerisinde bazı maddelerde işletme kavramının da kullanıldığı görülmektedir. Mülga 556 Sayılı KHK'nın Uygulamasına Dair Yönetmelik'te ise işletme kavramının kullanıldığı görülmektedir. İşletme, bir müteşebbisin ekonomik çıkar elde etmek amacıyla emek ve sermayeyi bir araya getirerek bağımsız bir şekilde faaliyet göstermesi olarak tanımlanırken⁹, ticari işletme ise Türk Ticaret Kanunu madde 11/1'de "esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme" olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımlardan da anlaşıldığı üzere her işletme ticari işletme vasfını haiz değildir. İşletme kavramının ticari işletme ile aynı anlamı ifade etmediği, ancak her ticari işletmenin ekonomik anlamda bir işletme olduğu da açıktır. Bir işletmenin ticari işletme olabilmesi için faaliyetin esnaf faaliyeti düzeyini ekonomik olarak aşması gerektiği Türk Ticaret Kanunu'nun ticari işletmenin tanımlandığı maddesinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla işletme kavramı, ticari işletmeyi de kapsayan bir kavramdır¹⁰.

Mülga KHK'nın değişik maddelerinde teşebbüs ve işletme kavramlarının, 556 Sayılı KHK'nın Uygulamasına Dair Yönetmelik Yönetmelik'te de yalnızca işletme

⁷ TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 369.

⁸ Kanun koyucunun teşebbüs kavramını bilinçli olarak kullandığına dair Tekinalp'in görüşünü yerinde bulan POROY/YASAMAN söz konusu durumun marka sahibi olabilmek için ticari işletme sahibi olmanın bir zorunluluk olmadığını, kaldı ki ortak markalarda da birden çok işletmenin aynı markaya sahip olabileceğinin görülebildiğini, bundan dolayı da teşebbüs kavramının kullanılmasının yerinde olduğunu ifade etmektedir. POROY, Reha; YASAMAN, Hamdi Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s.415-416.

⁹ ARKAN, Sabih; Ticari İşletme Hukuku, Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış 27. Bası, Ankara 2011, s. 26, POROY/YASAMAN, a.g.e., s.32.

¹⁰ BAHTİYAR, Mehmet; Ticari İşletme Hukuku Ders Notları Soru Örnekleri, Güncellenmiş 21. Bası Beta Yayın, Ekim 2020, s.17-18.

kavramının kullanılmasıyla ilgili olarak doktrinde çeşitli görüşler söz konusudur. Bir görüşe göre KHK'nın da teşebbüs yerine işletme kavramını kullanması gerektiği ifade edilmiş ise de¹¹, dikkat edilirse markanın Türk Ticaret Kanunu'nda tanımı ve özellikleri düzenlenmiş olan ticari işletmelerin dışında herhangi bir şekilde ticari işletmeye sahip olmayan gerçek veya tüzel kişiliklerce de kullanılabildiği açıktır. Her ne kadar ticarete kullanılan markaların daha çok işletmeler kapsamında kullanılması yaygın olan durum ise de işletme sahibi olmayan gerçek veya tüzel kişilerce kullanılan ve ticari bir değer ifade eder hale gelen diğer markaları da kapsamı açısından KHK'da kullanılan "teşebbüs" ifadesinin yaygın bir kullanım alanına sahip olan ticari işletmeden daha geniş ve yerinde bir kavram olduğu açıktır¹². Burada kanun koyucu teşebbüsü, markayı tanımlayan belirleyici bir unsur olarak değil ayırt etme unsuru olarak kullanmış, böylece marka sahibi olacak kişilerin kapsamını genişletmiştir¹³.

SMK, bu iki kavram açısından incelendiğinde, mülga KHK ile paralel bir şekilde teşebbüs ve işletme kavramlarının her ikisinin de kullanıldığı görülmektedir. SMK'nın marka olabilecek işaretleri düzenleyen 4. maddesinde "teşebbüs" kavramına yer verilmişken, kanun metninin çeşitli yerlerinde mülga KHK'dakine benzer şekilde hem işletme hem de teşebbüs kavramları kullanılmıştır. Kanaatimizce; KHK döneminden beri süregelen ve aynen alınmış olan, SMK'daki kavram karmaşası gibi görünen durum "daha geniş-daha dar" tartışmasından ziyade aslında birbiri yerine kullanılması alışkanlık haline gelmiş teşebbüs ve işletme kavramlarının aynı şeyi ifade eder şekilde birbirinin yerine kullanılmasının bir sonucudur¹⁴.

¹¹ ARKAN, Sabih; Marka Hukuku, Cilt I, Ankara 1997, s. 36. Yazar, teşebbüs ifadesinin kullanılmasının yerinde olmadığını, burada Yönetmeliğe paralel olarak işletme ifadesinin kullanılmasının daha doğru olacağını, dahası KHK'nın teşebbüs kavramını kullanırken tutarlı da olmadığını, KHK'nın diğer bazı maddelerinde teşebbüs yerine işletme kavramına yer verildiği ifade ederek buna örnek olarak da KHK'nın on altı, on sekiz, on dokuz, elli dört ve elli beşinci maddelerini göstermektedir.

¹² YASAMAN, markaların daha çok ticarete ve ticari işletmelerde kullanılmasından dolayı bunun dışında kalan kişilerin marka sahibi olmasının istisnai bir durum olduğunu değerlendirmekte, aslen ticari işletme teriminin yaygın olarak kullanılmasını da buna bağlamaktadır. YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C.I a.g.e., s. 60, dn. 1.

¹³ TEKİNALP; a.g.e., s. 369.

¹⁴ Bu konuda işletme ve teşebbüs terimlerinin hangisinin daha dar, hangisinin dar bir ifade alanı bulduğu yönünden çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Arslanlı, teşebbüsü işletmeden daha dar bir kavram olarak ifade ederek belirli bir hacim, devamlılık, ürünler için cari piyasa gibi şartlar gerçekleşmedikçe bir işletmenin teşebbüs halini alamayacağını söylemektedir (ARSLANLI, Halil; Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1960, s. 16). Karayalçın ise işletmenin "teknik-iktisadi", teşebbüsün ise "iktisadi-hukuki" bir kavram olduğunu, bir teşebbüsün içinde birden fazla işletmenin bulunabileceğini ifade etmektedir (KARAYALÇIN, Yaşar; Ticaret Hukuku 1-Giriş, Ticari İşletme, 3. Bası, Ankara 1968, s. 156). Bu konudaki en sağlıklı yaklaşım Poroy tarafından ifade edilerek, söz konusu bu tartışmaların bir hukukçu için gereksiz olduğu

II- Markanın Fonksiyonları

Fikri mülkiyet alanında önemli bir yeri olan markanın ticari hayatta yerine getirdiği işlev de son derece önemlidir. Bu öneme bağlı olarak markalar, kullanıldıkları alanlar itibariyle bazı fonksiyonları yerine getirirler. İlk kullanılmaya başlandıkları dönemde tacirlerin ürettikleri ve sattıkları mallar üzerine isimlerini yazarak bu şekilde mallarının reklamını yapmak için kullanılan, malların kime ait olduğunu ortaya koyarak mal sahipliği konusunda yaşanabilecek karışıklıkları engelleyen ve tacirin namı sayesinde üzerine konulduğu malın kalitesini garanti etme fonksiyonu yerine getiren marka¹⁵ zaman içerisinde bu fonksiyonları geliştirerek yerine getirmeye devam etmiş ve bu fonksiyonların yanın a yeni fonksiyonlar eklenmiştir. Bu fonksiyonlardan bazı markalarda tümünü, bazılarında bir kısmını, bazılarında ise sadece birini görmek mümkündür.

Doktrinde markanın fonksiyonları çeşitli başlıklar altında inceleniyor ise de¹⁶ genel kabul gören ve daha kapsamlı olduğu düşünülen başlıca fonksiyonlar şunlardır:

A- Ayırt Etme Fonksiyonu

Markanın en temel fonksiyonu, SMK'nın 4. maddesindeki dolaylı tanımda da açıkça belirtilen bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer bir işletmenin mal ve hizmetlerinden ayırt etme fonksiyonudur. Ayırt edicilik, bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için mutlak bir gereklilik olduğundan markanın fonksiyonu olduğu gibi aynı

değerlendirilmiş; benzer görüşteki diğer yazarlar gibi teşebbüs kavramının daha geniş bir kavram olduğunu kabul etmekle birlikte Ticaret Hukuku kapsamında kanun koyucunun kabul ettiği kavram gerçeğinden hareketle hangisinin dar, hangisinin geniş olduğunun tartışılmasının ancak akademik bir anlam ifade edebileceğini, uygulamada kabul gören kavramın ticari işletme olduğunu açıklamıştır. Fransızcada “enterprise (commerciale)”, Almancada “unternehmen(kaufmannisches)” ve İtalyancada “impresa” terimleri ile ifade edilen ticari işletme, kanuni olarak da kabul gören kavramdır. Dikkat edilirse halk dilinde de teşebbüs kavramı işletme kavramıyla iç içe geçerek birbiri yerine kullanılır hale gelmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. POROY/YASAMAN; a.g.e. s. 32 vd.; GÜZEL; a.g.e. s. 11 vd.

¹⁵ Bkz. MERGES, Robert P./MENELL, Peter S./LEMLEY, Mark A.; Intellectual Property in the New Technological Age, Aspen Publishers, Fourth Edition, New York 2006, s. 617.

¹⁶ Tekinalp, markanın fonksiyonlarının özellikle Alman doktrininde ayrıntılı incelemeye tabi tutulduğunu ancak Türkiye’de bu kadar ayrıntılı incelenmediğini, diğer bir anlamda Alman doktrinindeki gibi ekonomik ve hukuki işlevler arasında herhangi bir ayırım yapılmadığı haklı eleştirisinde bulunarak markanın ayırt etme, mal veya hizmetin işletmesel kökenini (menşei) gösterme, mal veya hizmetin niteliklerini garanti etme (güven), reklam, tekelleştirme ve koruma işlevlerinin bulunduğunu ifade etmektedir. TEKİNALP; a.g.e., s.378 vd.

Yasaman ise markanın fonksiyonlarını malın menşei gösterme, ayırt etme, malın kalitesini garanti etme, reklam, alıcıyı çekme ve itibar fonksiyonu olarak beş ayrı başlık altında incelemektedir. YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C.I a.g.e., s.18 vd.

Kaya da markanın temel işlevinin ayırt etme olduğunu vurgulamak suretiyle ticari hayatın gelişmesiyle birlikte ayırt etmenin yanında markalara bazı ekonomik işlevlerin de yüklendiğini, bu bağlamda daha çok hukuki olanlar üzerinde durulması gerektiğini ifade ederek markanın fonksiyonlarını menşei gösterme, ayırt etme, reklam ve garanti fonksiyonu olarak dört ana başlıkta incelemektedir. KAYA; a.g.e., s.558 vd.

zamanda ayrılmaz bir unsurudur. Marka, ayırt etme fonksiyonu ile mal ve hizmetleri somutlaştırmakta, tüketiciler için tam olarak istedikleri ve ihtiyaçlarını karşılayan ürünleri teşhis edebilmelerini sağlamakta; bu sayede piyasada mal ve hizmetlerin tüketiciler tarafından daha kolay teşhis edilebilir hale gelmesiyle rakip teşebbüslerin yararına olacak şekilde söz konusu mal ve hizmetler için piyasa şeffaflığı sağlamaktadır¹⁷.

Bir marka, üzerinde kullanıldığı mal ya da hizmete ne kadar yakın bir anlam ifade ediyor, o malın karakteristik özelliklerini ne kadar barındırıyor ise ayırt edici niteliği zayıfladığından zayıf marka olarak; o marka üzerinde kullanıldığı mal ya da hizmetten ne kadar bağımsız ve ne kadar uzak olursa ayırt edicilik niteliği o kadar kuvvetli kabul edileceğinden o marka kuvvetli marka olarak nitelendirilecektir. Markanın, ayırt edicilik fonksiyonunu gerçekleştirebilmesi için hem üzerinde kullanıldığı mal ve hizmetin belirleyici özelliklerinden hem de diğer mal ve hizmetlerde kullanılan markalardan mümkün olduğunca uzak ve farklı olmalıdır¹⁸.

Zayıf markanın ayırt etme fonksiyonundan yoksun olduğu söylenemez. Zayıf marka zamanla kullanım yoluyla ayırt edici karakteri yüksek bir marka, ayırt etme fonksiyonu güçlü bir marka haline gelebilmektedir. Bu durumun tam tersi de yani ayırt etme fonksiyonu güçlü, ayırt edici karakteri güçlü bir marka zamanla kullanım sonucu jenerik ad¹⁹ haline gelebilecek kadar ayırt edici karakteri zayıflayabilmektedir²⁰.

B- Kaynak Gösterme Fonksiyonu

Markanın diğer temel fonksiyonlarından biri de kaynak gösterme fonksiyonudur. Bu fonksiyon markanın kullanıldığı mal veya hizmetin onu üreten işletme ile olan bağlantısını ortaya koyar. Doktrinde köken işlevi²¹ ya da menşe işlevi²² olarak da

¹⁷ Naklen DOĞAN, Beşir Fatih; “Soyut Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği; Alman Federal Mahkemesi’nin Lila Renk Markasına İlişkin Kararı” başlıklı makale, FMRH dergisi, Cilt 5, S. 4, 2005, s.41.

¹⁸ YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C.I a.g.e., s.18 vd., ÇOLAK, Uğur; Türk Marka Hukuku, XII Levha Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul 2012, s.11 vd.

¹⁹ Sözlük anlamı “tanıtma adı” olan jenerik, Yılmaz’ın ifade ettiği gibi Türk hukuk literatürüne Prof. Dr. Selçuk Öztekin tarafından ilk kez kullanılmak suretiyle kazandırılmış olup; ürünü belirtmek için zorunlu olan tanıtma işaretlerinin, her işletmenin ürünleri için bu işaretleri kullanma ihtiyacı olabileceğinden zorunlu nitelendirme teşkil ettiği, bundan dolayı da kamuya ait olduğu; jenerik adlar ürünün hammaddesini, olağan nitelendirilmesini, ürünün cinsini gösterdiği ve çok yaygın bir kullanım alanına sahip olduğu için bu tip adların ayırt edici niteliğinin bulunmadığı kabul edilerek bu işaretler mutlak ret sebepleri arasında sayılmıştır. Jenerik sözcüğünün kelime anlamı için bkz. <http://www.tdk.gov.tr>. Jenerik ad ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. YILMAZ; 2008 a.g.e., s.95 vd.

²⁰ YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C.I a.g.e., s.19.

²¹ TEKİNALP; a.g.e., s.378.

²² YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C.I a.g.e., s.18.

adlandırılan kaynak gösterme fonksiyonu, tüketicilerin bir mal veya hizmetin hangi işletme tarafından üretildiğini anlamalarını sağlar. Ancak günümüzde ürün ve hizmetlerdeki çeşitliliğin artmış olması, pek çok farklı ülkede üretilmiş olan mal ve hizmetlerin iç piyasada satılır hale gelmesi ve lisans yoluyla kullanım²³ gibi nedenlerle tüketicilerin yalnızca mal veya hizmet üzerindeki markaya bakarak o mal ya da hizmetin hangi işletmeye ait olduğunu anlamasının zor hale geldiği, markanın kaynak gösterme fonksiyonunun yerini markanın malları ve hizmetleri birbirinden ayırma işlevinin aldığı kabul edilmektedir²⁴.

Kaynak gösterme fonksiyonunun yukarıda açıklanan nedenlerle zayıflamış olduğu düşünülse de bu fonksiyonun asıl faydası piyasada mal ve hizmet arz edenlerle talep edenler yani üretici ve satışa arz edenler ile tüketici arasında bağ kurulmasını sağlamasıdır. Bu bağ, iki tarafın iletişim kurmasını ve bu sayede garanti ve kalite fonksiyonuyla birlikte bilgilendirme sağlayarak üreticileri tüketiciye bağlamaktadır. Bu durum sonuçta tüketicinin markayı daha kolay teşhis etmesini sağlayarak teşhis fonksiyonunu da somutlaştırmaya hizmet etmektedir²⁵.

C- Reklam Fonksiyonu

Markalar işletmelerin ticari kazanç elde etmek amacıyla ürünlerinin diğer rakip ürünlerden ayırt edilerek daha fazla tercih edilmesini sağlama amacıyla da kullanılmaktadır. Daha fazla satış için daha fazla potansiyel müşteriye ulaşmak gerekir. Bunun en kolay yolu ürünü tanıtıcı reklam faaliyeti yürütmektir. Reklamın iki önemli işlevinden biri üreticinin malını veya hizmetini müşterilere tanıtmak; diğeri de aynı işlevi görmek ya da aynı ihtiyacı karşılamak üzere piyasaya arz edilen birden çok ürün, mal ya da hizmet arasından en uygun olanının müşteri tarafından seçilip alınabilmesini sağlamak açısından tüketiciyi aydınlatmaktır. En iyi reklamın bizzat ürünü kullananlar tarafından yapıldığı gerçeğinden hareketle, bir marka iyi ve doğru bir şekilde tanıtıldığında mal veya hizmeti satın alma kararında önemli bir etken olduğundan²⁶, işletmeler ile tüketiciler arasında güçlü bir bağ

²³ ÇOLAK; 2012 a.g.e., s.11.

²⁴ TEKİNALP; a.g.e., s.378.

²⁵ Doğan, soyut rengin marka olup olamayacağına dair yaptığı çalışmada haklı olarak markanın mevzuat düzenlemeleri ve ortaya çıkan problemlerin çözümünde markanın çok fonksiyonluluğunun büyük önem arz ettiğini belirtmekte ve markanın piyasa şeffaflığını sağlama fonksiyonu, iletişim fonksiyonu, bilgilendirme ve teşhis fonksiyonlarını ayrı fonksiyonlar olarak açıklamaktadır. Markanın iletişim, piyasa şeffaflığını sağlama ve teşhis fonksiyonlarının kaynak gösterme fonksiyonunun ayrılmaz parçaları olduğu kanaatindeyiz. Bu konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞAN; Soyut Renkler 2005 a.g.m., s.41.

²⁶ ARKAN; Marka a.g.e., s.39.

kurar²⁷. Bu bağ zamanla tüketiciyi, sırf markayı taşıdığından dolayı belli ürünlere yönlendirir.

İşletmeler tarafından tüketicileri etkileyebilecek doğru bir marka seçildiğinde, markanın işletme ile tüketici arasında oluşturduğu bağ sayesinde markanın tanınırlığı artar ve artık markanın kendisi reklam etkisi yaratır²⁸. Bu şekilde ortaya çıkan reklam fonksiyonu sayesinde de ürünün satışı artarak işletmelerin ticari hedeflerine ulaşmaları mümkün hale gelir. Günlük hayatta doğal olarak görünürlüğü artan markaların medyada bu kadar yer alması karşısında Reklam Kurulu ve RTÜK “gizli ticari iletişimi” yasaklayan düzenlemelere²⁹ dayanarak sıklıkla yaptırım uygulamaya başlamıştır. Ancak burada ilgili kanun düzenlemeleri yorumlanırken markaların günlük hayattaki olağan kullanımına uygun bir şekilde kullanılması halinde herhangi bir sakınca bulunmadığı, özellikle reklam iradesiyle ortaya çıkmadığı durumlarda yasaklamanın isabetli olmadığı göz önüne alınması gereken bir yorumdur³⁰. Markanın ya da markayı taşıyan bir ürünün özellikleri dikkate alınmadan sadece marka yazısının çeşitli yöntemlerle olağan dışı bir şekilde karartmanın aksine daha fazla dikkat çekerek markanın reklam fonksiyonunu aktive ettiği gerçeğini de unutmamak gerekir.

D- Garanti ve Kalite Fonksiyonu

Markalar, üzerinde kullanıldıkları mal ya da hizmetlerin diğer rakiplerinden ayırt edilmesini sağlama ana fonksiyonunun yanında ticari devamlılığı sağlama açısından tüketicinin beğenip tercih ederek aldığı ürünün her zaman aynı yapıda ve kalitede bulabileceği yönünde bir güven sağlama işlevini de yerine getirir³¹. Markalar kullanıldıkları

²⁷ ARKAN; Marka a.g.e., s.40.

²⁸ TEKİNALP; a.g.e., s.378.

²⁹ 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 61/4 maddesine göre “Reklam olduğu açıkça belirtilmeksizin yazı, haber, yayın ve programlarda, mal veya hizmetlere ilişkin isim, marka, logo veya diğer ayırt edici şekil veya ifadelerle ticari unvan veya işletme adlarının reklam yapmak amacıyla yer alması ve tanıtıcı mahiyette sunulması örtülü reklam olarak kabul edilir. Her türlü iletişim aracında sesli, yazılı ve görsel olarak örtülü reklam yapılması yasaktır.” Kanunun tam metni için bkz.

<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6502.pdf> .

6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun’un 9/3 maddesi “Gizli ticari iletişime izin verilemez.” hükmünü içermektedir. Kanunun tam metni için bkz.

<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6112.pdf>.

³⁰ ŞUA, Mehmet; “Örtülü Reklamların Yasaklanması Marka Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 20. Yıl Özel Armağan C: II, Cilt XIII, S. 2, s.55.

³¹ Şua, üretilecek malların ve sunulacak hizmetlerin her zaman Kaliteli olmasının zorunlu olup olmadığı konusunda, marka sahibinin kendi ürün veya hizmetleri için “özel bir kalite” seviyesi belirleme zorunluluğunun bulunmadığını, SMK md.24/4-c.1 hükmünde “Lisans veren, lisans alan tarafından üretilecek malın veya sunulacak hizmetlerin kalitesini garanti altına alacak önlemleri alır” düzenlemesinin her zaman bin kalite zorunluluğu varmışçasına zorlayıcı ancak isabetsiz bir düzenleme olduğunu ifade etmektedir. Yazarın görüşü

mal ve hizmetlerin kalitesini ve tüketicilerin üründen beklentilerini de temsil ederler. Kaldı ki tüketici aldığı bir ürün ya da hizmetin kalitesinden memnun kalması halinde tekrar o mal ya da hizmete yönelir.

Malın kalitesinin üretici tarafından garanti edilmesi, markanın tüketicide oluşturduğu algı açısından önem arz eder. Zira tüketici o markaya yüklediği belli bir kalite ve bu kalitenin o markaca garanti altına alınması sonucu o ürünü tercih eder³². Aynı mal ya da hizmetlerin her alınışında belli bir garanti ve kalitenin tutturulamaması halinde her ne kadar hukuksal anlamda bir koruma söz konusu değilse de³³ tüketicinin o markayı tercih etmemesi sonucuyla karşılaşılır.

Ticari hayatta yaşanan gelişmelerin sonucu olarak markanın yerine getirmiş olduğu kalite ve garanti fonksiyonu, sadece malın tüketici tarafından alınması sırasında değil, satış sonrası hizmetlerde de kendisini göstermektedir. Markanın bu fonksiyonunun sağladığı satış ve sonrasını kapsayan güven etkisi reklam fonksiyonuna benzer bir şekilde marka ile tüketici arasında önemli bir bağ kurar. Kalite ve garanti fonksiyonun sağladığı bu bağ, markanın tüketici nezdinde kazandığı güven aynı marka altında satışa arz edilen diğer ürünlerin de tercih edilmesini sağlar.

Marka hakkı sahibinin, markanın kullanıldığı üründe belli bir kaliteyi sağlama yükümlülüğü bulunmamaktadır. Markanın kullanıldığı ürünlerde sonradan kalitenin düşmesi halinde önceki kaliteyi koruma anlamında herhangi hukuki bir zorlama da mümkün değildir³⁴. Ancak markayı ürün veya hizmetlerinde kullanan işletme, tüketicinin ürünü tercih etmesinin devamını ve böylece kendi ekonomik geleceğini devam ettirebilmek için markaya yüklediği kaliteyi korumayı ve garanti altına almayı tercih edecektir. Bu anlamda markanın kalite fonksiyonunun marka hakkı sahibi işletme açısından ekonomik bir zorunluluk olduğundan bahsedilebilecektir³⁵. Markalı ürünün kalitesinin sürdürülmesi konusunda doğrudan bir zorlama yok ise de markanın sağladığı kalite ve güvenin korunması için dolaylı bazı düzenlemeler mevcuttur. Marka hakkının tükenmesi kuralının istisnası olarak, SMK'nın 152. maddesinin ikinci fıkrasında marka sahibine üçüncü kişiler tarafından ürünün

için bkz; ŞUA, Mehmet; "Bir Marka Lisans Sözleşmesine Dayalı Olarak Üretilcek Malların ve Sunulacak Hizmetlerin Her Zaman "Kaliteli" Olması Zorunlu Mudur?", Ticaret Hukuku Kongresi, 18 Şubat 2021 Özet Bildiri/Sözlü Sunum, Aristo Yayınları, 1.Bası, İstanbul Mayıs 2021, s.15.

³² ARKAN; Marka a.g.e., s.38.

³³ ARKAN; Marka a.g.e., s.38.

³⁴ YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C.I a.g.e., s.19.

³⁵ TEKİNALP; a.g.e., s.378.

değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçla kullanmalarını önleme yetkisi verilmiştir. Aynı şekilde marka hakkı sahibinin paralel ithalatı önleme yetkisi olmamasına rağmen ürünün kötüleştirilmesinin önlenmesine veya ürünün taklit edilmesi halinde taklit ürünlere ilişkin gerekli işlemleri yapma yetkisi vardır. Bu düzenlemeler ile marka hakkı sahibine markasını kullandığı ürünün kalitesini koruma imkânı sağlanmıştır.

III- Marka Türleri

Mülga KHK'nın marka olabilecek işaretleri düzenleyen 2. maddesinde, markanın ortak markalar ve garanti markaları dâhil ticari marka ve hizmet markalarını da ifade ettiği düzenlenmekteydi. Bu düzenlemeden hareketle marka türleri sınıflandırılırken ortak markalar ve garanti markalarının yanında “ticari marka” ve “hizmet markası” kavramlarına da yer verilmekte idi. Ancak markaya ilişkin genel açıklamalarımızda belirtildiği üzere marka, gerek ulusal ve uluslararası metinlerde düzenlenme şekli gerekse fonksiyonu ve niteliği gereği ticari olup ayrıca “ticari” olarak sıfatlandırılması yersiz hatta hatalıdır. SMK'nın marka olabilecek işaretleri düzenleyen 4. maddesinde, mülga KHK'daki bu ifade terk edilerek markanın “bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini” diğer teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeye yaradığını belirtmiştir. Böylelikle SMK öncesi dönemde, hatalı olarak yapılan ticaret markası-hizmet markası ayrımı yerini ürün(mal) markası-hizmet markası ayrımına bırakmıştır.

Marka türleri en yaygın haliyle aşağıdaki şekilde tasnif edilebilir:

A- Kullanım Amacına Göre Markalar

1- Ürün (Mal) Markası:

Ürün(mal) markası, bir işletmenin ürettiği ve ticaretini yaptığı malların diğer rakip işletmelerin mallarından ayırt edilmesini sağlayan markalardır. Tanımdan da anlaşıldığı gibi ürün markası sadece endüstriyel olarak değil, yani sadece üreticiye özgü değil aynı zamanda ticaret konusu yapılan, satışa sunulan mallar için de kullanılmaktadır. Örneğin BİM, Carrefour veya Migros gibi büyük satış mağazaları herhangi bir ürünü herhangi bir üreticiye sipariş ederek bu ürünlerin üzerlerine üretici olmamalarına rağmen kendi markalarını koyarak satışa sunabilmektedirler³⁶. Nitekim ürün markaları, tanımdan da anlaşılabacağı gibi mallar üzerinde kullanılan markalardır. Marka tescili için kullanılan mal ve hizmet

³⁶ TEKİNALP; a.g.e., s.370.

sınıflandırmalarına da bakıldığında³⁷ toplam kırk beş sınıflandırmanın ilk otuz dördünün malları kapsadığı göz önünde bulundurulursa ürün markalarının en yaygın kullanıma sahip olduğu açıktır.

2- Hizmet Markası

Hizmet markaları bir işletmenin hizmetlerini diğer işletmelerin hizmetlerinden ayıran işaretler şeklinde tanımlanabilir³⁸. Marka hukukunun gelişme süreci içerisinde birçok yasal düzenlemede hizmet markalarına yer verilmemiş, markanın yalnızca bir ürün veya ambalajı üzerine konulan işaret olabileceği şeklinde dar bir görüş belirlenmiştir³⁹. Ancak marka ile ilgili yaşanan gelişmeler, markaların reklam amaçlı olarak ürün üzerinde veya ambalajında değil broşürler, faturalar, gazeteler gibi yerlerde de yer alması markanın yalnızca ürünler için kullanılabileceği savını geçersiz kılmıştır⁴⁰. Kaldı ki ürünler için söz konusu olan köken belirtme ve ayırt etme ihtiyaçları hizmet sunan işletmeler açısından da geçerlidir. Sigortacılık, sağlık, turizm, eğitim, bankacılık, otelcilik gibi sektörlerde faaliyet gösteren işletmelerin sundukları şey mal değil hizmetleridir. Hizmet bir anlamda bu tür işletmelerin ürünüdür. Bir lokantada servis edilen yiyecekler o işletmenin malları iken, o yiyeceklerin servis edilmesi hizmet ürünüdür. Dolayısıyla bu tür işletmelerin ürünlerini sunar iken kullandıkları markalar da hizmet markalarıdır. Marka tescili için kullanılan mal ve hizmet sınıflandırmasında, kırk beş sınıflandırmanın on biri hizmet sınıfından oluşmaktadır.

B- Sahiplerine Göre Markalar

1- Bireysel Markalar

Bireysel markalar yalnızca markayı tescil ettirmiş olan tek tüzel veya gerçek kişiye ait olan ve ona hak sağlayan markalardır. Tüzel ya da gerçek kişilerin, Pazar koşulları gibi ticari ya da başka nedenlerle markanın kendi adlarına değil temsilcileri adına tescil edilmesini istemesi halinde söz konusu olan “vekil markası” da bireysel marka kabul

³⁷ Marka tescili sırasında geçerli olan mal ve hizmet sınıfları bir markanın hangi sınıfta faaliyet göstereceğine dair başvuru sırasında belirlenen ve Nice Antlaşması ile kabul edilen mal ve hizmet sınıflarını ifade etmektedir. TÜRKPATENT, yayımlanan 2016/2 sayılı Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ ile Nice Antlaşmasına uygun şekilde mal ve hizmet sınıflandırması yapmıştır. Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/12/20161230-24.htm>.

³⁸ Yasaman “hizmet” kavramının tam olarak tanımlanmadığından hareketle hizmet markasını, maddi olmayan yani ürünlerin satışı veya üretimine ilişkin olmayan edimleri belirtmek için kullanılan işaretler olarak görülebileceğini ifade etmiştir. YASAMAN, Hamdi; “Hizmet Markaları”, Batıder, C. VIII, 1975, s.78.

³⁹ Mülga 551 sayılı Markalar Kanunu’nda hizmet markaları düzenlenmemiş, hatta Kanunun 46. Maddesinde hizmet markalarının kapsam dışı olduğu açıkça belirtilmiştir. YASAMAN; Hizmet Markaları a.g.m., s.75.

⁴⁰ YASAMAN; Hizmet Markaları a.g.m., s.74.

edilmektedir⁴¹.

İştirak halinde ya da müşterek hak sahipliğinin söz konusu olduğu bir tüzel kişilikte dahi marka, o tüzel kişiliğe ait olduğundan dolayı bireysel marka olacaktır. Bireysel markanın ayırt edici asıl özelliği marka üzerinde mutlak bir hakkın var olması ve bu hakkın bir gerçek ya da birden çok iştirak halinde ya da müşterek hak sahibinin oluşturduğu bir tüzel kişiye ait olmasıdır. Bu tip tüzel bir kişiye ait olan markanın, mevzuattan kaynaklanan kullanım ve korunma haklarının kime ait olduğu hususu da tüzel kişilik hak sahipliği esaslarına göre belirlenir⁴².

Grup markaları da nitelikleri itibariyle birer ferdi markadır⁴³. Grup markaları, gruba hâkim olan, çoğunlukla holding olarak nitelendirilen bir tüzel kişilik adına tescillidir. Örneğin Sabancı grubuna dâhil olan işletmeler kendi markaları yanında Sabancı Holdinge bağlı olduklarını nitelendirmek maksadı ile “SA” markasını kullanmaktadırlar. Koç, Doğuş ve Ülker gibi birden çok işletmesi ve markası olan büyük holding yapılanmasına sahip şirketler de benzer şekilde grup markaları kullanmaktadırlar⁴⁴.

2- Ortak Markalar

Birden çok işletmenin adına, her bir ortağın markanın tümü üzerinde diğer hak sahipleriyle aynı nitelikte ve sınırlarla ancak bağımsız olarak hak sahibi oldukları marka türüdür. Ortak markayı marka sahiplerinin her biri diğerlerinden bağımsız olarak kullanma hak ve yetkisine sahiptir. SMK'nın 31/3 fıkrasında ortak marka, üretim veya ticaret veya hizmet işletmelerinden oluşan bir grup tarafından kullanılan işaret olarak tanımlanmış, aynı maddenin 4. fıkrasında da bu markanın gruptaki işletmelerin mal ya da hizmetlerini diğer işletmelerin mal ya da hizmetlerinden ayırt etmeye yaradığı ifade edilmiştir.

Ortak markaların tesciline ilişkin olarak SMK'da bazı özel düzenlemeler mevcuttur. Bu düzenlemelerden en önemlisi, ortak marka tescil başvurusu sırasında, tescili istenen ortak markanın nasıl kullanılacağına dair düzenlenmiş, usul ve esasları gösteren bir teknik yönetmeliğin tesliminin istenmesidir⁴⁵. Bu düzenlemeye göre, markanın tescili için

⁴¹ YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C.I a.g.e., s.22.

⁴² TEKİNALP; a.g.e., s 371.

⁴³ ARKAN; 1997 a.g.e., s.46.

⁴⁴ TEKİNALP; a.g.e., s.372.

⁴⁵ SMK'nın garanti markası veya ortak marka başvurularında ibrazı istenen teknik şartnameyi düzenleyen 32. maddesinde, ortak marka teknik şartnamesinin; ortak markayı kullanmaya yetkili işletmeler ile bu işletmelerin oluşturdukları topluluğa üyelik şartlarını, markanın kullanım şartları ve varsa müeyyideleri belirleyeceği düzenlenmiştir. Söz konusu madde uyarınca TÜRKPATENT'e sunulmuş olan teknik şartnamede yapılacak değişiklikler ancak Kurum tarafından onaylanarak uygulanabilecektir. Teknik şartname, ikinci ve üçüncü

ortak markayı kullanacak marka sahiplerinin birlikte hareket etmesi esas alınarak, birlikte kullanıma tabi olan yetkili işletmelerin teknik yönetmelikte belirtilmesi gerekmektedir.

Ortak markanın tescili ve marka hakkından vazgeçilmesi için ortak marka sahibi olan grup ya da birlikteki gerçek ya da tüzel kişilerin tamamı birlikte hareket etmek durumundadır⁴⁶. Ortak markanın kullanım hakkına sahip olanların tek başına dava açma hakkı olup olmadığı hususunda mülga KHK döneminde açık bir düzenleme bulunmamaktaydı. KHK'da aksi bir düzenleme bulunmadığından dava hakkının tek başına kullanılabilmesi kabul edilmekteydi⁴⁷. SMK, ortak marka teknik şartnamesini düzenleyen 32. maddenin 4. fıkrasında ortak markayı kullanmaya yetkili gruba dahil işletmelerin tek başına dava açmaya yetkili olduğu düzenlemesi getirilerek bu konu açıklığa kavuşturulmuştur.

Ortak markanın kurulabilmesi için tüzel kişilik meydana getirmemek kaydıyla⁴⁸ bir birliğin varlığı gerekmektedir. Birliğin tüzel kişiliğinin olması halinde burada artık ortak markadan değil ferdi markadan söz edilecektir.

Ortak markalarda iki ayrı kullanım şekline rastlanmaktadır. Bunlardan biri ortak markanın kullanıcılarının belli bir gruba üye olduklarını ifade etmek için kullanılmasıdır. Bunun en belirgin örneği, AAA (The American Automobile Association) markasının esasen üyelerine acil yol hizmeti sağlamak amacıyla kurulmuş iken sonrasında yol haritaları, seyahat rehberleri, çeşitli sigorta hizmetleri ve birçok sürücü güvenlik programını da kapsar şekilde birlik üyelerine hizmet etmeye devam etmesidir. Diğer bir ortak marka kullanım şekli de üretilen mal ve hizmetlerin kaynağını göstermek amaçlıdır. Örneğin tütün ve tütün mamulleri için Türkiye'de kullanılan TTL markası, zeytin, pamuk, incir ve benzeri mamuller üzerinde kullanılan Tariş markası gibi markalar ürünün kaynağını tüketiciye gösterme amacı güttüğü gibi ürünün kalitesini de ifade eder⁴⁹. Bu tip ortak markaların

fıkralarda belirtilen şartları içermediği ya da kamu düzenine veya genel ahlaka aykırı olduğu takdirde, Kurum gerekli değişikliklerin yapılması için marka sahibine bildirimde bulunacak, bu bildirimden itibaren 6 ay içerisinde gerekli değişikliklerin yapılmaması halinde tescil talebi reddedilecektir. Aynı şekilde, marka sahibinin, ortak markanın devamlılık arz eder biçimde teknik şartnameye aykırı olarak kullanılmasını engellemek için gerekli önlemleri almaması sebebiyle ilgili kişilerin, Cumhuriyet savcısının veya ilgili kamu kurum ve kuruluşunun başvurusu üzerine tanınan süre içinde söz konusu aykırı kullanımın düzeltilmemesi hâlinde, markanın iptaline karar verilecektir. Madde metni ve SMK ve ilgili kanun metinleri için bkz YILMAZ, Lerzan; 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ve İlgili Mevzuat, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2017.

⁴⁶ SMK madde 32/3.

⁴⁷ Aynı yönde görüş için bkz. ÇOLAK; 2012 a.g.e., s.14.

⁴⁸ TEKİNALP; a.g.e., s.372.

⁴⁹ ÇOLAK; 2012 a.g.e. s.20.

garanti markalarına benzerlik göstermesiyle birlikte garanti markalarından en önemli farkı bu tipteki ortak markanın sadece birlik üyeleri tarafından kullanım imkânı varken garanti markalarında ise o markayı kullanmak için belirlenen standartları gerçekleştiren herkes tarafından kullanılabilir olmasıdır.

Ortak markalar, grup markalarından tek bir tüzel kişiliğe ait olmamaları yönünden farklılık göstermektedir. Grup markaları kendi markaları yanında çoğunlukla hâkim bir tüzel kişiliğe bağlı alt şirketlerin aidiyet belirtmesi bakımından genelde holding olarak görünen üst tüzel kişiliğin markasını da kullanması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Dikkat edilirse grup markalarında aidiyet tek bir tüzel kişiliğe bağlıdır. Oysa ortak markalarda bağımsız birden çok gerçek ya da tüzel kişinin tek bir markayı kendi aralarında hazırladıkları yönetmeliğe uygun olarak ve daha da önemlisi birbirlerinden bağımsız şekilde kullanmaları söz konusudur.

3- Garanti Markaları

Garanti markaları, SMK'nın 31/1 maddesine göre sahibinin kontrolü altında birçok işletme tarafından o işletmelerin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menşelerini ve kalitesini garanti etmeye yarayan işaretler olarak tanımlanmaktadır. Kanunda yapılmış olan bu tanım mülga KHK'da yer alan garanti markası tanımı ile aynıdır. Mülga KHK döneminde, garanti markası için yapılan tanımın ifade olarak yanlış olduğu, metinden garanti markalarının işletmelerin mal ve hizmetlerini diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden üretim usulü, coğrafi menşe ve kalite bakımından ayırt etmeye yarayan işaretler olarak anlaşıldığı ancak garanti markasının işlevinin o markayı kullanan işletmelerin mal ve hizmetlerinin belirli bir kalite ölçüsünü yerine getirdiğini göstermek olduğu yönünde haklı eleştiriler mevcuttu⁵⁰. Bu haklı eleştirilere rağmen, SMK'da da garanti markalarının işlevini farklı şekilde yansıtan bu tanımda ısrar edilmiştir.

Garanti markası marka sahibi tarafından kullanılmaz. Marka sahibi markanın kullanılacağı malın şartlarını belirleyendir. Ortak markalardan farklı olarak garanti markaları marka sahibinin belirlediği şartları yerine getiren herhangi bir işletme tarafından garanti simgesi olarak⁵¹ kullanılabilir. Adından da anlaşılacağı gibi garanti markası marka sahibi tarafından belirlenip kamuya da ilan edilen özelliklerin garantisini sağlamaktadır.

⁵⁰ TEKİNALP; a.g.e., s.372.

⁵¹ OYTAÇ, Kutlu; Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, Genişletilmiş İkinci Bası, Nobel Kitapevi, İstanbul 2002, s. 279.

Örneğin malın bir özelliğini, üretiliş biçimini veya üretim yerini göstererek bunlara dair garanti sağlamaktadır. Uluslararası Yün Birliğine ait “WOOLMARK” markası, birliğin belirlediği saf ve yeni yünden üretim yapan işletmelerin ürünlerinin bu kapsamda garanti edilmesini sağlamaktadır⁵². Tüketici bu markayı gördüğünde, aldığı ürünün o markanın sahibi tarafından ilan edilen özellikte ve kalitede olduğunu anlamakta ve bu konuda markanın verdiği güvene dayanarak ürünü satın almaktadır⁵³.

Garanti markaları genellikle bir meslek mensubu derneği, odası ya da gerçek veya tüzel kişi adına tescillidir. Marka sahibinin ya da marka sahibine bağlı herhangi bir işletmenin ürettiği mal ve hizmetlerinde bu markayı kullanması garanti markasının özelliğinden dolayı mümkün değildir. Çünkü garanti markasının kullanılacağı mal ve hizmetlerin ortak özellikleri garanti markasının sahibi tarafından belirlenmekte ve bu özelliklere uygun olarak üretilip üretilmediği de yine garanti markası sahibi tarafından denetlenmektedir.

Ortak markalarda olduğu gibi garanti markalarında da tescil başvurusu sırasında, markanın garanti ettiği mal veya hizmetlerin ortak özelliklerini, markanın kullanılma usullerini, markayı kullanım hakkının verilmesinden sonra denetimlerin nasıl ve hangi sıklıkta yapılacağı ile teknik şartnameye aykırı kullanma hâlinde uygulanacak müeyyideleri içeren bir teknik şartnamenin ibrazı gerekmektedir. Marka sahibinin teknik şartnamede yapmak istediği herhangi bir değişiklik, Kurumun onayından geçmeden geçerli hale gelmeyecek, sunulan şartname gerekli unsurları içermiyor, kamu düzeni veya genel ahlaka aykırılık içeriyorsa Kurum tarafından marka sahibine gerekli değişiklikleri yapması için bildirimde bulunulacak, bu bildirimden itibaren 6 ay içerisinde değişiklikler yapılmazsa tescil başvurusu reddedilecek, marka sahibinin markanın şartnameye aykırı kullanımı önleyecek önlemleri almaması durumunda markanın iptaline kadar giden yaptırımlarla

⁵² TEKİNALP; a.g.e., s.372.

⁵³ Türk Standartları Enstitüsü’nün “TSE” garanti markasının kullanımına ilişkin bir şirketin aleyhine açtığı davaya ilişkin olarak Yargıtay 11. HD. 2000/2598 Esas ve 2000/3579 Karar sayılı kararında “...dava, davalının davacı işletme ile sözleşme yapmaksızın “TSE” markasını kullanmasından kaynaklanan tecavüzün önlenmesi, maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir...” diyerek davalının TSE markasını kullanması ile ilgili eyleminin TSE’nin hazırladığı kullanımla ilgili teknik şartnameye aykırı kullanımdan dolayı KHK’nın 61. Maddesi uyarınca marka hakkına tecavüz olarak değerlendirmiştir. Bu kararda TSE’nin bir garanti markası olduğu ve bu markayı kullanmak isteyenlerin TSE’nin kriterleri doğrultusunda kullanmak zorunda olduğu, aksi halde marka hakkına tecavüz eyleminin gerçekleştirilebileceği vurgulanarak garanti markalarının özellikleri ortaya konulmuştur. Karar metni için bkz. <https://www-lexpera-com-tr.lproxy.yeditepe.edu.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2000-2598-k-2000-3579-t-27-04-2000>.

karşılaşılabilecektir⁵⁴.

C- Tescil Amacına Göre Markalar

1- İhtiyat Markaları

Aslen tescil edildiği anda kullanma amacı bulunmayan ancak ileride kullanıma ihtimaline karşılık tescil edilen markalardır. Özellikle ilaç markalarında öne çıkan ihtiyat markaları, asıl hedeflenen işaretin marka olarak tescil edilmemesi halinde devreye girmek üzere benzer birçok işareti de ihtiyat olarak tescile sunulmasıyla ortaya çıkmaktadır⁵⁵.

2- Koruyucu Markalar

Başta tanınmış marka olmak üzere marka sahipleri, tescilli markalarının koruma alanlarını genişletmek, rakip işletmelerin asıl markayı taklit etmeleri olasılığından mümkün olduğunca uzak kalmak⁵⁶ maksadıyla tescilli markalarını oluşturan işaretin benzerlerini de tescil ettirerek koruyucu markalar oluştururlar. Koruyucu markanın en bariz örneği “Adidas” markasının üç çizgili işaretinin yanında iki çizgili ve dört çizgili benzer işaretleri de kendi adına marka olarak tescil ettirmesidir. Koruyucu markaların amacı kullanılmak değil asıl markayı iltibastan korumaktır⁵⁷.

3- Seri Markalar

Seri markalar bir markanın asli unsurunu koruyarak ona yeni asli ya da tali unsurlar eklenmek suretiyle ortaya çıkan markalar dizini olarak tanımlanabilir. Yargıtay seri markalarla ilgili vermiş olduğu kararlarında seri markaları “...bir işletme tarafından kullanılan markanın asli unsuru muhafaza edilerek, markanın bu işletmeyle bağlantısı ve tüketici nezdinde yarattığı imaj korunmak suretiyle, önceki markanın kapsadığı mal ve hizmetin yenilenmiş bir marka hizmetiyle sunulması ve bu yolla marka sahibinin piyasaya arz ettiği mal ve hizmetlerin işletmesel köken olarak öncekilerle bağlantılı olduğu mesajını veren yeni markalar yaratmak amacıyla, önceki markada yer alan asli unsurların başkaca asli ve/veya tali unsurlar eklenerek oluşturduğu markalar” olarak tanımlamıştır⁵⁸.

⁵⁴ SMK madde 32/1-2-5-6-7.

⁵⁵ İlaç markaları, reklamdan ziyade diğer ürünlerden ayırt edilmesini sağlama amacına yönelik hammaddelerinin isimlerinden esinlenerek zayıf marka olarak değerlendirilen işaretler seçmek durumunda olduklarından KHK’nın mutlak ret sebeplerini düzenleyen yedinci maddenin c bendi kapsamında mutlak ret tehdidi altındadırlar. Bu nedenle alternatif ihtiyat markalarını tescil ettirerek bu riski azaltmaya çalışırlar. İlaç markaları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTEK, Selçuk; “İlaç Markaları Alanındaki Son Gelişmeler”, 1. İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005, s.13 vd.

⁵⁶ ÇOLAK; 2012 a.g.e., s.16.

⁵⁷ KAYA; a.g.e., s.53.

⁵⁸ Yargıtay 11. HD. 19.09.2008 tarih, 2008/7547 Esas, 2008/10251 Karar sayılı kararı; Yargıtay 11. HD. 14.11.2008 tarih, 2008/11505 Esas, 2008/12839 Karar sayılı kararı; Yargıtay 11. HD. 21.05.2010 tarih, 2010/5538 Esas, 2010/5680 Karar sayılı kararı için bkz. TEKİNALP; a.g.e, s.374-375.

Seri markalar aslen köken gösterme, ikincil olarak da kök markayı koruma amacı güder. Diğer bir ifadeyle aynı gerçek ya da tüzel kişi tarafından üretilen ya da piyasaya sürülen farklı ürünlerin aynı işletmeye ya da kişiye ait olduğunu vurgulamak, kaynağını göstermek amacıyla seri markalar kullanılır. Bu sayede tüketiciler seri markalar vasıtasıyla ürünün kaynağını daha kuvvetli ve daha kolay bir şekilde algılayarak kaynak marka ile seri markanın aynı işletmeye ait olduğuna kanaat getirerek tercihlerini ortaya koyacaklardır.

D- Tanınmışlık Düzeylerine Göre Markalar

1- Standart (Alelade) Marka:

Doktrinde alelade marka olarak da isimlendirilen⁵⁹ standart marka, SMK'nın 4. maddesi kapsamında tescil edilmiş tüm markaları kapsamaktadır. Bu ayrımın yapılmasının asıl sebebi tüm tanınmış markaların bazı farklı özelliklere sahip olmalarıdır.

2- Tanınmış Marka:

Marka koruma sistemi, bir markanın tescilli olması ön şartına bağlı olarak devreye girmektedir. Bir marka ancak tescil edildiği mal ve hizmet sınıfında geçerli olacak⁶⁰ şekilde, tescile bağlı hukuksal bir korumaya sahiptir. Dolayısıyla markalar tescil edildikleri mal ve hizmet sınıfı dışında kullanılan benzer ya da aynı diğer markalara karşı bu korumadan yararlanamazlar. Kural olarak tescilli bir markanın aynı ya da benzer bir işaretinin farklı mal veya hizmet sınıfında tescili için başvuru mümkündür. Tescil ilkesi olarak ifade edilen bu kuralın en önemli istisnası tanınmış markalarla ilgili yapılmış olan düzenlemelerdir.

Çok miktarda ürünün daha kısa sürede nakil imkânlarına kavuşmasıyla, üreticilerin ürünlerini sadece yerel tüketiciye dönük değil diğer ülkelerdeki tüketicileri de hedefleyerek üretim ve pazarlama faaliyetlerine girişmesiyle, uluslararası ticaret hızlı bir şekilde gelişerek ön plana çıkmıştır. İşitsel ve görsel medyanın hızlı gelişimi ile reklam faaliyetlerinin çeşitlenmesi ve düşük maliyetlerle yapılabilecek hale gelmesinin de katkısıyla ulusal düzeyde tanınan birçok marka ve ürün uluslararası alanda da tanınmaya başlanmıştır. Tanınmış markanın, reklam gücünün farklı alanlarda da yüksek iktisadi değer taşımasından kaynaklanan üstünlüğü, tanınmış markayı üçüncü kişiler tarafından sömürülmeye açık hale

⁵⁹ ARKAN; 1997 a.g.e., s.53, KAYA; a.g.e., s.56.

⁶⁰ Markaların sınıflandırılması, Türkiye'nin de taraf olduğu 15.06.1957 tarihli Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Sözleşmesi hükümleri çerçevesinde TÜRKPATENT tarafından her yıl Ocak ayının ilk günü yürürlüğe girecek şekilde gözden geçirilip yenilenerek yayınlanan Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ'e göre yapılmaktadır. Tebliğin tam metni için bkz. <http://www.turkpatent.gov.tr/dosyalar/mevzuat/MarkaTeb.pdf>. Ayrıca Nice sözleşmesinin tam metni için bkz. OYTAÇ; a.g.e, s.463-490.

getirmiş⁶¹, tescil ve ülkesellik ilkeleri ile sınırlanmış olan marka koruması tanınmış markalar açısından yetersiz kaldığından, bu ilkelere bir istisna olarak tanınmış markalar da hukuki korunma kapsamına alınmıştır⁶². Hakkaniyet gereği de tüketici nezdinde yoğun girişim, çaba ve ticari yatırım yoluyla yaygın ve tanınmış hale gelen ancak tescilsiz olan bir markanın sonradan yapılmak istenen bir marka tesciline karşı korunması gerekir⁶³.

Tanınmış marka için SMK’da herhangi bir tanım yapılmadığı gibi uluslararası metinlerde de bu konuda bir tanım yapılmaktan bilinçli olarak kaçınılmıştır⁶⁴. Bunun en önemli sebebi bir markanın neye göre, hangi şartlarda tanınmış marka olarak nitelendirileceğinin her somut olayda farklılık göstermesinden kaynaklanır⁶⁵.

En basit ifadesiyle tanınmış marka⁶⁶, toplumun önemli bir kesiminde belirli mal veya hizmetlere ilişkin çağrışım yapacak düzeyde bilinen bir marka olarak tanımlanabilir⁶⁷. Tanınmış markalar tescilli olmamalarına rağmen, marka sahibine, alelade markalar

⁶¹ NOMER, Füsün; “Tanınmış Marka: NIKE (İsviçre Federal Mahkemesi’nin 24 Mart 1998 tarihli Kararı)”, Prof. Dr. Erdoğan MOROĞLU’na 65 Yaş Günü Armağanı, 2. Tıpkı Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul 2001, s.488.

⁶² İsviçre Federal Mahkemesi 07.04.1994 tarihli “Yeni Rakı” kararında, Paris Anlaşması’nın 6. maddenin birinci mükerrer maddesinde belirlenen tanınmış markanın korunmasının ülkesellik ilkesinin bir istisnası olduğunu, bu markanın İsviçre’de veya başka bir ülkede kullanılıp kullanılmamasının önemli olmadığını ancak kendisinin tanınmış olmasının koruma için yeterli olduğu sonucuna varmıştır. Kararda “Yeni Rakı” markasının özellikle Türk tüketicilere yönelik milli bir içki olduğu, “rakı” kelimesinin tasvir edici karaktere sahip olduğu, Tekel firmasına ait bu markanın İsviçre’de tescil edilmemesine rağmen korunması gerektiğini ve “Yeni Rakı” adı altında İsviçre’de satış yapan firmanın eyleminin haksız rekabet teşkil ettiği ifade etmiştir. İsviçre doktrini ve Kanton Mahkemesinin ağırlıklı aksi yöndeki görüşüne rağmen Federal Mahkeme tanınmış yabancı markaların korunmasını düzenleyen Paris Sözleşmesi’nin 6/1. Mükerrer maddesinin ülkesellik prensibinin istisnalarından biri olduğuna; yabancı markanın tanınmışlığını kabul için İsviçre’de kullanılmış olmasının zorunlu olmadığına karar vermiştir. Naklen YASAMAN, ALTAY, AYOĞLU, YUSUFOĞLU, YÜKSEL; C.I a.g.e., s.264. ayrıca kararın Fransızcadan Fülürya Yusufoglu tarafından tercüme edilen tam metni için bkz. YASAMAN, ALTAY, AYOĞLU, YUSUFOĞLU, YÜKSEL; C.I a.g.e., s.383 vd.

⁶³ OYTAÇ, Kutlu; “Tanınmış Markalarda Uluslararası ve Ulusal Kavram Karmaşasına Son”, FMRH Dergisi, Yıl 1, C.I, S.2001/3, s.92.

⁶⁴ Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı, yayınladığı ortak tavsiye kararında bir markanın tanınmış marka olup olmadığının tespiti için, yoğun ve yaygın bir reklam ağına sahip olma, toplumun ilgili kesiminde tanınma, diğer markaların reklam gücünü düşürme, refleksif çağrışım, ürünün kalitesi ve özgünlüğü, ilgili coğrafi bölgede belirli bir tanınmışlık düzeyine ulaşmış olma, yeterli bir tanınmışlık derecesine sahip olma, ekonomik değer ifade etme, birden fazla ülkede tescilli olma kriterlerini belirlemiştir. Bkz. OĞUZ, Arzu; “Tanınmış Marka ve Tanınmış Marka Ölçütlerinin Uygulanması”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 13, S. 140, Nisan 2018, s.41.

⁶⁵ 19.11.2003 tarih ve 25294 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5000 sayılı Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun madde 13 (d) bendi uyarınca “İlgili mevzuat hükümlerine göre, markaların tanınmışlık düzeyleri ile ilgili esasların belirlenmesi ve uygulamaya konulması işlemlerini yapmak” ile görevlendirilmiş olan TÜRK PATENT’in, markanın tanınmışlık düzeyinin tespit edilmesine ilişkin belirlemiş olduğu esaslar için bkz. <https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/14FB57CE-E638-4606-A282-3CF89431CE1D.pdf>.

⁶⁶ Tanınmış marka İngilizcede “well-known mark” olarak kullanılmakta, “well-known” ifadesi de yaygın ve iyice bilinen anlamına gelmektedir. <http://oxforddictionaries.com>.

⁶⁷ OYTAÇ; a.g.e., s.121.

karşısında tescilin reddi ya da markanın hükümsüzlüğü kararı verilmesini talep edebilme imkânı sağlayan, istisnai korumaya sahip markalardır.

Doktrinde tanınmış marka ile ne anlaşılması gerektiği konusunda da çeşitli görüşler söz konusudur. Bir görüşe göre bu kavramla bir ülkede bir ya da birkaç yöresinde tutunmuş marka değil, dünya çapında olmasa bile yurt içi ve yurt dışında ilgili çevrelerce bilinen marka kastedilmektedir⁶⁸.

Yargıtay, bir markanın tanınmış olması için müşteri, akraba ya da düşman olmaları, sınıf, kültür, yaş farkı gözetmeksizin aynı çevredeki insanlar tarafından tanınması, belli bir mamulü belirtmek için halk arasında o markanın günlük konuşmaya girmiş olması gerektiğini ifade etmektedir⁶⁹. Farklı bir görüşe göre de marka, tamamen değişik bir malda kullanıldığı ve diğer malın reklam gücünde bir eksilme meydana getirdiği takdirde tanınmış demektir⁷⁰. Bir başka görüşe göre de birdenbire doğan, düşünmeden veya bir hatıranın yardımıyla fikirlerde uyanmayan, refleks halinde ortaya çıkan bir işaret belli ticari ortamlarda o mal ile ilgili alıcılar gözünde simgeleştikten sonra bu çevrenin dışında da aynı mal veya hizmetler bakımından tanınması halinde o işaret için tanınan marka denilebilecektir. Bu halde tanınmış markanın iki önemli fonksiyonu ön plana çıkacaktır. İlki alelade markalarda olduğu gibi ama ona göre daha belirgin düzeyde rakip mallardan ayırt ediciliği sağlaması, diğeri ise her türlü rekabet kaygısının dışında yüksek bir kaliteyi temin ve temsil etmesidir⁷¹.

Doktrinde, bir markanın tanınmış marka kabul edilebilmesi için yalnızca markanın kullanıldığı mal veya hizmetin ilgili bulunduğu çevrede değil bu çevre dışında o mal veya hizmetle ilgili olmayan kişilerce de biliniyor olması ve bu markanın kalite sembolü haline gelmiş, reklam etkisi yüksek bir marka halini almış olması gerektiği ifade edilmektedir⁷². Diğer bir deyişle tanınmış marka sadece ilgili ticari alanda değil alan dışı kimseler tarafından da bilinen markalardır. Bu markalar öyle ki tescil edildikleri mal ve hizmetlerin kapsamını aşarak kendi başlarına bir kalite sembolü ve reklam aracı haline gelirler⁷³.

Tanınmış marka tanımı yapılırken kullanılan “yüksek kaliteyi garanti etme”

⁶⁸ TEKİNALP; a.g.e., s.411.

⁶⁹ OĞUZ; a.g.m., s.39.

⁷⁰ YASAMAN, Hamdi, “Tanınmış Markalar”, Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları, C.I, Vedat Kitapçılık, 2. Tıpkı Bası, İstanbul 2004, s.5.

⁷¹ YASAMAN; “Tanınmış Markalar” a.g.m., s.17.

⁷² ARKAN; Marka a.g.e., s.93.

⁷³ ARKAN; Ticari İşletme a.g.e., s.281.

kavramının varsayımdan ibaret olduğu yönünde haklı bir eleştiri yapılmaktadır. Bu görüşe göre öyle bazı markalar vardır ki yüksek kaliteyi garanti etme özelliği tartışmalı olmasına rağmen tanınmış marka oldukları yönünde bir şüphe yoktur. Örneğin otomotiv sektöründe faaliyet gösteren “TATA” markasının, alt gelir grubuna hitap eden ve ürün kalitesi açısından sektörün genel özellikleri ve toplumdaki algısı da dikkate alındığında çok kaliteli olmayan ya da kalite yönünden mütevazı olarak nitelendirilebilecek özellikte ürün grubuna sahip bir marka olduğu kabul edilmektedir⁷⁴.

Yargı kararlarında tanınmış marka, “...Bir şahsa ya da teşebbüse sıkı bir şekilde marufiyet, garanti, kalite, kuvvetli reklam, yaygın bir dağıtım sistemine bağlı müşteri, akraba, dost düşman ayrımı yapılmadan coğrafi sınır, kültür, yaş farkı gözetilmeksizin aynı çevredeki insanlar tarafından refleks halinde ortaya çıkan bir çağrışım” şeklinde ifade edilmiştir⁷⁵.

Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı (WIPO) tanınmış marka ile ilgili uzmanlar komitesince benimsenen A/34/13 nolu tavsiye kararıyla bir markanın tanınmış olup olmadığının tespiti için, markanın kullanım süresi, yaygınlığı, kapsamı ve coğrafi alan genişliği, ekonomik değeri, reklam, temsil, promosyon, fuar düzenleme ve katılımı, katalog hazırlama gibi tanıtım faaliyetleri, bu ve benzeri çalışmaların kapsamı, süresi ve mali bütçesi, işletmenin büyüklüğü, cirosu, marka hakkının hangi etkinlikte ve verimlilikte korunduğu, tanınmışlığa yönelik mahkeme ve diğer yetkili makamların kararları gibi olguların göz önünde bulundurulması kıstasları belirlenmiştir.⁷⁶ Bu kıstaslar, bağlayıcı olmamakla birlikte her somut olayın özelliklerine göre bir markanın tanınmışlığı ve tanınma düzeyi tespit edilirken yol gösterici olarak dikkate alınabilecek kıstaslardır.

⁷⁴ Ayoğlu, Tolga; “Türk Hukukunda Tanınmış Markalara Sağlanan Koruma”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009, s.119.

⁷⁵ Yargıtay 11. HD 13.03.1998 Tarih, 1997/5647 Esas, 1998/1704 Karar sayılı kararı; Yargıtay 11. HD. 23.03.2000 Tarih, 1999/8859 Esas, 2000/2229 Karar sayılı kararı için bkz. KAYA, a.g.e, s.120. Yargıtay 11. HD. 10.4.1997 tarihli, 1997/1920 Esas, 1997/2708 Karar sayılı kararında, birden çok ülkede tescil edilmiş olan bir markanın tanınma açısından çevresel araştırma yapılması gerekmeksizin Türkiye’de tanınmış marka statüsünü kazanacağına hükmetmiştir. YASAMAN, Hamdi; “Paris Anlaşması Anlamında Tanınmış Markalar”, GSÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002 Ocak, Yıl:1, S. 1, Prof. Dr. Kemal Oğuzman Anısına Armağan, s. 306.

⁷⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu önüne gelen “Jump” davasında bu kıstasların dikkate alınması uygun olan kıstaslar olduğunu gerekçe metninde açıkça ifade etmiştir. YHGK 21.09.2005 tarih, 2005/11-476 Esas, 2005/483 Karar sayılı kararı. Karar metni için bkz. ORHAN, Ali; Yargıtay Kararları Işığında Tanınmış Markalar, Arıkan Basım Yayım, Ankara 2007, s.20 vd.

Mülga KHK, mutlak ret sebeplerini düzenleyen 7. maddesinin “i” bendinde, sahibi tarafından izin verilmeyen Paris Sözleşmesi’nin 1. mükerrer 6. maddesine⁷⁷ göre tanınmış markalarla aynı ya da benzer işaretlerin kullanılması mutlak ret sebepleri arasında düzenlenmekteydi⁷⁸. 2015 yılında, Ankara 3. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi ilgili bendin Anayasa’nın 2, 5, 13, 35, 48 ve 91 maddelerine aykırı olduğunu ileri sürerek iptaline karar verilmesi için Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuştur⁷⁹. Başvuruyu değerlendiren Anayasa Mahkemesi ilgili bendin Anayasa’nın 91. maddesine aykırılık teşkil ettiğine ve iptaline karar vermiştir. 2015 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş olan tanınmış markanın mutlak ret sebebi sayılacağına ilişkin düzenlemeye SMK’da yer verilmemiş, tanınmış marka hak sahibinin itirazı üzerine incelenebilecek nisbi ret sebepleri

⁷⁷ Paris Sözleşmesi’nin 1. mükerrer 6. Maddesi, “Birlik ülkeleri, tescilin talep edildiği ülkenin yetkili makamları tarafından söz konusu ülkede bu anlaşmadan yararlanacağı kabul olunan bir şahsa ait olduğu aynı veya benzer ürünlerde kullanıldığı herkes tarafından iyi bilindiği mütalaa edilen bir markanın karışıklığa meydan verebilecek surette örneğini, taklidini veya tercümesini yapan bir fabrika veya ticaret markasının tescilini gerek mevzuatı izin verdiği takdirde doğrudan doğruya gerekse ilgilinin isteği üzerine ret veya hükümsüz kılmayı taahhüt eder” düzenlemesini içermektedir.

⁷⁸ Paris Sözleşmesinin sadece malları kapsamı nedeniyle uygulamada ortaya çıkan eksiklikleri gidermek amacıyla TRİPS Sözleşmesinin 16/2 maddesi hükmü ile Paris Sözleşmesinin ilgili maddesine atıfta bulunarak düzenlemeye “hizmetler” de eklenerek; markanın tanınmış olup olmadığını tespit ederken, markanın promosyonu sonucunda kazanılan herkesçe bilinme durumunun dikkate alınacağı hükmü getirilmiştir. Aynı zamanda benzer mallar ifadesi, bu mal veya hizmetlerle tescilli marka sahibi arasında bir bağlantı olması ve bu şekilde kullanımla tescilli ticari marka sahibinin menfaatlerinin zarar görme olasılığı koşullarına bağlı olmak üzere farklı mal ve hizmetleri kapsayacak şekilde genişletilmiştir.

⁷⁹ Anayasa Mahkemesi’nin 27.05.2015 tarihli, 2015/33 Esas ve 2015/50 Karar sayılı kararında, Ankara 3. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi’nin Anayasaya aykırılık iddiasının gerekçeleri önemlidir. Başvuran mahkeme, Paris Sözleşmesinin 1. mükerrer 6. Maddesinin Türkiye’nin de taraf olduğu TRIPS Anlaşmasının 16/2 maddesi ile değiştirilip genişletildiğini, Paris Sözleşmesi ile yalnızca mallar bakımından tanınmış markaya istisna getirilmiş iken TRIPS ile bu istisnanın hizmetleri de kapsayacak şekilde genişletildiğini, ayrıca TRIPS ile tanınmış markanın sağladığı korumadan yararlanmanın Türkiye’de tescilli olma, kullanımın tanınmış marka sahibinin menfaatlerine zarar verme olasılığı bulunması ve tanınmış markanın başka ürün veya hizmetlerde kullanımının tanınmış marka sahibi ile bağlantılı olması koşullarının varlığına bağlandığını ifade etmiştir. Bu değişiklikler nedeniyle Mülga KHK’nın 7/i bendinin yalnızca Paris Sözleşmesi’nin 1. Mükerrer 6. Maddesine göre değil aynı zamanda TRIPS 16. Madde hükümleri ile değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Başvuran mahkeme, TRIPS uyarınca tanınmış markanın tek başına koruma sağlamayacağını, bazı koşulların varlığı halinde itiraza konu olabileceğini belirttikten sonra, KHK’nın mehzaz metni olan 2008/95 sayılı AB Direktifinde tanınmış markanın mutlak değil nispi ret sebebi olarak düzenlendiğini ifade etmiştir. Mehzaz metinlerde mutlak ret sebebi sayılmayan, mülkiyet hakkı gibi Anayasal bir hakkı sınırlayıcı nitelikte olan bir düzenlemenin, KHK ile kabul edilmiş olmasının Anayasanın temel hakların KHK ile düzenlenemeyeceğine ilişkin 91. Maddesi ile hukuk devleti ilkesine ilişkin 2, 5 ve 13. maddelerine aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmüştür. Mahkeme tanınmış markanın mutlak ret sebebi sayılmasının, her somut olaya göre karşılıklı tartışılması, her iki tarafın da dinlenmesiyle karar verilmesi gereken bir durumda, incelemeyi yapacak olan görevlinin sübjektif değerlendirmesine göre marka başvurusunun reddine yol açacağını; bu durumun da hakkın özüne ölçsüz bir müdahale olacağını ve tescil başvurusunda bulunacak kişiler açısından belirsiz ve hukuki güvenlikten yoksun bir uygulama olacağını söylemiştir. Anayasa Mahkemesi, başvuruya istinaden yapmış olduğu incelemede iptali istenen bendi öncelikle Anayasa madde 91 açısından değerlendirmiş, bendin mülkiyet hakkını kısıtlayıcı nitelikte olduğunu ve böyle bir düzenlemenin KHK ile yapılamayacağını belirterek iptal kararı vermiştir. Anayasa Mahkemesi başvuran mahkemenin diğer hukuki gerekçeleri konusunda değerlendirme yapmaya gerek görmemiştir. Karar metni için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/06/20150602-8.pdf>.

arasında sayılmıştır. SMK'nın nispi ret sebeplerini düzenleyen 6. maddesinin 4. fıkrası ile tanınmış markalar ile aynı veya benzer nitelikteki marka başvurularının, aynı veya benzer nitelikte mal ve hizmetler bakımından itiraz üzerine reddedileceği hükme bağlanmıştır.

Mülga KHK'nın 8. maddesinde yer alan düzenlemede⁸⁰ markanın ilgili kesimde tanınıyor olması yeterli sayılmamakta, başka mal ya da hizmetlerde kullanılmak istenen tanınmış markanın, tanınmışlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın ortaya çıkabilmesi, tanınmış markanın itibarına zarar verebilmesi ya da tanınmış markanın ayırt edici karakterini zedeleyecek sonuçların ortaya çıkabilmesi hallerinden birinin varlığı aranmaktaydı⁸¹. 8. madde kapsamında korunmadan yararlanabilmek için 7. maddedeki düzenlemenin aksine tanınmış markanın Türkiye'de de tescilli ya da tescil için başvurusunun yapılmış olması gerekli idi. Diğer taraftan burada markanın tanınmış olduğunun ve tanınmışlık düzeyinin ispatı yanında, farklı mal veya hizmetlerde kullanılması ile doktrinde ve Amerikan hukukunda "sulandırma halleri"⁸² olarak nitelenen durumlardan birinin somut olayda varlığının ortaya konulması da aranacaktır⁸³.

⁸⁰Tanınmış markanın farklı bir mal üzerinde kullanılmasının önlenmesi talebiyle açılmış olan bir davada Yargıtay, "...Davacının markasını Türkiye'de ve tüm Dünyada bilinmekte olduğu, ilgili malların Avrupa'da, Orta Doğu'da ve başka kıtalarda en az elli ülkede satılmakta olduğunu, markanın Türkiye'de tescilli olup geniş şekilde kullanıldığı ve ilanlara konu edildiği dolayısıyla tanınmış marka olduğu iddiaları markanın tanınmış marka olup olmadığının araştırılmasını zorunlu kılmaktadır..." 2.3.1999 tarih, 99/1154 Esas, 99/1718 Karar, 11 HD, karar metni için bkz. FMRH Dergisi Yıl 2001, S. 2001/1, s.139.

Yargıtay 11 HD vermiş olduğu diğer bir kararında daha önce tescil edilmiş bir marka tanınmış ise önceki marka sahibinin itirazı üzerine farklı mal ve hizmetlerde kullanılacak olsa bile sonraki tescilin reddi gerektiğine hükmetmiştir. 22.02.1999 tarih, 1998/9442 Esas, 1999/1386 Karar sayılı kararı, karar metni için bkz. FMRH Dergisi Yıl 2001, S. 2001/1, s.144 vd.

⁸¹ İsviçre Federal Mahkemesi 24 Mart 1998 tarihli "NIKE" kararında, "tanınmış marka sahibinin kendi markasının üçüncü kişilerce sadece belli mal kategorileri için kullanımını değil markanın ayırt edici karakterinin tehdit edilmesi veya şöhretinden faydalanılması ya da şöhretinin zedelenmesi durumunda her tür mal ve hizmet için de kullanımını yasaklayabilir" hükmü gereği spor ürünleri imal ve satışı için İsviçre'de de tescil edilmiş bir marka olan NIKE markasının spor yapan kesimlerce olduğu kadar diğer birçok kesimde de oldukça tanınan ve hatta İsviçre'de en çok tanınan spor markalarından biri olduğunu ifade ederek, İspanya'dan NIKE marka parfümeri ithal edilmesinin önlenmesine karar vermiştir. Kararın tam metni için bkz. NOMER, a.g.m, s.486 vd. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bahse konu karar incelendiğinde KHK'nın 8. maddesinde yer alan kriterlere paralel gerekçelere dayandığı görülmektedir.

⁸² Sulandırma (dilution), aslında KHK'nın 68. maddesinde düzenlenen, şöhreti sömürme, itibar yitirilmesi, ayırt ediciliğin zedelenmesi gibi markanın itibarının zarara uğraması nedenlerinden kaynaklanan tazminat talepleri olarak düzenlenen durum ABD'de "markanın sulandırılması neticesinde talep edilen tazminatlar" olarak belirlenmiştir. ABD Lanham Marka Kanununa göre tanınmış bir markanın ayırt ediciliğinin sulandırılması ya da markanın olumlu imajının matlaştırılması halinde marka sahibinin tazminat talep edebileceği düzenlenmektedir. Bu talep için tarafların ürünleri arasında rekabet olmasına gerek olmadığı gibi tüketicinin karıştırma olasılığı da aranmayacaktır. Lanham kanunundaki bu düzenleme KHK 8/4'teki düzenlemeye benzer niteliktedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. SCHECHTER, Roger E.; THOMAS, John R.; Intellectual Property The Law Of Copyright, Patents And Trademarks Hornbook Series, Publised By West Group, Washington D.C. 2003, s.695 vd.; OYTAÇ, a.g.e, s.143 vd.

⁸³ ÇOLAK; 2012 a.g.e., s.181.

Tanınmış marka ile ilgili mülga KHK'da yer alan düzenlemelerin bazı karışıklıklara yol açtığı bir gerçektir. 7. maddede mutlak ret sebebi olarak düzenlenen hüküm ile 8. maddede nispi ret sebebi olarak düzenlenen hükme ayrı ayrı yer verilmesi yerinde değildir. 7. maddede gönderme yapılan Paris Sözleşmesinin 6. mükerrer 1. maddesi TRİPS sözleşmesi ile değişime uğrayarak genişletilmiştir. TRİPS sözleşmesi ile kapsam içerisine alınan gerek hizmetler yönü gerekse başka mal ve hizmetlerde kullanılması halinde söz konusu sonraki tescilin ret ya da hükümsüzlükle bağlı kılınması mülga KHK'da olduğu gibi iki ayrı maddede düzenleme yapılmasını gereksiz hale getirmekteydi⁸⁴. Ayrıca mutlak ret sebepleri resen dikkate alınması gerekirken 7. maddenin i bendinde marka sahibi tarafından izin verilmeyen denilerek aslında izin olup olmadığının tespitinin arandığı bir düzenleme yapılması mutlak ret sebepleri düzenlemesinin ruhuna aykırıdır. Bu durum tek bir madde altında ve özellikle nisbi ret nedenleri arasında tanınmış marka sahibinin başvurusu halinde devreye girecek şekilde yapılmalıydı⁸⁵. Paris Sözleşmesi ve TRİPS Sözleşmesini dikkate alarak hazırlanan ve mülga KHK'nın mehzaz metinleri olan Topluluk Tüzüğü'nde ve Yönetmelikte de düzenleme bu yöndedir.

Kanaatimizce gerek Paris Sözleşmesi gerek TRİPS Sözleşmesinin İngilizce metinleri dikkate alındığında doktrinde yoğunlukla “herkesçe bilinme” olarak kullanılan çevirilerin aksine toplumun ilgili kesimince bilinme (knowledge in the relevant sector of the public) şeklinde algılanması ve kabul edilmesi gerekir⁸⁶. Bu haliyle kabul edildiğinde,

⁸⁴ KAYA, Paris Sözleşmesinin tanınmış markalara ilişkin hükümlerinin TRİPS Sözleşmesi ile genişletilmesi sonrasında KHK'nın 7. maddesinin 8. maddede yer alan düzenlemeyi de kapsar hale geldiğini, bu nedenle iki ayrı madde halinde düzenleme yapılmasının gereksiz olduğunu, kaldı ki tanınmış marka ile ilgili düzenlemelerin markanın tanınırlık düzeyine göre iki ayrı madde halinde düzenlenmesi tercih ediliyor ise sekizinci maddedeki düzenlemenin mutlak ret sebebi, yedinci maddede yer alan düzenlemenin ise nisbi ret sebebi olarak benimsenmesi gerektiğini ifade etmektedir. KAYA, a.g.e., s.119.

⁸⁵ Benzer yönde görüşler için bkz. ARKAN, Marka C.I a.g.e., s.72; KAYA, a.g.e., s.119; DİRİKKAN, Hanife; Tanınmış Markanın Korunması, Ankara 2003, s.75.

⁸⁶ Aynı yönde görüş için bkz. ÇOLAK; 2012 a.g.e., s.181 vd. Yargıtay 11. HD. 25.10.2007 tarih, 2006/10222 Esas, 2007/13328 Karar sayılı “Black and Decker” kararında tanınmış markayı “bir kişiye veya girişime sıkı biçimde bağlılık, güvence, kalite, reklam gücü, yaygın bir dağıtım ağına bağlı, müşteri ve diğer sübjektif ilgi ve ilişkiler ayrımı yapılmadan coğrafi sınır, kültür ve yaş farkı gözetilmeksizin aynı çevrelerce refleks halinde beliren bir çağrışım” şeklinde tanımlayarak herkesçe bilinme değil aynı çevrelerce bilinme kavramına vurgu yapmıştır. Kararda Yasaman'ın; markanın ülke ve uluslararası alanda bu niteliğe sahip olabilmesi için bir işletmeyi veya ürünlerinin hizmetlerini simgelemesi ya da üstün bir niteliğe sahip olduğunun yaygın kabul görmesi gerektiği, tanınmış markanın iki işlevinin olduğu, bunlardan ilkinin her markada olduğu gibi diğer rakip mallardan ve hizmetlerden kendi mal ve hizmetini farklılaştırması, İkincisinin ise, her türlü rekabet kaygısı dışında yüksek bir kaliteyi sağlaması olduğu görüşüne de yer verilmiştir. Kararın metni için bkz; <https://www.lexpera-com-tr.lproxy.yeditepe.edu.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2006-10222-k-2007-13328-t-25-10-2007>.

tanınmış markanın tespitinde belirli bir sektörde kullanılan ve ilgili sektörde⁸⁷ birçok kişi tarafından bilinmesine rağmen sokaktan geçen herhangi bir kişinin bilmesi mümkün olmayan bir ürünün tanınmış olmadığını söylemek mümkün değildir. Diğer taraftan herkesçe kullanılması, alınması, ulaşılması mümkün olan bir bisküvi markasının sadece dar bir çevrede bilinir olması halinde de o markanın tanınmış olduğu söylenemez. Dolayısıyla burada ölçüt “herkesçe bilinme” değil, “ilgili çevre bilme”⁸⁸ olduğundan ürünün ve hedeflediği kitlenin özellikleri, üretim ve kullanım alanı, ürünün kullanım ömrü gibi ölçütler yardımıyla çevrenin darlığı veya genişliği göz önüne alınmalıdır⁸⁹.

HMK md. 187/2 hükmü olan “Herkesçe bilinen vakıalarla⁹⁰, ikrar edilmiş vakıalar çekişmeli sayılmaz (dolayısıyla da ispatı gerekmez)” kuralı tanınmış markalar için de geçerli olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Bu konuda markanın tanınmışlığının bu kural dâhilinde herkesçe bilinen vakıa sayılamayacağı ve bu sebeple herhangi bir inceleme ya da delile dayanmaksızın bir markanın tanınmış olduğu kabul edilemeyeceği görüşleri ileri sürülmüşse⁹¹ de kanaatimizce de doğru olan, Coca-Cola, Ford, Mercedes, Nokia, Arçelik,

⁸⁷ WIPO 20-29 Eylül 1999 tarihinde yapılan Komite çalışmaları neticesinde hazırladığı A/34/13 no’lu tavsiye niteliğindeki ortak karar dokümanında “ilgili sektör” ün, markanın uygulandığı mal ya da hizmetleri gerçek ya da potansiyel tüketicilerden, dağıtım kanallarındaki görevli kişilerden ve markanın uygulandığı mal ya da hizmetlerle ilgili iş çevrelerinden oluştuğunu açıklamaktadır. Ayrıca söz konusu markanın en az bir ilgili sektörde tanınmış olmasının markanın tanınmış olarak kabul edilmesinde yeterli olacağını benimsemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. EYÜBOĞLU, Samiye; Tanınmış Marka, FMRH Dergisi, Yıl 1, C.I, S.2001/2, s.117 vd.

⁸⁸ Yargıtay, ilgili çevre kavramını: “Türkiye’de kullanıldığı mal ve hizmetlerin mevcut veya potansiyel tüketicileri, üreticileri, bir diğer ifadeyle hitap edilen tüketici kesimi” şeklinde tanımlamaktadır. Yüksek Mahkemeye göre; mal veya hizmetin hitap ettiği, orta seviyede dikkat ve algı seviyesine sahip, normal düzeyde bilgilendirilmiş ve makul ölçüde dikkatli, ortalama düzeydeki sunucu, yararlanıcı, tüketici kitlesinin algısı temel alınmaktadır. Naklen; YILDIZ, Burçak; “Yargıtay Kararları Işığında Coğrafi Markalar” başlıklı makale, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:9 Sayı:2 Yıl:2018, s.129.

⁸⁹ Yargıtay 11. HD vermiş olduğu “Aselsan” kararında “...markanın Türkiye haricinde tüm Avrupa Birliği ülkelerinde geçerli olmak üzere topluluk markası olarak tescil ettirildiği, davacı şirket ürünlerinin Aselsan markası adı altında yurt içinde, AB ülkelerinde ve bir dizi diğer yabancı ülkelerde yoğun bir şekilde pazarlandığı, Aselsan markasının 556 sayılı KHK’nın yedi ve sekizinci maddeleri anlamında tanınmış marka olduğu, yasal anlamda tanınmış markalar arasında bir tanınmışlık derecesi mevcut olmayıp asgari sektörel tanınmışlık koşulunun sağlanması halinde markaya tanınan markadan kaynaklanan korunmanın verilmesi gerektiği, yasada olmayan bir olguya yer verilmek suretiyle, tanınmış markaları derecelere ve basamaklara ayırıp, sektörel tanınmış marka, sektörler üstü tanınmış marka veya Türkiye’de tanınmış marka gibi ayırımlara gitmenin doğru olmayacağı...”na hükmetmiştir. Yargıtay 11. HD, 06.03.2007 tarih, 2006/13097 Esas, 2007/4024 Karar sayılı kararı. Benzer görüş için bkz. POROY/YASAMAN; a.g.e., s.465.

⁹⁰ Herkesçe bilinen eski ifadesiyle meşhur ve maruf olandan kasıt herkesçe bilinme ya da öğrenmesinin mümkün olması, kamunun ve mahkemelerin de bilgisi dahilinde anlamına geldiği gibi bilinmesinin muhtemel ve kolay olduğu özel bir yetenek ve birikim olmadan da herkesçe ulaşılabilir ve bilgi sahibi olunabilir konu ve olayları da kapsamaktadır. HMK md 187 ile ilgili gerekçe ve açıklamalar için bkz. KARAHACIOĞLU, Ali Haydar; PARLAR, Aynur; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Bilge Yayınevi, Ankara 2012, s. 685 vd.

⁹¹ DİRİKKAN; a.g.e, s.134. Dirikkan’ın görüşüne paralel Yargıtay vermiş olduğu Elle kararında “...Tescile itiraz eden dava dışı firma, dünya çapında tanınmış marka sahibi olduğunu iddia etmesine karşın buna ilişkin belge sunamadığına göre, davacı vekiline bu firmaya karşı dava açması için uygun bir önel tanınması ve davanın

Efes, Ülker gibi ulusal ve uluslararası markaların tanınmışlık düzeyleri hatta tanınmışlıkları dahi tam anlamıyla herkesçe bilinen vakıdır. Bu tip tanınma düzeyleri son derece yüksek ve tartışma götürmeyecek derecede olan markaların olası uyumsuzluk halinde tanınmışlık düzeylerinin ayrıca delillerle ispat edilmesinin istenmesi en basit haliyle usul ekonomisine aykırılık olacaktır⁹².

IV- Markanın Tarihçesi

A- Dünya'daki Gelişmeler

Eski Mısır medeniyetlerine kadar ulaşan bir kullanım tarihi olduğu iddia edilen⁹³, bugünkü anlamıyla markayı oluşturan işaretlerin, aidiyet ifadesi olarak özellikle savaş aletleri, vazo, çanak gibi ürünlerin üzerinde kullanıldığı, giyecek eşyalarının üzerinde de çeşitli figür, desen ve sembollerle bugünkü anlamıyla markalaştırıldığı, Roma döneminde de çeşitli eşyalar üzerinde kullanıldığı ve hatta bu dönemde marka hakkı ihlallerine karşı Roma hukukunda “actio injurianum” ya da “actio doli” davalarına başvurulduğu bilinmektedir⁹⁴. Bu dönemde markanın bazen tacirin adından, bazen bulunduğu coğrafi alandan, bazen de bir resimden ibaret olduğu gözlenmiştir. Roma döneminde çanak-çömlek eşyası, madeni eşyalar, camdan üretilmiş mamuller, özellikle şarap ve hatta peynir, ekmek gibi ürünler imalatçıları tarafından; hatta bu ürünleri satan tüccarlar tarafından da markalaştırılarak piyasaya sürülmüştür⁹⁵.

Eski Çağda da Orta Çağda da markaların tarihsel olarak kullanıldığına dair gösterilen kanıtların klasik marka tanımından da anlaşılan söz konusu malların diğer mallardan ayrılmasını sağlamak amacıyla mı yoksa özellikle Orta Çağ başlarında Fransız krallarının iç çamaşırlarına konan yasemin çiçeği, gül, karanfil gibi işaretlerin

açılması halinde bu dava ile birleştirilip birlikte görülerek, anılan firmaya ait markanın dünyaca tanınmış bir marka olup olmadığı açıklığa kavuşturularak hükme bağlanması gerekirken, somut uyumsuzlukta uygulamaya yer olmayan HUMK.’nın 238.(HMK 187.md.)maddesine yapılan gönderme ile yetinilmek suretiyle eksik ve yetersiz araştırmaya dayalı biçimde karar verilmesi doğru görülmemiştir” hükmüne varmıştır. Kararın tam metni için bkz. ORHAN a.g.e.; s.43.

⁹² YASAMAN, Hamdi; “Tanınmış Marka Kriterleri ve İspat Sorunu”; Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN’e Armağan, I. Cilt Ticaret Hukuku, Vedat Kitapçılık, 1. Bası, İstanbul Eylül 2007 s.1197 vd.

⁹³ Çin, Pers, Mısır, Roma, Yunan gibi eski uygarlıklarda, belirtilen dönemlerde yalnızca üreticinin isminden ibaret olacak şekilde markaların mallar üzerinde kullanılmasının yaklaşık 4000 yıl önce başladığı bilinmektedir. Bkz. MERGES/MENELL/LEMLEY, a.g.e., s. 617. Orta Asya’da da Türk boylarının ekonomik aidiyet belirtmek amacıyla kendilerine ait otlaklar, konaklar, kilim gibi eşyalar üzerinde ve orijinini de belirtecek şekilde hayvanların üzerinde damgalar kullandıkları bilinmektedir. AKAY, Tolga; “Osmanlı Devleti’nde Marka Hukukunun Gelişimi”, TBB Dergisi, 2016/126, s. 366.

⁹⁴ SCHECHTER/THOMAS; a.g.e. s.541.

⁹⁵ Markaların kullanımı ile ilgili ayrıntılı tarihçe için bkz. ARSEVEN; a.g.e., s. 2 vd; TEKİNALP; a.g.e., s. 353 vd.; POROY/YASAMAN, a.g.e., s. 416 vd.; KAYA, a.g.e., s.3 vd.

kullanıldığında olduğu gibi, bir malın bir aileye ya da bir kişiye ait olduğunu ifade etmek amacıyla mı kullanıldığı belirsizdir⁹⁶. Bu dönemde fikir ve sanat eserlerinde olduğu gibi marka ile ilgili haklardan bahsedilmesi ilk kez 1544 yılında Kayser V. Karl'ın "Amberg ve Numarkt bıçakçıları, demircileri ve kılıç zanaatkârları" için imtiyaz tanınmasıyla ortaya çıkmıştır⁹⁷. Ancak bu tip markaların ticaret markası değil mülkiyet markası olduğu kabul edilmekteydi⁹⁸.

Markaların ticaretle birlikte kullanılması, özellikle Avrupa'da İtalya, İsviçre, Fransa ve Almanya'daki loncaların ticaretle aktif rol oynamasıyla ve kullanılan markaların loncalar tarafından örfi hukuk vasıtasıyla himaye edilmesiyle başlamıştır. Ancak daha önce kişi ve aileye aidiyeti ifade eden marka, bu dönemde de loncaların kendi meslek birlikleri kapsamında üretilen bir malın hangi loncaya ait olduğunu ifade etmek amacıyla kullanılmaya başlanmış ve hatta loncaya bağlılığın bir gereği olarak üretilen bir üründe o loncanın sembolünün kullanılması zorunlu kılınmıştır. Buradaki amaç ürünün hangi loncaya ait olduğunu göstererek tüketiciye bu yönde bir bilgi sağlayarak bu konuda aldatılmasına engel olmaktır. Böylece markanın bugünkü anlamda ayırt ediciliği ve menşei göstermesi işlevi birbirini tamamlayıcı hale gelmiştir⁹⁹.

Markanın Avrupa'da ve siyasi anlamda bir güç olarak ortaya çıkan Amerika Birleşik Devletleri'nde kanunlarla düzenlenmesi ve korunması 19. yüzyıldan itibaren başlamıştır. Markanın modern anlamda birçok fonksiyonu, gerek Fransız devriminin devam eden etkileri, gerekse sanayi devriminin siyasi ve ekonomik hayatı da şekillendirmesiyle bugün de geçerliliğini koruyan şimdiki halini bu kanunlaştırma döneminde almıştır. Marka ile ilgili ilk yasal düzenlemeler, özellikle Fransız İhtilalinin asıl çıkış noktası olan her türlü hak ve hürriyetin kullanımını sınırlayan tüm kurumları ya değiştirmesi ya da ortadan kaldırmasının bir örneği olarak lonca teşkilatlarının da kaldırılması sonucu ortaya çıkan boşluğu doldurmak üzere 1857 yılında yine Fransa'da ortaya çıkmıştır¹⁰⁰. 1858'de Avusturya'da, 1862'de İngiltere'de, 1874'te de Almanya'da marka ile ilgili kanunlar

⁹⁶ TEKİNALP; a.g.e., s.353.

⁹⁷ Naklen TEKİNALP; a.g.e., s.353.

⁹⁸ Naklen TEKİNALP; a.g.e., s.353.

⁹⁹ ARSEVEN; a.g.e., s.3; TEKİNALP; a.g.e., s.354.

¹⁰⁰ Naklen KAYA; a.g.e., s.5. Fransa, ticari hayatta etkin bir rol oynayan lonca teşkilatlarının Fransız Devrimi sonrasında ortadan kalkmasıyla oluşan boşluğu 20 Nisan 1803'te Fabrika, Üretim ve İşyeri Yasası ile doldurmuştur. Bu Yasa ile ticari unvanları taklit etme ve kötüye kullanma gibi eylemler yasaklanmış ve ceza kanunlarına da bu eylemlerin cezalandırılmasına ilişkin düzenlemeler eklenmiştir. Bu düzenlemeyi 1857 tarihli Üretim ve Ürünlerin Marka Yasası izlemiştir. AKAY; a.g.m., s. 367-368.

yapılmıştır. Daha sonra çeşitli düzenleme ve değişikliklerle birlikte kanunlaştırma çalışmaları devam etmiş; ticari hayatın ulusal düzeyden uluslararası düzeye süratle ve çok çeşitli olarak ulaşması ulusal düzenlemelerden ziyade artık uluslararası anlaşmalar ve uluslar üstü kurumların da ortaya çıkmasına yol açmıştır. Markayı da kapsayan fikri ve sınai haklarla ilgili ilk uluslararası düzenleme, sonrasında çeşitli değişikliklere uğramasına rağmen halen yürürlükte olan 1883 tarihli Paris Konvansiyonu ve hemen arkasından da 1891 tarihli Madrid Anlaşması'dır.

İkinci Dünya savaşından sonra Avrupa'da birçok ülke savaşın büyük yıkımlarının etkisiyle kalıcı bir barışı sağlama amacıyla ilk adım olarak 1951 yılında Kömür İşletmeleri Birliği'ni kurarak ticari alanda kendi aralarında birlikte hareket etmeye başlamışlardır. Bu adımı, Avrupa'da birçok ülkenin bir araya gelerek başlangıçta sadece ticari olan ancak sonradan siyasi ve ekonomik bir birlik haline gelen bugünkü Avrupa Birliği'nin en önemli temelini oluşturan 1957'de Kömür Birliği'ni oluşturan altı devletin iş gücü ile mal ve hizmetlerin serbest dolaşımına dayanan ekonomik bir topluluk kurma amacıyla Roma Antlaşmasını imzalaması izlemiştir. Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu, Avrupa Toplulukları, Gümrük Birliği gibi aşamalardan sonra 1 Kasım 1993 tarihinde yürürlüğe giren Maaschricht Antlaşması ile bugünkü anlamda Avrupa Birliği kurulmuştur¹⁰¹. Bu antlaşmalar kapsamında fikri ve sınai mülkiyet hakları alanında da 1993 tarihinde Topluluk Markası kavramıyla 20 Aralık 1993 tarihli, 40/94 sayılı Topluluk Markası Hakkında Tüzük kabul edilerek Avrupa Birliği üyesi ülkelerin tamamında korunma imkanlarından yararlanılacak bir sistem getirilmiş; bu sistemin sekretaryası için de tüzük hükümlerine uygun olarak İç Pazar Uyumlaştırma Ofisi OHIM (Office for the Harmonization of the Internal Market) kurulmuştur. Bu yapı markanın Avrupa Birliği nezdinde koruma kapsamını genişleterek sadece Avrupa Birliği ülkelerinin değil Avrupa Birliği ile ticaret yapan ilişkili tüm ülkelerin fikri mülkiyet hukuku sistemlerini büyük ölçüde etkilemiştir. 40/94 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü çeşitli defalar değiştirilip geliştirilerek en son 2017/1001 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü halini almıştır.

B- Ülkemizdeki Gelişmeler

Dünyada tüm bu gelişmeler yaşanırken Türk Hukukunda ise ticari alanda ve sanat alanında mesleki kuralları şekillendirmiş olan loncalar marka kullanımıyla ilgili

¹⁰¹ Avrupa Birliğinin tarihçesi ve gelişim aşamaları ile ilgili detaylı bilgi için bkz. www.abgs.gov.tr/index.php?p=105.

Avrupa'daki kadar etkin bir rol oynamamıştır¹⁰². Marka haklarının korunmasına ilişkin yasal düzenlemeyi Avrupa'dan çok sonra hayata geçirmiş olsa da Osmanlı'da marka kanunu olmayan dönemde de yerel olarak tabir edilebilecek ürünlerin ithal ürünlerden ayırt edilebilmesi ve yerel ürünlerin kalitesinin gösterilmesi amacıyla damgaların kullanıldığı görülmektedir. Bu dönemde marka korumasına yönelik bir düzenleme bulunmamasına rağmen, 1858 Osmanlı Ceza Kanunu'nun 150. maddesinde Osmanlı devleti tarafından veya özel girişimlerce malların üzerine vurulan damgaların taklit edilmesinin sahtekarlık suçu kapsamında cezalandırılması düzenlenmiştir¹⁰³. Sonrasında özellikle Avrupa'nın ve daha çok Fransa'nın etkisinde olan Osmanlı İmparatorluğu'nun marka ile ilgili 1857 tarihli Fransız Kanunu'na kayıtsız kalması mümkün olmamış, dönemin ticari partneri olan Fransa'nın da etkisiyle 10 Eylül 1871 tarihinde "Fabrikalar Mamulâtı ile Eşyayı Ticariyeye Mahsus Alameti Farikalara Dair Nizamname" kabul edilerek Nizamnamenin 24. maddesi uyarınca altı ay sonra, Şubat 1872'de yürürlüğe girmiştir¹⁰⁴. 1888'de, 1871 tarihli Nizamnamenin kabulünden sonra yaşanan gelişmelere istinaden yeni bir Nizamname yürürlüğe girmiştir.

1965 yılına gelene kadar Alameti Farika Nizamnamesi çeşitli düzenlemelerle yenilenmeye çalışılmış ise de 1857 tarihli Fransız Kanunu'ndan iktibas edilen haliyle yeni gelişmelere cevap verememesi sonucu 1939 tarihli İsviçre Markalar Kanunu dikkate alınarak hazırlanan 1965 tarihli 551 sayılı Markalar Kanunu'nun kabulü ile yürürlükten kalkmıştır¹⁰⁵.

Türkiye'nin Avrupa Topluluğu (AT) ile 1995 yılında yaptığı "Gümrük Birliği Anlaşması" (GBA) ile yükümlülük altına girdiği konulardan biri de AT'nun fikri mülkiyet alanındaki son metinlerini çekincesiz olarak kabul etme taahhüdüdür. Gümrük Birliği Anlaşmasının 8 no'lu eki fikri mülkiyet hukuku ile alakalıdır. Bu şekilde Türkiye'nin fikri mülkiyet mevzuatında küresel mevzuatın güncel metinlerini uygulaması ve böylece AT ile fikri mülkiyet alanında tam uyumlu hale gelmesi amaçlanmaktaydı¹⁰⁶. GBA gereği uyumlu

¹⁰² Osmanlı'da küçük üretici ve esnaflar Sanayi Devrimi sonrasında yabancı menşeli ürünlerin Osmanlıya hızla yayılmasıyla kendi ürünlerinin ithal ürünlerle karıştırılmasının önlenmesi için kendi ürünlerine "İstanbul işi ma'lum" damgasının vurulmasını devletten talep etmişlerdir. AKAY; a.g.m., s. 369.

¹⁰³ Naklen, AKAY; a.g.m., s. 372.

¹⁰⁴ AKAY; a.g.m., s. 373-374.

¹⁰⁵ 551 sayılı Markalar Kanunu 03.03.1965 tarihinde kabul edilerek 11951 sayılı 12.03.1965 tarihli Resmî Gazetede Yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁰⁶ TEKİNALP, Ünal; "Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Öne Çıkan Yenilikleri", 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu (9-10 Mart 2017), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2017, s.5-6.

mevzuatın süratle düzenlenebilmesi, Gümrük Birliğine geçiş için Türk mevzuatında yapılması gereken değişiklik ve yenilemelerin yapılabilmesi, markalar konusundaki ihtiyaçların büyük oranda değişmesi ve mevcut ihtiyaçların karşılanamaz hale gelmesi, daha da önemlisi 31 Aralık 1994 tarihinde yürürlüğe giren Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması ve başta sınai hakların korunması için Paris Sözleşmesi olmak üzere diğer uluslararası sözleşme ve anlaşmalar ile Avrupa Topluluğu'na tam üyelik ve 551 sayılı Markalar Kanunu'nun günün şartlarına uygun hale getirilmesini zorunlu kılması sonucu, 1995 tarihli yetki kanununa dayanılarak çıkartılan, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname alınmıştır¹⁰⁷.

556 sayılı KHK, cezai düzenlemeler de içermesi nedeniyle, Anayasal nitelikteki “idarenin işlemiyle suç ihdas edilememesi” kuralının ihlal edilmiş olması, fikri mülkiyet gibi önemi her geçen gün artan bir alanın KHK ile düzenlenmiş olmasının yetersiz kalışı, mehzaz metinlerden yapılan çevirilerin hatalı olmasından dolayı yaşanan karışıklıklar gibi çeşitli nedenlerle pek çok eleştiriye uğramıştır. KHK'nın cezai düzenleme içeren maddesi Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiş ve Anayasa Mahkemesi maddenin iptaline karar vermiştir. Bu süreçte marka hukuku alanında uluslararası metinlerde de değişiklikler yapılmasını gerekli kılacak değişiklikler de yaşanmasıyla, 10.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ortaya çıkmıştır.

V- Marka Hakkı

A- Marka Hakkının Hukuksal Niteliği

Fransız İnsan Hakları Beyannamesi'nin 6. maddesinin mülkiyet hakkının her vatandaşın malları, gelirleri, çalışmasının mahsulleri ve ticaretinden istifade ve tasarruf etme hürriyeti olarak tanımlaması, Fransız hukukunda marka hakkının da dâhil olduğu sınai mülkiyet haklarının doğuşu ve bu hakların mülkiyet hakkı olarak nitelendirilmesinin yolunu açmıştır. Nitekim hukukumuza da sınai mülkiyet hakkı tabiri Fransız terminolojisinden geçmiştir. Ancak zamanla mülkiyet tabirinin yerine marka üzerindeki haklar nispi bir mülkiyet hakkı ya da nevi şahsına münhasır bir mülkiyet hakkı olarak nitelendirilmeye başlamıştır¹⁰⁸.

¹⁰⁷ 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin TBMM'ye sunulan genel gerekçe metni için bkz. www.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0223.pdf.

¹⁰⁸ ARSEVEN; a.g.e., s.18.

İlerleyen dönemlerde de Fransız doktrini mülkiyetin ancak bir eşya yani maddi mallar üzerinde olabileceğini ifade ederek marka hakkının klasik anlamda bir mülkiyet hakkı olmadığı ancak hakkın mutlak ve inhisari olduğunu anlatmak amacıyla mülkiyet kavramı kullanılarak söz konusu hakkın nevi şahsına münhasır bir nevi mülkiyet hakkı olduğunu ifade etmişlerdir¹⁰⁹.

Türk hukuk sisteminde insan dışındaki her türlü maddi veya maddi olmayan varlık için “şey” ifadesi kullanılmakta ve haklara konu olabilecek bütün “şeyler” de mal olarak nitelendirilmektedir. Mallar da ikiye ayrılmakta, bunlardan ilki olan maddi mallar cisimsel bir varlığı olan, hissedilen veya mekânda sınırlı bir yer kaplayan mallar olarak; ikincisi ise maddi olmayan mallar olup elle tutulup gözle görülemeyen, hissedilemeyen, mekânda bir yer kaplamayan yani cisimsel bir varlığı olmayan ancak hukuk düzeni tarafından haklara konu olabileceği kabul edilen, para ile ölçülebilen ekonomik değerleri olan mallar olarak tanımlanmaktadır¹¹⁰.

Haklar, mutlak ve nispi haklar olarak ikiye ayrılmaktadır. Buna göre mutlak talep yetkisi veren yani sahip olunan hak herkes tarafından ihlal edilebiliyor ve bu sebeple ihlal eden herkese karşı ileri sürülebiliyorsa mutlak hak; diğer taraftan sahip olunan hak bir hukuki ilişkiden doğup ancak o ilişkinin tarafı olan bu hakkı ihlal edebiliyor ve ancak bu şekilde hakkı ihlal edene karşı ileri sürülebiliyorsa nispi hak söz konusudur¹¹¹.

Maddi mallar üzerindeki mutlak haklardan en geniş yetkiyi veren hak mülkiyet hakkıdır¹¹². Mülkiyet hakkı, sahibine Roma Hukukundan beri süregelen kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkisi (usus-fructus-abusus) vermektedir. Maddi olmayan mallar üzerindeki mutlak haklar ise mülkiyet hakkından farklı ve bazı hallerde sınırlı aynı haklara benzer şekilde bir sürenin geçmesiyle zayıflayabilen hatta etkisizleşebilen haklardır. Ancak bu tip haklar kural olarak mutlak hak olarak doğarlar. Korunma süresi boyunca ihlal eden herkese karşı ileri sürülebilmesi dolayısıyla mutlak hakların özelliklerini gösterirler. Bunun

¹⁰⁹ ARSEVEN; a.g.e., s.18.

¹¹⁰ TEKİNAY, Selahattin Sulhi; Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilmiş altıncı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s.139. AKİPEK, Jale G.; AKINTÜRK, Turgut; Eşya Hukuku, Beta Basım, İstanbul 2009, s.25 vd.

¹¹¹ HATEMİ, Hüseyin; Medeni Hukuka Giriş, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s.122 vd.

¹¹² Türk Medeni Kanunu md. 683 metni.

yanında bu haklar başkasına devredilebileceği gibi nispi haklar kapsamında kabul edilen¹¹³ sözleşmelere konu olabilmektedirler¹¹⁴.

Fikri hakların aynî haklardan farkı; aynî hakta hakkın konusu maddi bir şeydir. Halbuki fikrî hakkın konusu olan şey maddi değil, gayrı maddidir. Bu sebeple fikri haklara gayrı maddi mallar üzerindeki haklar denilmektedir. Bu sebeple fikri haklar için “gayrı maddi mülkiyet hakkı” da denilebilir¹¹⁵.

Fikri mülkiyet hakları genel itibariyle maddi olmayan mallar üzerindeki haklar kapsamında değerlendirilmektedir. Bu hakkın mutlak olup olmadığı hakkın türüne göre değişmekle birlikte sözleşmelere konu olması yönüyle bazen nispi hakların özelliklerini göstermekte ancak çoğunlukla korunma kapsamında olduğu süre içerisinde, korunan herhangi bir hakkın ihlali durumunda ihlal edebilecek herkese karşı ileri sürülmesi açısından mutlak bir hak özelliği göstermektedir. Bu hakların nesneleri aynı haklardaki gibi cismani eşyalar değildir. Bundan dolayı da maddi olmayan mallar olarak nitelendirilir. Aynı haklardan diğer bir farkları da kamu yararı açısından sıkı süre sınırlamalarına tabi haklardır ki bu yönüyle de süreye bağlı haklar olarak nitelendirilmektedir¹¹⁶. Diğer taraftan telif hakları ve fikir ve sanat eserlerine ilişkin haklarda olduğu gibi bazı hallerde şahsi haklarla yakın ilişkisi bulunmasına rağmen¹¹⁷ marka hakları mülkiyet haklarına daha yakın bir nitelik arz etmektedir.

Tüm bu verilerin ışığında marka haklarının, üzerine konulduğu mallardan ya da isimlendirildiği hizmetlerden bağımsız olduğu gerçeğini de göz önüne alarak; genel olarak maddi olmayan malvarlığı üzerindeki mutlak haklar kapsamında değerlendirmek yerinde olacaktır. Bu yönüyle de marka hakkı mutlak mal varlığı haklarıyla benzer sonuçlar ortaya koyduğu görülmektedir.

¹¹³ Alacak hakkı doğuran, SMK’da da yer bulan lisans sözleşmelerine konu olma hali bu tip haklardandır.

¹¹⁴ HATEMİ; a.g.e., s.130.

¹¹⁵ VELDET, Hıfzı; “Şahsiyet Hakları ve Fikri Haklar”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 1939 Cilt:5 Sayı:0 s.133. TEKİNAY, a.g.e. s.139. Ayrıca fikri haklar ve şahsiyet hakları ile ilgili ayrımın tarihsel gelişimi için bkz. VELDET, a.g.m. s.126-137.

¹¹⁶ SEROZAN, Rona; Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s.205.

¹¹⁷ Örneğin şair, yazar gibi telif hakkı sahibi eseri üzerinde mutlak malvarlığı hakkına sahip olan kişiler söz konusu mutlak malvarlığı hakkını bir başkasını devretmeleri halinde dahi kişilik hakları yönünden eserinin herhangi bir şekilde değiştirilmesi, bozulması gibi durumları önleme hakları varlıklarını sürdürürler. HATEMİ; a.g.e., s.130.

B- Marka Hakkının Özellikleri

1- İnsan Aklının Üretimi Olması (Soyutluk)

Marka, özellikle ticaret hayatında ürün ve hizmetlerin nitelendirilmesi ve diğer ürün ve hizmetlerden ayırt edilmesini sağlamak amacıyla insan zihni ürünü olarak, insanın yaratıcı düşünce gücüyle ortaya çıkardığı işaretlerdir. Bu haliyle de üzerinde somutlaştığı mal ya da hizmetten ayrı olarak belli bir değere sahip, ticarete konu olabilen, sahibine de mutlak ve inhisari haklar sağlayan gayri maddi bir hak olarak nitelendirilmektedir¹¹⁸.

2- Süreye Bağlı ve Yenilenebilir Bir Hak Olması

SMK'da düzenlendiği üzere marka hakkı on yıllık bir süre ile sahibine SMK'nın sağladığı tüm haklar kapsamında koruma sağlamaktadır¹¹⁹. On yıllık koruma süresi, aynı maddede, herhangi bir şartta ve sınırlamaya tabi kılınmaksızın yine onar yıllık sürelerle yenilenebilmektedir.

C- Marka Hakkının Doğuşu

Marka hakkı kural olarak kullanımla doğar. Ancak marka hakkının başkaları tarafından ihlal edilme ihtimaline karşılık bu hakkın varlığının nasıl ispat edileceği sorunuyla karşılaşmış ve bunun ancak bir kayıt sistemi ile çözülebileceği anlaşılmıştır. Bu bağlamda marka hakkının üçüncü kişilere karşı gerek ihlal edilmemesi gerekse ihlalden sonra hakkın savunulması amacıyla ispat aracı ve açıklayıcı bir yöntem olarak tescil sistemi öngörülmüştür. Denilebilir ki marka hakkı kullanım ile doğmakla birlikte tescil ile kazanılabilmektedir¹²⁰.

Marka hakkının doğuşu ve kazanılması ile ilgili farklı sistemler bulunmaktadır. Bazı ülkelerde marka hakkının doğuşu kullanıma bağlanmış iken birçok ülkede ise marka hakkı tescil ile doğmaktadır. Bunun yanında tescil sistemini kabul eden ülkelerde dahi kullanım yoluyla da marka hakkının elde edilebileceğine yönelik düzenlemelere yer verilerek marka hakkının doğuşunu hem kullanım hem de tescil yoluyla kazanılabileceği kabul edilmektedir:

Marka hakkı Anglo Sakson Hukukunda görüldüğü gibi ticari hayatta kullanım yolu ile doğmakta iken¹²¹ Kıta Avrupası Hukukunda ise marka hakkının doğuşu genellikle tescil

¹¹⁸ UZUNALLI, Sevilay; Marka Hukuku, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2021, s.30.

¹¹⁹ 6769 sayılı SMK'nın 23. madde metni; "tescilli markanın koruma süresi başvuru tarihinden itibaren on yıldır. Bu süre onar yıllık dönemler halinde yenilenebilir."

¹²⁰ 6769 sayılı SMK'nın 7-(1) madde metni; "Bu kanunla sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir".

¹²¹ Amerikan Hukuk sisteminde marka hakkı ticari hayatta kullanım ile doğmaktadır. İngiltere de buna benzer bir sistemi kabul ederek tescilli markaları koruduğu gibi tescilsiz markaları da koruma kapsamına almıştır. İngiliz

ilkesine bağlanmıştır¹²². Avrupa Birliği'nin Topluluk markası düzenlemelerinde her ne kadar marka hakkın elde edilmesi için tescil şartı getirilmiş ise de hakkın kullanımla da doğabileceği kabul edilmektedir. Ancak marka hakkının tescil ile doğacağını düzenleyen ülkelerde dahi tescilsiz markanın doğrudan marka mevzuatı ile olmasa bile haksız rekabet hükümleri ya da Borçlar Hukukundan kaynaklanan sorumluluk hükümleri ile korunduğu görülmektedir¹²³.

Marka hakkının korunması özellikle Paris Sözleşmesi'nden sonra neredeyse tüm ülkelerde tescile bağlanmıştır. Burada tescilin amacı marka hakkının doğuşunu belirlemek değil hakkın üçüncü kişilere karşı korunması için hakkın varlığını ortaya koymaktır. Kaldı ki tescil markanın doğuşunu değil marka hakkı sahibini işaret eder. Diğer bir ifadeyle tescil marka nitelemesinin ve marka hüviyetinin kazanılmasının bir unsuru değildir¹²⁴.

Türk Hukuk sistemimizde, SMK'nın 7. maddesinde, mülga KHK'da olduğu gibi, sağlanan marka korumasının tescil yoluyla elde edileceği düzenlenmiştir. Madde metnine dikkate edilirse, markanın doğuşu değil marka hakkının korunmasının tescil yoluyla elde edilebileceği düzenlenerek marka hakkının doğuşu tescile bağlanmamış, mehzaz metin AB Marka Tüzüğü'ne paralel şekilde, marka hakkının doğuşu ile ilgili bir düzenleme yerine marka hakkının ne zaman elde edileceğine ve kime ait olacağına yönelik bir düzenleme tercih edilmiştir¹²⁵.

SMK, marka hakkının korunmasına yönelik kazanımın tescille olacağını düzenlerken bu kuralın istisnalarına da yer vermiştir. Bu istisnalar; 7. maddenin son

Hukukundaki tescilsiz bir markanın korunması sistemi Türk Hukuk sistemindeki tescilsiz markanın haksız rekabet kuralları çerçevesinde korunması sistemine çok benzemektedir. Amerikan Hukuk sisteminde marka hakkının doğuşu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. SCHECHTER/THOMAS, a.g.e., s.550 vd. ve PATTISHALL/HILLIARD/WELCH, a.g.e., s.83 vd. İngiliz Hukuk sisteminde marka hakkının doğuşu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. CORNISH, William; LLEWELYN, David, Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, Fifth Edition, London 2003, s.637 vd.

¹²² Örneğin Fransız Hukukunda marka üzerindeki hak tescille doğar şeklinde açık bir hüküm mevcuttur. Kullanım tek başına bu etkiyi yaratmamaktadır. Bu düzenlemenin sonucu olarak da tescilli bir marka ile tescilli olmamasına rağmen tescilli olanından daha önce kullanılmaya başlanılan bir marka arasında tescilli marka korumaya değer kabul edilmektedir. Fransız Hukuk sisteminde marka hakkının doğuşu ve kazanılması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL, C.I a.g.e., s.179-180. İsviçre Hukuk sisteminde de benzer şekilde marka hakkının sicile tescil ile doğacağına dair düzenlemelere yer verilmiştir. KAYA; a.g.e., s.184.

¹²³ YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL, C.I a.g.e., s.179.

¹²⁴ KAYA; a.g.e., s.183.

¹²⁵ Tekinalp KHK'nın bu düzenlemesi ile marka hakkının, başka bir deyişle marka hakkı sahipliğinin tescil ile iktisap edildiği sonucuna varılacağını ve tescilin bu anlamda kurucu etkiye sahip olduğunu belirterek bu durumu "marka hakkının iktisabında tescil ilkesi" veya "tescil ilkesi" olarak adlandırmıştır. Bkz. TEKİNALP; a.g.e., s.382. Arkan'a göre de tescil kurucu etkiyi haizdir. Bkz. ARKAN; Marka C.I a.g.e., s.124.

fıkrasında düzenlenmiş olan tescilden önce kullanım neticesinde ayırt edici nitelik kazanan markalar; Paris Sözleşmesi 1. mükerrer 6. maddesine göre tanınmış markalar; KHK'nın 8/3 maddesinde düzenlenmiş olan, bir markanın tescili için başvuru tarihinden önce ya da tescil başvurusu sırasında var olan rüçhan tarihinden önce söz konusu işaret için bir hak elde edilmiş olması ya da söz konusu işaret, sahibine daha sonraki bir markanın kullanılmasını yasaklama hakkı vermesi halinde tescilsiz bir marka ya da ticaret sırasında kullanılan başka bir işaretin sahibi, KHK'nın 25 ve 26. maddelerinde düzenlenen rüçhan hakkından yararlanan markalar; KHK'nın 8/5. madde hükmü uyarınca kendisine ait isim, fotoğraf ya da telif hakkı veya herhangi bir sınai mülkiyet hakkına sahip olan kişilerdir. Bu istisnalara sahip markalar ve marka sahipleri eğer marka tescil başvurusu safhasında ise tescile itiraz ederek tescili engelleme; tescil edilmiş olsa dahi 42. madde kapsamında tescilli markanın hükümsüzlüğünü talep etme hakkına sahiplerdir. Belirtilen istisnaların ortak özelliği markanın ve markaya bağlı hakların tescilden önce doğmuş olması ve sonrasında olası bir ihlali önleme açısından bu markalara üstünlük sağlamasıdır¹²⁶.

D- Marka Hakkının Sınırları

SMK ile tescilli marka sahibine sağlanmış olan haklar sınırsız değildir. SMK'nın çeşitli maddelerinde düzenlenmiş olan istisnai hallerin varlığında, marka hakkı sahibi markanın üçüncü kişi tarafından kullanılmasını engelleyemeyecektir.

1- Dürüst Kullanım İlkesi

SMK'nın 7/5 maddesinde, dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içerisinde olmak koşuluyla, üçüncü kişilerin, tescilli bir markayı kendi ad ve adreslerini, malların veya hizmetlerin tür, kalite, miktar, kullanım amacı, değer, coğrafi kaynak, üretim veya sunuluş zamanı gibi niteliklerini, aksesuar ve yedek parça gibi ürünlerde malın veya hizmetin kullanım amacını ifade etmek amacıyla kullanmasının engellenemeyeceği hükme bağlanmıştır¹²⁷.

SMK'daki düzenleme çerçevesinde marka sahibi markasının üçüncü şahıslar tarafından isim, adres, hizmet veya malı tasvir edecek nitelikte beyan olarak kullanılmasını

¹²⁶ YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C.I a.g.e., s.183.

¹²⁷ Herkesçe bilinen bir marka olarak tescilli olsa dahi “deriden” ibaresinin satılan malın üretildiği hammaddeyi belirtmek üzere “deriden mont, ayakkabı, kemer...” gibi kullanımlar tescilli olmasına rağmen marka hakkı sahibi tarafından engellenemez. BOZGEYİK, Hayri; “Vasıf Belirten İbarelerin Marka Olarak Tescili”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Cilt: 2 Sayı:1 Yıl:2016 s.94.

engelleyemeyecektir¹²⁸. Düzenlemeden anlaşılacağı gibi marka tescilinden doğan hakların kapsamının istisnası olarak düzenlenen bu kullanımın iki şarta bağlandığı görülmektedir. Bunlar, dürüstçe kullanım ve ticari hayatın olağan akışı içerisinde kullanımdır.

Dürüstçe kullanım, dayanağını Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenen, herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uyması gerektiğine ilişkin kuraldan ve bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasının hukuk düzenince korunmayacağı hükmünden almaktadır. Medeni Kanun'da vücut bulan dürüstlük kuralı MK md. 2'nin bir başlangıç hükmü olması dolayısıyla sadece medeni haklarda değil, özel veya kamu hukuku tarafından tanınan tüm hakların kapsam ve içeriğini belirlemede aktif ve önemli bir fonksiyona sahiptir¹²⁹.

Tüm hak ve borç ilişkilerinde ve bu ilişkilerden doğan tüm meselelerin çözümünde dürüstlük kuralı temel kural olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu gibi temel kuralların mutlaka yazılı olması gerekmeyip toplumdaki dürüst, namuslu ve orta zekâlı kişilerin ahlak, doğruluk ve karşılıklı güven esaslarına uyan sürekli davranışları sonucunda oluşan ve toplum tarafından da toplumun tümünün menfaatlerine ve iş hayatının gereklerine uygun görülerek benimsenen tüm kurallardır¹³⁰.

Yargıtay, dürüst kullanım ile ilgili vermiş olduğu bir kararında soyadının marka olarak seçilip kullanılması ile ilgili "...böyle bir kullanım ile iltibas yaratılmaya gayret ediliyor veya o şekilde kullanmak bir zorunluluk olmadığı halde sırf başkasının markasından yararlanmak amacıyla ilgili madde hükmü bahane ediliyorsa dürüst kullanımdan söz edilemeyeceği..." kriterine yer vermiştir¹³¹. Aynı konuya benzer diğer bir kararında da kişinin soyadını marka olarak kullanmasına kötü niyetli olduğu ispat edilmedikçe engel olunamayacağı hükmüne yer vermiştir¹³².

¹²⁸ NOMER, Füsün; "Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Reklam Amaçlı Kullanılması ve VW-Audi Örneği", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Profesör Doktor Ergin Nomer'e Armağan, S. 2002/2, s. 1126.

¹²⁹ AKİPEK, Jale; AKINTÜRK, Turgut; ATEŞ KARAMAN, Derya; Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu'na Uyarlanmış 9. Bası, Birinci Cilt, İstanbul 2012, s. 171.

¹³⁰ Naklen; BİLGİLİ, Fatih; Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 31.

¹³¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 2003/2346 Esas ve 2003/8743 Karar sayılı, 13.10.2003 tarihli kararı; karar metni için bkz. <https://www.lexpera-com-tr.lproxy.yeditepe.edu.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2003-2346-k-2003-8743-t-03-10-2003>.

¹³² Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 2003/5564 Esas ve 2003/11974 Karar sayılı, 16.12.2003 tarihli kararı, karar metni için bkz. <https://www.lexpera-com-tr.lproxy.yeditepe.edu.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2003-5564-k-2003-11974-t-16-12-2003>.

Mülga KHK, mehzaz metin olan 89/104 sayılı Direktifin dürüst kullanım ilkesine ilişkin 6. maddesini neredeyse aynen fakat eksik olarak almıştı¹³³. Direktifin 6/c fıkrasında yer alan “özellikle aksesuarlar ya da yedek parçalar gibi bir ürün ya da hizmetin kullanım amacının gösterilmesinin gerekli olduğu haller” mülga KHK döneminde dürüst kullanım kapsamında bir istisna olarak yer almamaktaydı. Ancak bu durumun kanun koyucunun bilinçli tercihi olmadığı, 89/104 sayılı Yönergenin 6. maddesinin mülga KHK’ya aktarımı sırasında yapılan acele ve özensiz çevrimden kaynaklandığı doktrin tarafından kabul edilen bir tespittir¹³⁴. Belirtilen eksiklik doktrinde, dürüst kullanım kapsamında sayılan kullanım şekillerinin tahdidi olmadığı, örnekleme şeklinde bir düzenleme olduğu ifade edilerek¹³⁵ giderilmeye çalışılmıştır. Yargıtay’ın vermiş olduğu emsal kararlar da aynı yöndedir¹³⁶. Kaldı ki bir otomotiv yedek parça satıcısının yedek parçasını sattığı otomobillerin markasını kullanmaksızın reklam yapabileceğinin düşünülmesi mümkün değildir¹³⁷. SMK’nın dürüst

¹³³ Üye Devletlerin Markalara İlişkin Mevzuatlarının Yaklaştırılması Hakkında 22 Ekim 2008 tarihli ve 2008/95/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi (89/104 AET Yönergesinin kodifiye edilmiş hali) Markanın etkilerinin sınırlandırılması başlıklı 6. Madde metni:

“1. Endüstriyel ya da ticari konularda dürüstçe kullanıyor olması koşuluyla, marka, sahibine bir üçüncü kişinin ticaret sırasında aşağıdakilerin kullanımının yasaklanmasını talep etme hakkını vermez:

a) kendi adı ya da adresi,
b) malların üretilmesinin veya hizmetlerin sunulmasının zamanı, türü, kalitesi, miktarı, kullanım amacı, değeri, coğrafi kaynağı veya bunların diğer özellikleriyle ilgili işaretler;
c) özellikle aksesuarlar ya da yedek parçalar gibi bir ürün ya da hizmetin kullanım amacının gösterilmesinin gerekli olduğu hallerde marka...”

¹³⁴ Yasaman’a göre bu eksiklik Yönergenin 6. maddesinin KHK madde 12’ye aktarımının başarısız bir şekilde yapılması ve mehzaz hükümdeki “c” bendinin hükme alınmamasından kaynaklanmaktadır. YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C I a.g.e, s. 522; Tekinalp’e göre de söz konusu eksiklik bilinçli bir tavra dayalı olmayıp hatalı bir iktibas ve tercümeyle dayalı olmakta, KHK gerekçesinde alınmamaya ilişkin bir açıklama bulunmadığı gibi KHK’da tescilli bir markanın maddede belirtilen şekilde her çeşit kullanımı istisna kapsamına alınırken marka olarak kullanımının reddedilmesinin KHK’nın düzenleniş amacına uygun düşmemektedir. TEKİNALP, Ünal; “Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998, s. 633 vd; aynı görüş için ayrıca bkz. TEKİNALP; a.g.e., s. 451.

¹³⁵ TEKİNALP; 1998 a.g.m. s.643; NOMER; 2002 a.g.m., s.1126.

¹³⁶ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2003/2346 Esas, 2003/8743 Karar sayılı, 03.10.2003 tarihli kararında, yerleşik dairenin kararlık gösteren emsal nitelikte bir kararı olduğu vurgulanarak, Opel markasıyla ilgili; Opel Türkiye’nin, bir servis şirketinin kendileriyle aralarında hiçbir hukuki ilişki bulunmamasına rağmen Opel markasını işyerlerinde kullanarak iltibas yarattığının tespit edildiği ve eylemin haksız rekabet olduğu iddiasıyla Opel markasının ilgili işyerinden kaldırılması talebine ilişkin; Tekinalp’in yukarıda bahsi geçen makalesine de atıfta bulunarak KHK’nın 12. maddesindeki eksikliğin bilinçli bir tavra dayalı olmadığını hatalı bir iktibas ve tercümeyle dayalı olduğu açıkça ifade edilmiştir. Karar metni için bkz. UZUNALLI, Sevilay; Markanın Korunmasının Kapsamı, Adalet Yayınevi Ankara 2012, s:207 vd.

¹³⁷ 556 sayılı KHK md. 12 henüz yürürlükte değilken Yargıtay 11. HD 15.04.1993 tarihli, 1992/1577 Esas ve 1993/2447 Karar sayılı kararında BMW parçaları ithal eden ve satan, bu faaliyetleri kapsamında da BMW markasını kendi reklamında kullanan davalının marka sahibi ile aralarında bir bağ bulunmadığını gösterecek ilave açıklamaları yapmadığından marka hakkına tecavüzün gerçekleştiğine hükmetmiştir. Karar için bkz. CAMCI, Ömer; Marka Patent Tasarım ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul, Aralık 1998, s. 188. Aynı sonuca mevcut KHK md. 12 kapsamında doğrudan ulaşmak mümkün değildir. Dolayısıyla tescilli markayı taşıyan malları pazarlama işi yapan üçüncü şahısların markayı kullanırken kural olarak marka sahibiyle arasında bir bağ

kullanım kapsamına aksesuar, yedek parça ve benzerlerine ilişkin olarak mal veya hizmetin üzerinde kullanım amacının belirtilmesi gereken durumları dürüst kullanım kapsamına almasıyla bu eksiklik ortadan kalkmıştır.

Bu konudaki en önemli kıstas, asli kullanım-tali kullanım ayrımına bakarak üçüncü şahsın tescilli markayı hangi şartlarda ve hangi amaçla kullandığının dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilmesidir. Yargıtay da asli-tali unsur ayrımı yapmakta ve tescilli bir markanın üçüncü bir kişi tarafından kullanılabilmesi için madde metninin açık hükmü olan ticaret veya sanayide dürüst uygulamalara aykırı olmayacak şekilde kullanım şartı yanında markayı kullanan kişinin kendi işletme adı ya da unvanının, özellikle işletme evraklarında ve işletmenin diğer reklamsal kullanımlarında hâkim unsur olarak kullanılmamasını şart olarak öne sürmekte, başkasına ait olan tescilli olan markanın ise ancak tali unsur olarak kullanılması halinde dürüst kullanımdan söz edilebileceğini ortaya koymaktadır¹³⁸. Karardan da anlaşılacağı üzere asli unsur-tali unsur ayrımı Yargıtay'ın yerleşik bir içtihadıdır. Doktrinde de kabul gördüğü üzere dürüstlük kuralı gereği markayı kullanan kişi ancak kendi işletme adı ve unvanında ve daha da önemlisi işletme evraklarında dahi asli unsur olarak kendi markasını yazması, başkasına ait tescilli bir markayı ise tali konumda kullanması halinde 12. madde kapsamında tescilli marka hakkı sahibi tarafından engellenemeyecektir¹³⁹.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin, henüz İsviçre Hukukunda konuyla ilgili SMK md. 7/5 ve Yönerge md. 6 gibi bir düzenleme bulunmadığı dönemde vermiş olduğu bir kararda,

bulunmadığını belirten ilaveler yapması gerekli değildir. Ancak KHK 12 kapsamında somut olayın şartlarına göre özellikle kullanım şekli öncelikle değerlendirilmelidir. Eğer üçüncü kişinin kullanımı tescilli marka ile bir bağ bulunduğu izlenimi yaratacak şekilde ise marka hakkına tecavüzün varlığından söz edilebilecektir. YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C I a.g.e., s.522.

¹³⁸ Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 03.10.2003 tarih, 2003/2346 Esas ve 2003/8743 Karar sayılı yayınlanmamış kararında hem tali unsur olarak kullanmanın ne anlama geldiği ifade edilmiş hem de varılan sonucun dairenin kararlılık gösteren emsal kararı olduğu ifade edilmiştir. Kararda adı geçen olayda Opel Türkiye bir servis şirketinin kendileriyle aralarında hiçbir hukuki ilişki bulunmamasına rağmen haksız olarak Opel markasını işyerinde kullanarak iltibas yarattığının tespit edildiği ve eylemin haksız rekabet olduğunu ileri sürerek davalının işyerlerinden Opel markasının kaldırılmasını talep etmiştir. Daire verdiği kararda emsal kararlarında da kabul edildiğine atıfta bulunarak "...olayda belirtildiği şekilde servis hizmeti veren bir işletmenin kendi işletme adını hâkim unsur şeklinde yazmak koşuluyla işyerinde belirtilen markalı araçlara hizmet verildiğini göstermek bakımından marka sahibinin iznine gerek olmadan KHK'nın 12. Maddesinde tarif edilen koşullarla tescilli markayı tali unsur olarak kullanabileceği ancak dosya içeriği ve sunulan fotoğraf ve tanıtma vasıtalarının incelenmesinden davalının tali unsur olarak değil, hâkim unsur teşkil edecek şekilde davacı marka ve logosunun kullanıldığı anlaşılmakla..." şeklinde karar vermiştir. Karar metni için bkz. <https://www.lexpera-com-tr.lproxy.yeditepe.edu.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2003-2346-k-2003-8743-t-03-10-2003>.

¹³⁹ Aynı yönde görüş için bkz. YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C I a.g.e., s.524; TEKİNALP; a.g.e., s. 451 vd.

marka hukukunun genel ilkelerinden hareketle ulaşılmış olduğu sonuç dürüstlük kuralı kriterleri açısından son derece önemlidir. Karara konu olayda Volkswagen ve Audi firmaları, aralarında sözleşme ilişkisi bitmesine rağmen markalı mallarını pazarlamaya devam eden, resmi levhaları kaldırmasına rağmen işyeri üzerinde bir panoda “VW-AUDI Eksperi” ibaresini kullanmaya başlayan ve kırtasiyesinde de anılan markaları kullanmaya devam eden İsviçre’deki eski ve tek yetkili satıcıları olan firmanın markasal kullanımının engellenmesini talep etmektedir. Mahkeme orijinal markalı ürünleri piyasaya arz ve bu ürünlere tamir ve bakım hizmeti veren firmanın kendi hizmeti ile ilgili olarak davacıya ait olan markaları kullanabileceğine karar vermiştir. Bu karara gerekçe olarak da marka sahiplerinin, markayı taşıyan ürünleri pazarlayan ve bu mallara ilişkin servis hizmeti sunan üçüncü kişilerin kendi hizmetleri ile ilgili olarak markayı nasıl kullanacaklarına ya da reklam kampanyasını nasıl yürüteceklerine dair talimat veremeyeceklerini; reklamın kendi hizmetleri ile ilgili olduğunun üçüncü kişi tarafından belirtilmesi ve reklam sonucunda marka sahibi ile üçüncü kişi arasında ticari bağ bulunduğu yönünde yanlış bir izlenimin uyanmaması şartıyla üçüncü kişi tarafından yapılan kullanımın hukuka uygun olacağı belirtilmiştir. Bu nedenle davalının, davacılara ait markaları işyerinde bulunan panoda kullanmasının ilgili branşın ticari teamüllerine uygun olduğuna ve dolayısıyla marka hakkına tecavüz teşkil etmediğine hükmedilmiştir¹⁴⁰.

İsviçre Mahkemesi’nin kararında öne çıkan husus kararda da açıkça ifade edildiği üzere mahkemenin özellikle davalı tarafında “eksper” kavramının kullanılması ve davacıya ait markayı kullanırken markaları simgeleyen logolarını aynen kullanmaktan kaçınması; bu sayede de tüketici nezdinde taraflar arasında ticari bir bağ ya da sözleşmeye dayalı bir ilişki bulunduğu yönünde bir intiba oluşmasının engellendiği sonucuna varmasıdır. Bu açıdan Türk Marka Hukuku sistemimizde de aynı sonucu ulaşmanın mümkün olduğu doktrinde haklı olarak ifade edilmektedir¹⁴¹. Buna göre; federal mahkeme kararında, davalının davacılara ait markaları kullanırken logolarını aynen kullanmaktan kaçınmasından hareket etmektedir. Aksi halde bir kullanımda, yani logoların aynen kullanımı halinde logoyu kullanan üçüncü kişinin markanın sahibinin yetkili temsilcisi olduğu ya da marka sahibi ile logoyu kullanan üçüncü kişi arasında hukuki bir ilişki olduğu izlenimi doğurabileceği, bu halde mahkemenin aynı sonucu ulaşmasının mümkün olamayacağı haklı olarak

¹⁴⁰ Kararın çevirisi ve incelemesi için bkz. NOMER; 2002 a.g.m., s.1118 vd.

¹⁴¹ NOMER; 2002 a.g.m., s.1134; YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C I a.g.e., s.526.

savunulmaktadır.

2- Tükenme İlkesi

Marka haklarının sahibine inhisari mutlak bir hak tanınması neticesi, gelişen ve sınır tanımaz hale gelen ticaret kapsamında markalı ürünlerin piyasaya sunulmasından sonra söz konusu ürünlerin el değiştirmesi ve ürünlerin serbest dolaşımını engellemesi, rekabete dayalı ticaret anlayışına zarar verir hale gelmiştir¹⁴². İşte bu zararın ortadan kaldırılması ve bir taraftan marka haklarının sağladığı inhisari mutlak hakların korunması diğer taraftan serbest piyasa ekonomisinin ve rekabete dayalı ticaret arasındaki dengeyi sağlayabilmek amacıyla diğer fikri ve sınai mülkiyet haklarında olduğu gibi marka haklarında da tükenme ilkesi ortaya çıkmıştır¹⁴³.

Tükenme ilkesinin ülke bazında başlangıcı Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin 1902 yılında vermiş olduğu "Kölnisch Wasser" kararı ile olmuştur. İmparatorluk Mahkemesi ilgili kararda, marka korumasının kaynak gösterme ve ayırt edicilik unsurlarına yönelik olduğu tespitinde bulunarak marka sahibi tarafından bizzat veya onun izniyle piyasaya sunulmuş olan ürünlerin başkaları tarafından tekrar satışının marka korumasının amacı kapsamında olmadığını ve marka hakkının sahibine satış tekeli imkânı sağlamadığını belirtmiştir¹⁴⁴. Bu karardan sonra Almanya ve diğer Avrupa ülkelerinde tükenme ilkesi bazı dönemlerde ülkesel bazen de uluslararası olarak uygulanmıştır. Avrupa Birliği Antlaşması ile birlik sınırları içerisinde ürünlerin serbest dolaşımı kabul edilmiştir. Bunun sonucu olarak birlik sınırları içerisinde bölgesel olarak uygulanmaya başlayan tükenme ilkesi, Avrupa'da ilk olarak, ATAD önüne gelen "Grundig/Consten"¹⁴⁵ ve "DGG" kararı¹⁴⁶ sonrası ortaya

¹⁴² ARKAN, Sabih; "Marka Hakkının Tüketilmesi", Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1998, s. 197.

¹⁴³ GÜLPINAR, Mert Kaan; 556 sayılı Marka KHK Hükümleri Çerçevesinde Marka Hakkının Tüketilmesi İlkesi, Legal Yayınevi, İstanbul 2014, s. 47 vd. PINAR, Hamdi; "Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi EFTA Mahkemesi'nin "Maglite", Avrupa Toplulukları Mahkemesi'nin "Silhouette" ve Yargıtay'ın "Police" Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2000, s. 855.

¹⁴⁴ PINAR; a.g.m., s. 857-858.

¹⁴⁵ PINAR; a.g.m., s. 859-860.

¹⁴⁶ Avrupa Topluluğunun birçok ülkesinde perakende plak dağıtımı ile uğraşan DGG şirketi Almanya'da söz konusu plakların perakende satış fiyatını 19 DM olarak belirlemiştir. (O dönemde Almanya'da perakende satış fiyatı belirlemek mümkündü. DM o dönemde Almanya'da geçerli para birimi olan Alman markını ifade etmektedir.) Almanya dışındaki diğer ülkelerde ise plaklar bağlı şirketler aracılığı ile münhasır marka lisans anlaşmaları kapsamında "Polydor" markasıyla DGG tarafından belirlenen satış fiyatı üzerinden dağıtılmaktadır. Metro firması plakları üçüncü bir kişiden satın alarak Almanya'da DGG'nin belirlediği fiyatın altında bir fiyatla satışa sunmuştur. Almanya'daki ulusal mahkeme yapılan başvuru neticesinde marka hukuku çerçevesinde Metro firmasını Polydor markasını taşıyan plakları satmak ve dağıtmaktan meneden bir ara karar verir. Konu ATAD önüne geldiğinde ATAD, o dönemde ilk kez ifade edilen yeni bir görüş ortaya koyarak pazara hak sahibi

atılmış¹⁴⁷ ve bir süre sonra Avrupa Topluluğu Konseyi'nin prensip olarak kabul ettiği bir uygulama olarak 89/104 sayılı Yönergenin 7. maddesinde, “marka sahibinin markasını taşıyan malların kendisi ya da onun izni ile üçüncü bir kişi tarafından Topluluk içinde piyasaya sunulmasından sonra markanın bu mallarla ilgili olarak kullanılmasını yasaklama hakkına sahip olmadığı” şeklinde hükme bağlanmıştır¹⁴⁸. Maddenin ikinci fıkrası da kuralın istisnasını düzenlemiş ve tükenme ilkesinin malların satış sonrası el değiştirmelerini önleme konusunda marka sahibinin haklı nedenlerinin bulunduğu hallerde uygulanmayacağını belirtmişti. Neredeyse aynı şekilde bir düzenleme de Topluluk markası ile ilgili kabul edilen 40/94 sayılı Konsey Tüzüğünde de bulunmaktadır¹⁴⁹.

Türk hukukuna ilk kez mülga 556 sayılı KHK ile giren tükenme ilkesi ile ilgili KHK öncesi herhangi bir düzenleme bulunmadığı gibi doktrin ve uygulamada da ele alınmış bir kavram değildir¹⁵⁰. Düzenleme mülga KHK'ya 94/1 Ortaklık Konseyi Kararı gereği 89/104 sayılı Avrupa Topluluğu Yönergesinin 7. maddesi örnek alınarak girmiştir. Mülga 556 sayılı Marka KHK'sının "Marka Tescilinden Doğan Hakların Tüketilmesi" başlıklı 13. maddesinde düzenlenen tükenme ilkesi, tescilli bir markayı taşıyan malların marka sahibi tarafından ya da onun izni ile Türkiye'de piyasaya sunulmasından sonra markayı taşıyan mallarla ilgili fiillerin marka hakları kapsamı dışında kalacağını ifade eder. Maddenin ikinci fıkrası ise birinci fıkra hükmüne girmesine rağmen markayı taşıyan malların piyasaya sunulmasından sonra üçüncü kişilerce markalı malın değiştirilmesi ya da kötüleştirilerek ticari amaçlı

tarafından veya onun onay ile üçüncü bir kişi eliyle sunulan bir malın pazarlanmasını yasaklamak için markanın sağladığı münhasır hak kullanıldığı takdirde bu ulusal pazarın topluluk pazarından ayrılması sonucunu yaratacağı ve bu sonuç Avrupa Topluluğunun tek pazar oluşturma nihai amacına aykırı olacağına hükmetmiştir. Söz konusu karar AT Konseyi tarafından prensip olarak kabul edilerek Topluluk üyesi ülkelerinin uyumlaştırılmasını öngören 89/104 sayılı direktif kapsamına alınmıştır. Karar ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAMLIBEL TAYLAN, Esin; Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001, a.g.e. s. 92 vd.

¹⁴⁷ Alman İmparatorluk Mahkemesi, 1902 yılında ö dönemde bu konuda bir düzenleme olmamasına rağmen markayı taşıyan ürünlerin hak sahibi tarafından piyasaya sürülmesiyle marka hakkının tüketilmiş olacağını kabul etmiştir. Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin, markanın malların kökenini göstererek diğer mallardan ayırt edilmesi amacının malın piyasaya sürülmesiyle gerçekleşmiş olduğu ve sonraki el değiştirmelere engel olunamayacağı gerekçesiyle vermiş olduğu bu karar sonraki kararlara da yansımıştır. ARKAN, 1998 a.g.m., s.198.

¹⁴⁸ Tükenme ilkesi, 89/104 Marka Direktifinin güncel metni olan 2015/2436 sayılı Marka Direktifinde de “Markadan Doğan Hakların Tüketilmesi” başlıklı 15. maddede düzenlenmektedir. Madde metninin Türkçe çevirisi için bkz. PEKDİNÇER, Tamer; GİRAY, Eda; BAŞ, Kadir, Gerekçeli, Notlu, İçtihatlı 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ve İlgili Ulusal, Uluslararası Mevzuat, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 749.

¹⁴⁹ 40/94 sayılı Konsey Tüzüğü'nün 13. Maddesinde yer alan tükenme ilkesi, güncel metin olan 2017/1001 sayılı Konsey Tüzüğü'nün “AB Markasının Sağladığı Hakların Tüketilmesi” başlıklı 15. Maddesinde düzenlenmiştir. Madde metninin Türkçe çevirisi için bkz. PEKDİNÇER/GİRAY/BAŞ; a.g.e., s. 771-772.

¹⁵⁰ ÇAMLIBEL TAYLAN; a.g.e., s. 93.

kullanılması halinde marka sahibinin buna benzer kullanımları önleme yetkisi olduğu düzenlemesini içermektedir. Mülga KHK'nın 13. maddesindeki düzenleme, madde metninde kullanılan "mallarla ilgili fiiller marka tescilinden doğan hakkın kapsamı dışında kalır" ifadesi nedeniyle doktrinde netlikten ve anlaşılabilirlikten uzak olduğu ve mehzaz metin olan 89/104 sayılı Yönergedeki düzenlemeden farklı olduğu, bu farklılığın tercüme hatası olduğu belirtilerek eleştirilmiştir¹⁵¹.

6279 sayılı SMK, tükenme ilkesini yalnızca marka haklarıyla sınırlı tutmamış, “Ortak ve Diğer Hükümler” başlıklı beşinci kitapta sınai mülkiyet hakkı korumasına tabi tüm ürünlerin sahibi veya sahibinin izni ile üçüncü kişiler tarafından piyasaya sunulmasından sonra bu ürünlerle ilgili fiillerin hak kapsamı dışında kaldığını ifade etmiştir. Ancak bu ürünlerin üçüncü kişilerce değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçla kullanılması halinde hak sahibi bu kullanımı önleyebilecektir.

Marka hukukunda hakkın tüketilmesi ilkesi olarak da bilinen tükenme ilkesi, ürünlerin tescilli olduğu ülkede satışa sunulmasından sonra marka sahibinin satışlara engel olamaması şeklinde ifade edilebilir. Diğer bir ifade ile marka hakkı sahibi ya da onun izniyle herhangi bir üçüncü şahsın söz konusu markalı malları piyasaya sürmesiyle birlikte o somut mallar için ileride açıklayacağımız istisnai durumlar haricinde marka hakları tükenmiş olacaktır. Bundan sonra marka hakkı sahibi, haklarının tükenmiş olduğu piyasaya sürülmüş olan somut malları satın alan kişilerin bu malları tekrar satışa sunmaları, satmaları hatta bu malları kullanarak reklam ve pazarlama faaliyetlerinde bulunmalarını dahi o somut mallarla sınırlı olmak kaydıyla marka hakkına dayanarak herhangi bir engelleyici faaliyette bulunamayacaktır¹⁵².

Tükenme ilkesinin uygulanabilmesi için iki önemli unsur söz konusudur. Bunlardan ilki markalı bir malın piyasaya sunulmuş olması, ikincisi ise bu piyasaya sunma faaliyetinin marka hakkı sahibi tarafından ya da onun izni ile hareket eden üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilmiş olmasıdır¹⁵³.

Markalı bir malın tükenme ilkesi kapsamında piyasaya sunulması açısından

¹⁵¹ Bahse konu eleştiriler için bkz. ARKAN; 1998 a.g.m., s. 202 vd.; ARKAN; Marka hukuku a.g.e., s. 134; YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C I a.g.e, s. 556 vd.; GÜLPINAR; a.g.e., s. 49 vd.

¹⁵² ARKAN; 1998 a.g.m., s. 197.

¹⁵³ Pınar'a göre, pek tabiidir ki markalı ürünün el değiştirmesinin hukuki olarak gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Marka hakkı sahibinin izni olmadan, hukuka aykırı olarak bir başkasının eline geçen marka için tükenme ilkesinden söz edilmesi mümkün değildir. PINAR; a.g.m., s. 864.

piyasanın neyi ifade ettiği konusunda üç yaklaşımlar söz konusudur. Bunlar ülkesel piyasa, bölgesel piyasa ve uluslararası piyasadır.¹⁵⁴ Ülkesel piyasadan kasıt marka hakkı sahibinin markalı mallarının ülkesel ya da diğerk bir ifadeyle ulusal sınırlar içerisinde piyasaya sürülmesi ve bu sınırlar dahilinde malların sonraki el değıştirmeleri açısından ulusal piyasada marka hakkının tükenmesidir. Buna göre marka hakkı sahibi kendisi tarafından veya izin verdiği üçüncü bir kişi tarafından ülke içerisinde piyasaya sunulmuş olan markalı malının yurt dışına ihraç edilmesinden sonra bu malın paralel ithalat yapan başka kişilerce o ülkeye tekrar ithal edilmesini engelleyemeyecektir¹⁵⁵. Ancak marka hakkı sahibi markalı malını bulunduğu ülkede değil ülke dışında piyasaya sürmüş ise bulunduğu ülke için marka hakkı tükenmiş olmayacağından o malın bulunduğu ülkeye ithal edilmesini önleyebilecektir¹⁵⁶.

Bölgesel piyasa ise tükenme ilkesinin birden çok ülkeyi de kapsayabilecek şekilde belirlenmiş olan bir bölge dâhilinde geçerli hale gelmesini ifade etmektedir. Belirli bir anlaşma çerçevesinde birden çok ülkenin bir araya gelerek oluşturmuş oldukları belli bir bölge dâhilindeki herhangi bir ülkede marka hakkı sahibi ya da onun izni ile üçüncü bir şahıs tarafından piyasaya sürülen markalı mallar açısından sadece o ülkede değil o ülkenin de dahil olduğu bölge kapsamındaki tüm ülkelerde de marka hakkı tükenmiş olacaktır.

Bölgesel piyasa kapsamında bölgesel tükenme ilkesi bir anlamda genişletilmiş ülkesel piyasayı ifade etmektedir¹⁵⁷. Bölgesel piyasanın en güzel örneği tek pazar nihai amacıyla ortak pazar olarak hareket eden, Avrupa kıtasında bulunan birçok ülkenin katıldığı Avrupa Birliği'dir. 2017/1001 AB Marka Tüzüğü'nün 15. maddesi metninde, "Avrupa Ekonomik Alanında piyasaya sürülen mallar bakımından" ifadesiyle, marka hakkının tükenmesi açısından bölgesel piyasa sisteminin uygulanacağı açıkça belirtilmektedir.

Ülkesel piyasanın tam aksine uluslararası piyasada ticarete konu edilen markalı malların Dünyanın herhangi bir yerinde marka sahibinin ya da onun izniyle hareket eden üçüncü bir şahıs tarafından piyasaya sürülmesi halinde bu mallar üzerindeki marka hakkı tükenmiş olacaktır. Görüldüğü üzere ülkesel ve bölgesel piyasa belli bir coğrafi alanda tükenme ilkesinin geçerli olmasını kabul ederken uluslararası piyasada tükenme ilkesi ise

¹⁵⁴ ÇOLAK, Uğur; Türk Marka Hukuku, Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Hazırlanmış 4. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, Eylül 2018, s.610-611.

¹⁵⁵ ARKAN; 1998 a.g.m., s.203.

¹⁵⁶ ÇAMLIBEL TAYLAN; a.g.e., s. 95.

¹⁵⁷ CORNISH/LEWELYN; a.g.e., s.34 vd.

Dünyanın herhangi bir yerinde piyasaya sunulmasını marka hakkının tükenmesi için yeterli görmektedir.

Tükenme ilkesiyle ilgili bir diğer kavram da ilk satış ilkesi de denilen paralel ithalat kavramıdır. Paralel ithalat, başka yerde fikri mülkiyet hakkı sahibi tarafından veya ona bağlı bir tüzel kişilik tarafından, ya da hak sahibinin veya bağlı olan şirketin izniyle piyasaya sürülmüş veya pazarlanmış malların aynısının üçüncü şahıslarca o ülkeye tekrar izin almaksızın ithal edilmesidir¹⁵⁸. Bir başka tanıma göre de paralel ithalat, marka hakkı sahibi veya onun izin verdiği kişiler tarafından ülke dışında piyasaya sunulan ve markayı taşıyan ürünlerin marka sahibinin izni almaksızın ülkeye ithal edilmesidir¹⁵⁹. Daha somut bir ifadeyle Türkiye dışında piyasaya sunulmuş bir malın Türkiye'ye ithal edilmesi paralel ithalat olarak değerlendirilmektedir. Burada ülke içerisine ithal edilen malın dışında söz konusu markayı taşıyan malın daha önce ülke içerisinde piyasaya sunulmuş olup olmaması önem arz etmemektedir.¹⁶⁰ Ancak eğer ithal edilen malların dışında tescilli marka hakkı sahibi tarafından söz konusu mallar aynı zamanda ülke içerisinde de piyasaya sunulmuş ise paralel ithalattan bahsedebilmek için ülke dışında pazarlanan mallarla ülke içerisinde pazarlanan ve yurda ithal edilen mallar arasında ayniyet olmalıdır. Eğer yurt dışında aynı marka adı altında pazarlanan mal ile ülke içerisinde pazarlanan mal arasında nitelik, kalite gibi farklılıklar söz konusu ise artık burada paralel ithalattan değil gri piyasadan (grey market) söz edilecektir. Burada ifadeye edilmeye çalışılan şey bir malın piyasaya sunulduktan sonra üçüncü şahıs olarak satıcı ya da dağıtımcılarca bozularak ya da farklılaştırılarak artık yeni bir mal haline gelen malın sunulması değil, tescilli marka hakkı sahibince aynı malın aynı marka adı altında ancak iç piyasada farklı kalitede veya nitelik özelliklerde dış piyasada ise daha farklı bir kalite ya da özellikte satılmasıdır. Bu durumda artık tükenme ilkesinden bahsedilemeyecektir.

Yargıtay Nikon kararında¹⁶¹, "her ne kadar orijinal malların Türkiye'ye paralel ithalat yöntemiyle getirilerek iç piyasaya sunulması tükenme ilkesi kapsamında marka hakkına tecavüz fiilini oluşturmuyor ise de söz konusu malların tescilli marka hakkı sahibi ya da tek

¹⁵⁸ ANIK, Gülgün; "AT Rekabet Hukukunda Fikri Mülkiyet Hakları", FMRH Dergisi, Yıl 1, C.I, S.2001/3, s.111.

¹⁵⁹ KAYHAN, Fahrettin; "Türk Marka Hukuku Açısından Paralel İthalat ve Marka Hakkının Tükenmesi", Ankara Barosu FMRH Dergisi, Yıl 2001, S. 1, s.53.

¹⁶⁰ KAYHAN; a.g.m., s.53.

¹⁶¹ Yargıtay 11 HD, 25.06.2012 tarih, 2012/7872 Esas ve 2012/10846 Karar sayılı kararı; naklen ÇOLAK; 2012 a.g.e., s. 491.

yetkili satıcı tarafından tercümelere yapılmış Türkçe kullanma kılavuzlarının paralel ithalata konu mallarla birlikte piyasaya sunulması halinde haksız rekabetin söz konusu olacağını" ifade etmektedir. Yargıtay'a göre paralel ithalat durumu marka hakkının tükenmesi sonucunu ortaya çıkarıyor ise de TTK kapsamında haksız rekabet fiilini ortadan kaldırmamaktadır.¹⁶²

Marka hakkı korumasının istisnası olan tükenme ilkesinin uygulama alanı sınırsız değildir. Tükenme ilkesi kapsamına giren ürünler üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçla kullanılırsa marka hakkı sahibi bu kullanımı önleyebilecektir¹⁶³. Ürünün değiştirilmesi, esaslı sayılabilecek ve ticari amaçla yapılan bir değişiklik olmalıdır. Değişikliğin ürünü iyileştirmesi veya kötüleştirmesi önemli değildir¹⁶⁴. Ürünün onarılması, kişisel kullanım için gerçekleştirilmesi halinde değiştirme kabul edilmeyecekken, bozuk olduğu için âtil durumdaki bir ürünün onarılarak yeniden ambalajlanıp ticari amaçla satışa sunulması halinde değiştirme söz konusu olacağından marka hakkı sahibi bu satışı önleyebilecektir¹⁶⁵. Kötüleştirmede ise ürünün nitelikleri değiştirilerek kalitesi veya fonksiyonu düşürülmektedir. Değiştirme ve kötüleştirme, markanın kaynak gösterme ve kaliteyi garanti etme fonksiyonlarını yerine getirmesini engelleyeceğinden tükenme ilkesinin istisnası olarak kabul edilmiştir. Ürünün yalnızca kendisinde değil ambalajında yapılacak esaslı ve ticari amaçlı değişiklik ve kötüleştirmeler de tükenme ilkesinin kapsamı dışındadır.

E- Korunma Süresi ve Yenilenebilirlik

Tescil başvuru eksiksiz bir şekilde tamamlanan bir marka, SMK madde 23/1 uyarınca başvuru tarihinden geçerli olacak şekilde korunmaya başlar ve bu tarihten itibaren on yıl süreyle söz konusu koruma geçerlidir. Koruma süresi, marka hakkı sahibi tarafından

¹⁶² Yargıtay 11 HD, 01.10.2009 tarih, 2007/14608 Esas ve 2009/9957 Karar sayılı kararı. Karar metni için bkz. <https://www-lexpera-com-tr.lproxy.yeditepe.edu.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2007-14608-k-2009-9957-t-1-10-2009>.

¹⁶³ SMK'nın tükenme ilkesinin istisnalarına ilişkin 152/2 maddesinin mehzaz metni olan 2015/2436 sayılı Direktifin 15/2 maddesinde, malların değiştirilmesi veya kötüleştirilmesi yanında marka sahibinin malların başkaca ticarileştirilmesine haklı nedenlerle itirazı olması durumu da tükenme ilkesinin istisnası olarak sayılmıştır. Uzunallı, Türk Hukuku açısından Direktife uygun şekilde yorum yapılarak tükenme ilkesinin istisnalarının değiştirme veya kötüleştirme ile sınırlı tutulmayarak marka hakkı sahibinin haklı sebebe dayanarak sonraki ticari kullanıma engel olabileceğinin kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. UZUNALLI, 2019 a.g.e., s. 117.

¹⁶⁴ Naklen ÇAĞLAR, Hayrettin; Marka Hukuku Temel Esaslar, 2. Bası Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s.166.

¹⁶⁵ UZUNALLI, 2019 a.g.e., s.117.

onar yıllık dönemler halinde yenilenebilecektir.

Yenileme talebinin yapılması ve yenileme ücretinin ödenmesi, koruma süresinin sona erdiği ayın son gününden önceki altı ay içinde gerçekleştirilmelidir. Bu sürenin kaçırılması durumunda, yenileme talebi, ek bir ücretin ödenmesi koşuluyla, koruma süresinin sona erdiği ayın son gününden itibaren altı aylık süre uzatımı içinde de yapılabilir. Yenileme, önceki koruma süresinin sona erdiği tarihin ertesi gününden itibaren geçerli olacaktır. Tescil gibi yenileme de sicile kaydedilir ve bültende yayınlanır. SMK, mülga KHK'dan farklı olarak tescil kapsamındaki mal veya hizmetlerin yalnızca bir kısmı için de yenileme yapılabileceğini düzenlemiştir.

F- Marka Hakkının Sona Ermesi

Marka hakkı çeşitli şekillerde sona erebilmektedir. Bunlar; aşağıda ayrıntılı değinileceği gibi koruma süresinin dolması ile markanın süresi içinde yenilenmemesi, marka sahibinin marka hakkından vazgeçmesi, markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi ve markanın iptaline karar verilmesi hallerinden birinin gerçekleşmesidir. Marka hakkının sona ermesi, SMK'nın "Hakkın Sona Ermesi" başlıklı beşinci kısmında düzenlenmektedir. Beşinci kısmın birinci bölümünde sona erme sebeplerinden hükümsüzlük ve iptal düzenlenirken, ikinci bölümde ise koruma süresi dolan bir markanın yenilenmemesi ve marka hakkından vazgeçme sona erme sebeplerine yer verilmiştir.

1- Koruma Süresinin Dolması ile Markanın Süresi İçinde Yenilenmemesi

SMK, marka hakkının koruma süresini 23/1 maddesi ile Mülga KHK'nın 40. maddesinde olduğu gibi 10 yıl olarak düzenlemiş, bu koruma süresinin onar yıllık dönemler halinde yenilenebileceğini ifade etmiştir. Yenileme talebi, koruma süresinin bitiminden önceki altı ay içerisinde yapılabileceği gibi, sürenin bitiminden itibaren ek ücret ödeyerek altı ay içinde de yapılabilir¹⁶⁶.

Mülga KHK döneminde, 40 ve 41. maddelerinde düzenlenmiş olan yenileme işleminin süresi içerisinde yapılmaması hali, KHK'nın 45/I-a hükmü uyarınca markanın sona erme halleri arasında sayılmaktaydı. 45/I-a maddesinde süresinde yenilenmeyen marka hakkının sona ermesinden bahsedilmekte iken yenileme usulünü düzenleyen 41. Maddede, belirtilen sürede yenileme başvurusunda bulunulmaması halinde markanın hükümsüz sayılacağı ifade edilmekteydi. Sona erme ileriye dönük sonuç doğuran bir ifade iken

¹⁶⁶ Koruma süresinin sona ermesinden sonra 6 ay içerisinde ek ücret ödeyerek yapılan işlemin yenileme değil markanın tekrar tescili işlemi olduğuna ilişkin bkz. UZUNALLI; 2012 a.g.e., s. 374.

hükümsüz sayılma ifadesi geçmişe tesir edecek etkiye sahip olduğundan 41. maddede hükümsüz sayılma ifadesinin kullanılması yerinde olmayıp¹⁶⁷ iki ayrı maddede aynı durum için farklı sonuç ifade edecek terimlerin kullanılması karışıklığa yol açacak nitelikteydi. SMK'da ise koruma süresini ve yenilemeyi düzenleyen 23. Maddede markanın yenilenmemesine bağlanan sonuçlarla ilgili herhangi bir ifadeye yer verilmemiş, koruma süresi sona eren markanın yenilenmemesinin bir sona erme sebebi olduğu markanın sona ermesine ilişkin hükümlerin yer aldığı ilgili bölümde yer bulmuştur. Böylelikle KHK dönemindeki karışıklık ortadan kaldırılmıştır.

Yenilememe neticesinde kural olarak marka ile marka sahibi arasındaki bağ kopmaktadır. Yenilenmeyen marka da artık işaret halini alarak üçüncü kişilerin kullanımına açık hale gelir. SMK, mülga KHK'da olduğu gibi markanın yenilenmemesi ile sona eren korumaya istisnalar getirmiştir. Bu istisnalardan ilki, ortak ve garanti markalarının aynısı veya benzerlerinin, yenilememe sebebiyle koruma süresinin ortadan kalkmasından itibaren 3 yıl süre ile aynı veya benzer mal ve hizmetler için tescil başvurusuna konu olması durumunda, hak önceki marka hak sahibinin itirazı üzerine tescil başvurusunun reddedilmesidir. Bir diğer istisna ise yenilenmeyen bir markanın aynısının veya benzerinin, koruma süresinin sona ermesinden itibaren iki yıl içinde aynı veya benzer mal ve hizmetlerde tescil ettirilmek istenmesi halinde, markanın bu iki yıllık süre boyunca kullanılmaya devam edilmesi şartıyla, hak sahibinin itirazıyla tescil talebinin reddedilmesine ilişkin düzenlemedir¹⁶⁸.

2- Marka Hakkından Vazgeçme

SMK'nın 28/1-b maddesinde markanın sona ermesi sebeplerinden bir diğeri olan vazgeçme düzenlenmiştir. Buna göre marka hakkı sahibi markanın kullanılacağı mal veya hizmetlerin hepsi ya da bir kısmından vazgeçebilir. Bu beyanın TÜRKPATENT'e yazılı olarak iletilmesi gerekmekte olup, vazgeçme etkisini marka siciline kayıt tarihi itibarıyla gösterir.

Her ne kadar marka hakkından doğan bir mutlak hak olarak vazgeçme hakkının da serbestçe kullanılabilmesi söz konusu ise de SMK ile buna birtakım istisnalar getirilmiştir.

¹⁶⁷ ÇAĞLAR; a.g.e., s. 170.

¹⁶⁸ Mülga KHK, bu istisnanın düzenlendiği 8. maddesinde 2 yıllık süre içinde markanın kullanılmaya devam edilmesi gerektiğine dair düzenleme içermemekteydi. Ancak uygulamada KHK'nın 8. maddesine atıf yapan 35/2 maddesi ve mehzaz metin olan 89/104 sayılı Marka Direktifinin konuya ilişkin 4/f maddesinde kullanım koşulunun aranmış olması dikkate alınarak değerlendirme yapılmakta, "iki yıllık süre boyunca kullanıma devam etme" tescile itiraz hakkında faydalanmak için bir koşul olarak kabul edilmekteydi.

Buna göre marka siciline kaydedilmiş olan rehin veya intifa hakkı gibi bir hak ya da lisans sözleşmesi söz konusu ise bu hakların tanındığı mal veya hizmetler için hak sahiplerinin izni olmaksızın marka hakkından vazgeçilemez. Yine aynı şekilde marka üzerinde üçüncü bir kişinin hak iddia etmesi ve bu konudaki tedbir kararı sicile tescil edilmişse hak iddia eden üçüncü kişilerin izni olmadan marka hakkından vazgeçmek mümkün değildir.

3- Markanın Hükümsüzlüğüne veya İptaline Karar Verilmesi

Markanın sona erme sebeplerinden olan hükümsüzlük SMK'nın 25. maddesinde, markanın iptaline karar verilmesi ise 26. maddede düzenlenmiştir. Bir markanın hükümsüzlüğüne karar verilebilmesi için, SMK'nın 5 ve 6. maddelerinde düzenlenmiş olan tescil engellerinden bir veya birkaçının markanın tescil ettirildiği anda mevcut olması, bu engellerin varlığına rağmen markanın bir şekilde tescil edilmiş olması ve dava açıldığı tarihte de hükümsüzlüğe yol açan tescil engellerinin varlığının devam ediyor olması gerekmektedir. Markanın iptaline karar verilmesini gerektiren sebepleri ise markanın tescili anında mevcut olmayıp sonradan ortaya çıkmış olan hususlardır.

a- Markanın Hükümsüzlüğüne Karar Verilmesi

Hükümsüzlük iddiası TÜRKPATENT veya mahkemeler tarafından resen dikkate alınamaz. Ancak menfaati olanlar, Cumhuriyet Savcıları veya ilgili kamu kurum ve kuruluşları tarafından ileri sürülmesi halinde hükümsüzlük iddiası değerlendirilecektir. Tescil engellerinden bir veya birkaçının varlığı nedeniyle aslında tescil edilmemesi gereken bir markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesiyle, bu marka için sağlanan koruma hiç doğmamış sayılacaktır. Hükümsüzlük kararının kesinleşmesi ile marka hakkı ortadan kalkacak ve bu durum üçüncü kişiler için de sonuç doğurmaya başlayacaktır. Hükümsüzlük kararı ayrıca Bülten'de de yayınlanmaktadır.

Hükümsüzlük halleri, tescil kapsamındaki belirli bir kısım ürün veya hizmetler için söz konusu ise yalnızca bu ürün ve hizmetler için hükümsüzlük kararı verilebilecektir. Ancak markanın örneğini değiştirebilecek nitelikte bir kısmi hükümsüzlük kararı verilemez.

Hükümsüzlük iddiasında bulunabilmesi için, dayarılan hükümsüzlük hallerinin markanın tescil edildiği anda var olması ve dava açıldığı anda da devam ediyor olması gerekmektedir. SMK 25/4 maddesi ile tescil sırasında ayırt edici niteliğe sahip olmadığından başvurunun reddine karar verilmesi gereken bir markanın bir şekilde tescil edilmiş olması halinde, hükümsüzlük talebinden önce bu marka kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanmış ise artık hükümsüzlük kararı verilemeyeceğini düzenlemektedir. Dava açıldıktan sonra, devam

ederken markanın kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanmış olması hükümsüzlük kararı verilmesini engellemeyecektir.

Belirtmiş olduğumuz gibi hükümsüzlük kararı tescil başvurusundan itibaren sonuç doğurmakta, marka korumasının başlangıçtan itibaren doğmamış olması sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Hükümsüzlük kararının geçmişe etkili oluşunun istisnaları olarak, markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesinden önce bir markaya tecavüz nedeniyle verilen hukuken kesinleşmiş ve uygulanmış kararlar ile markanın hükümsüzlüğüne karar verilmeden önce yapılmış ve uygulanmış sözleşmelerin hal ve şartlara göre haklı sebepler ve hakkaniyet düşüncesi ile sözleşme uyarınca ödenmiş bedelin kısmen veya tamamen iadesi mümkün ise, hükümsüzlük kararından etkilenmeyecektir¹⁶⁹.

556 sayılı KHK'nın 44. madde hükmüne göre hükümsüzlük kararları geçmişe etkilidir. Ancak kesin olarak hangi andan itibaren etki edeceğine dair bir belirsizlik söz konusudur¹⁷⁰. Kaldı ki hükümsüzlüğün sonuçlarının her şartta tescil tarihinden itibaren hüküm doğurması; örneğin beş yıl süreyle kullanılmaması halinde hükümsüzlüğü düzenleyen 14. madde kapsamında markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi halinde haksız bazı sonuçların ortaya çıkabileceği de açıktır¹⁷¹.

Bir marka hakkı sahibi, kendisinden sonra tescil edilen bir marka için hükümsüzlük halleri var olduğu halde markanın kullanıldığı biliyor veya bilmesi gerekiyor ise ancak buna rağmen beş yıl boyunca hükümsüzlük iddiasında bulunmamışsa, sonraki markanın hak sahibinin kötü niyetli olmaması şartıyla, artık kendi markasını hükümsüzlük gerekçesi olarak kullanamayacaktır. Hükümsüzlük iddiasında bulunan marka hakkı sahibi, kendi markasını dava tarihinden önce en az beş yıldır Türkiye'de fiilen kullanmıyorsa, markasının hükümsüz olduğu ileri sürülen taraf defi olarak bu duruma dayanabilecektir.

b- Markanın İptaline Karar Verilmesi

Markanın iptalini gerektiren sebepler, hükümsüzlük sebeplerinden farklı olarak markanın tescili anında mevcut olmayıp sonradan ortaya çıkan sebeplerdir. Bu sebeplerden ilki, markanın tescil edildiği tarihten itibaren beş yıl içinde haklı bir neden olmaksızın Türkiye sınırları içerisinde ciddi biçimde kullanılmaması veya kullanımına beş yıl aralıksız olarak ara verilmesidir.

¹⁶⁹ SMK md. 27/3 ve SMK md. 27/7.

¹⁷⁰ POROY/YASAMAN; a.g.e., s.538.

¹⁷¹ ÇAĞLAR; a.g.e., s.184.

Bir diğer iptal sebebi ise marka hakkı sahibinin hareketleri veya gerekli tedbirleri almaması sonucunda markanın tescilli olduğu ürün veya hizmetler için yaygın isim haline gelmiş olmasıdır. Markanın yaygın isim haline gelmesiyle, ayırt edicilik ve menşei belirtme fonksiyonları yerine getirilemeyeceğinden kullanılan işaret marka vasfını yitirmekte ve cins isme dönüşmektedir¹⁷².

Markanın, marka hakkı sahibi veya onun izin verdiği kişilerce kullanımı neticesinde, kapsadığı ürün veya hizmetlerin niteliği, kalitesi ve coğrafi kökeni konusunda halkı yanıltacak hale gelmesi durumunda da iptaline karar verilecektir.

VI- Marka Hukuku ve Fikri Mülkiyet Hukuku İlişkisi

A- Fikri Mülkiyet Kavramı ve Fikri- Sınai Mülkiyet Ayrımı

Fikri mülkiyet kavramı, ilk ortaya çıktığı dönemlerde geniş yorumlanarak kullanılırken, özellikle sınai alanda yoğun ve hızlı gelişmeler sonucu sınai mülkiyet kavramının da sıklıkla kullanılmaya başlanmasıyla, kavram karmaşasını önleme amacıyla dar anlamıyla çok daha fazla telaffuz edilir hale gelmiştir. Şöyle ki; fikri mülkiyet hukuku iki ana kola ayrılarak fikri haklar ve sınai haklar ya da fikri mülkiyet-sınai mülkiyet şeklinde doktrinde ifade edilmeye başlamıştır¹⁷³. Fikri mülkiyetin “bilgisayar programları ve verilerini de kapsayan fikir ve sanat eserlerini, diğer bir deyişle telif haklarını”; sınai mülkiyetin ise “patent, marka, faydalı model, tasarım, coğrafi işaretler, bio-teknik buluşlar, ticaret unvanları ve işletme adlarını, bunların yanında son gelişmelerle birlikte entegre devre topografyaları, yeni bitki çeşitleri, bio-teknolojik keşifler, alan adları (domain name) ve hatta ticari sırlar ve know-how’ları da kapsadığı kabul edilmektedir.

Fikri mülkiyet kavramı, İngiliz ve Amerikan hukukunda “intellectual property”

¹⁷² UZUNALLI; 2019 a.g.e., s. 210.

¹⁷³ Söz konusu ayrım 1883 tarihli “Sınai Mülkiyetin” Korunmasına Dair Paris Sözleşmesi ve 1886 tarihli “Edebi ve Artistik Eserlerin” Korunmasına Dair Bern Sözleşmesi sonrası ortaya çıktığı, bu kapsamda fikri ve sınai mülkiyet teriminin fikri mülkiyet kısmının fikir ve sanat eserlerini, yani telif haklarını, sınai mülkiyet kısmının ise patent, marka, ticari unvan ve diğer ad ve işaretleri ifade ettiği kabul edilmeye başlanmıştır. TEKİNALP, a.g.e., s. 1. Ayrıca SULUK bu ayrımı net bir şekilde yaparak İngilizcedeki “copyrights” kavramı ile “industrial properties” kavramlarını kullanmış, bunların karşılığı olarak da telif hakları ve sınai mülkiyet hakları şeklinde ikili bir ayrım yapmıştır. Bu ayrıma göre telif haklarını insan fikrinin ifade edilme biçimi olarak tanımlayarak bu haklar kapsamında korunanın soyut insan fikirleri değil şekillenmiş fikri ürünler olduğunu ifade etmiştir. Sınai hakları ise sanayi ve tarımdaki yeniliklerin, buluşların ve özgün tasarımların ilk uygulayıcıları veya malların üzerindeki işaretlerin sahipleri adına belirli bir süreyle korunan gayri maddi haklar olarak tanımlayarak patent ve faydalı model mevzuatı ile sanayideki gelişmeler ve ilerlemeler korunurken marka mevzuatı ile de ayırt edici isim ve işaretlerin sahiplerine tanınan hakların korunma altına alındığını ifade etmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. SULUK, Cahit; KARASU, Rauf; NAL, Temel; Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 1 vd.

olarak geniş anlamda kullanılmasıyla ve sonrasında Fransız hukukunda da aynı anlama gelen “propriete intellectuelle” kavramıyla, fikri ve sınai hakların tamamını kapsayacak şekilde yaygın olarak kullanılmaya başlanmıştır¹⁷⁴.

Diğer taraftan özellikle fikri mülkiyet alt dalında yer alan fikir ve sanat eserleri kapsamında korumaya tabi olan bilgisayar programlarını ve diğer dijital ürünleri doğaları gereği sınai mülkiyet olarak da görmek mümkündür. Bundan dolayı fikri ve sınai şeklindeki ayırım artık her geçen gün birbirine geçmeye başlamıştır. Bu yönüyle de fikri mülkiyet üst kavramının, terimsel olarak fikri kelimesinin konu açısından değil mülkiyetin içeriği açısından niteleyici olduğunu¹⁷⁵ kabul ederek kapsayıcı üst kavram olarak kullanılması yerinde olacaktır.

Uygulamada Fikri Haklar ve Sınai Haklar ayrımı halen kabul görmekte ve kullanılmaktadır. Bunun en belirgin örneği Almanya’da fikir ve sanat eserleri hukuku “Urheberrecht” başlığıyla; diğer taraftan patent, marka, tasarım gibi haklar sınai haklar kapsamında “Gewerblicher Rechtsschutz” başlığı altında incelenmektedir. İsviçre ve Avusturya Hukuku’nda da benzer düzenlemeler var ise de özellikle İsviçre’de “Immaterialgüterrecht” aslında maddi olmayan mallar hukuku anlamına gelmesine rağmen, kavramın fikri mülkiyet anlamı verilerek kullanıldığı görülmektedir¹⁷⁶. Fransa ve Belçika hukukunda da fikri mülkiyet kavramı geniş anlamıyla kullanılmaktadır.¹⁷⁷

Türk hukukunda bir dönem seçimlik ders olarak görülen Fikri Hukuk, fikir ve sanat eserleriyle patent ve tasarımları kapsayacak şekilde dar anlamıyla kullanılmıştır. Ancak fikri hukuk kavramı konu olarak seçtiği, fikrin ürünü olan ve sahibinin özgün hususiyetini taşıyan patent, tasarım, fikir ve sanat eserlerini kapsar şekilde dar anlamda kullanılarak sınai haklar kapsamında kalan patent ve tasarımı da içine alarak, zamanla kendine özgü fikri olan

¹⁷⁴Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Sözleşmesi’nin ve Fikri Mülkiyet Haklarının Ticaret ile ilgili yönlerini düzenleyen Dünya Ticaret Örgütü’nün, TRİPS Sözleşmesi olarak da anılan sözleşmede “intellectual property” kavramını kullanması fikri mülkiyetin kapsamını patent, marka, tasarım, fikir ve sanat eserlerini kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanıldığını ortaya konmaktadır.

¹⁷⁵ TEKİNALP; a.g.e., s. 2.

¹⁷⁶ Bu konuda bkz. RECHBİNDER, Manfred; Schweizerisches Urheberrecht , 3. Auflage, Bern, 2000, s. 17 vd; TROLLER, Alois, TROLLER, Patrick, Kurz Lehrbuch Des Immaterial Güterrechts, Zweite, 3 Völlig Neubearbeitete Und Erweiterte Auflage, Basel Und Frankfurt Am Main, 1989, s. 22 vd; naklen TEKİNALP; a.g.e., s.2.

¹⁷⁷ Fransa’da 1 Temmuz 1997 tarihinde kabul edilen “Code de La Propriete Intellectuelle” isimli kanun fikri mülkiyet kavramını geniş anlamıyla kullanmakta ise de Fransız doktrini fikir ve sanat eserleri hukuku ve sınai mülkiyet hukuku ayırımına devam etmektedir. Naklen TEKİNALP; a.g.e., s. 3.

konuları ifade eder şekle dönüşmüştür¹⁷⁸.

Fikri mülkiyet kavramı doktrinde geniş anlamıyla kabul görmektedir. Dünya Ticaret Örgütü'nün ve Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı'nın da fikri mülkiyet kavramını fikri mülkiyet hakları ve sınai mülkiyet hakları şeklinde ikiye ayırmak suretiyle üst kavram olarak kullanmayı tercih ettiği görülmektedir.¹⁷⁹ Kanun koyucu da Türk Ticaret Kanunu'nda ve hatta MÖHUK'da fikri mülkiyet kavramını kullanmaktadır¹⁸⁰.

Fikri mülkiyet kavramının terimsel açıklamalarından sonra ne anlama geldiğini ifade etmek gerekir. Bilindiği gibi haklar genel anlamda “kamu hukukundan doğan haklar” ve özel hukuktan doğan haklar” olarak ikiye ayrılır. Özel hukuktan doğan haklar ise “herkese karşı ileri sürülebilen mutlak haklar” ve “sadece belirli hukuksal işlemin tarafları arasında ileri sürülebilen nisbi haklar” olarak ikiye ayrılır. Diğer taraftan özel hukukta haklar mal varlığı ve şahıs varlığı hakları olarak da ikiye ayrılır. Malvarlığı hakları parayla ölçülebilen ve başkasına devredilebilen haklar olup şahıs varlığı hakları ise kişilik haklarını oluşturan ismi şeref ve haysiyeti gibi para ile ölçülemeyen ve başkasına devredilemeyen haklardır¹⁸¹.

Mutlak haklar maddi bir varlık ya da mal üzerinde kurulabileceği gibi maddi olmayan varlıklar, diğer bir ifadeyle gayri maddi mallar üzerinde de kurulabilir. İşte gayri maddi mallar üzerinde kurulan mutlak malvarlığı haklarının en somut örneği fikri mülkiyet haklarıdır. Bu haklar herhangi bir malın üzerinde kullanılmış olsa dahi orada korunan hak malın kendisi için ayrı, malın üzerinde veya içerisindeki fikri ürün için ayrıdır. Örneğin bir otomobil, sahibi için maddi malvarlığı hakkı kapsamında bir mal iken; otomobilin içerisinde kullanılan örneğin hibrit bir motor, o teknolojinin patentini tescil ettirmek suretiyle sahibi olan başka bir kişinin gayri maddi malıdır. Diğer taraftan o otomobilin markası da yine tescille hak sahibi olan, o markayı bulup ticaret hayatında ürünlerini başkalarının

¹⁷⁸ Naklen TEKİNALP; a.g.e., s. 2.

¹⁷⁹ Fikri mülkiyet kavramının üst kavram olarak kabul edilerek ikili ayrıma tabi tutulması, sınai haklarla ilgili 1883 tarihli Paris Sözleşmesi'nde ve fikri haklarla ilgili de 1886 tarihli Bern Sözleşmesi'nde ayrı ayrı vurgulanmak suretiyle kullanılmıştır. TRIPS Anlaşması'nda da fikri mülkiyet haklarının kapsamının belirtildiği Kısım II'de telif hakları, markalar, coğrafi işaretler, sınai tasarımlar, patentler ve entegre devre topografyaları fikri mülkiyet hakları kapsamında sayılmak suretiyle bu kavramın fikri haklar ve sınai haklar ayrımının üst kavramı olarak kullanıldı görülmektedir.

¹⁸⁰ MÖHUK madde 23 “Fikrî mülkiyete ilişkin haklara uygulanacak hukuk”, madde 28 de “fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler” başlığı ile fikri mülkiyet kavramını geniş anlamıyla kullanmıştır. Bu konuda 2007 tarih, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun metni için bkz. <http://mevzuat.gov.tr>.

¹⁸¹ Hakların türleri ve sınıflandırılması için bkz. HATEMİ; 2012 a.g.e., s.121 vd.; SEROZAN; a.g.e., s.3 vd.

ürünlerinden ayırt etmek için kullanan kişi için gayri maddi bir maldır. Haklar ayrımı ile ilgili kısa açıklamalar ışığında fikri mülkiyet haklarının, haklar ayrımındaki yerinin özel hukuktan kaynaklanan maddi olmayan (gayri maddi) varlıklar üzerindeki mutlak bir hak olduğunu söyleyebiliriz.

Tüm bu açıklamalar ışığında fikri mülkiyet hakları, somut bir varlığa sahip olmayan ancak insan aklının bir ürünü olarak ortaya çıkan, bu haliyle maddi bir değere sahip olan ve ait olduğu kişiye yani malikine mutlak ve inhisari yetki ve haklar sağlayan hakları ifade eder. Fikri mülkiyet hukuku da soyut ürün olmasından dolayı dar anlamıyla eşya kavramı ile ifade edilemeyen ancak kime ait olduğu noktasında mülkiyet kavramının genel özelliklerini barındıran bu yönüyle de eşya hukuku ile düzenlenemeyip, dolayısıyla da eşya hukukunun normları ile korunamayan ürünleri koruyan ve bu ürünler üzerindeki hakları düzenleyen karma bir hukuk dalıdır.

B- Marka - Fikri Mülkiyet İlişkisi

Fikri mülkiyet hukukunun iki ana kola ayrılarak fikri haklar ve sınai haklar diğer bir ifadeyle fikri mülkiyet-sınai mülkiyet şeklinde doktrinde ifade edildiğini belirtmiştik. Fikri haklar ya da fikri mülkiyet hakları “bilgisayar programları ve verilerini de kapsayan fikir ve sanat eserlerini, diğer bir deyişle telif haklarını” kapsamaktadır. Sınai haklar ya da sınai mülkiyet hakları ise “patent, faydalı model, tasarım, coğrafi işaretler, bio-teknik buluşlar, ticaret unvanları ve işletme adlarını, bunların yanında son gelişmelerle birlikte entegre devre topografyaları, yeni bitki çeşitleri, bio-teknolojik keşifler, alan adları (domain name) ve hatta ticari sırlar ve know-how’lar gibi marka haklarını kapsadığı kabul edilmektedir.

C- Fikri Mülkiyetin Hukuksal Niteliği

Fikri mülkiyetin “mülkiyet” olup olmadığı doktrinde de tartışmalara konu olmuştur. Şöyle ki; hakların hukuk sistematğinde sınıflandırılmasında temel ayrım şahıs varlığı hakları ve mal varlığı hakları ayrımıdır. Şahıs varlığı hakları kişilikle kazanılan ve şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan ibaret iken, malvarlığı hakları ise para ile ölçülebilen bir değeri olan haklar olarak ifade edilmektedir¹⁸². Fikri mülkiyet haklarının da bu ayrıma göre malvarlığı haklarından olduğu açıktır. Burada fikri mülkiyet yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız gibi tüm fikri ve sınai hakları kapsayacak şekilde geniş anlamıyla ifade edilmektedir. Gerek fikir

¹⁸² HATEMİ; 2012 a.g.e., s.121 vd.

ve sanat eserleri üzerindeki haklar gerekse patent, tasarım ve asıl konumuzu oluşturan marka hakları gibi sınai haklar da belli bir iktisadi değere haiz ve para ile ölçülebilen haklar olduğundan bu yönüyle mal varlığı haklarından oldukları kabul edilir¹⁸³. Söz konusu hakların mal üzerinde herkese karşı ileri sürülebilecek haklardan olduğu, malın sahibine mutlak bir egemenlik sağladığı, bu yönüyle mutlak haklardan olduğu da açıktır.

Malvarlığı mutlak hakları, maddi ve gayri maddi mallar üzerindeki haklar olarak ikiye ayrılmaktadır. Sahibine en geniş hak ve yetkileri sağlayan mutlak hak olan mülkiyet hakkı ancak maddi mallar yani eşya (somut, elle tutulabilir varlıklar) üzerinde kurulabilir. Somut olmayan, hatta bazı hallerde üzerine yapıştığı ve bütünleştiği somut eşyadan bağımsız bir varlığa sahip olan fikri ürünler bu halleriyle eşya olarak nitelendirilemediğinden fikri ürünler üzerindeki mutlak haklar gayri maddi mallar üzerindeki mutlak haklardandır¹⁸⁴. Bu ürünler üzerinde aynı bir hak kurulamayacağı için gerçek anlamda bir mülkiyet hakkı niteliğine sahip değildir.

Mülkiyet haklarıyla fikri haklar arasındaki ortak nitelik ise her iki hakkın da mutlak haklardan olmasıdır. Mülkiyet hakkında olduğu gibi fikri hak sahibi de hakkı üzerinde doğrudan bir egemenlik sağlamakta ve bu egemenliğini herkese karşı ileriye sürebilmektedir. Bu yönüyle mutlak hak özelliğini kazanır. Mutlak hak sağladığı yetkiler açısından aynı haklarla çok yakın özellikler göstermektedir. Öyle ki hak sahibine yasaklama da dâhil olmak üzere güçlü bir şekilde inhisari yetkiler sağlamaktadır¹⁸⁵.

Hakların ortak özelliklerinden dolayı maddi olmayan mallar üzerindeki hakların, eşya kavramının daha geniş bir yorum ile değerlendirilmesi halinde mülkiyet haklarından olduğu sonucuna varılabileceğini savunan görüşler de vardır. Bu görüşe göre mülkiyet hakkının var olduğunun kabul edilmesi için “corpus” ve “animus” olarak bilinen somut nesne ve malik olma iradesi gerekir. Her ne kadar maddi olmayan mallar “corpus” kapsamında değerlendirildiğinde dar anlamıyla eşya tanımına uygun olmasa da hâkimiyet anlamıyla kullanılarak geniş yorumlanması halinde fikri haklar da mülkiyet haklarından kabul edilebilecektir¹⁸⁶.

¹⁸³ ARSEVEN; a.g.e., s.5 vd.

¹⁸⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. HATEMİ, Hüseyin; SEROZAN, Rona; ARPACI, Abdülkadir; Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991, s.24 vd.; OĞUZMAN, Kemal; SELİÇİ, Özer; ÖZDEMİR, Saibe Oktay; Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, 15 Bası, İstanbul 2012, s.4 vd.; AKİPEK/AKINTÜRK; a.g.e., s.25 vd.

¹⁸⁵ TEKİNALP; a.g.e., s.7.

¹⁸⁶ POROY/YASAMAN; a.g.e., s. 423.

VII- Marka Hukukunun Kaynakları

A- Uluslararası Kaynaklar

Marka Hukuku'nda, Türkiye Cumhuriyet Anayasası'nın 90. maddesinin son fıkrası hükmü olan, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş milletler arası anlaşmaların kanun hükmünde olduğunu ve usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş bulunan temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanun hükümleri arasında aynı konuya ilişkin farklı hükümler yer alması halinde çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası anlaşma hükümlerinin esas alınacağı düzenlemesi, uluslararası kaynakları daha da önemli hale getirmektedir. Diğer taraftan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 27. maddesi¹⁸⁷ herkesin toplumun kültür hayatına katılmak, güzel sanatlardan etkilenmek, bilim alanındaki gelişimi ve bunun yararlarını paylaşmak hakkına sahip olduğunu ve herkesin yaratıcısı olduğu bilim, edebiyat ve sanat ürünlerinden doğan maddi ve manevi çıkarlarının korunmasına hakkı olduğu hükmü gereği fikri ve sınai mülkiyet hakları da bu anlamda temel insan hakları arasında sayılmaktadır.

SMK'nın marka hakkı korumasından yararlanabilecek kişileri düzenleyen 3. Maddesinde Paris Sözleşmesi ve Trips kapsamında başvuru hakkına sahip kişileri de saymış olması, tanınmış marka ile ilgili düzenlemelerde uluslararası metinlere gönderme yapılması gibi kanunun birçok yerinde uluslararası kaynakların doğrudan etkisi görülmektedir. Kaldı ki Anayasa'nın ilgili hükmü gereğince, temel insan haklarından sayılan fikri mülkiyet haklarına ilişkin uyuşmazlıklarda, talep olmasa dahi ulusal mevzuatta yer alan hükümlerle milletlerarası anlaşmalarda yer alan hükümler arasında farklılık bulunması halinde milletlerarası anlaşmaların öncelikli olarak uygulanması gerektiği açıktır. Bu nedenle fikri mülkiyete ilişkin milletlerarası anlaşmalar Türk Hukuku açısından çok önemli bir kaynak niteliğindedir.

İşte bu anlaşmalardan marka hukuku ile doğrudan ilgili sözleşmeler ve bu sözleşmeler kapsamında kurulan bazı uluslararası organizasyonlar şunlardır:

1- Sınai Mülkiyetin Korunması ile İlgili Paris Sözleşmesi

Neredeyse ticaret başladığından beri mal ve hizmetleri birbirinden ayırt etmek için

¹⁸⁷ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarihli ve 217 A(III) sayılı kararıyla ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin, 6 Nisan 1949 tarih ve 9119 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yayınlanması, eğitim kurumlarında okutulması ve kamuya açıklanması kararı alınmış, Beyanname 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin tam metni için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf>.

kullanılan marka, ilk başlarda yalnızca ülkelerin kendi sınırları içerisinde ve her ülkenin kendi hukuk sistemindeki kurallara göre korunmaktaydı. Ancak özellikle sınai alanda yaşanan hızlı gelişmeler sonucu hızlı üretime geçilmesi ve ticari hayatın sınır aşan şekilde genişlemesi, markanın yalnızca ülkesel olarak korunmasını yetersiz kılmış ve ülkelerin hukuk sistemlerinde marka hakkının korunmasına ilişkin kuralların farklılık arz etmesi markanın korunması açısından sorunlar yaratmıştır.

Bu sorunlara çözüm getirmek amacıyla 20 Mart 1883 tarihinde Paris'te bir araya gelen onbir ülke Sınai Mülkiyet Haklarının Uluslararası Korunmasına İlişkin Paris Anlaşması'nı imzalayarak ülkelerin sınai mülkiyete ilişkin hukuk sistemlerinin uyumlaştırılması ve markanın uluslararası olarak korunması için ilk hukuksal metni ortaya çıkarmışlardır. Paris Anlaşması ile anlaşmaya taraf ülkeler, ülkelerin kendi iç hukuklarını ihlal etmeden sınai mülkiyetin korunması için temel prensipleri belirlemişler¹⁸⁸ ve kendi bütçesi ve organları olan bir birlik meydana getirmişlerdir.

Paris Anlaşması uyarınca anlaşmaya taraf olan ülkelerin vatandaşları kendi ülkelerinde iç hukukları uyarınca usulüne uygun şekilde tescil edilmiş olan markaları için, marka korunması istenen birliğe üye ülkede ikamet etme veya işletmeye sahip olma şartları aranmaksızın, o ülke yasalarında sınai mülkiyetin korunması için tanınan tüm haklardan yararlanabileceklerdir. Anlaşma, birliğe dâhil olmayan ülke vatandaşlarına da birliğe dâhil ülkelere birinde ikamet etmek veya fiilen ve ciddi bir ticari işletme sahibi olmak koşuluyla aynı korumadan yararlanma imkânı tanımaktadır. Yukarıda açıklandığı üzere Anlaşma, tanınmış markalara ilişkin olarak da özel ve ayrıcalıklı bir koruma getirdiği gibi üye ülkelere birlik üyesi ülkelerin vatandaşlarını haksız rekabetten koruma yükümlülüğü de getirmiştir.

Paris Anlaşması'nın 18. maddesi anlaşmanın sınai mülkiyetin korunmasına ilişkin birlik sisteminin geliştirilmesi amacıyla değişikliğe uğrayabileceği hükmünü içermektedir. Gerçekten de Anlaşma 14 Aralık 1900'de Brüksel'de, 2 Haziran 1911'de Washington'da, 6 Kasım 1925'te Lahey'de, 2 Haziran 1934'te Londra'da, 31 Ekim 1958'de Lizbon'da, 14 Temmuz 1967'de Stockholm'de ve 28 Ekim 1979'da Stockholm'de değişikliğe uğramıştır. Türkiye, 1925 yılında 342 sayılı kanunla onaylamış olduğu Lozan Barış Anlaşması'nın eki olan Ticaret Mukavelenamesi uyarınca Paris Anlaşması'na katılmayı kabul ve taahhüt

¹⁸⁸ YASAMAN/ALTAY/ AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C.I a.g.e., s.36.

etmiştir. Türkiye, 1930 yılında Lahey metnini, 1957 yılında Londra metnini, 1975 yılında 11. ve 12. maddelere çekince koymak suretiyle Stockholm metnini, 1994 yılında da çekinceleri kaldırmak suretiyle Stockholm metninin tamamını kabul etmiştir. Paris Anlaşması bugün itibariyle 174'e ulaşmış olan üye ülke sayısı ile sınai mülkiyet alanındaki en geniş katılıma sahip uluslararası metindir¹⁸⁹.

2- Markaların Milletlerarası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması

Paris Anlaşması sınai mülkiyetin ve dolayısıyla da marka hakkının uluslararası alanda korunması ve ülkelerin sınai mülkiyetin korunmasına ilişkin hukuksal mevzuatlarının uyumlaştırılması açısından önemli bir adım olmakla birlikte üye ülkelerin hukuk sistemlerinde markaların tescil prosedürü ve marka korunması için aranan koşulların farklılık arz etmesi nedeniyle birtakım sıkıntılar yaşanmaya devam edilmiştir. Bu sıkıntıların giderilmesi ve marka tesciline ilişkin olarak uluslararası bir tescil sistemi getirilmesi amacıyla Paris Anlaşması'na taraf olan ülkelerin bir kısmı, Paris Anlaşması'nın üye ülkelere Anlaşma hükümlerine aykırı olmamak koşuluyla sınai mülkiyetin korunması amacıyla aralarında özel anlaşmalar yapabilme imkânı tanıyan 19. maddesi uyarınca kendilerine tanınmış olan hakka istinaden, 14.04.1891 tarihinde Madrid'de Paris Anlaşması'nı tamamlayıcı nitelikteki Markaların Milletlerarası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması'nı imzalamışlardır.

Madrid Anlaşması ile Anlaşmaya taraf olan ülkeler, markaların uluslararası tescili için özel bir birlik kurulmasını kabul etmişlerdir. Böylelikle bir markanın, Anlaşmaya üye ülkelerdeki hukuksal korumadan faydalanmak amacıyla o ülkelerde tescil edilmek istenmesi halinde, her ülkede ayrı başvuru yapılmak zorunda kalınmayacaktır. Madrid Anlaşması uyarınca markaların uluslararası tescili ile ilgili işlemleri takip etme görevi 1967 yılına kadar Fikri Mülkiyetin Korunması İçin Birleşik Milletlerarası Büro¹⁹⁰ tarafından yürütülmüştür. 1967 yılında imzalanan Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Anlaşması ile bahse konu büro Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü'ne dönüşerek bu görevi devam ettirmiştir. Üye ülkelerin fikri

¹⁸⁹ Paris Anlaşması'na taraf olan ülkeler ve Anlaşma'ya katılım tarihleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=2, E.T. 25.08.2012.

¹⁹⁰ Kısaca BIRPI olarak anılan Fikri Mülkiyetin Korunması İçin Birleşik Milletlerarası Büro (United International Bureaux for the Protection of Intellectual Property), Paris Anlaşması ve Bern Anlaşması uyarınca idari görevleri yürütmek üzere kurulmuş olan iki uluslararası büronun 1893 tarihinde İsviçre'nin Bern kentinde birleşmesi sonucunda ortaya çıkmıştır. 1960 yılında Birleşmiş Milletlere ve Birleşmiş Milletler nezdinde kurulan diğer uluslararası kuruluşlara yakın olabilmek için Bern'den Cenevre'ye taşınan büro yukarıda da belirtilmiş olduğu gibi 1967 tarihinde Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü'ne dönüşmüştür. Bkz. <http://www.wipo.int/about-wipo/en/history.html>.

mülkiyetle ilgili mevzuatlarının uyumlaştırılması, uluslararası tescil sisteminin yürütülmesi, gelişmekte olan ülkelere ve üye devletlere talep halinde hukuksal ve teknik destek verilmesi, fikri mülkiyete ilişkin bilgi paylaşımının sağlanması ve kolaylaştırılması gibi görevleri yürütmekte olan Dünya Fikri Mülkiyet Örgütünün bugün itibariyle 185 üyesi¹⁹¹ bulunmakta ve fikri mülkiyetle ilgili hâlihazırda 24 uluslararası anlaşmanın yerine getirilmesini takip etmektedir.

Madrid Anlaşması uyarınca kendi ülkesinde tescilli olan bir markanın sahibi, markasının anlaşmaya taraf ülkelere bir veya birkaçında da korunmasını sağlamak amacıyla o ülkelerde de markasını tescil ettirmek istediğinde, menşe tescil ofisine tescil talep ettiği ülkeleri belirtmek suretiyle milletlerarası tescil başvurusu yapması yeterli olacaktır. Menşe ofis bu başvuruyu WIPO'ya iletecek ve böylelikle marka hakkı sahibinin tescil istediği üye ülkelere bizzat başvurusu gerekmeyecektir. Tescil başvurusunun WIPO'ya iletilmesi, milletlerarası tescil başvurusunun tamamlanması ve tescil talep edilen ülkeler için marka korumasının etkin hale gelmesi anlamına gelmemektedir. WIPO'nun, marka sahibinin milletlerarası tescil başvurusunda belirttiği ülkelere başvuruyu bildirmesinin ardından bu ülkeler başvuruyu kendi iç hukuk sistemlerinde marka tescili için belirlenmiş koşullara göre inceleyecekler ve sonucunda da tescili talep edilen marka üye ülkelerin kendi iç hukukları çerçevesinde bir korumaya sahip olacaktır.

Madrid Anlaşması uyarınca milletlerarası tescil beş yıl süreyle menşe ülkede yapılan tescile bağlı olup bu süre içerisinde menşe tescil herhangi bir nedenle hükümsüz hale gelir, iptal edilir ya da bu tescilden vazgeçilirse milletlerarası tescil ve bu tescile bağlı olan koruma sona erer. Bu beş yıllık süreden sonra milletlerarası tescil menşe tescilden bağımsız hale gelmektedir. Madrid Anlaşması uyarınca milletlerarası tescilin koruma süresi menşe ülkede koruma için belirlenen süre ne olursa olsun 20 yıl olarak belirlenmiştir.

Madrid Anlaşması 14 Aralık 1900 tarihinde Brüksel'de, 2 Haziran 1911 tarihinde Washington'da, 6 Kasım 1925 tarihinde Lahey'de, 2 Haziran 1934 tarihinde Londra'da, 15 Haziran 1957 tarihinde Nice'te, 14 Temmuz 1967 tarihinde Stockholm'de ve 28 Eylül 1979 tarihinde yine Stockholm'de tadil edilerek son halini almıştır. Türkiye Madrid Anlaşması'nın 1925 yılında Lahey'de revize edilen metnini 21.08.1930 tarihinde yürürlüğe girecek şekilde onaylamış, 1934 yılında Anlaşma metninin revizyonu için Londra'da yapılan

¹⁹¹ WIPO'ya üye ülkeler ve katılım tarihleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.wipo.int/members/en/>.

toplantıya katılmış ancak burada yapılan değişiklikleri onaylamamıştır. Türkiye, Madrid Anlaşması'na taraf olduktan sonra Türkiye'den milletler arası büroya tescil ettirilen birkaç marka söz konusu iken yaklaşık 7500 yabancı markanın korunması talebiyle karşılaşmıştır. Bu durum bir yandan yabancı markaların Türkiye'de tescil edilmek için yapması gereken masrafların ülkeye döviz olarak girmesini engellemiş, bir yandan da Türk markalarının uluslararası tescili için yapılan masraflar yüzünden ülkeden döviz çıkmasına sebep olmaktadır. Milletlerarası tescil sisteminin Türkiye açısından iktisadi açıdan faydadan çok zarar görmesine neden olan bu tablo gerekçe gösterilerek Türkiye 1955 tarihinde Madrid Anlaşması'ndan çekilmiştir¹⁹².

3- Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) Sözleşmesi

Sınaî mülkiyetin uluslararası alanda korunması amacıyla akdedilen Paris Sözleşmesi uyarınca kurulmuş olan uluslararası büro ve edebi eserlerin uluslararası alanda korunması için akdedilmiş olan Bern Anlaşması uyarınca kurulmuş olan uluslararası büronun 1893 tarihinde İsviçre'nin Bern kentinde birleşmesi ile BIRPI olarak anılan Fikri Mülkiyetin Korunması İçin Birleşik Milletlerarası Büro (United International Bureaux for the Protection of Intellectual Property) ortaya çıkmıştır. 1960 yılında Bern'den Cenevre'ye taşınan BIRPI, 14 Temmuz 1967 tarihinde aralarında Danimarka, Finlandiya, Amerika Birleşik Devletleri, Cezayir, Fildişi Sahili, Fransa, Büyük Britanya, İran, gibi pek çok ülkenin bulunduğu 39 ülke tarafından imzalanan¹⁹³ Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Kuruluş Sözleşmesi ile Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü'ne dönüşmüştür.

WIPO'nun kuruluş amacı tüm dünyada fikri mülkiyet haklarının korunması için gerekli anlaşmaların yapılmasını teşvik etmek ve bu alanda imzalanan anlaşmaları takip ederek anlaşmalara uyulmasını sağlamak, gelişmekte olan ve talepte bulunan ülkelere fikri mülkiyetin korunması ile ilgili teknik ve hukuki destek sağlamak, fikri mülkiyetle ilgili uluslararası alanda bilgi paylaşımını sağlamak ve kolaylaştırmak, fikri mülkiyete ilişkin kurulmuş olan diğer örgütlerle işbirliği yapmak ve uluslar arası tescil sistemi ile ilgili idari işlemleri yürütmektir. Türkiye bu anlaşmaya 12 Mayıs 1976 tarihinde yürürlüğe girecek

¹⁹² Türkiye'nin Madrid Anlaşması'ndan çekilme gerekçeleri ve çekilme süreci ile ilgili detaylı bilgi için bkz. KIRCA, İsmail; Markaların Milletler Arası Tescili (Madrid Sistemi), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2005, s.9-10.

¹⁹³ Anlaşmayı imzalayan ülkeler, anlaşmaya sonradan taraf olan ülkeler ve ülkelerin anlaşmayı imzaladıkları tarih, anlaşmanın onaylanma tarihleri, anlaşmaya katılım ve anlaşmanın ülkelerdeki yürürlük tarihleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=1.

şekilde, 12 Şubat 1976 tarihinde taraf olmuştur¹⁹⁴.

4- Markaların Milletlerarası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması'na Dair Madrid Protokolü

1891 tarihinde imzalanan Madrid Anlaşması zaman içerisinde birçok kez tadil edilmesine rağmen milletlerarası tescil sistemine ilişkin prosedürü kolaylaştırmak konusundaki eksikliklerini bir türlü giderememiş ve bu nedenle de istenilen katılımı sağlayamamıştır. Madrid Anlaşması'na beklenen katılımın sağlanamamasının en önemli nedenlerinden biri anlaşma ile getirilen milletlerarası tescil sisteminden faydalanabilmek için menşe ülkede tescil başvurusunun yapılmasının yeterli olmayıp tescilin gerçekleşmiş olması şartının aranmasıdır. Markanın tescili için her ülkenin uyguladığı sistemin farklı oluşu, bazı ülkelerde markanın tescil edilebilmesi için uzun ve ayrıntılı inceleme prosedürü söz konusuken bazı ülkelerde herhangi bir ön inceleme yapılmadan tescil işleminin gerçekleştirilmesi nedeniyle milletlerarası tescil için menşe ülkede tescil edilmiş olma şartının aranması zaman ve para açısından adaletsizliklere neden olmaktaydı.¹⁹⁵

Madrid Anlaşması'na katılımın düşük ve Anlaşma'nın verimsiz olmasına sebebiyet veren eksiklikler olarak değerlendirilen, kolaylaştırılmaya çalışılan milletlerarası tescil sisteminin aksine bürokratik işlemlerle zorlaştırılması, katılımları önem arz eden Amerika Birleşik Devletleri, Japonya gibi büyük sanayi devi ülkelerin anlaşmaya taraf olmaması, anlaşmanın yalnızca ülkelerin taraf olmasına imkân tanınması nedeniyle topluluk markası ile doğrudan bağlantı kurulamaması sonucu eş güdümün sağlanamaması, anlaşmanın getirdiği yükümlülüklerden dolayı Avrupa Topluluğu üyesi bazı ülkelerin anlaşmaya katılımı cazip bulmamaları gibi hususlar da göz önüne alınarak; diğer taraftan da özellikle anlaşmaya taraf ülkelerin küstürülmemesi ve anlaşmayla getirilen birçok önemli ve yararlı hükmün de bertaraf edilmemesi için Anlaşmanın taraflarını sistem içerisinde bırakacak şekilde prensip olarak Madrid Anlaşması'nı muhafaza edip temel alarak yeni ve bağımsız bir anlaşma yapılması gündeme gelmiştir. Bu yönde yapılan çalışmalar neticesinde nihayet 28 Haziran 1989 tarihinde Markaların Milletlerarası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması'na Dair Protokol kabul edilerek, 1 Nisan 1996 tarihinden itibaren uygulanmak üzere 1 Aralık 1995

¹⁹⁴ Bkz. http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=1.

¹⁹⁵ Madrid Anlaşması'na yeterli katılımın sağlanamamasının nedenleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. KIRCA; a.g.e., s.11 vd.

tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Madrid Protokolü ile milletlerarası tescil için öncelikle menşe ülkede tescil yapılmış olması şartının aranmasından vazgeçilerek menşe ülkede tescil başvurusunun yapılmış olması yeterli kabul edilmiştir. Böylelikle taraf ülkelerin iç hukuk sistemlerinin tescile ilişkin farklılıkları nedeniyle yaşanan adaletsizlik giderilmiştir. Madrid Anlaşması'nın markanın milletlerarası korunması için belirlediği süre 20 yıl iken Protokol bu süreyi 10 yıla indirmiştir. Protokol uyarınca gerçekleştirilen milletlerarası tescil Madrid Anlaşması'nda olduğu gibi beş yıl süreyle menşe ülkede yapılan tescile bağlıdır. Ancak Madrid Anlaşması'nın bu beş yıllık süre içerisinde menşe ülkedeki tescilin ortadan kalkması ile milletlerarası tescilin de ortadan kalkacağına dair katı hükümleri Protokol ile yumuşatılmış, marka hakkı sahibine menşe ülkedeki tescili ortadan kalktığı tarihten itibaren üç ay içerisinde markasının milletlerarası tescille korunmasını istediği ülkeye başvurarak milletlerarası tescili o ülke için milli tescile dönüştürme hakkı tanınmıştır. Madrid Protokolü milletlerarası tescil için ödenen ücretin taraf ülkelerin birçoğunun iç hukuk sistemlerindeki tescil için belirlenen ücretten daha az olması nedeniyle yaşanan adaletsizliği gidermek amacıyla taraf ülkelere milletlerarası tescil başvuru sırasında milli tescil için belirlenen ücretten yüksek olmamak koşuluyla bireysel olarak ücret alma imkânı getirmiştir.

Madrid Protokolü ile getirilen en önemli yeniliklerden biri de Topluluk markası ile milletlerarası tescil sistemi arasında bağlantı sağlanabilmesi için, kuruluşun üye devletlerinden en az birinin Paris Anlaşması'nın tarafı olması ve kuruluşun kendi bölgesi için marka tescil işlemlerini yürütmek üzere bir tescil ofisinin bulunması şartıyla devletlerarası kuruluşların da Protokol'e taraf olmalarına imkan verilmesidir. Böylelikle Avrupa Birliği'nin de Protokole taraf olması sağlanmıştır.

Türkiye yukarıda belirtilmiş olduğu gibi Madrid Anlaşması'ndan çekilmiş olmakla birlikte 01.01.1999 tarihinden itibaren yürürlüğe girecek şekilde Madrid Protokolü'ne taraf olmuştur. 2006 ve 2007 yılında revize edilen Protokolün bugün itibarıyla ABD, Çin, Rusya ve Türkiye gibi ülkelerin de dahil olduğu 87 ülke, Afrika Fikri Mülkiyet Organizasyonu (African Intellectual Property Organization (OAPI) ve Avrupa Birliği (AB) olmak üzere 89 üyesi bulunmaktadır¹⁹⁶. Protokole taraf olan ülkelere yalnızca 56'sının Madrid Anlaşması'na da üye olması Protokolün Anlaşmanın eksiklerini gidererek ülkelerin

¹⁹⁶ Madrid Protokolü'ne taraf olan ülkeler ve üyelik tarihleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.wipo.int/madrid/en/members/>.

katılımını arttırma amacını yerine getirdiği söylenebilir.

5- Dünya Ticaret Örgütü Sözleşmesi

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra savaşa katılmış olan ülkeler barışın ve istikrarın kalıcı olmasını sağlamak amacıyla güçlü bir uluslararası ekonomik ve ticari işbirliği kurulması için çalışmalara başlamışlardır. Bu çalışmalar neticesinde Uluslararası Ticaret Örgütü (International Trade Organisation-ITO) kurulması konusunda fikir birliğine varılmıştır. 1947 yılında Cenevre'de ITO'nun kuruluşunun ülkelerce onaylanmasına kadar geçecek olan sürede belirli mallar üzerinde tarife indirimlerinin uygulamaya konulabilmesi için geçici nitelikte olmak üzere Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması (GATT) imzalanmıştır. ITO'nun kurulması yönünde imza veren ülkelerin çoğunluğu tarafından Örgütün kurulmasına onay verilmemesi nedeniyle bu Örgüt kurulamamış, geçici nitelikte olması planlanan GATT 1994 yılına kadar yürürlükte kalmıştır.

1986-1994 yılları arasında devam eden ve Uruguay Turu (Round) olarak adlandırılan GATT çok taraflı ticaret müzakereleri neticesinde, 15 Nisan 1994'te 29 ayrı çok taraflı hukuki anlaşma ve 25 Bakanlar Bildirisi'ni kapsayacak şekilde Marakeş'te imzalanan Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması ile uluslararası ticaretin serbestleştirilmesini ve düzenli işleyişini amaçlayan bir anlaşma niteliğindeki GATT, kurumsal bir yapıya kavuşturularak 1 Ocak 1995 tarihinde resmen faaliyete geçen Dünya Ticaret Örgütü (World Trade Organisation) kurulmuştur¹⁹⁷.

GATT yalnızca malların ticaretine ilişkin bir anlaşma iken Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması bünyesinde malların ticareti yanında hizmetlerin ve fikri mülkiyetin ticaretine ilişkin anlaşmalar da mevcuttur. Dünya Ticaret Örgütü'nün amaç ve görevleri Örgütü meydana getiren mallar, hizmetler ve fikri mülkiyet alanlarını kapsayan çok taraflı ve çoklu ticaret anlaşmalarının uygulanmasını ve denetlenmesini sağlamak, çok taraflı ticaret müzakerelerinin yürütüldüğü bir forum oluşturmak, ticari uyuşmazlıkların çözümünü sağlamak, üye ülkelerin ulusal ticaret politikalarını izlemek, küresel ekonomik politikayla ilgili diğer uluslararası kuruluşlarla işbirliğini sağlamak ve gelişme yolundaki ve geçiş sürecindeki ekonomilerin çok taraflı ticaret sistemi ile bütünleşmelerine yardımcı olmak olarak sayılabilir.

Türkiye 1951 yılında GATT Anlaşması'na taraf olmuş, 15 Nisan 1994 tarihinde

¹⁹⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.mfa.gov.tr/dunya-ticaret-orgutu-__dto_.tr.mfa, <http://www.wto.org/>, <http://www.ekonomi.gov.tr/upload/0C37A42A-D8D3-8566-45207A1B02EF35A6/dto.pdf>.

Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması'nı kurucu üye olarak imzalayarak 26 Ocak 1995 tarihli 4067 sayılı kanun ile anlaşmayı onaylamıştır. Bugün itibariyle Dünya Ticaret Örgütü'ne üye 158 ülke bulunmaktadır¹⁹⁸.

6- Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları (TRIPS) Anlaşması

Yukarıda açıklandığı üzere ticaret konusunda uluslararası iş birliğinin geliştirilmesi çabalarının bir sonucu olarak, uluslararası ticaretin kolaylaştırılması ve serbestleştirilmesi amacıyla geçici nitelikte olmak üzere hazırlanan GATT yalnızca malların ticaretini kapsamaktaydı. 1970 yılı sonrasında uluslararası ticaretin yaygınlaşmasıyla, ekonomik açıdan gelişmiş ülkeler yeni sanayileşmekte olan ülkelere gelen yoğun mal ihracatı, yeni sanayileşmekte olan ülkelerin ticaret konusundaki ilkelerinin haksız rekabet teşkil edecek nitelikte oluşu ve gelişmekte olan ülkelere korsan (taklit) ürünlerin üretim ve satışına izin verilmek suretiyle fikri haklar hiçe sayılarak haksız kazançlar sağlanmasına göz yummaları gibi etkenler uluslararası ticaret alanında ülkeler arasında gerilimlere neden olmuş¹⁹⁹, fikri mülkiyetin ve hizmetlerin satışı ile ilgili kuralların da belirlenmesi ihtiyacını doğurmuştur²⁰⁰.

Bu ihtiyacın sonucu olarak, 1994 tarihinde imzalanan Dünya Ticaret Anlaşması'nın eki olan 29 anlaşmadan biri olarak Taklit Malları da İçermek Üzere Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları (TRIPS) Anlaşması (Ek 1C) imzalanmıştır. Dünya Ticaret Anlaşması'nın ilgili hükmü gereği TRIPS Anlaşması Dünya Ticaret Örgütü'ne üye ülkeler için bağlayıcıdır. Ancak az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler açısından bu duruma bir istisna getirilmiş ve bu ülkelerin TRIPS Anlaşması ilkelerini iç hukuklarına uygulamaları açısından esneklik tanınarak uyumlaştırma için ek süre tanınmıştır.

Trips Anlaşması'nın amacı, Anlaşma'nın giriş kısmında ifade edildiği haliyle “uluslararası ticaretteki engel ve bozuklukları azaltmak arzusuyla fikri mülkiyet haklarının etkin ve yeterli bir şekilde korunmasının sağlanması ihtiyacını göz önünde tutarak fikri mülkiyet haklarına ilişkin belirlenecek ölçüt ve prosedürlerin yasal ticaret için engel oluşturmayacak şekilde belirlenmesini sağlamak” olarak belirlenmiştir²⁰¹. Ayrıca Anlaşma DTÖ (Dünya Ticaret Örgütü) ile WIPO ve fikri mülkiyet hakları ile ilgili diğer kuruluşlar arasında karşılıklı iş birliğine dayanan bir ilişki kurulması ve fikri mülkiyet hakları

¹⁹⁸ Dünya Ticaret Örgütü'ne üye ülkeler ve üyelik tarihleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm.

¹⁹⁹ KILIÇOĞLU, Ahmet; Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Turhan Kitapevi, Ankara 2006, s.24

²⁰⁰ OYTAÇ; a.g.e., s.555.

²⁰¹ TRIPS Anlaşması'nın amaç, temel ilkeler ve göz önünde bulundurulacak hususlara ilişkin düzenlemelerin yer aldığı “preamble” (giriş) bölümü için bkz. http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm1_e.htm.

konusunda ülkeler arasında çıkabilecek ihtilafların çok yönlü olarak önlenmesi ve çözümlenmesine ilişkin etkin ve hızlı usullerin temini sağlamayı da amaçlamaktadır.

Anlaşma telif hakları ve bilgisayar programları ve veri derlemelerine ilişkin haklarla ilgili esasları ve koruma kapsam ve usullerini düzenleyen ikinci kısım birinci bölümdeki 9-14. maddelerde çoğunlukla Bern Anlaşması'na atıf yapmıştır. Aynı şekilde Anlaşmanın markaları düzenleyen ikinci bölüm ikinci kısmındaki düzenlemeler de büyük bir çoğunlukla Paris Sözleşmesi'ne atıf yapılmak suretiyle meydana getirilmiştir.

Anlaşmanın 15. maddesinde marka olabilecek işaretler, ülkelerin bir işareti marka olarak kabul etmek için arayabileceği özellikler, ülkelerin bir işaretin marka olabilmesi için şart olarak ileri süremeyeceği hususlar gibi markanın esaslarını belirlemeye ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Anlaşmanın 16. maddesinde marka hakkın kapsamı Paris Sözleşmesi'ne atıf yapılmak suretiyle ortaya konulduktan sonra devam eden maddelerde marka korumasına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

TRIPS Anlaşması fikri mülkiyet hakları kapsamına telif haklarını, markaları, coğrafi işaretleri, sınai tasarımlarını, patentleri ve entegre devre topografyalarını alarak bunların korunmasıyla ilgili esasları düzenlemiş, bunun yanında ticari sırların korunmasına ve rekabetin önlenmesine yönelik de düzenlemeler getirmiştir. Anlaşma, taraf ülkelerin kasten ve ticari ölçekte yapılacak marka sahtekârlığı, marka hakkının başka şekillerdeki ihlali ve telif hakkı sahtekârlığı (korsan mallar) için, eşdeğer ağırlıktaki suçlara uygulanan cezalarla eşdeğer ağırlıkta ve etkin bir caydırıcılık için yeterli düzeyde hapis ve/veya para cezası uygulayabileceklerini düzenlemektedir. Ayrıca ülkelerin bu durumlarda mallara el konulması ve malların imha edilmesine ilişkin düzenleme yapmasına ve belirli koşulların varlığı halinde korsan malların ve marka ihlali teşkil eden malların ithalatının önlenmesi için sınır komşusu ülkelere gümrüklerinde bu malların geçişine izin verilmemesini talep edebilmesine ilişkin düzenlemeler de mevcuttur.

Türkiye, TRIPS Anlaşması'nı Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması'nın eki olarak 26 Mart 1995 tarihinde onaylamıştır.

7- Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Anlaşması

Malların uluslararası korunması için gerekli düzenlemelerin yapılması ve bu çabaların sonucunda markaların uluslararası tesciline ilişkin anlaşmaların imzalanması ile ülkelerin marka tesciline ilişkin sistemlerinde uyumun sağlanması ve be şekilde uluslararası marka korumasında kolaylık sağlanması açısından mal ve hizmetlerin tescil açısından

sınıflandırılması gereği gündeme gelmiştir. Bu amaçla 15 Haziran 1957 tarihinde Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Anlaşması imzalanmıştır. Bu Anlaşma 1967 tarihinde Stockholm’de, 1977 ve 1979 tarihlerinde Cenevre’de revize edilerek ve değişikliğe uğrayarak bugünkü son halini almış olup bugün itibariyle anlaşmaya taraf 83 ülke bulunmaktadır²⁰².

Bu anlaşma ile anlaşmaya taraf ülkelerin markaların tescilini sağlamak amacıyla mal ve hizmetlere ilişkin ortak bir sınıflandırma yapmak amacıyla Özel Birlik (Special Union) oluşturması kararlaştırılmıştır. Mal ve hizmetlerin sınıflandırma listesi, mal ve hizmet sınıflarının hangi mal ve hizmetleri kapsadığını belirtir sınıflara ilişkin açıklayıcı bilgileri içerir şekilde alfabetik olarak hazırlanan bir listedir. Nice Anlaşması’na göre mal ve hizmetlerin sınıflandırma listesi özünde WIPO’ya bağlı Uluslararası Büro’nun 1971 yılında yayınladığı sınıflandırma listesine dayanmaktadır. Bu liste uyarınca mallar 34, hizmetler ise 11 sınıf halinde sayılmıştır. Anlaşma uyarınca belirlenen mal ve hizmet sınıflandırma listesi taraf devletler açısından bağlayıcı olmamakla birlikte ülkeler bu listeyi esas veya tali olarak iç hukuklarında uygulayabilmektedir. Liste belirtildiği gibi bağlayıcı olmamakla birlikte ülkeler arasında tescil açısından mal ve hizmet sınıflarının uyumlaştırılması taraf ülkelerde markasının korunmasını isteyen başvuru sahiplerinin başvurdıkları ülkede de markaları aynı sınıfa dâhil olduğunda tescil ve dolayısıyla da marka koruması daha kolay ve çabuk olacağından²⁰³ taraf ülkeler açısından bu sınıflandırma listesinin uygulanması uluslararası marka tescilinin hızlı ve kolay olmasını ve bu yolla uluslararası marka korumasının etkin olmasını sağlamaktadır.

Anlaşma uyarınca sınıflandırma listesini hazırlamak, hazırlanan listelerde değişiklik yapmak, taraf ülkelere listenin uygulanmasıyla ilgili tavsiyelerde bulunmak, birliğin bütçesiyle ilgili işleri yürütmek ve alt komite ya da çalışma grupları oluşturmak gibi görevleri yerine getirmek üzere, her üye ülkeden bir temsilcinin yer alacağı bir Uzmanlar Kurulu (Committee of Experts) oluşturulmuştur. Sınıflandırma listesinde yapılacak olan değişiklikler bu Kurul tarafından, taraf ülkelerin tescil büroları, taraf olmamakla birlikte Paris Anlaşmasına taraf ya da WIPO’ya üye olup Özel Birlik toplantılarına davet edilen ülkeler, Uluslararası Büro ve Özel Birliğe üye olan kuruluşlar tarafından yapılan teklifler

²⁰² Nice Anlaşmasına taraf ülkeler ve Anlaşmaya katılım tarihleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=12.

²⁰³ YILMAZ, 2017 a.g.e., s.32.

üzerine, Kurul üyelerinin beşte dördünün oyuyla yapılır. Listede yapılan değişiklikler yürürlük tarihinden altı ay önce üye ülkelerin tescil bürolarına bildirilir ve değişiklikler Kurul tarafından belirtilen tarihte yürürlüğe girer.

Türkiye Nice Anlaşması'nı, 01.01.1996 tarihinden itibaren yürürlüğe girecek şekilde 12.07.1995 tarih ve 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylamıştır²⁰⁴. Anlaşmanın onaylanmasının ardından Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından 21.02.1999 tarihinden itibaren yürürlüğe girecek şekilde bir tebliğ çıkartılarak Nice Anlaşması hükümlerine uygun olarak mal ve hizmet sınıflandırma listesi ilan edilmiştir. Anlaşma onaylandıktan sonra ilk kez Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tebliği ile ilan edilen mal ve hizmet sınıflandırması listesi ve 6.11.2003 kabul, 19.11.2003 yürürlük tarihli ve 5000 sayılı Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 13/c maddesi uyarınca markaların sınıflandırılması görevi 24 Haziran 1994 tarihinde, 544 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kurulan TÜRKPATENT'e verilmiş olduğundan²⁰⁵, Nice Anlaşması hükümleri uyarınca belirlenen sınıflandırma listesi her yıl bir tebliğle TÜRKPATENT tarafından ilan edilmesi gerekir. Bu uygulamaya göre en son hazırlanan liste, TÜRKPATENT'in 2016/2 sayılı Tebliği ile 1.1.2017 tarihi itibarıyla yürürlüğe girecek şekilde ilan edilmiştir²⁰⁶.

8- 89/104 (2008/95) -(2015/2436) sayılı Avrupa Topluluğu Direktifi

21 Aralık 1988 tarihinde Avrupa Topluluğu Konseyi, marka hukuku doktrininde başta Avrupa olmak üzere doktrinden etkilenen tüm ülkeler için yeni bir dönemin başlangıcı sayılabilecek 89/104 sayılı Yönergeyi kabul etmiştir. Bu Yönergenin amacı Topluluğa üye tüm devletlerin marka ile ilgili mevzuatlarını uyumlu hale getirmektir. Nitekim bu amaçla tüm üye devletler 28 Aralık 1991 tarihine kadar mevzuatlarını Yönerge ile uyumlu hale getirmekle zorunlu tutulmuştur²⁰⁷. Yönerge²⁰⁸ marka ile ilgili maddi hukuka ilişkin düzenlemelere yer verirken tescil prosedürü gibi usul hükümlerine yer vermemiştir. Markanın ne olduğu, marka olabilecek işaretler, marka sahibinin hakları, tescil engelleri,

²⁰⁴ Anlaşmanın Bakanlar Kurulu'na kabulü 22373 sayılı ve 13.08.1995 tarihli R. G.'de yayınlanmıştır.

²⁰⁵ 15.07.2018 tarihli R.G.'de yayınlanan 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 27. Bölümünde, 358-383 maddeleri arasında, Türk Patent ve Marka Kurumu'nun kuruluş ve esasları yeniden düzenlenmiştir. Kararnamede Kurumun kısa adının "TÜRKPATENT" olarak kullanılacağı belirtilmiştir.

²⁰⁶ TÜRKPATENT'in 2016/2 sayılı tebliği için bkz.

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/12/20161230-24.htm>.

²⁰⁷ 89/104 sayılı Yönergenin 16. maddesinin 1. fıkrası hükmü ile belirlenmiş olan bu uyum süresi yine Konsey tarafından 31 Aralık 1992 tarihine kadar uzatılmıştır.

²⁰⁸ Avrupa Topluluğu Konseyi'nin 89/104 sayılı Yönergesi bundan sonra kısaca Yönerge olarak anılacaktır.

marka hakkının tüketilmesi gibi konuları düzenlemiştir. Yönergenin 16/1 hükmü ve Avrupa Topluluğu Ortaklık Konseyi'nin 06.03.1995 tarih, 1/95 sayılı kararı kapsamında, Türkiye iç marka mevzuatını Yönergeye uygun hale getirmeyi taahhüt etmiştir. Bu taahhüt kapsamında, mülga 556 sayılı KHK bu Yönerge, Topluluk Markası Tüzüğü (40/94 sayılı) ve TRİPS hükümlerine uygun olarak hazırlanmıştır. Diğer bir deyişle 556 sayılı KHK'nın mehzaz metni 89/104 sayılı Yönerge, Tüzük ve TRİPS Sözleşmesidir.

Zaman içerisinde ortaya çıkan gereklilikler karşısında Yönergede bazı değişiklikler yapılmış; Yönerge, yapılan bu değişiklikler sonucunda önce 2008/95 sayılı Avrupa Topluluğu Direktifi, daha sonra da 2015/2436 sayılı Avrupa Topluluğu Direktifine dönüşmüştür.

9- 40/94 (207/2009) (2015/2424) (2017/1001) sayılı Avrupa Birliği Marka Tüzüğü

Mülga 556 sayılı Marka KHK'sının hazırlanmasında yararlanılan en önemli kaynaklardan biri de 20 Aralık 1993 tarihli, 40/94 sayılı Avrupa Birliği Topluluk Markası Tüzüğüdür. Tüzük ile ilgili bilgi vermeden önce Avrupa Birliği içerisinde bir markanın ne şekilde korunabileceğini hatırlatmak Tüzüğün önemini anlaşılması açısından yerinde olacaktır.

Tüzük öncesinde bir marka Avrupa Birliği içerisinde korunabilmesi için ya üye devletlerin her birinde ayrı ayrı tescil işlemine tabi kılınacak ya da Madrid Anlaşması kapsamında WIPO nezdinde tescil edilmiş olması gerekli idi. Ancak burada şöyle bir sorun ortaya çıkmaktaydı. Ayrı ayrı tescil zaman ve maddi kaynak kaybına sebebiyet verirken WIPO nezdinde yapılan tescil de Madrid Anlaşmasına taraf olmayan İngiltere, İrlanda, Danimarka, Yunanistan, İsveç gibi Avrupa Birliği üyesi devletlerde beklenen korumayı sağlayamamaktaydı. İşte bu durum yeni bir yasal düzenleme ihtiyacını ortaya çıkarmış ve Avrupa Birliği üyesi ülkeleri Topluluk Markası Tüzüğünü kabul etmeye yöneltmiştir. Bu Tüzük ile bir markanın tek bir tescille tüm Avrupa Birliği üye devletleri nezdinde aynı şekilde korunması sağlanmıştır. Dolayısıyla bir marka, Topluluk Markası Tüzüğünün 5. maddesi kapsamında OHIM²⁰⁹ nezdinde tescil ettirilerek Tüm Avrupa Birliğine üye ülkeler nezdinde gerçek, özel ya da kamu tüzel kişileri, Paris Konvansiyonu ya da Dünya Ticaret Örgütü'ne taraf diğer devlet vatandaşları ile Paris Konvansiyonuna taraf olmamalarına

²⁰⁹ Açılımı "European Union's Office for Harmonization in the Internal Market" anlamına gelen OHIM, WIPO'nun AB'deki benzeri niteliğindedir.

rağmen Avrupa Topluluğu ya da Paris Konvansiyonuna taraf bir devlette ikamet eden ya da iş sahibi olan kimseler de markalarını OHIM’de tescil ettirerek Topluluk Markası kapsamında korumadan istifade edebilmektedirler.

Türkiye hem Paris Konvansiyonuna hem de Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşmasına taraf olduğundan Tüzüğün 5. maddesi dolayısıyla Türk gerçek, kamu ya da özel tüzel kişileri de markalarını OHIM’de tescil ettirmek suretiyle Tüzüğün sağladığı tüm korumadan Avrupa Birliği ülkeleri nezdinde yararlanabilmektedirler.

Ticaret hayatında yaşanan gelişmelerin marka hukukuna yansımalarının bir sonucu olarak birden fazla kez yenilenen Tüzük, 207/2009, 2015/2424 sayılı Tüzükler olarak yenilenmiştir. SMK, gerekçesinde de belirtildiği üzere 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü’ne uyumlu olacak şekilde hazırlanmıştır. Ancak SMK’nın yürürlüğe girmesinden sonra Tüzük bir kez daha değiştirilerek 14 Haziran 2017 tarihli, 2017/1001 sayılı Marka Tüzüğü ismiyle kabul edilmiştir.

Her ne kadar SMK hükümleri 2015/2424 sayılı Tüzüğe göre hazırlanmış ise de marka hukukunun yaşayan ve hızlı gelişen bir alan olmasından kaynaklı olarak SMK’nın yorumlanmasında mehzaz metinlerde yapılacak değişikliklerin de dikkate alınması önemlidir.

B- Ulusal Kaynaklar

Türk hukukunda markalarla ilgili ilk yasal düzenleme olarak karşımıza 1872 tarihli Nizamname çıkmaktadır. Daha sonra 1888 tarihli Fabrikalar Mamulâtı ile Eşyayı Ticariyeye Mahsus Alameti Farikalara Dair Nizamname’nin yürürlüğe girmesi ile 1872 tarihli Nizamname yürürlükten kalkmıştır. Hukukumuzda markalara ilişkin ilk düzenlemeler olan bu iki Nizamname de kaynağını 1857 tarihli Fabrika ve Ticaret Markaları Kanunu’ndan almaktadır²¹⁰. 1857 tarihli mehzaz Fransız Kanunu zaman içerisinde güncellenip geliştiği halde 1888 tarihli Nizamname, 1955 yılında 6591 sayılı Kanunla yapılan değişikliklere rağmen, uluslararası anlaşmaların ve ekonomik ihtiyaçların gereğini yerine getiremez hale gelmişti²¹¹.

Ortaya çıkan bu durum üzerine 1937 ve 1952 yıllarında çeşitli kanun tasarıları hazırlanmış ise de her iki tasarı da kanunlaşmamış, nihayet 1962 yılında özellikle 1952 yılındaki tasarı dikkate alınarak hazırlanmış olan Markalar ve Menşei İşaretlerine İlişkin Kanun teklifi, dönemin hükümetince benimsenerek çeşitli eklemeler ve çıkarmalar

²¹⁰ KAYA; a.g.e., s. 6.

²¹¹ ARKAN; a.g.e., C.I, s.13-14.

neticesinde ortaya çıkan metin 03.03.1965 tarihinde kanunlaşarak 551 sayılı Markalar Kanunu olarak mevzuatımıza girmiştir. Aynı yıl içerisinde 551 sayılı kanunun uygulama şeklini gösteren bir yönetmelik de kabul edilmiştir. Bu kanun her ne kadar dönemi içerisinde çağdaş düzenlemeler getirmiş ise de eksik ya da kısa sürede yetersiz olduğu anlaşılan çözümler getirmekten ileriye gidememiştir. Örneğin, marka tescilinden önce üçüncü kişilerin itirazı kanunda düzenlenmemiş, üçüncü kişilere ancak tescilden sonra dava açma imkânı tanınmıştır. Bu durum da tescilin hukuki güvenliğini sağlama fonksiyonuna aykırılık oluşturmuş ve özellikle yargılamaların uzun sürmesi nedeniyle belirsizliğin uzamasına ve soruna sağlıklı çözüm üretilmemesine neden olmuştur²¹². Diğer bir önemli sorun da tescile itiraz davalarının adli yargıda mı idari yargıda mı çözüleceği hususunun belirsiz olmasıdır²¹³.

551 sayılı kanunda hizmet markalarına yer verilmemiş olması, tescilli bir markanın ikinci bir kişi tarafından tekrar tescil edilmesini önleyici herhangi bir düzenleme bulunmaması, yabancı kelimelerin Türkiye'deki mallar üzerinde kullanımının yasaklanmış olması, mal sınıfı sisteminin kabul edilmemiş olması²¹⁴, marka hakkına tecavüz halinde talep edilecek tazminatın belirlenmesi hususunda somut bir düzenleme bulunmaması nedeniyle de uygulamada hak sahiplerinin korunmasını güçleştirmekteydi.

Marka hakkına tecavüz halinde uyuşmazlıkların çözümünün ticaret mahkemelerine bırakılmasıyla ilgili mahkemelerdeki yoğunluğun zaten fazla olması nedeniyle uyuşmazlıkların kısa sürede sonuca bağlanamaması, düzenlenen suç ve cezaların değişik tecavüz hallerini tam olarak kapsamaması, etkin bir cezai koruma sağlayamaması ve ihtisas mahkemesi olmadığından belirsizliğin uzun sürmesi sebepleriyle de 551 sayılı kanun etkin bir koruma sağlayamamıştır.

Gerek 551 sayılı kanunun istenen şekilde etkin bir koruma sağlayamamış olması, gerek marka hukuku alanında yaşanan uluslararası gelişmeler ve bunun sonucunda tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler uyarınca marka mevzuatımızın sözleşmelere taraf diğer devletlerle uyumlaştırılması zorunluluğunun ortaya çıkması neticesinde 1995 tarih ve 4113

²¹² ARKAN; a.g.e., C.I, s.15.

²¹³ CENGİZ, Dilek; Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz; Beta Yayınevi; İstanbul 1995, s.114; DÖNMEZ, İrfan; Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, 2. Baskı, İstanbul 1992, s. 58.

²¹⁴ Bu durum örneğin çamaşır suyu için marka olarak tescil edilmiş bir işaretin deterjan için de tescil edilebilmesine imkân verdiğinden markanın asli fonksiyonlarını yerine getirmesini imkânsız hale getirmektedir. ARKAN; a.g.e., C.I, s.16.

sayılı yetki Kanununa istinaden Bakanlar Kurulu tarafından 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname çıkartılmıştır.

556 sayılı Marka KHK döneminde ceza hükümlerini barındıran 61/A maddesinin son halini alması çeşitli bazı hukuki süreçler sonrası gerçekleşmiştir. Önce Anayasa Mahkemesi'nin 02.03.2004 tarihli, 2002/92 Esas 2004/25 Karar sayılı kararında, ceza normu olan KHK'nın 61/A maddesindeki atıftan dolayı özel hukuk normu niteliğindeki 61. maddenin (d) bendinin ceza öngören eylemleri düzenlediğini ve bu konudaki düzenlemenin Anayasa'nın 91/I hükmü gereğince kanun hükmünde kararnamelerle yapılamayacağı, bu nedenle itiraz konusu KHK'nın 61/(d) bendinin Anayasa'ya aykırı olduğu kararı; ikinci süreç de yine Anayasa Mahkemesi'nin 03.01.2008 tarihli 2005/15 Esas 2008/2 Karar sayılı kararında yasa koyucunun ceza hukuku alanında suç sayılacak eylemleri belirlerken aynı zamanda o eylemlere ne çeşit ceza yaptırımları bağlanacağını, hangi tür hareketlerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak değerlendirileceğini de belirlediğini ancak bunların Anayasa ve ceza hukukunun temel kuralları çerçevesinde yapılması gerektiğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında; Anayasa'nın ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla düzenlenebileceğine dair 38. maddesi ve TBMM'nin Bakanlar Kurulu'na KHK çıkarma yetkisi verebildiği ancak temel haklar ve kişi hakları ve ödevleri ile siyasi haklar ve ödevlerin KHK ile düzenlenemeyeceği hükmünün bulunduğu 91. maddesi söz konusuyken; 556 sayılı KHK'da itiraz konusu 9 ve 61. maddelerde belirtilen fillere, aynı KHK'ya 5194 sayılı Yasa ile değiştirilen 61/A maddesinde yaptırımlar bağlanmıştır. 556 sayılı KHK'da suç olarak kabul edilen fiillerin düzenlenmiş olması, cezalarının ise sonradan eklenen bir kanun ile belirlenmesi Anayasanın 38. ve 91. maddelerine aykırılık teşkil etmektedir ve yüksek mahkemeye göre iptali gerekir sonucuna ulaşmıştır. Kanun koyucu, 5833 sayılı Kanun²¹⁵ ile KHK'nın 61/A maddesinin suç tipinin çerçevesini belirleyen 61. Maddesi ile 61. Maddesinin atıf yoluyla yönlendirdiği 9. Maddesinin metinlerini aynen muhafaza edip kanunlaştırarak daha önceki dönemlerde Anayasa Mahkemesi'nin önüne itiraz konusu olarak gelen hususlardaki eksiklikleri gidermeye çalışmıştır.

Defalarca Anayasa Mahkemesinin önüne gelerek iptallere konu olan 556 sayılı KHK içerisine kanun düzenlemeleriyle yapılan değişikliklerle, yama yaparcasına eklenen suç ve ceza normu barındıran hükümler, KHK'nın daha da eleştirilmesine sebep olmuştur. Tüm

²¹⁵ 21.01.2009 tarihli 5833 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, R.G.'de 28.01.2009 tarihine yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

bu eleştiriler sonrası kanun koyucu, Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu iptal kararlarını da dikkate alarak dağınık bir yapı arzeden sınai mülkiyet hukuku parçaları olan başta marka, patent, tasarım, faydalı model, geleneksel ürün adları ve coğrafi işaret ile ilgili tüm mevzuatı 22.12.2016'da TBMM'de kabul edilerek 10.01.2017'de resmî gazetede yayınlanan 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu²¹⁶ ile tek bir metin ile bir bütün haline getirilmiştir²¹⁷.



²¹⁶ 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu 22.12.2016 tarihinde TBMM'de kabul edilmiş ve 29944 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak 10.01.2017 tarihinde yürürlüğü girmiştir.

²¹⁷ 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 191. maddesiyle; 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 566 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında 551 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Hükmünde Kararnameyi Yürürlükten kaldırılmıştır.

İkinci Bölüm

MARKA HAKKININ KORUNMASI

I- Giriş

Sanayi devrimi sonrası seri üretimin de artmasıyla araştırma geliştirme çalışmaları da paralel olarak yatırım almaya başlamış, yeni ürünlerin teşvik edilmesiyle de marka giderek daha önemli hale gelmiştir. Markanın giderek ön plana çıkmasıyla bu alanda birçok ülkede çeşitli hukuksal düzenlemeler kabul edilmiştir. Bu hukuksal düzenlemelerden önce fikri mülkiyet haklarıyla ilgili koruma bir nevi imtiyaz şeklinde ve belirli bir meslek grubuna yönelik sunulmaktaydı. Söz konusu kanun çalışmalarıyla, bu imtiyazlar belirli meslek gruplarının elinden alınarak, kendi markalarını diğer markalardan ayırt eden işaret ve simgelerin aynılarını veya ayırt edilemeyecek derecede benzerlerini kullanmamalarını sağlayacak şekilde hukuksal koruma olarak tüm marka sahiplerine sunulmuştur.

Önceki bölümlerde ayrıntılı olarak anlatıldığı üzere marka hakkı, temelde sahibine markasıyla ilgili kullanma ve tasarruf etme yönüyle inhisari bir hak olarak kabul edilmektedir. Bu mutlak hak bir işaretin oluşturulması, seçilmesi veya kullanılması suretiyle oluşur ve herkese karşı ileri sürülebilen bir haktır. Marka hakkı sahibine markasıyla elde edilmeye çalışılan iktisadi faydayı kullanma ve diğer taraftan da üçüncü şahıslara karşı izinsiz kullanımı engelleme hakkı verdiği gibi benzer işaretlerin de gerek kullanılmasını gerekse tescil ettirilmesini engelleme hakkını da kapsamaktadır. Görüldüğü gibi eşya hukukundaki mülkiyet haklarına paralellik gösteren marka hakları hak sahibine bir taraftan tasarruf hakkını sağlarken diğer taraftan üçüncü şahıslara karşı engelleme yetkisi sağlamakta; bu hakların kullanılması da yine eşya hukukunda olduğu gibi kural olarak haklardan istifade serbestisi tanımaktadır. Diğer bir deyişle marka hakkı sahibi markası üzerinde serbestçe tasarruf edebilmektedir²¹⁸.

Markanın sağladığı mutlak haklar sayesinde marka sahibi herkese ve marka olarak seçtiği ayırt edici işaretin benzeri tüm işaretlere karşı itiraz etme ve koruma sağlama imkânına sahip hale gelmektedir. Böylece, ileride daha ayrıntılı ifade edileceği üzere, markanın iktibas ya da iltibas suretiyle aynını veya benzerini aynı ya da benzer mallar üzerinde marka sahibinin izni olmaksızın kullanılması halinde marka sahibi bu tip kullanımları engelleme hakkına sahip olacaktır. Sadece mal ve hizmetler üzerinde değil bir

²¹⁸ KAYA; a.g.e., s.229.

markanın ticaret unvanında dahi zarar verici şekilde kullanılması halinde de söz konusu engelleme yetkisi vücut bulacaktır.

Bilindiği gibi marka tescilli ya da tescilsiz aslen SMK'da dolaylı tanımlandığı üzere bir teşebbüsün mal ya da hizmetlerini diğerlerinden ayırt etme işlevi görmektedir. Bir markayı oluşturan kişi markasını tescilli ya da tescilsiz olarak kullanma imkânına sahiptir. Markanın tescilli ya da tescilsiz olması o markanın korunmasının hangi şartlarda gerçekleşeceğini belirleyen bir unsurdur. Diğer bir ifadeyle tescilli marka ile tescilsiz markanın korunma dayanağı ve şekilleri farklılık arz eder. Marka eğer ilgili mevzuat gereği tescil edilmiş ise Türkiye'de de olduğu gibi kendine has bir mevzuat kapsamında korunurken tescilsiz markalar ise genel hükümler çerçevesinde korunabilmektedir. Bu kapsamda bir markanın korunması tescilsiz olarak da mümkün iken bir markanın tescil edilmesi halinde marka sahibi ispat yükü açısından avantajlı hale gelmekte ve tescilsiz markaya göre daha geniş bir korumadan faydalanmaktadır.

Diğer taraftan marka, kendine has özelliklerinden dolayı özel bir korumayı hak etmektedir. Bu koruma yöntemleri de diğer birçok hususta olduğu gibi özel hukuk normları kapsamında belirlenmektedir. Özel hukuk normlarının yetersiz kalması, korunma yöntemlerinin etkisizliği ya da korunmaması halinde ortaya çıkan sonuçları bakımından artık sadece sınırlı bireyler üzerinde değil toplumun her kesiminden birçok bireye etki ettiği hatta toplumsal düzeni dahi etkileyen düzeyde sonuçlar ortaya koymasıyla, son çare olarak değerlendirilen ceza hukuku normlarıyla da koruma yöntemlerine başvurma gerekliliği zamanla diğer mülkiyet haklarında olduğu gibi marka hukukunda da ortaya çıkmıştır.

II- Marka Hakkının Özel Hukuk Normlarıyla Korunması

A- Genel Bilgiler

Ülkemizde marka hukukunda koruma sistemleri ve yöntemleri esas olarak 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda düzenlenmiştir. Mülga 556 sayılı KHK döneminde olduğu gibi, SMK'da da markalar için sağlanan koruma tescil şartına bağlıdır. Ancak ana kural tescilli markaların korunması iken Türkiye'de tescil edilmemiş olan markalara da bazı ek korumalar sağlanmıştır. Tescilli bir marka kendine özgü ulusal ve uluslararası mevzuatla korunurken tescilsiz marka ise genel hükümler ve özellikle de haksız rekabet düzenlemeleriyle korunmaktadır.

Haksız rekabet bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış bir rekabet ortamının sağlanabilmesi amacındadır²¹⁹. Haksız rekabet hükümleriyle sağlanan koruma, iktisadi rekabetin sağlanması ve tescilsiz marka sahibinin iyi niyet kuralları çerçevesinde kullanımının kötü niyetli kişilere karşı suiistimalinin engellenmesi temeline dayanır. Tescilli marka hakkının korunmasında ise ihlalin şartları ve şekilleri ayrı ayrı ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Marka haklarının doğuşu bilindiği gibi marka olarak seçilen işaretin ayırt edici nitelik kazanarak kullanılması ile gerçekleşmekte iken SMK kapsamında koruma tescil ile başlamaktadır. Diğer bir ifade ile marka korunması için gerekli olan maddi ve şekli şart tescildir. Tescil ile marka, tescilin kapsadığı mal ve hizmetler ile sınırlı olarak markanın bir başkası tarafından kullanılmasını, tescil edilmesini, sadece kapsadığı mal ve hizmetlerde değil benzer mal ve hizmetlerde de kullanılmasını önleme korumasına sahip olacaktır.

SMK, tescilli markalarla ilgili korunmanın kapsamını ve şartlarını düzenlerken tescilsiz markanın korunmasını tamamen dışlamamıştır. Türkiye, taraf olduğu Paris Sözleşmesi'nin 6. mükerrer 1. maddesinin ilk fıkrası uyarınca taraf devletlerinin birlik ülkelerinden herhangi birinde tescilli ve ilgili ülkede bu sözleşmeden yararlanacağı kabul olunan bir kişiye ait aynı veya benzeri mallar için kullanıldığı iyi bilinen tanınmış bir markanın aynının veya benzerinin kullanılması halinde bu kullanımı yasaklamayı, tescilini reddetmeyi ve tescil edilmiş ise tescili iptal etmeyi taahhüt etmiştir. Hatta aynı maddenin üçüncü fıkrası uyarınca da kötü niyetli tescil edilen ya da kullanılan markaların kullanımının yasaklanmasını ya da iptalini istemek için hak düşürücü bir sürenin tespit edilemeyeceği de açıkça deklare edilmiştir. SMK'nın 3/c maddesinde, Paris Sözleşmesi kapsamında başvuru hakkına sahip kişilerin de kanunla sağlanan korumadan yararlanabileceği düzenlendiğinden, Sözleşmeye taraf herhangi bir ülkede tescilli tanınmış bir markanın Türkiye'de tescilli olmasa bile aynı ya da benzerinin, aynı ya da farklı mal veya hizmetlerle ilgili tescil başvurusu yapılması halinde marka hakkı sahibi tarafından ilgili tescil başvurusunun reddi ya da tescil yapılmışsa iptali için başvurulabilecektir.

Mülga KHK döneminde, Türkiye'de tescilli olmayan ancak Paris Sözleşmesi uyarınca tanınmış marka kabul edilen marka hakkı sahibinin tescil başvurusunun reddini talep etme veya tescil yapılmış ise hükümsüzlük davası açabilme haklarına sahip olduğuna

²¹⁹ POROY/YASAMAN; a.g.e., s.305.

dair düzenleme açık olduğundan bu konuda tereddüt yaşanmazken, 9, 61 ve 62. maddeleri kapsamında dava açma hakkına sahip olup olmadığına dair açık bir düzenleme bulunmadığından bu hususta doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Bir görüşe göre mülga KHK'nın tanınmış markalar açısından 7 ve 8. maddelerde hükümsüzlük davasının açılabilmesine imkân tanınmasına ve diğer koruma şekilleri açısından ayrıca bir düzenlemenin bulunmadığı açık olmasına rağmen, KHK'nın 3 ve 4. maddelerinden hareketle Paris Sözleşmesi ve TRİPS kapsamında kişilerin 9, 62 ve devamındaki maddeler kapsamında koruma talep edebilecekleri savunulmaktaydı²²⁰.

Diğer bir görüşe göre de koruma için tescilin varlığını arayan bir sistemde tanınmış markaların tescilsiz olmalarına rağmen mülga KHK 7 ve 42 maddeleri kapsamında korunmalarının sistemin bir istisnası olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Bundan dolayı bu istisnanın sınırlarını genişletecek bir düzenlemenin ancak ayrıca bir hükümle yapılması halinde kanun tekniği açısından isabetli olacağı savunulmaktaydı²²¹. Bunun en güzel örneği olarak da Alman hukukunda marka korumasının hangi şartlarda doğacağı hususunda Paris Sözleşmesi'nin 1. mükerrer 6. maddesi kapsamında tanınmış markanın ayrıca düzenlenmiş olması gösterilmiştir²²².

Mülga 556 sayılı KHK döneminde, Türkiye'de tescilli bir marka hakkı ile Paris Sözleşmesi'ne göre tanınmış marka olarak kabul edilen bir marka hakkının çatıştığı bir uyuşmazlıkta Yargıtay,²²³ "...yurt dışında tescilli bir markanın aynısını veya ayırt edilemeyecek benzerini her nasılsa marka olarak tescil ettiren kimsenin bu eylemi gerçek marka sahibinin hakkına tecavüz sayılır ve bu tecavüzü TTK'nın 56²²⁴ ve devamında yer

²²⁰ ARKAN, Sabih; "Yabancı Markaların Türkiye'de Korunması", Batıder Yayınları, 1999, C. XX, S.1, s.5 vd; DİRİKKAN; a.g.e, s. 73-79. Dirikkan, markaya tecavüz edildiğine dair KHK'da Paris Sözleşmesi kapsamında tanınmış marka sahibinin dava açabileceğine dair özel bir hüküm olmadığını kabul etmekle birlikte KHK madde dörtten yararlanarak tanınmış marka hakkı sahibinin markasına tecavüz edildiği gerekçesiyle kullanımın engellenmesi için dava açabileceğini haklı olarak belirtmektedir. Dirikkan'a göre kullanımın engellenmesi açıkça mümkün iken tazminat davası açma hakkının bulunup bulunmadığı konusunda bazı yorum sorunları ortaya çıkabilecektir. Bu açıdan KHK'ya Alman marka hukuku mevzuatında olduğu gibi tanınmış markaların da tescilli markalar ile aynı koruma haklarına sahip olduğu konusunda açık bir düzenleme eklenmesinde yarar olduğunu savunmaktadır. DİRİKKAN; a.g.e., s.73, dn.203.

²²¹ KAYA; a.g.e., s. 232.

²²² Alman Markalar Kanunu (Markenschutzgesetz §4, Abs. 3) Paris Sözleşmesinin 1. Mükerrer 6. Maddesi açısından tanınmış markaların da marka koruması hakkına sahip olduğunu açıkça düzenlemektedir.

²²³ Yargıtay 11. HD, 2001/9903 E., 2002/3699 K. Sayılı 19.04.2002 tarihli kararı. Karar metni için bkz. <https://www.lexpera-com-tr.lproxy.yeditepe.edu.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2001-9903-k-2002-3699-t-19-04-2002>.

²²⁴ Karar tarihi itibarıyla yürürlükte olan eski TTK'da 56 ve devamında düzenlenen haksız rekabet hükümleri yeni TTK'da yine haksız rekabet başlığı altında 54 ve devamındaki maddelerde düzenlenmiştir.

alan haksız rekabet hükümlerine ve özellikle bu konudaki özel düzenlemeyi teşkil eden 556 sayılı KHK'nın 8/III ve 42/I(b)...maddesine göre önlenabilir ve sonradan tescil edilmiş markanın terkin istenebilir" şeklinde ifade ettiği gibi tescilsiz olsa dahi tanınmış markaya üstünlük tanımıştır. Ancak burada asıl yapılması gereken tanınmış marka hakkı sahibi tarafından bir terkin davası açılması ve bu dava ile tanınmış markaya bağlı hakların kullanılmasının tescilli marka hakkı sahibi tarafından engellenmemesi için tedbir kararı alınmasıdır²²⁵. Bu görüşe göre aksi halde tedbir kararı yok iken tescilli bir marka yokmuş gibi haklar tanımak, amacı aşan bir yorum olacaktır. Kaldı ki yolsuz tescile dayanan şahsın kötü niyetli olduğu aşikâr durumlarda tanınmış bir markanın ürünlerini ticarete konu etmesini engelleyici faaliyetlerin önüne geçmek için tedbir kararı bir zorunluluktur. Hükümsüzlük davalarının kısa sürede sonuçlanmadığı da dikkate alındığında tescile dayanarak, kötü niyetli olmasına rağmen, tescilli marka sahibinin tanınmış markanın Türkiye'deki ticari faaliyetlerini engellemeye çalışacağı, bu faaliyetler kapsamında tanınmış markanın itibarının zedelenebileceği ve tazmini dahi mümkün olmayan zararların doğma ihtimali olacağı açıktır²²⁶.

Paris Sözleşmesi'nin 6. mükerrer 1. maddesi anlaşmaya taraf ülkeleri, kendi ülkelerinde tescilli olmasa dahi taraf herhangi bir ülkede tescilli ve tanınmış bir markanın herhangi bir şekilde karışıklığa yol açabilecek şekilde aynısı veya benzerini içeren bir markanın kullanılmasını resen ya da tanınmış marka hakkı sahibinin talebi üzerine yasaklama, tescilin reddi ya da hükümsüzlüğüne karar vermekle yükümlü kılmıştır. Mülga 556 sayılı KHK'nın 4. maddesi de yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşma hükümlerinin KHK hükümlerinden daha elverişli olması halinde korumadan yararlanacak kişiler başlıklı 3. maddede belirtilen kişilerin milletlerarası anlaşma hükümlerinin uygulanmasını talep etme hakları olduğunu düzenlemektedir. Mülga KHK'nın ilgili maddesi olmasa dahi Anayasa'nın 90. maddesinde yer alan usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş olan milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğuna ve bu antlaşmalar ile kanun hükümlerinin temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak bir meselede çatışması halinde milletlerarası antlaşma hükümlerinin öncelikli olarak uygulanacağına dair hükmünün gereği de budur.

Mülga 556 sayılı KHK döneminde hukukun genel ilkeleri kapsamında çözümlenen

²²⁵ KAYA; a.g.e., s. 234.

²²⁶ KAYA; a.g.e., s.235.

bu konuya ilişkin olarak mevzuata açık bir hüküm konularak tartışmanın giderilmesi yönündeki görüşler SMK'ya sirayet etmemiştir. Marka korumasından faydalanan kişiler başlıklı 3. maddede Paris Sözleşmesi kapsamında tanınmış marka hakkı sahiplerinin de sayılmış olması, mülga 556 sayılı KHK döneminde de ifade edilen usulüne uygun onaylanarak yürürlüğe girmiş olan uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde ve öncelikli olması ve SMK'nın marka hakkına sağlanan cezai korumadan yalnızca Türkiye'de tescil edilmiş marka hakkı sahiplerinin yararlanabileceğini ayrıca ve açıkça belirtmiş olması karşısında, Türkiye'de tescilli olmasa da Paris Sözleşmesi uyarınca tanınmış marka sayılan markaların hak sahiplerinin SMK'da yer alan cezai koruma dışındaki tüm haklardan ve korumadan yararlanabileceği açıktır.

B- Korumanın Kapsamı

Marka tescilinden doğan hakkın kapsamı ve korumanın sınırları SMK'nın 7. maddesinde düzenlenmiştir. Tescilli marka hakkı sahibi SMK'nın 7. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen üç halden birisinin bulunması halinde aynı maddenin üçüncü fıkrasındaki faaliyetleri yasaklama hakkına sahiptir.

Bu faaliyetler düzenlemedeki sırasıyla; işaretin mal ve ambalaj üzerine konulması, işareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi veya bu amaçla stoklanması, teslim edilebileceğinin teklif dahi edilmesi veya o işaret altında hizmetleri sunulması, işareti taşıyan malın ihraç veya ithal edilmesi, işaretin teşebbüs evrakı ve reklamlarında kullanılması, işaret kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmaması koşuluyla, işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde kullanılması, işaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması, işaretin hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması faaliyetleridir.

Madde metninden de anlaşılabacağı üzere marka hakkı sahibinin sayılan bu faaliyetleri yasaklayabilmesi ancak ikinci fıkrada sayılan kullanımlardan birinin söz konusu olması, bu kullanımın izinsiz olması²²⁷ ve işaretin ticaret alanında kullanılması durumunda söz konusu olacaktır. SMK'nın 7/3 maddesinde sayılmış olan faaliyetlerin yasaklanabilmesi için aranan kullanım şekilleri şunlardır:

1- Marka ile Aynı İşaretin Kullanılmasını Önleme Hakkı

²²⁷ BOZGEYİK, Hayri; Marka Hakkının Korunması, Oniki Levha Yayınları, 2. Baskı, İstanbul Aralık 2019, s. 30 vd.

SMK'nın 7. maddesi kapsamında tescilli marka hakkı sahibi ilk olarak kendisinden izin alınmadan, tescilli markası ile aynı olan (iktibas hali) herhangi bir işareti bir başkasının, marka tescili kapsamındaki aynı mal veya hizmetler için haksız olarak ticari amaçla kullanmasını önleme ve bu tecavüzü yasaklanmasının isteme hakkı söz konusudur.

Üçüncü kişilerin tescilli bir markayı bu bent kapsamında kullandığının kabulü için tescilli marka ile aynı olan işaretin kullanılması ve tescilli marka ile aynı olan işaretin tescilli marka ile aynı mal veya hizmetler için kullanılması gerekir²²⁸. Bu kullanım şeklinde, üçüncü kişilerin başkasına ait olan tescilli bir markayı kullanma şeklinin herhangi bir karıştırma tehlikesine neden olup olmadığı önem taşımamaktadır.

Tescilli bir markanın üçüncü bir kişi tarafından kullanımının aynı olup olmadığının belirlenmesi, kullanılan işaretin aynıının, tüm unsurlarıyla ve herhangi bir değişiklik ekleme ya da çıkarma yapmaksızın kullanılıp kullanılmadığı değerlendirilerek yapılır. Bu incelemede işaret bir bütün olarak ele alınır. Kullanılan işaretle tescilli marka arasında ortalama bir tüketicinin ayırt edemeyeceği ufak farklılıkların bulunması halinde dahi o işaretin de aynı olduğu kabul edilmelidir²²⁹.

2- Markanın Benzerinin Aynı veya Benzer Mal ve Hizmetlerde Kullanılmasını Önleme Hakkı

Tescilli marka sahibi sadece aynı işaretin aynı mal ya da hizmetleri için değil tescilli markası ile aynı ya da benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerin aynı ya da benzeri mal ve hizmetleri kapsayan ve böylece hedef kitle üzerinde işaret ile tescilli marka arasında bir bağ bulunduğu ihtimali de dâhil, karıştırılma ihtimali olan herhangi bir işaretin (iktibas hali) kullanılmasını da önleme ve bu tip kullanımların yasaklanmasını talep etme hakkı da vardır.

3- Tanınmış Markanın Farklı Mal ve Hizmetlerde Kullanılmasını Önleme Hakkı

SMK'nın 7. maddesinin ikinci fıkrasının “c” bendi, tanınmış markalarla ilgili bir düzenleme içermektedir. Buna göre tescilli marka sahibi aynı, benzer veya farklı ürün ya da hizmetlerde kullanılmasına bakılmaksızın, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve

²²⁸ UZUNALLI; 2012 a.g.e., s.29.

²²⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 20.04.1994 tarihli, 1993/11-965 Esas, 1994/252 Karar sayılı “Likitgaz” kararı, 11 HD'nin 02.03.1998 tarihli, 1997/10695 Esas, 1998/1306 Karar sayılı “Reckondrees” kararı, 11 HD'nin 08.06.1999 tarihli, 1999/136 Esas, 1999/5033 Karar sayılı “Casa” kararı, 11 HD'nin 23.09.1999 tarihli, 1999/4928 Esas, 1999/7026 Karar sayılı “Bahman” kararı, 11 HD'nin 28.04.2003 tarih, 2003/11715 Esas, 2003/4181 Karar sayılı “Win-dorwin” kararı, 11 HD'nin 26.10.200 tarih, 2000/5199 Esas, 2000/8216 Karar sayılı “Vittra” kararı tam metinleri için bkz. YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C I a.g.e., s.496 vd.

Türkiye’deki tanınmışlık düzeyi nedeniyle markanın itibarından dolayı haksız bir yarar elde edecek veya tescilli markanın itibarına zarar verecek ya da tescilli markanın ayırt edici karakterine zarar verecek nitelikte herhangi bir işaretin kullanılmasını da önleme hakkına sahiptir.

C- SMK’da Düzenlenen Hukuk Davaları

SMK, marka hakkına tecavüz eylemlerine ilişkin ileri sürülebilecek talepleri, marka ile ilgili kısmında değil, “Ortak ve Diğer Hükümler” başlıklı Beşinci Kitapta, tüm sınai haklar için geçerli olacak şekilde düzenlemiştir. SMK’nın 149. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, marka da dahil olmak üzere sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan hak sahipleri; tecavüzün mevcut olmadığının tespitini, mevcut olan tecavüzün durdurulmasını, muhtemel tecavüzün önlenmesini, tecavüzün kaldırılması ile maddi ve manevi zararının giderilmesini, tecavüz oluşturan ürünler ile bunların üretiminde kullanılan makinelere el konulmasını, el konulmuş olan ürün ve makinelerin mülkiyetinin kendisine geçirilmesini, tecavüzün devamının önlenmesi için gerekli tüm önlemlerin alınmasını ve haklı bir menfaatinin bulunması durumunda tecavüze ilişkin kesinleşmiş mahkeme kararının ilanını talep edebilecektir. Marka hakkına zarar verilen kişinin, zararının giderilmesine yönelik bulunabileceği talepler SMK’nın 150. ve 151. maddelerinde, tecavüzün mevcut olmadığının tespiti için açılacak davaya ilişkin düzenlemeler de 154. maddede yer almaktadır.

1- Tespit Davaları

SMK’nın 149. maddesine göre marka hakkı sahibinin ileri sürebileceği taleplerden ilki, eylemin tecavüz oluşturup olmadığının tespitine ilişkindir. Mülga 556 sayılı Marka KHK’sında, “Marka hakkına tecavüzün mevcut olmadığı hakkında dava ve şartları” başlıklı 74. maddede, marka sahibine karşı açılacak bir dava ile eylemin tecavüz teşkil etmediğinin tespitinin istenebileceği düzenlenmekteydi. Bu maddede marka sahibine markasına yönelik bir tecavüzün varlığının tespiti için talepte bulunma hakkı tanınmamakta, bunun yerine 75. maddede yer alan düzenleme ile marka ile ilgili hak sahibine marka hakkına tecavüz teşkil edebilecek olayların tespitini dava yoluyla talep etme yani delil tespiti imkânı verilmekteydi²³⁰.

²³⁰ Büyükkılıç, mülga KHK döneminde tecavüzün tespitine ilişkin bir hüküm bulunmadığını ve SMK’nın bu eksikliği giderdiğini ifade etmektedir. Ancak Büyükkılıç’ın da belirttiği üzere mülga KHK’da veya SMK’da tecavüzün tespitine yönelik dava açılacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmasa dahi HMK’nın tespit davasını düzenleyen 106. maddesine dayanılarak, bu maddedeki şartların bulunması halinde tespit talebinde bulunulabileceği, ayrıca öğretide TTK’da yer alan haksız rekabete ilişkin 56 vd. maddeleri uyarınca da marka hakkına tecavüzün tespitinin mahkemeden istenebileceği belirtilmekteydi. TEKİNALP; a.g.e., s. 498;

SMK'daki bir diğer tespit davası ise, 154. maddesinde düzenlenmiş ve menfaati olan herkes tarafından açılabilir olan, yapmış olduğu eylemlerin marka hakkı da dahil olmak üzere sınai mülkiyet hakkı sahibinin haklarına tecavüz oluşturmadığının tespitine yönelik davadır. SMK'nın 149/1 maddesinde düzenlenmiş olan tespit davasında marka hakkı sahibinin markasına yapılan bir tecavüzün tespit edilmesi amacıyla üçüncü kişilere yönelik olarak açılabilirken; 154. maddede düzenlenen tespit davası ise menfaati olan üçüncü kişilerin, eylemlerinin marka hakkına yönelik bir tecavüz teşkil etmediğinin tespiti için marka hakkı sahibine yönelttikleri bir davadır²³¹.

2- Eda Davaları

Karşı tarafın bir şeyi yapmasına, bir şeyi vermesine veya bir şeyi yapmamasına karar verilmesi talebiyle açılan davalar eda davası olarak adlandırılmaktadır²³². Marka hakkı sahibi, SMK'nın 149. maddesi uyarınca markasına yönelik muhtemel bir tecavüzün önlenmesini, mevcut bir tecavüzün durdurulmasını, tecavüz nedeniyle uğramış olduğu maddi ve manevi zararların tazmin edilmesini talep edebilecektir. Uygulamada, çoğunlukla tespit davaları ile eda davalarından bir veya birkaçına birlikte başvurulduğu görülmektedir.

a- Tecavüzün Önlenmesi Davası

SMK 149/1-b maddesi ile marka hakkı sahibine henüz gerçekleşmemiş ancak ileride gerçekleşme ihtimali bulunan bir tecavüzün önlenmesini talep etme imkânı tanımaktadır. Henüz meydana gelmemiş olan bir tecavüzün önlenmesini talep edebilme hakkının tanınması, tecavüzün olumsuz etkileriyle karşılaşmadan önce önlem alabilecek olan marka hakkı sahibi açısından güçlü bir koruma sağlamaktadır²³³. Mülga 556 sayılı KHK döneminde muhtemel bir tecavüzün önlenmesi amacıyla açılabilir bir dava açıkça

BÜYÜKKILIÇ, Gül; Marka Hukukunda Tanınmış Markanın Sulandırmaya Karşı Korunması, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul Mart 2019, s.531.

²³¹ Büyükkılıç, SMK'nın 149/1 maddesinde, "fiilin tecavüz oluşturup oluşturmadığının tespiti" ifadesinin kullanılmış olmasından yola çıkarak bu maddede düzenlenen tespit davası ile 154. maddede düzenlenmiş olan tespit davasının mükerrer düzenleme olarak algılanabileceğini ifade etmektedir. Yazara göre bu iki madde arasındaki fark, 149/1 maddesinde dava açma hakkının yalnızca marka hakkı sahibine tanınmış olmasına rağmen 154. maddede düzenlenmiş olan davayı marka hakkı sahibi de dahil olmak üzere menfaati bulunan herkesin açabilecek olmasıdır. Buna göre marka hakkı sahibi her iki düzenlemeden de yararlanabilecektir. BÜYÜKKILIÇ; a.g.e., s. 532-533. Ancak 154. maddede düzenlenmiş olan dava, davacının kendi eyleminin, bir sebepten dolayı marka hakkı sahibinin hakkına tecavüz teşkil etmediğinin tespitine yönelik açabileceği bir davadır. Marka hakkı sahibinin, kendi eyleminin marka hakkına tecavüz teşkil etmediğini tespit ettirmesinde herhangi bir hukuki yararı bulunmadığı, hatta böyle bir durumun fiiliyatta mümkün olamayacağı göz önüne alındığında, 154. maddede düzenlenmiş olan davanın marka hakkı sahibi tarafından da açılabilirliğinin kabulü kanaatimizce mümkün değildir.

²³² PEKCANITEZ, Hakan; ATALAY, Oğuz; ÖZEKES, Muhammet; Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s.205.

²³³ BÜYÜKKILIÇ; a.g.e., s.533.

düzenlenmemiş olmasına rağmen Yargıtay içtihatlarıyla muhtemel tecavüzün önlenmesine yönelik dava açılabilirliğini kabul etmiştir²³⁴.

Tecavüzün önlenmesi davası bizzat tecavüzü gerçekleştiren kişiye yöneltilebileceği gibi SMK'nın 29/1-c maddesi uyarınca markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüze konu olan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak, başka bir şekilde ticaret alanına çıkartmak gibi madde metninde sayılan eylemleri gerçekleştiren kişiye karşı da açılabilir.

b- Tecavüzün Durdurulması Davası

SMK'da düzenlenen bir diğer eda davası ise mevcut ve devam etmekte olan bir tecavüzün durdurulması talebiyle açılabilir olan davadır. Bu dava ile marka hakkına tecavüz teşkil eden kullanıma yönelik olarak, taklit marka üzerindeki işaretin sökülmesi, taklit markalı ürünlerin satışlarının durdurulması gibi yöntemlerle devam eden tecavüzün sonlandırılması talep edilebilecektir. Tecavüzün durdurulması davasında, tecavüzün önlenmesi davasında olduğu gibi davalının kusurlu olması aranmadığı gibi somut bir zarar oluşmuş olması da gerekmemektedir. Dava neticesinde tecavüzün önlenmesine yönelik olarak verilecek kararın infaz edilebilir nitelikte olması gerekmektedir²³⁵.

c- İhlalin Giderilmesi ve Tazminat Davaları

SMK'nın 149/1-ç maddesinde marka hakkı sahibinin tecavüzün kaldırılmasını, maddi ve manevi zararının giderilmesini talep edebileceğini düzenlemektedir²³⁶. Tecavüzün kaldırılması ile kastedilen, marka hakkına tecavüze bağlı olarak doğmuş olan tüm sonuçların ortadan kaldırılması, eski hale getirilmesidir. Marka hakkı sahibi, mevcut tecavüzün kaldırılması kapsamında tecavüz teşkil eden ürünlere ve bu ürünlerin üretiminde kullanılan cihazlara el konulmasını, davalının dava konusu marka ile üretim yapmasının

²³⁴ GÜNEŞ, İlhami; 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s.319.

²³⁵ Yargıtay 11. HD 2.12.2015 tarihli, 2015/5855 Esas ve 2015/12898 Karar sayılı kararında, mahkeme tarafından verilmiş olan "işaretin davalıya ait internet siteleri ve alan adlarından kaldırılması" şeklindeki hükmü, davaya konu işaretin davalı tarafından internet ortamında ne şekilde kullandığı hususu netleştirilmeden verildiğinden, infazı mümkün olmadığı gerekçesiyle bozmuştur. BOZGEYİK; a.g.e., s.168.

²³⁶ Marka hakkına tecavüzün davanın açıldığı tarihte mevcut olması yeterlidir. Dava açıldıktan sonra davalı tarafından tecavüz eyleminin sona erdirilmesi davanın sonucu açısından önem arz etmeyecektir. Nitekim HGK. 03.05.2017 tarih, 2017/11-81 Esas ve 2017/886 karar sayılı kararında, dava açıldığı tarihte davacıya ait markayı işyerinin tabelasında kullanmakta olan davalının, dava devam ederken tabelada yer alan markayı değiştirerek tecavüz eyleminin sonlandırıldığı ve dolayısıyla davanın konusuz kaldığı yönündeki savunmasına itibar etmemiş, her davanın açıldığı tarihteki mevcut koşullara göre değerlendirilmesi gerektiğini ve dava tarihinden sonraki kullanım değerlendirilerek hüküm kurulmasının doğru olmadığını ifade etmiştir. GÜNEŞ; 2018 a.g.e., s. 315-316.

yasaklanmasını, el konulmuş olan ürünler üzerinde bedelleri tazminat miktarından düşülmek üzere kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını, tecavüzün devamının ve tekrarının önlenebilmesi için gerekli tedbirlerin alınmasını, belirli şartların varlığı halinde tecavüz teşkil eden ürünlerin ve bu ürünlerin üretiminde kullanılan cihazların imhasını, tecavüzün internet ortamında gerçekleşmiş olması halinde ilgili içeriğe erişimin engellenmesini ve bunlarla sınırlı olmamak üzere gerekli işlemlerin yapılmasını talep edebilecektir.

Mevcut tecavüzün sonuçlarının ortadan kaldırılmasının bir diğer yolu da tecavüz nedeniyle marka hakkı sahibinin uğramış olduğu maddi ve manevi zararların tazmin ettirilmesidir. Maddi tazminat kapsamına marka hakkı sahibinin tecavüz teşkil eden eylem nedeniyle uğramış olduğu fiili kaybı ve yoksun kalınmış olan kazancı kapsamaktadır. Fiili kayıp marka hakkı sahibi tarafından tecavüz nedeniyle olduğu ispatlanabilen ve belgelenebilen her türlü maddi zararı ifade etmektedir. Yoksun kalınan kazanç ise SMK'nın 151/2 maddesinde düzenlenmiş olan, sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı marka hakkı sahibinin elde edebileceği muhtemel gelir, sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin elde ettiği net kazanç ve tecavüz teşkil eden kullanımın bir lisans sözleşmesi ile hukuka uygun bir şekilde kullanılmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeli usullerinden marka hakkı sahibinin tercih ettiği usule göre hesaplanacaktır²³⁷.

Marka hakkına tecavüzün, marka hakkı sahibinin kişilik haklarına zarar vermesi durumunda ise marka hakkı sahibi diğer taleplerin yanında manevi tazminat da talep edebilecektir. Manevi tazminata hükmedilip hükmedilmeyeceği ve hükmedilecekse miktarının belirlenmesi konusunda TBK'nın 58. maddesi dikkate alınacaktır.

III- Marka Hakkının Ceza Hukuku Normlarıyla Korunması

A- Genel Olarak

Toplumsal hayatın gelişiminin ekonomik, sosyal, siyasal ve hukuksal olayların yönlendirmesiyle şekillendiği bilinen bir gerçektir. Ekonomik düzen ve buna bağlı olarak gelişen hukuk düzeni bu şekillendirmede tarihsel pek çok olayda da görüleceği gibi bir adım öne çıkmaktadır. Tarih boyunca yaşanan tüm önemli gelişmeler, savaşlar, hatta keşifler önemli ekonomik sonuçlar doğurmuş ve bu sonuçlara bağlı olarak da hukuk düzeni

²³⁷ HGK. 02.03.2016 tarihli, 2014/15-439 Esas ve 2016/207 Karar sayılı kararında marka hakkı sahibinin, davanın açıldığı tarih itibarıyla uğramış olduğu zararın hesaplanabilmesi için gereken tecavüze konu ürünlerden en kadar üretildiği, bu ürünlerin hangi fiyata satıldığı, ürünlerin satışından ne kadar kar edildiği gibi hususları bilemeyeceğinden, burada söz konusu olacak davanın belirsiz alacak davası olacağını belirtmiştir. GÜNEŞ; 2018 a.g.e., s.329.

toplumsal hayatın şekillenmesinde önemli bir etken olarak yerini almıştır.

Toplumsal hayatın en önemli parçalarından biri olan Devletin temel amacı insana kendi kişiliğini özgürce ve devam ettirmesi için gereken güvenli alanı sağlamak²³⁸ olup insanın, kişiliğini devam ettirebilmesi ise ancak muhatabı olduğu davranış normlarına uygun bir şekilde hareket etmesiyle söz konusu olacaktır²³⁹. Bu davranış normları insan doğasıyla çelişmeyen nitelikleri nedeniyle farklı kültür ve hayat görüşüne sahip olsalar da tüm insanlık için geçerlidir. İnsanlar için yükümlülük niteliği arz eden ve devlet müdahalesinden bağımsız bir yapıya sahip olan bu normlara uyulması zorunlu olmadığından bu normların yalnızca ahlaki boyutundan söz edilebilir. Pozitif hukuka dayanak teşkil eden bu davranış normlarını esas alan bir hukuki mevzuatı hayata geçirmek de devlete hukuk devleti vasfını kazandırır²⁴⁰. Hukuk devleti olmanın kriterlerinden biri de toplumu oluşturan her bir bireyinin uyması gereken davranış normlarının, kişiler ve devlet arasında ortaya çıkan ilişkilerde anlaşmazlıkların nasıl çözümleneceğinin belirli kurallarla düzenlenmesi gerekliliğidir. Devlet bu düzenlemeleri hukuk sistemi ve yasalar vasıtasıyla yapacaktır. Yasalar, birbirlerinden bağımsız ve ayrı yaşayan insanların toplum halinde yaşamalarını, birleşmelerini sağlayan koşulları belirler²⁴¹.

Ticari hayatın hacminin gelişmesi, toplumsal yapıda bu alanın da çeşitli düzenlemelere ihtiyacını ortaya çıkarmasıyla birlikte ticari hayatın ayrılmaz bir parçası olan marka alanında da kendisini göstermesini tetiklemiştir. Markanın tarihsel süreçte ortaya çıkması ve gelişimini tamamlamasıyla artık sadece üreticisini nitelemenin ötesinde, markanın fonksiyonları başlığı altında ayrıntılı açıklandığı üzere, reklam, garanti, kalite ve aidiyetin tüm özelliklerini barındırır hale gelmesi hukuken ele alınması sonucunu da beraberinde getirmiştir.

İşletmeler, sermaye, üretilmiş mallar ve hammaddeler gibi birçok maddi malvarlıkları yanında işletme adı, ticaret unvanı, markası ve sahip olunan patentler gibi gayri maddi malvarlıklarına da sahiptir. Ticari faaliyetler kapsamında yenilenen ve gelişen

²³⁸ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 3. maddesinde “Herkesin yaşama hakkı, özgürlüğü ile kişi güvenliği hakkı vardır” ifadesiyle kişi güvenliğine vurgu yapılarak bir hak olarak belirlenmiştir.” Beyannamenin tam metni için bkz; The Universal Declaration of Human Rights, Article 3, <http://www.un.org/en/universaldeclaration-human-rights/index.html>.

²³⁹ ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 15. Bası, 2019, s. 24.

²⁴⁰ ÖZGENÇ; 2019, a.g.e., s.26.

²⁴¹ BECCARÍA, Cesare; Suçlar ve Cezalar Hakkında, Çev: Sami Selçuk, İmge Kitabevi, 6. Baskı, Ankara 2016, s.25.

pazarlama stratejileriyle birçok tanınmış marka, sahip olan işletmelerin diğer tüm maddi malvarlıklarından çok daha değerli hale gelmiştir²⁴². Bu haliyle ticaret hayatının vazgeçilmez değeri haline gelen marka hakkı da hukukun korunması altına girmiştir²⁴³.

Markanın mal ve hizmetlerde kullanımıyla markalı malı üreten ile o malı satan, satın alan, aracılık faaliyetleri yürüten ve sonrasında da o markanın tanınmışlığından yararlanarak menfaat sağlamaya çalışan kişiler arasında çeşitli hukuki itilaflar baş göstermeye başlamış; hukuk kuralları çerçevesinde bazı tedbirler alınmasıyla nihayet marka hukuku kavramı ortaya çıkmıştır.

Marka hukuku kapsamında markaların hukuk normlarıyla korunması, markanın üreticisini güvence altına almakla birlikte aslen tüketicinin tercih hakkını özgürce kullanmasını sağlamaya yönelik olduğu kadar mal ve hizmetlerin kalite standartlarını da belirlemekte ve böylece ticaretin sağlıklı bir şekilde yürümesini ve gelişmesini koruma altına almaktadır. Ancak özel hukuk normlarıyla sağlanan korumaya rağmen, marka hakkının kötüye kullanılmasıyla elde edilen menfaatlerin büyüklüğü nedeniyle, bu alanda yaşanan ihlaller artarak devam etmiştir²⁴⁴. Marka ihlallerinde yaşanan artış daha etkin koruma yöntemlerini zorunlu kılmıştır.

Koruyucu ve önleyici tedbirler açısından baktığımızda suç önleme fonksiyonel ve

²⁴² Markalar günümüzde firmaların en önemli görünmeyen varlıklarını oluşturmakta ve hatta görünenlerden daha değerli hale gelmektedir. ENGİZEK, Nil; ŞEKERKAYA, Ahmet, “Tüketicilerin Lüks Markaların Taklitlerini Satın Alma Seviyeleri Açısından Farklılıklarının İncelenmesi Üzerine Bir Araştırma”, Marmara Üniversitesi Öneri Dergisi, Cilt 11, Sayı 43, Ocak 2015, s.170 Uluslararası değerlendirme kurumu Brand Finance’ın son değerlendirme raporunda (2019), birinci sırada bulunan Amazon’un marka değeri 220.791.000.000\$ (İki yüz yirmi milyar yedi yüz doksan bir milyon dolar), ikinci sıradaki Google’ın marka değeri 159.722.000.000\$, üçüncü sıradaki Apple’ın marka değeri 140.524.000.000\$ olarak gösterilmektedir. Dünya sıralaması için bkz. <https://brandirectory.com>. Aynı kuruluşun Türkiye’nin 2019 yılının en değerli markaları listesinde birinci sıradaki THY’nin marka değeri 1.735.000.000\$ olarak gösterilmiştir. Listenin tamamı için bkz. <https://www.brandingturkiye.com/turkiyenin-en-degerli-100-markasi-2019-tam-liste>.

²⁴³ BİRTEK, Fatih; Marka ve Üretim Korsanlığı Suçu (Markanın İzinsiz Kullanılması), İpekyolu Canlanıyor: Çin-Türk Hukuk Zirvesi İstanbul 2012, s.486.

²⁴⁴ Birleşmiş Milletler Bölgeler Arası Suç ve Adalet Araştırmaları Enstitüsü’nün araştırmaları, yine aynı yönde Avrupa Komisyonu’nun raporlarına göre marka taklitçiliğinin piyasanın ticaret hacminin %5-7’si kadarını oluşturduğu ifade edilmektedir. OECD’nin marka taklitçiliğinin hacmi açısından 2005 yılı için verdiği rakam 200 milyar dolardır. Aradan geçen yıllarda bu piyasanın nasıl değerlendirildiğini ortaya koymak için yeni tarihli bir rapor olan OECD/EUIPO raporuna göre, 2013 yılında taklit ve korsan ürün ticaretinin uluslararası ticaret içerisindeki payının %2.5 civarında olduğu ve bunun 461 milyar dolara karşılık geldiği; 2022 yılında da bu miktarın 991 milyar dolara yükseleceği değerlendirilmektedir. AB açısından 2013 yılı itibarıyla korsan ve taklit markalı ürün ticaretinin 249-459 milyar dolar olduğu ve 2022 yılı için de 524-959 milyar dolar olacağı öngörülmektedir. Raporun tamamı için bkz. Trade in Counterfeit and Pirated Goods: Mapping the Economic Impact, OECD Publishing, OECD/EUIPO, Paris 2016, naklen ÇETİNTÜRK, Ekrem; Marka Taklitçiliği Suçu, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 83.

sağlıklı bir toplumda zaten doğal olarak işlemekte olan bir süreç olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü temel bir psikolojik ihtiyaç gereği insanlar yaşanabilir bir çevrede bulunmak isterler. Hukuk düzeni adaletli işler ve bu amaca yönelik çalışırsa sağlıklı ve huzurlu toplumun devamı sağlanabilir. Bu şekilde güvenlik ihtiyacı giderildiği takdirde diğer psikolojik ihtiyaç ve arzuların sağlanması da kolaylaşacaktır²⁴⁵.

Suçun karşılığı olan yaptırımların bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale eden nitelikleri, suç olarak düzenlenecek fiillerin ve buna uygulanacak yaptırımların belirli kriterlere uygun olmasını zorunlu kılmaktadır. Anayasanın temel hak ve özgürlüklerin ne şekilde sınırlandırılabilirliğini düzenleyen 13. maddesinde getirilen en önemli kriter “ölçülülüktür”²⁴⁶. Bu kriterin yansıması olarak da yaptırımların orantılı ve haklı olma ilkesi Türk Ceza Kanunu’nun 3. Maddesinin gerekçesinde vurgulanmaktadır²⁴⁷.

Kanun koyucu esasen istediği her fiili suç olarak tanımlama özgürlüğüne sahiptir. Buradaki tek sınır Anayasaya aykırı bir düzenleme yapılmamasından ibarettir. Nitekim Anayasamız 38. maddesinde belirtilen ve TCK 2. maddede de açıkça düzenlenen kanunilik ilkesi ve 17. maddesindeki insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza verilemeyeceğine dair düzenlemeyle ile açık sınırlamalar getirmiştir. Bunların yanında Anayasamızın 2. maddesinde açıkça düzenlenmiş olan hukuk devleti ilkesinin gereği olarak ortaya çıkan ve kanun koyucunun bir ceza normu belirlerken temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması

²⁴⁵ KÜÇÜKAY, Alper; “Suç Önleme Stratejileri ve Güvenlik Politikalarına Psikolojik Bir Bakış”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2019, Sayı 38, s. 345.

²⁴⁶ Becaria’ya göre insanları suç işlemekten vazgeçiren yaptırımların/cezaların, suçun kamu esenliğine verdiği zararlar ve insanları suça iten nedenlerle orantılı ve bu suretle çok daha etkili olmaları zorunludur. “suç ile ceza arasında adil bir oran bulunması ilkesi”, tarihin ilk dönemlerinden bu yana bilinmektedir. Deuteronomie’da işlenen günaha göre ceza (pro mensura peccati erit et plagarum modus) verileceği, Kur’an’da “kim günah işlerse, sadece onun dengiyle cezalandırılacağı” (6/160) belirtilmiştir. Platon, Yasalar adlı yapıtında, her suçun cezasının kusura göre verilmesi gerektiğine değinmiştir. İlke, Eski Roma yasalarında da benimsenmiştir: “Pcena est commensuranda delicto”. Latin ozanı Horatius (Horace) (MÖ 64-8) da bir dizesinde bu ilkeye yer vermiştir. Daha sonraları Hollandalı hukukçu Grotius (1583-1645), Alman hukukçu Puffendorf (1632- 1694) bu ilkeyi irdelemişlerdir. Alman düşünürü Kant (1724-1804), ceza adaleti ilkesinin ve ölçüsünün cezaların niceliği açısından, eşitlik olduğunu, bunu da zararın belirleyeceğini vurgulamıştır. Ancak Beccaria, cezalandırılabilir eylemlerin ağırlıklarına göre sınıflandırılmalarını ve buna göre cezalandırılmalarını önererek, sorunu kökten çözme bile, çözümün önünü açmıştır. Naklen BECCARIA; a.g.e. s.48-49.

²⁴⁷ Türk Ceza Kanunu’nun 3. maddesinin gerekçesinde orantılılık ilkesi, “suç işlenmesiyle bozulan toplum düzeninde adaletin sağlanması için suç işleyen kimseye uygulanacak ceza hukuku yaptırımlarının haklı ve ölçülü olması gerekir. Çünkü ancak haklı ve suçun ağırlığıyla orantılı bir yaptırım ile suç işleyen kişinin bu fiilinden pişmanlık duyması ve yeniden topluma kazandırılması söz konusu olabilir...” şeklinde açıklanmıştır. Buna göre, ceza hukuku ile sağlanması beklenen yarar ve yaptırım ile bireye verilecek zarar arasında bir oranın bulunması, aksi takdirde işlemden vazgeçilmesi gerekir. Ceza hukuku, yaptırımlarının ağırlığı nedeniyle toplum yaşamına zorunlu olduğu ölçüde müdahale etmelidir. Bu da orantılılık ilkesinin yanında ceza hukukunun son çare olması ilkesini de ortaya çıkarmaktadır. ZAFER, Hamide; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, 7. Bası, İstanbul, Eylül 2019, s. 43-44.

yönünden sınırını ölçülülük ilkesi belirler. Ceza hukuku her ihlal karşısında başvurulacak bir yol değildir. Buradaki temel kriter ölçülülük ilkesinin bir alt unsuru olan gerekliliktir. Gereklilik, daha hafif tedbirlerin yeterli olduğu durumlarda daha ağır tedbirlere başvurulmasını yasaklar. Bu husus ceza hukukunun ikincillik ilkesinden kaynaklanmaktadır. Bu ilke, sosyal açıdan zararlı olarak kabul edilen davranışların ancak sadece toplumun rahatsız edilmesinin önlenmesi hedefine “çok az müdahalede bulunan ceza hukuku dışındaki araçlarla ulaşılamayacağı” yerde bir ceza ile karşılaşması gerektiği anlamına gelmektedir²⁴⁸. Buna göre ceza hukuku yaptırımları son çaredir²⁴⁹.

Ceza hukuku, özellikle toplumsal barışın devamı bakımından başvurulması kaçınılmaz²⁵⁰ olduğunda devreye girmelidir. Diğer hukuki yaptırımların yeterli olduğu hallerde ceza hukuku geri planda kalmalıdır. Ceza hukukunun diğer tüm hukuk dalları içinde son çare olma ilkesi yaptırımlar açısından da geçerlidir. Örneğin para cezasının yeterli olacağı durumlarda hürriyeti bağlayıcı ceza verilmemelidir²⁵¹.

B- Marka Ceza Normlarıyla Korunmalı mı?

Ticaret hayatında yaşanan gelişmeler neticesinde, gayri maddi malvarlığı haklarının özellikle de fikri ve sınai mülkiyet haklarının giderek daha değerli hale gelmesi bu alandaki ihlallerle ilgili özel hukuk korumasının yetersiz kalmasıyla ceza hukukunun bu alana dahil olmasını zorunlu kılmıştır. Ceza hukukunun fikri ve sınai mülkiyet hakkı ihlalleri alanına dahil olmasıyla, her tecavüzün ceza hukuku normlarıyla karşılaşmasının doğru olup olmadığı tartışılmaya başlanmıştır. Özellikle marka hakkına tecavüze yönelik yaptırım uygulanıp uygulanmamasıyla ilgili ceza hukukunun son çare olması ilkesi kapsamında bazı tereddütler söz konusudur²⁵².

²⁴⁸ ROXIN, Claus; “Ceza Hukukunun Bir Geleceği Var Mıdır”, Çeviren ÜNVER, Yener; Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5 Suç Politikası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 61.

²⁴⁹ HAKERİ, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Mayıs 2020, 23. Baskı, s. 34 vd.

²⁵⁰ Bir fiilin suç olarak tanımlanmasında ve cezai yaptırıma bağlanmasında asıl amaç toplumsal barışı korumak, bozulması halinde yeniden tesis etmektir. Hititler zamanında dahi suç olarak kabul edilen olguların, fail için edimsel sonuçlar doğurduğunu, bu gerçeklik karşısında asıl amacın, zarar görenin mağduriyetini gidererek, suçlanan kişilerin de tekrar toplumsal yaşam içerisinde yer alabilmesini sağlamak olduğu ifade edilmiştir. DOĞAN, Erdal; Hitit Hukuku (Belleklerdeki Kayıp), Güncel Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 98-99.

²⁵¹ ÖZBEK, Veli Özer; Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı, TCK İzmir Şerhi, Genel Hükümler, C. I, Seçkin Yayınevi, 4. Bası, 2010, s. 66; ÖZTÜRK, Bahri, ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 17. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 29; ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN, Koray, BACAŞIZ, Pınar, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2021, s.84.

²⁵² Ceza Hukukunun son çare olması ilkesi kapsamında ceza hukuku yaptırımlarının devlet otoritesini azami ölçüde yansıtan niteliğinden dolayı marka hakkına tecavüzün daha çok ekonomik saiklerle işlenmesiyle de haksızlık boyutu açısından suç değil kabahat olarak düzenlenmesinin daha uygun olacağı görüşüne dair bkz.

Marka hakları da dahil fikri mülkiyet haklarına yönelik tecavüzlerin cezalandırılıp cezalandırılmaması hususunda tam bir fikir birliği bulunmadığı gibi cezalandırılması halinde hangi tecavüzlerin cezalandırılması gerektiğine dair de bir fikir birliği yoktur. Buradaki asıl sorun, ceza hukukunun neredeyse tüm modern hukuk sistemlerinde son çare olması sebebiyle hangi tecavüzlerin suç kabul edileceği yönüyle asgari bir ortak yaklaşımın olmamasından kaynaklanmaktadır. Bu sebeple uluslararası olarak fikri mülkiyet hukukunun cezai korumasının nasıl olacağına dair söz konusu tereddütlerden dolayı sadece asgari standartların belirlenmesi yolu tercih edilmiştir²⁵³.

Fikri mülkiyet haklarına yönelik tecavüzlerin her birinin ceza hukuku tarafından yaptırıma bağlanmasının uygun olmadığı açıktır. Aynı şekilde mülkiyet haklarına yönelik tecavüzlerden etkilenen sektörler arasındaki ciddi farklardan dolayı her tecavüz eyleminin aynı şekilde ele alınmaması gerekir. Bir şarkının internetten izinsiz indirilmesi eylemi ile bir ilacın sahtesinin piyasaya sürülmesi eylemi kamu sağlığı ve güvenliği açısından değerlendirildiğinde aynı cezayı almalarının ölçülü olmadığı açıktır. Diğer taraftan benzer bir tecavüz eyleminin bireysel işlenmesi ile örgütlü suçlar kapsamında işlenmesi arasında da yaptırım farkı olmalıdır.

Tekel haklarının rekabetin düşmanı olduğu açıktır. Bu tip yasaklayıcı haklar özellikle hukuk aracılığıyla iyi savunulan kaleler yaratarak piyasaları bölerek tam rekabet piyasasına zarar verirler. Bu sebeple tam rekabetin sağlanabilmesi için yasaklayıcı tüm tekel haklarının kalkması, buluş ve eser sahiplerinin başka yöntemlerle de ödüllendirilmesi gerektiği savunulmaktadır²⁵⁴. Bu sebeple fikri mülkiyet haklarının korunmasının cezai yaptırımları da kapsar şekilde genişletilmesi halinde artan caydırıcı etkisi rakipleri tehdit edecek seviyede güçlü firmalar tarafından kolayca kötüye kullanılabilir. Hatta güçlü büyük oyuncuların küçük rakiplerini piyasadan silmek için kullanabilecekleri bir silah haline dönüşmesi olasıdır²⁵⁵.

YENİDÜNYA, A. Caner; İÇER, Zafer; Marka Hakkına Tecavüz Suçları, Digesta Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul Eylül 2014, s. 146 vd.

²⁵³ GEİGER, Christophe; Criminal Enforcement of Intellectual Property, Research Handbooks in Intellectual Property, Edward Elgar Publishing Limited, UK, 2012, s. 1 nitekim DTÖ kuruluş anlaşmasının bir eki olarak kabul edilen TRIPS de tam da bu fonksiyonu yerine getirmek üzere hazırlanmıştır.

²⁵⁴ TEKİNALP; a.g.e., s. 33 vd.

²⁵⁵ Öcal, sanayileşmiş ve ekonomik açıdan güçlü ülkeler açısından marka hakları da dahil tüm fikri mülkiyet haklarının büyük bir silah olduğu, bu nedenle bu hakları korumak için yoğun bir çaba içerisine girdiklerini ifade etmektedir. Diğer taraftan ise az gelişmiş ve ekonomisini kalkındırmaya çabalayan ülkeler açısından, yeni fikirler, yeni markalar ortaya çıkartmanın bazen büyük maliyetler gerektirmesi, gelişmiş bir teknoloji ve insan gücüne ihtiyaç duyması gibi nedenlerle bu ülkelerin gelişmiş ülkelerin fikri mülkiyeti kuvvetli bir şekilde

Ülkemizde, bu konudaki bakış açısının ne şekilde evrildiğinin en güzel örneği KHK döneminde yaşanmıştır. Sınai Mülkiyet Haklarının düzenlendiği Kanun Hükmünde Kararnamelerde 3.11.1995 tarihli ve 4128 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle marka, patent, endüstriyel tasarım ve coğrafi işaretlerin korunması hakkındaki kanun hükmünde kararnamelere eklenen düzenlemelerle cezai koruma sağlanmıştır. Ancak 556 sayılı KHK'nın bazı hükümlerini iptal eden Anayasa Mahkemesi, benzer gerekçelerle 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK ve 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında KHK'daki bazı hükümleri de benzer gerekçelerle iptal etmiştir. Kanun koyucu bu iptal kararları sonrası Marka KHK'sında yaptığı yasal düzenlemenin bir benzerini patent, endüstriyel tasarım ve coğrafi işaretler yönünden ise yapmamayı tercih etmiştir. Nitekim 22.12.2016 tarihinde kabul edilen 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda da marka hakları dışında diğer sınai mülkiyet haklarının ceza normlarıyla korunmasına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir²⁵⁶.

Fikri mülkiyet haklarına tecavüzün cezalandırılmasına yönelik tartışmaların en önemli gerekçelerinden biri söz konusu tecavüzün neden olduğu zararın diğer malvarlığına yönelik suçlardan bazı farklılıklar göstermesidir. Fikri mülkiyet tecavüzleri, bazı malvarlığına yönelik işlenen suçlar gibi hak sahibine fiziksel ya da görünür herhangi bir zarar vermemektedir. Diğer bir ifadeyle fikri mülkiyet haklarının tüketilemeyen yapısından dolayı hakka yönelik bir tecavüz halinde hak sahibinin tüm mallarından mahrum kalması söz konusu değildir. Fikri mülkiyet haklarına tecavüzün neden olduğu zararın belirlenmesi ve suçun mağdurunun tespitinin zor olmasından dolayı toplumda suç olarak algılanması da zorlaşmaktadır²⁵⁷.

koruma çabasının kendi gelişimleri için bir meydan okuma olarak algıladıklarını ifade etmektedir. Öcal'a göre, marka ve diğer fikri mülkiyet hakları geliştirmekte olan ülkelerin ihtiyaç duyduğu ürün ve hizmetlerin fiyatını da artırdığından bu yönden de olumsuz etki yaratmaktadır. ÖCAL, Berna; Avrupa Topluluğunda ve Türk Hukukunda Bilişim ve Fikri Mülkiyet Hakları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010, s. 18 vd.

²⁵⁶ Sınai mülkiyet alanında marka hakları dışında diğer hakların cezai koruma dışında bırakılması ülkemize mahsus bir durum değildir. Diğer birçok ülkede de ceza normlarıyla korunan fikri mülkiyet haklarının marka ve telif hakları olduğunu görmekteyiz. Dünya Ticaret Örgütü'nü kuran anlaşmanın en önemli eklerinden birisi olan Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Sözleşmesi'nin 61. Maddesinde düzenlenen asgari cezai korunma yükümlülüğü marka ve telif hakkı ihlalleri ile sınırlı tutulmuş, bunların dışındaki ihlaller ulusların iç hukuklarına bırakılmıştır. Bu anlamda Arjantin, Kanada, İrlanda, Paraguay, Birleşik Krallık ve Singapur gibi birçok ülkede patent haklarının ihlali cezai yaptırıma bağlanmamıştır...söz konusu devletler patent haklarıyla ilgili ihlaller halinde hukuki koruma (tazminat) sağlamakla yetinmişlerdir. GÜNEŞ, İlhami; Uygulamada Marka, Haksız Rekabet ve Telif Suçları, Adalet Yayınevi, 3. Bası, Ankara 2017, s. 16 vd.

²⁵⁷ ÇETİNTÜRK; a.g.e., s. 96.

Fikri mülkiyet haklarına tecavüzün ceza normlarıyla korunmasına karşı çıkılmasının gerekçesi olarak kullanılan diğer bir neden de fikri mülkiyet haklarına ceza hukukunun müdahale etmesi halinde tüketicilerin ve özellikle de gelişmekte olan ülkelerin zarar göreceği iddiasıdır. Örneğin bilerek ucuz ve taklit ürün olarak orijinal ve pahalı olan ürünlerin fiyat politikalarının değişmek durumunda kalacağına inanan tüketiciler olduğu gibi gelişmekte olan ekonomilerdeki yerel üreticilerin marka taklit ederek yaptıkları üretimlerle bu firmaların gelişimlerine katkıda bulunulmakta, ayrıca yerel firmaların yaptığı bu üretimler ülke ekonomisine katkı sağlamaktadır²⁵⁸.

C- Marka Hakkının Ceza Normlarıyla Korunmasını Gerekli Kılan Sebepler

Fikri mülkiyet haklarına yönelen tüm tecavüzlerin ceza normlarıyla korunmak için uygun olup olmadığı, ceza hukukunun temel ilkeleri kapsamında, her bir fikri mülkiyet hakkının birbirinden farklı özelliklere sahip olması, uygulanması halinde yaptırımların farklı etkilere sebep olabileceği gibi gerekçelerle tartışmalıdır.

Marka hakkı var olmaya başladığından itibaren çeşitli şekillerde korunmaya çalışılmış ise de ceza hukuku normların devreye girmesiyle modern anlamda ülkemizdeki ilk

²⁵⁸ ABD Hesap Verebilirlik Ofisi'nin (US Government Accountability Office) marka taklitçiliğinin ekonomik etkilerine dair yapmış olduğu bir araştırmada gerçek üründen daha ucuz olduğu veya gerçek ürünlere erişemediği için taklit ya da korsan ürünleri bilerek alan tüketicilerin bu alışverişten memnun oldukları ve düşük fiyatlı taklit malların tüketicilerin yararına olabilecek şekilde gerçek mallar üzerinde düşük fiyatlara yönelik rekabet baskısı oluşturduğu sonucuna varmıştır. Ülkeler yönünden de yasal olmamasına rağmen markaların izinsiz kullanımı yerel üreticilerin üretim kapasitelerinin gelişmesine ve bu ölçekte ekonomilerine fayda sağladığını, bundan dolayı gelişmekte olan ülkelerin marka hakkı ihlalleriyle mücadele amaçlı tedbirleri benimsemeleri konusunda neden isteksiz olduklarını gösterdiğini ifade etmektedir. Naklen, ÇETİNTÜRK; a.g.e., s. 100. Ayrıca bu iddianın ne denli kabul gördüğünün en çarpıcı örneklerinden biri ne yazık ki ülkemizde yaşanmıştır. Haber metnine göre; Turistik bir yerleşim yerinde korsan mallara yönelik yapılmak istenen operasyonda esnaf olarak nitelendirilen korsan markaları satan şahıslar birlikte hareket ederek söz konusu operasyonu engellemeyi başardıkları görülmektedir:

“Muğla'nın Marmaris İlçesi'nde, yaklaşık 100 esnaf, marka avukatlarının denetimlerini protesto etmek için kent merkezinin ana caddesini trafiğe kapattı. Siteler Mevkii'nde saat 11.30'da bir araya gelen yaklaşık 100 esnaf, marka avukatlarının turizm sezonundaki denetimlerine tepki olarak eylem yaptı. Marka avukatlarının sık sık yaptıkları denetimlerin iş yapmalarını engellediğini söyleyen esnaf, şehrin en işlek yerlerinden birinde caddeyi trafiğe kapattı. Motosikletlerini park edip, caddenin ortasına koydukları taburelere oturarak yolu kapatan esnaf, korna çalan şoförlere de tepki gösterdi. Kısa sürede gelen polis ekipleri ile esnaf arasında da sözlü tartışma yaşandı. Olay yerine gelen İlçe Emniyet Müdürü gerginliğin büyümesini önledi. Yapılan görüşmelerin ardından yaklaşık bir saat sonunda esnaf yoldan çekilerek eylemine son verdi. Eyleme katılan ve ismini vermek istemeyen bir esnaf yaptığı açıklamada, "Bizler, devlete vergimizi ödüyoruz. Belediyeye işgaliye parası ve birçok kalemdede fatura ödüyoruz. Fabrikalardan aldığımız malların hepsi faturalıdır. Turizm kötü durumda kazandığımızı da marka avukatlarının kestirdiği cezalara ödüyoruz. Türkiye'nin birçok turistik şehrinde imitasyon ürün satışı yapılıyor. Marmaris'te her dükkânda taklit ürünler satılıyor ve turistler özellikle bilerek alıyor. Bizler Avrupa Birliği üyesi değiliz, faturalı bu ürünleri satabilmeliyiz. Marmaris esnafı olarak diyoruz ki Cumhurbaşkanı bu duruma bir el atsın ve bir an önce satış izni verilsin veya Çin'den gelen bu taklit ürünler ülkemize sokulmasın" dedi." Haber görseli için bkz: <https://www.hurriyet.com.tr/esnaf-avukatlarin-marka-denetimini-yol-kapatar-40545204> E.T.: 30.08.2019.

ceza korumasının 1871 tarihli Alamenti Farika Nizamnamesi ile başladığı da göz önüne alındığında sadece diğer fikri mülkiyet ihlallerinden değil, mevcut birçok suç tipinden daha eskiye dayandığı görülmektedir. Bu durum marka hakkına tecavüz fiillerinin haksızlık içeren ve toplumca kabul edilmeyen davranışlar olarak eskiden beri kabul gördüğünü ortaya koymaktadır²⁵⁹.

Marka hakkının, yapılan düzenlemelerle tescille kazanılan bir hak olması ve kapsamının daha somut tespit edilebilmesi, buna bağlı olarak da hakka yönelik tecavüz fiillerinin daha açık, somut ve kolay ispat edilebilir olması cezai korumaya bağlanmasını daha kolay ve kabul edilebilir hale getirmektedir. Esasen özel hukuka ait mutlak bir hak niteliğindeki marka haklarına tecavüz eylemlerinin aynı zamanda suç olarak düzenlenmesi kanun koyucunun ceza normlarının caydırıcı etkisinden faydalanma yönündeki eğiliminin sonucudur²⁶⁰.

Ceza hukukunun zorlayıcı yaptırım araçları, kişilerin temel hak ve hürriyetlerine yapılabilecek en ağır müdahaleleri içerdiğinden, bir fiili cezalandırmak için kamusal faydayı koruyarak toplumsal düzenin sağlıklı işleyişinin ciddi tehlikede olması ve diğer hukuksal tedbirlerin yetersiz kalması gerekir.

Marka hakkına tecavüz fiillerinin, tescilli marka hakkı sahibinin ticari haklarını ihlal ettiği kadar, söz konusu markalı mal ve hizmetlerden faydalanan tüketicilerin bireysel menfaatlerine, kamu sağlığına ve etkileri dolayısıyla da ekonomik düzenin menfaatlerine de zarar verdiği açıktır.

1- Tescilli Marka Hakkı Sahibinin Ticari Haklarını İhlal Etmesi

Marka hakkına tecavüz fiilleri, hukuk düzeninin tüm kurallarına uygun çalışarak tescilli markalarını kullanıp mal ve hizmet üreten gerçek ya da tüzel kişilere, diğer bir ifadeyle işletmelere, ciddi zararlar vermektedir. Ürettikleri mal ve hizmetlerin taklit olanlarına yönelen tüketicinin arz talep dengesini bozduğu bir ortamda, tescilli marka hakkı sahibi işletmeler önemli gelir kayıplarına ve daha düşük kar oranlarına maruz kalırlar. Bunun yanında, tescilli markalarına yapılan saldırıları bertaraf etmek için ek masraflara katlanmak zorunda kalarak ciddi bir mücadeleye de girmek zorunda kalırlar. Doğrudan zararların yanında, tescilli marka sahibi işletmeler markalarının itibarlarının azalması sebebiyle değer kaybına uğradıkları gibi itibarlarını korumak için çaba harcamak durumunda

²⁵⁹ Markanın tarihsel gelişimi için bkz. AKAY; a.g.m; s.366 vd.

²⁶⁰ YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; Cilt II, a.g.e., s.1061.

kalırlar.

Marka hakkı ihlallerinin, daha çok tanınmış markalara yöneldiği göz önüne alındığında, tanınmışlık seviyesine ulaşmak için bazı yatırımlara katlanmış olan işletmelerin bu yönden de zarara uğradığı açıktır. Ürün geliştirme faaliyetleri, ar-ge yatırımları, reklam giderleri gibi birçok harcama kalemiyle belli bir ekonomik değere ulaşan tanınmış markanın, haksız bir şekilde kullanılması malvarlığı hakkına tecavüzün farklı bir şeklini oluşturmaktadır²⁶¹.

İşletmelerin, tüm zararlarının yanında ileride yapacakları satış ve kazançtan da mahrum kalacaklarını öngörmeleriyle bu durum domino etkisi yapacak ve yatırım, istihdam gibi planlamalarını da gözden geçirmelerine sebebiyet verecektir. Üretim, katma değer yarattığından ekonomi için vazgeçilmez niteliktedir. Üretici kazanç sağlamak için pazar payını ve karını artırmak üzerine planlamalar yapar. Uzun vadeli yapılan bu planlar, taklit ürünlerin Pazar payı üzerindeki olumsuz etkilerinden dolayı sektöre uğramakta ve ürün gelişimi engellenmektedir. Taklit ürünlerin yüksek oranlara varan satışları, ister istemez dürüst işletmeleri mevcut ürün geliştirme ve yatırımlarla yeni ürün ortaya çıkarmak için yatırım yapmaktan vazgeçirmektedir²⁶².

Taklit markaların piyasada ucuza satılıyor olması tescilli marka sahibinin ürettiği ürünlerde fiyat politikasını gözden geçirmesine ve Pazar payını tekrar istediği seviyeye getirmek için fiyatları aşağı çekmeye zorlayabilmektedir. Bu durum kısa vadede tüketicinin lehine gibi görünmekle birlikte, özellikle ürünün kalitesinin düşmesine, Pazar payının küçülmesine ve nihayet uzun vadede ekonomik düzenin küçülmesi ve toplum refahının azalmasına sebebiyet verir.

2- Tüketicilerin Bireysel Menfaatlerinin İhlal Edilmesi

Sıradan tüketiciler bir malı genellikle markasına göre tercih etmektedir. Bir taraftan markasından dolayı bir malı tercih eden müşteri kitlesi ile diğer tarafta taklit markalı bir mal olduğu düşünüldüğünde söz konusu taklitçilikten habersiz durumdaki tüketicinin iradesinin, markanın ürünün kendisinin önüne geçtiği adeta bir statü göstergesi halini aldığı tüketime dayalı bir ekonomik düzende, fesada uğratıldığı ifade edilebilir²⁶³. Tüketici açısından, taklit

²⁶¹ BAŞBÜYÜK, İsa; Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s.44.

²⁶² HARMS, Louis; The Enforcement Intellectual Property Rights, A Case Book World Intellectual Property Organisation, WIPO Publication No:791E, Third Edition, 2012, s. 481.

²⁶³ BAŞBÜYÜK; 2014 a.g.e., s.42.

mallar üç yönüyle iradeyi etkilemektedir. Bunlardan ilki tüketicinin taklit ürünle yanlış yönlendirilmesidir. Başkasına ait tescilli bir marka hakkına tecavüz edilerek kullanılan markanın üzerinde olduğu mal ya da hizmetten faydalanan tüketicinin iradesi sakatlanmıştır. Markanın simgesel bir değeri olduğu kadar, o markanın üzerinde olduğu malın veya hizmetin belli bir kalitede olduğuna dair tüketici nezdinde güven oluşmasına hizmet ettiği açıktır. Bu güven ile tüketicinin o markadan beklentisi de şekillenir ve marka, o malın kalite sembolü haline gelir.

Başkasına ait tescilli bir marka hakkına tecavüz edilerek kullanılan markayla üretilen mallar, tüketicilerin sağlığı ve güvenliği açısından da risk oluşturarak tüketicinin iradesini fesada uğratan bir diğer durumdur. Tıp alanında daha çok da sahte ilaç sektöründe, yiyecek içecek, alkol ve sigara, otomotiv ve elektronik sektöründe birçok örneği görülen bu durum tüketicileri ciddi sağlık sorunlarıyla ve güvenlik riskleriyle karşı karşıya bırakmaktadır.

Tüketicinin iradesini fesada uğratan bir diğer husus da taklit markalı malların düşük kalitede üretilmesi sonucu tüketicinin maddi menfaatlerinin olumsuz yönde etkilenmesidir. Üzerindeki markanın taklit olduğunu bilmeksizin, markanın yarattığı kalite algısına güvenerek fiyat değerlemesi yapan tüketici, taklit ürünün kalitesiz olması nedeniyle, ürüne ödediği bedelin karşılığında beklediği faydayı sağlayamayacaktır.

3- Kamu Sağlığına Olan Zararlı Etkileri

Tescilli markaların aksine, uyulması gereken üretim standart ve normlarına uymayarak özellikle ilaç, gıda, oyuncak ve kimya sektöründe üretilen taklit markalı birçok ürün toplum sağlığını tehdit etmektedir²⁶⁴. Kısıtlı imkanlarıyla dertlerine çare arayan tüketici özellikle sağlık ve gıda sektöründe ihtiyaç duyduğu ürünü daha ucuza bulduğunda sahte olup olmadığına bakmaksızın tercih etmekte ve sonrasında ciddi sağlık problemleriyle karşı karşıya kalmaktadır. Daha çok gelişmekte olan ülkelerde karşılaştığımız bu durum, toplum sağlığını koruma açısından önemli bir sorun olarak görünmektedir²⁶⁵. Ülkemizde de sık sık yaşanan alkol zehirlenmesi vakalarında²⁶⁶ olduğu gibi, içkiye yüksek talebin olduğu

²⁶⁴ The Economic Impacts of Counterfeiting and Pracy, Report Prepared for BASCAP and INTA, s. 51, <https://www.iccwbo.be/wp-content/uploads/2017/02/ICC-BASCAP-INTA-2016-report.pdf>.

²⁶⁵ Beccaria'ya göre "suçun gerçek ölçütü topluma verdiği zararla anlaşılır." Dolayısıyla hangi fiillerin suç olarak nitelendirileceği kişilere ve topluma verdiği zararla belirlenmelidir. BECCARİA; a.g.e., s.55.

²⁶⁶ 14.10.2020 günü itibarıyla 6 gün içerisinde 49 kişinin sahte içkiden hayatını kaybettiği belirtilen "Yasa dışı yoldan kazanç elde etmek amacıyla üretilip satılan sahte içki, can almaya devam ediyor." başlığı ile verilen haber için bkz. <https://www.ntv.com.tr/turkiye/sahte-ickiden-6-gunde-49-olum,QU-tMa-j0iHICMJOkW5Yw>.

ortamlarda sahte alkol sektörünün her geçen gün daha fazla satış rakamlarına ulaştığı görülmektedir²⁶⁷.

Toplum sağlığı açısından en büyük problem ilaç ve kozmetik sektöründe ortaya çıkmaktadır. Özellikle sahte ilaçlar, yanlış ya da eksik etken madde içerebileceği gibi hiç etken madde içermeyebilir. Şampuan, saç kremi, saç boyası gibi saç ve deodorant, dermatolojik ürünler, makyaj malzemeleri gibi kozmetik ürünler, anti tartar-anti plak özelliğine sahip diş macunları, nemlendirici gibi cilt ürünleri, vitamin ve mineral takviye ürünleri, bebek mamaları, cilde zararlı kimyasal kullanarak üretilen temizlik malzemeleri hatta oyuncaklar gibi ürünlerin bazıları kendilerinden beklenen faydayı sağlamayacağı gibi, bazı durumlarda da ölümcül sonuçlara sebebiyet verebilmektedir²⁶⁸. İlaçlara ulaşım zorluğu, uzun ve karmaşık tedarik zinciri ve internetten ilaç satışları tüketicilerin taklit ve sahte ürünlere erişimini kolaylaştırmaktadır. Taklit ve sahte ilaçlar sebebiyle Dünyada Interpol'ün öngörüsüne göre yılda bir milyondan fazla kişinin hayatını kaybetmesi bu sorunun boyutlarını gözler önüne sermektedir²⁶⁹.

Sadece gıda ya da ilaç sektörü değil aynı zamanda herhangi bir standarda bağlı olmaksızın üretilen sahte ürünler üretim şekillerinden dolayı tüketiciyi dolayısıyla da toplum sağlığını tehlikeye atmaktadır. Yasaklanmış kimyasal madde içeren taklit markalı oyuncaklar, sıkıştırılmış tahta parçacıklarından ya da kartondan yapılmış fren balataları, uçak teknolojisinde kullanılan taklit yedek parçalar gibi ürünler ölümcül sonuçlara neden olabilmektedir²⁷⁰.

²⁶⁷ Alkol arzının yasaklandığı, bunun yanında yüksek kaliteli içkilere sürekli talebin arttığı 1920'li yılların ABD'sinde, sadece 1930 yılında 15.000 insanın alkolden dolayı felç geçirmiştir. 1930'lu yıllarda sahte ilaç, otomobil parçaları, sigara ve deodorant üretildiği, 1950'li yıllarda sahte çocuk felci aşısı, 1960'lı yıllarda da otomotiv ve uçak sektöründe sahte parçalar üretildiği ifade edilmektedir. 1970'li yıllarda, tüketicilerin tasarım markalara rağbet göstermesiyle marka taklitçiliğinde bir patlama yaşandığı, 1980'li yıllarda ise bu patlamanın tüm taklit markalı ürünlere yansiyarak marka taklitçiliği fiillerinin yüksek oranlara ulaştığı raporlarla sabittir. JENNINGS, Jonathan S.; Trademark Counterfeiting An Unpunished Crime, Journal of Criminal Law and Criminology Volume 80, Issue 3 Fall, 1989-1990, s. 810, <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6633&context=jcllc>, ET: 16.03.2019 Sadece 2012 yılında 17.302 insanın alkol zehirlenmesiyle hayatını kaybettiği Rusya'da, alkollü içeceklerin %30-40'ını taklit/sahte ürünlerin oluşturduğu değerlendirilmektedir. Raporun ayrıntıları için bkz. The Economic Impacts of Counterfeiting and Pracy, s. 51.

²⁶⁸ SAVRAN, Bülent; Reklamlar ve Tıbbi Etik adlı makale, Tıp Dünyası Dergisi, S. 68, Eylül 2000, s.5. <https://www.ttb.org.tr/TD/TD68/5>; ET: 16.03.2019.

²⁶⁹ Dünya Sağlık Örgütü, gelişmekte olan ülkelerde taklit ve sahte ürünlerin ilaç piyasasının %10-30'unu oluşturduğunu tahmin etmektedir. DSÖ'ne göre bu oran gelişmiş ülkelerde yaklaşık %1 civarındadır. Detaylı bilgi için bkz. The Economic Impacts of Counterfeiting and Piracy, s.52.

²⁷⁰ 1989 yılında 50 yolcu ve 5 mürettebatın ölümüne neden olan Norveç'teki uçak kazasının standartlara uymayan taklit civata kullanımı sonucunda meydana geldiği tespit edilmiştir. 1991 yılında bir anne ve çocuğunun ölümüne sebep olan bir trafik kazasının tahta talaşlarından yapılan taklit fren balatasından

Taklit ve sahte ürünlerin toplum sağlığı açısından dolaylı bir etkisi de kullanıldıklarında beklenen etkiyi yaratmayacakları için özellikle bulaşıcı hastalıkların tedavisinde hastalığın bulaşıcılığının kontrolden çıkmasına yol açabilecek olmalarıdır. Diğer taraftan hastalıkla mücadele sürecinde sağlık sisteminin verimsizleşmesine, sağlık personelinin iş yükünün artmasına, daha da önemlisi sağlık personeline duyulan toplumsal güvenin zedelenmesine kadar varacak olumsuz etkilere sebep olabilecektir.

4- Ekonomik Düzenin Menfaatlerine Verilen Zarar

Taklit markalı ürünler, tescilli marka sahiplerinin maliyetlerini yükseltmekte, gelirlerini düşürmekte ve karlarını eritmek suretiyle işletmeye zarar vermektedir. Bu durum sadece işletmenin zararı olarak görülemez. Bu zarar sonucu sadece Ticari işletmenin değil, aynı zamanda dağıtım kanallarının, toptancı ve perakendecilerin ve sektörlerin kendi özelliklerine bağlı olarak ilişkide oldukları üçüncü şahısları da içine alan ekonomik düzenin de etkilendiği açıktır²⁷¹. Daha geniş bir ifade ile kayba uğraya gelir ve istihdam fırsatları yatırımlar ve ülke ekonomisini doğrudan etkileyen vergi kayıpları da yaşanan ihlallerin sonuçlarındandır²⁷². Taklit malların satışı genelde el altından yapıldığından bu işi meslek edinmiş kişilerin haksız kazançları üzerinden vergi ödemeye en azından istekli olmadıkları söylenebilir²⁷³.

Adil rekabet edilebilir bir piyasada tescilli marka hakkı sahipleri ürünlerini özgürce ancak serbest ve rekabetçi piyasa koşullarında değerlendirerek fiyatlamaktadır. Tüketiciler de bu rekabet ortamında istek ve ihtiyaçlarına göre serbestçe tüm ürünleri değerlendirerek

kaynaklandığı, 1987 yılında gerçekleşen bir helikopter kazası ile ilgili araştırma neticesinde de kazanın taklit debriyaj kullanımından kaynaklandığı tespit edilmiştir. Söz konusu taklit debriyaj ürününün 600'den fazla helikopterde kullanıldığı anlaşılmıştır. 2012 yılında ABD Senatosunda hazırlanan bir raporda sivil havacılık sektöründe 1800 taklit yedek parça vakasının tespit edildiği belirtilmiştir. Tüm bu örnekler taklit ürün kullanımının ne denli ölümcül sonuçları olduğunu ortaya koymaktadır. Örnekler için naklen ÇETİNTÜRK; a.g.e., s.129.

²⁷¹ İngiltere İstinaf Mahkemesi'nin 2002 yılında Sliney-London Borough of Havering davasında vermiş olduğu kararda; "...marka kanununun 92. maddesi ve benzeri hükümlerde üstü kapalı olarak, amacın sadece tescilli markalara ilişkin mülkiyet haklarının korunması olmadığı, aynı zamanda ticaretin iyileştirilmesinin, ekonomik düzenin teşvik edilmesinin ve tüketicinin korunmasının sağlanması da olduğunu belirtmiştir. Markaların bir değeri vardır ve bu değer genellikle yüksektir. Tüketiciler, normal şartlarda sadece belli bir markayı taşıdığından o markalı ürünleri tercih ederler. Yani o marka kalite, güvenilirlik ve moda özelliklerinin bazılarını ya da tümünü temsil eder. Tam da bu sebeple bu markaları taklit etmeye çalışan kişiler mevcuttur. Bu durum marka taklitçiliğini her geçen gün büyüyen bir sorun haline getirmektedir. Diğer taraftan kamu güvenliğine dair önemli değerlendirmeler de söz konusudur. Paketli yiyecekler, motorlu araç parçaları ve oyuncaklar gibi taklit malların son derece tehlikeli olduğu yıllar boyunca çeşitli olaylarla kanıtlanmıştır. Hem ekonominin hem de kamu menfaatlerinin markalar yönüyle mevcut hukuki kanun yollarının ötesine geçilerek korunması arzu edilmektedir..." tespitlerine yer verilmiştir. Söz konusu karar için bkz. HARMS, a.g.e., s.475.

²⁷² HARMS; a.g.e., s.474.

²⁷³ HARMS; a.g.e., s.474.

tercihlerini yapar. Serbest ve adil rekabetçi piyasa ortamında gerçekleşen bu durum sayesinde de işletmeler tercih edirliliklerine göre piyasada ön plana çıkar. Tüm bu arz-talep dengesinin oluşmasını katkısı yadsınamaz olan marka hukuku, düzgün piyasa oluşumuna ve piyasanın işlemesine de yardım etmiş olur. Tüm bu sebeplerle marka haklarının korunamadığı bir piyasanın adil, rekabetçi ve etkin işlediğini söylemek mümkün değildir²⁷⁴.

5- Diğer Hukuksal Tedbirlerin Yetersiz Kalması

Tescilli marka hakkına tecavüz fiillerinin, kolay bir şekilde ve yaygın olarak işlenebilir olmasının sebeplerinden biri diğer hukuksal tedbirlerin caydırıcılığının düşük olmasıdır. Bu kadar yaygın işlenmesinin ve diğer hukuksal tedbirlerin caydırıcılığının düşük olmasının en önemli sebebi yüksek kar, düşük risk oranıdır. Tescilli marka hakkı sahibinin markasının değerini belirleyebilmek ve tüketici nezdinde tercih edilen bir marka halini almasını sağlamak için araştırma-geliştirme, kalite kontrol, pazarlama, reklam, istihdam ve vergi gibi masrafların en azından büyük bir kısmı olmadan markanın taklit edilmesiyle elde edilen karlılık, karşılığında alınan risk ile kıyas edilemeyecek derecede yüksektir. Marka taklitçiliği ile elde edilen yüksek karın karşılığında karşılaşılabilecek olası risklerin düşük olduğu, özellikle de bazı ülkelerde ceza normları uygulanıyor olsa dahi elde edilen karın yanında bu yönüyle bile caydırıcılığın düşük olması bu eylemlerin her geçen gün daha da fazla işlenmesine sebebiyet vermektedir.

Marka suçlarının karlı bir eylem olması organize suç örgütlerinin de bu alana ilgisinin artmasına sebebiyet vermiştir²⁷⁵. Daha da ötesi, endüstriyel üretimin her geçen gün gelişmesi ve teknolojinin de desteğiyle kalitesi gittikçe yükselen taklit markalı ürünlerin üretim kapasitesi ülke sınırlarını aşarak uluslararası bir boyut almıştır.

Marka suçlarını yaygın bir eylem haline getiren diğer bir sebep teknolojinin söz konusu malların daha kolay çoğaltılmasına imkân vermesidir. Her geçen gün yenilenen ve gelişen teknoloji, tescilli marka sahibi üreticilerin üretimlerine yansıdığı kadar aynı zamanda marka taklitçilerinin de taklit markaları daha kolay, çabuk ve az maliyetle üretmeleri imkanını doğurmaktadır. Teknolojinin, tescilli bir markayı taklit ederek herhangi bir yerde ve istenen miktarda bu kadar kolay üretime imkân sağlaması, marka hakkının nasıl

²⁷⁴ ÇETİNTÜRK; a.g.e., s.144.

²⁷⁵ Taklitçiliğin yüksek kar oranlarıyla kolay para elde etme imkânı sağlamasından, organize suç örgütleri ve özellikle de terör örgütlerinin istifade ettiğine ve terör eylemlerinin finanse edilmesi için marka taklitçiliği ile terörist gruplar arasında açık bağlantılar bulunduğuna yönelik kanıtlar tespit edildiğine dair iddialar için bkz. HARMS; a.g.e., s.474.

savunmasız bir konumda olduğunu göstermektedir. Mevcut teknolojik imkanlarla kaldırım altı denilebilecek bir üretici, gerçeğine göre çok daha az bir masrafla, Dünya çapında tanınan bir markayı taklit ederek kolaylıkla üretim yapabilmektedir.

Online ticari faaliyetlerin ülke sınırlarını ortadan kaldırması, internet kullanımının giderek daha hızlı ve yaygın hale gelmesiyle birlikte, tescilli bir markayı taklit ederek üretilen taklit ürünlerin daha fazla kişiye ulaşabilir olması, kolay ve yaygın satılmasını sağlayan bir başka sebep olarak karşımıza çıkmaktadır.

Marka hakkına yönelik tecavüz fiilleri aynı zamanda birer “haksız fiil niteliğindedir. Marka hakkına yönelen haksız fiiller genel hükümler ötesinde korunmakta ve ortaya çıkan zararı gidermek için

Etkileri ve yansımaları toplumun çok büyük bir kısmını ilgilendiren, ihlal edildiğinde sadece hak sahiplerini değil çok daha fazlasını, hatta globalleşen ekonomik düzeni etkileyen fiilleri, sadece özel hukuk kapsamında değerlendirmek artık mümkün görünmemektedir²⁷⁶. Hatta bu ihlallerin özel hukuk müeyyideleriyle düzenlemek hayal olmuştur²⁷⁷.

Marka hakkı ihlallerinin toplumda yarattığı etki de benzer suç tiplerinde olduğu kadar etkili değildir. Örneğin dolandırıcılık veya hırsızlık suçlarında toplumda oluşan duyarlılık marka hakkı ihlalleri neticesi taklit mallarla karşılaşıldığında maalesef oluşmaktadır. Özellikle gelişmekte olan ülkelerde bu durum daha bariz ortaya çıkmakta hatta taklit mallara olan rağbetten dolayı marka suçları konusunda toplumun belli kesimlerinde sosyal kontrol mekanizmalarının devre dışı kalması da karşımıza çıkabilmektedir. Bundan dolayı ceza normlarıyla korunmayan marka hakları daha fazla

²⁷⁶ AYDIN, Hüseyin; Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar, Yetkin Yayınevi, Ankara 2003 s.25.

²⁷⁷ ERMAN, Sahir; Ticari Ceza Hukuku, C. I Genel Kısım, 3. Baskı, İstanbul 1992, s.22; DONAY, Süheyl; ERMAN, Hasan; Sınai Mülkiyet Aleyhine Suçlar ve İlgili Mevzuat, Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti İstanbul 1973, s.5.

ANTOLISEI'ye göre bütün yaptırımların en ağırlı olan ceza, yalnız suçlu için değil, onu uygularken bazı yükleri üzerine alan Devlet bakımından da bir kötülüktür. Bunun için, devlet, mecbur kalmadıkça ceza adını verdiğimiz yaptırıma başvurmaz. Eğer, ceza dışında kalan 'yaptırımlarla sorunu çözemez, başka bir deyişle, diğer yaptırımların yetersizliği veya uygulanmalarının imkânsızlığı yüzünden Devlet, toplumun savunma, korunma ve gelişmesi konularında doyurucu sonuçlara ulaşamazsa, hukuk düzenini bozmuş olan fiile ceza adını verdiğimiz yaptırımı uygular. Naklen; ALACAKAPTAN, Uğur; Suçun Unsurları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 372 Sevinç Matbaası, Ankara-1975 s.3; Ancak yazar sadece diğer hukuk dallarının yetersiz kaldığı durumlarda devletin suç ihdas ettiği fikrinin ceza hukukunu diğer hukuk dallarının tamamlayıcısı haline getireceğini bunun bu şekilde açıklanmasının doğru olmayacağını “Şayet, Devletin ceza veriş biçimi böyle bir nedene dayandırılacak olursa, ceza hukukunun diğer hukuk dallarının tamamlayıcısı olduğunu kabul etmek gerekecektir. Fakat ceza hukukunu, diğer hukuk dallarının tamamlayıcısı sayan bu çeşit görüşler kabul edilemez” diyerek ifade etmektedir.” ALACAKAPTAN; a.g.e., s.4.

ihlallerle karşılaşma riski altındadır.

Korunan hukuksal değerlerden ötürü özel hukukun yaptırım ve tedbirleri ceza hukukunun caydırıcılığı kadar etkili değildir. Öncelikle ceza hukuku tedbirleri ve caydırıcılığı soruşturma safhasında belirgin bir şekilde etkilidir. Kolluk ve adli makamlar soruşturma safhasında gerek delil toplama gerekse ihlale neden olan materyalleri toplama ve el koyma konularında daha fazla yetkiyle hareket eder. Bunun yanında ihlali gerçekleştiren failin gerek elde ettiği ya da beklediği menfaatten daha fazla para cezası tehdidi gerekse özgürlüğünün tehlikeye girmesi, bunun yanında işyerinin kapatılması, eldeki malların ve üretim ekipmanlarının müsaderesi gibi ek tedbirlerle de ceza hukuku yaptırımlarının çok daha güçlü caydırıcı etki yaratmasını sağlamaktadır.

D- TRIPS'in Getirdiği Asgari Cezai Koruma Standartları

Ülkemizin de üyesi olduğu Dünya Ticaret Örgütü'nün (DTÖ)²⁷⁸, üye ülkelerin taraf olduğu anlaşmaların büyük bir kısmında, marka hakkına tecavüz fiilleri karşısında başvurulabilecek hukuki koruma yöntemleriyle ilgili birçok hüküm yer almasına rağmen, ceza normlarıyla nasıl korunacağı ve hangi yaptırımların uygulanacağına dair, 1 Ocak 1995 tarihinde yürürlüğe giren Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması'nın kabul edilmesine kadar herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı²⁷⁹. Dünya genelinde marka haklarının global anlamda korunması açısından farklı uygulamaları ortadan kaldırmak, uluslararası anlamda genel asgari kurallar getirmek amacıyla Dünya Ticaret Örgütü'nün kurucu anlaşmasına ek olarak TRIPS kabul edilmiş, DTÖ'nün üyesi olan her ülkenin fikri mülkiyet haklarının korunması amacıyla uygulaması gereken asgari düzeyde standartları belirlemiştir.

TRIPS, taraf devletleri marka haklarının hukuksal korunması ile ilgili çeşitli hükümlerle yükümlülük altına almaktadır. Bu yükümlülüklerden bir tanesi de marka hakkının ceza normlarıyla korunması konusunda, beşinci bölümün “Ceza Usulleri” başlıklı 61. maddesindeki “Üyeler en azından ticari ölçekte bilerek marka sahtekarlığı veya telif

²⁷⁸ Türkiye 1951 yılında GATT Anlaşması'na taraf olmuş, 15 Nisan 1994 tarihinde Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması'nı kurucu üye olarak imzalayarak 26 Ocak 1995 tarihli 4067 sayılı kanun ile anlaşmayı onaylamıştır. Bugün itibarıyla Dünya Ticaret Örgütü'ne üye ülkesi sayısı 158'dir.

²⁷⁹ 1986-1994 yılları arasında DTÖ'nün üye devletler arasında sürdürülen Uruguay Turu Müzakereleri sırasında DTÖ kurucu anlaşmasına ek olarak 01.01.1995 tarihinde yürürlüğe giren TRIPS, o zamana kadar fikri mülkiyet konusunda kabul edilen en kapsamlı, çok uluslu anlaşmadır. 164 üyesi bulunan DTÖ'nün kurucu üyelerinden biri olan Türkiye, TRIPS anlaşmasına 01.07.1995 tarihinde taraf olmuş, ancak gelişmekte olan ülkeler için belirlenen geçiş sürecinden de faydalananak beş yıl sonra yani 2000 yılında anlaşma hükümlerini uygulamaya başlamıştır. TRIPS'in orijinal metni için bkz. https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/31bis_trips_01_e.htm

hakkı korsanlığı halinde uygulanacak cezai usul ve yaptırımları hükme bağlayacaklardır. Uygulanabilecek telafi yöntemleri eşdeğer ağırlıktaki suçlara uygulanan ceza düzeyine uygun, yeterince caydırıcı nitelikte olan hapis ve/veya para cezalarını içerecektir. Uygun hallerde uygulanabilecek telafi yöntemleri ihlale neden olan malların ve suçun işlenmesinde esas olarak kullanılan malzeme ve aletlere el konmasını, bunlar üzerindeki hakkın kaybedilmesini ve bunların imha edilmesini de içerecektir. Üyeler fikri mülkiyet haklarının başka şekillerde ihlal edilmesi halinde ve özellikle bu ihlal kasten ve ticari ölçekte işlendiğinde uygulanacak cezai usuller ve yaptırımları hükme bağlayabilirler.²⁸⁰ düzenlemesidir. Bu maddeyle taraf devletler, ulusal düzenlemelerinin asgari standartlarını madde metninde belirtilen asgari standartlar ölçüsünde uyumlandırmakla zorunlu kılınmıştır.

TRİPS, madde metinlerinde taklit markalı malın herhangi bir tanımına yer vermemekle birlikte tanımlamayı başka bir maddenin dipnotunda yapmıştır²⁸¹. Bu tanıma göre taklit markalı mal; “bu mallar için geçerli olarak tescil edilmiş bir markanın aynısı²⁸² veya esas unsurları ile bu markadan ayırt edilemeyen bir markayı izinsiz olarak taşıyan ve bu nedenle ithalat yapılan ülkenin yasaları kapsamında söz konusu markanın sahibinin haklarını ihlal eden mallar ve bu malların ambalajları anlamına gelmektedir.

TRİPS, 61. maddesi ilk cümlesiyle fikri mülkiyet haklarından sadece kasten işlenen “marka taklitçiliği (trademark counterfeiting) ve telif hakkı korsanlığı (copyright piracy) ihlallerinin ticari ölçekte olması halinde ceza normlarıyla korumanın asgari normlarını belirlemiştir. Diğer fikri ve sınai mülkiyet haklarına yönelik ihlallerin ceza normlarıyla korunup korunmayacağına ve korunacak ise de nasıl korunacağına dair kararı

²⁸⁰ TRİPS 61. maddenin Türkçe metni için bkz.

https://www.telifhaklari.gov.tr/resources/uploads/2012/03/18/2012_03_18_183846.pdf.

²⁸¹ TRİPS’in “Sınır Önlemleri ile İlgili Özel Koşullar” başlıklı dördüncü bölümde “Gümrük Makamları Tarafından Malların Serbest Bırakılmasının Erteleenmesi “başlıklı 51. maddesinin içeriğinde geçen “taklit/sahte marka” (counterfeit trademark) teriminden ne anlaşılması gerektiğini aynı maddenin 14 no’lu dipnotunda açıklamakta ve taklit markanın tanımına yer vermektedir.

²⁸² TRİPS anlaşmasının Bakanlar Kurulu tarafından onaylanması sonrası Resmî Gazete’de yayınlanan Türkçe çevirisinde, metinde geçen “identical” ifadesi “tamamen aynı, eş, benzer” olarak çevrilmiştir. Çeviri için bkz. OVACIK, Mustafa; İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü 2. Baskı, Olgaç Matbaası, Ankara, 1986 s.165, Buradaki kullanımı “tamamen aynı” anlamına geldiğini değerlendirmekteyiz. Keza aksi olsaydı verilen haklar başlıklı 16. Maddesinde çevirisinde de olduğu gibi aynısı ve benzeri “identical and similar” olarak ayrı ayrı kullanıma gerek kalmazdı. Aynı terimin, iki ayrı maddede iki ayrı anlamda çevrilerek kullanılması ancak hata olarak nitelendirilebilir. Türkçe metin için bkz;

https://www.telifhaklari.gov.tr/resources/uploads/2012/03/18/2012_03_18_183846.pdf

Orijinal (İngilizce) metin için bkz; https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf.

üye devletlerin iradelerine bırakmış herhangi bir yükümlülük getirmemiştir²⁸³.

TRIPS'in 61. maddesi ile dipnotta yapılan taklit marka tanımı da birlikte değerlendirildiğinde TRIPS'in marka haklarının ceza normlarıyla korunması açısından getirmiş olduğu asgari standartlar şunlardır:

TRİPS markayı tanımladığı 15. maddesinde, markanın (trademark) bir işletmenin mal (ürün) ve hizmetlerini diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayıran işaret veya işaret kombinasyonu olduğunu ifade ederken mal (ürün) markası – hizmet markası ayrımı yapmadığı görülmektedir. Dolayısıyla mal ve hizmet markası hakkına yönelik taklitçilik fiilleri suç olarak düzenlenmek üzere yükümlülük kapsamında olup doktrinde yapılan yorumların aksine²⁸⁴ TRİPS, mal ve hizmet markaları arasında herhangi bir ayırım yapmamaktadır.

Anlaşmanın 61. maddesi ile 51. maddesinin 14. dipnotu birlikte değerlendirildiğinde marka taklitçiliği fiillerinin, sadece taklit markanın tescilli markanın aynısı (identical) ya da ayırt edilemeyecek derecede benzerini (indistinguishable) kullanması halinde suç olarak düzenlenmesi yükümlülük kapsamındadır²⁸⁵. 61. madde kapsamında, karıştırma ihtimali ya da benzer işaretlerin (Likelihood confusion ya da similar signs) kullanılması halinde herhangi bir yükümlülük bulunmamaktadır.

Asgari korunma şartlarından biri olarak, TRİPS 51. maddesinin 14. dipnotunda bulunan tanımdan hareketle korunmadan yararlanmak için ilgili markanın üye ülkede tescilli olması gerekir. Dolayısıyla burada vurgulamak gerekir ki üye ülkenin tescil sisteminde tescilli olmayan bir markaya, özellikle de Paris Sözleşmesi md.6 kapsamındaki tanınmış markalara yönelik bir tecavüz halinde cezai yaptırım yönünden üye ülkenin bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.

²⁸³ TRİPS, sadece 61. maddesinde değil aynı zamanda daha sözleşmenin birinci maddesinde bu durumu “Üyeler, zorunlu olmamakla birlikte, bu Anlaşma hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla, yasaları ile Anlaşma ile istenilen korumadan daha geniş bir koruma öngörebilirler.” hükmü ile de üye devletlere asgari standartları vererek bu standartların üzerinde koruma yöntem ve usulleri ile ilgili üye devletlerin serbest olduğunu ifade etmektedir.

²⁸⁴ Başbüyük, TRİPS 61. maddenin yalnızca “ticaret markaları için bir cezai koruma yükümlülüğü getirdiğini bu nedenle taraf devletlerin hizmet markalarına yönelik fiilleri cezalandırma noktasında herhangi bir yükümlülüklerinin bulunmadığını ifade etmektedir. Söz konusu yorum için bkz. BAŞBÜYÜK; 2014 a.g.e., s.47. Diğer taraftan Çetintürk, TRİPS bağlamında marka taklitçiliği için öngörülen asgari şartları ifade ederken TRİPS'in sadece mal markalarının değil aynı zamanda hizmet markalarını da korunmasının gerektiğini ifade etmektedir. Ancak Çetintürk'e göre bir yorumlama meselesi nedeniyle bazı ülkeler taklit hizmet markalarının cezalandırılması konusunda başarısız olmaktadır. Söz konusu yorum için bkz. ÇETİNTÜRK; a.g.e., s.172.

²⁸⁵ Resmî Gazete'de yayınlanan Türkçe çevirisinde, metinde geçen “identical” ifadesinin “aynısı” yerine “benzer” olarak kullanılmış olmasıyla ilgili bkz. dn.388.

Üye ülkeler için asgari cezai normlarını belirleyen 61. madde metninde marka taklitçiliği suçunu işleyenlerin bu suçun anlam ve sonuçlarını bilerek işlemeleri halinde cezalandırılmaları gerekir. Diğer bir ifadeyle bu suçların kasten işlenmesi hali yükümlülük kapsamındadır.

TRIPS'e göre marka hakkına tecavüz fiillerinin ticari ölçekte ve ticari amaçla²⁸⁶ işlenmesi halinde cezalandırılmaları yeterli olacaktır. Ticari amaçla olmayan, kişisel kullanım için ya da kâr amacı gütmeyen fiiller bu kapsam dışında değerlendirilmelidir.

Üye devletlerin marka hakkı ihlalleri için uygulayacakları yaptırımların mutlaka adli nitelikte olması gerekmektedir. TRIPS burada uygulanacak cezaların, eşdeğer ağırlıktaki suçlara uygulanan yaptırımlar ölçüsünde ve caydırıcı olacak şekilde hapis cezası ve para cezasının birlikte ya da seçenek yaptırım olarak uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Buradaki temel amaç cezaların yeteri kadar caydırıcı olmasıdır²⁸⁷. Diğer taraftan eşdeğer ağırlıktaki suçlardan ne anlaşılması gerektiği hususunda madde metninde açıklayıcı bir hüküm bulunmamakla birlikte üye devletlerin bunu belirleyebilecekleri açıktır. Marka taklitçiliğine benzerlikleri dolayısıyla dolandırıcılık veya benzeri ekonomik amaçla işlenen suçların baz alınabileceği doktrinde değerlendirilmektedir²⁸⁸.

TRIPS'in taraf devletlere yüklediği önemli bir yükümlülük de marka hakkına tecavüz fiillerinin ceza yaptırımları yanında ihlallerin toplumsal tehlikeliliğinin ortadan kaldırılması için²⁸⁹ suçun konusu mallara ve bu malların üretiminde kullanılan malzeme ve araçlara da el konulmasına, bunlar üzerindeki hakkın kaybettirilmesi ve imhasına dair de düzenlemelerin mutlaka olması gerektiğidir.

Anlaşma üye devletleri, marka sahteciliği (markanın aynısı ya da ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle taklitçilik fiilleri) dışında diğer ihlal

²⁸⁶ 2007 tarihli Avrupa Parlamentosu'nun, "Fikri Ve Sınai Hakların Korunmasının Hedeflenmesi ve Sağlanmasına Yönelik Cezai Tedbirler Başlıklı" Direktifinin, tanımlar başlıklı 2. maddesinin (c) fıkrasında marka hakkının da dahil olduğu fikri ve sınai mülkiyet haklarının kasten ihlalinden anlaşılması gerekenin; "ihlalin ticari ölçekte ekonomik avantaj elde etmek için bilinçli, planlı ve kasıtlı işlenmesi olduğu" (any deliberate and conscious infringement of the right concerned for the purpose of obtaining an economic advantage on a commercial scale) tanımlaması yapılmaktadır. Ticari ölçek kavramının ise "ticari avantaj elde etmek amacını ifade ettiğini, kişisel kullanımın ve kâr amacı gütmeyen fiillerin bu kapsam dışında kaldığını" aynı maddenin (b) fıkrasında (any infringement of an intellectual property right committed to obtain a commercial advantage; this excludes acts carried out by private users for personal and not-for-profit purposes) ifade edilmektedir. Metnin tamamı için bkz: <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TC+P6-TC1-COD-2005-0127+0+DOC+PDF+V0//EN>.

²⁸⁷ ÇETİNTÜRK; a.g.e., s.173.

²⁸⁸ ÇETİNTÜRK; a.g.e., s.173.

²⁸⁹ BAŞBÜYÜK; 2014 a.g.e., s.50.

hallerini, bu fiillerin kasten ve ticari ölçekte işlenmesi halinde uygulanacak cezai usulleri ve ceza miktarlarını da hükme bağlayabileceklerini de ifade etmiştir. Burada önemli olan, sahtecilik dışındaki ihlallerin ancak ticari ölçekte ve kasten işlenmesi halinde cezalandırılması gerektiğine dair bir prensip bildirmesidir.

Genel olarak Türkiye, TRİPS'e taraf bir ülke olarak SMK ile asgari yükümlülükleri karşılayan şekilde ve ölçüde bir ceza normuna sahip, buna bağlı olarak el koyma ve imha gibi istenen usul kurallarını da karşılayan düzenlemeleri ile TRIPS bağlamında yükümlülüklerini yerine getiren ülkelerden biridir.

E- Bazı Ülke Hukuk Mevzuatlarındaki Mevcut Ceza Düzenlemeleri

1- ABD Hukuku'ndaki Ceza Düzenlemeleri

Marka, Amerikan hukuk sistemine ilk olarak 1870 yılında kabul edilen “Trademark Act” ile girmiştir²⁹⁰. Modern anlamda ilk kez Federal mevzuata 1946 tarihli Lanham Kanunu ile girerek mal ve hizmet markası tanımı tescil işlemleri, süreçleri, tescil engelleri, sicilden silinme gibi süreçler ve prensipler düzenlenmiştir. Lanham Kanunu döneminde marka taklitçiliği fiilleri haksız fiil sorumluluğu ile engellenmeye çalışılmış herhangi bir ceza normu getirilmemiştir²⁹¹. Bu kanunda marka taklitçiliği (conterfeiting) “tescilli bir marka ile aynı ya da ayırt edilemez derecede taklit bir ürün olarak tanımlanmıştır²⁹².

Ancak marka suçları ticari hayatta duyulan yoğun ihtiyaçlar neticesinde geç de olsa 1984 yılında “The Trademark Counterfeiting Act of 1984 (TCA)” ile marka taklitçiliği suçu yasal zemine kavuşmuştur²⁹³. Böylece Amerikan federal hukuk sisteminde tazminat hükümleriyle önlenmeye çalışılan marka hakkı ihlalleri, tatmin edici tazminat kararları çıkmaması ve korumanın yetersiz kalması neticesi “marka taklitçiliği” suç olarak düzenlenerek cezai yaptırıma bağlanmıştır²⁹⁴.

Uygulamada yaşanan bazı eksiklik ve gerçekleşen hızlı değişim ve gelişimlere bağlı olarak ortaya çıkan ihtiyaçlar ile 2006 yılında Marka Taklitçiliği Kanunu'na (TCA) ek olarak “İmal Edilen Ürünlerde Taklitçiliğin Önlenmesi Kanunu (Stop Counterfeiting in Manufactured Goods Act (SCIMGA))” kabul edilmiştir. Bu düzenleme, TCA'da düzenlenen

²⁹⁰ JENNINGS; a.g.e., s.280.

²⁹¹ Lanham (Trademark) Act (15 U.S.C.) Index <https://www.bitlaw.com/source/15usc/index.html>

²⁹² SCHECHTER/THOMAS; a.g.e., s.677.

²⁹³ Madde metinleri ve ayrıntılı açıklamalar için bkz.; <https://www.justice.gov/archives/jm/criminal-resource-manual-1717-trademark-counterfeiting>, E.T: 17.03.2019. Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz.; https://en.wikipedia.org/wiki/Trademark_Counterfeiting_Act_of_1984, E.T: 17.03.2019.

²⁹⁴ SCHECHTER, THOMAS; a.g.e., s.678.

markaların ve suça konu olan eylemlerin kapsamını genişletmiştir.

Bu dönemde getirilen bir önemli yenilik de 1994 yılında marka suçlarının “Kara Para Aklama Kanunu” kapsamında cezalandırmaya konu eylemlerden sayılarak ağır yaptırımlara bağlanmasıdır.

TCA, taklit markanın ne olduğunu ifade ederek marka taklitçiliği suçunun cezalandırılabilmesi için, marka taklidinin, gerçek markanın aynısı (identical with) ya da ayırt edilemeyecek derecede benzeri (substantially indistinguishable from) kullanılmak suretiyle işlenmesini aramaktadır²⁹⁵. Diğer taraftan bir markanın “Karıştırılacak derecede benzer” olmasını (likelihood of confusion), marka taklitçiliği olarak kabul edilmesi için yeterli görmemektedir²⁹⁶.

Marka taklitçiliğini düzenleyen TCA’nın 2320. maddesi, marka taklitçiliği suçunun cezalandırılabilmesi için öncelikle taklit edilen markanın mal veya hizmet markası olarak kullanılmasını aramaktadır. İkinci olarak taklit marka kullanımı ya da kullanım teşebbüsünün kasıtlı olarak yapılmasını; üçüncü olarak da taklit markanın tescilli marka ile aynı mal ya da hizmetlerde kullanılmasını veya kullanmaya teşebbüs edilmesini; son olarak da kullanılan markanın başkasına ait bir markanın taklidi olduğunun biliniyor olmasını aramaktadır²⁹⁷.

Bu maddeye göre TCA marka hakkı ihlallerinden sadece aynı veya ayırt edilemeyecek derecede olan marka sahteciliğini cezalandırmaktadır. Kanunun aradığı suçun “ticaret” amacıyla işlenmesi ya da teşebbüs edilmesidir. Ayrıca fail taklit marka ticaretini mutlaka kasten işlemeli ve taklit ederek ticarete konu ettiği markanın sahte olduğunu bilmesi gerekmektedir. Kanunun aradığı son unsur da failin marka taklitçiliğini aynı veya bağlantılı mal ve hizmetlerde kullanılan bir marka hakkında işlemesidir. Tabi belirtmek gerekir ki marka taklitçiliği suçundan ceza verilebilmesi için hakları ihlal edilen markanın ABD Patent

²⁹⁵ TCA Title 18- Crimes and Criminal procedures Part I – Crimes Chapter 113- Stolen Property Sec.2320 – Trafficking in counterfeit goods or services.

²⁹⁶ McKENNA, Mark P. “Criminal Trademark Enforcement and the Problem of Inevitable Creep” , 2008 s.15, makalenin orijinal tam metni için bkz: [https://www.law.berkeley.edu/files/McKenna_-_Criminal_TM_Enforcement_\(IPSC_Draft\).pdf](https://www.law.berkeley.edu/files/McKenna_-_Criminal_TM_Enforcement_(IPSC_Draft).pdf) E.T. 17.03.2019. Ayrıca bkz. PATTISHALL/HILLIARD/WELCH II; a.g.e., s.208.

²⁹⁷ SCHECHTER/THOMAS; a.g.e., s.678; Madde metninde bu suçun ancak bilerek ve isteyerek işlenebileceği düzenlenmiştir. Gerek “intentionally” ifadesi gerekse kullanılan markanın başkasına ait tescilli bir markanın taklidi olduğunun biliniyor olmasının aranması bu suçun artık taksirle işlenmesi ihtimalini ortadan kaldırmaktadır. Madde metinleri ve ayrıntılı açıklamalar için bkz. <https://www.justice.gov/archives/jm/criminal-resource-manual-1717-trademark-counterfeiting>, E.T: 17.03.2019.

ve Marka Ofisinde tescil edilmiş ve kullanılan bir marka olması gerekir²⁹⁸.

TCA uyarınca, marka taklitçiliği suçunu işleyen kişinin gerçek kişi olması durumunda 2.000.000 (iki milyon) dolara kadar para ve 10 yıla kadar hapis cezası; bu suçtan daha önce mahkûm olmuş bir kişinin aynı suçu tekrar işlemesi halinde 5.000.000 (beş milyon) dolara kadar para ve 20 (yirmi) yıla kadar hapis cezası uygulanmaktadır²⁹⁹. Bu suçun tüzel kişi tarafından işlenmesi halinde ise 5.000.000 (beş milyon) dolara kadar para cezası, tekerrür halinde de 15.000.000 (onbeş milyon) dolara kadar para cezası yaptırım olarak belirlenmiştir³⁰⁰.

Bu yaptırımların dışında ağırlaştırıcı sebep olarak marka taklitçiliği sebebiyle ağır yaralanma veya ölüm meydana gelmesi halinde de ceza miktarlarını arttırarak uygulanacağı hükme bağlanmıştır³⁰¹. Ayrıca marka taklitçiliğinin askeri ürün ve hizmetlerde ve ilaç

²⁹⁸ (a)OFFENSES.—Whoever intentionally—

(1)traffics in goods or services and knowingly uses a [counterfeit mark](#) on or in connection with such goods or services,

(2)traffics in labels, patches, stickers, wrappers, badges, emblems, medallions, charms, boxes, containers, cans, cases, hangtags, documentation, or packaging of any type or nature, knowing that a [counterfeit mark](#) has been applied thereto, the use of which is likely to cause confusion, to cause mistake, or to deceive,

(3)traffics in goods or services knowing that such good or service is a [counterfeit military good or service](#) the use, malfunction, or failure of which is likely to cause serious bodily injury or death, the disclosure of classified information, impairment of combat operations, or other significant harm to a combat operation, a member of the Armed Forces, or to national security, or

(4)traffics in a [drug](#) and knowingly uses a [counterfeit mark](#) on or in connection with such [drug](#), or attempts or conspires to violate any of paragraphs (1) through (4) shall be punished as provided in subsection (b).

TCA 18 U.S.C. §2320 (a) metni için bkz.

<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/2320#:~:text=Whoever%20knowingly%20or%20recklessly%20causes%20or%20attempts%20to%20cause%20death,fined%20not%20more%20than%20%2415%2C000%2C000.>

²⁹⁹ Teksas Eyalet Mahkemesinde görülen bir davada mahkeme, ihlale konu ürünlerin değerleriyle orantılı bir cezaya hükmetmiştir. İlgili davada sanık ülkenin çeşitli eyaletlerinde Majorleague Baseball, National Football League ve National Basketbol Association (NBA) logolarını kullanarak ürettiği şapka mont ve benzer tekstil ürünlerini satarken yakalanmış ve FBI tarafından yapılan araştırmada 1.000 parça ürünün satışından iki milyon dolar değerinde para kazandığını ve depolarında da 28.000 adet de taklit ürünün olduğu tespit edilmiş; yargılama neticesi sanık 41 ay ceza almıştır.2010 yılında Houston’ da başka bir yargılamada Çin’den kaçak olarak getirilen Viagra ve Cialis isimli cinsel gücü arttırıcı ilaçların taklitlerini aynı markalı kutulara koyarak satan sanık Homeland Security tarafından yakalanmış ve 78 ay hapis cezasına mahkum edilmiştir. Naklen; İLKHAN, Seyrani. 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa göre Marka Hakkı Aleyhine İşlenen Suçlar, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2019, s. 42.

³⁰⁰TCA 18 U.S.C. §2320 cezalar başlıklı (b)/1 metni:

(b)PENALTIES.—

(1)In general.—Whoever commits an offense under subsection (a)—

(A)if an individual, shall be fined not more than \$2,000,000 or imprisoned not more than 10 years, or both, and, if a person other than an individual, shall be fined not more than \$5,000,000; and

(B)for a second or subsequent offense under subsection (a), if an individual, shall be fined not more than \$5,000,000 or imprisoned not more than 20 years, or both, and if other than an individual, shall be fined not more than \$15,000,000.

³⁰¹TCA 18 U.S.C. §2320 (b)/2 metni:

(2)Serious bodily injury or death.—

sektöründe işlenmesi de nitelikli hal olarak düzenlenerek yaptırımlar ağırlaştırılarak belirlenmiştir³⁰².

ABD’de marka hakkı ihlalleri, açık bir ihlalin varlığı ve sadece aynı ya da ayırt edilemeyecek derecede benzer olması halinde ceza normlarıyla koruma altına alındığından diğer ihlal halleri genellikle hukuk mahkemelerinde tazminat yoluyla korunmaktadır. Bu tercih TRIPS ile de uyumlu bir tercihtir.

ABD Adalet Bakanlığının fikir mülkiyet suçlarının soruşturulması amacıyla hazırlamış olduğu rehberde, cezai yaptırımların, suçu birden çok kez işlemiş olanlar, büyük çapta suç işleyen failler, kamu sağlığı ve güvenliğini tehdit eden fiilleri işleyenler ve örgütlü suç failleri cezalandırmayı ve caydırmayı sağladığı değerlendirilmiştir. Özellikle de suç örgütü faaliyetleri kapsamında bu suçların işlenmesi halinde, suç örgütlerinin toplum için taşıdıkları tehlike ve fikri mülkiyet ihlallerinin artış oranı birlikte dikkate alındığında, fikri mülkiyet suçlarına daha ağır cezaların uygulanması gerektiği tespiti de yapılmaktadır³⁰³.

ABD’de telif haklarıyla kıyaslandığında mark hakkına tecavüz fiillerine karşı ceza davaları çok daha fazladır. Buna rağmen Amerika’nın Federal Hukuk sistemi marka hakkı ihlallerini mümkün olduğunca ceza soruşturmalarıyla değil de hukuk davalarıyla çözüleceğine güvenmekte ve bu yönde özen göstermektedir.

2- İngiliz Hukuku’ndaki Ceza Düzenlemeleri

İngiltere’de marka hakkı, hukukumuza benzer bir şekilde tescilli bir markanın lisanssız veya sahibinin rızası olmadan 3. kişiler tarafından, aynısının veya benzerinin kullanılmasını yasaklama ve önleme haklarının düzenlendiği 1994 tarihli Marka Kanunu

(A) Serious bodily injury.—Whoever knowingly or recklessly causes or attempts to cause serious bodily injury from conduct in violation of subsection (a), if an individual, shall be fined not more than \$5,000,000 or imprisoned for not more than 20 years, or both, and if other than an individual, shall be fined not more than \$15,000,000.

(B) Death.—Whoever knowingly or recklessly causes or attempts to cause death from conduct in violation of subsection (a), if an individual, shall be fined not more than \$5,000,000 or imprisoned for any term of years or for life, or both, and if other than an individual, shall be fined not more than \$15,000,000.

³⁰² TCA 18 U.S.C. §2320 (b)/3 metni açıklamalar için bkz, ³⁰² SCHECHTER, THOMAS; a.g.e. s.679

(3) COUNTERFEIT MILITARY GOODS OR SERVICES AND COUNTERFEIT DRUGS.—Whoever commits an offense under subsection (a) involving a [counterfeit military good or service](#) or [drug](#) that uses a [counterfeit mark](#) on or in connection with the [drug](#)—

(A) if an individual, shall be fined not more than \$5,000,000, imprisoned not more than 20 years, or both, and if other than an individual, be fined not more than \$15,000,000; and

(B) for a second or subsequent offense, if an individual, shall be fined not more than \$15,000,000, imprisoned not more than 30 years, or both, and if other than an individual, shall be fined not more than \$30,000,000.+-----

303 ÇETİNTÜRK; a.g.e., s.117.

(Trademark Act 1994 ³⁰⁴) ile korunmaktadır. Suçlar bölüm başlıklı 92-96 maddeleri marka hakkına tecavüz hallerini ve yaptırımlarını düzenlemektedir.

İngiliz hukukunda marka hakkına tecavüzden söz edebilmek için taklit edilen markanın, kendisine ya da üçüncü şahısların menfaatine kazanç elde etme ya da üçüncü şahısın zararına sebep olmak için markanın aynısını ya da karıştırmaya sebebiyet verecek benzerini taklit ederek mal üretmek ya da taklit markayı ürünler üzerinde kullanmak suretiyle kanunda belirtilen fiillerden birinin (a-tescilli markanın aynısını ya da karıştırılacak derecede benzerini aynı veya benzer sınıftaki mallarda kullanmak, b- satmak veya satışa arz etmek kiralamak ya da kiralama teklifi vermek, ve dağıtımını yapmak, c- ticari amaçlarla taklit markalı malları kontrolünde tutmak ya da sahip olmak gibi) gerçekleşmesi gerekir³⁰⁵. Buradaki temel kriter taklit edilen markanın aynısını ya da karıştırmaya sebebiyet verecek derecede benzerini kullanarak kişinin ticari bir kazanç elde etmesi ya da üçüncü şahıslara ticari zarar vermek amacıyla bunu yapması aranmaktadır.

Marka Kanunu'nun 92. maddesinin beşinci fıkrasında hukuka uygunluk sebebi olarak kişinin markayı kullanmasının makul bir sebebi var ise ve bunu ispatlayabilirse o kişiye ceza verilmeyeceği belirtilmiştir.

İngiliz Markalar Kanunu marka hakkına tecavüz fiillerine yaptırım olarak elde edilen ya da edilmek istenen menfaate, kullanımdaki gerekçelere, failin kastı gibi unsurları birlikte değerlendirilerek faile altı ay ile on yıl arasında geniş bir aralıkta ceza düzenlemesi barındırmaktadır. Burada somut olayın özelliklerine göre failin menfaati ve ortaya çıkan zararın oranına göre değerlendirilerek ceza miktarının belirlenmesi için mahkemeye geniş bir takdir yetkisi tanındığı söylenebilir³⁰⁶. Cezaların yanında mahkeme ayrıca tazminat, malların iadesi, el koyma ve malların müsaderesine de karar verebilmektedir.

İngiltere'de ceza yargılamaları, hukuk yargılamalarından zaman ve masraf açısından daha avantajlıdır. Yargılama çok daha hızlı sonuçlanırken masrafları da daha az olmakta hatta faile rücu ettirilmekte ya da kamu fonundan karşılanmaktadır.

³⁰⁴ UK Trademark Act orijinal tam metni için bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/26/data.pdf> E.T.:20.03.2019.

³⁰⁵ UK Trademark Act 92/1 madde metni.

³⁰⁶ İLKHAN; a.g.e., s.45 Burada şunu da belirtmek gerekir ki eğer yargılama Türk Yargı Sistemindeki Sulh Mahkemelerine benzer nitelikteki Magistrates Court'da hızlı muhakeme usulü ile yapıldıysa üst sınırı 5000 sterline kadar para cezası veya altı aya kadar hapis cezası verilebilmekteyken; yargılama ağır cezalı işlere bakan Crown Court'da görülmek üzere hazırlanan iddianame ile yapılıyorsa azami on yıl hapis veya üstü sınırsız para cezası ya da her ikisi de birlikte verilerek cezalar belirlenmektedir.

Tüm bu avantajlarının yanında ceza yargılamasının bazı dezavantajları da söz konusudur. İngiltere’de ceza soruşturması başlatma işi kamu soruşturma birimlerince yapıldığı gibi kişiler kendileri de şahsi soruşturma başlatabilmektedir. Şahsi soruşturma başlatma yetkisi tescil marka hakkı sahiplerinin ellerin güçlendirmekte, marka suçlarında ciddi caydırıcılık sağlamaktadır. Ancak şahsi soruşturmaların, delil toplama safhasında mahkeme kararları olmadan arama el koyma gibi güçlü soruşturma tekniklerini kullanamadıklarından ciddi engeller ve sıkıntılar ile de baş etmeleri gerekir. Diğer tarafta şahsi soruşturma başlatılarak ceza yargılamasına doğru gidilen tercihlerde artık uzlaşma gibi dava dışı yöntemlerle sonuca ulaşma şansları da bulunmamaktadır.

3- Fransız Hukuku’ndaki Ceza Düzenlemeleri

Marka, Fransız hukuk sisteminde Fikri Mülkiyet Kanunu’nun 7. Kitap, 6. Bölümündeki düzenlemelerle koruma altına alınmıştır. Kanun bu bölümde öncelikle hakkının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin haklarından bahsetmiş, ihlal halinde hangi koşullarda tazminat istenebileceği ve bu tazminatın nasıl belirleneceğine dair çeşitli hükümler getirmiştir.

Kanun’un L716-8. maddesine göre marka sahibinin ya da ilgili markadan münhasıran yararlanma hakkına sahip olan kişinin yazılı talebi ile gümrükte bulunan ve sahte olduğu iddia edilen mallar gümrük idaresince kontrol amacıyla tutulabilir. Böyle bir durumda gümrük idaresi söz konusu keyfiyeti savcıya, mal sahibine ve hakkın ihlal edildiğini ileri süren kişiye bildirir. Söz konusu malların tutulması malların sahte ya da taklit olmadıklarının tespit edilmesi ihtimaline karşılık ödenecek tazminatın teminat altına alınmış olması koşuluyla 10 gün, bozulabilecek bir ürün ise ancak 3 gün süre ile mümkündür. Diğer taraftan gümrük idaresi herhangi bir başvuru olmadan da şüphelendiği malı muhafaza edebilir. Ancak böyle bir durumda keyfiyeti derhal savcıya, mal sahibine ve hakkı ihlal edilene bildirir. Eğer haber verilmesi sonrasında 3 gün içerisinde hakkı ihlal edilen yazılı talepte bulunmazsa keyfiyet derhal sonlandırılır³⁰⁷.

Marka hakkı ihlalleriyle ilgili cezai yaptırımların ise Fransız Fikri Mülkiyet Kanunu’nun L716-9. maddesinden itibaren düzenlendiği görülmektedir. İlk olarak Kanunun L716-9. maddesinde satmak, satışa sunmak, tedarik etmek ya da kiralamak amacıyla taklit

³⁰⁷ Fransız Fikri Mülkiyet Kanunu (Code de la propriété intellectuelle), Kitap 7, Bölüm 6, L716-8-1 madde metni. Kanun metninin tamamı için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=66BACBD9688B3B1055B81C88B4ABE7A4.tpdila08v_2?cidTexte=LEGITEXT000006069414&dateTexte=20160210.

bir marka altındaki malı;

a) İthal eden, ihraç eden, yeniden ihraç eden, aktaran

b) Bu tip malların sanayi üretimini yapan

c) a ve b fıkralarındaki fiillerin işlenmesi için emir ve talimat veren kişinin, 4 yıla kadar hapis ve 400.000 Euro'ya kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

Aynı maddede ceza artırımı sebebi olarak suçun örgüt kapsamında kamuya açık bir haberleşme ağı üzerinden ya da insan veya hayvan sağlığını ve güvenliğini tehlikeye düşürecek mallar üzerinden işlenmesi hallerini sayarak bu hallerden birinin varlığı durumunda failin 5 yıla kadar hapis ve 500.000 Euro'ya kadar adli para cezası ile cezalandırılmasına hükmetmiştir.

İlgili Kanunun L716-10. maddesi taklit markalı malı;

a) Haklı bir neden olmaksızın elinde tutan, ithal ya da ihraç eden

b) Satışa sunan ve/veya satan

c) Taklit eden, çoğaltan, basan, kullanan, markayı değişikliğe uğratan

d) Bilerek gönderen ya da tescilli bir markanın sunması gereken hizmetten başka bir hizmet sunan kişinin 3 yıla kadar hapis ve 300.000 Euro'ya kadar da adli para cezası ile cezalandırılması; bir önceki maddede olduğu gibi suçun bir örgüt kapsamında ve kamuya açık bir haberleşme ağı üzerinden işlenmesi halinde de ceza artırımı yoluna giderek hapis cezasının 5 yıla kadar ve adli para cezasının da 500.000 Euro'ya kadar uygulanmasını düzenlemiştir.

Kanunun L716-11-1. maddesinde yukarıda ifade edilen iki suç tipinin tüzel kişilerce işlenmesi halinde uygulanacak güvenlik tedbirleri düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre ilgili maddelerdeki fiillerin tüzel kişilik kapsamında işlenmesi halinde geçici ya da sürekli olarak faaliyetten menedilmelerine mahkeme tarafından hükmedilebilir.

Belirtilmesi gereken bir diğer madde de Kanunun L716-13. maddesidir. Buna göre yukarıda belirtilen fiilleri işleyen kişilerin mahkeme kararıyla masrafları tamamen kendilerine ait olarak suça konu olan taklit ürünlerin ve bu ürünlerin yapılmasında kullanılan tüm araçların piyasadan çekilmesi sağlanır. Ayrıca mahkeme sonrasında herhangi bir tazminat hakkı olmaksızın piyasadan çekilmiş olan malların yok edilmesi ya da hakları ihlal edilen kişiye iade edilmesine de karar verebilir.

4- Alman Hukuku'ndaki Ceza Düzenlemeleri

Alman Hukukunda, Avrupa Hukuku müktesebatı kapsamında 1988 tarihli ve

89/104 sayılı Yönergenin iç hukuka aktarılması suretiyle 1.1.1995 tarihinde Alman Markalar Kanunu'nun kabul edilmesiyle marka hakları korunma altına alınmıştır. Mevcut düzenlemelerimize çok yakın birçok madde ihtiva eden Alman Marka Kanunu'na göre bir markanın korunabilmesi için bir işaretin ya Alman Marka Bürosunca tutulan marka siciline tescili, ya belli ticari ilişkiler neticesinde kullanmayla geçerli bir marka halini almış olması ya da Paris Sözleşmesi kapsamında herkesçe tanınan bir marka olması gerekmektedir³⁰⁸.

Alman Markalar Kanunu marka ile ilgili suç tipini düzenlerken özellikle bir vurguda bulunmaktadır. Kanuna göre marka suçunun oluşabilmesi için yani fiilin tipe uygun bir eylem olabilmesi için eylemin ticari işlemler çerçevesinde gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Ticari işlem den anlaşılması gereken kişinin kendisine ya da bir başkasına ait ticari bir amacın gerçekleştirilmesine hizmet eden serbest piyasadaki her türlü ekonomik harekettir³⁰⁹.

Marka suçları Alman Markalar Kanunu'nun 143. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde Kanunun 14. ve 15. Maddelerine atıfta bulunarak bu maddeler içerisinde sayılan bazı yasak eylemleri cezai müeyyideye bağlamıştır. Buna göre 143/1 maddesinin 1. bendi, 14/2 maddesinin 1. ve 2. bendine atıfla markanın taklidi ve karıştırma ihtimali yaratmaya yönelik fiilleri; 143/1 maddesinin 2. bendi, 14/2 maddesinin 3. bendine atıfla tanınmış markaya tecavüz fiillerini; 143/1 maddesinin 3. bendi de yine 14. maddenin 4. fıkrasına atıfla bu fıkarda düzenlenmiş marka hakkının ihlaline yönelik hazırlık hareketi niteliğindeki fiilleri yaptırıma bağlamıştır.

Madde 143/1'in 4. ve 5. bendinde de aynı Kanunun 15. maddesine atıf ile yine marka taklidi, markanın tanınmışlığından yararlanmaya yönelik tecavüz fiilleri 3 yıla kadar hapis ya da adli para cezası ile cezalandırılarak yaptırıma bağlanmıştır.

Yukarıda görüldüğü üzere Alman Marka Kanununda temel olarak 4 ana başlıkta ifade edebileceğimiz suç tipi bulunmaktadır:

Bunlardan ilki 14/2 maddesinin 1. Bendinde ifadesini bulan “marka taklidi” suçudur. Bu suç tipinde aynı işaretin marka sahibinin rızası olmaksızın aynı mal veya hizmetlerde kullanılması yasaklanmaktadır. Tescilli bir marka ile aynı veya ortalama

³⁰⁸ Alman Markalar Kanunu md. 4 metni için bkz.

<http://www.gesetze-im-internet.de/markeng/BJNR308210994.html>.

³⁰⁹ KESKİN, Serap; Fikri Mülkiyet Haklarında Patent ve Markanın Ceza Normlarıyla Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 160.

düzeydeki tüketici nezdinde ayırt edilemeyecek derecede benzer bir işaretin aynı tip mal ya da hizmette kullanılması halinde bu suç oluşacaktır.

Alman Marka Kanunundaki ikinci suç tipi 14/2 maddesinin 2. Bendine yapılan atıfla “karıştırma ihtimali yaratma” eylemidir. Bu eylemin oluşabilmesi için tescilli bir marka ile aynı ya da benzer bir işaretin yine aynı ya da benzer mal ya da hizmetler bakımından karıştırma tehlikesinin yaratılması gerekir. Söz konusu düzenlemede bağlantı kurulması ihtimali dahi karıştırma tehlikesi olarak değerlendirilmelidir. Diğer bir ifadeyle karıştırma ihtimali aynı işaretin benzer bir üründe, benzer bir işaretin aynı tür bir üründe ya da benzer bir işaretin yine benzer bir üründe kullanılması karıştırma ihtimali fiilini oluşturacaktır.

Üçüncü suç tipi 14/2 maddesinin 3. bendinde düzenlenen tanınmış bir markanın tanınmışlığından haksız bir şekilde yararlanarak ya da tanınmış markanın tanınmışlığının ve marka değerinin olumsuz bir şekilde etkilenmesine sebebiyet verecek biçimde işaretin kullanılması fiilidir. Burada diğer bentlerden farklı olarak tescilli bir markayı oluşturan işaretin aynısının ya da bir benzerinin benzer olmayan mal ve hizmetlerde kullanılması yasaklanmaktadır. Bu fiilin işlenmesindeki asıl amaç tanınmış bir markanın tanınmışlık düzeyinden ve ayırt etme gücünden faydalanarak tamamen farklı bir mal ya da hizmet üzerinden haksız kazanç elde edilmesidir. İlk iki suç tipinin cezalandırılması için kastın varlığı yeterli iken tanınmış marka hakkına tecavüz fiilinin cezalandırılması ancak markanın tanınmışlığı ve ayırt etme gücünden yararlanmak suretiyle menfaat temin edilmesi ya da tanınmış markanın piyasadaki marka değerine zarar verme özel kastıyla hareket edilmesi halinde mümkündür³¹⁰.

Alman Marka Kanunundaki marka hakkı ihlalleri ile ilgili düzenlenen dördüncü suç tipi de marka hakkı ihlalleri ile ilgili düzenlenen yukarıdaki üç suçtan birini işlemek üzere yapılacak hazırlık hareketlerinin doğrudan cezalandırılmasıdır. Alman Marka Kanunu’nun 143/birinci fıkrasının üçüncü bendindeki düzenlemeye göre; aynı kanunun 14. maddesine atıf yoluyla tescilli bir markanın aynısı ya da ayırt edilemeyecek benzeri ya da markayla ilişkilendirme tehlikesi dahil karıştırılma ihtimali bulunan markanın kullanımının yasaklandığı hallerde; yine 14. Maddenin dördüncü fıkrasının birinci bendine aykırı olarak bir işareti ekleyen, 14. Maddenin ikinci fıkrasının ikinci veya üçüncü bentlerine aykırı

³¹⁰ Naklen, BAŞBÜYÜK; 2014 a.g.e., s.58.

olarak ambalaj kağıdına, paketinin ya da tanımlayıcı araçlarını piyasaya sürmek, teklif etmek, piyasaya sürmek, depolamak, ihraç veya ithal etmek suç olarak düzenlenmiştir. Aynı maddenin devamında söz konusu hazırlık hareketlerinin tanınmış markanın tanınmışlığını hedef alarak kazanç sağlama ya da markanın güvenilirliğine veya tanınmışlığına zarar verme kastıyla, ilgili bentlere aykırı olarak, yine ambalaj kağıdına, paketinin ya da tanımlayıcı araçlarını piyasaya sürmek, teklif etmek, piyasaya sürmek, depolamak, ihraç veya ithal etmek suç olarak düzenlenmiştir.

Yukarıdaki suçların işlenmesi halinde verilecek ceza üç yıla kadar hapis veya adli para cezası olarak düzenlenmiştir. 143. maddenin 2. fıkrası, 1. fıkra da belirtilen eylemlerin fail tarafından meslek haline getirerek ticari amaçlarla işlenmesi halinde bu durumu ceza artırımı sebebi olarak kabul ederek hapis cezasının üst sınırını 5 yıla çıkarmaktadır. Kanun her iki halde de cezalar için alt sınır belirlenmemiştir. Ancak şunu da hatırlatmak gerekir ki Alman Ceza Kanunun 38. maddesinde süreli hapis cezalarının alt sınırı bir ay olarak belirlenmiştir. Yine belirtmek gerekir ki aynı kanunun 40. maddesine göre adli para cezaları da en az beş gün, ilgili kanun başka bir düzenleme getirmediyse en fazla üçyüzaltmış (360) tam gün olarak hesaplanır.

Alman Markalar Kanunu 143/4. maddesine göre ilk fıkra da düzenlenen suçların soruşturulması şikâyetle bağlanmıştır. Ancak Alman Ceza Yargılaması Kanunu'nun 376. maddesine göre aynı kanunun 374. maddesinde Markalar Kanunu'nun da bulunduğu hükümler açısından savcılık soruşturma açılmasında özel bir kamu yararı görmesi halinde soruşturmayı resen açabilecektir. Kamu yararının varlığının nasıl belirleneceği hususu da Alman Ceza ve Kabahatlerin Yargılamasına dair Yönetmelik'in 261/a maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre ağır bir zarar ortaya çıkmış veya çıkma tehlikesi varsa, fiilden zarar görenlerin ticari varlığını tehdit eder nitelikteyse ve son olarak işlenen fiil kamu güvenliği veya tüketicileri sağlığını tehdit ediyor ise artık soruşturmada kamu yararının var olduğu kabul edilecektir.

Alman Markalar Kanunu en başta cezai korumadan yararlanacakların kapsamını daha geniş tutmuş ve SMK'nın ceza normlarıyla korumak için ön şart olarak koyduğu Türkiye'de tescili olma şartının benzeri olarak markanın Alman marka ofisinden tescilli olmasını kabul etmiş. Bunun yanında hakları tecavüze uğrayan markayı, belli ticari ilişkiler neticesinde kullanmayla geçerli bir marka halini almış olması veya Paris Sözleşmesi kapsamında herkesçe tanınan bir marka olması halinde de cezai korumadan yararlanabilir

diyerek kapsamını daha geniş tutmuştur.

F- Türk Hukukunda Markanın Ceza Normlarıyla Korunmasına Yönelik Düzenlemeler

Ticari hayatta her geçen gün daha da önemli hale gelen markanın cezai olarak da koruma altına alınması mevzuatımızda görece eskidir. 19. yüzyıldan itibaren markanın taklit edilmesinin önüne geçilmesi için somut adımların ortaya çıktığı ve 1871 tarihinden itibaren de markanın ceza hukuku normlarıyla korunması yasal zemine oturmaya başladığı görülmektedir. Aşağıda ayrıntılı ifade edileceği üzere markaların tecavüz fiillerine karşı korunmasının ilk yasal zemini o dönemin şartlarında yoğun olarak etkisi altında kalınan Fransız Hukuk sisteminden alıntıdır. 1857 tarihli Fransız Markalar Kanunu temel alınarak çıkartılan ve yürürlüğe giren Alameti Farika Nizamnamesi ile başlayarak günümüze 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile devam eden markaların cezai müeyyide ile korunması süreci her geçen gelişerek ve değişerek yaşayan hukukun en güzel örneklerinden birini oluşturmaktadır.

1- Marka ile İlgili Mevzuat ve Düzenlemelere Genel Bakış

a- 556 sayılı KHK Öncesi Dönem

Hukumumuzda markaların ceza normlarıyla korunmasına yönelik ilk olarak, 1857 tarihli Fransız Markalar Kanununa dayanılarak çıkartılmış olan 1871 ve revize edilmiş haliyle 1888 tarihli Fabrika Mamulâtıyla Eşyâi Ticariyeye Mahsus Alameti Farikalara Dair Nizamname'nin³¹¹ 14-20. maddeleri arasında ceza hükümleri yer almaktaydı³¹². Nizamname

³¹¹ Nizamname metinleri için bkz; www.tbmm.gov.tr. Alameti Farika Kanunu ve Alameti Farika Hukuku ile ilgili detaylı bilgi için bkz. ARSEVEN; a.g.e.

³¹² 1871 tarihli Alameti Farika Nizamnamesi'nin ceza hükmü içeren madde metinleri;

Madde 14“... alametleri taklit edenler ve yahut taklit olunan alametleri istimal eyleyenler saniyen başkasının malı olan alameti hilekarlık ile kendi mamulatı veyahut eşyayı ticariyesi üzerine vazedenler, salisen taklit olunan alamet mevzu olarak veya hilekarlık ile diğerinin alamet konulmuş bir ve yahut bir kaç nevi eşya ve mamulatını bilerek furuht edenler ve yahut satılığa çıkaranlardan cürmün derecatına göre iki adet yüzlük liradan elli adet yüzlük lira kadar cezai nakdi alınır ve yahut bir aydan altı aya kadar hapis cezasıyla ve yahut işbu cezaların ikisiyle mücazat olunur.

Madde 15“... eşya ve emtianın cinsi hakkında müşteriyi aldatmak niyetiyle bir cinse mahsus alameti diğer bir cinse vazedenlerden, salisen bu alametlerin vazolunduğu eşyayı bilerek satan veyahut satılığa çıkaranlardan iki adet yüzlük liradan otuz adet yüzlük lira kadar cezayı nakdi alınır veyahut bir haftadan iki aya kadar hapis cezasıyla veya işbu cezanın ikisiyle mücazat olunur.

Madde 16“... alameti farikayı Sanayi Vekaleti tarafından tayin olunan nevi eşya ve mamulata vazetmeyenler ve bu makule alameti resmiye üzerinde olmayan eşyayı satanlar veyahut satılığa çıkaranlardan bir adet yüzlük liradan on adet yüzlük liraya kadar cezayı nakdi alınır veya yirmi dört saatten bir haftaya kadar hapis cezasıyla veyahut işbu cezaların ikisi de mücazat olunur.”

Madde 17“Bir adam hakkında işbu Nizamnamede beyan olunan cürümlerin birkaç neviden ikamei dava olunur ise ceraimi vakiadan en ağırının istilzam eylediği ceza ile hükmolunur.”

marka taklidi suçu, taklit markalı malları satışa çıkarma ve satma suçu, emtianın cinsi hakkında müşteriyi aldatma amacıyla bir mala mahsus bir markayı başka bir malda kullanma suçu, tescilli marka işaretini bilerek kaldırma ve kullanmama suçu gibi suç tipleri cezai müeyyideye bağlanmış; cezalar da para cezası veya en ağırı altı aya kadar hapis cezası ya da her ikisinin de uygulanması şeklinde düzenlenmiş, suçla mücadele adına düşük olarak nitelendirilebilecek cezalar içermektedir.

94 yıl yürürlükte kalan ve Osmanlı döneminden Türkiye Cumhuriyeti dönemine geçerek yürürlüğünü devam ettiren nadir nizamnamelerden olan Alameti Farika Nizamnamesi 03.03 1965 tarihli Markalar Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. 551 sayılı Markalar Kanunu'nda ceza hükümleri madde 51 ve devamında düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerden 51. madde suç teşkil eden fiilleri, 52. madde iştirak hükümlerini; 53. madde de müsadere hükümlerini düzenlemekteydi³¹³. 551 sayılı Markalar Kanununda marka suçları iki bölüme ayrılarak düzenlenmekteydi. 51. Maddede düzenlenmiş olan bu suçlardan ilki usule aykırılık suçları olarak isimlendirilmekte ve usule aykırı davranışları cezalandırmaktaydı. İkinci suç tipi ise marka taklidi suçları idi. Marka taklidi suçu da kendi içinde ikiye ayrılmıştı. Burada başkasının adına tescil edilmiş bir markayı gerek aynen gerekse benzerini kullanmak ilk suç tipi; haksız olarak kullanılan markayı taşıyan emtiayı satışa arz etmek, satmak, dağıtmak, memlekete sokmak ve memleketten çıkartmak fiilleri de ikinci suç tipi olarak düzenlenmişti.

Madde 18“Mükerrirler hakkında nihayet iki kat mücazat hükmolunur. Beyan olunan cünhalardan biriyle mahkûm olan şahıs hüküm tarihinden itibaren beş sene zarfında yine o cünhalardan birini itrikap eder ise mükerrir addolunur.

Madde 19“Ondördüncü ve onbeşinci maddelerde gösterildiği üzere hilafı nizam alamet vazolunmuş mamulat ve eşyanın ve bu alameti imal için istimal olunan alet ve edevatın müttehem bulunan şahıs mücazat ile mahkûm olsa bile zapt ve müsaderesine mahkeme tarafından karar verilebilir. Kalp ve sahte alamet veyahut başkasının alameti konulmuş olduğu halde zaptolunan asıl alamet sahibine ita olunabilir. Bunun ledelhace tazminata mahsubu dahi caizdir. Ondördüncü ve onbeşinci maddeler ahkâmına mugayir alametler alelittlak iptal edilebilir.”

Madde 20“Alamet vaz'ı mecburiyeti tahtında olan eşyaya alamet konulmamış bulunduğu halde bu nevi eşyayı bilerek satanlar veyahut satılığa çıkaranlar hakkında onaltıncı madde hükmünce icra olunacak mücazattan maada işbu eşyaya alamet vaz'ı her halde hükmolunur. Bu ceraimin hükmü tarihinden itibaren beş sene zarfında tekerrürü halinde mamulat ve eşyanın eshabından zapt ve müsaderesine hükmolunur.

Madde 21“Eşyayı mamule üzerine imal olduğu mahallin gayri Türkiye Cumhuriyeti memalikinden bir mahallin ismini aynen vazedenler veyahut tarih ile o ismi gösterenler ve bu nevi eşyayı bilerek satanlar veyahut yine bilerek satılığa çıkaranlardan cürmün derecatına göre iki adet yüzlük liradan elli adet yüzlük liraya kadar cezayı nakdi alınır veyahut bir aydan altı aya kadar hapis cezasiyle veyahut işbu cezaların ikisiyle beraber mücazat olunur.

³¹³ 551 sayılı Markalar Kanununun cezai müeyyidelerini düzenleyen maddeleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. DONAY/ERMAN; a.g.e., s.43 vd. Ayrıca bkz. SAĞLAM, Mehmet Adil; Türk Markalar Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, Elif Matbaacılık, Ankara 1973, s.136 vd.

b- 556 sayılı KHK Dönemi

Özellikle uluslararası gelişmeler ve marka hukuku alanındaki baş döndürücü değişim ülkemizde de sınai mülkiyet alanında yeni ve geliştirmeye dönük mevzuat çalışmalarına da aynı şekilde hız verilmesini sağlamıştır. Avrupa Topluluğu ile Türkiye arasında oluşturulan AT-Türkiye Ortaklık Konseyi'nin 06.03.1995 tarihli ve 1/95 sayılı kararıyla Türkiye, en geç üç yıl içinde TRIPS Anlaşmasını uygulamayı, Fikri ve Sınai Mülkiyet haklarının Avrupa Topluluğunda da geçerli olan koruma düzeyi seviyesinde koruma sağlayacak tedbirler almayı, kararın yürürlüğü girmesinden önce telif-komşuluk hakları, patent, ticaret ve hizmet markaları, sınai tasarım ve coğrafi işaretlerin korunması ile ilgili, Avrupa Topluluğu ve üye devletlerde de kabul edilen yasal düzenlemelere denk düzenlemeler getirmeyi de taahhüt etmiştir.

Ortaklık konseyi kararları ile taahhüt edilen yasal düzenlemeler sözü kapsamında dönemin T.C. Hükümeti TBMM'den 08.06.1995 tarihinde 4113 sayılı Kanun ile KHK çıkarma yetkisi almıştır. Bu yetkiyle birlikte, 89/104 sayılı AB Marka Yönetmeliği esas alınarak hazırlanan 24.06.1995 tarihli ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname kabul edilmiş; KHK'nın 82. maddesiyle 03.03.1965 tarihli ve 551 sayılı Markalar Kanunu'nun marka hakları ihlalinin cezai müeyyidelerini düzenleyen 51, 52 ve 53. maddeleri hariç yürürlükten kaldırılarak Ceza Hukuku açısından 551 sayılı Markalar Kanunu varlığını bir süre daha devam ettirmiş ancak bu durum da çok sürmeden 3 Kasım 1995 tarih, 4128 sayılı Kanun ile 556 sayılı KHK'da değişikliğe gidilerek KHK'ya 61/A maddesi eklenmiş ve aynı kanun ile yürürlüğü devam eden 551 sayılı Kanunun ceza maddeleri de yürürlükten kaldırılarak artık 551 sayılı Markalar Kanunu hükmünü tamamen kaybetmiştir.

c- 556 sayılı KHK'da Anayasa Mahkemesi Kararları Dönemi

4128 sayılı Kanun ile 556 sayılı KHK'da yapılan değişiklik ile KHK'ya eklenen ve ceza hükümlerini barındıran 61/A maddesinin son halini alması çeşitli bazı hukuki süreçler sonrası gerçekleşmiştir. Bunlardan ilki, Anayasa Mahkemesi'nin 18.06.2003 tarihli, 2000/38 Esas 2003/66 Karar sayılı ve hemen arkasından 02.03.2004 tarihli, 2002/92 Esas 2004/25 Karar sayılı kararları; ikinci süreç de yine Anayasa Mahkemesi'nin 03.01.2008 tarihli 2005/15 Esas 2008/2 Karar sayılı kararıdır. Bu kararları ayrı ayrı inceleyip birlikte değerlendirmenin, KHK md.61/A'nın son halini alış sürecinin daha iyi anlaşılmasını sağlayacağı açıktır:

Kararların incelenmesinden önce 61/A'nın ilk haline baktığımızda, KHK çıkarma yetkisine dayanarak sınai haklarla ilgili düzenlemeler yapan dönemin Bakanlar Kurulu, 556 sayılı marka KHK'sını oluştururken önce ilga Markalar Kanunu'nun ceza hükümlerinin yürürlüğünü KHK'nın 82. maddesiyle devam ettirmiş, ardından 03.11.1995 tarihli 4128 sayılı Kanun ile KHK'da değişikliğe giderek 82. madde metninde yapılan bir değişiklikle 551 sayılı Markalar Kanunu tamamen yürürlükten kaldırılmış, aynı kanun ile da 61/A maddesinin ilk hali KHK metnine eklenmiştir. Değişikliğin bu şekilde yapılmasında “suçta ve cezada kanunilik ilkesi” gereği kanun hükmünde kararnamelerle suç ve ceza yaratılamayacağı kuralından hareketle ceza hükmü içeren maddeyi bir kanun ile KHK metninin içine yerleştirmek amaçlanmıştır. Diğer bir ifade ile kanun koyucu ceza maddelerini bir kanun ile düzenlemiş bunu da aynı kanunu kullanarak KHK metninin içine yerleştirerek görünürde kanunilik ilkesine uygun hareket etmiş olmaktadır.

Asıl sorun madde metninde(f.I(c)) KHK'nın 61.maddesine yapılan atıf ile özel hukuk normu olarak marka hakkına tecavüz oluşturan eylemler aynı zamanda ceza normuyla da karşılaşması sağlanmış, özel hukuk anlamında marka hakkına tecavüz eylemi olarak kabul edilen fiiller aynı zamanda birer suç tipi haline gelmiştir. Bu durum beraberinde ilgili ceza normunun ve düzenleme şeklinin Anayasa'ya aykırılığı iddialarının da konuşulmaya başlanmasına sebebiyet vermiş; nitekim bir yerel mahkemenin³¹⁴ önüne gelen olay sonrası KHK'nın 61/A maddesinin 4128 sayılı Kanun ile KHK metnine eklenmesinin normlar hiyerarşisine aykırı olduğu ve bu durumun Anayasa'nın 7, 38 ve 87.maddelerin ihlal ettiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yol açmıştır. Bu başvuru Anayasa Mahkemesi'nde öğretilde haklı görülen³¹⁵ bir gerekçe olan kanun hükmünde kararnamelere yasa ile hüküm eklenmesine anayasal bir engelin bulunmadığı gerekçesiyle ceza ve ceza yerine geçen önlemlerin yasa ile öngörülmesi yönündeki Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığın bulunmadığı, konunun Anayasa'nın 7. ve 87. maddeleriyle de ilgili

³¹⁴ Adı geçen mahkeme Bergama Asliye Ceza Mahkemesi'dir.

³¹⁵ YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C I a.g.e., s.1062; ayrıca AYOĞLU, Tolga; “Anayasa Mahkemesi'nin 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 9 ve 61. Maddelerinin Bazı Bentlerinin İptaline İlişkin 3.1.2008 Tarihli Kararı Üzerine Düşünceler”, FMRH Dergisi, Yıl 2008, C.8, S.4 s.26. Ancak bu konuda diğer açıdan bakıldığında genel olarak KHK ile düzenlenmesi dahi tartışmalı olan bir alanda ceza normu düzenlemesinin sırf kanunilik ilkesine şekli olarak uygun görünmesi için kanunla yama yapılmasını ancak kuralın etrafından dolaşmaktan ibaret olarak görmekte ve aynı görüşü paylaşmamaktayız.

görülmendiğinden aykırılık iddiası reddedilmiştir³¹⁶.

Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu karar haklı olarak eleştirilere maruz kalmıştır. KHK'ya ceza düzenlemelerini içeren bir maddenin her ne kadar kanun ile yerleştirilmesi kanunilik ilkesinin çevresini dolaşma niteliğinde olsa da şeklen kurala uygundur. Ancak düzenleme hukuken aykırılık teşkil etmese de yerleştirilen madde metninde yapılan atıf, fiilin şekli ve maddi unsurunun kanun ile değil KHK'nın diğer maddelerinde bulunan düzenlemelere bağlı olarak ortaya çıktığı ve bu maddelerin Yürütmenin tasarrufuyla kolayca değiştirilebileceği ortadadır. Dolayısıyla da “suçta ve cezada kanunilik” ilkesinin zedeleneyeceği açıktır³¹⁷. Bu durum özellikle aynı yerel mahkeme tarafından bir yıl bile geçmeden yapılan başvuru ile Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen dosyada vermiş olduğu karar ve karşı oy yazılarıyla daha da tartışmalı hale gelmiştir.

Anayasa Mahkemesi, yine aynı yerel mahkemenin başvurusuyla daha bir yıl bile geçmeden vermiş olduğu kararda³¹⁸; bir önceki kararıyla da çelişerek ceza normu olan KHK'nın 61/A maddesindeki atıftan dolayı özel hukuk normu niteliğindeki 61. maddenin (d) bendinin ceza öngören eylemleri düzenlediğini ve bu konudaki düzenlemenin Anayasa'nın 91/I hükmü gereğince kanun hükmünde kararnamelerle yapılamayacağı, bu nedenle itiraz konusu KHK'nın 61/(d) bendinin Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna oy

³¹⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 18.06.2003 tarihli, 2000/38 Esas 2003/66 Karar sayılı kararı özet metni için bkz. YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C I a.g.e., s.1092 vd.

³¹⁷ ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 8.Bası, Ankara 2013 s.111, dn.183; Özgenç, 556 sayılı KHK'da Bakanlar Kurulu tarafından 61/A/I(c) maddesi ile atıf yapılan, KHK'nın suçun tipiklik unsurunu belirleyen ilgili maddesinde değişiklik yapılmak suretiyle cezai sorumluluğun genişletilebileceği ve bu durumun suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceği görüşündedir. ÖZGENÇ, İzzet; “Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk”, Ünal Tekinalp'e Armağan, C.III, İstanbul 2003, s.843. Ayoğlu, Özgenç'in bu görüşüne karşı, düşüncede haklılık payı olduğu ancak böyle bir Anayasaya aykırılıktan söz edilebilmesi için KHK'nın 61/A maddesinde başka bir KHK ile değişiklik yapılması halinde söz konusu olacağını ve bu şekilde bir değişiklik yapılmadığı sürece kaygı taşımaya gerek olmadığı belirtilmiştir. AYOĞLU, 2008 a.g.m., s. 26-27. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Ceza hukuku, doğası gereği özel hukuk alanından çok daha fazla belirlilik gerektirmektedir. Yeri geldiğinde insanın en değerli varlığı olan özgürlüğüne yönelik yaptırımlara başvuran ceza hukuku, suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile sağlanmak istenen hukuki güvencenin varlığına katı bir şekilde ihtiyaç duyar. Suç ve cezada kanunilik ilkesinin özü, Yürütmenin, kanun yapma sürecinin bir parçası olan toplumsal uzlaş, gerektiğinde o alanla ilgili süljelerin katılımıyla yapılacak değerlendirmeler olmaksızın, kanunların kabul usulüyle karşılaştırıldığında keyfi ve ani kabul edilebilecek bir şekilde yapacağı düzenlemelerle suç ve ceza ihdas ederek insan haklarının en temeli olan özgürlük, vücut bütünlüğü, insan olma onuru haklarına zarar verilmesini engellemektir. Bu nedenle “Yürütme KHK ile değişiklik yapmadığı sürece bu yönde kaygı taşımaya gerek yoktur” şeklindeki düşüncayı kabul etmek mümkün değildir. Kaldı ki Anayasaya aykırılık şarta bağlı ve tartışılabilir bir husus olmayıp Anayasa Mahkemesi'nin önceki kararından bir yıl bile geçmeksizin vermiş olduğu ihlal kararı da bu durumu tescillemiştir.

³¹⁸ Anayasa Mahkemesinin 02.03.2004 Tarih, 2002/92 Esas 2004/25 Karar sayılı karar metni için bkz. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2004-25-nrm.pdf>.

çokluğuyla varmıştır. Karara muhalif kalan üyelerin KHK'nın 61/A maddesinde marka hakkına tecavüz fiillerinin tek tek sayılmasıyla 61. maddeye yollama ile fiillerin sayılması arasında bir fark bulunmadığı, yapılan yollamayla 61. maddede sayılan fiillerin de ceza öngören normun içine alınmış olduğu böylelikle de “suçta ve cezada kanunilik ilkesine” uygun davranıldığı gerekçesi doktrinde de taraftar bulmuştur³¹⁹. Bu görüşe göre KHK'da 61. maddede bir değişiklik yapılması halinde durumun değişeceği ve ancak bu değişikliğin olması halinde suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırılıktan söz edilebileceği ifade edilmiştir³²⁰.

Karşı oy ve doktrinde de yer bulan bu görüşe katılmak mümkün değildir. Ceza Hukuku'nun temel ilkesi olan “suçta ve cezada kanunilik” ilkesinin gereği olarak suç teşkil eden fiillerin bütün unsurlarının kanunda tanımlanmış olması gerekir. Diğer bir ifadeyle hangi fiillerin suç olduğu kanunda açıkça, hiçbir karışıklığa ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde³²¹ gösterilmiş olması gerekir³²². Bu durum ceza hukukunun varlık sebebidir ki ceza hukuku aslen haksızlık teşkil eden davranışlardan hangilerinin suç olarak kabul edilmesi gerektiği ve bu davranışlara hangi tür yaptırımların uygulanması gerektiğini belirleyen hukuk dalıdır³²³. Kaldı ki esasen aralarında nitelik olarak herhangi bir fark bulunmayan suç olarak tanımlanan haksızlıklar ile özel hukuk normlarıyla korunan haksızlıklardan sadece “cezalandırılmaya layık” ya da “cezalandırmaya muhtaç” olanları suç olarak tanımlanmaktadır³²⁴. Diğer bir ifadeyle belirli bir eylemin “cezaya liyakat” veya “cezaya muhtaçlık” niteliklerinden yoksun olması o eylemin suç olarak tanımlanmasını da önleyecektir³²⁵. Ceza hukukunun en temel ilkesi olan kanunilik ilkesinin bir sonucu ve asli

³¹⁹ AYOĞLU; 2008 a.g.m., s.28.

³²⁰ Karar metni ve karşı oy yazısı için bkz.

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2004-25-nrm.pdf>.

³²¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi suç ve ceza içeren bir düzenlemenin bir hukukçudan destek alınarak anlaşılması veya düzenlemedeki belirsizliklerin içtihatlarla giderilmiş olmasını suçta ve cezada kanunilik ilkesi için yeterli görmektedir. Ancak burada önemli olan husus suç ve ceza içeren düzenlemenin bir hukukçu tarafından yorumlanabilmesi ve o konuda yeterince açıklık sağlayacak içtihatların oluşabilmesi için düzenlemenin sınırlarının net olarak çizilmiş olması ve ilgili düzenlemenin toplumda özümsemeye imkân verecek şekilde belirli bir süredir uygulanıyor olmasıdır. Alica, özellikle ticari ceza hukukunun pek çok ülke hukukunda yıllardır suç olarak düzenlenmiş ve toplumca özümsemiş eylemlere kıyasla daha açık düzenlemeler içermesi gerektiğini ifade etmektedir. ALICA, Türkiye; “Marka, Tasarım ve Patent Hakkına Tecavüz Suçlarına İlişkin Hükümlerin Anayasaya Aykırılığı Sorunu”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 2, Bahar 2007, s. 153.

³²² ÖZGENÇ; 2019, a.g.e., s.107.

³²³ ÖZGENÇ; 2019, a.g.e., s.33.

³²⁴ ÜNVER, Yener; Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayın, Ankara 2003, s.430.

³²⁵ ÜNVER; a.g.e., s.622.

parçası olan belirlilik ilkesi gereği bir normun kanun yolu ile değil de normlar hiyerarşisine de uygun olmayan, idarenin düzenleyici işlemleriyle değiştirilme ihtimali dahi artık ilkeye aykırılık olarak değerlendirilmesini gerektirir. İşte bu yüzden Anayasa Mahkemesi'nin kararı karşı oy ve değerlendirmelerin aksine kanunilik ilkesinin gereği olarak karşımıza çıkmaktadır ve son derece yerinde bir karardır.

Daha o dönemde doktrinde Anayasa Mahkemesi'nin bu kararından sonra önemli bir eleştiri getirilerek somut norm gereği önüne gelen somut kuralı incelemeyle sınırlı olan Anayasa Mahkemesi'nin, önüne gelmesi halinde diğer bentlerle ilgili de aynı sonuca vararak marka hakkına tecavüzü oluşturan diğer hallerin düzenlemelerini de iptal edilebileceği ifade edilmiş; bu durumda uygulamada ortaya çıkabilecek problemlerin önüne geçilmesinin tek bir yolu olduğu, daha da fazla gecikmeden KHK'nın kanunlaştırılması gerektiği vurgulanmıştır³²⁶.

Nitekim yapılan eleştirilerin doğruluğu 03.01.2008 tarihinde KHK'nın 9/I-b, 9/II-b, 61-a ve c bentlerinin Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmesi ile teyit edilmiştir³²⁷. Söz konusu maddelerin iptal gerekçesi de yüksek mahkemenin 02.03.2004 tarihli kararında 61-d bendini iptal ettiği karara dayanmaktadır. Anayasa Mahkemesi iptal gerekçesinde, yasa koyucunun ceza hukuku alanında suç sayılacak eylemleri belirlerken aynı zamanda o eylemlere ne çeşit ceza yaptırımları bağlanacağını, hangi tür hareketlerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak değerlendirileceğini de belirlediğini ancak bunların Anayasa ve ceza hukukunun temel kuralları çerçevesinde yapılması gerektiğinin altını çizmektedir.

Diğer taraftan, Anayasa'nın ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla düzenlenebileceğine dair 38. maddesi ve TBMM'nin Bakanlar Kurulu'na KHK çıkarma yetkisi verebildiği ancak temel haklar ve kişi hakları ve ödevleri ile siyasi haklar ve ödevlerin KHK ile düzenlenemeyeceği hükmünün bulunduğu 91. maddesi söz konusuysa; 556 sayılı KHK'da itiraz konusu 9 ve 61. maddelerde belirtilen fiillere, aynı KHK'ya 5194 sayılı Yasa ile değiştirilen 61/A maddesinde yaptırımlar bağlanmıştır. 556 sayılı KHK'da suç olarak kabul edilen fiillerin düzenlenmiş olması, cezalarının ise sonradan eklenen bir kanun ile belirlenmesi Anayasanın 38. ve 91. maddelerine aykırılık teşkil etmektedir ve

³²⁶ ARKAN, Sabih; "Marka Hakkına Tecavüz Halleri- Anayasa Mahkemesi'nin 02.03.2004 Tarihli Kararı", G.Ü.H.F. Dergisi 2004/1, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan Özel Sayısı, C.I, s.4.

³²⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 01.03.2008 Tarih, 2005/15 Esas, 2008/2 Karar sayılı kararının geniş özeti ve gerekçesi için bkz. AYOĞLU; 2008 a.g.m., s.30 vd.

yüksek mahkemeye göre iptali gerekir³²⁸. Yüksek mahkeme bu kararı yanında çok alışık olunmayan bir yöntemle iptal edilen hükümlerin doğuracağı boşluğu kamu düzenini tehdit edici nitelikte görerek yeni düzenlemeler yapılması için iptal kararının yayımının altı ay sonra yürürlüğe girmesine de hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin üç kararı da dikkate alındığında yasa koyucunun mevcut durumu geçici yöntemlere gidermeye çalışması özellikle 1995 yılından itibaren tercüme yöntemiyle fazlasıyla aceleci bir şekilde çıkartılan KHK'ların³²⁹ bir türlü kanunlaştırılmaması doktrinde de birçok yazara göre de haklı olarak yasama tembelliği olarak nitelendirilmesine neden olmaktadır³³⁰.

Anayasa Mahkemesi'nin son kararıyla özellikle uygulamada ortaya çıkan boşluk tan dolayı KHK'nın 61. maddesinde düzenlenen marka hakkına tecavüz hallerinin herhangi bir cezai yaptırım ile korunması iptal kararı sonrası olanaksız hale geldiğinden açılan tüm davalar beraat ile sonuçlanmaya başlamıştı. İptal kararının yürürlüğünün altı ay ertelenmesi ile de sorun çözilemeyince, kanun koyucu, sınai mülkiyet alanındaki sorunu ortadan kaldırmaya dönük geçici çözüm alışkanlığını tekrar göstererek 21.01.2009 tarihinde 5833 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'u³³¹ kabul etti.

Anayasa Mahkemesi, 5833 sayılı Kanun ile KHK'nın 61/A maddesinin suç tipinin çerçevesini belirleyen 61. maddesi ile 61. maddesinin atıf yoluyla yönlendirdiği 9. maddesinin metinlerini aynen muhafaza edip kanunlaştırarak daha önceki dönemlerde Anayasa Mahkemesi'nin önüne itiraz konusu olarak gelen hususlardaki eksiklikleri gidermeye çalışmıştır. Aynı kanun ile KHK'nın 61/A maddesi de elden geçirilmiş ve önceki

³²⁸ Ayoğlu, Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarında teknik olarak hatalı olduğunu, hatasının da KHK madde 9'un ve 61'in özel hukuk normu karakterinde olduğunu iddia etmekte ve cezai hükümleri düzenleyen maddede bu hükümlere atıf yapılmasının bu durumu değiştirmeyeceği ve onları "suç tipini düzenleyen ceza normu" statüsüne getirmeyeceğini ifade etmektedir. bkz. AYOĞLU; 2008 a.g.m., s.34 vd. bu görüşe ceza hukuku açısından katılmak mümkün değildir. Ceza hukukunda suçun maddi unsurlarının KHK ile düzenlenmesi, yaptırımının ise kanun ile belirlenmesi KHK'nın beyaz hüküm olduğunu ortaya koymaktadır. Bu haliyle de mevcut düzenleme cezada kanunilik ilkesine uygun olurken suçta kanunilik ilkesine aykırı hali devam etmekteydi. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEN, Mustafa; "Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar ve Yaptırımları", FMRH Dergisi Yıl:9 C:9 S: 2009/2 s.56.

³²⁹ AB ile Türkiye arasında özellikle gümrük birliği uyum süreci kapsamında kurulan AB-Türkiye Ortaklık Konseyi Kararları neticesi sadece 556 sayılı Marka KHK'sı değil Sınai Mülkiyet alanında 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunmasına Hakkında KHK ve 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında KHK da aynı yöntem ve usullerle çıkartılmıştır.

³³⁰ AYOĞLU; 2008 a.g.m., s.33.

³³¹ 21.01.2009 tarihli 5833 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, R.G.'de 28.01.2009 tarihine yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

düzenlemeye bağlı kalınmayarak değişiklikten önce kanun metninde bulunan gerçeğe aykırı kimlik bildiriminde bulunmak, kendini marka başvurusu yapmış veya marka hakkı sahibi gibi göstermek ve korunan bir marka hakkı olmadığı halde, marka hakkı sahibi olduğu izlenimi uyandıracak şekilde markayı kullanmak suçlarına yer verilmemiştir. Marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf ve tescilli marka koruması olan işareti kaldırma suçları ise aynen muhafaza edilmiştir. Burada yapılan en önemli değişiklik, daha önce 5194 sayılı kanunla değişik KHK madde 61/A'nın (c bendinde) yapılmış olan marka hakkına tecavüz sayılan fiilleri düzenleyen KHK'nın 61. maddesine yapılan atıf usulünün kaldırılmasıdır. Ayrıca marka hakkına tecavüz fiillerini, ancak iktibas veya iltibas sureti ile işlenmesi halinde cezalandırmak üzere sınırlandırmıştır.

KHK'nın iptal edilen hükümlerin yeniden düzenleyen 5833 sayılı yasa, 21.01.2009 tarihinde kabul edilerek 28.01.2009 tarihinde Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir³³². Yürürlük tarihi olan 28.01 2009 tarihi, Anayasanın iptal kararının yürürlüğe girmesinden 23 gün sonra olduğundan burada ceza maddelerinin uygulanması hususunda TCK'da da yer alan lehe kanun uygulanması kuralından dolayı hukuki bir boşluk ortaya çıkmıştır. 28.01 2009'dan önce marka hakkı ihlali suçu işleyen sanıkların ve hükümlülerin lehine ortaya çıkan boşluk sebebiyle bu fiillerden dolayı yürütülen soruşturmalarda “kamu davası açılmasına yer olmadığı”; açık olan yargılamalarda da “beraat” kararları verilmesi gereği doğmuş, nitekim uygulamada da buna yönelik kararlar verilmiştir.

Burada Anayasa Mahkemesi her ne kadar atıf usulünü kaldırmış görünüyor ise de KHK'nın 61/A maddesinin birinci fıkrasındaki “iktibas ve iltibas” kavramlarının içeriklerinin belirlenebilmesi için her halükârda KHK madde 61 ve onun yollamasıyla KHK madde 9'a bakılması bir zorunluluk olarak varlığını devam ettirmiştir. Aynı hükümler SMK'nın 7. ve 29. maddelerinde varlıklarını muhafaza ederken suçların ve yaptırımların düzenlendiği 30. maddesi de KHK 61/A maddesinin ilk fıkrasına yapılan bazı ekleme seçimlik hareketlerin eklenmesiyle neredeyse aynen alınmıştır.

³³² Çağlar'a göre 5833 sayılı yasa ile getirilen değişikliklerin nedeni Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu iptal kararı değil Türk Ceza Kanunu'nun uygulanması ve yürürlüğünü düzenleyen 5252 sayılı Kanunun “ağır para cezalarını adli para cezası olarak değiştiren” 5. ve “diğer kanunların, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapıncaya ve en geç 31 Aralık 2008 tarihine kadar uygulanır” hükmünü içeren geçici 1. maddelerinde yer alan düzenlemelerdir. ÇAĞLAR, Hüseyin; “556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de 28.01.2009 Tarihinde Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme”, Gazi üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-Aralık 2007, C. XI, S. 1-2, s. 102-103.

Bu dönemdeki en temel sorun içerisinde suç ve ceza normları da bulunan bir metnin kanunla değil de KHK ile yürütülmesiydi. Defalarca Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelerek iptallere konu olan KHK içerisinde kanunla yapılan değişikliklerle yama yaparcasına eklenen suç ve ceza normu düzenlemeleri KHK'nın daha da eleştirilmesine sebep oldu.

d- 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Dönemi

Sınai mülkiyet haklarına ilişkin düzenlemelerin kanun hükmünde kararnamelerle yapılmış olmasının taşıdığı riskler, 2008 ve 2014 yıllarında Anayasa Mahkemesinin; “Gayri maddi mallar kapsamında bulunan fikri ve sınai mülkiyet haklarının Anayasanın ikinci kısmının Kişinin Hakları ve Ödevleri başlıklı ikinci bölümünün 35 inci maddesinde yer alan mülkiyet haklarından olduğu³³³, Anayasanın 91 inci maddesinin birinci fıkrasında ise sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ve dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceğinin belirtildiği” gerekçesiyle marka, tasarım, patent ve coğrafi işarete ilişkin kanun hükmünde kararnamelerin bazı maddelerini iptal etmesiyle ortaya çıkmıştır³³⁴. Sınai mülkiyet hakları alanında söz konusu olabilecek muhtemel iptaller nedeniyle ortaya çıkabilecek sorunların ve hak kayıplarının ortadan kaldırılması ihtiyacı, kanun hükmünde kararnamelerin bir an önce kanunlaşmasını gerekli kılmıştır.

Sınai mülkiyet haklarının kanunla düzenlenme ihtiyacı yanında, uluslararası sözleşmeler ve AB mevzuatıyla uyumun artırılması, AB ve diğer gelişmiş ülkeler ile rekabet edilebilmesi ve daha nitelikli ve etkin işleyen çağdaş bir sınai mülkiyet sistemine geçişin sağlanması için mevcut sistemin yenilenmesi gereği ortaya çıkmıştır. Bu çerçevede, marka, coğrafi işaret, tasarım, patent ve faydalı model haklarına ilişkin önemli yenilikler getiren düzenlemeler yapılmış, mevcut sistemde yer almayan geleneksel ürün adı koruması sisteme dahil edilmiştir.

Sınai mülkiyet mevzuatı, sınai mülkiyet hukukunun parçalarını oluşturan başta marka, patent, tasarım, faydalı model, geleneksel ürün adları ve coğrafi işaret ile ilgili dağınık yapıyı nihayet 22.12.2016'da TBMM'de kabul edilerek 10.01.2017'de resmî

³³³ Anayasa Mahkemesinin görüşüne uygun olarak marka üzerindeki hakların mülkiyet hakkı olduğu SMK'nın genel gerekçesinin 4. Paragrafında da ifade edilmektedir.

³³⁴ Yazarlara göre, sınai mülkiyeti meydana getiren değerlerin bir tek kanun metni haline getirilmesi gereklidir. DONAY/ERMAN; a.g.e., s.103.

gazetede yayınlanan 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu³³⁵ ile tek bir metin ile bir bütün haline getirilmiştir³³⁶.

Mülga 556 sayılı KHK'nın 61/A maddesinin marka hakkına tecavüz suçunu düzenleyen birinci fıkrasında iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal veya hizmet üretmek, satışa arz etmek veya satmak fiilleri cezalandırılmaktaydı. Sınai Mülkiyet Kanunu 30. maddesi, mülga KHK 61/A ilk fıkrasındaki seçimlik hareketlere, hizmet sunmak, ithal ya da ihraç etmek, ticari amaçla satın almak, bulundurmak, nakletmek ya da depolamak fiillerini de eklenerek maddenin geri kalanını aynen korunmak suretiyle oluşturulmuştur. Aynı maddedeki diğer değişiklik mülga KHK 61/A ikinci fıkrasındaki "Marka koruması olan eşya veya ambalajı üzerine konulmuş" ibaresi kaldırılarak fıkranın kalanı aynen korunmuş, böylece fıkradaki anlam bozukluğu giderilmeye çalışılmıştır. Yapılan son değişiklik de üçüncü fıkra olmuştur. Yetkisiz tasarrufta bulunma suçunu düzenleyen fıkra "satmak" ve "kiralamak" fiilleri suç unsuru olmaktan çıkartılmış, bunların yerine "lisans vermek" fiili eklenerek fıkra yeni halini almıştır³³⁷.

Maddenin geri kalan fıkraları da neredeyse mülga KHK 61/A maddesi ile aynı olduğundan, bu fıkralarla ilgili ayrıntılı açıklamalara ve karşılaştırmalara ileriki bölümlerde

³³⁵ SMK genel gerekçesinde; "Kanunun yürürlüğe girmesi ve getirilen yeniliklerin uygulamaya başlaması ile birlikte; sınai mülkiyet haklarını düzenleyen kanun hükmünde kararnamelerin tamamının kanunla düzenlenmesiyle kanun hükmünde kararname hükümlerinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilme ihtimalinin getirdiği hukuki belirsizlik ortadan kalkacak, sınai mülkiyet mevzuatının uluslararası uygulamalara ve AB mevzuatına uyumunun artmasıyla Türkiye, yatırımcılar açısından daha cazip ve öngörülebilir hale gelecek..." denilmektedir. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu 22.12.2016 tarihinde TBMM'de kabul edilmiş ve 29944 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak 10.01.2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³³⁶ 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 191. maddesiyle; 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 566 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında 551 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Hükmünde Kararnameyi Yürürlükten kaldırılmıştır.

³³⁷ 6769 sayılı SMK'nın marka suçlarını ve yaptırımları düzenleyen 30. madde metni;

Madde 30- (1) Başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal üreten veya hizmet sunan, satışa arz eden veya satan, **ithal ya da ihraç eden, ticari amaçla satın alan, bulunduran, nakleden veya depolayan** kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Marka koruması olduğunu belirten işareti mal veya ambalaj üzerinden yetkisi olmadan kaldıran kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (3) Yetkisi olmadığı hâlde başkasına ait marka hakkı üzerinde devretmek, **lisans** veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunan kişi iki yıldan dört yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (4) Bu maddede yer alan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde ayrıca bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. (5) Bu maddede yer alan suçlardan dolayı cezaya hükmedebilmek için markanın Türkiye'de tescilli olması şarttır. (6) Bu maddede yer alan suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlıdır. (7) Başkasının hak sahibi olduğu marka taklit edilerek üretilmiş malı, satışa arz eden veya satan kişinin bu malı nereden temin ettiğini bildirmesi ve bu suretle üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara el konulmasını sağlaması hâlinde hakkında cezaya hükmolunmaz.

yer verilecektir.

Belirtmek gerekir ki Sınai Mülkiyet Kanunu yeni bir düzenleme olmaktan ziyade dağınık yapıdaki sınai mülkiyet hukukunun parçalarının aynı metinde toplayan, tekrardan kaçmak üzere ortak olan düzenlemeleri ortak hükümler başlığı altında beşinci kitapta toplayan, yenilemek amacıyla birlikte özellikle ortaya çıkan gelişmeler, ihtiyaçlar, AB mevzuatıyla uyumu sağlamak amaçlarıyla eklenen ve önemli yenilikleri de barındıran düzenlemeleri de içeren mevcut sistemin yenilenmesinden ibarettir.

2- Tescilsiz Markaların TTK’da Düzenlenen Haksız Rekabet Suçu Kapsamında Korunması

Hukuk sistemimizde, marka hakları usulüne uygun şekilde tescilli olması kaydıyla SMK kapsamında hukuki ve cezai olarak korunmaktadır. Bir markanın SMK’da sağlanan korumadan yararlanmasının ön koşulu yine SMK’da düzenlenen şekilde tescilli olmasıdır. Ancak bir marka tescilli olmadığına da korunabilmektedir. Bu korumayı da genel anlamda Türk Ticaret Kanunu’ndaki haksız rekabet hükümleri; ceza normu açısından korumayı da haksız rekabet hükümleri içerisindeki cezai norma bağlanmış maddeler sağlamaktadır.

Haksız rekabet ticarete taraf tüm katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması amacını güder. Diğer bir ifadeyle herkesin ticari hayatta kendi emeğiyle iktisadi sonuç alması ve bu emeği ahlak kaidelerine uygun şekilde sarf etmesi beklenir. İşte bu hakkaniyet ortamının temini, piyasadaki rekabetin dürüstlük kuralı çerçevesinde, kişinin sarf ettiği emek oranında gerçekleşmesini sağlamak haksız rekabet düzenlemelerinin asıl amacıdır.

Rakipler arasındaki ya da tedarikçiler ile müşterileri arasındaki ilişkileri olumsuz etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırı olarak kabul edilmektedir³³⁸. Haksız rekabet hükümleriyle korunan sadece ticaret ile uğraşanlar diğer bir ifadeyle rakipler değil aynı zamanda işletmeler, müşteriler ve tüketicilerdir.

Haksız rekabet fiillerinin bazıları, fiilin ve sonuçlarının ağırlığı nedeniyle kanun koyucu tarafından sadece hukuki yaptırımlara bağlamakla yetinilmeyerek aynı zamanda cezai yaptırımlara da bağlanmıştır. TTK madde 62’ye göre bazı eylemler hukuk davasını açma hakkını haiz bulunanların şikâyetine bağlı olarak cezai yaptırımlara bağlanmıştır³³⁹.

³³⁸ Bkz. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Birinci Kitap, “Haksız Rekabet” başlıklı Dördüncü Kısım, 54/2 madde metni.

³³⁹ TTK 62. Madde metni: (1) a) 55 inci maddede yazılı haksız rekabet fiillerinden birini kasten işleyenler,

Haksız rekabet düzenlemeleriyle sınai haklar bağlamında marka hakları konu ve amaç yönüyle birbirlerinden farklılık arz etmektedir. Şöyle ki; haksız rekabet tüm katılanların menfaatini gözetirken bozulmamış rekabet ortamının sağlanmasını amaçlar. Marka hakları ise doğrudan doğruya markayı oluşturan işaretler üzerinden marka hakkı sahibini korur. Sınai hakların ortak özelliği olarak marka hakları ancak tescilli markaları korurken tescili bir şekilde yapılmamış markalar ise haksız rekabet hükümleri çerçevesinde ancak kişinin emeğinin korunması amacıyla kollanır. Marka hakları, sahibine inhisari ve en geniş hakları sağlarken, marka hakkı sahibi tescil sayesinde artık hakkın kendisine ait olup olmadığını ispata gerek kalmaksızın en geniş haliyle SMK'nın sağladığı tüm haklardan yararlanır. Tescilsiz bir markanın sahibi ise haksız rekabet düzenlemelerinden ancak o markanın kendine ait olduğunu ispat etmesi halinde, dürüst ve bozulmamış rekabet ortamının ve emeğinin korunması için faydalanabilecektir.

Marka hakları, SMK kapsamında tescilli bir marka sahibinin markasını ve marka hakkı sahibinin kendisini korumakta iken haksız rekabet düzenlemeleriyle korunmak istenen şey ise emeğin ve bununla birlikte bozulmamış rekabet ortamının sağlanması ve muhafaza edilmesidir³⁴⁰. Emeğin korunması ile tescilli olmayan sınai ürünlerin de korunması kastediliyor olsa da haksız rekabet ile asıl amaçlanan rekabet ortamını sağlıklı ve devamlı işler halde tutmaktır³⁴¹.

Burada cevaplanması gereken en önemli soru tescilli bir marka hakkı ihlalinin aynı anda hem marka hukuku düzenlemeleri hem de haksız rekabet düzenlemeleri ile korunup korunamayacağıdır. Öğretide bu konuda iki görüş öne sürülmektedir.

İlk görüşe göre haksız rekabetin düzenlendiği TTK hükümleri ile SMK arasında genel-özel hüküm ilişkisi vardır³⁴². İkinci görüşe göre ise amaç, menfaat ve konu farklılığı

b) Kendi icap ve tekliflerinin rakiplerinkine tercih edilmesi için kişisel durumu, ürünleri, iş ürünleri, ticari faaliyeti ve işleri hakkında kasten yanlış veya yanıltıcı bilgi verenler,

c) Çalışanları, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri, çalıştırmanın veya müvekkillerinin üretim veya ticaret sırlarını ele geçirmelerini sağlamak için aldatanlar,

d) Çalıştıranlar veya müvekkillerden, işçilerinin veya çalışanlarının ya da vekillerinin, işlerini gördükleri sırada cezayı gerektiren bir haksız rekabet fiilini işlediklerini öğrenip de bu fiili önlemeyenler veya gerçeğe aykırı beyanları düzeltmeyenler,

fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, 56. madde gereğince hukuk davasını açma hakkını haiz bulunanlardan birinin şikâyeti üzerine, her bir bent kapsamına giren fiiller dolayısıyla iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılırlar.

³⁴⁰ POROY/YASAMAN; a.g.e., s.305.

³⁴¹ POROY/YASAMAN; a.g.e., s.305.

³⁴² CENGİZ; a.g.e., s.51.

bulunan iki düzenleme açısından tescilli bir markanın özel olarak düzenlenen SMK ile korunurken aynı zamanda haksız rekabet hükümlerine göre de korunabileceği ifade edilmektedir³⁴³.

İlk görüş genel bir bakış açısıyla haklı ve doğru gibi görünse de ikinci görüşte ifade edilen iki düzenleme arasındaki amaç, menfaat ve konu farklılığı açık bir şekilde ortadadır. Bir fiil iki ayrı yaptırım gerektiren normu ihlal edebilir. Diğer bir anlatımla bir marka hakkının ihlali tescilli olması halinde hem SMK'daki düzenlemeler kapsamında marka hakkına tecavüz ihlali gerçekleşirken aynı zamanda TTK md. 62 kapsamında haksız rekabet suçunu da oluşturabilir. Bu durumda ikinci görüşe göre marka hakkına tecavüzün ve haksız rekabetin varlığının aynı anda kümülatif olarak bir koruma sağladığı düşünülmelidir³⁴⁴. Kaldı ki aksine bir düşüncenin tescili bulunmayan bir markayı, olabilecek haksız ihlallere karşı savunmasız hale getireceği de açıktır. Bu sebep dahi haksız rekabet düzenlemelerinin marka haklarını, tescilli olmasalar dahi hukuki bir koruma altına almasının doğruluğunu ortaya koymaktadır.

³⁴³ POROY/YASAMAN; a.g.e., s.306; SULUK; a.g.e., s.670.

³⁴⁴ POROY/YASAMAN; a.g.e., s.307.

Üçüncü Bölüm

6769 sayılı SINAİ MÜLKİYET KANUNU'NDA (SMK) DÜZENLENEN MARKA SUÇLARI

I. Genel Olarak

Sınai Mülkiyet Kanunu, ayrı ayrı KHK'larla düzenlenmiş olan marka, endüstriyel tasarım, patent, faydalı model ve coğrafi işaretlerle ilgili KHK'ların tamamını ilga edip söz konusu başlıkları tek bir metin haline getirerek yeknesaklığı sağlamıştır. SMK, tüm bu genel düzenlemeyi yaparken cezai korumayı sadece marka hakları ile sınırlı tutmayı tercih etmiştir. Daha önceki düzenlemelerin aksine, tüm eleştirileri de göz önüne alarak SMK, marka ile ilgili hem hukuki hem de cezai korumayı parçalı yapıdan kurtararak bir bütün haline getirmiştir. İleride ayrıntılarına değinileceği üzere, 556 sayılı KHK'nın 61/A (değişik 21.01.2009-5833 Sayılı Kanun md.3) maddesinde düzenlenen ceza hükümleri kısmi eklemelerle birlikte SMK'da neredeyse aynen muhafaza edilmiştir.

Yedi fıkradan oluşan SMK'nın 30. maddesi, ilk üç fıkrasında üç ayrı suç tipi ve bu suçların yaptırımlarını belirlemektedir. Birinci fıkroda, başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz fiili, ikinci fıkroda marka korumasını belirten işaretin kaldırılması fiili, üçüncü fıkroda ise başkasına ait marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarrufta bulunulması eylemi düzenlenmiştir. Dördüncü fıkroda tüzel kişiye uygulanacak güvenlik tedbirleri, beşinci fıkroda bu suç tipinden cezalandırılabilme ön şartı, altıncı fıkroda ceza muhakemesi şartı olarak şikâyet müessesesi, yedinci ve son fıkroda ise cezayı kaldıran sebep olarak etkin pişmanlık hali düzenlenmiştir.

II. Ekonomik Suç Kavramı ve Marka Suçları

A. Kavram

Ekonomik suç ve ticari suç kavramları zaman zaman birbirinin yerine zaman zaman da birbirini kapsar şekilde kullanılan kavramlardır. Bu kavramların ilk çıkış tarihlerine bakıldığında marka doğrudan tesiri de daha iyi anlaşılacaktır.

Ticaret ve ekonomi, insanlık tarihi ve toplumsal yaşamın kurulmaya başlamasıyla ortaya çıkan, gelişen ve gelişmeye devam eden kavramlardır. Eski çağlardaki gelişmeler toplumsal hayatın ilkel ve gelişiminin zor takip edildiği bir dönemdir. Modern toplumların ortaya çıkması ile toplumsal düzenin hukuk normlarıyla sağlanmaya çalışılması sonucu giderek önem kazanan ekonomik düzen de hukuk normlarıyla şekillenmeye başlamış, bu

dönemdeki ihlaller özel hukuk normlarıyla önlenmeye çalışılmıştır³⁴⁵. Giderek gelişen ve artan ihlallerin özel hukuk normlarıyla giderilememesi sonucu ceza normlarının müdahaleleri de görülmeye başlanmıştır.

Loncaların ve diğer esnaf birliklerinin kurulmasıyla usta- çırak ilişkileri içerisinde cezalandırmaların yapıldığı bir dönemde özellikle bir ustanın birçok kez imal ederek kendi ismini de üzerine yazarak markalaştırmış olduğu eşyaların taklitlerinin yapılması, kötü malzeme kullanılarak üretilmesi, yapılan numunelere aykırı olarak çoğaltılması, haksız rekabette bulunarak fiyat politikalarının değiştirilmesi, hatta yeni usullerle farklı ve daha ucuz üretim yapılması gibi fiiller yasaklanmıştı. Hatta bu kurallara aykırı davranarak veya bir şekilde diğer ustalardan fazla kazanan ustaların fazla kazançları diğer ustalara pay edilir, kurallara aykırı davrananlar da meydan dayağı, damgalanma, şehirden kovulmak, şehir içinde dolaştırılarak teşhir edilmek gibi cezalarla karşı karşıya kalırlardı³⁴⁶. Marka haklarının tam da göbeğinde olduğu ekonomik suçun kavramsal açıdan açıklanması kavramın daha iyi anlaşılması için yerinde olacaktır.

Tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu bir hareketle ceza normunun ihlali anlamına gelen³⁴⁷ suç, çeşitli ölçütler dikkate alınmak suretiyle tasnife tabi kılınmıştır. Yapılan bu tasnifte kimi zaman korunan hukuksal değer, kimi zaman fail, kimi zaman ise mağdur dikkate alınmıştır. Belirli bir suç tipini hedef almayan ancak ortaya koyduğu sonuçları bakımından benzerlik arz eden bazı suçlar da bu tip bir tasnife tabi olmuştur. İşte bu tasniflerden biri de öğretide ekonomik suç ya da ticari suç kavramlarıyla ifade edilmeye çalışılmıştır³⁴⁸. Marka suçları da hukuki niteliği bakımından genellikle ekonomik suç ya da ticari suç olarak nitelendirilmektedir. Bu anlamda ekonomik suçun tanımı ile ilgili tam bir ortak yaklaşım bulunmadığından gerek kavramın ne anlama geldiği gerekse mevcut

³⁴⁵ Hammurabi Kanunlarından başlayarak günümüze kadar ekonomi ve ekonomik gelişmeler, hukuki düzenlemelerin çoğunluğunun çıkış sebebi ve kaynağı olmuştur. BAYKAL, C. Murat; “Hukuk-Ekonomi İlişkisi ve Ekonomi Hukuku Üzerine”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 66, S. 4, Güz 2008, s. 77.

³⁴⁶ ERMAN; a.g.e., s.17.

³⁴⁷ Suçun tanımı ile ilgili tartışmalar için bkz. ALACAKAPTAN; a.g.e., s.2 vd.; İÇEL, Kayıhan; İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, Yenilenmiş 6. Bası, İstanbul 2014, s. 54 vd.

³⁴⁸ MAHMUTOĞLU, Fatih Selami; Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 237. Yazar ekonomik ceza hukuku ifadesini kullanmakla birlikte ekonomik suç ile ticari suç kavramının ayrımını da yapmaktadır. Bizim de katıldığımız görüşe göre ekonomik suç kavramının ticari suçları da kapsayan üst kavram gibi kullanılıyor olması bir tarafa, ticari suçların ticari işletmelerle, ticaret hayatıyla ya da ticari serbestiyle ilgili kurallara aykırılıkları barındırmakta, ekonomik suçların ise özellikle ulusal düzeydeki üretim, tüketim, değişim ve bölüşüm ilişkilerini düzenleyen daha da önemlisi ekonomik düzeni koruyan hükümleri ihlal eden fiiller olarak tanımlanmaktadır.

yaklaşımların ne olduğunu belirtmek faydalı olacaktır.

Ekonomik suç genel anlamda belirli bir suç tipini oluşturan fiiller bağlamında değil aslen ortaya çıkardıkları sonuçları açısından paralellik gösteren, birden çok suçu barındıran bir kategorik ayrımın adıdır³⁴⁹.

Ekonomik suçların tanımlanmasında doktrinde çeşitli yaklaşımlardan söz edilse de bu konudaki temel yaklaşımları iki ana başlık altında incelemek mümkündür³⁵⁰. Bu yaklaşımlardan ilki ekonomik suçların kriminolojik açıdan incelenmesidir. Bu yaklaşıma göre ekonomik suç, suçun işleniş tarzı ve saiki ile farklılık arz etmekte ve bu yönleriyle ayrı bir suç grubu haline gelmektedir.

Kriminolojik yaklaşımda ekonomik suçlara iki ayrı bakış açısı söz konusudur. Özellikle Alman ve Anglo Amerikan doktrininde ekonomik suçlar belli meslek gruplarında işlenen suçlar olarak değerlendirilmektedir³⁵¹. Buna göre, mesleği icra eden kişilerde mesleğin yapısı gereği bazı mesleki bozukluklar ortaya çıktığı, özellikle başarı kaygısından kaynaklı meslek kurallarından sapmalar olduğu ifade edilmektedir. Bu sapma davranışları zamanla alışkanlık haline gelmekte hatta uyulmaması halinde mesleği icra etmenin bile imkânsız hale geldiğini ilgili meslek sahibine düşündürmektedir³⁵². Bu tip durumların daha çok bu suçun faili haline gelen meslek sahibinin işletmede herhangi bir ortaklığı veya aidiyeti bulunmayan, çalışan sıfatındaki kişilerde daha çok görüldüğü değerlendirilmektedir.

Fransız doktrinindeki yazarlara göre ise ekonomik suçları mesleklerle bağlantı kurarak değil ticari faaliyetler kapsamında kazanç elde etme amacıyla işlenen fiiller olarak değerlendirmek gerekir³⁵³. Bu yazarlara göre ticaretin esası olan emniyet ve güven hissini sarsıcı ya da mevcut güvenin kötüye kullanılmasını ifade eden tüm fiil ve hareketlerin ekonomik suç olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu görüşe göre toplum ve onu temsil eden devlet, tüm ilişkilerin belli bir düzen ve güven içerisinde yaşanmasını sağlamak ve devam ettirmek ister. Bundan dolayı da özellikle karşılıklı ilişkilerden en yoğun ve temel ilişki olan ticari ve iktisadi faaliyetlerin haksız kazanç elde etme maksadı ile çeşitli ihlallere

³⁴⁹ BAŞBÜYÜK; 2014 a.g.e., s.36

³⁵⁰ Bu ikili ayrımı Erman kriminolojik ve hukuki olarak nitelendirmektedir. Bu konuda bkz. ERMAN; a.g.e., s. 2 vd.

³⁵¹ Naklen; ERMAN; a.g.e., s.3.

³⁵² ERMAN; a.g.e., s.3.

³⁵³ Naklen; ERMAN; a.g.e., s.3.

maruz kalması ekonomik suçların ortak özelliklerindedir³⁵⁴.

Genel anlamda kriminolojik bakış açısıyla değerlendirilmesi halinde ekonomik suçların, gerçek ve tüzel kişilerin herhangi bir münferit ya da toplumsal faaliyetleri kapsamında iktisadi bir menfaatin ihlal edilmesi halinde ortaya çıkan tüm suçlar olarak tanımlanması sonucunu doğuracaktır. Ancak bu sonuç Türk Ceza Kanunu'nun özel hükümler başlığı altında sınıflandırılan hırsızlık, yağma, dolandırıcılık gibi suç tiplerinin dahi ekonomik suç olarak nitelendirilmelerine sebebiyet verecektir. Diğer taraftan dar anlamıyla sadece bir ticari ya da sınaî faaliyetin icrasına bağlı olarak işlenen suç olarak nitelendirilmesi halinde de belli bir ticari ya da sınaî faaliyet göstermeyen bir kişinin fiilleri artık ekonomik suç ya da diğer bir yaygın kullanımıyla ticari suç olarak nitelendirilemeyecektir.

Tüm bu sebeplerle hukuki yaklaşım olarak nitelendirilen ikinci bakış açısına göre ekonomik suçun kapsamı ve tanımı şu şekilde yapılabilir: Ticari ya da sınaî bir işletmenin faaliyetlerinin hukuka uygun bir şekilde yürütülmesi ve işletmenin bu faaliyetlerden elde ettiği menfaatlerinin korunması için cezai yaptırımlara bağlanmış ve sadece bu tip işletme faaliyetlerinde bulunan kişilerce işlenebilen fiiller ticari suç ya da ekonomik suç olarak nitelendirilir³⁵⁵.

Bu görüşe göre malvarlığına karşı işlenen suçlardan diğerlerine göre işleniş şekli açısından daha karmaşık ve çözümlenmesi özel çaba, yetenek ve teknik bilgi gerektiren suçların ekonomik suçlar olduğu kabul edilmektedir. Bu tip suçlarla mücadelede diğerlerine göre ihtisaslaşma özel bilgi ve beceri hatta yöntemler gerektirmektedir. Ancak böyle bir ayırım daha baştan suçları tasnif ederken muğlak belirleyicilerle yola çıktığından, ekonomik suçların genel anlamda tüm özelliklerini de barındırmadığından ve özellikle farklı yöntemlerle mücadelenin başka suçlar için de gerekli olduğu bu durumun diğer suç tiplerinden ayrılması için geçerli özgü bir durum olmadığı eleştirileriyle çok kabul görmemiştir³⁵⁶.

³⁵⁴ DÖNMEZER, Sulhi; Ekonomik Suçlar Hakkında Yayınlanmamış Ders Notları, Naklen; ERMAN; a.g.e., s.3, dn.7.

³⁵⁵ Erman, hukuki bir müessese sıfatı olması nedeniyle ticari suç deyimini ekonomik suç terimine tercih etmekte ve bu terimi kullanmakla birlikte ekonomik suç kavramını da "ticari suç veya ekonomik suç" şeklinde kullanmaya da devam etmektedir. ERMAN; a.g.e., s.4.

³⁵⁶ BAŞBÜYÜK; 2014 a.g.e., s.38, MAHMUTOĞLU; a.g.e., s.32.

Ekonomik suçların genel anlamda iktisadi kazanç elde etmek amacıyla ve iktisadi bir faaliyet dahilinde işlenmesi³⁵⁷, diğer taraftan bu suçların şiddet içermeyen suçlar olması, faillerinin özel bazı yetenek veya imkanlara sahip olduğu gerçeğinden hareketle şöyle bir tanım yerinde olacaktır: Ekonomik suçlar, mesleki ve teknik yetenekler taşıyan failler tarafından, şiddet içermeyen, çoğunlukla aldatıcı fiiller vasıtasıyla, ekonomik kazanç hedefiyle, iktisadi bir etkinlik dahilinde işlenen ve genel olarak iktisadi menfaatleri ihlal eden suçlardır³⁵⁸.

İflas ceza hukukunda düzenlenen suçlar, sermaye piyasası suçları, bankacılık suçları, biogüvenlik alanında düzenlenen suçlar, mali suçlar, vergi suçları, fikri ve sınai mülkiyet suçları³⁵⁹ genel anlamda ekonomik suçlar kapsamında değerlendirilmektedir³⁶⁰. Sınai mülkiyet hukukunun bir parçası olan marka suçlarının da bir ticari suç; daha kapsamlı ifade edilen haliyle de ekonomik suç olarak nitelendirilmesi yerinde olacaktır³⁶¹.

B. Ekonomik Suçlarda Ceza Hukukuna Özgü İlkeler

Yukarıda bölümlerde açıklandığı üzere ekonomik hayatta karşılaşılan ihlallerin sadece özel hukuk normlarıyla engellenmeye çalışılması artık yetersiz kalmaktadır. Öyle ki, ticari ilişkilerin özellikle de ticari aktörlerin ihlallerinin doğrudan muhataplarına verdikleri zararların ötesinde bu ihlaller o kişilerle irtibatlı olan üçüncü kişilere de zarar verebilmekte hatta ticaret hayatında zincirleme etkiler yaratarak ekonomik düzenin direk kendisine zarar

³⁵⁷ Ekonomik suçların diğer suç tiplerinden farklı olan bu doğası gereği, yapılacak düzenlemelerin ekonominin gerçeklerine uygun olması gerektiği, aksi halde yapılan bu düzenlemelerin uygulanmasının zor olacağı gibi ekonomik düzenin işleyişine ve dolayısıyla da topluma zararlı olabilecekleri unutulmamalıdır. BAYKAL; a.g.m., s.78.

³⁵⁸ KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür; Ekonomik Suçlar Bağlamında Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar ve Cezalar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s.61.

³⁵⁹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine sunulmak üzere 1981'de Strasbourg'da toplanan bir konferansta ekonomik suçların zararlarına dikkat çekildikten sonra ekonomik suçların önlenmesi hususunda özel hukuk normlarıyla yetinmenin yetersiz kaldığı noktada ve zaruret halinde cezai müeyyidelere başvurma gerekliliği olduğu vurgulanarak alınan önemli kararlardan bazıları şunlardır: Ekonomik suçlulukla ilgili süratli ve etkili tedbirleri alınması; bu mücadelede uzmanlaşmış hakimlerin yetişmesinin sağlanması; tüzel kişilerin cezalandırılmalarına imkan verecek tedbirlerin alınması; ağır hallerde hürriyeti bağlayacak cezalara dahi başvurulması; hükmedilecek para cezalarına suçluların mali durumlarına ve işlenen suçun ağırlığına göre belirlenmesi; asli cezaların yanında bazı hak yoksunluklarının, tazminat hükümlerinin ve uygulanan tedbirlerin önleyiciliğinin etkinliğini arttırıcı araştırmaların yapılması. Uzmanlar kurulunca cezai yaptırıma tabi tutulması gereken suçlardan biri; "Tüketiciyi zarar sokacak hilelerin yapılması, özellikle tağşiş veya tahrif edilmiş yahut alıcıyı menşei veya kalitesi hakkında hataya düşürmeğe herhangi bir suretle elverişli ürünlerin satılması"; diğer bir madde de "haksız rekabet ve gerçek dışı reklam yapılması" olarak belirlenmiştir. Naklen; ERMAN; a.g.e. s.24-25.

³⁶⁰ KÜÇÜKTAŞDEMİR; a.g.e., s.52.

³⁶¹ Aynı yönde TOPÇU, Deniz; Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar, Seçkin Yayınevi Ankara 2007 s.32; TİDEMAN, Klaus; Tercüme eden: NUHOĞLU, Ayşe; Ekonomi Ceza Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s.40,109.

verecek boyutlara kadar ulaşmaktadır³⁶².

Tüm bu sebeplerle ekonomik düzene; varlıkların, menfaatlerin ve hakların himayesi olarak nitelendirilen ceza hukukunun³⁶³ müdahalesi kaçınılmazdır. Ancak bu kaçınılmazlık, ekonomik düzenin kendine özgü sisteminden dolayı beraberinde bazı sıkıntıları getirebilmektedir.

Belirtilmesi gereken temel prensip şudur: genel olarak her hukuk dalının kendine has birçok prensipleri vardır. Ancak ekonomi, ticaret, sanayi, maliye veya iş hukuku gibi herhangi bir özel hukuk alt dalı mevcut şartlar altında ceza hukukuna başvuruyorsa orada artık ceza hukukunun temel kaideleri ve ana prensiplerini de kabul etmek zorundadır. Bir hukuk dalı ceza hukukundan yardım talep etmekle ceza hukukunun kendine özgü kuralları gereği, kendi muhtariyetini kaybeder ve ceza hukukunun ana prensiplerine uygun bir şekilde yorumlanır ve uygulanır³⁶⁴. Bu anlamda genelde ekonomik suçlar özelde marka suçları açısından ceza hukukunun temel prensiplerini hatırlamak yerinde olacaktır.

1- Kusur (Kusursuz Suç ve Ceza Olmaz) İlkesi

Hak ile haksızlığı, doğru ile yanlış, iyi ile kötüyü ayırabilme ve buna göre davranabilme yeteneği olarak tanımlanan kusur yeteneğine³⁶⁵ bağlı olarak Kusur ilkesi, failin isnat kabiliyetine sahip olması ve fiili bilerek ve isteyerek işlemesi halinde sorumlu tutulabileceğini ifade eder. Suç, en basit ifadesiyle yasaklanmış iradi bir insan davranışdır. Dolayısıyla iradesi olmayan failin kusurluluğundan da söz edilemez³⁶⁶. Kusur ilkesi, modern ceza hukukunda ceza sorumluluğunun temel taşlarından birisidir. Bu ilke ile kusursuz bir kimseye ceza isnat edilemeyeceği gibi, isnat yeteneği olan bir kişiye de kusurundan daha ağır bir ceza verilemeyeceği ifade edilmektedir³⁶⁷. Önemle belirtmek gerekir ki kusur, somut olayda failin eyleminde aranan bir nitelik olup, failin genel yaşantısının kötü olması ile failin karakter bozukluğu olduğuna dair bir çıkarım yapılması şeklinde anlaşılamaz³⁶⁸.

³⁶² ERMAN; a.g.e. s. 22.

³⁶³ EREM/TOROSLU; a.g.e., s.3.

³⁶⁴ ERMAN; a.g.e. s. 26. Moroğlu'na göre de "ekonomik suça ekonomik ceza" gibi ekonomik suçlara özgü ilkeler temelsizdir. Ekonomik suç olarak adlandırılan suçlara uygulanacak ceza eylemin ekonomik nitelikte olup olmamasına göre değil kamu düzeni ve suçun önlenmesi gerekleri dikkate alınarak belirlenmelidir. Yani burada uygulanacak olan ceza hukukunun genel ilkeleridir. MOROĞLU, Erdoğan; Makaleler II, Arıkan Basım Yayım, İstanbul 2006, s.106.

³⁶⁵ ARTUK/GÖKCEN, a.g.e., s.10.

³⁶⁶ ARTUK/GÖKCEN; a.g.e., s.10.

³⁶⁷ İÇEL, Kayıhan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş 5. Bası, İstanbul 2018, s. 89, ayrıca bkz. İÇEL, Kayıhan; "Çağdaş Ceza Hukukunun Evrensel İlkelerinin Kabahat Türünden Eylemler Alanındaki Boyutları", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi Yıl: 2016, cilt:1, sayı:7 s.623.

³⁶⁸ İÇEL; 2018 a.g.e., s.89.

Kusur ilkesinin TCK'ndaki yansıması, 21/1. maddesindeki “suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır” hükmüdür. Aynı maddenin ikinci fıkrasında da taksirle işlenen fiiller de ancak kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılabilir kuralı getirilmiştir. Kast bir fiilden dolayı bireyin cezalandırılabilmesi için olmazsa olmazdır. Kişinin kusurluluğundan bahsedilebilmesi için kusurluluğun, suçun bütün safhalarında bulunması ve âdeta suçun her anında başından sonuna kadar aktif olması gerekir³⁶⁹. Buna göre bir kişi kasten işlemediği bir fiilden dolayı sorumlu tutulamaz. Taksir sorumluluğu ise istisnai olarak düzenlenmiş ve kanunda açıkça taksir sorumluluğuna yer verilmedikçe de taksirden dolayı cezalandırılmanın önü kesilmiştir³⁷⁰.

Kusur ilkesine bağlı olarak ortaya çıkan en önemli sonuç, kusursuz ceza sorumluluğu doğmaz kuralıdır. Bu kural kapsamında bireyin ceza sorumluluğunun doğabilmesi için sadece bir fiili işlemeden dolayı “objektif sorumluluğu” yeterli olmayıp; aynı zamanda bu fiilin kusurlu bir davranışın sonucu oluşmasıyla “sübjektif sorumluluktan da sorumlu olmasını gerektirir³⁷¹. Kuralın diğer bir sonucu cezanın, failin kusuru ile orantılı belirlenmesidir. Son olarak da ceza failin kusurunun derecesine göre belirlenirken hak ettiğinden daha az veya daha çok olamaz³⁷².

Kusur ilkesinin ekonomik suçlara yansıması, fiillerin genellikle düzenleyici işlemlerden kaynaklanan salt hareket suçlarından oluşmasından dolayı faillerinin kusurlu hareket edip etmediğinin tespitinin zor olması sebebiyle diğer klasik suç tipleri gibi değildir. Sistemimizde, TCK'nun 21. maddesinin açık hükmü dolayısıyla objektif ceza sorumluluğu kabul edilmemekte ve kusur sorumluluğu geçerliliğini tescillemektedir³⁷³. Ancak birçok yerde özellikle de ekonomik suçların sürekli değişen ve gelişen yönlerinden dolayı suç metinlerinde kast karinesi sorunuyla karşı karşıya kalınmaktadır. Hatta ekonomik suçlar ile ilgili kast karinesi savunulmakta, objektif sorumluluk kâfi görülmekte; örneğin kurallara uymamak gibi eylemler suçun oluşması için yeterli görülme eğilimi artmaktadır³⁷⁴.

³⁶⁹ DÖNMEZER, Sulhi; ERMAN, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt II, Beta Yayınevi, Yeniden Gözden Geçirilmiş Onikinci Bası, İstanbul 1999, s.197 vd.

³⁷⁰ Örneğin, 5237 sayılı TCK, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda failin en azından taksir derecesinde kusurlu olmasını aramaktadır. (5237 sayılı TCK madde 23 metni).

³⁷¹ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; a.g.e., s.44.

³⁷² CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; a.g.e., s.45.

³⁷³ Sistemimize benzer olarak Alman Ceza Hukuku'nda da Anayasal bir ilke olarak kusur ilkesi kabul edildiğinden, karinelere yer verilmemektedir. TIEDEMANN; a.g.e., s.139.

³⁷⁴ ERMAN; a.g.e. s.27. Aynı yönde TIEDEMANN; a.g.e., s.139.

2- Suç ve Cezanın Şahsiliği İlkesi

Kusur ilkesinin doğal bir sonucu ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesidir³⁷⁵. Bu ilkeye göre hiç kimse başkasının eyleminden dolayı cezalandırılmaz. Her birey sadece kendi eylem ve davranışlarından sorumlu olup bu eyleminden kaynaklı bir cezai sorumluluk doğması halinde de ancak o birey söz konusu ceza normuyla karşılaşacaktır.

T.C. Anayasasının 38. maddesi ve 5237 sayılı TCK'nın 20. maddesi ceza sorumluluğunun şahsi olduğu ve hiç kimsenin başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamayacağını; ikinci fıkrasında da tüzel kişilerin suçun faili olamayacağını ifade ederek ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesini Anayasal güvenceye ve ceza hukuku kapsamına da almıştır.

Hukukumuzda tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kabul edilmemesi Anayasamızda yer alan "ceza sorumluluğunun şahsiliği" kuralının sonucudur. Kabul edilmesi gerekir ki tüzel kişinin fiil ehliyeti bulunmadığı gibi, kendiliğinden iradi bir fiil gerçekleştirme imkânı da yoktur. Suç ancak failin kendiliğinden kusurlu ve iradi bir hareket ile bilerek ve isteyerek, dış dünyada yasaklanan ve sonuçlarına cezai müeyyide bağlanmış değişiklik yaratmasıyla ortaya çıkar. Dolayısıyla kusurlu iradi hareketi de ancak gerçek kişi gerçekleştirebilir. Tüzel kişi tarafından işlenmiş gibi görülen fiiller, aslında tüzel kişinin organlarından birini vücuda getiren gerçek kişi tarafından işlenmiş olacaktır. Buradaki en önemli husus, tüzel kişinin kast veya taksir şeklinde kusurlu bir davranışından bahsedilmesi mümkün görünmediğinden, tüzel kişinin ceza sorumluluğundan bahsetmek de mümkün değildir. Böyle bir değerlendirme tüzel kişinin, iradesini gerçek kişilerden oluşan organı veya temsilcisi eliyle gerçekleştireceğinden böyle bir sorumluluk başkasının fiilinden sorumluluk anlamına gelir ki bu da açıkça anayasaya ve kanuna aykırılık olur³⁷⁶.

Tüzel kişinin fiil ehliyeti bulunmadığı için burada artık cezadan değil ancak güvenlik tedbirlerinden söz edilebilir. Nitekim TCK 20/2 son cümle de suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri yaptırımının saklı olduğu ifade edilmektedir. Tüzel kişilere uygulanacak güvenlik tedbiri yaptırımları da aynı kanunun 60. maddesinde

³⁷⁵ KÜÇÜKTAŞDEMİR; a.g.e., s.78, Küçüktaşdemir'e göre cezaların şahsiliği ilkesi kusur ilkesinin doğal bir sonucu iken; Centel/Zafer/Çakmut'a göre ise kusur ilkesi ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi kapsamındadır. Bu sebeple ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi "sadece kendi kusurlu eyleminden sorumlu olma" şeklinde anlaşılmalıdır. Centel/Zafer/Çakmut burada, ancak bu şekilde anlaşılmasıyla "ceza sorumluluğunun şahsiliği" ilkesinin "kusursuz sorumluluk olmaz" ilkesinin sağlamaştırılmasında etkili bir işleve sahip olacağını ifade etmektedir. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; a.g.e., s.44.

³⁷⁶ ÖZEN, Muharrem; "Türk Ceza Kanunu Tasarısının Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerine Bir Bakış", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:2003, Cilt:52, Sayı:1 s.69.

düzenlenmiştir. Buna göre iki tür yaptırım söz konusudur. Birincisi özel hukuk tüzel kişinin faaliyet izninin iptal edilmesi; ikincisi ise işlenen suçtan menfaat sağlayan tüzel kişi hakkında müsadere hükümlerinin uygulanmasıdır³⁷⁷.

Ekonomik suçlarda tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun bulunmaması ceza adaleti açısından adaletin sağlanamaması gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bu tip suçlar söz konusu olduğunda işletmeyi işleten tacir, işletmenin çalışanları yöneticileri ya da temsil yetkisine sahip şirket görevlileri bir anda fail olabilmektedir. Ancak ticari hayatın karmaşıklığı, ticari işletme lehine eylemlerle bir suç işlendiğinde, suçun failinin hangi gerçek kişi olduğu, eylemleri bizzat işleyenlerle diğer tüzel kişi aktörleri arasında nasıl bir ayırıştırma yapılacağı konularında karar vermeyi zorlaştırmaktadır³⁷⁸.

Ancak hukuk sistemimizde kabul edilen sisteme göre tüzel kişinin lehine dahi olsa suç işlenmesi halinde tüzel kişi değil bizzat suçu işleyen gerçek kişi fail olacaktır. İşlenen suçtan tüzel kişinin bir menfaati doğuyorsa o halde güvenlik tedbirlerine başvurulacaktır. Suçu işleyen tüzel kişinin yöneticisi olması durumu değiştirmez yönetici gerçek kişi olarak sorumlu olur. Varsa diğer yöneticiler, suça karışmamaları halinde sorumluluklarından söz edilemez.

Diğer taraftan şirket çalışanın işlediği bir suçtan dolayı tüzel kişinin sorumluluğunun belirlenmesi için istihdam edenin gözetim yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğine bakılması gerekir. Yükümlülüğünü yerine getirmediği sonucuna varılırsa o halde tüzel kişi için güvenlik tedbirine başvurulmalıdır³⁷⁹.

3- Hukuk Devleti İlkesi

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti Devletinin bir Hukuk Devleti olduğu ifade edilmektedir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasaya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde kanun koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinde olan devlettir. Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif,

³⁷⁷ Tüzel kişilere uygulanacak güvenlik tedbirlerinin şartları için bkz. ARTUK/GÖKCEN; a.g.e., s.934 vd.

³⁷⁸ Konuyla ilgili tartışmalar ve yönelimler ile ilgili bkz. KÜÇÜKTAŞDEMİR; a.g.e., s.79 vd.

³⁷⁹ KÜÇÜKTAŞDEMİR; a.g.e., s.82.

adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir³⁸⁰. Hukukun devleti ilkesi güven sağlayıcı bir ön şarttır ve hukuki keskinlik bu güvenin oluşmasına temel oluşturmaktadır. Ayrıca eşit muamele de hukuka ve adalete değer katmaktadır. Adaletli davranma, birbirine benzer olan vakalarda benzer muamelelerin olmasıdır ki bu da hukukun üstünlüğüne hizmet etmektedir.

Hukuk devleti ilkesi en çok da kişi hak ve özgürlüklerine önemli müdahaleler barındıran ceza hukukunda gereklidir. Bu ilkeye ceza hukukunun, kişilere karşı kötüye kullanılmasını engellemek için ihtiyaç duyulur. Bundan dolayı hukuk devleti ilkesinin kendini en fazla gösterdiği hukuk dalı ceza hukukudur³⁸¹.

Hukuk devleti ilkesinin ceza hukuku açısından biri maddi diğeri biçimsel olan iki anlamı vardır. Maddi anlamda hukuk devleti ilkesi, ceza hukukunun içerik açısından ne şekilde düzenlenmesi gerektiğini belirler. Buna göre, ceza kanunlarının bireye saygı esasına uygun hareket etmesi, eziyet ve işkence türü uygulamalardan kaçınması, insan onuruyla bağdaşmayan ceza normları düzenlenmemesi, hakimlerin keyfi karar vermelerine yol açabilecek tarzda normlara yer vermemesi, eşitlik ilkesine aykırı olmaması ve tedbir uygulamalarında fiilin ağırlığı ve tehlikenin derecesi ile orantılı davranması hukuk devleti ilkesinin gereğidir.

Biçimsel anlamda hukuk devleti ilkesi ise hukuk sisteminin kişilere sağladığı güvenceyi ifade eder. Temel hak ve özgürlüklere müdahale eden ceza hukuku sisteminin kötüye kullanılmasını engelleyecek kuralların yine aynı hukuk düzeni ile konulması bu ilkenin bir gereğidir. Biçimsel anlamda hukuk devleti ilkesine bağlı olarak ortaya çıkan söz konusu koruyucu düzenlemeler ise suçta ve cezada kanunilik ilkesi, geçmişe uygulama yasağı ilkesi, kıyas yasağı ilkesi, belirlilik kuralı ve orantılılık ilkesidir.

a- Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi

Ceza hukukunun bir silah olarak bireylerin özgürlük alanlarına iktidar tarafından keyfi müdahalelerini önlemek amacıyla, hukuk devleti ilkesinin bir yansıması olarak ortaya çıkan suçta ve cezada kanunilik ilkesi³⁸², “bireylerin hukuk güvenliğini” sağlayan en temel

³⁸⁰ Anayasa Mahkemesi’nin 13.11.2014 tarihli, 2014/113 Esas, 2014/174 Karar sayılı, hukuk devleti tanımını içeren karar metni için bkz. <http://resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/04/20150407-13.pdf>.

³⁸¹ ARTUK/GÖKCEN; a.g.e., s.18.

³⁸² Kanunilik İlkesinin, teorik temellerini ilk ortaya çıkartan kişi, Aydınlanma devrinin önde gelen düşünürü Fransız Montesquieu olmuştur. Montesquieu, bireyin özgürlüklerine, devlet gücünü elinde tutanlar tarafından yapılacak kısıtlamaların, ancak kanunla gerçekleştirilebileceğine işaret etmiş, kuvvetler ayrılığının keyfiliği önlemek için zorunlu olduğunu belirtmiştir. Kanunilik ilkesinin tarihsel gelişimi için bkz; KÜÇÜKTAŞDEMİR,

insan hak ve hürriyetlerinden biridir³⁸³. Hukuk devleti, bireyi ceza hukukuyla korurken aynı zamanda ceza hukukunun bizzat kendisinden de korur. Bundan dolayı, suçu önlemek için uygun metotları belirlerken bunun yanında cezalandırma görevini de ölçüsüz ve keyfi olarak uygulamayacağını da kesin bir dille kanunlarında, kurallarını fiilden önce belirler ve ilan eder³⁸⁴. Toplumı oluşturan bireyler de suç olarak düzenlenen ve yaptırımları da belirlenen fiillerin hangileri olduğunu önceden bilir, davranışlarını buna göre belirler ve böylece yasaklanan davranışları sergilemediği müddetçe hak ve özgürlüklerine devletin herhangi bir şekilde müdahale edemeyeceğini bilerek kendini güvende hisseder³⁸⁵. Bu ilke, bireyin önceden özgürlüklerin sınırlarını bilmesi ve böylece bireye toplum içerisindeki davranışlarını buna göre belirleme imkânı vermesi açısından bireysel özgürlüğün en temel güvencesini oluşturur.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde (7. madde) ve Anayasamızın 38. maddesinde ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde vücut bulan bu ilkeye göre, hiç kimseye işlendiği zaman kanunen açıkça suç sayılmayan bir fiil için ceza verilemez; suç işlendiğinde kanunda açıkça cezayı arttırıcı bir husus düzenlenmedikçe³⁸⁶ yazılı cezadan daha ağır bir cezaya veya güvenlik tedbirine başvurulamaz. Herhangi bir fiilin işlenmesinden önce vücut bulmuş bir kanun yok ise o fiil suç olarak nitelendirilemez. Suç ve cezanın kanunda düzenlenmiş olması ve bu düzenlemenin zaman itibariyle fiilden önce gerçekleşmesi gerekir³⁸⁷.

Kanun dışında suç ve ceza düzenlemesi de yapılamaz. Örneğin Ticaret Hukuku açısından ticari örf, adet ve teamüller yasa koyucunun bu tip bir fiili suç haline getirmesi, bu yasal düzenlemenin ne şekilde anlaşılması gerektiği veya açıklanması açısından kanunda açıkça bir gönderme yapılmadığı müddetçe ceza normunun bir kaynağı da olamaz³⁸⁸.

Özgür; "Aydınlanma ve Ceza Hukuku", TBB Dergisi, Sayı:113, 2014, s.76; İlkenin Roma hukukunda böyle bir ilke bulunmamasına rağmen "nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege" şeklinde Latince olarak ifade edilmiş olmasının yanında Latince halini ilk kez formüle eden ve hukuk tarihine kazandıran kişi Alman ceza hukukçusu Feuerbach'dır. Naklen; ÖZBEK, İzmir Şerhi a.g.e., s.29; ÖZGENÇ, 2019, a.g.e., s.107.

³⁸³ ERMAN; a.g.e., s.31.

³⁸⁴ ÜNVER, Yener; "Türk Yargı Kararlarının Kanunilik İlkesi ve Sonuçları Açısından Değerlendirilmesi"; 3. Türk Alman Ceza Hukuku Semineri (Alman ve Türk Ceza Hukukuna İlişkin Araştırmalar Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi), Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s.15.

³⁸⁵ KANGAL, Zeynel T.; "Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi", Ceza Hukuku Dergisi Yıl:6, Sayı:17, Aralık 2011 s. 62.

³⁸⁶ ÖZGENÇ; 2019, a.g.e., s.108.

³⁸⁷ HAKERİ; a.g.e., s. 13.

³⁸⁸ HAFIZOĞULLARI, Zeki; ÖZEN, Muharrem; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık 7. Baskı, Ankara 2014, s.25, aynı yönde bkz. ÖZBEK; İzmir Şerhi a.g.e., s.30.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi birey açısından olduğu kadar toplum açısından da önemlidir. Birey açısından değerlidir çünkü işlediği herhangi bir fiilin suç olup olmadığını, dolayısıyla da herhangi bir ceza gerektirip gerektirmeyeceğini önceden bilme imkânı olmayan birey tereddüt yaşayacak ve yaşayacağı tereddüt sebebiyle de özgür hareket edemeyecektir. Toplum açısından ise, kanunlarda suç ve cezaların somut olarak belirlenmiş olması, sonuçlarına ceza bağlanmış fiilleri işlemeye istek duyanları, karşılaşacakları yaptırımları öngörmeleriyle, düşünmeye sevk edecek ve caydırıcılık etkisini göstererek toplumsal düzenin sağlıklı işleyişinin korunmasına hizmet edecektir³⁸⁹.

5237 sayılı TCK'nın 2. maddesinde ifade edilen kanunilik ilkesi, sadece suçları ve cezaları değil aynı zamanda güvenlik tedbirlerini de kapsamaktadır. Dolayısıyla kanunda yazılı olmayan herhangi bir güvenlik tedbirine de başvurulamaz³⁹⁰.

Kanunilik ilkesinin modern hukukta ortaya koyduğu güvencelerden biri suç oluşturan fiillerin ilke olarak ve cezalarının ise istisnasız şekilde ancak yasama organı tarafından kanun ile net belirlenmesi gerektiğidir. Buna göre Yürütme Organı'nın kanunun açıkça izin verdiği ve cezasını da açıkça belirlediği durumlar dışında suç yaratma yetkisinin olmaması gerektiği savunulmaktadır. Gerçekten Ticaret Hukuku'nda özellikle de Sınai Mülkiyet Hukuku'nda geçmiş dönemlerde karşılaşılan ve Anayasa Mahkemesi iptalleri ile gündeme gelen sorun özellikle atıf yöntemiyle de sıkça ortaya çıkmaktadır. Belirtilen dönemde ekonomik hayatın hızla değişmesi ve gelişmesiyle ortaya çıkan ihtiyaçlara karşın düzenleyici birçok kuralın hızla çıkarılması gerektiği, ancak yasama organının yavaş ve zorlu işleyişi karşısında müdahale edilmesi gereken konulara müdahalede eksik ve yavaş kaldığı iddia edilmiş; bu sebeple de yürütme organının özellikle ticari hayata dair düzenleyici suç yaratmak hususunda yetki verilmesinin bir gereklilik olduğu savunulmuştur³⁹¹. Ancak bir fiilin suç olarak kabul edilebilmesi için unsurlarının belirtilmesi yani o fiilin tarif edilmesi gerekir. Bu tarifi yapan tasarrufun adı “kanun” ve o kanunu

³⁸⁹ ARTUK, Mehmet Emin; “Kanunilik İlkesi ve Tarihçesi”, 3. Türk Alman Ceza Hukuku Semineri (Alman ve Türk Ceza Hukukuna İlişkin Araştırmalar Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi), Seçkin Yayınevi, Ankara 2014, s. 45.

³⁹⁰ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN; a.g.e., s.21; ARTUK; 2014 a.g.m., s. 40. Yargıtay 2. CD. 07.05.2007 tarihli, 6390 E., 6303 K. sayılı kararında failin denetimli serbestlik süresi boyunca alkollü içecek kullanmaması yönünde tedbir uygulanmasının; 17.12.2007 tarihli, 2007/9742 E. Ve 2007/14071 K. sayılı kararında ise fail olan çocuk hakkında, kanunda yer almamasına rağmen velisine teslim edilmesi yönünde yaptırım uygulanmasının kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiğine hükmetmiştir. ÜNVER; 2014 a.g.m., s.26.

³⁹¹ Özellikle Fransız hukukçuları tarafında savunulan bu görüş ve diğer görüşler için bkz. DÖNMEZER, Sulhi; ERMAN, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. I, 14. Bası, DR Yayınları, İstanbul 2016 s.185 vd.

yapanın da “yasama organı” olmaması halinde suç kanunla ve yasama organı tarafından düzenlenmiş ve kabul edilmiş olmayacaktır. Aksi durum açık bir şekilde yasama yetkisinin başka bir organ olan yürütme organına devredilmesi anlamına gelecektir ki bu da Anayasaya açıkça aykırılık anlamına gelecektir³⁹².

Özellikle ekonomik suçlarda ceza normu düzenlenirken, mülga 556 sayılı KHK’da Anayasa Mahkemesinin iptalleriyle başlayan dönemde adeta krize dönen süreçte yaşandığı gibi, suç ve cezanın düzenlendiği maddenin kanunlaştırılmasına rağmen, suçun konusu ya da tipikliğinin unsurlarını, KHK’nın başka bir maddesine atıf yapmak suretiyle belirlemiş olması tam da kanunilik ilkesinin ihlalinin bir örneğidir. Marka mevzuatında yaşandığı gibi atıfların KHK’da değil de aynı kanunlaştırmaya tabi tutulmuş olsa dahi ceza maddesinin atıf yoluyla gönderme yaptığı maddede suçun unsurlarının belirlenmesi, suçun tarifi açısından birçok tereddüte sebebiyet verebileceğinin yanında kendisine atıfta bulunan madde gibi ceza normu içermediği için kanunilik ilkesi kapsamında yazılmadığından kanunilik ilkesinin aradığı açık kesin bir dille yazılmış bir metin olamayacağı muhakkaktır³⁹³. Bu sebeple, temel ceza kanunu dışında ceza normu barındıran özel hukuk metinlerinde, suçun unsurlarının ve müeyyidesinin farklı maddelerde düzenlenmesinden, doğabilecek çeşitli aksaklıkların ve uygulama zorluklarının önüne geçilmesi açısından, kaçınmak gerekir³⁹⁴.

b- Geçmişe Uygulama Yasağı İlkesi

Kanunilik ilkesinin diğer bir yansıması da geçmişe uygulama yasağıdır. Bu yasak kapsamında, işlendiği anda suç sayılmayan bir fiilin, sonradan suç sayılması halinde o eylemi suç olarak kabul edilmeden önce gerçekleştiren failin cezalandırılmasının önüne geçilmektedir. Bunun yanında aynı ilke ile kanunda sonradan yapılan bir değişiklikte cezası arttırılan bir eylemle ilgili, daha önce o suçu işlemiş faillerin, söz konusu değişiklikten aleyhlerinde etkilenmeleri de önlenmiş olmaktadır.

Doktrinde “ceza kanunlarının geçmişe yürümemesi kuralı” olarak da isimlendirilen kuralın amacı, kanunlara güvenerek suç olarak kabul edilmemiş bir hareketi yapan

³⁹² ERMAN; a.g.e., s.37. Bu durum, kanunilik ilkesinin TCK’da düzenlendiği 2. maddesinin gerekçesinde de “... Anayasamıza göre yasama görevi, devredilmesi mümkün olmayan bir yetkidir. Bireyin maddi ve manevi varlığı üzerinde derin etkiler doğuran suç ve cezaların, ancak ulusal iradeyi temsil eden organ tarafından yapılacak kanunla düzenlenebilmesi, kişi hak ve özgürlüklerine sağlanan en önemli anayasal garantilerden birini oluşturmaktadır” ifadeleriyle vurgulanmıştır. TCK md. 2 gerekçesi için bkz. YURTCAN, Erdener; Yargıtay Kararları Işığında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, C. I, 2. Baskı, TBB, Ankara 2015, s.26-28.

³⁹³ KÜÇÜKTAŞDEMİR; a.g.e., s.72.

³⁹⁴ BAYRAKTAR, Köksal; “Bir Kanun Taslağının Ceza Kuralları Yönünden İncelenmesi”; İÜHF C. 44, S. 1-4, 1978, s.343.

bireylerin, sonradan kabul edilen bir düzenlemeye göre aynı hareketin artık suç kabul edilmesi ile suçlu durumuna düşmesinin önlenmesidir³⁹⁵. Aksi bir durum bireylerin hukuk güvenliğini sekteye uğratar, hukuka güven ve saygı kalmaz³⁹⁶.

Geçmişe uygulama yasağı suçun yasal tüm unsurları için de geçerli bir kuraldır. Failin aleyhine olacak şekilde suçun unsurlarından herhangi birinin değişmesi halinde dahi değişiklikler artık fail için uygulanamaz.

Bu kuralda kastedilen, bireylerin aleyhine olan düzenlemelerdir. Bu kuralın bir istisnası vardır: o da suç olan bir fiil sonradan yapılan bir kanuni değişiklikte suç olmaktan çıkarılırsa; işlendiği zaman suç olmasına rağmen artık fail cezalandırılmayacaktır. Buradaki durum sonradan kabul edilen kanuna göre failin lehine yapılan değişiklik faile de lehte etki eder. Böylece öncesinde suç olarak kabul edilmiş bir fiilden ceza alma tehlikesi altında bulunan kişiye artık ceza verilemeyecektir. Aynı şekilde sonradan yürürlüğe giren kanun ile suçun unsurlarında ya da yaptırımında gerçekleşen failin lehine bir değişiklik, değişiklik öncesi fiiller için de geçerli olacaktır³⁹⁷.

c- Kıyas Yasağı İlkesi

Kıyas, kanunda açıkça yazılı olmayan, bir hüküm bulunmayan, suç haline getirilmemiş bir fiil hakkında, kanunda suç olarak düzenlenmiş benzer bir eyleme benzetilerek hüküm uygulanmasıdır. Bu haliyle benzer bir fiilden yola çıkarak kanunda açıkça suç sayılmayan bir fiilin suç haline getirilmesi ve bu fiilden dolayı cezaya hükmedilmesi kanunilik ilkesine açıkça aykırılık oluşturur³⁹⁸.

Hukuk sistemimizde kıyas, bir hukuk normunun kanunların düzenlemediği benzer bir olay veya fiile uygulanması sonucuna götüren bir işlemdir. Bu yöntemle kanunun bir kuralına dayanarak, kanunun düzenleme yapmadığı ya da öngörmediği bir başka konuda kural yeya çözüm üretilebilmektedir³⁹⁹. Özel Hukuk Hâkimi, Medeni Kanun'un 1. maddesine dayanarak karşılaşacağı olaylarda kıyasen kanunun tüm boşluklarını doldurabilir⁴⁰⁰. Ancak Ceza Hukuku'nda suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği kanundaki

³⁹⁵ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; a.g.e., s.56.

³⁹⁶ ÖZBEK; İzmir Şerhi a.g.e., s.32.

³⁹⁷ ÖZGENÇ; 2019 a.g.e., s.127-128.

³⁹⁸ ÖZBEK; İzmir Şerhi a.g.e., s.31.

³⁹⁹ İÇEL; a.g.e., s.106-107.

⁴⁰⁰ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu "Madde 1- Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır." Bkz: <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf>.

boşlukların kıyas yöntemiyle doldurulması yasaktır. Nitekim mülga 765 sayılı TCK'da bu konuda açık bir hüküm bulunmuyorken⁴⁰¹; 5237 sayılı TCK, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin düzenlendiği ikinci maddesinin üçüncü fıkrasında açıkça “Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz.” hükmü ile kıyası yasaklamıştır⁴⁰². Bununla da yetinmeyip ayrıca “suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz” düzenlemesiyle de kıyasa varacak derecede yorumlamayı da kısıtlayarak geniş yorumlamayı yasaklamıştır.

Kıyas yasağı sadece TCK için değil içeriğinde suç düzenlemesi ve ceza normu belirlenmiş bütün kanunlar için geçerli bir kuraldır. Öyle ki bu yasak maddi anlamda kanun kapsamına giren objektif sürekli ve genel karakterdeki tüm yazılı hukuk kaynaklarının ceza hukukuna ilişkin normları yönünden de geçerlidir⁴⁰³.

Öğretide kıyas yasağının failin lehine olacak şekilde kıyas yapılmasını kapsayıp kapsamadığı konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, gerek TCK'da lehe kıyas yapılabileceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmaması gerekse TCK'nın 61. maddesi ile cezaların arttırılmasının, eksiltilmesinin ve değiştirilmesinin yasaklanmış olması nedeniyle lehe kıyas da kanunilik ilkesine aykırıdır⁴⁰⁴. Lehe kıyas yapılabileceği görüşünün dayanağı ise kanunilik ilkesinin amacı bireyin özgürlüğünün sınırlarını önceden bilmesini sağlayarak ona bu konuda güvence sağlamak olduğundan failin zararına olacak şekilde kıyasa baş vurmak kanunilik ilkesine aykırı olacak iken failin lehine olacak şekilde kıyas yapmak ilkenin özüne aykırı olmayacaktır⁴⁰⁵.

d- Belirlilik İlkesi

Ceza hukukunun güvence fonksiyonunun yerine getirilebilmesi için sadece suçta kanunilik ilkesi yeterli değildir. Bunun yanında kanunda belirlenen suçların açık seçik ve

⁴⁰¹ 765 sayılı TCK döneminde kıyas yasağı açıkça yazılmadığından öğretide, aleyhte kıyasın yasak olduğu ancak lehe kıyasın yapılabileceği ileri sürülmektedir. Dönmezer- Erman'ın “sistemantik tefsir” yöntemiyle vardıkları sonuca göre özellikle cezayı hafifletmek, kaldırmak veya cezadan vazgeçmek gibi durumlarda kıyasa başvurulabileceği savunulmuştur. Kıyas yasağının sebebi faile yasaya dayanmayan bir cezanın verilmesini önlemek iken lehte kıyas yapılarak failin lehine olan bir işlem uygulanmaktadır. Bu görüş ile ilgili bkz; BAYRAKTAR, Köksal; “Faal Nedamet”; İÜHFM Cilt:33 sayı: 3-4 1968 s.138 vd.

⁴⁰² Artuk'a göre, TCK'nın kıyas yasağına ilişkin 2/3 fıkrasının ikinci cümlesinde yer verilen “suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz” ifadesi ile asıl hedeflenen genişletici yorumun önlenmesi değil genişletici yorum adı altında kıyas niteliği taşıyan uygulama yapılmasının önüne geçilmesidir. ARTUK; 2014 a.g.m., s.55.

⁴⁰³ İÇEL; a.g.e., s.108.

⁴⁰⁴ ARTUK; 2014 a.g.m., s. 56.

⁴⁰⁵ Naklen, ARTUK, 2014 a.g.m., s.56, dn.61.

belirgin olması da gerekir. Daha açık bir ifadeyle suç olarak belirlenen insan davranışlarından hangilerinin suçu oluşturduğunun kanun metninde açık seçik ve herkesçe anlaşılır olarak belirtilmesi gerekir⁴⁰⁶. Sadece suçu oluşturan insan davranışlarının anlaşılır bir şekilde ifade edilmesi de yeterli değildir. Aynı zamanda suçun unsurlarının, ağırlaştırıcı sebepler varsa bunların da açık bir şekilde, anlaşılır olarak kanunda açıklanması gerekir. Aksi taktirde bireylerin hareketlerinin suç oluşturup oluşturmadığı hususlarında tereddütler oluşacağı gibi buna bağlı olarak da suçta ve cezada keyfilik de oluşur⁴⁰⁷.

Kıyas yasağı kapsamında kanunların yorumlanmaları yanlış olduğu kadar, doğru olmayan bir başka şey de kanunların, yorumu zorunlu kılacak biçimde kapalı bir dille kaleme alınmalarıdır. Kanunların okunup anlaşılır olmaları suçların daha az görünmesine hizmet eder. Çünkü suçların ve cezalarının bilinmemesi, belirsizlikleri veya kesinlikten yoksun kaleme alınmaları kanunların caydırıcılığını da azaltır⁴⁰⁸. Toroslu'ya göre; varlıkların, menfaatlerin ve hakların himayesi olan ceza hukukunun işlevini yerine eksiksiz getirebilmesi için bu himayenin somut bir şekilde organize edilmiş olması gerekir⁴⁰⁹.

Belirlilik ilkesinin amacı, doğrudan ceza normunun emredici olma özelliği ile zorlayıcı ceza tehdidinin de korkutucu olma fonksiyonunu yerine getirmesini sağlamaktır⁴¹⁰. Bir ceza normu ne kadar belirgin açık ve net olarak hangi eylemlerin suç olduğunu ifade ederse o ceza normu bir emir olarak görevini yerine getirir ve ceza normu da o derecede korkutucu ve caydırıcı etkiye sahip olur⁴¹¹. Ceza normlarının bu korkutucu ve caydırıcı etkisinden yararlanma eğilimi sonucu kanun koyucu, özel hukuka ait bir mutlak hak

⁴⁰⁶ ÖZGENÇ; 2019, a.g.e., s.118; ARTUK; 2014 a.g.m., s.45.

⁴⁰⁷ CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT; a.g.e., s.56.

⁴⁰⁸ BECCARİA; a.g.e., s.41.

⁴⁰⁹ TOROSLU/EREM; a.g.e., s.3.

⁴¹⁰ TOROSLU, Nevzat; TOROSLU, Haluk; Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2019, s.54; DEMİRBAŞ; a.g.e., s.118. Özgenç, KHK döneminin ilk yıllarında mülga KHK'nın 61/A hükmünde tanımlanan suçlarla ilgili hem hapis hem de para cezası öngörülmesinin suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık oluşturduğunu belirtmektedir. Yazar, bu durumun söz konusu madde kapsamında tanımlanan suçların o dönemki ayırım ile cürüm veya kabahat olarak nitelendirilmelerini engellemekte olmasından kaynaklandığını belirterek; bir suçun cürüm veya kabahat niteliğinde olmasının uygulanacak yaptırım rejimi, belirlenen yaptırımın infazı ve bu yaptırıma bağlanan hak yoksunlukları açılarından önemli farklılıklar meydana getirdiğini ifade etmektedir. Bu sebeple maddede tanımlanan suçların cürüm veya kabahat olarak nitelendirilmemesi Ceza Hukuku'nun güvence fonksiyonu olan belirlilik ilkesi ile suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle çelişmektedir. ÖZGENÇ; 2003 a.g.m., s. 861.

⁴¹¹ BEKRİ, Nedim; "Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve İlkenin Uluslararası İnsan Hakları Belgeleri ile Uluslararası Ceza Hukuku Uygulamalarındaki Durumu", <http://www.yayin.adalet.gov.tr>, s. 66. Feuerbach, suçta ve cezada kanunilik ilkesini "ceza hukukunun en yüksek ilkeleri" olarak isimlendirmiş ve cezanın asıl amacı olan genel önlemenin ancak kişinin eylemin karşılığı olan yaptırımını bilmesiyle sağlanabileceğini ifade etmiştir. Naklen, BEKRİ; a.g.m., s.72.

niteliğindeki marka hakkına tecavüz eylemlerini aynı zamanda suç olarak düzenleyerek yaptırıma bağlamıştır⁴¹².

e- Ölçülülük (Gereklilik ve Orantılılık) İlkesi

Bu ilke, bir hak veya hürriyete getirilen sınırlamada kullanılacak aracın, sınırlandırma ile elde edilmek istenen amacı gerçekleştirmede elverişli ve gerekli olmasını, ayrıca araçla amaç arasında makul bir oran bulunmasını ifade eder⁴¹³.

Ölçülülük ilkesinin özellikle “gereklilik” ve “orantılılık” unsurlarının ceza hukuku alanında çok önemli olduğu tartışılmazdır⁴¹⁴. Gereklilik, aynı sonuçlara ulaşmayı mümkün kılacak araçlar arasından daha az sınırlayıcı olanın tercih edilmesini ifade etmektedir⁴¹⁵. Orantılılık, tek başına ayrı bir ilke olarak kabul edilebileceği gibi “ölçülülük” ilkesinin bir unsuru olarak da değerlendirilebilmektedir⁴¹⁶. Orantılılık unsurunun ise iki boyutu bulunmaktadır. Bunlardan ilki uygulanacak tedbir veya yaptırımın bireye yüklediği külfet ile kamuya/topluma sağladığı yarar arasında bir denge olması, diğeri ise uygulanacak tedbir veya yaptırımın bireyin ihlal ettiği hukuksal değer ile orantılı olmasıdır.

Ceza hukukunun son çare olması ilkesi de orantılılık ilkesi ile değerlendirilmesi gereken bir unsurdur. Hukuk devleti olmanın gereği olarak devletin cezalandırma yetkisinin kullandığında bireylerin temel hak ve özgürlüklerine kısıtlamaların geldiği açıktır. Bu kısıtlamaları en aza indirmek ancak söz konusu kısıtlamalara kamu düzeninin korunması için kaçınılmaz olduğunda ve diğer hukuk yaptırımlarının çözüm olamadığı ya da yetersiz kaldığı hallerde başvurmakla mümkün olur. Dolayısıyla bir davranış suç olarak tanımlanması artık kaçınılmaz ve gerekli olduğunda, bu suça karşı belirlenen ceza ve bu cezanın infazı yapılırken, devlet, kamunun yararına ve işlenen suçla orantılı bir tepki vermelidir⁴¹⁷.

Anayasamızın 13. maddesinde hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında uyulması gereken bir ilke olarak karşımıza çıkan ölçülülük ilkesi, 5237 sayılı TCK’nın 3/1

⁴¹² ÖZGENÇ; 2003 a.g.m., s.861.

⁴¹³ UÇAR, Onur; YERELİ, Ahmet Burçin; “Hukuka Uygunluk Kriteri Olarak Ölçülülük İlkesinin Yüksek Yargı Organlarının Vergi Suçlarına İlişkin Kararları Bağlamında Değerlendirilmesi”, Maliye Dergisi, Ocak-Haziran 2019, s.579.

⁴¹⁴ Orantılılık ilkesi sadece ceza hukukunda değil hukukun her alanında, hatta uluslararası hukuk kurallarında da kendini göstermektedir. DOST, Süleyman; “Uluslararası Hukukta Orantılılık İlkesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi Yıl 6, Sayı 12, Aralık 2018 s.362.

⁴¹⁵ UÇAR/YERELİ; a.g.m., s.579.

⁴¹⁶ Nitekim AİHM kararlarında, orantılılık ilkesine “gereklilik” ve “elverişlilik” unsurlarının yanında, “ölçülülük” ilkesinin bir unsuru olarak yer verildiği görülmektedir. DOST; a.g.m., s.385.

⁴¹⁷ ARTUK/GÖKCEN; a.g.e., s.14.

maddesinde “suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığına orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur” düzenlemesiyle yer bulmuştur. Kanun koyucu, bu ilkenin TCK’nın temel taşlarından biri oluşunu Kanun gerekçesinde net bir şekilde ifade etmektedir. Gerekçede, Kanun ile hedeflenenin insan hak ve hürriyetlerini devamlı şekilde güvenceye almak olduğu, bu hedefe ulaşmak için başvurulacak kısıtlamaların kişi hak ve özgürlükleri ile toplumun savunması arasında kurulacak dengeyi bozmayacak şiddette olması gerektiği belirtilmektedir. İşlenen suç ile orantılı olmayan bir yaptırım uygulanması halinde, yaptırımın suça göre yetersiz kaldığı durumlarda caydırıcılık söz konusu olmayacak ve suç ile menfaatleri zarar görmüş olan mağdur ve toplum nezdinde adalet sağlanmamış olacaktır. Uygulanan yaptırımın haksızlığa göre ağır olması halinde ise failde bir adaletsizlik duygusu yaratacak, haksızlığa uğradığını düşünen failin topluma kazandırılması mümkün olmayacağından yaptırımdan beklenen amaca ulaşamayacaktır⁴¹⁸.

Ölçülülük ilkesi devletin ceza saptamadaki yetkisinin sınırını da belirlemektedir. Ceza hukukunun temel prensiplerinden biri de cezaların, suçların ağırlık derecesine göre önleme ve iyileştirme amaçları da göz önünde tutularak, adaletli bir ölçü ile belirlenmesidir⁴¹⁹. Bu belirlemede suç ile ceza arasındaki oranın adalete uygun olup olmadığı, o suçun toplumsal yaşamda yarattığı etki ve kamu vicdanında aldığı tepkiye göre takdir edilir. Bu orantısallık bağı, adalet anlayışının ve hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir⁴²⁰. Devlet, cezaların sınırlarını belirlerken ve uygulanacak ceza türünü seçerken mutlak adalet ölçülerine göre davranmak zorundadır⁴²¹.

⁴¹⁸ 5237 sayılı TCK’nın 3/1 maddesinin gerekçesi incelendiğinde, kanun koyucunun vurguladığı hususların Anayasa Mahkemesi kararlarında ölçülülük ilkesinin unsurları olarak sıkça yer alan “elverişlilik” yani kullanılan aracın hedeflenen amacı gerçekleştirmeye uygun olması, “gereklilik” yani amaçlanan hedefe ulaşmak için zorunlu ve veya gerekli olan araca başvurmak, “orantılılık” yani hedeflenen amaç ile başvurulacak araç arasında bir denge olması unsurlarına açıkça olmasa da atıf yaptığı görülmektedir.

⁴¹⁹ “Yasa koyucunun ceza alanında yasama yetkisini kullanırken Anayasa’nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayılırsa hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımıyla karşılanmaları gerektiği, hangi durum ve davranışların ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisi vardır.” Anayasa Mahkemesi’nin 06.06.1991 tarih, 1990/35 Esas ve 1991/13 Karar sayılı kararının tam metni için bkz. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1991/13?EsasNo=1990%2F35&KararNo=1991%2F13>.

⁴²⁰ ALICA; a.g.m., s.154.

⁴²¹ “Anayasa’nın başlıca birkaç ceza ilkesini belirtmekle yetinerek, bunların dışında kalan ceza konuları ve özellikle belli bir zamanda ne gibi eylemlerin suç sayılıp o suçlara ne miktar ve ne çeşit ceza verileceğini ve hangi ceza tedbirlerinin ve güvenlik tedbirlerinin ne yolda uygulanacağını saptama yetkisini bıraktığı yasa koyucu bu konuda başta Anayasa’nın buyurucu ve yasaklayıcı kuralları ile koyduğu güvenceler olmak üzere ceza hukukunun ilkeleri ve toplum yaşantısının zorunluluk ve yasalarının gerekleri ile bağlı kalarak takdirini kullanabilecektir.” Anayasa Mahkemesi’nin 03.12.1992 tarih, 1992/45 Esas ve 1992/51 Karar sayılı kararı için bkz. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1992/51?EsasNo=1992%2F45&KararNo=1992%2F51>.

Bu ilke çerçevesinde ekonomik suçlar değerlendirildiğinde, ekonomik nitelikte bir haksızlığın suç olarak nitelendirilerek cezai yaptırıma bağlanması için, öncelikle bu haksızlık ceza yaptırımına başvurmak dışında bir yöntemle giderilemeyecek olmalıdır. Diğer koruma yöntemlerinin yetersiz kalması sonucu ceza hukukunun bu alana müdahalesi zorunlu ve/veya gerekli hale gelmelidir⁴²². Dikkate alınması gereken bir diğer husus ise ekonomik bir haksızlığa uygulanacak olan yaptırımın aşırıya kaçmaması, haksızlık ile dengeli olmasıdır.

III. Marka Hakkı Korumasının Elde Edilmesinin Ön Koşulu: Tescil İlkesi

Yukarıda açıklandığı üzere Türk Hukuku açısından bir işaretin marka olarak kullanılabilmesi için yani marka hakkının doğuşu için tescil şart değildir. Ancak SMK kapsamında sağlanan marka korumasından faydalanabilmek için belirli bazı istisnalar haricinde markanın tescilli olması şartı aranmaktadır. Mülga KHK döneminde, korumadan yararlanabilmek için tescil şartı aranmasını düzenleyen 6. maddesinin başlığı “marka hakkının elde edilmesi” olduğundan, başlığın tescilin marka hakkının kazanılması için bir ön şart olarak algılanması gibi yanlış bir izlenim yaratmaktaydı. Madde içeriğine bakıldığında ise tescilin hakkın doğuşu ve kazanılması için bir ön şart değil yalnızca korumadan yararlanabilmek için aranan bir koşul olduğu net bir şekilde ifade edilmişti. SMK, mülga KHK ile aynı düzenlemeyi koruyarak korumadan yararlanmak için tescili ön şart olarak kabul etmiş ancak madde başlığını yerinde bir şekilde “marka tescilinden doğan hakların kapsamı ve istisnaları” olarak değiştirmiştir. Tescilli olmayan bir markanın ticaret hayatında kullanılabileceği açık olup bu durumda marka Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu’nda yer alan genel hükümler uyarınca korunacaktır⁴²³.

Bir marka için tescil başvurusu, bu işlemleri yürütecek yetkili ve sorumlu kurumlarca alınır ve takip edilir. “Patent Ofisi”, “Sınai Mülkiyet Ofisi” veya ülkemizde de bir dönem olduğu gibi “Patent Enstitüsü” gibi kavramlarla isimlendirilen kurumlar tescil başvuru işlemlerinin her aşamasını takip etmekle görevlendirilmektedirler. Türkiye’de güncel haliyle, Türk Patent ve Marka Kurumu olarak isimlendirilen yetkili ve sorumlu kurum, 24 Haziran 1994 tarihinde 544 sayılı “Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri

⁴²² İspanyol Anayasa Mahkemesi ve Alman Anayasa Mahkemesi, orantılılık ilkesinin ceza hukukunun ikincilliğinin anayasal güvencesi olduğunu belirtmekte; ekonomik ceza hukukunun, orantılılık ilkesi uyarınca idare hukukundaki sıkı kontrolün aksine ekonomik sistemin ihtiyaçlarına ve piyasa koşullarına uygun davranarak daha az müdahaleci bir araç olduğunu ifade etmektedir. TIEDAMANN; a.g.e., s.137.

⁴²³ KAYA; a.g.e., s.63.

Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” ile “Türk Patent Enstitüsü” adıyla kurulmuştur. Kurumun güncel gelişmelere uyumlu hale getirilmesi amacıyla 19 Kasım 2003 tarihinde "5000 Sayılı Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun" yürürlüğe girmiştir. 22 Aralık 2016 tarih ve 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile Kurumun adı, “Türk Patent ve Marka Kurumu” ve kısa adı “TÜRKPATENT” olarak değiştirilmiştir⁴²⁴. TÜRKPATENT sayesinde Türkiye’de sadece marka değil sınai mülkiyet alanındaki tüm tescil işlemleri de modern bir kurum çatısı altında yürütölmeye başlanmıştır.

A- Tescil Başvurusunda Bulunabilecek Kişiler

Marka tescil başvurusunda bulunabilecek kişiler SMK’nın “korumadan yararlanacak kişiler” başlıklı üçüncü maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre Türk vatandaşları, Türkiye’de yerleşim yeri olan veya sınai ya da ticari faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişiler, Paris Sözleşmesi veya TRIPS hükümleri dahilinde başvuru hakkına sahip kişiler ve karşılıklılık ilkesi uyarınca Türk vatandaşlarına sınai mülkiyet hakkı koruması sağlayan devletlerin vatandaşları⁴²⁵ marka tescil başvurusunda bulunabilecek ve marka korumasından faydalanabilecektir.

B- Tescil Başvurusu Şekli ve Değerlendirilmesi

Bir markanın tescili öncelikle tescil başvurusu ile başlayarak sırasıyla başvurunun şekil şartları açısından incelenmesi, esastan incelenmesi, TÜRKPATENT tarafından incelemelere ilişkin karar verilmesi, bu kararlara itiraz sürecinin işletilmesi, başvurunun yayın yoluyla ilan edilmesi, ilana itiraz, itirazlara ilişkin kararalar ve bu kararlara itirazlar süreçlerinden geçerek nihayet tescil işleminin gerçekleştirilmesi ve bu tescilin yayını ile tamamlanır.

Tescil başvurusunda ilk olarak şekli bir inceleme yapılır. Bu inceleme SMK’nın 15. maddesinin yaptığı yollamaya istinaden, başvuruda 3. ve 11. maddede belirtilen şartların varlığına yönelik şekli bir incelemedir⁴²⁶. Yapılan incelemede herhangi bir eksiklik tespit edilmez ise başvuru, başvurunun alındığı tarih, saat ve dakika itibariyle kesinleşir. Söz

⁴²⁴ SMK’nın yürürlüğe girmesinden sonra, 2018 yılında diğer bazı kamu kurum ve kuruluşları ile TÜRKPATENT’İN işleyişine ilişkin esasların düzenlendiği Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi için bkz. dn. 123. TÜRKPATENT’in kuruluşu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.

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

⁴²⁵ Bu düzenleme ile Paris Anlaşması’nda yer alan, yabancılara vatandaşla eşit işlem ilkesine uyulmuştur. UZUNALLI, Sevilay; Marka Hukuku, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2019, s.40.

⁴²⁶ SMK’nın 3. maddesi kanun kapsamında sağlanan korumadan faydalanabilecek kişilere ilişkin olup 11. madde ise marka başvurusu sırasında ibraz edilmesi gereken bilgi ve belgelere ilişkin düzenlemeyi içermektedir.

konusu hususlarda eksiklik tespit edilirse başvuru sahibine söz konusu eksikliklerin giderilmesi için iki aylık süre verilir. Tespit edilen eksiklikler, SMK'nın 11. maddesinin a, b, c ve ç bentlerinde sayılan; “başvuru sahibinin kimliğine ilişkin bilgileri içeren başvuru formu, marka örneği, başvuruya konu mal veya hizmetlerin listesi, başvuru ücretinin ödendiğini gösterir bilgi” hususlarına ilişkinse, başvuru bu eksikliklerin giderildiği tarih ve saatte kesinleşecektir⁴²⁷. Eksikliklerin, maddenin d, e ve f bentlerinde düzenlenmiş olan; “ortak marka veya garanti markası için yapılan başvurular için teknik şartname sunulması, rüçhan hakkı talebi varsa rüçhan hakkı talep ücretinin ödendiğini gösterir bilgi, marka örneğinde Latin alfabesi dışında harf veya harfler kullanılmışsa bunların Latin alfabesindeki karşılığının sunulması” hususlarında olması halinde bu eksiklikler başvuru tarihinin kesinleşmesini etkilemeyecektir.

C- Mutlak Ret Sebebi Tescil Engelleri

SMK'nın marka olabilecek işaretleri düzenleyen 4. maddesinde belirtilen şartları taşımak koşuluyla herhangi bir işaretin marka olarak seçilmesinde tam bir serbestlik söz konusu olmakla birlikte, bazı hallerde kamu hukuku kuralları, kamu düzeni ya da özel hukuk ilişkileri doğrultusunda birtakım işaretlerin seçilmesinde kısıtlamalara gidilmiştir. Bu kısıtlamalardan, toplumun ortak menfaatleri doğrultusunda belirlenen⁴²⁸ ve kamu düzeni ile ilgili olduklarından TÜRKPATENT tarafından resen dikkate alınacak olanlar mutlak tescil engelleri olarak SMK'nın 5. maddesinde on iki bent halinde sayılmıştır⁴²⁹. İtiraz üzerine yapılacak değerlendirme ile markanın tescil başvurusunun reddine karar verilebilecek olan nispi red sebepleri ise Kanun'un 6. maddesinde düzenlenmiştir:

1. SMK 4. maddesine göre Marka Olamayacak İşaretler

SMK'nın 5/1-a maddesine göre, ayırt edicilik niteliğini haiz ve koruma konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olma koşulunu

⁴²⁷ KHK döneminde, başvuru sahibinin kimliğine ilişkin bilgilerin, marka örneğinin, başvuruya konu mal ve hizmetlerin listesinin ve ücretin ödendiğine ilişkin belgenin sunulmaması durumunda başvurunun reddedileceği düzenlenmekteydi.

⁴²⁸ ÇOLAK; 2012 a.g.e., s.99.

⁴²⁹ Mutlak ret sebepleri toplumun ortak menfaatleri doğrultusunda belirlenmiş ve kamu düzenine ilişkin olduklarından, yalnızca TÜRKPATENT tarafından değil; önüne bu konuda bir uyuşmazlık gelen mahkemelerce de resen dikkate alınması gerekir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 02.04.2014 tarihli, 2013/11-656 Esas ve 2014/427 Karar sayılı ve Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de 22.03.2005 tarihli, 2004/4734 Esas ve 2005/2590 Karar sayılı kararında mutlak ret sebeplerinin mahkemelerce resen dikkate alınması gerektiğine hükmetmiştir. Bu konuda Çolak'ın, hâkimin taleple bağlı olması ilkesi ve mahkemelerin her hükümsüzlük davasında tüm mutlak ret sebeplerini inceleme görevi ile karşı karşıya bırakılacağı düşüncesinden hareketle, mahkemenin yalnızca davaya dayanak olan hükümsüzlük sebebi ile sınırlı olarak inceleme yapabileceği görüşüne katılmadığımızı ifade etmek isteriz. Bkz. ÇOLAK; 2018 a.g.e., s.117, dn.496.

gerçekleştiremeyen işaretler marka olarak tescil edilemeyecektir⁴³⁰. İşaretin ayrıca teşebbüsün mal veya hizmetlerini diğer teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt edilebilmesini sağlayacak nitelikte olması da gerekir⁴³¹. Burada aranmakta olan ayırt edicilik şartı tescil başvurusunda bulunulan mal veya hizmetten bağımsız olarak, bizzat kullanılan işaretin niteliğine ilişkindir⁴³².

2. Ayırt Edici Niteliğe Sahip Olmayan İşaretler

SMK 5/1-a bendinde düzenlenmiş olan mutlak tescil engelinin aksine, 5/1-b bendinde düzenlenmiş olan tescil engeline soyut değil somut bir ayırt edicilikten söz edilmekte olup burada marka olarak tescil ettirilmek istenen işaretin, kullanıldığı mal veya hizmet açısından ayırt ediciliğe sahip olmaması söz konusudur⁴³³. Kullanılan işaretin, üzerine konulacağı mal veya hizmetin niteliğine, özelliklerine çok yakın olması durumunda ayırt ediciliğinin zayıf olduğu kabul edilmektedir⁴³⁴.

3. Tanımlayıcı İşaretler

SMK'nın 5/1-c maddesi, ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin sunulduğu zamanı gösteren veya malların ya da hizmetlerin diğer özelliklerini belirten işaret ve adlandırmaları münhasıran veya esas unsur olarak içeren işaretlerin marka olarak tescil edilmeyeceği düzenlemesini içermektedir. Bu tür işaretler, herkesin kullanımına açık ve hiç kimsenin tekeline bırakılamayacak işaretler olduğundan toplumun menfaatleri çerçevesinde mutlak ret sebepleri arasında sayılmıştır. Söz konusu sınırlama ilgili işaretin tek başına kullanımı halinde söz konusu iken, başka bir kelimenin yanında tali unsur olarak kullanılması halinde

⁴³⁰ SMK'nın marka tescilinde mutlak ret nedenlerini düzenleyen 5. maddesinin 1/a bendinde "4. madde kapsamında marka olamayacak işaretler" sayıldıktan sonra 1/b bendinde "herhangi bir ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretlerin" marka olarak tescil edilemeyeceğinin belirtilmesi kanımızca gereksiz bir düzenlemedir. 1/a bendinin atıf yaptığı 4. maddede bir işaretin marka olabilmesi için "bir teşebbüsün mal ve hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından ve hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması" gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla mutlak ret sebepleri arasında 4. madde kapsamında marka olamayacak işaretler sayılmış iken, ayırt edicilik unsurunun bulunmamasının ayrı bir ret sebebi olarak düzenlenmesinin yerinde olmadığı kanaatindeyiz. SMK 4. maddede bahsedilen ayırt ediciliğin "soyut" ve kullanıldığı mal veya hizmetten bağımsız şekilde işaret için aranmakta iken, 5/1-b bendinde aranan ayırt ediciliğin ise işaretin başvuruya konu mal veya hizmeti ayırt edip etmediğine ilişkin olduğuna dair görüş için bkz. UZUNALLI; 2019 a.g.e., s.45.

⁴³¹ SMK madde 4 ile ilgili detaylı açıklama için bkz. s. 181 vd.

⁴³² TÜRKPATENT'in, "ANKARA KAHVE FESTİVALİ" olarak tescil başvurusu yapılan marka için red kararı verilmesi üzerine açılan davada, Yargıtay 11. HD. 2020/2320 Esas, 2021/3977 Karar sayılı ve 22.04.2021 tarihli kararında, tescil ettirilmek istenen ibarenin sosyal ve kültürel bir tanıtım olarak algılanacağı ve ayırt ediciliği bulunmaması nedeniyle tescil başvurusunun reddi kararının yerinde olduğuna karar vermiştir. YASAMAN, Hamdi; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU BİLGİN, Fülürya; MEMİŞ KARTAL, Pınar; YÜKSEL, Sinan H.; YASAMAN, Zeynep; Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi, C. 1, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 314.

⁴³³ ÇOLAK; 2018 a.g.e.; s. 132.

⁴³⁴ YASAMAN/AYOĞLU/YUSUFOĞLU BİLGİN/MEMİŞ KARTAL/YÜKSEL/YASAMAN; a.g.e.; s. 318.

tescile engel teşkil etmez.

Bu tip cins belirten işaretler, ilgili oldukları mal veya hizmet sınıflarında kullanılamazken, tamamen farklı bir mal veya hizmette kullanılmasının önünde bir engel yoktur. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, vermiş olduğu “Saten” kararında⁴³⁵, marka tescili anında temsil ettiği malın cinsini simgelemeyen markanın boya emtiasında kullanılarak bir boya cinsini ifade etmediğinden dolayı tescilinin mümkün olduğunu ve tescil korumasından yararlanması gerektiğini açıkça ifade etmiştir. Diğer taraftan “duşakabin” kararında ise bu sözcüğün ayırt edici özelliği olmasına rağmen bu özelliğinin zayıf olduğu, Türkçede duşakabin diye bir sözcük olmamasına rağmen bu sözcüğün “duş kabini”, “duş için kabin”, “duş ve kabin” gibi sözcüklerin başkaları tarafından kullanımına engel olamayacağı bundan dolayı da zorunlu ve jenerik sözcüklerden oluştuğundan marka olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir⁴³⁶.

İlaç markalarında bu konuda birçok örneğe rastlanmaktadır. İlaç markalarında sıklıkla rastlanan bir durum olan ilacın hammaddesinin Latince ifadelerine, isimlerinin İngilizce ya da Latince hallerine ufak tefek bazı ekler getirilmek suretiyle marka oluşturulması halinde bu markaların birbirlerine aşırı benzemesi ve söz konusu isimlerin ilacın cinsi, vasfı ya da içeriğiyle ilgili olması nedeniyle ayırt edici nitelikleri bulunmadığından ya da zayıf olduğundan bu isimler marka olarak tescil edilemezler. İlaç markaları arasındaki iltibasın varlığının tespiti ilgili ilaçların reçeteli-reçetesiz satılıp satılmadığına göre yapılmalıdır. Eğer reçeteli satılan bir ilaç söz konusu ise iltibasın varlığı için ilgili çevre olarak doktor ve eczacılar baz alınarak; reçetesiz satılan bir ilaçta ise potansiyel kullanıcı olarak tüketiciler göz önüne alınmalıdır⁴³⁷.

Yabancı dilde tasviri anlam taşıyan bir işaretin marka olarak seçilmesi halinde işaretin tasviri anlamı itibariyle Türkiye’de bilinip bilinmediğine bakılarak karar verilmesi gerekir. “Lux”, “Extra”, “Pretty” gibi eşyanın özelliklerine ilişkin olduğu bilinen yabancı sözcüklerin⁴³⁸; Türkiye’de bilinen ve ticari ilişkisi bulunan yabancı bir ülkede ya da Türkiye’de yaygın olarak bilinen bir yabancı dilde tasviri işaret olarak bilinen ve kullanılan

⁴³⁵ Yargıtay 11. HD. 28.06.2001 tarih, 2001/4176 Esas ve 2001/5874 sayılı karar metni için bkz. YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C. I a.g.e., s.297.

⁴³⁶ Yargıtay 11. HD. 14.10.1999 tarih, 1999/5835 Esas ve 1999/7830 sayılı karar metni için bkz. YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C. I a.g.e., s.319.

⁴³⁷ İlaç markalarında iltibas tehlikesi ve ilaç markaları ile ilgili örnek kararlar için bkz. ÖZTEK; 2005 a.g.m., s.13 vd.

⁴³⁸ ARKAN; C. I a.g.e., s.81.

bir işaretin de marka olarak tescil talebi reddedilmelidir⁴³⁹.

ATAD, bir oyuncak bebek ve bu tip bebeklerin oyuncak biçimindeki aksesuarları sınıfında Avrupa Topluluk Markası olarak tescil talebinde bulunan “New Born Baby” markasının tescilinin OHIM tarafından “New”, “Born” ve “Baby” kelimelerinden oluşan markanın tanımlayıcı adlandırmalardan ibaret olduğu ve ürünün diğer işletmelerin ürünlerinden ayrılmasını sağlayacak herhangi bir ayırt edici unsur içermediği gerekçeleriyle reddedilmesi üzerine önüne gelen uyuşmazlıkta, bir işaretin sadece yaratıcılıktan yoksun olmasının ayırt ediciliğinin olmaması anlamına gelmeyeceği gerekçesiyle OHIM’in tescil talebinin reddine dair kararını iptal etmiştir⁴⁴⁰.

4. Aynı veya Ayırt Edilemeyecek Kadar Benzer İşaretler

SMK’nın 5. maddesinde düzenlenen mutlak tescil engellerinden bir diğeri aynı veya aynı türdeki bir mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş ya da daha önceki tarihte tescil başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretlerdir.

Marka hukukuna hâkim olan öncelik ilkesi⁴⁴¹ uyarınca bir işareti marka olarak ilk tescil ettiren kişi o markanın sahibi olacağından⁴⁴² TÜRK PATENT tescil edilmiş olan bir markayla aynı ya da o markaya ayırt edilemeyecek kadar benzeyen⁴⁴³ bir işaret tescil edilmek istendiğinde tescil talebini reddedecektir. Kanun koyucu aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretlere 5. maddenin 1/ç bendinde mutlak ret sebepleri arasında yer verirken aynı zamanda 6. maddenin 1/a bendinde de tescil başvurusu yapılan markanın,

⁴³⁹ Yargıtay HGK’nın “Interactive” ya da Türkçe hali ile “İnteraktif” sözcüklerinin tek başına marka olarak tescil edilemeyeceğine dair 20.12.2000 tarihli 2000/11-1804 Esas, 2000/1814 Karar sayılı karar metni için bkz. YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL, C.I a.g.e., s.108. Yargıtay 11. HD’nin 22.11.2002 tarih, 2002/5352 Esas ve 2002/10729 Karar sayılı, Türkçede çiçekçi anlamına gelen “Florist” kelimesinin seracılık ve çiçekçilik alanında hizmet markası olarak kullanılmasının hizmetin cinsini ve meslek grubunu belirtmesi açısından KHK’nın 7/1-c hükmü uyarınca mümkün olmadığına ilişkin karar metni için bkz. YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C. I a.g.e., s.331.

⁴⁴⁰ 3 Ekim 2001 tarihli, OHIM’e Karşı Topluluk Ticari Markası New Born Baby Markasının Mutlak Red Kararına İtiraz konulu AGT-140/00 sayılı ATAD kararı, Çeviren SARAÇOĞLU, Reşit. Kararın tam metninin Türkçe çevirisi için bkz. FMRHD, Yıl 2, C.2, S.2002/1, s.153 vd.

⁴⁴¹ TEKİNALP; a.g.e., s.401.

⁴⁴² YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C. I a.g.e., s.227.

⁴⁴³ Mevzuat metinleri olan TRİPS, AB Marka Tüzüğü ve AB Direktifinde “ayırt edilemeyecek kadar benzer olma” durumu mutlak tescil engeli olarak değil önce tescil edilmiş olan markanın hak sahibi tarafından ileri sürülebilecek nispi bir tescil engeli olarak düzenlenmektedir. SMK’da ayırt edilemeyecek kadar benzer olma kavramının tanımı yapılmadığı gibi bu değerlendirilmenin ne şekilde yapılacağı, benzerlik algısının kim veya kimlere göre belirleneceği düzenlenmemiştir. Her ne kadar bu boşluk TÜRK PATENT ve yargı mercileri tarafından doldurulmaya çalışılmış ise de hangi işaretlerin ayırt edilemeyecek derecede benzer olduğu konusunda tam bir netlik bulunmaması, bu durumun tescil başvurusunda bulunacak kişiler açısından bir belirsizlik oluşturması nedeniyle, “ayırt edilemeyecek kadar benzer olma” durumunun mutlak ret sebepleri arasında değil, yalnızca nispi ret sebepleri arasında düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

tescil edilmiş veya tescil için daha önceki tarihte başvurusu yapılmış bir marka ile aynılığı veya benzerliği ve kapsadığı mal veya hizmetlerin aynılığı ya da benzerliği nedeniyle, halk tarafından önceki marka ile ilişkilendirme ihtimali de dahil karıştırılma ihtimali bulunması halini nispi ret nedenleri arasında saymıştır⁴⁴⁴.

Tescil başvurusu yapılan bir markanın daha önce tescil edilmiş ya da tescil başvurusunda bulunulmuş bir marka ile aynı olup olmadığı tespit edilirken markanın bütün olarak bıraktığı izlenime bakılmalıdır⁴⁴⁵. Farklı puntolarla, farklı yazı karakterleriyle veya farklı renklerle yazılmış olsa dahi her iki markada da tamamen aynı sözcüklerin kullanılması halinde⁴⁴⁶ markalar aynı olarak değerlendirilecektir⁴⁴⁷. Bazı durumlarda ise markaların yazılışları arasında benzerlik bulunmamasına rağmen sözcüklerin okunuşları itibarıyla birbirlerini çağrıştırmaları söz konusu olabilmektedir. Bu durumda da kural değişmeyecek ve markalar yine aynı olarak değerlendirilecektir.

Ayırt edilemeyecek kadar benzerlik kavramı mülga KHK’da olduğu gibi SMK’da da tanımlanmamıştır. TÜRKPATENT tarafından KHK döneminde ilan edilen Marka İnceleme Kılavuzu’nda, karşılaştırılan markaların ayırt edici esas unsurlarının

⁴⁴⁴ Aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretlere hem mutlak tescil engeli olarak hem de nispi ret sebebi olarak yer verilmiş olmasına ilişkin doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Tekinalp’e göre her iki maddede de bu sebebe yer verilmiş olmasının nedeni bir şekilde TÜRKPATENT’in gözünden kaçarak tescil edilmiş olan ya da aynı veya benzer olma durumu yanlış değerlendirilmek suretiyle tescili kabul edilen markalar için ilk tescil sahibine bu durumu düzeltme imkânı tanınmak istenmesidir. TEKİNALP; a.g.e., s.401-402. Arkan’a göre ise bu hususun her iki maddede de yer alması yerinde olmayıp, iki madde arasındaki fark nispi ret sebebine ilişkin düzenlemede markanın halk tarafından karıştırılma ihtimalinden söz edilirken yedinci maddede böyle bir şart bulunmamasıdır. Arkan, mutlak ret sebebine ilişkin düzenlemede halk tarafından karıştırılma ihtimali şartı aranmadığından, markalar arasındaki benzerliğin ayrıca iltibas incelemesi yapılmasını gerektirmeyecek kadar açık olması halinde yani “ayırt edilemeyecek kadar aynı olan” markada iltibas tehlikesinin varlığının ispat ve bilirkşi incelemesi aranmaksızın mutlak şekilde var kabul edileceğini belirtmekte ve bu duruma örnek olarak “Pırl” markası ile “Piril” markasını vermektedir. ARKAN; C. I, a.g.e., s.75. Yasaman ise bu hususa hem mutlak hem de nispi red sebepleri arasında yer verilmesinin bilinçli ve yerinde bir tercih olup, TÜRKPATENT’in takdir yetkisi kullanılmasına gerek olmaksızın açık bir şekilde aynı veya benzer olan markaların tescilini reddedebileceği, takdir yetkisinin kullanılmasını gerektiren hallerde markaların aynı veya benzer olup olmadıklarının kararını ise mahkemelerin vermesinin kanun koyucu tarafından bilinçli olarak tercih edildiği görüşündedir. YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C. I a.g.e., s.227-228.

⁴⁴⁵ ARKAN; a.g.e., s.76.

⁴⁴⁶ Yargıtay 11. HD 18.01.2010 tarih, 2008/8978 Esas ve 2010/457 Karar sayılı kararında “şekil+Yeditepe Üniversitesi” markasının tescili için yapılan başvurunun TPE tarafından daha önce tescil edilmiş markalarda “YEDİTEPE” ibaresinin mevcut olması nedeniyle 7/1-b maddesi gerekçe gösterilerek kısmen reddedilmesi ve yapılan itirazın da kabul edilmemesi üzerine ortaya çıkan uyuşmazlıkta, tescili talep edilen markanın “T.C. YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ” ibaresini içerdiği, markanın bir bütün olarak değerlendirildiğinde “YEDİTEPE” ibaresini içeren diğer markalardan bağımsız bir karakteri bulunduğu ve KHK’nın ilgili maddesi uyarınca karışıklığa neden olmayacağı gerekçesiyle TÜRKPATENT’in tescil talebinin reddi kararının iptaline karar veren yerel mahkeme kararını yerinde bularak onanmasına hükmetmiştir. Karar metni için bkz. ÇOLAK; 2012 a.g.e., s.105.

⁴⁴⁷ YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C. I a.g.e., s.228.

karşılaştırılması ve buna göre benzerlik değerlendirmesi yönünde bir yaklaşım bulunmaktaydı. Ancak gerek KHK gerekse SMK döneminde mahkeme ve Yargıtay'ın, istikrarlı bir şekilde verdiği kararlarda, ayırt edici esas unsur yaklaşımının yanında benzerlik değerlendirmesinin karşılaştırılan markaların ortalama tüketici kitlesi üzerinde oluşturduğu genel izlenimden yola çıkılarak yapılması gerektiğini hükme bağlaması neticesinde, TÜRKPATENT ayırt edilemeyecek derecede benzerlik incelemesi uygulamasını her iki yöntemi birleştirecek şekilde güncellemiştir⁴⁴⁸.

Markaların ayırt edilemeyecek kadar benzer olup olmadıklarının tespit edilebilmesi için, öncelikle ayırt edilemeyecek kadar benzerlik durumu tanımlanmalı ve uygulama ölçütleri belirlenmelidir. Ayırt edilemeyecek kadar benzerlik durumunda, karşılaştırılan işaretler aynı olmamakla birlikte, bunların ortalama düzeydeki tüketiciler üzerinde bıraktıkları genel izlenimleri hemen hemen aynıdır. Bir başka deyişle, markalar arasındaki farklılık o kadar önemsizdir ki ilgili tüketici nezdinde markalar görsel ve işitsel olarak aynıymış gibi algılanırlar. Buna göre, ayırt edilemeyecek kadar benzerlikten "ayrıca karıştırılma ihtimali değerlendirmesi yapılmasını gereksiz kılacak derecede güçlü ve açık" bir benzerlik ya da ilgili tüketici kitlesinin algısı itibarıyla "hemen hemen aynılık" anlaşılmaması gerekir.

Ayırt edilemeyecek kadar benzerlikten söz edilebilmesi için, ilgili tüketici kesimi açısından, karşılaştırmaya konu işaretler arasında herhangi bir araştırma ve inceleme yapılmasını gerektirmeyecek derecede açık ve net biçimde benzerliğin ortaya çıkmasının kesin olarak öngörülebilir olması gerekmektedir. İşaretler arasındaki benzerliğin inceleme gerektirmeyecek derecede açık ve net olmadığı durumlar nispi ret gerekçelerinin düzenlendiği SMK'nın 6/1 bendinde yer verilen karıştırılma ihtimali değerlendirmesinin konusu olup, bu durumlar için 5/1(ç) bendinin uygulanması söz konusu olmayacaktır. Yargıtay ve mahkeme kararlarında da sıklıkla belirtildiği gibi, SMK 5/1(ç) hükmü Kurum

⁴⁴⁸ TÜRKPATENT'in 2021 yılı için yayınlamış olduğu Marka İnceleme Kılavuzu'nun, 3.2.1 maddesinde "Kurum, başvuruya konu işareti tanımlayıcılık açısından değerlendirirken ilgili tüketici algısını "ortalama tüketici" algısı olarak alacak ve bu şekilde değerlendirmede bulunacaktır. Türk Marka Hukukunda "ortalama tüketici" olarak adlandırılan kişi, "bir uzman ya da normalin altı veya üstünde dikkat ve gözlem yeteneğine sahip olan kişi değil, markalı ürünlerin yöneldiği hedef kitleye mensup, makul derecede bilgilendirilmiş, makul derecede dikkatli ve makul derecede ihtiyatlı kişidir" düzenlemesi ile ortalama tüketici kavramı tanımlanmış ve yapılacak incelemenin ortalama tüketici ölçüt alınarak yapılacağı belirtilmiştir. TÜRKPATENT'in ilan etmiş olduğu 2021 yılı Marka İnceleme Kılavuzu için bkz. <https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/CFF1AE84-9563-42D6-BC18-1EF3597D01CC.pdf>.

tarafından mümkün olduğunca dar biçimde yorumlanıp uygulanmalı, karıştırılma ihtimalinin tartışılmasını gerektiren bir durum var ise 5/1(ç) bendi değil 6/1 bendi uygulanmalıdır.

5. Meslek ve Ticaret Grubuna Ait İşaretler

Bir diğer mutlak ret sebebi ise para, borsa, ticaret, ekonomi, market, banka, hastane, doktor, manav gibi ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek, sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret veya adlandırmaları tek başına veya esaslı unsur olarak içeren işaretlerdir. Bu tip işaretlerin, Engin Döviz, Bizim Manav, Bayındır Hastanesi, Keskin Bank gibi, ancak ayırt edici asli bir başka işaretle birlikte kullanılmaları halinde tescilleri mümkün olabilecektir.

Ticaret, sanayi veya ziraat odaları ve bunun gibi meslek kuruluşlarının isimleri ve bunlara ait amblem, logo gibi işaretler de ilgili meslek kuruluşlarının mensuplarını ayırt etmeye yaradıkları için ayrıca marka olarak kullanılamazlar. Yargıtay'ın "Florist" kararında ifade ettiği gibi, "florist" kelimesi belli bir meslek grubunu işaret etmesi dolayısıyla SMK 5/1-d bendinde düzenlenen mutlak ret sebebi kapsamındadır⁴⁴⁹.

6. Doğal Şekli, Zorunluluk veya Asli Değerini Veren İşaretler

Üç boyutlu şekiller her ne kadar marka olarak seçilebilmekte ise de seçilen üç boyutlu şekil ve işaret münhasıran malın doğası gereği ortaya çıkan şeklini ya da başka özelliğini veya teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu olan veya mala asli değerini veren şekilsel ya da başka bir özelliğini veya teknik zorunluluk gereği ortaya çıkan bir şekil olması halinde marka olarak alınamaz. Bahse konu şekiller, ayırt edici niteliklerinin bulunmamasının yanında hiç kimsenin tekeline de bırakılamayacak işaretlerdendir. Örneğin meyve, ağaç gibi doğada zaten var olan ya da top, araba, yastık, bıçak, süt şişesi, çorap, ayakkabı eldiven gibi malın işlevini ifade eden veya teknik zorunluluk gereği var olan şekiller marka olarak alınamazlar.

Herhangi bir malın işlevinin, teknik zorunluluğun ya da doğal biçiminin ifadesini aşan, özgün bir tasarımın marka olarak seçilmesi halinde artık mutlak tescil engeli söz konusu olmayacaktır⁴⁵⁰. Mülga KHK döneminde, bu mutlak ret sebebi açık bir şekilde üç boyutlu şekiller için getirildiğinden düzenlemenin iki boyutlu şekiller için geçerli olmadığı

⁴⁴⁹ Yargıtay'ın "Florist" kararı için bkz. dn.219.

⁴⁵⁰ Dimple marka ünlü İskoç viskisinin üçgen yüzlü şişesi veya coca cola şişesi özgün tasarıma örnek verilebilir. ARKAN; C. I a.g.e., s.85, dn.69.

değerlendirilmekteydi⁴⁵¹. Ancak SMK'nın ilgili düzenlemesinde böyle bir ayırım yapılmadığından sayılan özellikleri içeren her türlü işaret için uygulama alanı bulacaktır.

7. Yanıltıcı Markalar

Bir diğer mutlak ret sebebi olarak sayılan, mal ve hizmetin niteliği, kalitesi veya coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanıltacak şekilde kullanılan işaretler için, mal veya hizmet konusunda uzman kişilerin değil orta seviyedeki halkın⁴⁵² yanılgısı ölçüt olarak alınır⁴⁵³. Bu ölçüte göre, objektif olarak aldatma yeteneğine sahip bir işarete ilişkin olarak, ayrıca aldatma kastının bulunup bulunmadığı aranmaksızın marka başvurusu mutlak olarak reddedilecektir.

Mal veya hizmetin coğrafi kaynağına ilişkin yer adlarının marka olarak seçilmesi halinde nasıl bir yol izlenmesi gerektiğine dair Yargıtay vermiş olduğu “Pendik” kararında⁴⁵⁴, “Pendik” sözcüğünün bir kişi adına marka olarak tescil edilmesi halinde, bu sözcüğün tek bir kişinin tekeline bırakılacağı ve bu şekilde bir kamusal adın başkaları tarafından kullanılamayacağı sonucuna varılmıştır. Kararda ayrıca bu gibi adların coğrafi işaretlerle karıştırılmaya meydan verilmeyecek şekilde “İstanbul Şarabı”, “Ankara Pazarları” gibi malın veya hizmetin nevi ile bir arada kullanılması halinde tescilinin mümkün olabileceğine dair bir prensip de belirlenmiştir. Bu kararın işaret ettiği diğer bir husus da o ki bu tip işaretlerin tek başlarına marka olarak tescil edilmeleri halinde işaretin kök haline markalarında yer veren diğer tüm markalar açısından iltibas suçlaması tehlikesi ortaya çıkacaktır⁴⁵⁵.

Özellikle bazı yerlerde ya da bölgelerde üretilen malın daha iyi, güzel, kaliteli, ya da tüketicilerin tercih sebebini etkileyen diğer etkenleri barındırmasından yararlanmak adına, örneğin moda ve tekstil ile ilgili ürünlerde İtalyan, parfüm gibi kozmetik ürünlerde Fransız, dayanıklılık ve teknolojik ürünlerde Alman, ABD ya da Japonya kökenli oldukları izlenimi yaratmak amacıyla halkı yanıltacak şekilde yer adlarının kullanılması sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda da seçilen işaret marka olarak tescil edilmeyecektir.

Bazı sıfatların kullanılması da halkı yanıltıcı etki gösterebilmektedir. Lüks, meşhur, süper lüks gibi sıfatların markalarda yardımcı unsur olarak kullanılmasının yanıltıcı

⁴⁵¹ TEKİNALP; a.g.e., s.408.

⁴⁵² YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C. I a.g.e., s.240.

⁴⁵³ ARKAN; a.g.e., s.86.

⁴⁵⁴ Yargıtay 11 H.D. 26.11.1999 T., 1999/5790 E. 1999/9590 K. Sayılı kararın tam metni için bkz. YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C. I a.g.e., s.118 vd.

⁴⁵⁵ TEKİNALP; a.g.e., s.409.

olabilecekleri göz önüne alınarak dikkatli incelenmesi gerektiği açıktır. Özellikle bu tarz sıfatların kullanıldıkları marka ile aynı veya benzer ürünlerle karşılaştırma anlamına geleceği açıktır. Eğer bu karşılaştırma somut bir araştırmaya dayanarak yapılarak bilimsel verilere dayansa dahi zamanla bu verilerin değişebileceği de dikkate alınarak tüketiciyi yanıltıcı etki doğurabileceği de göz önüne alınmalıdır⁴⁵⁶. Kanaatimizce de bu gibi sıfatların yardımcı unsur olarak tescil ettirilmek istenmesi halinde, TÜRKPATENT'in tescil edilmek istenen markada kullanılan bu tür sıfatların malın alıcısı olan kitle üzerinde yanıltıcı etkisi olup olmadığını, bahse konu sıfatın kullanılması ile sağlanan abartma veya övmenin kabul edilebilir sınırlar içerisinde olup olmadığını her somut olaya göre belirleyerek yanıltıcı olma ihtimali bulunması halinde tescil talebinin reddine karar vermesi gerekmektedir.

8. Paris Sözleşmesi'ne göre Reddedilecek Markalar

Paris Sözleşmesinin 2. mükerrer 6. maddesi sözleşmeye taraf olan devletlere diğer üye devletlere ait bayrak, arma gibi hükümlerlik belirtilerinin, işaret, damga ve bunların taklitlerinin kullanılmasını engelleme yükümlülüğü getirmiştir. SMK'nın 5/1-g bendi Paris Sözleşmesi'nin getirmiş olduğu yükümlülüğe uygun olarak bu tip markaları mutlak tescil engelleri içerisinde saymıştır. Bir işaretin bu madde kapsamında mutlak tescil engeli kabul edilebilmesi için WIPO'nun ilgili veri tabanına kayıtlı olması gerekmektedir⁴⁵⁷.

9. Kamuya Malolmuş, Tarihi ve Kültürel Değer Belirten İşaretler

Paris Sözleşmesi'nin 2. Mükerrer 6. Maddesi kapsamında kalmamakla birlikte, tarihi ve kültürel değerlere ilişkin, kamuya malolmuş işaretlerin de marka olarak tescili mümkün değildir. Böylelikle bir yandan kamuoyunun hassasiyet göstereceği değerlerin sömürü aracı olarak kullanılması önlenirken bir yandan da bu değerler kullanılarak haksız bir şekilde diğer firmaların önüne geçilmesi engellenmektedir⁴⁵⁸.

10. Dini Değer ve Sembol İçeren İşaretler

Dini değerleri ve sembolleri içeren işaretler, bu tip işaretlerin marka olarak kullanılmak için tahkir edilerek toplumu rencide edilmesini ya da bu işaretlerin kullanılması suretiyle toplumun dini duygularının sömürülmesini önlemek için mutlak tescil engelleri arasında sayılmıştır. Bu kapsamda mezhep, tarikat ve diğer dini kuruluşlara ilişkin isim ve

⁴⁵⁶ Göle, vasat ya da vasatın altında olan mal veya hizmetler için bu gibi sıfatların kullanılmasının halkı aldatıcı nitelikte olduğundan geçerli bir abartma kabul edilemeyeceği görüşündedir. GÖLE, Celal; Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Ankara 1983, s.87.

⁴⁵⁷ Paris Sözleşmesine taraf ülkelerin bayrakları açısından WIPO kaydı aranmamaktadır. Detaylı bilgi için bkz. TÜRKPATENT Marka İnceleme Kılavuzu 2021, s.316 vd.

⁴⁵⁸ YASAMAN/AYOĞLU/YUSUFOĞLU BİLGİN/MEMİŞ KARTAL/YÜKSEL/YASAMAN; a.g.e.; s. 483.

işaretlerin marka olarak tescil edilmesi mümkün değildir⁴⁵⁹.

11. Kamu Düzeni ve Genel Ahlaka Aykırı İşaretler

SMK'nın 5/1-ı bendinde kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı işaretler mutlak tescil engeli olarak sayılmıştır. Bir markanın unsurlarını teşkil eden kelimeler, şekiller, harf ve sayılar gibi işaretlerle bu işaretlerin yarattıkları görüntü ve verdikleri mesaj kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı ise bu markanın tescilinin reddi gerekir.

Marka için seçilen işaretlerin toplumsal değerleri zedeleyici nitelikte olması, insanlarda tiksinti uyandırması, insan haklarına aykırı olması, kişileri suça teşvik etmesi, örf ve adetlere aykırı olması gibi hallerde kamu düzenine ve genel ahlaka aykırılıktan bahsedilebilir⁴⁶⁰.

12. Tescilli Coğrafi İşaret İçeren Marka

Tescilli coğrafi işaret içeren ya da tamamen tescilli bir coğrafi işaretten oluşan markaların tescili mümkün değildir. SMK'nın 34. maddesinde “belirgin bir niteliği, ünü veya ülke ile özdeşleşmiş ürünü gösteren işaret” olarak tanımlanmış olan coğrafi işaretler üzerinde özgülendiği yöre ve/veya ülke nezdinde kamu menfaatini ilgilendirdiğinden⁴⁶¹ bu işaretler mutlak tescil engeli kabul edilerek korunmaları yoluna gidilmiştir⁴⁶².

D- Nispi Ret Sebebi Tescil Engelleri

SMK'nın 6. maddesi de tescil engellerinden nisbi olanları düzenlemektedir. Nisbi tescil engelleri, mutlak tescil engellerinden farklı olarak TÜRK PATENT veya uyuşmazlığın görüldüğü mahkeme tarafından resen dikkate alınamayan ve ancak ilgilisinin ileri sürmesi halinde değerlendirilebilir. Nisbi tescil engellerinin varlığı halinde sübjektif bir hak iddiası söz konusudur.

1. Aynı veya Benzer İşaretin Aynı veya Benzer Mal/Hizmetlerde Tescil Başvurusu

SMK'nın 6/1 maddesine göre; tescil başvurusu yapılan bir markanın, tescil edilmiş veya önceki tarihte tescil başvurusu yapılmış marka ile aynılığı ya da benzerliği ve kapsadığı mal veya hizmetlerin aynılığı ya da benzerliği nedeniyle, tescil edilmiş veya önceki tarihte tescil başvurusu yapılmış marka ile halk tarafından ilişkilendirilme ihtimali de dahil olmak

⁴⁵⁹ YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C. I a.g.e., s.275.

⁴⁶⁰ YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C. I a.g.e., s.275.

⁴⁶¹ YASAMAN/AYOĞLU/YUSUFOĞLU BİLGİN/MEMİŞ KARTAL/YÜKSEL/YASAMAN; a.g.e., s. 483.

⁴⁶² Yargıtay 11. HD. 19.06.2019 tarihli, 2018/2670 Esas, 2019/4611 Karar sayılı kararı ile “MSL Meşhur Safranbolu Lokumcusu+şekil”den oluşan marka başvurusunun reddine karar verilen olayda, “Safranbolu lokumu”nun coğrafi işaret olmasından bahisle red kararının yerinde olduğuna hükmetmiştir. YASAMAN/AYOĞLU/YUSUFOĞLU BİLGİN/MEMİŞ KARTAL/YÜKSEL/YASAMAN; a.g.e., s. 483.

üzere karıştırılma ihtimali, itiraz üzerine başvurunun reddine karar verilmesini gerektiren bir nispi tescil engeldir⁴⁶³. Karıştırma ihtimalinin tespitinde malların veya hizmetlerin benzerliği, markaların benzerliği ve önceki markanın ayırt etme gücünün birlikte değerlendirilmesi gerekir⁴⁶⁴.

2. Vekil/Temsilci Tarafından İzin Almadan Yapılan Tescil Başvurusu

Bir diğer nispi tescil engeli ise marka sahibinin ticari vekili veya temsilcisi tarafından, markanın kendi adına tescili için, marka sahibinin izni olmadan ve geçerli bir gerekçe gösterilmeden başvuru yapılması durumudur.

3. Rüçhan Hakkından Önce Bir Hak Elde Edilmiş Olması

Tescilsiz bir marka veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaret için, o işaretin bir başkası tarafından marka olarak tescil edilmesi için yapılacak başvurudan veya rüçhan tarihinden önce hak elde edilmiş ise bu işaret sahibinin itirazı üzerine sonraki marka başvurusu reddedilecektir. Bu düzenlemeye göre, tescilsiz de olsa bir işareti marka olarak kullanarak onu bilinir hale getiren kişi, bu işaretin bir başkası tarafından tescil ettirilmesine engel olabilecektir.

4. Tanınmış Markaların Aynı veya Benzer Mal/Hizmetlerde Başvuru

SMK'nın 6/4 maddesine göre, aynı veya benzer mal veya hizmetler için Paris Anlaşmasının 1. mükerrer 6. maddesi kapsamına giren tanınmış markalarla aynı veya benzer bir marka başvurusunda bulunulduğu takdirde itiraz üzerine tescil talebi reddedilecektir. Bu hükümden faydalanabilmek için korunması istenen markanın Türkiye'de tanınırlık düzeyine ulaşmış olması gerekmektedir⁴⁶⁵.

⁴⁶³ SMK'nın 6/1 maddesinde nispi tescil engeli olarak düzenlenen bu durum aynı zamanda 25. Maddede hükümsüzlük halleri arasında da düzenlenmiştir.

⁴⁶⁴ UZUNALLI; 2019 a.g.e., s.63.

⁴⁶⁵ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 06.07.1999 tarihli, 1998/1734 Esas, 1999/5146 Karar sayılı kararında, "...Marka üzerindeki öncelik hakkı, o markayı ihdas ve istimal eden ve piyasada maruf hale getiren kişiye aittir. Buna gerçek hak sahibi denilir ve bu tescil açıklayıcı etkiye sahiptir. Buna mukabil bir markayı ihdas ve istimal etmeksizin seçip tescil ettiren kimsenin bu tescili kurucu etkiye sahiptir. Ancak bu tescil sadece hak sahibine başlangıçta şarta bağlı bir hak sağlayabilir. Gerçek hak sahibinin dava açıp bu markayı tescil ettireceği tarihe kadar kurucu etkiye sahipliği devam eder. Çünkü hakiki, gerçek hak sahipliği ikinci bir bağımsız ve münferit bir mülkiyete izin vermez...Diğer taraftan dairemizin kararlılık gösteren uygulamasına ve ...Türkiye'nin katıldığı Paris Sözleşmesi'nin 6. mükerrer maddesine göre üye ülkeler kötü niyetle tescil edilmiş olan markanın terkinini talep için süre koyamazlar ve akit memleketler...aynı veya mümasil nevi mahsuller için kullanıldığı aşikar bir surette malum bulunan bir markanın aynı veya karışıklığa meydan verecek derecede taklidi olan bir fabrika veya ticaret markasının tescilini, gerek memleket kanunları müsaitle resen gerek alakadın müracaatı üzerine red veya iptal eylemler iptal eylemeyi taahhüt eder. Hüküm uyarınca birçok yabancı ülkede tescilli bulunan hele somut olayda Fikri Mülkiyet Bürosuna tescilli davacı markasının korunmasının gerekmesine, davalının parfüm konusunda uzman bir kuruluş olup dünyadaki parfüm buluşlarını, gelişmelerini ve bununla ilgili marka tescillerini takip etmek zorundadır. Bu basiretli bir tacir olmanın zaruri sonucudur. O halde aynı sahada çalışan davalının 22 ülkede tescilli bulunan bu markayı bilmediğini ve o nedenle Türkiye'de tescil ettirdiğini ileri sürmesi MK'nın 2. maddesine göre mümkün görülmemiştir..." şeklinde, Türk Ticaret Kanunu'nda yer bulan

5. Türkiye’de Tanınmışlık Seviyesine Ulaşan Markalar

Tanınmış markalar açısından düzenlenen bir diğer nispi tescil engeli, TRIPS madde 16/3 ile tanınmış markalara sağlanan korumanın genişletilmesine uygun şekilde, Türkiye’de tescilli olmak, markanın kullanımının bu mal veya hizmetlerle ilgili kullanımının bu mal veya hizmetlerle tescilli markanın sahibi arasında bir bağlantı olduğunu göstermesi ve kullanım nedeniyle tescilli marka sahibinin menfaatlerinin zarar görme ihtimali bulunması şartlarının varlığı halinde, farklı mal veya hizmetler için sağlanmıştır.

6. Markanın Başkasına Ait Herhangi Bir Fikri Mülkiyet Hakkını Kapsaması

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

7. Yenilenmemiş Ortak/Garanti Markasının Aynısı veya Benzeri

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

8. Yenilenmemiş Markanın Aynısı veya Benzeri

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

9. Kötü Niyetli Tescil

Kötü niyetle yapılan her türlü başvuru da itiraz üzerine tescil talebi reddedilir.

E- Marka Tescilinde Sınıflandırma ve Belirlilik İlkesi

Markalar, mal ya da hizmetlerin niteliğine göre korunur. Diğer bir ifadeyle markanın hak sahibine sağlayacağı hakkın kapsamı ve sınırları açısından bir taraftan markanın tescil edildiği mal ya da hizmetin niteliği, diğer taraftan da markanın tesciliyle sistemin tanıdığı hakkın kapsamı belirleyici olacaktır. Marka hakkının kapsamı ve

“basiretli tacir” ve Türk Medeni Kanunu’nda yer bulan ve tüm özel hukuk dallarında temel bir ilke olarak kullanılan “dürüst davranma” ilkelerine atıf yapmak suretiyle, Paris Anlaşmasının 1. mükerrer 6. maddesi kapsamına giren markalara getirilmiş olan korumaya değinmiştir. Karar metni için bkz. Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl 1, C. 1, S. 2001/1, s.149. Yargıtay 11. HD. 19.04.2202 tarihli, 2001/9903 Esas ve 2002/3699 Karar sayılı kararında da neredeyse aynı gerekçelerle, Türkiye’de tescilli olmamasına rağmen 15 ülkede tescilli bir marka olan “Alvorada” markasının aynısını Türkiye’de tescil ettirilmesi üzerine açılan davada, yerel mahkeme tarafından davacının markasının Türkiye’de tanınmış olmadığı, davalının da kötü niyetli olmadığı gerekçesiyle davanın reddine ilişkin kararı bozmuştur. Karar metni ve değerlendirmesi için bkz. YASAMAN, Hamdi; “Marka Hakkının Niteliği ve Tanınmış Markalar Hakkında Yargıtay 11. HD’nin Kararı Üzerine Düşünceler”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, Temmuz 2004, s.152 vd.

sınırlarının belirlenmesi anlamında iki ayrı sistem kullanılmaktadır⁴⁶⁶. Bunlar mutlak koruma sistemi ve sınırlı koruma sistemidir.

Mutlak koruma sistemi bir markanın muhtemel tecavüzlere karşı tüm mal ve hizmetler açısından korunmasını ifade eder. Daha açık bir ifadeyle, marka hangi tip mal ya da hizmet için tescil edilmiş olursa olsun tüm mal ve hizmet sınıflarında, tescilli marka hakkı sahibinin markayı oluşturan işareti tek ve mutlak olarak kullanmasını sağlar. Bu sistemin, marka seçimini daraltması açısından, ciddi sakıncaları olduğu açıktır. Kaldı ki kullanım alanı olarak bu sistem, yaygın olarak kullanıldığı gibi ancak tanınmış markalar söz konusu olduğunda devreye girebilecek bir sistemdir. Alelade markalar için, özellikle birbirinden farklı mal ya da hizmet sınıflarında, örneğin kullanım alanı, hedef kitlesi, imalatı, satışa arzı gibi birçok yönden birbirinden tamamen farklı nitelendirilebilecek malların aynı markayı almasının engellenmesi gereksiz olacağı gibi korunmaya değer bir çıkarın da bulunmadığı ve haksız rekabeti korumaya dönük haklı bir gerekçenin bulunmadığı da açıktır.

Sınırlı koruma sistemi ise tescilli marka sahibinin tescil ettirdiği mal veya hizmetin karşılaşılabileceği marka tecavüzlerine karşı adından anlaşılacağı gibi sınırlı bir şekilde korunmasını ifade eder. Diğer bir ifadeyle marka hakkı sahibi, haklarını ancak belirli mal ya da hizmetler açısından kullanabilecektir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin ifadesi ile birbirlerinden yeterli derecede ayırt edilemeyecek halde olmalarına rağmen markaların birlikte kullanılmaları, tahsis edildikleri malların tamamen farklı mahiyette olmalarından dolayı mümkündür⁴⁶⁷.

Sınırlı koruma sistemi, marka tecavüzlerine karşı korumanın sınırlarını belirli mal ya da hizmetlerden tüm mal ya da hizmetlere tanınmış bir marka olması halinde genişletmekte ve tanınmış markanın aynısının ya da benzerinin tüketicinin ayırt etmesine engel olacak şekilde kullanılmasını mutlak olarak koruma altına almaktadır.

Sınırlı koruma sistemi, kendi içinde de tescilde belirlenen mal ya da hizmet ile sınırlı ve tescilde belirlenen mal ya da hizmetin benzeri olan mal ya da hizmetleri de kapsayacak şekilde sınırlı olarak ikiye ayrılmaktadır⁴⁶⁸. Emtia sistemi olarak da ifade edilen

⁴⁶⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. OCAK, Nazmi; "Markalarda Tescilin Sağladığı Korumanın Kapsamı", Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1998, s.269 vd.

⁴⁶⁷ Naklen OCAK; a.g.m., s.270.

⁴⁶⁸ OCAK; a.g.m., s.271 vd.

ilk sisteme göre marka, tescil sırasında kullanılacağı mal ya da hizmetlerin tek tek belirlenerek sicile geçirilmesi ve bu belirleme esas alınarak belirlenen mal veya hizmet ile sınırlı olarak korunması sağlanabilmektedir. Emtia sınıfı sistemi olarak da adlandırılan ikinci sistemde ise markanın kullanılacağı mal ya da hizmetlerin nitelikleri de dikkate alınarak benzer mal ya da hizmetlerin oluşturduğu emtia sınıfları kapsamında tescil sırasında ilk sistemin aksine belirlenen emtia sınıfı için koruma sağlanır. Diğer bir ifadeyle marka sahibi bu sistemde markasının aynısı ya da karıştırılmasına neden olacak bir benzerinin kullanımını sadece tescil sırasında belirlenen mal ya da hizmet ve bunların benzerleri için de önleyebilme imkânına kavuşacaktır⁴⁶⁹.

Markaların korunmasını sağlamak amacıyla ortaya konulan sistemlerden emtia sınıfı sisteminin diğerlerine göre daha avantajlı olduğu ve daha iyi koruma sağladığı yönünde oluşan Dünyadaki algılama sonrasında bu sefer de bu sistem açısından mal ve hizmet sınıflarının neye göre belirleneceği konusunda fikir ayrılıkları ortaya çıkmıştır⁴⁷⁰. Fikri mülkiyet ve özellikle marka hukukunda uluslar arası ticaretin giderek daha da ön plana çıkması ve önemli hale gelmesi sonucunda ülkeler arası birlik ve bütünlük sağlamak için 1883 yılında imzalanan Paris Anlaşması ile başlayan süreçte, mal ya da hizmet sınıflarının belirlenerek marka haklarının korunması için en sağlıklı sistemin emtia sınıfı sistemi olduğu konusundaki uzlaşma ile birlikte bir araya gelen devletler markaların tescili amacıyla mal ve hizmetlerin uluslar arası sınıflandırılmasına ilişkin 15 Haziran 1957 tarihli Nice Anlaşması'nı hazırlayarak imzalamışlardır⁴⁷¹. Bu anlaşma kapsamında gösterdikleri ortak özellikler dikkate alınarak mallar 34, hizmetler de 11 sınıfa ayrılmak suretiyle toplam 45 sınıf belirlenmiştir.

⁴⁶⁹ OCAK; a.g.m., s.272.

⁴⁷⁰ Yargı kararlarında, emtia sınıfının neye göre belirleneceği konusunda birbirinden çok farklı kriterlere dayanarak verilmiş olan çok çeşitli kararlar mevcuttur. Fransa'da bir mahkeme otomobil ile otomobilde kullanılan yağlar ve yakıtların benzer emtia olduklarından aynı sınıfa dâhil edilmeleri gerektiği; İsviçre Federal Mahkemesi dezenfektan maddesi ile romatizma ilacının benzer olduğu ve ecza emtiası sınıfına dâhil oldukları, yine İsviçre Federal Mahkemesi bir başka kararında iki emtianın farklı olup olmadıklarına dair sadece emtianın üretildiği maddenin değil iki emtianın ekonomik işlevlerinin de dikkate alınarak benzer olup olmadıklarının tespit edilmesi gerektiği yönünde kararlar vermiştir. Özellikle Türk, Alman, İsviçre ve Fransız hukukunda malların benzer mal olup olmadığına dair hangi kriterin dikkate alınacağı hususunda birbiriyle çelişen ve farklı özelliklerini ön plana çıkararak birçok farklı sonuca ulaşılan bu şekilde çok sayıda eski tarihli karar bulunmaktadır. Bu konudaki örnek kararlar için bkz. OCAK; a.g.m., s.273 vd.

⁴⁷¹ Uluslararası kaynaklar kısmında ayrıntılı olarak anlatıldığı üzere Türkiye'nin de taraf olduğu Nice Anlaşması 14 Temmuz 1967 tarihinde Stockholm'de, 13 Mayıs 1977'de Cenevre'de gözden geçirilmiş, 28 Eylül 1979'da Stockholm'de son hali verilmiştir. Türkiye Nice Anlaşması'na 12 Temmuz 1995 tarihinde, 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile taraf olmuştur.

SMK'nın," Başvuru Şartları, Sınıflandırma ve Bölünme" başlıklı 11. maddesinin 3. fıkrası ile başvuruya konu mal ve hizmetlerin Nice Anlaşması'na göre sınıflandırılacağı, marka korumasıyla ilgili sınıflandırma başlıklı 24. maddesinde markaların, malların veya hizmetlerin uluslararası sınıflandırılmasına ilişkin esaslara göre sınıflandırılacaklarını düzenlemiş, ancak ilgili ilkeleri Yönetmeliğe bırakmıştır. Sınıflandırma başlığını taşıyan, Yönetmeliğin 14. maddesi de bu sınıflandırmanın Nice Anlaşması'nda belirlenen esaslara göre yapılacağını hükme bağlamıştır. Nice Anlaşması hükümleri uyarınca mal ve hizmetlerin sınıflandırılmasına ilişkin liste anlaşmaya taraf ülkelerin kararlarıyla her yıl yapılacak toplantının ardından, takip eden yılın Ocak ayının ilk günü yürürlüğe girmek üzere ilan edilir. Bu uygulamaya göre en son hazırlanan liste, TÜRKPATENT'in 2016/3 sayılı Tebliği ile 1.1.2017 tarihi itibarıyla yürürlüğe girecek şekilde ilan edilmiştir⁴⁷².

Nice Anlaşması'nın da etkisiyle genel kabul gören emtia sınıfı koruma sistemi, markanın soyut değil somut olarak tescil edildiği mal ve hizmetler kapsamında korunmasını sağlamaktadır. Tescilli markanın sağlayacağı hakları, marka sahibi ancak belirlediği mal ve hizmet sınıfı kapsamında kazanmaktadır. İşte bu markanın kullanılacağı mal ya da hizmetlerin belirlenmiş olması kuralına doktrinde "markada belirlilik ilkesi" adı verilmektedir⁴⁷³.

Marka hakkı sahibinin tescilli markasının aynısı ya da bir benzerinin başkası tarafından kullanılmasını önleme ve yasaklama hakkının çerçevesi, belirlilik ilkesi kapsamında oluşmaktadır. Mutlak haklardan olan marka hakkı, sahibine herkese karşı ileri sürülebilen bir hak sağlasa da bu hak ancak aynı ya da benzer türdeki mal ve hizmetler açısından kullanılabilir.

Sınıflandırma sistemi ve belirlilik ilkesi sonucu bir marka farklı mal ve hizmet sınıflarında kullanılmak üzere, farklılıkları dolayısıyla birbirlerine doğrudan bir etkileri olamayacağından, tescil edilebilecektir. Diğer bir ifadeyle temel fonksiyonu ayırt edicilik olan markanın sınıflandırma sistemi kapsamında belirli hale gelmesiyle ayırt etmeyi gerektiren somut bir durum yok ise aynı markanın farklı mallarda örneğin bir temizlik maddesinde kullanılan marka ile teknolojik bir üründe kullanılan markanın aynı olmasında sakınca yoktur.

⁴⁷² 2016/2 sayılı, Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/12/20161230-24.htm>.

⁴⁷³ YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C. I a.g.e., s.772.

Sınıflandırma sistemi ve belirlilik ilkesi kapsamında tescilli marka, sahibine tescilli markasının aynısı, ayırt edilemeyecek kadar benzeri ya da karıştırılma ihtimali olan benzerinin kullanılmasına engel olma yetkisi vermektedir. Mülga 551 sayılı Markalar Kanunu zamanında tescil sadece tescil kapsamına giren mallar için koruma sağlıyor iken benzer mal ve hizmetler bakımından üçüncü kişilere markanın benzerini hatta aynısını dahi kullanma konusunda bir sınırlama getirilmemekteydi. Ancak ticaret hayatında yaşanan gelişmeler neticesinde markanın işlevinin ve öneminin gittikçe artması karşısında daha kapsamlı bir korumaya ihtiyaç duyulmuştur. Bu ihtiyaç öncelikle mülga 556 sayılı KHK'nın dayanağını oluşturan 89/104 sayılı Marka Yönergesi ile 40/94 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü'nde kendini göstermiştir. Bu metinlerde, benzer mal ve hizmetlerin de koruma kapsamına alınmasından sonra, mülga 556 sayılı KHK'da da benzer düzenlemeler yerini almıştır. Aynı anlayış SMK ile de devam ettirilmiştir.

Bu genişlemenin sebebi, markanın en önemli fonksiyonu olan ayırt ediciliğinin tescil edildiği aynı mal ve hizmetler alanında olduğu kadar benzer mal ve hizmetler kapsamında da korunması gerekliliğidir. Aksi takdirde karışıklığın tescil kapsamında benzer mal ve hizmetlerle de yaşanacağı, böylece ilgili markanın ayırt etme fonksiyonunun zayıflayacağı açıktır. Fransa'da Paris Mahkemesi, vermiş olduğu bir kararda bu genişlemenin gerekçesini “markanın, marka sahibinin ürün veya hizmetleri ile bir başkasının aynı veya benzer ürün veya hizmetleri arasında her türlü karışıklığı önlemeye yönelik fonksiyonu oluşturması” şeklinde ifade etmektedir⁴⁷⁴.

Benzer mal ve hizmetlerin belirlenmesi için birçok ölçütten bahsetmek mümkündür. İlk olarak aynı nitelikteki mal ve hizmetler benzer mal ve hizmetler olarak kabul edilebilir. İkincisi mal ve hizmetlerin nitelikleri ve kullanılış amaçları göz önüne alınarak aynı müşteri kitlesi tarafından aynı şartlarda talep edilen mal ve hizmetler benzer olarak nitelendirilebilir. Üçüncü bir yöntem ise mal ve hizmetten ziyade onları belirten marka dikkate alınarak yani hedef kitle tarafından tescilli markayı taşıyan mal ya da hizmetler gibi aynı kaynaktan geldiği düşünülen mal ve hizmetler benzer kabul edilebilir. Üçüncü yöntem sübjektif ve daha çok ekonomik içerikli, son derece esnek bir yöntem iken ikinci yöntem ise daha objektif ve hukuki olarak görülmektedir⁴⁷⁵. Tüm bu yöntemlerin

⁴⁷⁴ Naklen ÖZTEK, Selçuk; “Türk Marka Hukukunda Benzer Mal ve Hizmet Kavramı”, Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, Beta Basım Yayım, Ankara 2008, s.278.

⁴⁷⁵ ÖZTEK; 2008, a.g.m., s.279.

ötesinde, tescilli bir markanın tescil edildiği mal ve hizmetlerin nitelikleri ya da kullanma amaçları doğrultusunda hedef kitle tarafından aynı menşei işaret eden mal ya da hizmetler ile benzer olduğunu kabul etmek yerinde olacaktır⁴⁷⁶.

Sınıflandırma sisteminde belirleyici olan Nice Anlaşması, her ne kadar sınıflandırma sisteminin koruma sınırlarının değerlendirilmesi açısından bağlayıcı olmadığını ifade etse de⁴⁷⁷ birlik ülkelerinin sınıflandırma sistemini esas ya da yardımcı sistem olarak kullanma hakkına sahip olduklarını belirterek⁴⁷⁸, tescil safhasında esas sistem olarak alınması halinde tescilin belirlenen sınıflarda yapılması ve mal ve hizmetlerin benzer olup olmadığının tespitinde sınıflandırma listesinin uygulanması gerektirmektedir. Sınıflandırma sisteminin yardımcı sistem olarak alınması halinde ise benzer mal ve hizmet kavramı sınıf sistemine bakılmaksızın tespit edilecektir.

Topluluk Markası ve Fransız marka sisteminde mal ve hizmetlerin sınıflandırılması idari nitelikte görülerek Nice Anlaşması kapsamındaki sistemin yardımcı sistem olarak kullanıldığı, benzer olma kavramı için de her somut olaya göre ayrıca değerlendirme yapılması gerektiği ve ölçüt olarak da malların birbirlerinin tanımlayıcısı olup olmamaları, tahsis amaçları, kullanıcı çevresi, dağıtım ağı, bütünlük oluşturup oluşturmadıkları gibi hususların kullanılacağı kabul edilmektedir⁴⁷⁹.

Türk marka sisteminde sınıflandırma sisteminin esas sistem olarak mı yoksa yardımcı sistem olarak mı uygulandığı yönünde doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre sınıflandırma sistemi esas sistem olarak uygulanmakta iken⁴⁸⁰ diğer bir görüşe göre ise sınıflandırma sistemi bağlayıcı değil yalnızca yol gösterici olarak uygulanmaktadır⁴⁸¹. Nice Anlaşması kapsamında beş yılda bir Nice Anlaşması hükümlerine göre üye ülkelerce yapılan toplantı neticesinde verilen kararlar ışığında TÜRK PATENT tarafından çıkarılan Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ incelendiğinde sınıflandırma sisteminin Kurum tarafından marka tescil başvuruları ve tescil başvuruları üzerine yapılan itirazların değerlendirilmesi esnasında dikkate alınacağını, ancak sınıflandırma listesinde yer alan bu grupların, aynı tür malın

⁴⁷⁶ Fransız hukukunda da bu görüş kabul edilmekte ve Fransız Mahkemeleri kararlarını bu ölçüte göre vermektedirler. ÖZTEK; 2008, a.g.m., s.281.

⁴⁷⁷ Nice Anlaşması 2.1 maddesi hükmü.

⁴⁷⁸ Nice Anlaşması 2.2 maddesi hükmü.

⁴⁷⁹ YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C. II a.g.e., s.768.

⁴⁸⁰ YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C. II a.g.e., s.769.

⁴⁸¹ TEKİNALP; a.g.e., s.379.

veya hizmetin tespitinde daha dar veya farklı mal veya hizmet gruplarını da içerecek şekilde daha geniş kapsamda değerlendirebileceğinin düzenlendiği görülmektedir. Ayrıca Tebliğde, ekte bulunan sınıflandırma listesinin tüm mal ve hizmetleri kapsamadığı, listede bulunmayan bir mal veya hizmetle ilgili tescil başvurusu yapıldığında Nice Anlaşması'na göre aynı sınıfta bulunan ve benzer nitelik, fonksiyon veya amaca sahip olan mallarla veya hizmetlerle aynı kapsamda değerlendirilebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler ışığında sınıflandırmanın özellikle tescil başvurusu sırasında markanın mutlak ya da nispi ret sebepleri kapsamında değerlendirilmesine esas olarak kullanıldığı ancak diğer hallerde ve özellikle koruma kapsamının belirlenmesi için Tebliğde de belirtildiği gibi sınıflandırmanın bağlayıcı olmadığı açıktır. Kanaatimizce benzer mal ve hizmetin belirlenmesi sırasında sınıflandırmanın esas değil yol gösterici olarak kullanılması; aslen işaretin kullanılacağı mal ve hizmetin üretimi, hedef kitlesi, ayırt edici özellikleri gibi unsurların her olayda ayrıca değerlendirilmesi suretiyle mal ve hizmetlerin benzer olup olmadığına karar verilmesi yerinde olacaktır.

IV. SMK'da Düzenlenen Marka Suçlarında Korunan Hukuksal Değer

Ceza hukuku anlamında suç, en temel ifadesiyle hukuksal bir değer ihlalini ifade etmektedir. Hukuksal değer bir suça ilişkin kanuni tanımın yorumunda başvuru en önemli araçtır⁴⁸². Birey ve toplum için birçok değer öneme arz ettiği gerçeğinden hareketle ceza hukukunun, tüm değerleri değil bunların içerisinde en özellikli, önemli ve değerli kabul edilen değerleri koruması beklenir. Ceza ekonomisi ilkesinin bir sonucu olarak ortaya çıkan bu beklenti, ceza hukukunun, kendisi dışındaki araçların söz konusu değerleri koruma görevlerini, en azından yeteri kadar yerine getiremediği durumlarda, devreye girmesi gerektiğini ifade eder⁴⁸³.

Bu kapsamda hukuksal bir değer ihlali yok ise herhangi bir suçun varlığı da kabul edilemez; aksi durumda böyle bir eylem cezalandırılmak istendiğinde o cezanın meşruluğundan söz edilemez⁴⁸⁴. Suç olarak ifade edilen her fiil de aynı zamanda bir hukuki değer ihlali niteliğine de sahiptir⁴⁸⁵. Dolayısıyla bir hukuksal değerle ilişkilendirilemeyen bir suçtan, daha genel bir ifadeyle haksızlıktan bahsedilemez.

⁴⁸² ÜNVER; a.g.e., s.502-509-609-610-846 vd.

⁴⁸³ Naklen ÜNVER; a.g.e., s.45 vd.

⁴⁸⁴ Naklen ÜNVER; a.g.e., s.46.

⁴⁸⁵ ÜNVER; a.g.e., s.147.

Ceza hukukunun zorlayıcı yaptırım araçları, kişilerin temel hak ve hürriyetlerine yapılabilecek en ağır müdahaleleri içerdiğinden, bir fiili cezalandırmak için kamusal faydayı koruyarak toplumsal düzenin sağlıklı işleyişinin ciddi tehlikede olması ve diğer hukuksal tedbirlerin yetersiz kalması gerekir. Marka haklarına tecavüz eylemlerinin tazminat ile korunduğu hallerde korunan hukuksal menfaat tescilli marka hakkı sahibinin haklarıdır. Diğer taraftan ceza normlarıyla korunan tecavüz halleri düzenlendiği anda artık burada korunan hukuksal menfaat aynı zamanda kamunun menfaatleridir. Aynı fiil hem özel hukuk normlarıyla örneğin tazminatı ve hem de cezai yaptırımı gerektiriyorsa o zaman orada korunan hukuksal menfaat olarak hem marka hakkı sahibinin hem de kamunun menfaatleri olarak her iki menfaat birleşmektedir⁴⁸⁶.

Marka suçları olarak düzenlenen fiillerin, tescilli marka hakkı sahibinin ticari haklarını ihlal ettiği kadar, söz konusu markalı mal ve hizmetlerden faydalanan tüketicilerin bireysel menfaatlerine, kamu sağlığına ve etkileri dolayısıyla da ekonomik düzenin menfaatlerine de zarar verdiği açıktır.

SMK 30. maddesinin 1. 2. ve 3. fıkralarındaki marka suçları düzenlenmeleri ile tescilli malın ya da hizmetin sahibinin bu mal ya da hizmet üzerindeki haklarının korunması⁴⁸⁷ yanında ticaret hayatının ve özellikle piyasanın düzgün ve kurallara uygun, sağlıklı bir şekilde işleyişinin, marka hakkının ticari yaşamdaki unsurlarının ve fonksiyonlarının eksiksiz ve verimli bir şekilde yerine getirilmesi, ekonomik düzen ve kamu sağlığının da korunması bu sayede toplumsal yaşamın güven içerisinde, kendi içinde düzenini de koruyarak sarsıntısız olarak devam etmesi⁴⁸⁸ sağlanmaktadır.

Ticaret hayatının hızlı bir şekilde gelişmesi ve dönüşmesiyle marka hakları, mal ve hizmetlerin sunumunda giderek daha da önem kazanmış ve malvarlığı haklarından biri olarak kabul edilerek hukuksal bir değer haline gelmiştir. Marka hakkı, sadece hak sahibi açısından değil aynı zamanda toplum açısından da bu haktan etkilenmeleri yönüyle hukuksal bir değer ifade etmektedir. Marka hakkının ceza normları ile de korunmasının amacı, yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, ticaret hayatının ve özellikle piyasanın düzgün ve kurallara uygun, sağlıklı bir şekilde işleyişinin sağlanması, marka hakkının ticari yaşamdaki

⁴⁸⁶ DONAY/ERMAN; a.g.e., s.46.

⁴⁸⁷ TOPÇU; a.g.e., s.109.

⁴⁸⁸ HAFIZOĞULLARI, Zeki; ÖZEN, Muharrem; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Topluma Karşı Suçlar, 3. Bası, US-A Yayıncılık, Ankara 2017, s.410.

unsurlarını ve fonksiyonlarını eksiksiz ve verimli bir şekilde yerine getirmesi; marka hakkı sahibinin, markanın kendisine sağladığı hak ve menfaatlerinin korunması, bunun yanında kamu sağlığının da korunmasıdır.

Bu kapsamda, marka suçları ile korunmak istenen hukuksal değer, işletmenin mal ya da hizmetlerini ayırt etmeye yarayan markanın hak sahibine sağladığı ekonomik değer bizzat kendisidir⁴⁸⁹. Bunun yanında ekonomik ve ticari hayatın işleyişi dikkate alındığında hak sahibinin kişisel menfaati yanında kamu sağlığı ve güveni de hukuksal bir değer olarak korunmaktadır⁴⁹⁰. Kamu sağlığı ve güveni genel anlamda ekonomik düzeni ifade etmekle birlikte özelde tüketicinin, diğer bir anlatımla ekonomik düzenin en önemli aktörü olan ve tüketici olarak nitelendirilen her bir bireyin hak ve menfaatlerini korumaktır.

Burada özellikle belirtmek gerekir ki SMK'nın marka suçlarını düzenleme şekli, korunan hukuksal menfaatin tüketicinin hakları ve iradesi, kamu sağlığı ve güvenliği olduğunu ifade etmeyi oldukça güçleştirmektedir. Doktrinde, özellikle marka taklitçiliği suçlarında tüketiciyi aldatarak satışın zor olduğu; tüketicilerin artık taklit markaları, taklit olduğunu bilerek tercih ettiklerini bundan dolayı da tüketicinin korunmasının anlamsız olduğu değerlendirilmektedir⁴⁹¹. Hatta bu görüşün kanıtının da SMK'nın tam da kendisi olduğu; marka suçlarında şikâyet hakkının sadece tescilli marka hakkı sahibine tanındığı, tüketicilerin mağdur olarak kabul edilmediği ve şikâyet haklarının olmadığı savunulmaktadır⁴⁹².

Kanaatimizce, bu suç tipinde görünürde ekonomik bir değer olan markanın sahibine sağladığı hak korunuyor ise de asıl korunmak istenen menfaat kamu güveni ve ticari faaliyetlerdeki güven ve dürüstlük kurallarına tabi olan kamusal menfaatlerdir. Bu suçu işleyen fail aslında hukuken korunan bir marka hakkına sahip olmadığı halde kendisini o markanın sahibi olarak göstererek, kendisine ait olmayan marka üzerinden suç olarak düzenlenen fiilleri işleyerek tescilli marka hakkı sahibinin ticari haklarına zarar vermekle

⁴⁸⁹ BAŞBÜYÜK; 2014 a.g.e., s.86-87.

⁴⁹⁰ Marka hakkına tecavüz fiiliyle korunmak istenen yararın hem marka sahibi hem de kamu yararı olduğuna dair benzer görüş için bkz. DONAY/ERMAN; a.g.e., s.46.

⁴⁹¹ ÇETİNTÜRK; a.g.e., s.400-401-402, aynı yönde KESKİN; a.g.e., s.22.

⁴⁹² Çetintürk'e göre marka taklitçiliği suçunun soruşturulması şikâyete bağlı olarak düzenlenmiş olması, iddiasının kanıtıdır. Ayrıca yazara göre, kanun koyucu bu suçların kamusal tarafını dikkate almamıştır; aksi halde resen soruşturma açılabilmesi ya da en azından şikâyet hakkının genişletilmiş olması gerekirdi. Yazar bu yanıltan dönüşüme gerektiği keza marka suçlarının ceza normu olarak düzenlenmesinde korunan kamusal menfaatlerin de bulunduğu bu yönüyle suçun bazı işleniş biçimlerinin şikâyete bağlı olmaktan çıkartılması gerektiğini de ifade etmektedir. ÇETİNTÜRK; a.g.e., s.402.

birlikte tüketiciyi yani kamuyu yanıltmakta ve söz konusu malın tüketici nezdinde markalı olmasına dayalı oluşan güveni zedelemektedir⁴⁹³.

Yasal düzenleniş şeklinden korunan hukuksal menfaatin sadece tescilli marka hakkı sahibinin menfaatleri olduğu gerçeğinden hareketle, marka suçlarının kamusal zararlarından dolayı en azından ihlallerin niteliklerine göre bazılarının şikâyet şartına tabi olmasından ziyade resen soruşturma ve kovuşturmaya uygun hale getirilmemiş olması bir eksiklik olarak değerlendirilmektedir⁴⁹⁴.

V “İktibas veya İltibas Suretiyle Tecavüz” Suçu

A- Suçun Kanuni Hükmü

Kısaca marka taklitçiliği suçu olarak ifade edilen suç tipi⁴⁹⁵, Mülga 556 sayılı KHK’nın 61/A (değişik 21.01.2009-5833 sayılı Kanun md.3) maddesinin ilk fıkrasında bulunan metne eklenen birkaç seçimlik hareket dışında SMK’nın 30/1 fıkrasına aynen alınarak korunmuştur. Maddenin ilk fıkrasında düzenlenen suç tipine göre, “başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal üreten veya hizmet sunan, satışa arz eden veya satan, ithal ya da ihraç eden, ticari amaçla satın alan, bulunduran, nakleden veya depolayan” kişi, bu suçun faili olacak ve yaptırıma tabi tutulacaktır.

Kanun koyucu madde metninde, kanunun diğer maddelerinde belirtilen tüm tecavüz şekillerini değil sadece iktibas veya iltibas suretiyle gerçekleştirilen tecavüz fiillerini cezalandırmayı tercih etmiştir. Cezalandıracağı bu fiilleri de kazuistik yöntemle belirleme yoluna gitmiştir. Bu fiiller iktibas ya da iltibas suretiyle gerçekleşen mal üretmek veya hizmet sunmak, satışa arz etmek veya satmak, ithal ya da ihraç etmek, ticari amaçla satın almak, bulundurmak, nakletmek veya depolamak olarak sınırlandırılmıştır.

Kanun koyucunun başkasına ait bir marka hakkına tecavüzün iktibas veya iltibas suretiyle gerçekleşmesi arasında bir fark gözetmeyerek tek bir madde içerisinde düzenleme yapmayı tercih etmiştir⁴⁹⁶.

⁴⁹³ Aynı yönde AYDIN; a.g.e., s.684.

⁴⁹⁴ Aynı yönde ÇETİNTÜRK; a.g.e., s.402, BAŞBÜYÜK; a.g.e., s.84.

⁴⁹⁵ Marka taklitçiliği kavramı “counterfeiting” teriminden gelmektedir. TRİPS 51. maddesinin14. dipnotundaki tanımdan hareketle tescilli bir markanın aynısı (identically) ya da ayırt edilemeyecek derecede benzerini (indistinguishable) kullanarak mal ya da hizmet üretmek marka taklitçiliği olarak tanımlanmaktadır. Normalde karıştırma tehlikesi (likelihood confusion) bu kapsamda değerlendirilmemekle birlikte kanun koyucu iktibas veya iltibas arasında cezalandırma yönünden bir ayırım gözetmediğinden terim olarak marka taklitçiliği suçu içerisine karıştırma ihtimali yaratacak derecede benzer (likelihood confusion) kullanımları da dahil edilmiştir.

⁴⁹⁶ 551 sayılı Markalar Kanunu ile başlayan bu bilinçli tercih neticesinde bir markanın aynısının ya da benzerinin kullanılması ceza yönünden bir fark oluşturmamaktadır. Bu sebeple artık tecavüz edilen markanın aynısının ya da bir benzerinin kullanılmasının pratik anlamda bir önemi kalmamıştır. Mülga Nizamnamenin 14 ve 15.

B- Fail ve Mağdur

1- Fail

TCK'nın 37. maddesi kanuni tipteki fiili gerçekleştirenin fail olduğunu ifade etmektedir. Ceza hukuku sadece insan davranışlarını fiil olarak konu edindiğinden fail de ancak insan olabilir⁴⁹⁷.

Ceza kanunlarında tanımlanmış olan suçlar kural olarak herkes tarafından işlenebilir. Kanunda açıkça “kimse, bir kimse, her kim, kişi” gibi ifadeler kullanılarak tanımlanan suçlar herkes tarafından işlenebilen suçlardır⁴⁹⁸. SMK 30. maddesinde bu suç için “...kişi...” ifadesi kullanılarak bu suçun herhangi bir kişinin işleyebileceğini belirlemiştir. Dolayısıyla bu suçun faili herkes olabilir. Kanunda tanımlanan fiilin ticari faaliyet içerisinde işlenmesi yeterli olup failin esnaf, tacir, işletme sahibi gibi herhangi bir sıfatı veya özelliği olması gerekmez. Ayrıca bu suçu bir kişinin ya da birden fazla kişinin birlikte işlemesi açısından, örgüt kapsamında işlenen suçlar kapsamında hükümler saklı kalmak üzere, belirlenen bir fark bulunmadığından bu suç çok failli bir suç değildir.

Suç tanımında geçen “ticari amaçla”⁴⁹⁹ ifadesi failin yalnızca tacir olabileceği şeklinde algılanmamalıdır. Buradaki ticari amaç ifadesi failin kastını ortaya koyan bir durumdur. Dolayısıyla bu suçun özgü suç olarak nitelendirilmesi imkanını vermez. Ayrıca belirtmek gerekir ki ticari amaç ifadesindeki “ticari” ifadesini TTK anlamında ticari işletme kavramıyla karıştırmamak gerekir⁵⁰⁰. Buradaki “ticari” kavramı işletme belirtmek amacıyla değil “kazanç sağlamak, gelir elde etmek” anlamlarında kullanılmıştır.

maddelerinde bu konuda bir ayırım yapılmış ve markanın aynen kullanılması daha ağır cezalandırılmıştır. DONAY/ERMAN; a.g.e., s.53.

⁴⁹⁷ Özgenç'e göre fiil iradi insan davranışdır. Fiil ile hareket arasındaki fark; fiil ancak insana izafe edilen bir davranış iken hareket ile insan arasında zorunlu bir bağ bulunmamaktadır. İnsan davranışına fiil özelliği kazandıran şey bunun bir irade ürünü olmasıdır. Fiilin iradi insan davranışı olduğuna dair bkz. ÖZGENÇ; 2019 a.g.e., s.166 vd.

⁴⁹⁸ İÇEL, Kayıhan; SOKULLU AKINCI, Fusun; ÖZGENÇ, İzzet; MAHMUTOĞLU, Fatih S.; ÜNVER, Yener; İÇel Suç Teorisi 2. Kitap, Yeniden Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2000, s. 90.

⁴⁹⁹ Çetintürk “ticari amaçla” ifadesinin suç tanımına göre sadece satın alma, bulundurma, nakletme veya depolama” seçimlik hareketlerinin gerçekleşme şekli olarak ifade etmekte ise de eksik olarak nitelendirilebilecek bu yorum kanun metninin yazım şeklinden kaynaklanmaktadır. Ticari amaçla ifadesinin kullanıldığı yere dikkat edilirse satın alma bulundurma, nakletme veya depolama fiillerini nitelemektedir. Kanun koyucu burada kişisel amaçla satın alma bulundurma, nakletme veya depolama ile ticari amaçla satın alma bulundurma, nakletme veya depolama fiillerini birbirinden ayırt etmek ve ticari amaçla satın alma bulundurma, nakletme veya depolama fiillerini cezalandırılabilir olarak düzenlemek üzere bilinçli bir tercihte bulunmuştur. Yoksa marka haklarına tecavüz suçlarının tamamı kural olarak “ticari amaçla işlenmektedir. TRIPS de 61. maddesinde, üye devletlere uymaları için belirlediği asgari ölçüde ceza düzenlemeleri için “...en azından, ticari ölçekte...” ifadesiyle aynı yönde düzenleme içermektedir. Çetintürk'ün yorumu için bkz. ÇETİNTÜRK; a.g.e., s.405.

⁵⁰⁰ ÇETİNTÜRK; a.g.e., s.405.

Kanun koyucu fail için herhangi bir sıfat belirlemesi de yapmamıştır. Alman Markalar Kanunu'ndaki suç düzenlemelerinde failin tacir olması suçun resen soruşturulmasına ve cezanın arttırılmasına sebebiyet verirken failin sıfatı SMK düzenlemesi yönünden böyle bir etkisi söz konusu değildir. SMK açısından failin sıfatı önemsiz gibi görünse de aslında önemlidir. Failin sıfatının önemi, hâkimin önüne gelen dosyada failin tacir olmasının suçun işlenmesini kolaylaştıracağından cezanın miktarını belirlerken üst sınırlarından belirlemesi yönünde gerekçe olması yönündendir. Tacir olan fail elindeki imkân ve kabiliyetle taklit markalı ürünleri (eczacının taklit markalı sahte ilaçları piyasaya daha rahat sürebilmesi gibi) ticarete daha kolay ve rahat konu edebileceğine dair hiç şüphe yoktur⁵⁰¹.

2- Mağdur

Mağdur terim olarak işlenen fiil nedeniyle haksızlığa uğramış kişi⁵⁰², ceza hukuku açısından doktrinde, kendisine karşı suç işlenen kişi, suçun pasif süjesi⁵⁰³, suçun konusunun ait olduğu kişi⁵⁰⁴, suçla korunan hukuksal yararın sahibi olan kişi veya kişiler⁵⁰⁵ şeklinde tanımlanabilmektedir.

SMK 3. maddesi, kanunda düzenlenen hakların korunması ile ilgili hükümlerden yararlanabilecek kişileri saymıştır. Ancak burada sayılan herkesin marka suçları açısından suçun mağduru ya da zarar göreni olmaları mümkün değildir. Maddede sayılan tescilli marka hakkı sahibi T.C. vatandaşları açısından bir sorun yoktur. T.C. vatandaşı olmayıp da Türkiye'de ikameti olup ticari faaliyetleri kapsamında tescilli bir markaya sahip olan gerçek ya da tüzel kişiler açısından da sorun bulunmamaktadır. Ancak Paris sözleşmesi veya DTÖ kuruluş anlaşması kapsamında başvuru hakkı sahipleri, marka hakları açısından SMK'da düzenlenen tüm haklardan bir maddedeki istisna dışında yararlanabilmektedirler. İstisna SMK 30. maddesinde düzenlenen marka suçları açısındandır. Kanun burada marka suçlarının cezalandırılabilmesini Türkiye'de tescilli olma şartına bağlamıştır. Diğer bir ifadeyle bu suçun mağduru ya da suçtan zarar göreni olabilmek için hakları ihlal edilen markanın Türkiye'de tescilli bir marka olması zorunludur. Dolayısıyla Paris sözleşmesi veya

⁵⁰¹ Aynı yönde BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e., s.89-90, Çetintürk bu suçun zaten genel olarak ticari hayatta işlenebilecek suçlardan olduğunu bu sebeple sadece tacir kişiler tarafından işlenmesinin suçun nitelikli hali olarak düzenlenmesi için yeterli bir neden olmadığını, zaten tekrerrür ve suçu meslek edinenler ile ilgili ceza hukuk sistemimizin gerekli ve yeterli düzenlemeler yaptığını ifade etmektedir. ÇETİNTÜRK; a.g.e., s.406.

⁵⁰² “Mağdur” kelimesinin Türk Dil Kurumu sözlüğündeki tanımı için bkz. <https://sozluk.gov.tr/>.

⁵⁰³ ÜNVER; a.g.e., s.140 vd.

⁵⁰⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ; a.g.e., s.114.

⁵⁰⁵ ARTUK/GÖKCEN; a.g.e., s.303; ÖZGENÇ; 2019 a.g.e., s.206.

DTÖ kuruluş anlaşması kapsamında başvuru hakkı sahipleri ancak markalarını Türkiye’de tescil ettirmiş olurlarsa bu suçun mağduru veya suçtan zarar göreni olabilirler. Aksi taktirde şikâyet hakları bulunmamaktadır. Karşılıklı prensibi kapsamında SMK’daki diğer haklardan yararlananlar için de benzer durum geçerli olup ancak Türkiye’de tescilli marka hakkı sahipleri SMK kapsamında cezai korumadan yararlanacaktır.

Markayı lisans sözleşmesi kapsamında kullanan lisans sahibinin durumunu da tespit etmek gerekir. Marka üzerinde lisans sözleşmeleri ile kullanım haklarını elde eden gerçek ya da tüzel kişilerin, suçun mağduru ya da suçtan zarar gören vasfına haiz olup olmadıkları hususu SMK’nın “lisans alanın dava açması ve şartları” başlıklı 158. maddesindeki hükümlere göre belirlemek yerinde olacaktır. Bu maddeye göre sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, inhisari lisansa sahip olan kişi, üçüncü şahısların, kullanma yetkisine haiz olduğu sınai mülkiyet hakkına tecavüz etmesi halinde, asıl hak sahibinin açabileceği tüm davaları kendi adına açabileceği düzenlenmektedir. Bu düzenleme ile marka lisans sözleşmesi yaparak münhasır yetki ile lisans alan gerçek ya da tüzel kişi marka sahibinin açabileceği tüm davaları kendi adına açabileceği gibi mağdur ya da suçtan zarar gören sıfatıyla şikâyet hakkını da kullanabilecektir.

C- Suçun Maddi Unsuru

Suçun maddi unsurları olarak anlaşılması gereken ilk şey, fiilin ceza normu barındıran kanunda yazılı tanıma uygun olmasıdır. Eğer eylem, kanundaki tanıma uymamaktaysa, bünyesinde bütün suç unsurlarını toplamış olsa bile suç sayılmaz⁵⁰⁶. Bu başlık altında suçun konusu ve suçu oluşturan fiil incelenecektir.

1- Suçun Konusu

Suçun maddi konusu; hareketin yöneldiği eşya veya şahsın fiziki, maddi yapısı, bünyesi⁵⁰⁷, üzerinde suç un meydana geldiği şey veya kişi⁵⁰⁸, suçun cismini teşkil eden kişi veya şey⁵⁰⁹, tipe uygun hareketin üzerinde gerçekleştiği maddi şey ya da kişi⁵¹⁰, suçun üzerinde işlendiği insan yada obje⁵¹¹, fiilin nesnesini oluşturan ve tipik davranışın üzerinde gerçekleştiği ve maddi varlığı olan şey⁵¹², hareketin yöneldiği kişi yada şey⁵¹³ daha geniş bir

⁵⁰⁶ ALACAKAPTAN; a.g.e., s.29.

⁵⁰⁷ ÖZGENÇ; 2019 a.g.e., s.203.

⁵⁰⁸ EREM/DANIŞMAN/ARTUK; a.g.e., s.236.

⁵⁰⁹ DÖNMEZER/ERMAN; C. I a.g.e., s.333.

⁵¹⁰ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ; a.g.e., s.196.

⁵¹¹ CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT; a.g.e., s.232.

⁵¹² ÖZTÜRK/ERDEM; a.g.e., s.174.

⁵¹³ HAKERİ; a.g.e., s.148.

ifadeyle kanuni tanımdaki hareketin yöneldiği, suçun üzerinde icra edildiği kuşunun fiziki, maddi yapısı veya şey⁵¹⁴ şeklinde tanımlanabilmektedir.

Marka suçlarında suçun maddi konusu marka suçunun yöneldiği, tipik davranışın üzerinde gerçekleştiği markayı oluşturan ayırt edici işaretin kendisidir⁵¹⁵. Ancak ayırt edici işaretin suçun konusu olabilmesi için bir ürünün üzerinde ya da bir hizmeti somut olarak nitelendirmek üzere kullanılması gerekir⁵¹⁶.

Bir suçun işlenmesi suçun konusu üzerinde ya bir zarar oluşturur ya da zarar tehlikesi yaratır. Buna göre suçlar zarar suçu-tehlike suçu olarak ayrıma tabi tutulur. Suçun, kanuni tipteki fiilin sonucu suçun konusunun zarara uğramasıyla zarar suçu; suç fiillerinin daha zarar doğmadan suçun konusunu etkilemeye yönelik tehlike oluşturmaları ile tamamlanan suçlar da tehlike suçu olarak nitelendirilir. Tehlike suçlarında zararın önlenmesi amacıyla suçun konusunun tehlikeye sokulması cezalandırılmaktadır. Böylece toplum açısından önemli hukuki değerlerin daha zarar gelmeden etkin bir şekilde korunması amaçlanmıştır.

Marka hakkına tecavüz suçu bir tehlike suçu olarak düzenlenmiştir. Suçun tipikliğinde tecavüz eylemlerinin zarar yaratıp yaratmadığının önemi yoktur. İktibas suretiyle tecavüz fiilinde, aşağıda ayrıntılı açıklanacağı üzere, aynı işaretin aynı mal veya hizmette kullanılmasıyla suç tamamlanmış olacağından marka hakkına iktibas suretiyle tecavüz suçu soyut tehlike suçudur. Dolayısıyla hâkim somut olayda suçun konusu üzerinde somut bir tehlike oluşup oluşmadığına bakmaksızın fiilin gerçekleşmesiyle suçun tamamlandığına hükmedip kararını verecektir.

⁵¹⁴ ARTUK/GÖKÇEN; a.g.e., s.307.

⁵¹⁵ Başbüyük, suçun konusunun cismani bir yapısı olması gerektiği görüşüne katılmadığını, cismani bir varlığa sahip olmasa bile hukukun kendisine varlık olarak değer biçtiği şeylerin de suçun konusu olabileceğini, nitekim hukuk düzeninin gayri maddi bir mal varlığı olarak kabul ve himaye edilen markanın da bunlardan birisi olduğunu; dolayısıyla marka hakkının soyut olduğunu suçla korunan hukuki değeri ifade ettiğini, bir işaret olarak dış dünyaya yansıyan tescil edilebilen baskı yoluyla ifade edilebilen fakat cismani varlığı bulunmayan markanın ise somut olduğunu ve marka hakkını ihlale yönelik fiillerin konusunu teşkil ettiğini belirtmektedir. Bu görüşe tam olarak katılmak mümkün değildir. Aslında kendi ifadesinde de vücut bulan marka haklarına yönelik suçların somut konusu marka hakkının kendisi değil o markayı nitelendiren ayırt edici işaretin kendisidir ve somut olduğu şüphesizdir. Başbüyük'ün de belirttiği gibi ayırt edici işaret, bir ürünle, birlikte kullanıldığında suçun konusunu oluşturmaktadır. Başbüyük'ün görüşü ile ilgili bkz. BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e., s.92-93.

⁵¹⁶ Yenidünya-İçer, suçun konusunun tescilli bir marka olduğunu belirtmekte, tescilli marka altında üretilen mal veya hizmetin de bu fiillerden etkilendiğini ifade etmektedir. Bu sebeple marka hakkı ihlallerinde markanı temsil ettiği mal ve hizmetinde suçun konusu olduğunu belirtmektedir. YENİDÜNYA/İÇER; a.g.e., s.99.

İltibas suretiyle tecavüz fiillerinde iltibas fiilinin “karıştırma ihtimali” olarak kabul edilmesi⁵¹⁷ halinde karıştırma ihtimalinin bulunup bulunmadığının tespitinin gerekip gerekmediği incelenmelidir. Kabul etmek gerekir ki kanun koyucunun burada araştırılmasını istediği şey somut olayda karıştırma ihtimalinin varlığıdır, karıştırma ihtimalinin tehlikeye sebebiyet verip vermediği değil. Diğer bir anlatımla somut olayda karıştırma ihtimalinin (iltibas) varlığı, suçun tipikliği açısından yeterlidir, tecavüz edilen tescilli markayı oluşturan işaret üzerinde somut bir tehlike yaratıp yaratmadığı önem taşımamaktadır. Bu sebeple iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz fiilleri de soyut tehlike suçu olarak kabul edilmelidir⁵¹⁸.

Suçun konusunu oluşturan ayırt edici işaretten oluşan marka kavramının ne olduğu hangi işaretlerin ve unsurların markayı oluşturduğu ve hangi işaretlerin marka olarak değerlendirilebileceğinin yanıtları için marka kavramı ayrıntılı ele alınması gerekir.

a- Marka Kavramı

Marka suçlarının maddi konusu tescilli markanın bizatihi kendisi; diğer bir ifade ile marka olarak tescil edilen ayırt edici nitelikteki işaretin bizatihi kendisidir. SMK’da açık bir tanımlama bulunmakla birlikte kanunun 4. maddesinde “ Marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaretten oluşabilir” şeklinde markanın taşınması gereken özellikler belirtilmiştir. Görüldüğü gibi Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 4. maddesi marka olabilecek işaretlere ilişkin özellikleri belirtmek suretiyle dolaylı da olsa marka kavramını tanımlamıştır. Bu özelliklere göre marka bir mal veya hizmeti bir başka mal veya hizmetten ayırt etmeye yarayan işaret olarak ifade edilebileceği gibi doktrinde buna benzer çeşitli

⁵¹⁷ SMK’nın 30. maddesinin gerekçesinde iltibas kavramından kastedilen anlamın “karıştırma ihtimali olduğu” belirtilmektedir.

⁵¹⁸ Başbüyük iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz fiillerinin soyut-somut tehlike ayrımını “hayvanın tehlikeli olabilecek şekilde serbest bırakılması suçu(TCK md.177)” örnek olarak yaptığı değerlendirmede; madde içerisinde tehlike kavramı üzerinde durup, bunun somut tehlike suçu sonucuna varmak için yeterli olmadığını eylemi potansiyel olarak ortaya çıkabilecek nitelikteyse soyut tehlike suçu olarak kabul edilmesi gerektiğini belirterek; tehlikenin bir ihtimal olarak tanımlanması halinde soyut tehlike kavramının gündeme geleceğini, müşteri nezdinde karıştırma tehlikesinin potansiyel olarak karıştırılabilirliğin soyut tehlike suçu tanımlaması için yeterli olacağını ifade etmektedir. BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e., s.96.

tanımlamalar yapılmıştır⁵¹⁹.

Mülga 556 sayılı KHK’da, ortak marka ve garanti markası kavramları yanında, ticaret markası ve hizmet markası olarak iki ayrı kavramın kullanılmakta olduğu görülmektedir. Markanın doğası ve fonksiyonu gereği ticari nitelikte olması ve tabi olunan hukuki düzenlemeler açısından ürün ve hizmet markaları arasında bir farklılık bulunmadığından, mülga KHK’da ticaret markası ve hizmet markası kavramlarından bahsedilmesi yerinde değildi. Kanun koyucu da aynı kanaatte olmalıdır ki SMK’da bu iki kavrama da yer vermemiş, “marka” kavramını ürün ve hizmet markasını kapsayacak şekilde ve “ticari” oluşuna ayrıca vurgu yapmaya gerek duymaksızın kullanmıştır.

b- Markanın Unsurları

Suçun maddi unsuru marka olarak tescil edilen ayırt edici nitelikteki işaretin kendisi olduğuna göre bir işaretin marka olarak kabul edilebilmesi için barındırması gereken unsurlar önem arz eder. Marka, SMK’nın 4. maddesinde belirtildiği gibi, konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla, kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaretin varlığı halinde vücut bulacaktır. O halde bir markanın oluşabilmesi için üç unsurun varlığı gereklidir. Bu unsurlar, öncelikle bir işaretin varlığı⁵²⁰, o işaretin ayırt edici niteliğe sahip olması ve son olarak da koruma konusu anlaşılabilir biçimde sicilde gösterilebilen bir işaret⁵²¹ olmasıdır.

aa- Bir İşaretin Varlığı

SMK’nın 4. maddesinde de ifade edildiği gibi markanın madde metni içerisinde belirtilen özellikleri haiz işaretler olduğu açıktır. Dolayısıyla bir markanın hukuki anlamda

Benzer yöndeki tanımlar için bkz. YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; a.g.e., s.15 vd.; ARSEVEN; a.g.e., s.1; KAYA; a.g.e., s.13 vd.

⁵²⁰ Her ne kadar SMK madde 4 metninde açıkça bir işaretin varlığı unsurundan söz edilmiyor olsa da EUCJ’nin C- 321/03 sayılı “Dyson” kararında açıkça bu unsurun bulunması gerektiği belirtilmiştir. Kararın tam metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62003J0321:EN:HTML>.

⁵²¹ Mülga KHK döneminde markanın unsurlarından biri olarak “Çizimle görüntülenebilir veya benzer biçimde ifade edilebilir, baskı yoluyla yayınlanabilir ve çoğaltılabilir” koşulu aranmaktaydı. Bu koşul, mülga KHK’nın mehzaz metinlerden biri olan 207/2009 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü’nün dördüncü maddesinde grafik olarak ifade edilebilir “capable of being reprasanted graphically” şeklinde ifade edilen unsura karşılık olarak getirilmişti. SMK ise dayanak metin olarak 2015/2436 sayılı AB Marka Tüzüğü’nü almaktadır. 2015/2436 sayılı AB Marka Tüzüğü’nün marka olabilecek işaretler başlıklı maddesinde, daha önceki düzenlemede yer alan “capable of being reprasanted graphically” ifadesinin yerine, “being represented on the register in a manner which enables the competent authorities and the public to determine the clear and precise subject matter of the protection” ifadesini kullanmaktadır. SMK’nın marka olabilecek işaretleri düzenleyen 4. maddesinde de bu düzenlemeye paralel olarak koruma konusunun açık ve anlaşılabilir bir şekilde sicilde gösterilmesi koşuluna yer verilmiştir. 2015/2436 sayılı AB Marka Tüzüğü’nün ilgili maddesi için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L2436&from=EN>.

yani tescil edilmeden önceki hali bir işaret ya da sembolden ibarettir. Bu işaret ve sembolün tescil işlemine tabi tutularak marka halini alabilmesi için SMK belli bazı şartlar öngörmektedir. Madde metninden de anlaşılacağı üzere SMK'ya göre kişi adları, sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer şekillerde ifade edilebilen ve hatta sesler, renkler ve kokular dahi koruma konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebildikleri sürece marka olarak kabul edilebileceklerdir⁵²². Dolayısıyla denilebilir ki her marka aynı zamanda bir işarettir. Ancak bir işaret yukarıdaki özelliklere sahip olmaması halinde marka olarak nitelendirilemez.

Mülga KHK döneminde, bir işaretin marka olarak kabul edilebilmesi için “işaretin çizimle görüntülenebilmesi⁵²³ ve baskı yoluyla çoğaltılabilmesi” de aranmakta iken, SMK'da artık bu unsurun aranmadığını görmekteyiz. Bu iki metinde, markanın unsurlarına ilişkin bu değişiklik, mülga KHK'nın mehzaz metni olarak nitelendirebileceğimiz 207/709 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü ile SMK'nın mehzaz metni olarak kabul edebileceğimiz 2015/2436 sayılı AB Marka Tüzüğü'nde konuya ilişkin düzenleme farklılığından kaynaklanmaktadır.

Markayı oluşturan işaretin, diğer bazı fikri ve sınai haklarda olduğu gibi yeni ve eşsiz bir işaret olması ve hatta fikir ve sanat eserlerinde olduğu gibi eser sahibine ait özellikleri barındırması gerekli değildir. Buradaki tek önemli unsur söz konusu işaretin ayırt edici olmasıdır. Ayırt edicilik unsuru, kullanılan işaretin markanın kullanıldığı ürün ya da hizmetin içeriğine ya da niteliğine uzak olmasıyla daha güçlü ve belirgin hale gelmektedir. Yani marka kullanıldığı ürün veya hizmetten ne kadar uzak ise o kadar kuvvetli olur. Aynı şekilde marka için seçilen işaret ürünü ya da hizmeti ne kadar çağrıştırıyor ve ifade ediyorsa

⁵²² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. YASAMAN, Hamdi; “Marka Olabilecek İşaretler”, Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları, C. II, Vedat Kitapçılık, Kasım 2005, s.3 vd.

⁵²³ 207/2009 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü'nün dördüncü maddesinde çizimle görüntülenebilme kavramı “capable of being reprasanted graphically” olarak ifade edilmektedir. Mülga KHK'da bu düzenlemeye paralel olarak bir işaretin marka olabilmesi için çizimle görüntülenebilmesi gerektiği düzenlemesi yer almasına rağmen, TÜRKPATENT tarafından, o dönem için, 2011 yılında hazırlanan Marka İnceleme Kılavuzu'nun “ayırt edicilik” başlıklı 1.1 maddesinin birinci fıkrasında “...Baskı yoluyla yayınlanabilme ve çoğaltılabilme 5 inci maddede belirtilen bir şart olmakla birlikte grafik gösterim şartının yerine getirilmesi halinde bu şartın da sağlandığı kabul edilir. Dolayısıyla, KHK'nın 5 inci maddesine göre mal ya da hizmetleri ayırt etme niteliğini haiz olan ve grafik gösterimi mümkün olan her türlü işaret marka olabilir” düzenlemesini içermekteydi. Bu düzenlemeye istinaden, mülga KHK döneminde de ses ve kokunun marka olarak kullanımına ilişkin olarak, sesin notalarla ifade edilebilmesi ve kokunun kimyasal formüllerle tanımlanabilmesi nedeniyle ses ve kokunun “grafiksel olarak ifade edilebildiği” için marka olabilecekleri kabul edilmekteydi. Marka inceleme kılavuzunun tam metni için bkz. http://www.turkpatent.gov.tr/dosyalar/haber/Marka_Karar_Kriteri_TR.pdf.

marka o kadar etkisizleşiyor demektir. Daha da ötesi marka için kullanılan işaretin ürünle özdeşleştiği noktada artık markanın ayırt edici gücünün ortadan kalktığı kabul edilir⁵²⁴.

Bir işaretin marka olabilmesi için, işaretin içeriği hakkında herhangi bir sınırlama olmamasına rağmen, kullanılacak işaretin bir bütünlük arz etmesi gerekir. Bütünlükten anlaşılması gereken tek bir bakışta işaretin fark edilebilir ve bir bütün olarak algılanabilir olmasıdır. Eğer tüketici tarafından o işaret, ilk bakışta veya kısa sürede değil de kısa olarak nitelendirilemeyecek uzunlukta bir süre boyunca düşünme veya inceleme gereği duyularak anlaşılıyor ise bütünlükten söz etmek mümkün değildir. Aynı şekilde birden çok cümleden oluşan paragraf şeklinde bir yazı ya da onlarca renk kombinasyonları bir arada kullanılarak oluşturulan bir işaret bütünlük arz etmeyeceğinden, bu tür işaretler de marka olarak değerlendirilemeyecektir. Bütünlüğü olmayan bir işaretin sınırlarının ve kapsamının da tespit edilmesi mümkün olmadığından, böyle bir işaretin ayırt edicilik niteliği de tartışmalı olacak ve marka olabilmek için gerekli nitelikleri taşımayacaktır⁵²⁵.

bb- Ayırt Edicilik Unsuru

Bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için SMK'nın 4. maddesinde belirtilen işaretlerden biri olmasının yanında o işaretin ayırt edicilik niteliğine sahip olması gerekir. Markanın tanımından da anlaşılacağı üzere bir işaretin marka olmasını sağlayan en temel unsur kullanılacağı malın ya da hizmetin diğer mal veya hizmetlerden ayırt edilmesini sağlayıcı niteliğidir. Bir işaret, ayırt edici niteliğine bağlı olarak diğer işaretlerden farklılık arz eder. Marka olarak seçilen işaretin ayırt ediciliğinden söz edebilmek için, toplumun ilgili kesimince üzerinde çok fazla durmaksızın, kısa bir bakış ile üzerinde kullanıldığı mal ile bağlantısının yeterli ölçüde kurulabilmesini sağlaması gerekir. Ayırt edicilik doğrudan doğruya mal ya da hizmetin niteliklerini göstermek olarak algılanmamalıdır⁵²⁶. Önemli olan

⁵²⁴ YASAMAN, Hamdi; "Marka Olabilecek İşaretler", I. İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, 5-6 Mayıs 2005, s.135.

⁵²⁵ Alman Patent Mahkemesi bira markası olarak tescili istenen beş Çin harfinden oluşan bir işaretin tanınabilir olmadığı, dolayısıyla bütünlük özelliği taşımadığı için marka olarak nitelendirilemeyeceği kararı vermiştir. Bu kararda mahkeme, farklı ama benzer beş Çin harfinden oluşan başka bir işaretle söz konusu işaretin birbirinden ayırt edicilik anlamında farkının anlaşılamayacağı bundan dolayı da bütünlük arz etmediği kararına varmıştır. Naklen DOĞAN, Beşir Fatih; "Türk, Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu", FMRH Dergisi, C. 6, S. 2006/3, s.25.

⁵²⁶ TÜRK PATENT tarafından 2011 yılında hazırlanan Marka İnceleme Kılavuzu'nun "ayırt edicilik" başlıklı 1.1 maddesinin son fıkrası "Bir işaretin ayırt edicilik işlevi ile tanımlayıcılık işlevi arasında doğrusal bir ilişki bulunmakla birlikte bir işaretin tanımlayıcı olmaması ayırt edicilik işlevine sahip olduğunun bir göstergesi değildir" düzenlemesi ile bu hususu ortaya koymaktadır. Marka İnceleme Kılavuzunun tam metni için bkz. http://www.turkpatent.gov.tr/dosyalar/haber/Marka_Karar_Kriteri_TR.pdf.

işaret ile mal arasında ürünün kaynağı, garantisi ya da diğer ürünlerden ayırt edilmesini sağlayan bir bağ kurulması ve bunun marka olarak algılanabilmesidir.

Ayırt edicilik marka türleri açısından herhangi bir değişiklik göstermemektedir. Marka sözcüklerden, kelimelerden, işaretlerden ya da sayı, harf ve hatta ses, koku, renk ve tattan oluşabilir. Her tür markada markanın içeriği fark etmeksizin aynı oranda ve aynı şekilde ayırt edicilik unsuru aranmaktadır⁵²⁷.

Ayırt edicilik somut ve soyut ayırt edicilik olarak ikili bir ayrıma tabi tutulabilir. Bunlardan soyut ayırt edicilik, bir teşebbüse ait mal ve hizmetlerin diğer mal ve teşebbüslerin mal ve hizmetlerinden ayırt edilebilme kabiliyetine sahip olma olarak tanımlanabilir. Diğer taraftan somut ayırt edicilik ise tescili talep edilen mal ve hizmetlerin diğer mal ve hizmetlerden ayırt edilebilmesi niteliğidir⁵²⁸. SMK'nın 5. maddesinin 1-b bendinde ayırt ediciliğin bulunmaması mutlak ret sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu madde hükmünde ayırt ediciliğin somut ya da soyut hali bir arada değerlendirilerek aralarında bir fark gözetilmemektedir. Bu farkın gözetilmemesinin en önemli sonucu soyut ayırt edici niteliği bulunmasa dahi bir işaretin kullanım neticesinde ayırt edici güç kazanması halinde marka olarak tescil edilebilme yolunun açılmasıdır⁵²⁹.

Bir işaretin bütünlük arz etmesi o işaretin ayırt ediciliği için önemli bir kavramdır. Bütünlük, herhangi bir sınır olmaksızın çeşitli kombinasyonlardan oluşabilen marka olacak işaretlerin hedef tüketici grubu tarafından çok fazla inceleme ve uzun süre bakma gereği hissetmeden, bir bütünlük içerisinde algılanabilir olmasını ifade etmektedir. Bu tipte bütünlüğü olmayan bir işaretin sınırlarının ve diğer işaretlerden farkının tespit edilmesi zor olacağından ayırt ediciliğinden de söz edilemeyecektir. Bütünlüğü, dolayısıyla ayırt ediciliği olmayan bir işaretin de kullanım suretiyle ayırt edici nitelik kazanması mümkün değildir⁵³⁰.

Bir işaret, ilk seçildiği sırada ayırt edici niteliğe sahip olmasa da zamanla kullanıldığı piyasada, piyasanın ihtiyaç, talep ve hatta bakış açısı değişikliklerinden etkilenecek ayırt edicilik niteliğine sahip hale gelebilir. Dolayısıyla ilk başta ayırt edicilik

⁵²⁷ ÇOLAK; 2012 a.g.e., s.20.

⁵²⁸ Avrupa Birliği Adalet Divanı, 2007 tarihli Henkel v OHIM kararı ve 2008 tarihli Eurohypo v OHIM kararında markanın ayırt edici niteliğe sahip olduğunun kabulü için markanın tescile konu ürünü diğer işletmelerin ürünlerinden ayırır hale gelmiş olması, ürünün o işletmeye ait olduğunu belirleyerek kaynak gösterme fonksiyonunu yerine getirmesi gerektiğini vurgulamıştır. ÇELİKEL, Deniz; Marka Hukukunda Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) Kararları ve Yorumu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s.13.

⁵²⁹ DOĞAN; 2006/3 a.g.m., s.16.

⁵³⁰ DOĞAN; 2006/3 a.g.m., s.25.

niteliği bulunmadığından marka olma niteliğine sahip olmayan bir işaret, zamanla kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanarak marka olarak tescil edilebilir hale gelecektir. Örneğin soyut renklerin ya da standart renklerin kullanım öncesi ayırt edici güçlerinin kural olarak bulunmadığı kabul edilir⁵³¹. Ancak bu tip işaretler zamanla kullanım yolu ile ayırt edicilik kazanabilmektedirler.

Marka olarak tescil edilmek istenen işaretin kullanım sonucu ayırt edicilik kazanması durumu, SMK'nın marka tescilinde mutlak ret sebeplerini düzenleyen 5. maddesinin ikinci fıkrasında, maddenin 1. fıkrasının “b”, “c” ve “ç” bentlerinde sayılan ret sebepleri açısından bir istisna olarak düzenlenmiştir. İlgili fıkarda, tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescili istenen mal ya da hizmetlerle ilgili söz konusu işaretin kullanım sonucu ayırt edici bir nitelik kazanması halinde, 5. maddenin 1. fıkrasının “b”, “c” ve “ç” bentlerine göre normal şartlarda reddedilmesi gereken tescil başvurusunun reddedilemeyeceği belirtilmektedir⁵³².

Bu istisnadan yararlanabilmek için bir işaretin, belli bir mal ya da hizmetle ilgili

⁵³¹ Alman Federal Mahkemesi'nin önüne gelen konuya ilişkin verdiği kararda, “...Marka olarak tescili istenen soyut bir renk mal veya hizmet edimlerinin menşei olarak işletmeyi işaret ediyorsa bu soyut renk markasından doğan hak, rengin başkası tarafından kullanılması ile ihlal edilmiş olacaktır. Bir ürünün paketi üzerinde kullanılan renk ilgili marka çevrelerinin mevcut anlayışına göre kural olarak menşei olan işletmeyi işaret etmez. Fakat dava konusu olay bu duruma istisna teşkil etmektedir. Çünkü lila renginin ilk derece mahkemesi tarafından “Milka” markasına ait olduğu ve kullanma neticesi oldukça kuvvetli bir ayırt edicilik gücü kazandığı tespit edilmiştir. Ayrıca temel renk olan lila renginin Milka markalı çikolata paketlerinde temel ve genel ayırt edici unsur olduğu belirlenmiştir...” demek suretiyle başlangıçta ayırt edicilik unsuruna sahip olmayan bir işaretin sonradan kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanabileceği hususuna vurgu yapmıştır. Karar metni ve kararın incelemesiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞAN, Beşir Fatih; “Soyut Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği; Alman Federal Mahkemesi'nin Lila Renk Markasına İlişkin Kararı”, FMRH dergisi, C. 5, S. 2005/4, s.35 vd.

⁵³² SMK'nın mutlak ret sebeplerini düzenleyen 5. maddesinin “b” bendi herhangi bir ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretlerin, “c” bendi ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin sunulduğu zamanı gösteren veya malların ya da hizmetlerin diğer özelliklerini belirten işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretlerin, “ç” bendi ise aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş ya da daha önceki tarihte tescil başvurusu yapılmış marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretlerin marka olarak tescil edilemeyeceğini ifade etmektedir. İlgili madde metni için bkz.

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6769&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>

Mülga KHK'nın yedinci maddesinin son fıkrasında kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanılmasının mutlak ret sebeplerine istisna teşkil etmesine ilişkin olarak “a” atfı yapılmasının, “a” bendinin gönderme yaptığı beşinci maddenin yapısı gereği hatalı olduğu ileri sürülmektedir. Bu hususun gerekçesi olarak beşinci maddede marka olabilecek işaretlerin tanımlaması yapılar iken çizimle görüntülenenebilme, benzer şekilde ifade edilebilme ölçütlerini taşımayan ya da bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini diğer bir teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt edemeyen bir işaretin, ne kadar kullanılırsa kullanılsın bu niteliği kazanmasının mümkün olmadığı ifade edilmekte, grafiksel temsil unsurunu barındırmayan bir işaretin kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanmasının ve bu yolla mutlak ret sebeplerine istisna teşkil edemeyeceği belirtilmektedir. Söz konusu görüş için bkz. DOĞAN, Beşir Fatih; “Marka Hukukunda Kullanım Sonucunda Ayırt Edici Güç Kazanma”, Batıder, 2007, C. XXIV, S. 11, s.221 vd.

uzun süreli ve yoğun bir reklam faaliyetiyle birlikte, o mal ya da hizmetle ilgili çevrede söz konusu mal ya da hizmetle özdeşleşerek belli bir işletmenin markası olarak genel kabul görmeye başlaması gerekir⁵³³. Bu genel kabulün varlığının tespiti için söz konusu işaretin coğrafi olarak kullanım yaygınlığı, yoğunluğu ve süresi göz önünde bulundurulmalıdır⁵³⁴. Söz konusu genel kabulün, normalde ayırt edicilik niteliği bulunmayan bir işaretin ürün ismi ya da vasfı olarak değil de işletmenin ya da üzerinde kullanıldığı mal veya hizmetin kaynağını ifade eden bir marka halini aldığı algılamasını sağlayacak seviyeye ulaşması halinde tescili istenen işaretin ayırt ediciliği var kabul edilecek ve tescil başvurusu reddedilemeyecektir.

Mülga KHK döneminde, markanın hükümsüzlüğüne ilişkin 42. Maddenin son fıkrası ile tescil edilmiş olan bir markanın, tescil edilmeden önce kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanmış olması halinde hükümsüzlük iddiasında bulunulmayacağı düzenlemesini içermektedir. KHK'nın bu düzenlemesinde açıkça “tescilden önce kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanma” şartından bahsedildiğinden, tescil sırasında ayırt edicilik unsuruna sahip olmamasına rağmen bir şekilde tescil edilmiş olan ve tescilden sonraki kullanımla ayırt edicilik kazanmış bir marka için hükümsüzlükten söz edilebilmekteydi. Bu durum tescil edilmiş ve tescilden sonra olsa da kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanarak gerekli unsurları taşıyor hale gelmiş bir markanın hükümsüzlük ile karşı karşıya kalmasına yol açmaktaydı.

Mülga KHK'nın dayandığı mehzaz metinlerden biri olan 89/104 sayılı Avrupa Birliği Yönergesinin 3. maddesinin üçüncü fıkrası tescilden önceki süreçte kullanım yoluyla ayırt edicilik niteliği kazanılmış olması halinde markanın hükümsüzlüğünden bahsedilemeyeceğine dair istisnanın, tescilden sonraki süreçte kullanım yoluyla ayırt edicilik niteliği kazanılması durumunda da uygulanıp uygulanmayacağı konusunu üye devletlerin tercihine bırakmıştır. Diğer bir mehzaz metin olan 207/2009 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü'nün hükümsüzlük hallerini düzenleyen 52. maddesinin ikinci fıkrası, tescil esnasında ayırt edici niteliği bulunmadığından mutlak reddi gereken bir işaretin bir şekilde tescil edilmiş ve sonrasında kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazanmış olması halinde artık o markanın hükümsüz kılınamayacağını düzenlemektedir.

⁵³³ ARKAN; C. I a.g.e., s.83.

⁵³⁴ ÖZDİLEK, Yurdaer; “Markanın Kullanımla Ayırt Edici Nitelik Kazanması-11. Hukuk Dairesi'nin Konuya İlişkin İki Yeni Kararının Değerlendirilmesi”, Profesör Doktor Hüseyin Ülgen'e Armağan, I. Cilt Ticaret Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s.1157.

Yargıtay bu konuya ilişkin olarak önüne gelen bir davada, Avrupa Birliği mevzuatını da göz önüne alarak KHK'nın 42/son fıkrasının aynı zamanda "bir markanın tescil edildikten sonra ve hükümsüzlük davası açılincaya kadar geçen sürede kullanılması sonucunda tescil edildiği mal veya hizmetler için ayırt edici nitelik kazanmış olması halinde hükümsüz kılınmayacağı" şeklinde uygulanması gerektiğine oy çokluğuyla karar vermiş, muhalif kalan üyeler KHK'nın 42/son fıkrasının hükümsüzlük hallerine bir istisna olarak düzenlendiği ve istisna hükümlerin de dar yorumlanması gerektiği dolayısıyla tescilden sonraki kullanımla ayırt edicilik kazanılmasının burada kabul edilemeyeceğini ifade etmişlerdir⁵³⁵. Önüne gelen benzer diğer bir davada da aynı gerekçeden hareket edilerek söz konusu süreçte markanın hükümsüz sayılıp sayılmayacağı konusunda KHK'da yasal boşluk bulunduğu, bu boşluğun karşılaştırmalı hukuk ve doktrinde savunulan görüşler ile ve mevzuatta da benimsenen "kullanımla ayırt edicilik ilkesi" göz önüne alınarak doldurulması gerektiği; bir markanın tescil edildikten sonra tescil edildiği mal veya hizmetler için kullanılması suretiyle ayırt edici hale geldiğinin marka sahibince kanıtlanması halinde 42/son maddesi uyarınca hükümsüz kılınamayacağına yine oy çokluğuyla hükmedilmiştir. Muhalif üyeler ise bu konunun yasal boşluk doldurma yoluyla dahi kabul edilemeyeceği, bu kapsamda KHK'nın 7/1-a-c-d bendi kapsamında kalan işaretlerin tasviri ve herkesin kullanımına açık olması gereken işaretlerden olması nedeniyle, boşluk doldurma yoluyla markanın hükümsüz kılınamaması suretiyle hukukun genel prensiplerinden olan kötü niyetin korunamayacağı ilkesinin aşılamayacağını savunmuşlardır. Karara etki eden çoğunluk üyeler KHK 7/son fıkrasındaki istisnanın kötü niyetin varlığını dahi ortadan kaldıran bir sonuç doğurması sebebiyle marka hukukuna özgü bir durum olduğunu, aynı istisnanın tescilden sonraki kullanım ile de gerçekleşmesinin marka hukukuna aykırı bir yaklaşım olmadığını ve söz konusu yaklaşımın Avrupa Birliği Yönergesi ve Tüzüğü ile de uyumlu olduğunu vurgulamışlardır⁵³⁶.

Kanaatimizce, mülga KHK döneminde kanun koyucunun tescilden sonraki kullanımla ayırt edici niteliğin kazanılması durumunu 42. maddede sayılan hükümsüzlük hallerinin istisnaları arasında saymaması bilinçli bir tercih olmayıp kanun yapma tekniği ile

⁵³⁵ Yargıtay 11. HD 02.06.2006 tarih, 2006/3308 Esas, 2006/6634 Karar sayılı karar. Naklen ÖZDİLEK; a.g.e., s.1161.

⁵³⁶ Yargıtay 11. HD 18.06.2007 tarih, 2007/6884 Esas, 2007/9262 Karar sayılı karar. Naklen ÖZDİLEK; a.g.e., s.1162.

ilgili bir sorun, adeta bir gözden kaçırmadan kaynaklanmaktaydı⁵³⁷. SMK, getirdiği açık düzenleme ile bu tartışmaları sona erdirmiştir. SMK'nın, hükümsüzlük hallerini düzenleyen 25. maddesinde başlangıçta ayırt edicilik niteliği bulunmadığı halde tescil edilmiş olan bir markanın, hükümsüzlük talebi yapılana kadar kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanması söz konusu olmuş ise artık hükümsüz kılınamayacaktır.

cc- Anlaşılabilir Biçimde Sicilde Gösterebilir Olma Unsuru

Mülga KHK'nın, marka olabilecek işaretlerin ifade edildiği 5. maddesi, ayırt edici niteliğe sahip bir işaretin ancak çizimle görüntülenebilmesi veya benzer şekilde ifade edilebilmesi, baskı yoluyla yayınlanabilmesi ve çoğaltılabilmesi⁵³⁸ kaydıyla marka olabileceğini düzenlemekteydi.

Tescilin belirlilik ilkesinin de gereği olarak, bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için mülga KHK'da çizimle ifade edilebilme ve baskı yoluyla çoğaltılabilme koşulunun aranmasıyla sicili inceleyecek kimseler tarafından markanın ne olduğunun görülmesi amaçlanmaktaydı. Ayrıca bu düzenleme ile marka hakkına tecavüz iddiaları ile karşılaşıldığında hukuki belirlilik ve kesinliğin sağlanması amacıyla⁵³⁹, iddiaya konu markanın ne olduğunun ve iltibas ya da iktibasın varlığının tespitini sağlamak adına, markayı mevcut haliyle belirlenebilir ve kalıcı olarak ilk formuyla saklanabilir hale getirmek mümkün olabiliyordu.

Ancak çizimle ifade edilebilme ve baskı yoluyla çoğaltılabilme kavramları, ticari hayattaki rekabet içerisinde önemi gün geçtikçe artan marka konusunda, tüketicilerin ve kamunun algı ve beklentilerindeki değişiklik sonucunda kullanılan işaretlerin çeşitlenmesi,

⁵³⁷ Aksi görüş için bkz. ÇOLAK; 2012 a.g.e., s.43. Çolak, kanaatimizce bilinçli bir tercih olmaktan ziyade bir gözden kaçırma sonucu olan düzenlemenin, 2008/95 sayılı yönergenin konuya ilişkin olarak üye devletlere tercih imkanı tanımasının bir sonucu olarak kanun koyucunun bilinçli bir tercihle “tescil tarihinden önce” ifadesini net bir şekilde belirterek tescilden sonraki kullanımla kazanılan ayırt edici nitelik kapsam dışında bırakılacak şekilde yapıldığını ifade etmekte ve Yargıtay'ın yukarıda belirtilen görüşünün KHK'daki ilgili hükme açıkça aykırı olduğunu belirtmektedir.

⁵³⁸ “Çizimle görüntülenebilme veya benzer şekilde ifade edilebilme, baskı yoluyla yayınlanabilme ve çoğaltılabilme” koşulu KHK'nın 5. maddesinde marka olabilecek işaretlerin tanımlanmasında kullanılan ifadenin kendisidir. Mevzuat metinler olan gerek 40/94 sayılı markayla ilgili konsey direktifinde gerekse 207/2009 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü'nde bu koşul “capable of being represented graphically” olarak yani “grafiksel temsil imkânına sahip olma” şeklinde belirtilmektedir. Mülga KHK'ya yöneltilen eleştirilerden biri de bu konuda mevzuat metinlerde olduğu gibi “grafiksel temsil” kavramının kullanılması gerektiğine yöneliktir. Çizimle görüntülenme ve çoğaltılabilme şartlarının ses, koku, tat gibi marka olabileceği kabul edilen işaretler için uygulanmasındaki sorunlar açıktır. Kaldı ki mülga KHK döneminde, TPE tarafından 2011 yılında hazırlanan Marka İnceleme Kılavuzunda “...Baskı yoluyla yayınlanabilme ve çoğaltılabilme 5. maddede belirtilen bir şart olmakla birlikte grafik gösterim şartının yerine getirilmesi halinde bu şartın da sağlandığı kabul edilir...” düzenlemesi ile uygulamaya yönelik olarak çözüm getirilmişti.

⁵³⁹ Naklen ÇOLAK; 2012 a.g.e., s.56.

somut işaretlerin yanında soyut işaretlerin de kullanılmaya başlanmasıyla yetersiz kalmıştır. Mehzaz metinlerde grafiksel temsil yeteneği kavramının kullanılması, marka olabilecek işaretleri bir taraftan kısıtlarken diğer taraftan da bu yeteneğe sahip her türlü işareti de kapsam altına alarak marka olabilecek işaretlerin çapını genişletmekteydi. Özellikle renk, koku, tat ve ses gibi elle tutulabilir, gözle görülebilir olmayan, çizimle ifade edilemeyen işaretler açısından, grafik olarak temsil edilebilme unsuru, bu işaretlerin marka olarak tescilini mümkün kılmıştır. Reklam müziklerinin müzikal notalarla kâğıda dökülerek, müzikal olmayan seslerin de aslan kükremesi şeklinde tanımlama yoluyla ayırt edicilikleri olması koşuluyla grafik temsil yeteneğinin kazanılabileceği kabul edilmekteydi⁵⁴⁰.

Grafiksel temsil açısından özellikle görsel olarak algılanamayan koku, tat ve ses gibi işaretlere ilişkin ATAD'ın 12.02.2002 tarihinde vermiş olduğu Sieckmann kararı⁵⁴¹ konuya tam anlamıyla ışık tutmaktadır. Bu karara göre "...Görsel olarak algılanamayan işaretler, özellikle şekiller, çizgiler ve karakterler yoluyla açık, kesin, tam, kolayca ulaşılabilir, anlaşılabilir, kalıcı ve nesnel surette grafik olarak temsil edilebilmeleri kaydıyla teşkil edebilir. Koku işaretleri bakımından kimyasal formülün verilmesi, kelimelerle yapılan bir tasvir, koku örneğinin tevdiî ya da bunların birleşimi ile grafik temsilin gerekleri yerine gelmemektedir...". Kararda da ifade edildiği gibi özellikle kokularda yaşandığı üzere sadece kimyasal formülün kâğıda dökülmesi ile grafiksel temsil yeteneği sağlanamamaktadır.

Grafiksel temsil yeteneği açısından isim, sözcük, şekil, harf, rakam grubu ya da bunların birleşimlerinden oluşan işaretlerle ilgili herhangi bir sorun yaşanmamaktadır. Ancak ses, koku ve tat gibi görsel olarak algılanamayan işaretler için ise grafiksel temsil yeteneğinin varlığından söz edebilmek için, Sieckman kararında da vurgulanan, şekil, çizgi ya da karakterler yoluyla açık, kesin, tam, kolayca ulaşılabilir, anlaşılabilir, kalıcı ve nesnel surette grafik olarak temsil edilebilmeleri hususları aranacaktır.

Sieckman kararında da görüldüğü üzere çizimle görüntülenebilme şartı tescilde belirlilik ilkesini karşılaması açısından hala varlığını korumaktadır. Ancak her geçen gün gelişen ve değişen ihtiyaçlar karşısında, özellikle koku, ses gibi marka hakkı sahiplerini kısıtlayıcı ve zorlayıcı bir unsur haline gelen grafikte temsilden daha geniş kapsayıcı bir

⁵⁴⁰ CORNISH/LLEWELYN, a.g.e., s.654.

⁵⁴¹ Kararın tam metni için bkz. YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C.I a.g.e., s.159 vd. Kararla ilgili ayrıca bkz. CORNISH/LLEWELYN; a.g.e., s. 655.

tanımlama ihtiyacı belirdi. Nitekim 2017/1001 sayılı AB Marka Tüzüğü'nün⁵⁴² 4/b fıkrası marka hakkı sahibine tanınan korumanın yetkili kurumlar ve halk tarafından açık ve kesin bir şekilde saptanmasına imkân verecek şekilde sicilde görüntülenebilmesi şartıyla her türlü işaretin marka olarak kullanılabileceğini ifade ederek önceki tüzükte yer alan “grafik olarak temsil” şartından vazgeçerek daha geniş bir alan yaratmıştır⁵⁴³. Mehzaz metinlerdeki bu değişiklikler sonrası Mülga KHK'da temsil koşulu açısından “marka sahibine sağlanan korumanın çizimle görüntülenebilmesi veya benzer şekilde ifade edilebilmesi, baskı yoluyla yayınlanabilmesi ve çoğaltılabilmesi” kavramı yerine 6769 sayılı SMK, güncel gelişmelere uygun, tescil edilebilirlik koşulunu grafik temsil yerine daha geniş bir tanımlama olan “marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olma⁵⁴⁴,” biçiminde ifade etmiştir⁵⁴⁵.

Mehaz kanunlardaki değişikliklere uygun olarak yapılan düzenlemeyle özellikle ses, koku, hareket markaları gibi yeni ortaya çıkan marka türlerinin tescili kolaylaşmıştır. Bu düzenlemede tescil başvurusunda kullanılan işaretin tescili istenen markanın açık ve kesin

⁵⁴² AB Marka Tüzüğü'nün Türkçe çevirisi için bkz. PEKDİNÇER/GİRAY/BAŞ, a.g.e., s.765 vd.

⁵⁴³ 2015/2436 sayılı Avrupa Parlamentosu Konsey Direktifinin markayı oluşturabilecek işaretleri tanımladığı 3. Maddesinin b fıkrasında da AB Marka Tüzüğü'nün neredeyse aynı ifadelerle (yetkili kurumlar ve kamu tarafından marka hakkı sahibine tanınan korumanın açık ve kesin bir şekilde belirlenebilmesine imkân verecek şekilde sicilde görüntülenebilmesi şartıyla) sicilde gösterilebilir olma şartını kabul etmiştir. Konsey Direktifinin Türkçe çevirisi için bkz. PEKDİNÇER/GİRAY/BAŞ; a.g.e., s.741 vd.

⁵⁴⁴ Tekinalp, Mehaz metindeki “being represented on the register” ifadesinin Türkçe çevirisinde “sicilde gösterilebilir olma” olarak çevrilmesinin uygulamada yorum gücüyle yaratabilecek nitelikte olduğu, bunun yerine “sicilde ifadesini bulması” ya da “sicile yansıtılması” şeklinde kullanılmasının daha uygun olacağını değerlendirmektedir. Ancak bu görüşe, belirlenen kavram yerine kullanılacak “yansıma” ya da “ifadesini bulma” kavramlarının da benzer sorunlara yol açacağı ve sorunu ortadan kaldırmayacağı, mevcut seçilen kavramın en azından mehaz metindeki kavramı karşıladığı kanaatindeyiz. Diğer taraftan burada kullanılacak en doğru kelimenin “temsil edilebilir olma” olarak değerlendirilmesi daha doğru bir çeviri olurdu. Tekinalp'in görüşü için bkz. TEKİNALP; 2017 a.g.m., s.14.

⁵⁴⁵ 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun uygulama usullerine ilişkin çıkartılmış olan Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'in, marka örneğinin gösterimine ilişkin esasları düzenleyen 7. maddesinde, “açık ve kesin olarak anlaşılabilir şekilde gösterilebilme” kavramına bir nevi açıklık getirilmiş ve çeşitli marka türlerinin başvuru sırasında kurula ne şekilde ibraz edileceği, sayılanlarla sınırlı olmamak üzere belirtilmiştir. Buna göre, ses markalarında işaret elektronik ortamda dinlenebilecek ve saklanabilecek şekilde (nota ile ifade edilebilmesi mümkünse bu da başvuruya eklenecek), üç boyutlu bir marka söz konusu olacaksa işaret en fazla altı tane ve bütünlük arz edecek şekilde farklı açılardan gösterimler halinde, renk markası ise kurul tarafından kabul edilmiş olan renk kodu belirtilerek, hareket markası ise işareti oluşturan hareketi tasvir eden görüntü ya da hareketli veya hareketsiz görüntü dizisi olarak kurula sunulacaktır. Bu sayılan hususların örnek olarak belirtildiği, sınırlayıcı olmadığı aynı maddenin 6. Fıkrasında yer alan, “Bu madde hükümleri, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, yukarıda sayılanlar dışında kalan bir işaretin gösterimi hakkında da uygulanır. Bu durumda, başvuru sahibi, özellikle görüntüler, şekiller, çizgiler veya karakterler yoluyla görsel olarak gösterim, elektronik kayıt, yazılı açıklama veya uygun gördüğü başka bir gösterimi Kuruma sunar” şeklindeki düzenleme ile açıkça ifade edilmiştir. İlgili madde metni için bkz.

<https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=23528&mevzuatTur=KurumVeKurulusYonetmeligi&mevzuatTertip=5>.

olarak anlaşılabilir olması koşulunu sağlaması gereklidir.

Burada dikkat edilmesi gereken bir husus da AB Tüzüğü ve AP Direktifinden farklı olarak SMK'da açık ve kesin olarak anlaşılabilir olma koşulunun kim için olacağının belirtilmemiş olmasıdır. Mevzuat metinlerde bu durum yetkili makamlar ve kamu/halk için anlaşılabilir olma şeklinde ifade edilmiştir. SMK'da da bu hususa yer verilmesi, herhangi bir marka tescili için TÜRKPATENT'e başvuran bir müteşebbisin yapacağı araştırmada ya da sıradan bir tüketicinin hangi işaretin ne şekilde sicilde gösterildiğini açık ve net olarak anlayabilmesi açısından önemlidir. Kim için anlaşılabilir olduğunun belirtilmemesi halinde ortalama bir müteşebbis ya da sıradan bir tüketici için değil de sanki tescil için başvuru sırasında başvuru incelemesi yapacak uzmanlar için sicilde açık ve net anlaşılabilir olmanın yeterli olduğu izlenimi yaratabileceği göz önüne alınmalıdır.

c- Marka Olabilecek İşaretler

aa- Sözcükler

Herhangi bir lisanda günlük konuşma dilinden, sanattan, bilimden, teknikten anlamlı ya da anlamsız her türlü sözcük ya da söz dizileri ayırt edici olmaları kaydıyla marka olarak seçilebilir. Hatta bu sözcüklerin fantezi ya da yapay olmaları da durumu değiştirmez. Kaldı ki en net ifadesiyle bir sözcük ne kadar gerçek anlamından uzaksa ya da anlamsız ve uydurma bir kelimeyse o kadar ayırt edici özellik kazanacaktır.

Marka olarak seçilmek istenen sözcüğün en önemli özelliği ayırt edici olmasından gelmektedir. Yani seçilen bir sözcük marka olarak kullanılacağı mal ya da hizmetin belirleyen kelimelerden olmamalı zorunlu tasvir edici jenerik kelimelerden oluşmaması gerekir⁵⁴⁶. Aksi durumlarda ayırt edicilikten söz edilemeyeceğinden söz konusu sözcüğün marka olarak tescili mümkün olamayacaktır⁵⁴⁷.

Her ne kadar tasviri kelimelerden marka oluşamayacağı ifade edilse de birden çok tasviri kelime barındıran ancak dizilişleriyle ve buna bağlı ortaya çıkan yeni anlamlarıyla ayırt edici nitelik kazanan söz dizileri de marka olarak tescil edilebilecektir⁵⁴⁸.

⁵⁴⁶ ARKA; 2011 a.g.e., s.431.

⁵⁴⁷ YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C.I a.g.e., s. 69.

⁵⁴⁸ Bu konuda tasviri kelimelerden oluşan "Baby Dry" ibaresinin çocuk bezi markası olarak tescili talep edilmiş; ancak bu talep tüm çocuk bezlerinin emicilik özelliği olduğu, kaldı ki tüm çocuk bezlerinin de asıl özelliğinin çocukları kuru tutma amacıyla üretildiği bundan dolayı da söz konusu söz dizisinin tüketiciye bilgi vermekten başka bir amaca hizmet etmediği ve Baby Dry söz dizisinin ayırt edicilik özelliği bulunmadığı gerekçesiyle tescil talebi ve sonrasındaki topluluk mahkemesinde bulundukları itiraz da reddedilmiştir. Sonrasında bu karar karşı yapılarına başvuru neticesinde ATAD marka olarak tescili istenen söz dizisinin ayarı ayrı bebek bezi için karakteristik özelliklere barındırdığı tasviri nitelikte olduğu, ancak iki kelimenin bir araya getirilme şekli yani

Yabancı kelimelerin marka olarak alınması, alınan sözcüğün kullanılacağı mal veya hizmetten bağımsız, alakasız bir anlama geliyorsa ya da anlamsız uydurulmuş bir kelime olup da ayırt edici özelliğe sahipse mümkündür. Ülkemizde özellikle yabancı kelimelere genel olarak tüketici ilgisini çekme amaçlı bir yönelim söz konusudur. Özellikle ithalat ile uğraşan teşebbüslerce genelde de İngilizce sözcüklerin yaygın olarak tercih edildiği görülmektedir. Ancak burada SMK' nın bir düzenlemesi bu yönelimi sınırlar mahiyettedir. SMK'nın mutlak red sebeplerini düzenleyen 5. maddesinin 1-f fıkrasına göre seçilen işaretin tüketiciyi mal veya hizmetin üretim yeri veya coğrafi kaynağı konusunda yanıltıcı mahiyette olması halinde mutlak red sebebi olacağından, seçilen yabancı kelime mal veya hizmetin üretim yeri ve/veya coğrafi kaynağı ile ilgili kişileri yanıltacak nitelikte ise marka olarak tescil edilemeyecektir.

Yabancı kelimelerin yanında yabancı kelimeymiş gibi kullanılan bir sözcük⁵⁴⁹ de marka için tercih edilebilir. Ancak bu durumda sözcüğün kullanıldığı sektörde bilinen bir anlamı var ise veya kullanılacağı mal veya hizmeti kendi dilinde belirten bir sözcük ise o halde yine red sebebi olarak değerlendirilmesi gerekecektir.⁵⁵⁰

Markanın oluşması için sözcük sayısında bir sınırlama söz konusu değildir⁵⁵¹. Bir marka için birden çok kelimedenden de oluşabilen söz dizisi, hatta bazen de bir slogan⁵⁵²

dizilişleriyle her ne karar yeni bir kelime yaratılmasa da ortaya çıkan söz dizisinin alışılmışın dışında olduğu ve bu haliyle artık ayırt edici niteliğe sahip olduğu kararını vermiştir. Karar metni için bkz. 20.09.2001 tarih C383/99p sayılı ATAD Kararı;

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=46602&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1202590>.

⁵⁴⁹ Bu şekilde seçilen bazı kelimelere "BELLONA" örneğinde olduğu gibi marka sahibine bazen beklenmedik sorunlar da çıkartabilmektedir. Mobilya sektöründe faaliyet gösteren ve tamamen Türk olan bir firma, kendisine ait olan "BELLONA" markasının belirgin bir şekilde İtalyan markası olduğu izlenimi verdiğini ve toplumda da bu yönde bir algı yarattığını zor bir dönem geçirerek tecrübe etmiştir. Terör örgütü PKK liderinin İtalya'da bulunduğu ve Türkiye'ye iadesi istenmesine rağmen edilmediği dönemde ülke genelinde İtalyan ürünlerine karşı oluşan tepki ve boykot ilan edildiğinde Bellona markasıyla üretilen ve satılan ürünlerini ithal etmediğini yurtiçinde imal ettiğini ve tamamen Türk markası olduğunu gazetelere ilan vererek duyurmak zorunda kalmıştı. Bu konuda çıkan haberler için bkz. <http://hurarsiv.hurriyet.com.tr/goster/printnews.aspx?DocID=-49327> ayrıca bkz.; <http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalYazar&ArticleID=1073560>.

⁵⁵⁰ YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C.I a.g.e., s. 70; Yargıtay da birçok kararında bu yönde değerlendirmede bulunmaktadır. Örneğin 11.HD. T. 08.06.1999 1999/136 E. 1999/5033 K sayılı kararında; "CASA" sözcüğünün İtalyancada anonim bir kelime olduğu ve herkesçe kullanılabileceği; her iki markanın yazılışları, yazı karakterleri ve bir tarafın "C" harfi üzerindeki şekli de dikkate alındığında markaya tecavüz ve haksız rekabetin oluşmayacağı gerekçeleriyle davanın reddine hükmetmiştir. Naklen, YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL, C.I a.g.e., s. 70. Aynı dairenin benzer yönde "Pet Hospital", "Multicanal", "Florist", "Selpak Aqua", "Servismaster" gibi markalar ile ilgili de kararları da benzer yöndedir. Kararların metinleri ve ayrıntılı bilgi için bkz YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C.I a.g.e., s.70.

⁵⁵¹ 551 sayılı markalar kanunun marka olarak tescil edilemeyecek işaretler başlıklı 4/1-b maddesinde böyle bir sınırlamaya gitmişti. Bu sınırlamaya göre markanın beş kelimedenden fazla olamayacağı düzenlenmişti.

kullanılabilir. Sloganlar markalaşma ve var olan markaları daha yukarılara çekmek, adeta markayı ölümsüzleştirmek için ticari hayatta üzerine ciddi emek ve maliyetler harcanarak çokça kullanılmaktadır. SMK'nın 4. maddesinin geniş bir şekilde kaleme alınması özellikle slogan gibi söz dizilerini de marka olarak koruma altına alınmasını sağlamaktadır. Sloganların marka olarak tescil edilebilmeleri için yanıltıcı olmamaları, haksız rekabet teşkil etmemeleri, tüketicilerin duygularını istismar ederek ürünü almaya adeta psikolojik olarak zorlanmalarına yol açmayacak nitelikte olmaları ve ayırt edici olmaları gerekir⁵⁵³. Slogan içerisinde kullanıldığı ürün veya hizmetin kalitesini, coğrafi kaynağını, niteliklerini ifade eden kelimelerin bulunması ya da slogan içerisinde ürün veya hizmet adının, tasvirinin bulunması durumunda sloganın marka olarak tescili mümkün olmayacaktır⁵⁵⁴. Örneğin Efes Pilsen, markasını yeniden konumlandırma kararı aldığı 1976 yılında reklam ajansını seçmek için konkur açmış; konkura en yüksek teklifi vermesine rağmen Ajans Ada, “Bira bu kapağın altındadır” sloganıyla kazanmış ve bu slogan⁵⁵⁵ ülkemizde marka olarak iyi örneklerden biridir⁵⁵⁶.

bb- Kişi Adları

Kişi adları en yaygın kullanılan marka işaretlerindendir. Bu işaretler gerçek kişilerin ad ve/veya soyadları olabileceği gibi takma adlar ve hatta işletme sahibinin adı ve soyadı ya da bunların kombinasyonlarından oluşan tüzel kişi adları dahi olabilmektedir. Özellikle ad ve soyadın birlikte ya da sadece birinin kullanımıyla diğer özelliklerin varlığı halinde seçilen bir ad marka olarak değer kazanabilmektedir. Kişi adları, gerçek kişi adı,

⁵⁵² Slogan bir düşünceyi kolay hatırlanıp tekrarlanabilir bir biçimde ifade eden kısa, çarpıcı söz, motto, kimlik, topluluk, örgüt, kurum veya kuruluşun amaç ve araçlarını özlü bir biçimde tanımlayan deyiş veya söz olarak tanımlanmaktadır. <http://tdkterim.gov.tr/bts/>.

⁵⁵³ YILMAZ; 2017 a.g.e., s. 177

⁵⁵⁴ Yılmaz “yerim seni sosis”, “bira bu kapağın altında” gibi içerisinde ürünün isminin esaslı unsur olarak kullanıldığı sloganların tasviri işaret olduğundan marka olarak tescil edilemeyeceğini ancak bu sloganların kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmış olmaları halinde tescil talebinin artık reddedilemeyeceğini ifade etmektedir. YILMAZ; 2017 a.g.e., s. 184.

⁵⁵⁵ Capital dergisinin “Slogan”ın önemine dair yaptığı araştırma için bkz. <http://www.capital.com.tr/en-etkin-sloganlar-haberler/18432.aspx>.

⁵⁵⁶ Yargıtay vermiş olduğu bir kararda “ Get Connected To The Flavour Of The World (Dünyanın aromasıyla birleşin)” sloganını ayırt edicilik unsurunun bulunmadığı gerekçesiyle tescilini reddeden enstitü kararına karşın; “pek çok ülkede tescilli ve tanınan, özgün nitelikli bu sloganın ayırt edici nitelik taşıdığını kabul ederek bozmuştur. Yargıtay 11. HD.’nin 17.03.2003 T. 2002/10068 E. 2003/2475 K. Sayılı kararı için bkz. FMR Hukuk Dergisi yıl:3 sayı:3 sayı 2003/3 s.171 Yargıtay vermiş olduğu başka bir kararında da “become what you are (neysen o ol)” tescilini, bir anlam taşımakla birlikte o mal ve hizmete yabancı bir işaretin ayırt edicilik niteliğini haiz bulunduğunu özellikle de Tekinalp’in eserine dayanarak ve atıf da yaparak uygun bulmuştur. Naklen TEKİNALP; a.g.e., s.362.

soyadı, takma ad, sanatçı adı, tüzel kişi unvanı da dâhil geniş yorumlanması gerekir⁵⁵⁷. Ayırt edicilik unsuru bulunduğu sürece ayrı ayrı ya da bir arada tescil edilmelerinin önünde bir engel bulunmadığı gibi kullanılacak isimlerin Türkçe olması şart değildir, yabancı dilde de olabilir⁵⁵⁸.

Kişi adlarının bu kadar yaygın kullanılmasının en önemli sebebi, kişilerin kendi isimleri üzerindeki kişilik haklarının bir sonucu olarak, diğer kişilerden ayırt etmeye yarayan ve o kişiyi tanımlayan adın bu ayırt edicilik özelliğinden yararlanmak gayesidir. Gerçekten de toplum içerisinde tanınma ve ayırt edilme özelliklerine sahip olan kişi adları, sahibine devredilemez ve vazgeçilemez bir hak tanımaktadır. Medeni Kanunu’nun 26/2 maddesi de bu hakkın bir tezahürü olarak kişilerin adlarının haksız kullanılması neticesinde ad sahibinin haksız kullanıma son verilmesini ve hatta kusur bulunması halinde ortaya çıkabilecek zararların tazminat ile giderilmesini isteme gibi hakları ad sahibine tanımaktadır.

Kişi adlarının, Medeni Kanun kapsamındaki devredilemez ve vazgeçilemez olan hak kapsamı, marka olarak kullanılmaya başlanmalarıyla değişmekte ve dönüşmektedir. Kişi adının bir marka olarak kullanılmaya başlanması ile ticari kurallar gereği kişi adı artık özüne dokunulmasını gerektiren, yok edilemez ve devredilemez özelliklerini kaybettiği⁵⁵⁹ bir hale dönüşmektedir. Öyle ki marka olarak kullanılan kişi adı markanın ilişkili olduğu ticari işletmeden ayrı olarak devredilebildiği, kişisel haklardan ayrıldığı bir hukuksal rejime tabi hale gelmektedir⁵⁶⁰.

Tüzel kişiler için, işletme sahibinin adıyla ticari faaliyetlerde bulunduklarında aynı adı marka olarak da kullanmaları yaygın olarak görülen bir durumdur. Keza sanatçıların, toplumsal tanınırlık düzeyleri yüksek kişilerin ve hatta sporcuların dahi kendi ad ve soyadlarını çeşitli birleşimlerle kullandıkları yaygın olarak görülmektedir. Buradaki en önemli husus bu tip işaretlerin marka olabilmesi ve tescil edilebilmesi için ayırt edici özelliğe sahip olmalarının gerekmesidir. Özellikle birçok küçük işletmede “Hikmet’in Yeri”, “Hasan Usta”, “Özkan Kundura”, “Lale Otel”, “Engin Kuaför” gibi ön adlar kullanıldığı gibi, büyük holdinglerin de “Boyner”, “Koç”, “Sabancı” gibi aile adlarını marka olarak tescil ettirdikleri yaygın şekilde görülmektedir.

⁵⁵⁷ KAYA; a.g.e., s.21.

⁵⁵⁸ TEKİNALP; a.g.e., s.362.

⁵⁵⁹ YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C.I a.g.e., s.63.

⁵⁶⁰ YASAMAN; 2005 a.g.m., s.136.

Ön adların ayırt ediciliği çok düşük hatta yok denecek nitelikte olup ancak kullanıldıkları faaliyet alanını belirtir bir tanımlayıcı ile kullanılmaları halinde⁵⁶¹ ayırt edicilikleri söz konusu olmakta ve ancak bu şekilde marka olarak tescil edilebilme imkânına kavuşmaktadırlar. İsim ve soyadının birlikte kullanıldığı durumlarda, bu birlikte kullanımın çok sık kullanılan kombinasyonlardan olmaması halinde düşük bir ayırt edici özelliğe sahip olduğu ve marka olarak tescil edilebilme imkânına kavuştuğu bir gerçektir. Ayırt ediciliği çok düşük olan bazı öz adların tek başlarına kullanılmaları durumunda ise bu adların kullanım yoluyla tanınmaları neticesinde ayırt edicilik kazanmaları imkânı söz konusudur. Aksi halde tek başlarına tescilleri son derece zordur⁵⁶².

Tanınmış ya da tarihe mal olmuş kişilerin adlarının da marka olarak seçilmesi mümkün kabul edilmekle birlikte tanınmış kişilerden izin alınması, tarihe mal olmuş kişilerle ilgili de söz konusu kullanımın ahlaka, adaba ve kamu düzenine aykırı olmaması gerekir.

Kişi adları tek başına, yanında başka ifadelerle veya farklı isim kombinasyonlarıyla dahi marka olarak kullanılabilir. Başkasına ait bir isim, soyadı ya da bunların kombinasyonu dahi marka olarak seçilebilir. Ancak bu durum söz konusu isim ve soyadının sahibinin kişilik haklarına zarar verilmemesi, bu kişilere ait fikri hakların ihlal edilmemesi ya da haksız rekabet oluşturmaması halinde mümkün olacaktır. Bir başkasına ait kişi adının marka olarak kullanılmak istenmesi halinde ad sahibi kişinin, SMK'nın 6/6 fıkrası⁵⁶³ uyarınca tescile itiraz hakkı söz konusu olduğu gibi; bu isim marka olarak tescil edilmiş olsa bile yine SMK'nın 25. maddesine göre tescil edilen adın asıl sahibi markanın hükümsüzlüğünü talep edebilecektir.

⁵⁶¹ ARKAN; C:1 a.g.e. s. 41.

⁵⁶² ATAD 16.9.2004 tarihinde vermiş olduğu "Nichols" kararında, Nichols soyadının yiyecek ve içecek makinalarında kullanılmak üzere tescili için yapılan başvuru talebinin bu soyadının çok yaygın bir soyad olması ve tesciline izin verilmesi halinde aynı soyadı taşıyanlar karşısında haksız bir avantaj sağlayacağı gerekçesiyle reddi üzerine, özetle soyadından oluşan bir markanın ayırt ediciliğinin belirlenmesinde marka olabilecek diğer işaretlerden daha ağır kriterler uygulanamayacağına, sırf soyadının yaygın olması gerekçesiyle tescil talebinin reddine karar verilemeyeceğine hükmetmiştir. Kaldı ki Konsey Tüzüğü'nün 6/1-a hükmü uyarınca bir ad veya soyad önceden marka olarak tescil edilmiş olsa dahi aynı ad veya soyadı taşıyan bir başkası tarafından gerekli ayırt edici eki almak suretiyle ve dürüstlük kuralına uymak koşuluyla marka olarak kullanılabileceğinden soyadının yaygın olması nedeniyle marka olarak tescil eden kişiye aynı soyada sahip kişiler karşısında haksız bir avantaj sağladığından bahisle tescil talebinin reddine karar vermek yerinde olmayacaktır. YILMAZ, LERZAN; Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri, 1. Bası, İstanbul Mayıs 2008, s.84.

⁵⁶³ SMK'nın nispi ret nedenlerini düzenleyen 6. maddesinin 6. fıkrası, "Tescil başvurusu yapılan markanın başkasına ait kişi ismini, ticaret unvanını, fotoğrafını, telif hakkını veya herhangi bir fikri mülkiyet hakkını içermesi hâlinde hak sahibinin itirazı üzerine başvuru reddedilir" düzenlemesini içermektedir. Madde metni için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6769&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>.

Adını marka olarak tescil ettiren kişinin markası tanınmış hale geldikten sonra, aynı ada sahip diğer kişinin bu adı, ancak ayırt edici bir ek ile birlikte bir markaya konu edilebilir⁵⁶⁴. Soyadları aynı olan kişiler ise ön adları ile beraber soyadlarını marka olarak kullanabilirler, ön adları bu markalara yeterli ayırt edicilik unsurunu tanımaktadır⁵⁶⁵. Öte yandan, ön ad yeterli ayırt ediciliği sağlasa dahi, tanınmış bir marka haline gelmiş olan soyadının, tanınmış markalara ilişkin korumalardan da yararlanabileceği hususu göz önünde bulundurulmalıdır⁵⁶⁶.

cc- Coğrafi Yer Adları

Şehir ya da bölge adları ve coğrafi sözcüklerin marka olarak tercih edilebilmektedir. Ancak seçilen yer adı ürünün kaynağında bir karıştırılma ihtimalini ortaya çıkartıyorsa sözcük tescil engeli ile karşılaşacaktır⁵⁶⁷. SMK'nın mutlak red sebeplerini düzenleyen 5. maddesinin 1-f bendi seçilen sözcüğün, ürün veya hizmetin coğrafi kaynağı konusunda halkı yanıltıcı nitelikte bir sözcük olması halinde bunun mutlak red sebebi sayılacağını belirtmektedir. Bu durumda örneğin “Malatya kayısı” marka olarak tescili mümkün görünmemekte zira kayısının üretim yeri yoğunlukla Malatya ilinde yapılmaktadır. “Bozcaada Şarabı” Bozcaada’da şarap üretiminin belirgin bir şekilde yapılıyor olmasından dolayı tescil engeliyle karşılaşacakken, “İstanbul Şarabı” ise İstanbul’a özgü bir şarap üretimi bulunmadığından marka olarak tescil edilebilecektir. Aynı şekilde Ayvalık sözcüğü bir zeytinyağı markası olarak alınamaz. Zira zeytinyağı Ayvalık ilçesinin adeta simgesi haline gelmiş bir üründür ve yöre ismi Ayvalık sözcüğü bu ürün için kimsenin tekeline terk edilemez niteliktedir⁵⁶⁸.

Coğrafi marka olarak da ifade edilen kavramın kapsamına bir coğrafi yerin adını içeren kelimeler, belirli bir coğrafi alana doğrudan gönderme yapan ya da orayı anımsatan ifadeler de girmektedir. Hatta belirli bir şehir ile özdeşleşmiş Broadway, Park Avenue, Champselysee gibi cadde isimleri, o şehirde yaşayanlara verilen New Yorker (New Yorklu)

⁵⁶⁴ ARKAN; Marka a.g.e., s.41.

⁵⁶⁵ YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C.I a.g.e., s.64.

⁵⁶⁶ YÜKSEKOL, Deniz Türkan; “Yeni Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Marka Olabilecek İşaretler”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 2, Yıl 2017, s.415.

⁵⁶⁷ Coğrafi yer adları ve coğrafi markalar için bkz. YILDIZ, Burçak; “Yargıtay Kararları Işığında Coğrafi Markalar”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 9, S. 2, Yıl 2018, s.125-156.

⁵⁶⁸ Yargıtay benzer yönde verdiği bir kararında “Pendik” adının marka olarak tescil edilemeyeceği, bu gibi kamusal isimleri bir başkası tarafından kullanılamayacak şekilde birinin tekeli-ne bırakılamayacağını, buna benzer şekilde şehir, ilçe ya da diğer coğrafi yer isimlerini teşkil eden sözcüklerin ancak kullanılacağı ürünün ismiyle birlikte kullanılması halinde tescilinin kabul edilebileceği sonucuna varmıştır.11 HD’nin 26.11.1999 T. 1999/5790 E. 1999/9590 K. Sayılı kararı için bkz. Yargıtay Kararları Dergisi Nisan 2000 sayısı, s.556.

gibi adlar, bir şehirle özdeşleşmiş yer adları ya da bir şehrin ya da bölgenin adının kısaltılmış hâli (“İstanbul” yerine “İst”) gibi coğrafi yer adları⁵⁶⁹, tek başına kullanıldıklarında ayırt edicilik niteliğine sahip olmaları mümkün olmadığından ancak bir ek olarak ya da başka işaretlerle birlikte marka olarak tescil edilebilecektir. Örneğin “Bursa” kelimesi tek başına marka olarak tescil edilemeyecek ancak “Bursagaz” kelimesi marka olarak tescil edilebilecektir⁵⁷⁰. Aynı şekilde “Bayburt” kelimesi o il ile özdeşleşmiş olmayan bir ürün veya hizmetle birlikte, örneğin “Bayburt Baklavacısı” olarak markalaşabilecektir⁵⁷¹.

Coğrafi markalar genel olarak tanımlayıcı veya tasvir edici niteliktedir. Bu tip isim ya da işaretlerin marka olarak tescil edilmeleri halinde, bunlar üzerinde tescille birlikte marka sahibine doğal olarak mutlak haklar sağlayacaktır. Bu durum hem mevcut hem de ilerde piyasaya girecek muhtemel rakiplerin menfaatlerine zarar verecektir. Bu nedenle kanun koyucu, coğrafi yer işaret eden kelimelerin kural olarak, herkesin kullanımına açık olması gerektiğini, belirli bir üreticinin tekeline verilemeyeceğini, bunun kamu düzeninin gereği olduğunu kabul etmektedir⁵⁷².

dd- Harfler ve Sayılar

Harfler ve sayılar da ayırt edici niteliğe sahip olmak koşuluyla tek başlarına ya da birlikte, çeşitli kombinasyonlarla marka olarak alınabilir. Tek bir harf ya da tek bir sayının marka olarak tescil edilebilmesi için kullanım yoluyla ayırt ediciliği kazanmış olması önemlidir. Aksi takdirde tek başına bir marka için tescil edilebilmeleri mümkün değildir. Bunun en güzel örneği “Mcdonalds”ın “M” harfi ya da “Migros”un “M”si gibi gerek harfin kullanım şekli gerekse o harfin kullanma yoluyla tanınmışlık kazanması sonucu elde ettiği ayırt edici niteliklerdir.

Tek bir harf ya da tek bir sayının tescil edilmek suretiyle sadece bir kişinin kullanımına bırakılması normal şartlarda mümkün ve kabul edilebilir değildir. Ancak söz konusu tek harf ya da sayının kullanım şekli itibarıyla bir karakter kazandırılması halinde ayırt ediciliğinden bahsedilebilir. Aksi takdirde serbest işaret değerlendirmesine tabi hali

⁵⁶⁹ YILDIZ, a.g.m., s.126.

⁵⁷⁰ ÇOLAK; 2018, a.g.e. s.73.

⁵⁷¹ ÇOLAK; 2018 a.g.e., s. 73.

⁵⁷² Yargıtay 11.HD, E.2016/874, K.2017/4008 22.06.2017 tarihli kararında, “İstanbul Golden Horn” markasının coğrafi kaynak gösterdiğine hükmetmiştir. Kararda; Türk turizmde otelcilik ve konaklama sektöründe hizmet veren kimselerin ve İstanbul’da yaşayan kimselerin büyük bir bölümünün söz konusu ibarenin “Haliç” anlamına geldiğini bildiği, bu nedenle anılan ifadenin geçici konaklama hizmetleri bakımından tasvirî nitelikte olduğu belirtilmiştir. Naklen; YILDIZ; a.g.m., s.130.

devam eder⁵⁷³. Bu tehlikeyi önlemek için genellikle uygulamada tek bir harf ya da sayının seçilmesi halinde bir form vermek suretiyle ya da harf ve sayı birlikte belli kombinasyonlarla kullanılarak o harf ya da sayıya ayırt edici bir karakteristik özellik yüklenmeye çalışılmaktadır⁵⁷⁴. Seçilen harf ya da sayının Türkçe karakterde olması da önem arz etmemektedir. Ayırt edici olması kaydıyla herhangi bir dilin alfabesinden bir harfi ya da farklı şekillerde ifade edilen sayı karakterlerinden birini kullanmak mümkündür.

ee- Şekiller

Marka olarak tescil için şekiller de tercih edilebilmektedir. Şekillerden kasıt herhangi bir nesnenin dış görünüşünü tasvir için dış çizgilerini niteleyen çizimlerdir. Bu çizimlere resimler, logolar, iki ve üç boyutlu tasarımlar, geometrik şekiller, arma ve amblemler, simge ve semboller ve bunların bir veya birden çoğunun bir arada oluşturduğu kombinasyonlar dâhildir.

Kullanılacağı malın normal ve bilinen şekli olmamak kaydıyla üç boyutlu şekiller de ayırt edicilik niteliğine sahip olmak kaydıyla marka olarak tescil edilebilir. Malın işlevi ve teknik anlamda yapılan işlemler neticesi aldığı şekil malın normal ve bilinen şekli olarak değerlendirileceğinden tescili mümkün değildir⁵⁷⁵.

Genelde endüstriyel tasarımlar olarak ortaya çıkan üç boyutlu şekiller, ayırt edici nitelikleri var ise marka olarak tescil edilebilmektedir⁵⁷⁶. Coca-Cola şişesinin kadını sembolize eden tasarımı⁵⁷⁷ ve Mercedes'te kullanılan üç boyutlu yıldız şekli⁵⁷⁸ üç boyutlu tasarımların marka olarak tescil edilmesinin örneklerindendir. Üç boyutlu şekillerin çok

⁵⁷³ KAYA; a.g.e., s.24.

⁵⁷⁴ Migros'un "M"si ile McDonalds'ın "M"si arasında kullanılan formlarından dolayı tam anlamıyla bir ayırt edicilik söz konusudur. Bu ayırt ediciliği sadece kullanıldıkları form ile değil aynı zamanda yazı karakteri, rengi, boyutları ve yanında kullanıldığı diğer simgeler vasıtasıyla da kazanmaktadırlar. "HP", "MNG", "A101", "737", "747", "A310", "7/24" gibi harf, sayı ya da bunların kombinasyonları çoğunlukla ayırt ediciliklerini kullandıkları formları vasıtasıyla kazanmaktadırlar.

⁵⁷⁵ Yargıtay 11. HD'nin 24.03.1998 T. 1997/9672 E. 1998/2127 K. Sayılı kararında Aygaz'ın tombul tüpü için tüpün şeklini kullanarak marka olarak tescil talebini, tombul tüpün küresel şeklinin standardizasyon ve teknik zorunluluktan kaynaklandığını dolayısıyla bu tüp şeklinin marka ile birlikte tescil ettirilmesinin hak sahibine inhisari bir hak sağlamayacağına karar vererek reddetmiştir. Naklen YASAMAN; 2005 a.g.m., s.140. ATAD 22 Haziran 2006 tarihli bir kararında parlak maron renginde elips şeklindeki şekerlerin ayırt edici olmadığı ve maron renginin şekerlerde sık kullanılan bir renk olduğu; yine 23 Mayıs 2007 tarihli kararında da üstünde renkli çiçek resmi olan kare formundaki bulaşık makinesi tabletlerinin ayırt edici olmadığına karar vermiştir. Naklen POROY/YASAMAN; a.g.e., s.444, dn.97.

⁵⁷⁶ SULUK, Cahit; Tasarım Hukuku, Seçkin Kitapevi, Ankara 2003, s. 569 vd. Belirtmek gerekir ki endüstriyel tasarımlar tescille birlikte beşer yıllık yenileme periyodlarıyla toplamda 25 yıl korunurken, marka, tescili her on yılda bir yenilenmek kaydıyla süresiz bir korumaya sahip olmakla birlikte endüstriyel tasarımların marka hukuku ile korunmasının sakıncaları için bkz. SULUK; 2003 a.g.e., s.576 vd.

⁵⁷⁷ YASAMAN; 2005 a.g.m., s.140.

⁵⁷⁸ KAYA; a.g.e., s.25.

daha geniş kapsamlı düşünülmesi gerekir. Marka olabilecek işaretler sınırlandırılmadığından, ABD Patent ve Marka Ofisi (USPTO) tarafından tescili yapılmakta olan mimari yapılar, mağazaların iç ya da dış dekorasyonları gibi üç boyutlu şekiller de marka olabilecek işaretler arasındadır⁵⁷⁹.

Herhangi bir canlı ya da cansız varlığın resmi ya da üç boyutlu şeklinin de marka olarak alınabilmesi mümkündür. Lacoste firmasının timsah resmi, Jaguar firmasının araçlarında kullanılan üç boyutlu jaguar figürü gibi hayvan resim ya da çizimleri ayırt edici nitelik kazanması ve açık ve kesin olarak anlaşılabilir şekilde sicilde gösterilebilir olma koşulunu sağlamaları halinde marka olarak seçilebilmektedir⁵⁸⁰.

İsimlerde olduğu gibi tarihi kişilere ait sanat eseri niteliğindeki ya da herhangi bir kişiye ait bir resim veya çizimin de marka olarak seçilebilmeleri mümkündür. Bu durumda kişilik ya da telif hakları açısından herhangi bir ihlal yaşanmaması için ilgili kişilerden izin alınması gerekir. Ancak halka mal olmuş, tarihi ve kültürel değer ifade eden resim, çizim, arma ya da amblemler marka olarak tescil edilemezler.

ff- Ses, Koku ve Tatlar

Mülga KHK’da, koku, tat ve ses işaretleri marka olabilecek işaretler arasında sayılmamakta idi. Ancak KHK’nın marka olabilecek işaretlerin düzenlendiği 5. maddesinde sayılan işaretler örnekleme yoluyla belirtilmiş olduğundan ve çizimle görüntülenebilme, baskı yoluyla yayınlanabilme, çoğaltılabilme ya da benzer şekillerde ifade edilebilme koşullarını gerçekleştiren her işaretin marka olabileceği belirtildiğinden bu işaretlerin de marka olarak tescil edilebileceği kabul ediliyordu⁵⁸¹. SMK’nın marka olabilecek işaretleri düzenleyen 4. maddesinde, bu kez sesler sayılmış ancak mülga KHK’da olduğu gibi tat ve kokular özel olarak belirtilmemiştir. Maddede birtakım işaretler örnekleme yoluyla

⁵⁷⁹ ATAY, İlayda; Üç Boyutlu Markaların Hukuki Korunması, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014, s.43.

⁵⁸⁰ Dünyaca ünlü “HERMES” firması, tamamen orijinal bir Hermes tasarımı olan, üstü dar, altı geniş dörtgen şeklinde, üst tarafta arkadan ön yüze doğru kapanan ve kapandığı yerde bir asma kilidi bulunan, deriden mamul kadın çanta modelini, Alman Patent Dairesinde tescil ettirmek istemiştir. Daire, bu üç boyutlu şekli, “ayırt edici özelliği” bulunmadığı gerekçesiyle, üç boyutlu marka olarak tescil etmeyi reddetmiştir. Bunun üzerine firma, Federal Alman Patent Mahkemesinde dava açarak, red kararının kaldırılmasını istemiştir. Alman Patent Mahkemesi, bu üç boyutlu şeklin (çanta), teknik mecburiyetten doğan çanta şeklinin ötesine geçerek, ürüne ayrı bir kimlik kazandırdığı, ürünü farklılaştırdığı, tanıttığı ve dolayısıyla, kimlik kazandırma ve “ayırt etme fonksiyonunu” yerine getirdiği için, marka olarak tescil edilebileceğine hükmetmiştir. Mahkeme, özellikle çantanın ön yüzünde yer alan “asma kilit” dizaynının, alışlagelmiş çanta dizaynından tamamen farklı olduğuna, ayrıca bu asma kilidin üzerine konmuş “H” harfinin üretici firmanın dünyaca tanınmış sembolik harf markası olduğuna ve ürünü farklılaştırdığına karar vermiştir. Naklen; YILMAZ, Lerzan; “Üç Boyutlu Markalar”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 92, S. 1, Yıl 2018, s.22-23.

⁵⁸¹ CORNISH/LLEWELYN; a.g.e, s.654.

sayıldıktan sonra “her türlü işaret” kavramının kullanılmakta olması nedeniyle, metinde yer verilen seslerin yanında koku ve tatların da ayırt edici olma ve koruma konusunu açık ve kesin olarak anlaşılabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olma koşulunu sağlamaları halinde marka olarak tescil edilebileceklerdir.

Sesler, notalarla ifade edilmek suretiyle yazılı hale getirilebilmektedir⁵⁸². Bu sayede koruma konusunu açık ve kesin olarak anlaşılabilecek şekilde sicilde gösterilebilir hale gelmektedir. Nokia’nın açılış melodisi, Aygaz’ın pazarlama melodisi, televizyon programlarının tanıtım müzikleri notalarla ifade edilebildikleri için marka olarak tescil edilebilmiştir. SMK’nın uygulama usullerini göstermek amacıyla çıkartılmış olan Yönetmelikte, marka başvurusu sırasında tescili istenen sesin bir örneğinin tekrar dinlenebilecek ve saklanabilecek şekilde kaydedilerek kurula sunulabileceği düzenlenmiştir. Bu nedenle notayla ifade edilemeyecek bir sesin, ayırt edicilik niteliği taşıması halinde, kaydedilmek suretiyle somutlaştırılması ve bu şekilde marka olarak tescil ettirilmesi mümkün olacaktır⁵⁸³. Diğer bir anlatımla mülga 556 sayılı KHK’da bulunan çizimle görüntülenebilme şartı yerine SMK’da kesin ve net olarak sicilde gösterilebilir olma şartı getirilmesi ile seslerin marka olarak tescil edilebilmesi için artık nota ile gösterim zorunluluğu da bulunmamaktadır⁵⁸⁴.

Sesin marka olarak tescil edilebilmesi için ayırt edicilik değerlendirmesinde, başvuru kapsamında kullanılacağı mal ve hizmetlerin doğal bir sonucu olarak ortaya çıkan ya da doğrudan doğruya o mal ve hizmeti akla getiren bir ses olup olmamasına bakılacaktır. Bu yönüyle bebek ürünleri için sıradan bir bebek gülmesi ya da ağlaması söz konusu ürünü tanımlayıcı nitelikte olduğundan ayırt edicilikten söz edilemeyecek ve tescili mümkün

⁵⁸² ARKAN; 1997 a.g.e., s. 41. Yasaman notaya dökme işlemini grafik anlatım olarak nitelendirmektedir. Grafik anlatımın açık, net, anlaşılabilir, kalıcı ve objektif nitelikte olması gerektiğine de vurgu yapmaktadır. Herhangi bir grafik anlatımı bulunmayan ses veya tınıyı simgeleyen herhangi bir ses dizisinin de ses markası olamayacağını ayrıca belirtmektedir. YASAMAN; 2005 a.g.m., s.143. ATAD 6. Dairesi 27.11.2003 tarihli bir kararında horoz ötüşünün ve Beethoven’a ait bir eserin ilk dokuz notasının marka olarak tescil edilip edilemeyeceğine ilişkin olarak seslerin ayırt edici niteliğe sahip olabilmesi için ölçülere ayrılmış olan ve seslerin tizliğini duraksamaya yer bırakmayacak şekilde ifade eden nota dizileriyle ifade edilmeleri gerektiğini belirterek “horoz ötüşü” ve “Beethoven’a ait bir eserin ilk dokuz notasından oluştuğu ifade edilen” seslerin marka olarak tescil edilemeyeceğine hükmetmiştir. Kararın tam metni için bkz. YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C.I a.g.e., s.13 vd.

⁵⁸³ Alman Hukukunda notaya dökülemeyen seslerin sonogram (sound spektrogram) yani bir sesin belli bir zaman dilimi içerisindeki frekans yüksekliklerini ölçen alet vasıtasıyla görüntülenmesi suretiyle somutlaştırılmadıkça tescili mümkün kabul edilmemektedir. Alman Patent Mahkemesi bu düzenlemeye uygun olarak doğal bir sesin kaydedildiği kasetin sesin soyut ayırt ediciliğini ispatlamakla birlikte grafik temsil yoluyla yani nota veya sonogram vasıtasıyla ispatlanmadığından tescil edilemeyeceğine hükmetmiştir. Naklen YILMAZ; a.g.e., s.220.

⁵⁸⁴ YÜKSEKOL; a.g.m., s.423.

olmayacaktır.

Koku ve tatların sesler gibi grafik olarak ifade edilebilmesi teknik olarak mümkündür. Ancak sadece kimyasal formüllerle ifade edilebilen koku ve tatların, çizimle görüntülenebilmesi veya benzer şekillerde ifade edilebilmesi son derece güçtür. OHİM'in "taze biçilmiş çim kokusu" ile ilgili vermiş olduğu karar⁵⁸⁵ her ne kadar kokunun marka olarak tescil edilebileceğine yönelik bir örnek teşkil ediyor ise de koku ve tatların dünyanın her yerinde aynı şekilde algılanabilmesinin güç olması, koku ve tatların kimyasal formüllerinin ve tariflerinin kâğıda yazılmasının grafiksel olarak ifade edilmeleri için yeterli olmaması, koku ve tatların kalıcı ve istikrarlı olmaması gibi nedenlerle koku ve tatların marka olarak tescil edilebilmesi çoğunlukla⁵⁸⁶ kabul edilmemektedir⁵⁸⁷. Kaldı ki taze kesilmiş çimen kokusu kararı da dünyanın her yerinde çim kokusunun birbirinin aynısı

⁵⁸⁵ Söz konusu kararla ilgili olayda, "taze kesilmiş çimen kokusu" koku markasının tenis topları için tescil talebini inceleme makamı tescili, taze kesilmiş çimen kokusu sözünün koku markasının grafik tasvir niteliğinde olmayıp tescili istenen markanın tanımı olduğu gerekçesiyle reddetmiştir. Buradaki temel uyumsuzluk tescili istenen koku markasının Topluluk Markası Tüzüğü'nün dördüncü maddesine uygun olarak yeterli ölçüde grafik biçimde tasvir edilip edilmediğidir. Zira Tüzüğün dört, yirmi altı ve yirmi yedinci maddeleri ve Uygulama Tüzüğü'nün üçüncü maddesi "markanın kesin ve açık bir ifadesini vermeyen salt tanım elverişli grafik tasvir olarak kabul edilemez" şeklindeki ilkeyi ifade etmektedir. Ancak Uygulama Tüzüğü koku markalarının tasvirine ilişkin herhangi bir koşul belirlememiştir. Sorun taze çimen kokusu tasvirinin bunu okuyan kişilerin söz konusu markanın ne olduğu konusunda doğrudan ve sarıh bir fikir edinmelerine yeterli olacak bilgiyi sağlayıp sağlamadığıdır. Kurul bu kokunun herkesin tecrübelerine dayanarak tanıyabileceği sarıh bir koku olduğunu; taze kesilmiş çimen kokusunun birçok kişiye baharı, biçilmemiş çimenlik veya oyun sahasını ya da başkaca benzer hoş anıları hatırlatacağını belirterek tescili talep edilen koku markasının tüzüğün dördüncü maddesinde öngörülen grafik tasvir koşulunu gerçekleştirdiği kanaatine varmıştır. Naklen YASAMAN, 2005 a.g.m., s.145.

⁵⁸⁶ Kokuların kimyasal bir formülle ifade edilebilmesi halinde marka olarak tescil edilebileceği görüşü ile ilgili bkz. ARKAN; 1997 a.g.e., s.41; YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C.I a.g.e., s.88; POROY/YASAMAN; a.g.e., s.441. Koku ve tatların teoride tescil edilebileceğini ancak bu durumun fiilen son derece zor olduğunu ifade eden görüşler için bkz. KAYA; a.g.e., s.27; ÇOLAK, Uğur; Türk Marka Hukuku, XII Levha Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul 2012, s.74.

⁵⁸⁷ Konuyla ilgili Alman Patent ve Marka Bürosu nezdinde yapılan koku markası tescil talebinde tescil sahibi kokunun bir örneğinin nereden elde edilebileceğini, kokunun kimyasal formülünü de talebe eklemiş ve kokuyu "tarçını andıran yumuşak meyveli koku" olarak tarif etmiştir. Talebin reddedilmesi üzerine konu mahkemeye intikal etmiş, mahkeme uyumsuzluğun çözümü açısından Avrupa Birliği Üye Devletlerinin Markalara İlişkin Mevzuatlarının Uyumlaştırılmasına yönelik Birinci Konsey Yönergesi'nin ikinci maddesinin nasıl yorumlanacağına ilişkin olarak konuyu Divana taşımıştır. Yönergenin ikinci maddesine göre bir işaretin marka olarak tescili için o işaretin ayırt edici niteliği haiz olması ve grafik olarak ifade edilebilmesi gerekmektedir. Yerel mahkeme grafik olarak ifade edilebilme ifadesinin görsel olarak ifade edilen işaretleri mi kapsadığı ve eğer görsel olarak ifade edilemeyen işaretleri de kapsıyor ise kokunun grafik olarak nasıl ifade edilebileceği yönündeki soruları Divana yöneltmiştir. 12.12.2002 tarihli ATAD kararına göre her ne kadar ikinci maddede kendiliğinden görsel olarak algılanamayan koku gibi işaretler zikredilmiyorsa da bunlar açıkça hariç tutulmamaktadır. Bu durumda görsel olarak algılanamayan işaretler de çizgiler ve karakterler yoluyla açık, kesin, tam, kolayca ulaşılabilir, anlaşılabilir, dayanıklı ve nesnel surette grafik olarak temsil edilmeleri kaydıyla marka olarak tescil edilebilirler. Karara göre çok az kişi formüle bakmak suretiyle kokuyu anlayabilecektir. Kokunun tasviri de yeterince açık, kesin ve nesnel değildir. Bu nedenle koku işaretleri bakımından kimyasal formülün verilmesi, kelimelerle yapılan tasvir, koku örneğinin tevdi ya da bunların birleşimiyle grafik temsilin gerekleri yerine gelmemektedir. Naklen YASAMAN; 2005 a.g.m., s.144.

olamayacağı, çimin kesileceği mevsimin, çimin kendi özelliklerine göre de kokusunun değişebileceği dikkate alındığında son derece tartışmalı bir karardır⁵⁸⁸. Söz konusu olayda tescil edilen asıl unsur taze kesilmiş çimen kokusunun ötesinde taze kesilmiş çimen kokusu ile birlikte olan tenis topudur. Kokuların her halükârda tescile konu olmaları bakımından tek başlarına kullanmaktan ziyade bir malı nitelendiren ve birlikte pazarlanan özel bir kokuya sahip bir mal olarak tescili çok daha kabul edilebilir olacaktır.

gg- Renkler

Mülga 556 sayılı KHK’da renkler marka olabilecek işaretler arasında sayılmamaktaydı. 6769 sayılı SMK’nın 4. Maddesinde ise renkler marka olabilecek işaretler arasında sayılmaktadır. Sınai Mülkiyet Kanunu’nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik’in 7. maddesinin 4. fıkrasında, “Başvurunun renk markası olarak tescilinin talep edildiği hallerde bunun başvuru formunda açıkça belirtilmesi, işareti oluşturan renk görselinin sunulması ve Kurum tarafından geçerliliği kabul edilen renk kodunun belirtilmesi gerekir. Renk veya renklerin somutlaşmış, sınırları belli bir şekil, figür, resim veya kelime gibi unsurlar dâhilinde kullanılması durumunda işaret renk markası olarak değerlendirilmez ve birinci fıkra hükmü uygulanır.” düzenlemesi yer almaktadır. SMK’da renklerin de bağımsız olarak marka olabileceği düzenlemesi ile soyut rengin, ayırt ediciliğe sahip olması şartıyla yalnızca renk kodu seçilerek ve sicilde gösterimi yapılarak marka olarak tescili yapılabilmektedir.

Renklerin marka olarak tescil edilmesinde hukuki bir engel yoktur. Ancak temel renklerin sınırlı sayıda olması, renklerin ayırt edicilik unsurunu sağlamada tek başlarına yeterli olup olamayacakları sorunu, her rengin yüzlerce farklı tonu bulunduğundan renklerin sözcüklerle tanımlanmasının ve grafiksel olarak ifade edilmesinin güç oluşu⁵⁸⁹ ve marka tescili esnasında sunulan renklerin zamanla solarak değişebilmeleri⁵⁹⁰ gibi hususlar renklerin marka olarak seçilmelerini tartışmalı hale getirmektedir.

TRİPS Sözleşmesi’nin on beşinci maddesinde renk kombinasyonları marka olabilecek işaretler arasında sayılmakta iken mülga KHK ile KHK’nın mehzaz metni olan 89/104 sayılı Avrupa Topluluğu Yönergesinde, renkler marka olabilecek işaretler arasında sayılmamaktaydı. Ancak her iki metin için de sayılan işaretlerle sınırlı olmamak üzere gerekli koşulları sağlayan her türlü şeklin marka olabileceği belirtildiğinden renklerin tek

⁵⁸⁸ ÇOLAK; 2018 a.g.e., s.73.

⁵⁸⁹ DOĞAN, Beşir Fatih; “Soyut Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği”, FMRH Dergisi, C. 5, S. 2005/4, s.47 vd.

⁵⁹⁰ ÇOLAK; 2018 a.g.e., s.67.

başına ve/veya diğer işaretlerle birlikte marka olarak tescil edilmesinin önünde engel bulunmamaktaydı⁵⁹¹. SMK'da ise marka olabilecek işaretler arasında renklere yer verilmiş, ayrıca SMK Uygulama Yönetmeliğinde renklerin marka olarak tescil ettirilmek istenmesi halinde renk kodunun belirtilmesi suretiyle TÜRKPATENT'e başvurulabileceği düzenlenmiştir.

Renklerin marka olarak seçilebilmelerindeki en önemli zorluk tek başlarına kullanıldıklarında çizimle görüntülenme şartının yerine getirilmesindeki güçlülüktür. ATAD tescil edilmek istenen renk tonunun uluslararası kabul görmüş bir renk sınıflandırma sistemindeki numarasının verilmesi ile seçilecek rengin çizimle görüntülenme şartının yerine getirebileceğini kabul etmektedir. ATAD kararına göre uluslararası kabul edilen renk sınıflandırma sistemi sayesinde seçilen renk tonu belirlilik ve süreklilik niteliklerini kazanacaktır⁵⁹². Bu konuda uluslararası kabul edilen renk sınıflandırma sistemlerine örnek olarak "PANTONE"⁵⁹³, "HKS"⁵⁹⁴ ve "RAL"⁵⁹⁵ sistemleri gösterilebilir. Bu sistemler

⁵⁹¹ Doktrinde, KHK dönemi için tek başına renklerin ayırt edici özellik kazandığı sürece marka olarak tescil edilebileceği görüşü ağırlıktaydı. Ancak renk markası başvurusunda bulunanlar, Avrupa'da markalarını tescil ettirebilmekteyken, Türkiye'de tescil ettirmekte ciddi engellerle karşılaşmaktaydı. YILMAZ, Lerzan; "Renk ve Renk Kombinasyonları", İstanbul Barosu Dergisi, C. 91, S. 6, Yıl 2017, s.15.

⁵⁹² ATAD 06.05.2003 tarihli "Libertel" kararında Benelux Tescil Bürosu'nun bir telekomünikasyon şirketinin "portakal rengi"ni marka olarak tescil ettirme talebini reddetmesine ilişkin olarak renklerin marka olarak tescil edilebilmesi için bir işaret teşkil etme, işaretin grafiksel temsile imkân vermesi ve ayırt edicilik şartlarının gerçekleşmesi gerektiğini belirtmiştir. ATAD grafiksel temsilin tam, kolayca ulaşılır, anlaşılır ve dayanıklı olması gerektiğinden marka olarak tescili talep edilen rengin kâğıt üzerinde sunulmasının yeterli olmadığını, renk kâğıt üzerinde zamanla solabildiğinden kalıcı olmayacağını ve bu nedenle tanıtıcı nitelikte ve uluslararası alanda kabul edilmiş bir renk kodunun belirtilmesinin gerektiğini ifade etmiştir. Tescilden önceki kullanıma bağlı olmayan ayırt ediciliğin tek başına bir renk için çoğu zaman mümkün olmadığı ancak kullanımla birlikte ayırt edicilik kazanabileceğinin belirtildiği kararda ayrıca tüketicilerin farklı renk tonlarını sınırlı olarak algılayabildiklerinden marka olarak kullanılacak renklerin sınırlı olduğu, bu nedenle de bir rengin marka olarak tescil edilmek suretiyle bir işletmenin tekeline bırakılmasının kamu menfaatini zedeleyeceği vurgulanmıştır. ATAD, yetkili makamların renklerin marka olarak tescil edilmesi talebi karşısında kararda belirtilen hususların her olayın özellikleri dikkate alınmak suretiyle değerlendirilerek sonuca bağlanması gerektiğini belirtmiştir. Bahse konu ATAD kararının tam metni için bkz. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=47873&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1867967>.

⁵⁹³ "Pantone Colour Formula Guide" 1164 renk içeren ve her rengin ofset baskı sisteminde nasıl elde edileceğini karışım formülleriyle veren bir renk kataloğudur. Bu 1154 rengi hem parlak (Coated) hem de mat (Uncoated) olarak ayrı ayrı göstermektedir. Pantone renk ifade edilirken renginin mat veya parlak bölümden seçildiğini belirtmek için renk numarasının sonuna U ve C harfleri eklenmektedir. Her bir karşılığı Pantone numarası mevcuttur ve her rengin altında formülü yazılıdır. Formül, yüzde ve ölçü olarak iki şekilde verilmiştir; Yüzde değeri karışıma giren ana renklerin %100'e tamamlanmasıyla, ölçü değeri ise birim ölçü değerlerinin adet bölündüğünde yüzde değerini vermektedir. Naklen <http://tr.wikipedia.org/wiki/Pantone>.

⁵⁹⁴ HKS 120 spot renkler ve kaplanmış ve kaplanmamış kâğıt için 3520 ton içeren bir renk sistemidir. Naklen [http://en.wikipedia.org/wiki/HKS_\(colour_system\)](http://en.wikipedia.org/wiki/HKS_(colour_system)).

⁵⁹⁵ RAL [renk uzayı](#)/aralığı (color space) sistemi 1927 yılında Reichsausschuß für Lieferbedingungen (und Gütesicherung) "Alman Kalite Güvence ve Terim Üretme Birliği" tarafından geliştirilmiştir. Bugün bu birlik Deutsches Institut für Gütesicherung und Kennzeichnung e.V olarak anılmaktadır. RAL sadece 40 renk ile

birbirlerinin yerine kullanılabilmekte ve renk için süreklilik ve belirlilik niteliklerini sağlayabilmektedirler.

Türk Hukukunda Yargıtay kararları⁵⁹⁶ ışığında oluşan önceki uygulama, renklerin sınırlı sayıda olmaları nedeniyle kimsenin tekeline bırakılamayacakları gerekçesiyle tek başlarına marka olarak tescil edilemeyeceği doğrultusunda iken Patent Enstitüsü ATAD'ın "Sieckman" kararına atıf yaparak PANTONE renk kodlama sistemi ile yapılan tek renk marka tescil başvurularını uzun süreli kullanım sonucunda bir mal veya hizmetle ilgili marka algılaması yaratması, ayırt edicilik kazanması, grafik temsil, dayanıklılık ve kalıcılık gibi koşulları barındırması halinde tescilin mümkün olabileceğini kabul etmektedir⁵⁹⁷. TÜRKPATENT'e göre, başvuru renk markasında, renk kodunun geçerli kabul edilen yöntemlerden biri olan pantone sistemi ile "www.pantone.com/color-finder" linki üzerinden yapılacak sorgu ile belirlenmesi, başvuruda renk görselinin sunulması ve renk kodunun belirtilmesi gerekmektedir⁵⁹⁸.

hh- Fotoğraflar, Resimler, Logolar

Diğer işaretler gibi fotoğraf, resim veya logoların da ayırt edici nitelik taşımak koşuluyla marka olarak tescil ettirilmesi mümkündür. Kişilerin kendi fotoğraf veya resimlerini marka olarak tescil ettirmeyi tercih etmesinin yanında tanınmış şahsiyetlerin veya hayal ürünü karakterlerin fotoğraf veya resimlerinin kullanımı da görülen bir uygulamadır. Aynı şekilde doğada yer alan çeşitli varlıkların fotoğraf veya resimleri de marka olarak tercih edilebilmektedir. Lavachequiri markasının kullanmakta olduğu kırmızı renkli gülen inek resmi, İsveçli araba üreticisi Saab'ın kullanmakta olduğu taç giymiş anka kuşu resmi, Starbucks firmasının kullanmakta olduğu Yunan mitolojisi kaynaklı iki kuyruklu deniz kızı (siren) resmi, Unilever'in içerisinde kuş, dalgalar, yaprak, arı, palmye

başlamış, daha sonra gelişerek 1900 üzerinde renk serisine ulaşmıştır. Bu renk sistemi çoğunlukla boya renklerinin tanımlanmasında kullanılmaktadır. Naklen [http://tr.wikipedia.org/wiki/RAL_\(renk_uzay%C4%B1\)](http://tr.wikipedia.org/wiki/RAL_(renk_uzay%C4%B1)).

⁵⁹⁶ Yargıtay 11. HD 25.06.1998 tarih, 1997/8873 Esas ve 1998/4815 Karar sayılı Aygaz-Petgaz kararında rengin tek başına marka korumasından faydalanamayacağına, marka hakkı sahibinin aynı rengi başkaca unsurlarla birlikte tescil ettiren üçüncü kişiye karşı terkin davası açamayacağına hükmetmiştir. Karar metni için bkz. YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C.I a.g.e., s.90 vd. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 10.02.1999 tarih, 1999/11-76 Esas ve 1999/7530 Karar sayılı kararında renklerin doğada sınırlı sayıda bulunmaları nedeniyle ancak ayırt edici bir karakter kazanmaları koşulu ile marka olabileceklerine hükmetmiştir. Naklen YILMAZ; 2008 a.g.m., s.112.

⁵⁹⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 10.02.1999 tarih, 1999/11-76 Esas ve 1999/7530 Karar sayılı kararına bakıldığında Patent Enstitüsünün görüşüne yaklaşan bir nitelikte olduğu görülmektedir. Hukuk genel Kurulu bu kararında renklerin doğada sınırlı sayıda bulunmaları nedeniyle ancak ayırt edici bir karakter kazanmaları koşulu ile marka olabileceklerine hükmetmiştir. Naklen YILMAZ; 2008 a.g.m., s.112.

⁵⁹⁸ Milka'nın mor rengi, TÜRKPATENT tarafından tescil edilmiş bir soyut renk markasıdır.

ağacı, kar tanesi, çiçek gibi çeşitli resimlerin bir araya gelerek oluşturduğu “U” harfini kullanması gibi fotoğraf ve resimlerin marka olarak kullanımının oldukça yaygın olduğu görülmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus kullanılan fotoğraf veya resmin ayırt edici nitelik taşıması ve eğer bu resim veya fotoğraf üzerinde bir başkasının kişilik hakkı ya da örneğin animasyon karakterlerde olduğu gibi fikir hakkı bulunması halinde bu kişilerin izni alınmaksızın kullanımın hukuka aykırı olacağıdır.

Logolar da ayırt edici nitelik taşımaları ve özgün olmaları koşuluyla marka olarak tescil edilebilecektir⁵⁹⁹. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda toplum nezdinde bilinir hale gelmiş olan logoların markalara sağlanan korumadan faydalanabileceğine hükmetmektedir. TEMA ve şekilden oluşan bir işaretin tekstil sektöründeki bir işletme tarafından marka tescil başvurusuna konu edilmesi üzerine TÜRKPATENT ret kararı vermiş ve bunun üzerine konu mahkeme önüne gelmiştir. İlk derece mahkemesi TÜRKPATENT’in tema ve şekilden oluşan markanın Tema Vakfı adına tescilli olduğu ve Paris Sözleşmesi’nin 2. mükerrer 6. maddesi uyarınca korunduğu savunmasını dikkate alarak, “Tema” ibaresinin Tema Vakfı’nın çabalarıyla kamuya mal olan kültürel bir değer haline geldiği gerekçesiyle TÜRKPATENT’in tescil talebinin reddi kararının yerinde olduğuna hükmetmiştir. Kararın temyiz edilmesiyle dosyayı görüşen Yargıtay ilgili dairesi, “Tema+Yaprak Şekli” ibareli logonun Tema Vakfı ile özdeşleşmiş ve toplumun her kesimi nezdinde ayırt edici nitelik kazanmış olduğunu belirterek ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır⁶⁰⁰.

ii- Hareket Markaları

Mülga KHK döneminde her ne kadar marka olabilecek işaretler arasında yer verilmemiş olsa da KHK’nın ilgili maddesinde belirtilen işaretler örnek şeklinde sayıldığından, öğretide hareketlerin de ayırt edicilik ve grafik olarak temsil edilebilme nitelikleri bulunması halinde marka olarak tescil edilebilecekleri ifade edilmiştir.

İnsan ve hayvan hareketi gibi doğal hareketler marka konusu olabileceği gibi teknik aletler yardımıyla hazırlanan hareketler de marka konusu olabilir⁶⁰¹.

SMK’da her türlü işaretin marka olabileceği belirtilmekte ve Sınai Mülkiyet Kanunu’nun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin 7/ (5). fıkrasında, başvurunun hareket

⁵⁹⁹ SULUK; a.g.e., s.572.

⁶⁰⁰ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 201.12.2005 tarihli, 2004/13588 Esas ve 2005/12574 Karar sayılı kararı için bkz. YILMAZ; a.g.e., s.230 vd.

⁶⁰¹ KARASU, Raif; “Üç Boyutlu Biçim ve Hareket Markaları”, BATIDER, C. 25, S. 3, Yıl 2008, s.341.

markası olarak tescilinin talep edildiği hallerde izlenecek yöntem açıklanmıştır. Buna göre; “Başvurunun hareket markası olarak tescilinin talep edildiği hallerde bunun başvuru formunda açıkça belirtilmesi ve işareti oluşturan hareketi tasvir eden bir görüntünün veya hareketsiz ya da hareketli görüntü dizisinin Kuruma sunulması gerekir. Gösterimler, markanın bütünlüğünü bozmayacak nitelikte olmalıdır.”

Buna göre, bir hareketin birbirini takip eden resimler halinde ifade edilmesi ve her bir resmin kelimelerle anlatılmasıyla grafik olarak temsil şartı sağlanmış olacaktır. SMK’nın yürürlüğe girmesiyle mülga KHK’daki “çizimle ifade edilebilme” koşulu yerine “sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olma” koşulunun getirilmesiyle hareketlerin marka olarak tescil edilebilirliği konusunda herhangi bir tartışma kalmadığı söylenebilir⁶⁰².

Bir hareketin marka olarak nitelendirilebilmesi için soyut ayırt edici niteliğe sahip olması gerekir. Soyut ayırt edici niteliğe haizlik de bir bütünlük arz etmesi gerekir. Bu anlamda hareketin marka olarak kabul edilebilmesi için hareketin gözde bıraktığı ilk izlenimde kavranmasını gerektirir. Uzun bir bakma ve uzun bir düşünme ile kavranacak bir hareketin ayırt edici niteliği bütünlük unsuru eksikliğinden dolayı sorun yaşatır⁶⁰³. Bu sebeple sicilde gösterilen gösterimlerin markanın bütünlüğünü bozmayacak nitelikte olmasına dikkat edilmelidir.

ii- Diğer İşaretler

SMK’da, ayırt edicilik ve sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olma niteliklerini taşıyan her türlü işaretin marka olarak tescil edilebileceği düzenlenmiştir. Gerek ticaret hayatında ve günlük yaşamda gerekse teknolojiye yaşanan gelişmelerin tüketicilerin algıları ve tercihleri üzerinde meydana getirdiği değişikliklere bağlı olarak marka olarak tercih edilen işaretlerin kapsamı da genişlemektedir.

Gerek Yargıtay gerekse diğer ülkelerin marka uyuşmazlıklarının görüldüğü yargı organları marka olabilecek işaretleri daha geniş yorumlamaya başlamıştır. Örneğin Almanya Yüksek Federal Mahkemesi önüne gelen bir uyuşmazlıkta dokunma hissi vasıtasıyla bir işletmenin ürününü diğer işletmelerin ürünlerinden ayırt eder nitelikteki dokunma markasını o uyuşmazlık için tescil etmemekle birlikte dokunma markalarının da tescili mümkün

⁶⁰² SULUK; a.g.e., s.164.

⁶⁰³ KARASU; a.g.m., s.343.

işaretlerden olduğuna hükmetmiştir⁶⁰⁴.

Hologramlar, internet alan adı markaları, bir işaretin ürün üzerindeki konumu olarak ifade edilen pozisyon markaları, bir işletmenin mağaza veya işyeri tasarımları gibi başka işaretlerin de marka olarak tescil edilebileceği kabul edilmektedir⁶⁰⁵. Tüketicilerin algılarında yaşanan değişimler ve teknolojinin gelişmesiyle birlikte “sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olma” koşulunun sağlanabildiği işaret türlerinin artmasının marka olarak tescil edilebilecek işaretleri değiştireceği kapsamını genişleteceği tartışmasıdır.

2- Fiil

Ceza hukuku açısından hareket ile neticenin birlikte belirtilmesi için “fiil” kavramı kullanılmaktadır⁶⁰⁶. Fiilin iki unsuru olan hareket ve neticenin arasındaki bağlantı da fiilin varlığı için şart olan nedensellik bağıdır⁶⁰⁷. Bazı hallerde kanun hareket sonrası neticenin gerçekleşmesini aramadığı hallerde yine de harekete cezanın tamamının verileceğini kabul ediyorsa bu tip fiillere neticesi harekete bitişik suç, neticesiz suç ya da tehlike suçu denilmektedir⁶⁰⁸.

Marka hakkına tecavüz suçunun kanuni metninde belirtilen hareket, başkasına ait tescilli bir marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal veya hizmet sunmak, üretmek, satışa arz etmek, satmak, ithal ya da ihraç etmek, ticari amaçla satın almak, bulundurmamak, nakletmek veya depolamak şeklindedir. Suç tipinde “veya” bağlacı ile birden çok hareketin sayıldığı görülmektedir. O halde marka hakkına tecavüz suçu seçimlik hareketli bir suç tipidir. Burada belirtmek gerekir ki seçimlik hareketlerden birkaçının veya hepsinin gerçekleşmesi halinde dahi suç bir defa işlenmiş sayılır. Bu durumda birden fazla suçun işlenmesinden bahsetmek mümkün değildir⁶⁰⁹.

Marka hakkına tecavüz suçunda cezalandırılan şey zarar tehlikesi olduğundan bir zarar oluşması, zararın ortaya çıkıp çıkmadığı veya bir neticeye bağlanıp bağlanmadığı önem arz etmez. Marka hakkına tecavüz suçlarında, özellikle iltibas suretiyle tecavüzün olduğu hallerde, “karıştırma ihtimali” nin varlığı bir netice değil bizatihi fiilin kendisidir. Bir başka ifadeyle karıştırma ihtimali veya tehlikesinin varlığı zaten suçun maddi unsurunu

⁶⁰⁴ SULUK/KARASU/NAL; a.g.e., s.165.

⁶⁰⁵ ÇOLAK; 2018 a.g.e., s.94 vd.

⁶⁰⁶ DÖNMEZER/ERMAN; Cilt II, a.g.e., s. 80.

⁶⁰⁷ DÖNMEZER/ERMAN; Cilt II, a.g.e., s. 81.

⁶⁰⁸ DÖNMEZER/ERMAN; Cilt II, a.g.e., s. 80.

⁶⁰⁹ ÖZGENÇ; 2019 a.g.e., s.173.

oluşturur. Karıştırma ihtimali kavramı bir sonucu değil iltibasın varlığının belirlenmesi için yani suçun maddi unsurunun varlığının belirlenmesi için kullanılmaktadır⁶¹⁰. Suçu oluşturan ya da maddi unsurunu ihtiva eden şey karıştırma ihtimalinin varlığıdır. Yoksa benzerliğin karıştırmaya somut olarak sebebiyet vermesi değildir. Marka hakkına tecavüz suçu bu yönüyle neticesiz suç veya sırf hareket suçu olarak tanımlanır⁶¹¹.

Marka hakkına tecavüz suçu aynı zamanda bağlı hareketli bir suç tipidir. Suçun kanuni tanımının hangi tür hareketlerle icra edilebileceği belirtilmiş ise bağlı; kanuni tanımında o suçu oluşturan fiilin hangi hareketlerle oluşacağına dair özelleştirme yapılmadıysa o suç serbest hareketli suç olur⁶¹². O halde marka hakkına tecavüz suçu ancak iktibas veya iltibas suretiyle “iktibas veya iltibas” hareketlerinden biri kullanılmak suretiyle kendilerinden sonra gelen “mal veya hizmet sunmak, satışa arz etmek, üretmek, satmak, ithal ya da ihraç etmek, ticari amaçla satın almak, bulundurmak, nakletmek veya depolamak” seçimlik fiillerinin biri ya da birden fazlasının birlikte işlenmesiyle suç tamamlanmış olacaktır.

Tescilli marka hakkına tecavüz suçunun maddi tanımında kullanılan iktibas ve iltibas kavramları yaşayan hukuk dilinde yaygın olarak kullanılan kavramlar değildir. Bu yönüyle daha önce hukukumuzda mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda⁶¹³ ve marka hukuku mevzuatında da mülga 551 sayılı Markalar Kanunu’nda kullanılmış olan iktibas ve iltibas kavramları aslında marka hukukunun özel hukuk uyuşmazlıklarına özgü kavramlar olup ceza hukukunun “suçta ve cezada kanunilik ilkesi” açısından da sorunlu, muğlak, yeteri

⁶¹⁰ Başbüyük karıştırma ihtimalinin hukuki bir değerlendirmeye tespit edilen soyut tehlikenin failin bilgisi dahilinde olup olamadığının aranması gerektiğini, kastın varlığı için failin, kullandığı işaret ve ürünlerin tescilli bir markaya olan benzerliğini bilmesinin yeterli olduğunu ve “benzerliğin karıştırma ihtimali yaratacağını bilmiyordum” şeklinde bir savunmanın kastın varlığını ortadan kaldırmayacağını belirtmektedir. Bkz. BAŞBÜYÜK, 2018 a.g.e., s.156-157.

⁶¹¹ Burada belirtmek gerekir ki tüm suçlar bir hakkı korumaya yönelik olduğu gerçeğinden hareketle her halükârda neticeli bir harekettir. Her şeyden önce koruduğu hakkın ihlali o hareketin bir sonucu, neticesidir. DÖNMEZER/ERMAN; Cilt II a.g.e., s. 101.

⁶¹² ARTUK/GÖKÇEN; a.g.e., s.265.

⁶¹³ Mülga TTK’nın haksız rekabet başlıklı 4. faslında 57/5. maddede “Başkasının emtiası, iş mahsulleri, faaliyeti veya ticaret işletmesiyle iltibaslar meydana getirmeye çalışmak veya buna müsait bulunan tedbirlere başvurmak, hususiyile başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtmaya vasıtalarıyla iltibasa meydan verebilecek surette, ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtmaya vasıtaları kullanmak veya iltibasa meydan veren malları, durumu bilerek veya bilmeyerek, satışa arz etmek veya şahsi ihtiyaçtan başka her ne sebeple olursa olsun elinde bulundurmak” üç kez; ayrıca aynı mülga kanunun gemi ticareti başlıklı dördüncü kitabının 830. maddesinde; “Geminin ilk Türk maliki, gemiye dilediği adı vermekte serbesttir. Şu kadar ki; seçilen ad iltibasa mahal bırakmayacak surette başka gemilerin adlarından farklı olmalıdır” bir kez olmak üzere toplamda dört kez kullanılmış tüm kullanımlarında “karıştırma ihtimali” ya da “karıştırma tehlikesi” yerine kullanıldığı görülmektedir.

kadar açık olmayan kavramlardır⁶¹⁴.

a- “İktibas” ve “İltibas” Suretiyle Tecavüz

aa- İktibas Kavramı

Türk Dil Kurumu’nun sözlüğüne göre⁶¹⁵ ödünç alma, ödünç alınan şey, alıntı olarak tanımlanan iktibas; Osmanlıca sözlükte⁶¹⁶ ise “bir söz veya yazıyı olduğu gibi veya kısaltarak almak, istifade suretiyle almak, bir kelimeyi, bir cümleyi veya bunların manalarını olduğu gibi alma, aktarma, söz nakletme, alıntı” olarak tanımlanmaktadır.

Marka Hukuku açısından iktibas, tescilli bir marka ile ayniyet gösteren işaretlerin kullanılması olarak ifade edilmektedir⁶¹⁷. Ayniyetten kasıt tescilli bir markanın aynı olan işaretin tescil kapsamına giren bir mal veya hizmet ile ilgili olarak taklit edilerek aynen kullanılmasıdır⁶¹⁸. SMK madde 7/2’deki tescilli markayla aynı olan herhangi bir işaretin tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması halinde bunun iktibas olarak kabul edilmesi gerektiği ve bu şekilde kullanımın SMK 29/1-a’da 7. maddeye atıf yoluyla, marka hakkına tecavüz sayılan fiillerden olduğu düzenlenmiştir. Kanun koyucu, hukuk sistemimizde aktif olarak kullanılmayan⁶¹⁹ iktibas kavramını, 7. maddesindeki gibi açıklama cümlesini kullanmak yerine, mülga KHK’daki haliyle kullanmayı tercih ederek bir nevi mevcut düzenlemelerin devamı niteliğinde bir yenileme yapmıştır⁶²⁰.

Mülga 551 sayılı Markalar Kanunu’ndaki açıklamanın benzerinin mevcut SMK’da olmaması “suç ve cezada kanunilik ilkesi” açısından iktibas kavramının muğlak bir ifade

⁶¹⁴ MANTI, Nebile Pelin; Marka Suçları, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Mart 2009, s.62.

⁶¹⁵ www.sozluk.gov.tr E.T. Mart 2019.

⁶¹⁶ Tanım için bkz. Luggat Osmanlıca Türkçe Sözlük www.luggat.com E.T. Mart 2019.

⁶¹⁷ BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e., s.98.

⁶¹⁸ KAYA; a.g.e., s.266.

⁶¹⁹ İktibas ve iltibas kavramları, Türk Hukuk Sisteminde, özellikle de son dönem çıkartılan kanunlarda tercih edilmeyen ve yaygın olarak kullanılmayan kavramlardır. Daha önce, Mülga 551 sayılı Markalar Kanunu’nda ve yine 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda kullanılmış olan bu kavramlar, özellikle Türk Ticaret Kanunu yenilenirken varlıklarını koruyamayarak yerlerine yeni kavramlar tercih edilmiştir. Mülga 551 sayılı Markalar Kanunu yerine kabul edilen mülga 556 sayılı KHK’da, iktibas ve iltibas kavramı başta tercih edilmemişken daha sonra 21.01.2009 tarih ve 5833 sayılı Kanun ile KHK’nın 61/a hükmü değiştirilerek yürürlükteki SMK’nın da temelini oluşturan, “başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz” fiili tekrar marka mevzuatına girmiş ve varlığını devam ettirmiştir. Çağlar’a göre söz konusu değişiklik isabetli bir tercih değildir ve KHK’nın kavram bütünlüğünü bozmuştur. KHK madde 9’daki “aynen kullanım” ve iltibas için de “halk tarafından karıştırılma ihtimali” kavramlarının aynı mevzuatta farklı ifadelerle kullanılmasının bu karışıklığa sebebiyet verdiğini ifade eden Çağlar, iktibas veya iltibas kavramları yerine “aynen veya karışıklığa yol açacak şekilde benzerinin kullanılması” ifadesinin tercih edilmesinin sorunu çözeceğini belirtmektedir. ÇAĞLAR; a.g.e., s.152.

⁶²⁰ Tekinalp, SMK’nın yeni bir düzenleme olmadığını, genel gerekçesinde de belirtildiği gibi mevcut sistemi revize eden bir düzenleme olduğunu ifade etmektedir. TEKİNALP; 2017 a.g.m., s.8.

olarak görülmesine sebebiyet vermektedir. Bu nedenle iktibas kavramının çerçevesinin çizilerek ne anlaşılması gerektiği yargı kararları ve doktrine göre şekillenecektir.

İktibasın ne olduğuyla ilgili bakılması gereken yer SMK'nın 7/2-(a) bendindeki “tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin, tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması”, 29/1-(b) ve (c) bentlerindeki “markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak” kavramlarıdır ve bu maddelerin tam olarak iktibas ifade ettiği genel olarak kabul görmektedir⁶²¹. Ayrıca belirtmek gerekir ki SMK açısından iktibasın tam olarak ne olduğu, mutlak tescil engellerini düzenleyen SMK'nın 5/1-(ç) bendindeki “Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş ya da daha önceki tarihte tescil başvurusu yapılmış marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretler” düzenlemesinde de net olarak ortaya konulmaktadır. Tescilli bir markanın aynısını veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanma sınırlarından karıştırma ihtimali ya da benzerlik sınırlarına geçilmesi halinde, artık iktibastan değil iltibastan söz edilmelidir.

Aynen kullanımda herhangi bir sorun görünmüyorken, iktibasla iltibas arasındaki sınırı çizebilmek için “ayırt edilemeyecek derecede benzer kullanım” ile “benzerlik” arasındaki farkı belirlemek gerekecektir. Ayırt edilemeyecek derecede benzerlik, tescilli marka ile ortalama bir dikkat ile farklılıkların anlaşılamayacağı derecede ufak değişiklikler içeren bir işaretin kullanılmasıyla gerçekleşir⁶²². Ayırt edilemeyecek derecede benzerlikte tecavüzü oluşturan işaret ile tescilli marka arasındaki benzerlik en güçlü seviyesindedir⁶²³. Diğer bir ifadeyle ayırt edilemeyecek derecede benzer işaret tecavüze maruz kalan tescilli markanın tıpkısıymışçasına bir benzerlik gösterir. Ancak bu durum sübjektif bir değerlendirme gerektirdiğinden her somut olayda ayırt edilemeyecek derecede benzerlik kavramının incelenmesi gerekir. Sübjektif değerlendirme gerekmesinin uygulamada yarattığı bu zorluğun objektif kriterler getirilerek giderilmesi de oldukça güçtür⁶²⁴. Burada dikkat edilmesi gereken belki de tek objektif kriter tescilli markanın esas unsurlarının yani asıl ayırt edici unsurlarının değiştirilmemiş ve bozulmamış olması gerekmesidir.

⁶²¹ KAYA; a.g.e., s.265; AYDIN; a.g.e., s.91; CENGİZ; a.g.e., s.6; ÇETİNTÜRK; a.g.e. s.490; BAŞBÜYÜK, 2018 a.g.e., s.98.

⁶²² TEKİNALP, a.g.e., s.438; BAĞCI, Gamze; Marka Suçları, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eylül 2007, s.70.

⁶²³ TEKİNALP; a.g.e., s. 438.

⁶²⁴ Bağcı, “benzerlik” ile “ayırt edilemeyecek derecede benzerlik” kavramlarını aralarındaki farkı tam olarak tanımlamanın mümkün olmadığını, ancak kesin olarak söylenebilecek tek şeyin “ayırt edilemeyecek derecede benzerlik” halinin tescilli markaya benzerlikten bir adım daha yakın olması gerektiğini ifade etmektedir. BAĞCI, a.g.t., s. 70-71.

Mahkemelerce her somut olayda saptanması gereken bu durum hâkim nezdinde az da olsa bir kuşku yaratıyor ise orada artık iktibastan değil iltibas suretiyle tecavüzden bahsetmek ve buna göre sonuca ulaşmak gerekir⁶²⁵.

İktibas kavramının en güzel açıklaması 551 sayılı mülga Markalar Kanunu'nun tecavüz hallerini düzenleyen 47. maddesinde yapılmıştır. Mülga kanunun 47. maddesinde, “Başkasına ait tescilli bir markanın biçim, mâna veya bunlardan birisi itibariyle eşini veya ebat yahut renk itibariyle veyahut dikkatle bakılmadıkça farkına varılmayacak kadar cüzi surette değiştirilmiş şeklini kullanan kimse bu markayı aynen kullanmış sayılır.” şeklinde tanım niteliğinde bir açıklamaya yer verilmiştir. Aynen kullanım olarak kabul edilen iktibas için de belirtilen tanımlamanın birebir örtüştüğü kabul edilmelidir. Aynen kullanımın tam veya kısmen olarak da olabileceği, kısmen ifadesinden anlaşılması gerekenin aynı nitelikte sayılacak ölçüde kısmi farklılıkla kullanılması olduğu da ifade edilmektedir⁶²⁶. Kanaatimizce buna kısmen demekten ziyade güncel ifadesiyle “ayırt edilemeyecek derecede benzer” kavramıyla tanımlamak daha doğru olacaktır⁶²⁷.

SMK'nın 29/1-(b) bendindeki “markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek” ve aynı hükmün (c) bendinde de “markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini...” ifadeleri, tam anlamıyla SMK'nın iktibas tanımlamak için kullandığı ifadelerdir. Bu bağlamda iktibas kavramı uluslararası metinlerde tanımlanan “marka taklitçiliği fiili” (trademark counterfeiting) ile de örtüşmektedir⁶²⁸.

bb- İktibasın Tespiti

İktibasın tespiti, tescilli marka ile işaretin aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer olup olmadığı genel olarak markanın bir bütün halinde bıraktığı intiba dikkate alınarak yapılmalıdır. TRIPS aynı işaretin aynı mal veya hizmetlerde kullanılması halinde

⁶²⁵ CENGİZ; a.g.e., s. 11.

⁶²⁶ KAYA, a.g.e., s.266; AYDIN; a.g.e., s.91; CENGİZ; a.g.e., s.6.

⁶²⁷ Yargıtay 11. HD, 08.06.2000, E. 2000/4615, K. 2000/5298: “Davacı ve davalı tarafların aynı alanda faaliyet gösterdikleri; davacı şirketin kullandığı markanın tescilindeki logonun çift çıplak ayak logosu, davalıların tescilindeki logonun ise tek çıplak ayak logosu olduğu ancak tüketici hafızasında kalan sadece çıplak ayak imajı olduğu; davacı tescilinin daha eski olduğu; gerekçesi ile davalı markasının hükümsüzlüğü ne davalıların hükümsüz sayılabilecek logoyu kullanmalarının haksız rekabet oluşturacağına dair mahalli mahkeme kararı Usul ve Kanun'a uygundur.” Naklen; ARSLAN, Çetin; ÖZDEMİR, Didar; “Türk Hukukunda Marka Suçları -Sorunlu Noktalar Üzerine Bir İnceleme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2016, C. 65, S. 4, s.1095.

⁶²⁸ TRIPS'in 51. maddesinin 13. dipnotunda, “tescil edilmiş bir markadan esas unsurları ile ayırt edilemeyen bir markanın izinsiz kullanımı” şeklindeki ifade “ayırt edilemeyecek derecede benzer” ifadesiyle eşdeğer kabul edilmelidir. Benzer görüş için bkz. ÇETİNTÜRK; a.g.e., s.491.

karışıklık olasılığının mevcut olduğunun varsayılacağını ve sahte markalı malın tanımında “geçerli tescil edilmiş bir markayı ya da esas unsurları ile bu markadan ayırt edilemeyen bir işaretin izinsiz kullanımı” ifadesiyle işaretin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmektedir⁶²⁹. TRIPS’in de vurguladığı gibi iktibasın tespitinde dikkat edilmesi gereken husus, tescilli marka ile aynı ya da ayırt edilemeyecek derecede benzer işaretin, aynı mal veya hizmette kullanılmasıdır. Ayrıca burada alıcı kitlesinin tescilli marka ile işareti birbirine karıştırma tehlikesinin varlığına bakılmaz.

aaa- Aynı İşaret

“Aynı” kavramı tescilli bir marka ile işaretin arasında yazı, karakter, sözcük, şekil, rakam, renk gibi tüm unsurlarıyla aralarında herhangi bir fark olmamasını, tıpa tıp aynı ve özdeş olmasını ifade eder⁶³⁰. TÜRKPATENT’in de belirttiği ve Yargıtay’ın da yerleşik kararlarıyla tanımladığı gibi başvuruya konu işaretin daha önce tescil edilmiş veya başvurusu yapılmış marka ile aynı olması, karşılaştırılan işaretlerin özdeş, farksız, tıpa tıp taklit, aynen veya bire bir kopya olmasıdır⁶³¹. TÜRKPATENT’in değerlendirmesine göre tescilli marka ile işaret arasında, markaların farklı büyüklükte olması veya sözcük markalarının yazı karakterinin, renginin farklılaştırılması gibi önemsiz farklar dışında küçük de olsa farklılık bulunması halinde aynı sayılması mümkün olmamakla birlikte⁶³² bu durumda ayırt edilemeyecek derecede benzer olup olmadıkları araştırılmalı ve aynı mal veya hizmet sınıfında olup olmadıkları da göz önüne alınarak değerlendirme yapılmalıdır⁶³³.

Aynılık kavramını dar bir şekilde yorumlayan AB Fikri Mülkiyet Ofisi’ne (EUIPO) göre tek bir harfin bile değişmesi halinde aynı olmalarından söz edilmesi mümkün değilken⁶³⁴, AB Adalet Divanı (EUCJ) daha geniş bir yorumla işaretlerin her bakımdan tamamen birbirleriyle aynı olması gerekiyor ise de aralarındaki farklılıklar, bir bütün olarak bakıldığında, ortalama tüketici tarafından ayırt edilemeyecek seviyede önemsiz farklılıklar ise ve taklit edilen markanın herhangi bir değişiklik veya modifikasyon yapılmadan diğerinin kopyasını oluşturuyor ve markanın tüm unsurlarını taşıyor ise iki işaretin özdeş

⁶²⁹ TRIPS 13/birinci fıkra ve 51.maddenin 13(a) no’lu dipnotu metni.

⁶³⁰ ÇOLAK; 2018 a.g.e., s.135.

⁶³¹ Aynılık kavramının TÜRKPATENT tarafından nasıl değerlendirileceğine ilişkin olarak bkz. 2021 Marka İnceleme Kılavuzu s.188-189; <https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/CFF1AE84-9563-42D6-BC18-1EF3597D01CC.pdf>.

⁶³² TÜRKPATENT Marka İnceleme Kılavuzu 2021 s.189.

⁶³³ ÇOLAK; 2018 a.g.e., s.135.

⁶³⁴ EUIPO’ya göre NOVALLOY ile NOVALOY, sözcükler birbirleriyle tıpa tıp aynı olmadıklarından, aynı kabul edilmeleri mümkün değildir. Naklen; ÇOLAK; 2018 a.g.e., s.135.

olduğunu kabul etmek gerekir yorumunu yapmaktadır⁶³⁵.

Aynılık ile ilgili TÜRKPATENT'in marka inceleme kılavuzunda bazı değerlendirme kriterleri belirlemiştir. Bu kriterler;

-Markaların aynı kabul edilmesi için, markaları oluşturan unsurların tamamen aynı olması gerekir. Markaları oluşturan tüm unsurlar aynı iken, bunların boyutlarının farklı olması veya kelime markalarında yazı karakterinin, renginin farklı olması, markaların aynı olarak kabul edilmesi durumunu değiştirmez⁶³⁶.

- Markaların kelime unsurları aynı, markaların en az birisinde yer alan şekil unsuru farklı ise markalar aynı olarak değerlendirilmez, ayırt edilemeyecek kadar benzerlik incelemesine geçilir⁶³⁷.

- Markaların kelime ve/veya şekil unsurları aynı, markaların en az birisinde yer alan tali unsurlar farklı ise markalar aynı olarak değerlendirilmez, ayırt edilemeyecek kadar benzerlik incelemesine geçilir. Örneğin, “Yüksel Elektroteknik” ile “Yüksel İnşaat” markaları arasında “Yüksel” ortak kelime unsurunu içermelerine rağmen farklı olan tali unsurlar nedeniyle aynı markalar olarak değerlendirilmez. Bu markalar için ayırt edilemeyecek kadar benzerlik incelemesi yapılmalıdır⁶³⁸.

- Markaların tüm unsurları aynı iken, bu unsurların markalardaki yerlerinin, konumlandırılmasının farklılaştırılması halinde, markalar aynı olarak değerlendirilmez, ayırt edilemeyecek kadar benzerlik incelemesine geçilir⁶³⁹.

- Markaların tüm unsurları, bu unsurların markalardaki yerleri ve sıralaması aynı olsa dahi karşılaştırmaya konu markalarda baskın unsurların farklılaştırılması halinde, markalar aynı olarak değerlendirilmez, ayırt edilemeyecek kadar benzerlik incelemesine

⁶³⁵ ÇOLAK; 2018 a.g.e., s.136.

⁶³⁶ Ankara 3. FSHHM, 05/08/2014 tarih, E. 2014/355, K. 2015/268, İlbak kararında ana unsurları aynı yazım karakterleri, boyutları ve renkleri farklı olan iki işaretin aynı olduğuna hükmetmiştir. Ankara 3. FSHHM 10.04.2014 tarihli E. 2013/296 ve K. 2014/63 sayılı “foton” kararında, ana unsurları aynı olan üç işaretin, işaretlerin yazım tarzı ve renklendirmesi farklı olsa da aynı olarak değerlendirmiştir. Karara konu işaretlerin görselleri için bkz; TÜRKPATENT Marka İnceleme Kılavuzu 2021 s.189 vd., şekil 241 ve 242, ayrıca normal veya gotik yazıyla yazılmış iki işaret için de aynı değerlendirilmesi yapılmalıdır. YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C.I a.g.e., s.228.

⁶³⁷ 11.HD 2015/468 E. No;2015/12081 K. no’lu “Sosyopark” kararında, her ikisinde de farklı renk boyut ve karakterlerde “sosyopark” yazan ancak birinde şekil unsuru eklenmiş olan iki işareti aynı olarak değerlendirmemiş, işaretlerin ayırt edilemeyecek kadar benzerlik yönünden incelenmesi gerektiği hükmüne varmıştır. Karara konu işaretlerin görselleri için bkz; TÜRKPATENT Marka İnceleme Kılavuzu 2019 s.189, şekil 243.

⁶³⁸ İşaretlerin görselleri için bkz; TÜRKPATENT Marka İnceleme Kılavuzu 2021 s.191, şekil 245.

⁶³⁹ Örnek işaretlerin görselleri için bkz; TÜRKPATENT Marka İnceleme Kılavuzu 2021 s.191, şekil 246.

geçilir. Örneğin, örneklerde yer alan tüm unsurlar ve sıralama aynı olmalarına rağmen, “MISFIT SHINE” ibarelerinin markalardaki konumları nedeniyle aynı olarak değerlendirilmemiştir. Bu durumda, bu markalar için ayırt edilemeyecek kadar benzerlik değerlendirmesi yapılmalıdır⁶⁴⁰.

Marka inceleme kılavuzuna göre yukarıdaki genel ilkeler doğrultusunda işaretlerin aynı olduklarına dair karar verilmesi halinde, tüm bu değerlendirmeden sonra markaları oluşturan işaretlerin, kapsadıkları malların ve hizmetlerin aynı ya da aynı tür olup olmadıklarına bakılır. Aynı mal ve hizmet kavramından anlaşılması gereken tescilli markanın tescilinin yapıldığı mal ya da hizmet sınıfı anlaşılmalıdır⁶⁴¹. Aynı mal ve hizmetin nasıl yorumlanması gerektiği ile ilgili TÜRKPATENT’in Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliği’nin⁶⁴² md. 3/4. fıkrasında, “...aynı tür malın veya hizmetin tespitinde, bu Tebliğ ekindeki listede yer alan gruplar esas alınır.

Enstitü marka tescil başvurularının veya itirazların incelenmesi aşamalarında bu grupları, aynı tür malın veya hizmetin tespitinde daha dar veya farklı mal veya hizmet gruplarını da içerecek şekilde daha geniş kapsamda değerlendirebilir.” denilmektedir. Söz konusu yorumlama şekli özel hukuk düzenlemeleri yönünden uygulanabilir ise de tescilli bir marka hakkına tecavüz suçu açısından ancak dar yorum şeklinde uygulama alanı bulabilecektir⁶⁴³. Önüne gelen bir davada hukuk hakimi mal ve hizmet gruplarını olayın özelliklerine göre dar ya da geniş yorumlama imkanına sahiptir. Diğer taraftan aynı dosya ve konu ceza davası olarak ceza hakiminin karşısına gelmesi halinde, söz konusu düzenlemenin suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği⁶⁴⁴ ancak dar haliyle yorumlamak mümkün olacaktır. Kaldı ki iktibasın tespiti doğrudan suçun maddi unsuru olduğu gerçeğinden hareketle aynı mal ve hizmet kavramının nasıl yorumlanması gerektiği hususunu idari bir tebliğe bakarak

⁶⁴⁰ “MISFIT SHINE” ile ilgili örnek işaretlerin görselleri için bkz; TÜRKPATENT Marka İnceleme Kılavuzu 2021 s.191, şekil 247.

⁶⁴¹ UZUNALLI, Marka Korunması a.g.e, s.29.

⁶⁴² 30 Aralık 2016 tarih 29934 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan, “Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ (TPE: 2016/2)” tam metin için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler//2016/12/20161230-24.htm>.

⁶⁴³ Başbüyük’e göre tebliğin yorumu, suç teşkil eden fiillerde de mal ve hizmetleri tespiti bakımından benimsenmelidir. Böylece, somut olayda koşulların haklı kıldığı noktada ceza hakiminin “aynı tür” kıstasını listedekinden daha dar yorumlamasının önünde herhangi bir engel yoktur. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Aksi taktirde ceza hâkimi “somut olayın haklı kıldığı noktada” söz konusu kriteri geniş de yorumlayabilecektir. BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e., s.103.

⁶⁴⁴ 5237 sayılı TCK md. 2/(3) hükmü “Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz”.

değerlendirmek başlı başına sorunlu bir durumdur. Sırf bu yönüyle dahi, iktibas ve iltibas kavramlarının net tanımlarının yapılarak kanunda yer verilmesi bir zorunluluktur.

Bir işarete ekleme yapılarak aynılığın bozulup bozulmadığı, yapılan eklemenin işaretin bütünü üzerinde etki doğurup doğurmadığına bakılarak belirlenir. Burada ikili bir ayırım yapmak gerekir Şöyle ki; tescilli bir markanın esas unsurunun yanına cins ve nitelik belirten bir ifadenin eklenmesi halinde aynen kullanım olarak kabul edilmesi gerekir⁶⁴⁵.

bbb- Ayırt Edilemeyecek Derecede Benzer İşaret

Ayırt edilemeyecek kadar benzerlik, karşılaştırılan işaretler aynı olmamakla birlikte, ortalama düzeyde tüketici nezdinde bıraktığı genel izlenimin neredeyse aynı olmasıdır. Bu yakın benzerlikte işaretler arasındaki farklılık o kadar önemsizdir ki ilgili tüketici bakışıyla işaretler görsel ve işitsel olarak aynıymış gibi algılanır.

Ayırt edilemeyecek derecede benzerlik, tescilli marka ile ortalama bir dikkat ile farklılıkların anlaşılamayacağı derecede ufak değişiklikler içeren bir işaretin kullanılmasıyla gerçekleşir⁶⁴⁶. Ancak bu durum sübjektif bir değerlendirme gerektirdiğinden her somut olayda ayırt edilemeyecek derecede benzerlik kavramının incelenmesi gerekir⁶⁴⁷. Yargıtay’a göre ayırt edilemeyecek derecede benzerlik; “karıştırılan işaretler arasındaki farklılıkların, markanın kapsadığı mal ve hizmetin orta düzeydeki alıcı kitlesi üzerinde bıraktığı genel izlenim itibarıyla önemsenmeyecek derecede düşük olması nedeniyle aynı işaret gibi algılanmasıdır”⁶⁴⁸.

Ayırt edilemeyecek derecede benzerlikten söz edilebilmesi için, ilgili tüketici kitlesi açısından, karşılaştırmaya konu işaretler arasında herhangi bir araştırma ve inceleme

⁶⁴⁵ “Sultanahmet Köftçisi” markasının “Meşhur Sultanahmet Köftçisi” olarak kullanılması, halinde aynen kullanım söz konusudur. YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C.I a.g.e., s.396.

⁶⁴⁶ TEKİNALP; a.g.e., s.438; BAĞCI, Gamze; Marka Suçları, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eylül 2007, s.70

⁶⁴⁷ Yargıtay “Gökpain” markası için verdiği bir kararda belirttiği prensipler hem Yargıtay’ın birçok kararında hem de İlk Derece Mahkemeleri tarafından emsal olarak gösterilmektedir. Yargıtay Gökpain kararında, ayırt edilemeyecek kadar benzerlik sonucuna ulaşabilmek için karşılaştırılan işaretlerin bir bütün olarak tüketici kitlesi nezdinde bıraktıkları izlenimin dikkate alınması gerektiği sonucuna varmıştır. Buna göre, karşılaştırılan markaların grafik tasarımdan oluşan şekil ve kelime unsurlarıyla birlikte karma nitelikleri, görünüş, yazılış ve düzenleniş biçimleri itibarıyla bıraktıkları genel izlenim değerlendirmeye alınmalı ve bu genel izlenim sonucunda ortaya çıkan benzerliğin de ayrıca karıştırılma ihtimali değerlendirmesi yapılmasını gereksiz kılacak derecede güçlü ve açık olması aranmalıdır. 11.HD 12.10.2010 tarihli, 2008/14092 Esas ve 2010/10118 Karar sayılı kararı. Yargıtay’ın aynı gerekçelerle verdiği diğer bir kararı ve değerlendirme için bkz. Yargıtay, 04.10.2010 tarih ve 2008/14089 Esas ve 2010/10287 Karar sayılı "Zenith Optimedia+şekil" kararı. TÜRK PATENT Marka İnceleme Kılavuzu 2021 s.192, dn.58.

⁶⁴⁸ Yargıtay HGK’nun 05.10.2012 tarih, 2012/11-154 Esas, 2012/659 Karar sayılı kararı, naklen UZUNALLI; 2019 a.g.e., s.48.

yapılmasını gerektirmeyecek derecede açık ve net biçimde benzerliğin ortaya çıkmasının kesin olarak öngörülebilir olması gerekir. İşaretler arasındaki benzerliğin inceleme gerektirmeyecek derecede açık ve net olmadığı halde bu benzerlik, karıştırılma tehlikesi değerlendirmesinin konusu olacaktır.

Ayırt edilemeyecek derecede benzerlik tescilli marka ile tescilli markayı taklit eden işaret arasında çok güçlü seviyededir. Öyle ki taklit eden işaret çok küçük değişiklikler içerse de tecavüz ettiği markaya neredeyse tıpatıp aynıymışçasına benzerlik gösterir. Belirtilen ufak değişiklikler “SONY” ve “SQNY”, “Pover pack” ile “POVER pack” veya “BUFFALO” ile “BUFAALO”⁶⁴⁹ işaretlerinde olduğu gibi bir harfin değişikliği, büyük küçük yazılması veya yerinin değiştirilerek kullanılması gibi olabilmektedir. Diğer bir ayırt edilemeyecek derecede benzerlik hali “lux” ile “lüks”, “Beliks” ile “Belix” ya da “Chanel” ile “Şanel” gibi işaretlerin karşılaştırmasında karşımıza çıkabilmektedir. Örneklerdeki gibi işaretler göz ile görsel olarak bakıldığında farklı ya da benzer olarak nitelendirilebilecek iken kulak ile değerlendirildiğinde ise ayırt edilemeyecek derecede benzer sonucuna ulaşılacaktır.⁶⁵⁰

Yargıtay’a göre ayırt edilemeyecek derecede benzerlik değerlendirmesi, karşılaştırılan işaretlerin öncelikle şekil ve ibareden oluşan karma nitelikleri, sonra da görünüş, yazılış ve düzenleniş biçimlerine göre bıraktıkları genel izlenimleri dikkate alınarak yapılmalıdır. Bir işaretin “karma nitelikte işaret” olarak kabul edilebilmesi için, ayırt edicilik unsuru veya unsurlarıyla birlikte şekil unsuru ya da unsurlarının yer alması gerekir. Bununla birlikte bu tarz markalara ayırt edici nitelikte olmayan ve/veya tanımlayıcı nitelikteki tali kelime unsuru ya da unsurlarının eklenmesi halinde de işaretler karma nitelikli olarak kabul edilecektir. Ayırt edici işaret (şekil/ibare) ve tali unsur içeren ya da tek başına şekilden ya da ibareden oluşan işaretler karma nitelikteki işaret sayılmaz⁶⁵¹.

Karma nitelikte olmayan işaretlerde, işaretlerin benzerlik değerlendirmesi ayırt edici esas unsurlar dikkate alınarak yapılır. Ayrıca bütüncül değerlendirme ilkesi gereği,

⁶⁴⁹ Bu iki işaret için Yargıtay vermiş olduğu kararda her iki işaret arasında ayırt edilemeyecek derecede benzerliğin var olduğu kararına varmıştır. 11. HD. 20.02.2007 tarihli, 2005/11912 Esas, 2007/3207 Karar sayılı kararı naklen; BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e., s.102, dn.263.

⁶⁵⁰ YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C.I a.g.e., s.228.

⁶⁵¹ TÜRK PATENT Marka İnceleme Kılavuzu 2021 s.193, Yargıtay’ın, vermiş olduğu kararlarda; “İnnovia ile İnova”, “Flex ile Flex Seramik”, “Martı Hotels Turkey ile Martı Giova Marmaris+Sekil markası”, “Orchestra ile Orkestra”, “Medicana ile Medicenna” markası arasında ayırt edilemeyecek derecede benzerlik sonucuna ulaşmıştır. Kararlar için bkz ÇOLAK; 2018 a.g.e., s.139.

işaretlerde yer alan ayırt edici nitelikte olmayan ya da tanımlayıcı nitelikteki tali kelime unsurlarının kavramsal olarak birbirlerine yakınlığı ya da uzaklığının da benzerlik değerlendirmesinde etkili olduğu kabul edilir⁶⁵².

cc- İltibas Kavramı

Osmanlıca sözlüğe göre⁶⁵³, “birbirine benzeyen şeyleri şaşırıp birbirine karıştırmak, yanlışlık karışıklık, tereddüt, şüphe, karıştırma, benzeyen şeyleri birbirine karıştırma şaşırıp yanılma, ayıramama, birbirinden ayıramama”; Türkçe sözlükte⁶⁵⁴ ise “andırışma” gibi bir kavramla anlatılmaya çalışılan, andırışma kelimesinin anlamına bakıldığında⁶⁵⁵ da “ortak yönleri bulunan iki şey arasındaki benzeşme” olarak tanımlanan iltibas kavramı marka hukukunda net bir tanımlama veya açıklama bulunmamakla birlikte genel olarak başkasına ait tescilli bir markayla alıcıların karıştırmalarına neden olacak kadar benzer bir işaretin kullanılması⁶⁵⁶ iki markanın birbirine benzemesi , andırması, halk tarafından karıştırılması olarak ifade edilebilir⁶⁵⁷.

İktibasta olduğu gibi iltibas için de SMK’da herhangi bir açıklama yoktur. Burada kavramdan ne anlaşılması gerektiği hususunda yine mülga 551 sayılı Markalar Kanunu’na bakmak gerekir. Mülga Markalar Kanunu 47/a-3 maddesinde “Başkasına ait tescilli bir markaya, toplu olarak bıraktığı umumi intiba itibariyle ilk bakışta kolayca tefrik edilemeyecek şekilde benzeyen ve bu suretle iltibasa sebebiyet verecek bir markayı kullanan kimse o markanın benzerini kullanmış sayılır.” şeklinde iltibas kavramının benzeri ya da karıştırmaya yol açacak derecede benzerini kullanmak olarak kullanıldığı görülmektedir. Söz konusu kullanım 551 sayılı kanunu ilga eden mülga 556 sayılı KHK’da ilk başta tercih edilmemiş, sonradan kabul edilen 3 Kasım 1995 tarih, 4128 sayılı Kanun ile 556 sayılı KHK’da değişikliğe gidilerek KHK’ya 61/A maddesi eklenmiş, bu suretle iktibas ve iltibas kavramları tekrar kullanılmaya başlanmıştır.

Hukuk mevzuatımızda iktibasta olduğu gibi iltibas da mülga 6762 sayılı TTK’nın 57/5. (...ticaret işletmesiyle *iltibas* meydana getirmeye çalışmak...ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtmaya vasıtalarıyla kullanmak veyahut *iltibasa* meydan veren malları...) ve 830. (...seçilen ad iltibasa mahal bırakmayacak surette başka gemilerin adlarından farklı...)

⁶⁵² TÜRKPATENT Marka İnceleme Kılavuzu 2021 s.194.

⁶⁵³ <https://www.luggat.com/index.php#ceviri>.

⁶⁵⁴ <https://sozluk.gov.tr/>.

⁶⁵⁵ <https://sozluk.gov.tr/>.

⁶⁵⁶ CENGİZ; a.g.e., s.7.

⁶⁵⁷ ARSLAN/ÖZDEMİR; a.g.m., s.1095.

maddelerinde kullanılmaktaydı. Ancak burada kullanılan halleri yeni kanun metinleri hazırlanırken iltibas kavramı yerine 6102 sayılı TTK'nın 55/4. bendinde "...malları iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile *kariştirilmeye* yol açan önlemler...", 938. maddesinde de "...seçilen ad *kariştirilmeye* yol açmayacak şekilde..." olarak kullanılması tercih edilmiştir. 6102 sayılı TTK'da iltibas yerine "kariştirilme" kavramının bilinçli tercih olduğu da kanunun 55/4 fıkrasının gerekçesinde açıklanmaktadır⁶⁵⁸.

Türk hukuk mevzuatında yukarıdaki kullanımlar dışında iltibasın aynı anlamda 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda da kullanılmaya devam edildiği görülmektedir. Burada da söylemek gerekir ki mülga 551 sayılı Markalar Kanunu'ndaki açıklamanın benzerinin mevcut SMK'da olmaması "suç ve cezada kanunilik ilkesi" açısından iktibas kavramında olduğu gibi iltibas kavramının da muğlak bir ifade olarak görülmesine sebebiyet vermektedir. Bu nedenle iktibas ve iltibas kavramlarının çerçevelerinin çizilerek ne anlaşılması gerektiği hususları yargı kararları ve doktrine göre şekillenecektir.

İltibasın ne olduğuyla ilgili SMK'nın 7/2-(b) bendindeki "Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından tescilli marka ile ilişkilendirilme ihtimali de dâhil *kariştirilme ihtimali* bulunan herhangi bir işaretin kullanılması" düzenlemesine bakılması gerekir⁶⁵⁹. Burada ifade edilen "tescilli markaya benzer yada kapsadığı mal veya hizmetler açısından da benzer olup halk tarafından tescilli markayla ilişkilendirme ihtimali dahil *kariştirilme ihtimali* bulunma" durumu iltibası ifade

⁶⁵⁸ 6102 sayılı TTK'nın 55/4. bendindeki kullanım, aynı kanunun gerekçesinde; "Bu bent *kariştirilmeyi*, yani 6762 sayılı Kanunun 57. maddesinin (5) numaralı bendinde kullanılan terimle iltibası düzenlemektedir. (4) numaralı alt bendin ilkeleri ve amacı, 6762 sayılı Kanunun 57. maddesinin (5) numaralı bendi ile özdeş olmasına rağmen lafızda farklıdır. Ancak, bu değişiklik 6762 sayılı Kanundaki hükmün öğreti ve mahkeme kararlarındaki birikiminin feda edilmesi, uygulanamaz kabul edilmesi anlamını taşımamaktadır. Çünkü, *kariştirilme* (iltibas) kavramı, pozitif hukuklar üstü anlamı ve işlevi ile varlığını sürdürmektedir. Marka KHK "iltibas" yerine "kariştirilme" kavramı kullandığı ve bu terim öğreti ve içtihatlarla yerleşmeye başladığı için, burada da aynı terim tercih edilmiştir. Bu sebeple bentte basit ancak kapsamı geniş bir ifadeye yer verilmiştir. "Kariştirilme", yanıltmayı, kandırmayı, yanlış algılatırmayı da kapsar. Hüküm, *kariştirilmeyi* dış görünüş (tanıtım, takdim-görsellik) ve duyuruş (ses yönünden benzerlik) bağlamında düzenler. İç benzerlikten doğan *kariştirilme* (meselâ elektrik devrenin veya yarı iletken topografyasının benzerliği) hükmün kapsamı dışındadır. İç benzerlik "kariştirilme" kavramı ile tanımlanmaz. Dış görünüm koruması, takdim, şekil, tasarım ve donanım korumasıdır. *Kariştirilme* nesnel değerlendirmeyi gerektirir." şeklinde açıklanmaktadır.

⁶⁵⁹ KAYA; a.g.e., s.266.

etmektedir⁶⁶⁰. Ayrıca SMK'nın 30. maddesinin gerekçesine⁶⁶¹ bakıldığında “ilk fıkrasında yer alan “iltibas” kavramı ile “karıştırılma ihtimali” kastedilmektedir” denilmektedir. Her ne kadar kanunda tanımlaması bulunmasa da iltibasın “Karıştırma ihtimali” olarak anlamlandırıldığı ve varlığını devam ettiği söylenebilir⁶⁶².

İktibas ve iltibas kavramları için SMK'nın diğer maddelerindeki ifadelerle de bakılması, SMK'nın yapısından kaynaklanan bazı sorunlara yol açabilmektedir. Yasada bir açıklama ya da tanımlama bulunmaması, söz konusu kavramların içeriklerinin doldurulması sorununun yaratmaktadır. Bu sorunu gidermek için, 2009 yılından önce mülga KHK'daki yollama yönteminin de verdiği alışkanlık ile kanunun diğer maddelerindeki benzer ifadeler kullanılmaktadır.

Ancak SMK'da iktibas kavramı için 7/2-(a) bendindeki “tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin, tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması” ve 29/1-(b) ve (c) bentlerindeki “markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak” esas alınırken; iltibas için de mülga KHK'nın 9/1-(b) bendi ile neredeyse aynı şekilde alınan, SMK'nın 7/2-(b) bendi temel alınmaktadır. Burada sorun SMK'nın 7/2-(b) bendindeki “tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından tescilli markayla ilişkilendirme ihtimali dahil karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması” düzenlemesinde birlikte kullanılan “tescilli marka ile aynı” ve “tescilli marka ile benzer” kavramları ile “ilişkilendirme ihtimali” ve “karıştırılma ihtimali” kavramlarıdır. İltibas için kabul gören açıklama içerisinde “aynı” ile “benzer” ifadelerinin birlikte kullanılması bir hata mıdır yoksa bilinçli bir tercih midir bilinmemektedir. Diğer taraftan iktibas için başvurulmuş düzenlemelerin birinde sadece “aynı kullanım” ifade edilirken diğer maddede “aynısı” tekrar edilerek yanına da “ayırt edilemeyecek kadar benzeri” kavramının eklenmesi ve bu kavramın neden iktibas olarak kabul edildiği hususu da tartışmalıdır. Bu şekilde kullanımın, iktibas ve iltibas kavramları ile SMK'nın diğer hükümleri arasında tam anlamıyla bir uyum olmadığı gerçeğini de ortaya koymaktadır.

⁶⁶⁰ ÖZEN, Mustafa; “Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar ve Yaptırımları”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Cilt:9 Sayı:2 2009 s.63; GÜNEŞ; 2017 a.g.e., s.148; ÇAĞLAR; a.g.e., s.105; ARSLAN/ÖZDEMİR; a.g.m., s.1095; YENİDÜNYA/İÇER; a.g.e., s.75.

⁶⁶¹ 06.04.2016 tarihinde TBMM'ye sunulan 1/699 no'lu Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısının 30. madde gerekçesi metni. Tasarının tam metni için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss341.pdf>.

⁶⁶² Aynı yönde; YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C.I a.g.e., s.399; KAYA; a.g.e., s.137 vd., TEKİNALP; a.g.e., s.436; KESKİN; a.g.e., s.133 vd.; BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e., s.109.

Doktrinde iltibasın, iktibası da içine alan daha geniş bir kavram olduğu ifade edilmektedir⁶⁶³. Bundan dolayı marka hukukunda temel olarak incelenmesi gereken kavram tescilli bir marka ile kullanılan işaret arasında markanın fonksiyonları açısından “iltibas tehlikesi” ya da “karıştırma tehlikesi” yaratıp yaratmadığıdır⁶⁶⁴. İltibasa göre tespiti çok daha kolay olan iktibasın varlığının somut olması halinde tekraren iltibasın varlığına bakmanın bir faydası bulunmadığı, ayrı bir inceleme gerekmeksizin karıştırma tehlikesinin var olduğu karine olarak kabul edilmelidir⁶⁶⁵.

Alameti Farika Nizamnamesinden bugüne kadar kullanılan “taklit”, “tağyir”, “iktibas”, “iltibas”, “aynen kullanım”, “karıştırılma”, “karıştırılma ihtimali”, “bağlantı olduğu ihtimali”, “yanıltma”, “ayrıt edilemeyecek kadar benzeri”, “benzeri”, “aynısı”, “dikkatle bakılmadıkça farkına varılamayacak kadar cüzi surette değiştirilmiş olmak”, “ilişkilendirme ihtimali dahil karıştırılma ihtimali”, “aldatma” gibi kavramların gerek öğretide gerek yargı kararlarında birlikte ya da birbirlerinin yerine ayrı ayrı kullanılıyor olmasının yarattığı kavram kargaşasının asıl sebebi Osmanlı dönemine kadar uzanan bir geçmişe sahip Marka Hukukunda belirtilen kavramların zaman içerisinde değişik anlamlar kazanması ve bu anlamlarıyla birlikte yapılan yorumlardan kaynaklanmaktadır. Yapılan mevzuat değişikliklerine rağmen aslında birbirini tekrar eden yenilemelerden ibaret olan değişikliklerin⁶⁶⁶ etkisiyle geçmişte kullanılan içtihat ve yorumların aynen kullanılmaya devam edilmesiyle ve kavramların zaman içerisinde kazandığı ek anlamların da etkisiyle farklı yorumlamaların ortaya çıkmasına neden olmuştur⁶⁶⁷. Kanımızca bu kargaşanın en

663 Alameti Farika Kanunu’nda iktibas ve iltibas yerine kullanılan “taklit ve tağyir” ifadeleri için de aynı yorum yapılmaktadır. ARSEVEN; a.g.e., s.135; ÇETİNTÜRK; a.g.e., s.505.

664 TRIPS madde 16’da “tescilli marka hakkı sahibi kendisinden izin alınmadan, üçüncü şahısların tescilli markasının aynısını ya da benzeri bir işaretin karıştırma tehlikesine yol açacak şekilde, ticari amaçla, aynı veya benzer mal ya da hizmetlerde kullanılmasını engelleme hakkına münhasıran sahiptir.” (The owner of a registered trademark shall have the exclusive right to prevent all third parties not having the owner’s consent from using in the course of trade identical or similar signs for goods or services which are identical or similar to those in respect of which the trademark is registered where such use would result in a likelihood of confusion.) denilerek karıştırılma tehlikesi olarak tanımlanan iltibasın asıl olan ve iktibas da kapsayan kavram olduğunu teyit etmektedir.

665 TRIPS’in 16. maddesinin devamında “aynı işaretin, aynı mal ve hizmetlerde kullanılması halinde karıştırma tehlikesinin olduğu varsayılır. (In case of the use of an identical sign for identical goods or services, a likelihood of confusion shall be presumed.)” düzenlemesi yer almaktadır. TÜRK PATENT’in 2021 Marka İnceleme Kılavuzunda da bu görüşü doğrular nitelikte “ayrıt edilemeyecek kadar benzerlikten” ayrıca karıştırılma ihtimali değerlendirmesi yapılmasını gereksiz kılacak derecede güçlü ve açık bir benzerlik ya da ilgili tüketici kitlesinin algısı itibarıyla “hemen hemen aynılık” anlaşılması” şeklinde bir tanımlama yapılmaktadır. TÜRK PATENT Marka İnceleme Kılavuzu 2021 s.192.

666 TEKİNALP; 2017 a.g.m., s. 8.

667 ÇETİNTÜRK; a.g.e., s. 502.

doğru çözümü ya iktibas ve iltibas kavramlarının net tanımlarının kanuna ayrı bir maddeyle veya maddeye eklenecek bir fıkayla eklenmesi ya da iktibas ve iltibas kavramlarını kullanmak yerine, mehzaz metinlere de uygun bir şekilde, iktibas için “tescilli bir markanın aynısını veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin kullanımı”⁶⁶⁸ kavramını, iltibas için de “tescilli bir markanın benzerini kullanmak suretiyle ilgili kitle nezdinde marka ile ilişkilendirme ihtimali dahil karıştırılma tehlikesi yaratan kullanım” ya da kısaca “karıştırma tehlikesi”⁶⁶⁹ kavramlarının tercih edilmesi olacaktır⁶⁷⁰.

Gerek suçta ve cezada kanunilik ilkesi gerekse belirlilik ilkesi gereği iktibas ve iltibas kavramlarının kapsamının belirlenmesi gerekli ve zorunludur. Bu konuda bir kriter getirilmemesi ya da ifadelerin ne anlama geldiğine dair somut bir belirleme yapılmaması halinde, her somut dosyada tespit hâkimin takdirine kalacak ve keyfi kararlara yol açabilecektir⁶⁷¹.

⁶⁶⁸ TRIPS madde 51/13. dipnotunda taklit markalı malların ne anlama geldiğini tanımlarken bunun tescilli markanın aynısı ya da ayırt edilemeyecek derecede aynısı/benzerinin kullanılması olduğunu (which is identical to the trademark validly registered in respect of such goods, or which cannot be distinguished in its essential aspects from such a trademark) ifade etmekte bunun için “aynısı (identical) ve ayırt edilemeyecek derecede benzeri (indistinguishable)” kavramlarını kullanmaktadır.

⁶⁶⁹ TRIPS madde 16’da benzerlik halini ifade ederken “likelihood of confusion” kavramını “karıştırma tehlikesi yaratma olarak kullanmaktadır.

⁶⁷⁰ Arslan’ın bu konudaki kanaati; “iktibas için mülga KHK 9/1-(a) maddesindeki “tescilli marka ile aynı olan bir işaretin kullanılması” ve iltibas için de 9/1-(b) maddesindeki “halk tarafından karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması” kavramları “suçta ve cezada kanunilik” ilkesi açısından daha net ifadeler olacaktır.” şeklindedir. ARSLAN/ÖZDEMİR; a.g.m., s.1096.

⁶⁷¹ ARSLAN/ÖZDEMİR; a.g.m. s.1095; Suçun kanuni tanımı üzerinden bir gerekçe göstermeden KHK’nın 9 ve 61 maddeleri gereğince mahkûmiyet kararı vermesi ile ilgili, “Sanığın 556 sayılı KHK’nın 9 ve 61 maddeleri gereğince müşteki adına tescilli markayı iltibas oluşturacak şekilde ticari amaçla kullanma eyleminin marka hakkına tecavüz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yerinde olmayan gerekçeyle sanığın mahkûmiyeti yerine beraatına karar verilmesi, ...” Yargıtay 19. CD 16/01.2017 tarih, 2015/13574 Esas 2017/278 Karar sayılı kararı. Yargıtay bir diğer kararında, “556 sayılı KHK’nın 61/c maddesinde düzenlenen eylemlerin marka hakkına tecavüz olarak kabul edildiği olayda sanıkların taklit ürünleri KHK’nın 61/a-1 fıkrasında düzenlenen “satan kişiler” olması nedeniyle mahkûmiyetlerine karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan gerekçeyle beraatlarına karar verilmesi...” şeklinde hüküm kurmuştur, Yargıtay 19. CD, 21/1/2016 tarih, 2*15/130075 Esas 2016/756 Karar sayılı kararı. Bir diğer dosyada, “Suç ve karar tarihinde yürürlükte bulunan 556 sayılı KHK’nın 61. Maddesinde marka hakkına tecavüz sayılan fiillerin belirlendiği, anılan maddenin “c” bendinde “markayı veya ayırt edilemeyecek 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 çıkartmak veya bu amaçlar için gümrük bölgesine yerleştirmek, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak eşya ticari amaçla elde bulundurmak” şeklinde düzenleme yapıldığı, aynı kanunun 61/A-1. fıkrasında ise “başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal veya hizmet üreten, satışa arz eden veya satan kişi ... cezalandırılır.” Şeklindeki hükümle cezai yaptırım öngörüldüğü, somut olay incelendiğinde yetkilisi olduğu ...Ltd. Şti.’ye ait ürünleri taşıyan tırın ... gümrük müdürlüğünde tescil işlemi yapıp Türkiye’den çıkış yapmak üzere... Gümrük Müdürlüğü’ne geldiği, yapılan kontrolde tır içerisinde katılan adına tescilli ... markasını taşıyan toplam ... tekstil ürününün ele geçirildiği, bilirkişi raporlarıyla katılan adına tescilli markanın iktibas edilmesi suretiyle kullanıldığının belirtildiği, sanığın bu ürünleri ihraç edilmek amacıyla gümrük bölgesinde bulundurduğu ve orada el konduğu anlaşılmıştır. Ticari amaçla gümrük bölgesinde eşya bulundurma eyleminin, ceza maddesini düzenleyen 61/A maddesi kapsamında olmadığı gibi 61.

dd- İltibasın (Karıştırılma Tehlikesi) Tespiti

Öncelikle belirtmek gerekir ki SMK'nın suç tipini düzenleyen 30. maddesindeki “iltibas” kavramı; iltibas kavramıyla neredeyse eşdeğer olarak kullanılan⁶⁷² ve mehzaz kanunlardaki kullanımla da uyumlu olan “karıştırma tehlikesi”⁶⁷³ ve SMK'nın tecavüz fiillerinin düzenleyen 29. maddesinde “karıştırma ihtimali” ifadesinin kullanılması bazı yorum sorunlarına sebebiyet vermektedir. İltibas kavramı ve eşdeğer olarak kullanılan karıştırılma tehlikesi, marka hukukunun belki de en tartışmalı ancak en önemli kavramlarından birisidir. Mahkemelerin, her somut olay için önlerine gelen uyuşmazlıklarda, taraflar arasında yoğun ihtilafa sebebiyet veren bu durumun mevcut olup olmadığını araştırarak tespit etmesi gerekmektedir⁶⁷⁴.

Karıştırma tehlikesi SMK'da birden çok yerde karşımıza çıkmaktadır. TÜRKPATENT'in marka inceleme kılavuzunda, SMK madde 5'te düzenlenen mutlak tescil engelleri arasında sayılan aynı işaretin kullanılması halinde artık karıştırılma tehlikesinin bulunup bulunmadığını araştırmanın gereksiz olduğu ifade edilmektedir⁶⁷⁵.

Nisbi tescil engellerinin düzenlendiği madde 6'da da tescil başvurusu yapılmış bir markanın, tescilli bir markanın kapsadığı mal ve hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetler için kullanımı söz konusu olduğunda başvuruya konu işaretin tescilli marka ile halk tarafından karıştırılma ihtimali var ise ve bu ihtimal tescilli bir markayla ilişkili olduğu izlenimini de kapsıyorsa itiraz üzerine nisbi ret engeli olarak karşımıza çıkmaktadır. Tescilli bir marka ile karıştırılma tehlikesi bulunan bir işaret aynı veya benzer mallar için tescil edilmesi halinde, markanın terkinin talep edilerek tescilin iptali ile markanın hükümsüzlüğü kararı verilebilmektedir.

Karıştırma tehlikesinin karşımıza çıktığı diğer bir durum da marka hakkına tecavüz yönündendir. Tescilli marka sahibi, kendisinden izin alınmadan markasının aynısının ya da

Maddeye de atıf yapılmadığı... suç ve cezada kanunilik ilkesi gereğince sanığa atılı eylemin kanunda öngörülen suç tanımına uymadığı gözetilmeksizin sanığın beraati yerine mahkûmiyet kararı verilmesi...” şeklinde karar verilmiştir, Yargıtay 19. CD. 08.02.2018 tarih, 2016/1844 Esas 2018/1091 Karar sayılı kararı. Naklen ÇETİNTÜRK; a.g.e., s.499-500.

⁶⁷² Aynı yönde; YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C.I a.g.e., s.399; KAYA; a.g.e., s.137 vd., TEKİNALP; a.g.e., s.436; KESKİN; a.g.e., s.133 vd., BAŞBÜYÜK, 2018 a.g.e., s.109.

⁶⁷³ TRIPS madde 16'da “karıştırma tehlikesi (likelihood confusion)” kavramı tanımlanmıştır. Bu tanıma göre tescilli marka sahibi, üçüncü şahısların, tescilli markasının tescil edildiği mal ya da hizmetlerle aynı veya benzer mal ya da hizmetler için aynı veya benzer işaretleri kullanmaları halinde, markanın kullanımını engelleme hakkı da dahil kendisine tanınmış olan tüm hakları kullanabilecektir.

⁶⁷⁴ ÇOLAK; 2018 a.g.e., s. 198.

⁶⁷⁵ TÜRKPATENT Marka İnceleme Kılavuzu 2021 s.192.

benzerinin, aynı veya benzer mal ve hizmetler için kullanılmasını önleme hakkına sahip olduğundan tescilli markası ile aynı veya karıştırma ihtimali bulunan benzerinin kullanılmasını engelleyebilecektir. Bu kapsamda bir işaretin, tescilli bir markanın aynısı ya da karıştırma ihtimali bulunan benzeri olması ve tescilli markanın tescil edildiği mal ve hizmetlerde kullanılması halinde marka hakkına tecavüz gerçekleşmiş olur. Marka hakkına tecavüz halleri, SMK 29. madde ve 29/(1-a) fıkrasının yollamasıyla 7. maddede belirlenmiştir. Burada da karşımıza 7. maddedeki “aynen ya da ayırt edilemeyecek derecede benzerinin kullanılması halinde marka hakkına tecavüz fiilinin oluşacağı düzenlemesi” ile böyle bir durumun varlığında karıştırılma tehlikesinin olup olmadığının ayrıca araştırılmasına gerek olmayacağı düzenlemesi çıkmaktadır.

TRIPS de karıştırılma tehlikesi kavramını, 16. maddesinde “aynı mal veya hizmetler için aynı işaretin kullanılması halinde karıştırma tehlikesi olduğunun varsayılacağı” şeklinde belirtmiş, nisbi tescil engellerine benzer bir düzenlemeye de aynı maddenin ikinci fıkrasında, “halk arasında karıştırılma tehlikesinin mevcut olduğu durumlarda tescilli marka sahibinin sonradan tescil edilmek istenen işarete ekstra bir araştırma gerekmezsiniz itiraz edebileceği” şeklinde yer vermiştir.

İltibas kavramının karıştırılmaya yol açabilecek benzerlik olarak tanımlanması⁶⁷⁶ ve karıştırılma tehlikesiyle eş anlamlı olarak kullanılması Yargıtay kararlarına da yansımaktadır⁶⁷⁷. Ayrıca SMK’nın 30. maddesinin gerekçesinde de⁶⁷⁸ “ilk fıkrasında yer alan "iltibas" kavramı ile "karıştırılma ihtimali" kastedilmektedir” denilerek iltibas tanımlanmaya çalışılmıştır.

Karıştırılma tehlikesinin tespitinde, aynılık ve benzerliğin yanında markanın ayırt etme gücü, işaretin tescilli marka ile bağlantı kurulmasına elverişli olması, markanın pazarda tanınmışlık düzeyi gibi unsurlar önem arz eder⁶⁷⁹. Herhangi bir tescilli marka, sahibinin izni alınmaksızın benzer şekilde kullanıldığında iki işaret arasında toplum nezdinde bağlantı

⁶⁷⁶ AYDIN, Hüseyin; Sınai Mülkiyet Aleyhine İşlenen Suçlar, Yetkin yayınevi, Ankara 2003, s. 94.

⁶⁷⁷ “...markasının harici biçim, telaffuz, kulaktaki izlenim, yazılan harf karakterleri itibariyle davacı markasıyla iltibasa ve karışıklığa yol açacak derecede benzer olduğu ve bu şekilde kullanımıyla ortalama müşteri çevresi ve alıcılar gözünde yanılgılara, iltibasa, karışıklıklara yol açacağı tartışmasızdır...” Yargıtay 11. HD, 02.10.2002 tarihli, 2000/6447 Esas, 2000/7287 Karar sayılı kararı, “...marka ve ambalajın kullanıldığı ürünlerin tüketici tarafından algılanış biçimi ve bu algılama sonucunda karışıklığa sebebiyet verilerek tüketicinin davacının ürününü aldığı konusunda yanılgıya düşürülerek davalı ürünlerini satın almasına yol açılmış...” Yargıtay 11. HD, 21.12.2006 tarihli, 2005/9995 Esas, 2006/13737 Karar sayılı kararı, naklen ÇETİNTÜRK; a.g.e., s. 517.

⁶⁷⁸ 06.04.2016 tarihinde TBMM’ye sunulan 1/699 no’lu Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısının 30. madde gerekçesi metni. Tasarının tam metni için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss341.pdf>.

⁶⁷⁹ DİRİKAN; a.g.e., s.173.

kurulmasına yol açmakta ve bu durum tescilli markanın ayırt etme gücüne zarar vermektedir⁶⁸⁰. Karıştırılma tehlikesinden söz edebilmek için tescilli bir marka ile işaret arasında bir benzerlik olması gerekir. Bu benzerlik arttıkça karıştırılma tehlikesi de artacaktır⁶⁸¹.

Mülga 556 sayılı KHK, karıştırılma ihtimali kavramını kullanarak mülga 551 sayılı Marka Kanunu'ndan gelen iltibas kavramının anlamını Avrupa Marka Direktifindeki düzenlemeye de uygun şekilde genişletmiştir⁶⁸². Zira tescilli marka ile işaret arasında tüketici nezdinde bağlantılı olma ihtimali de karıştırılma ihtimalinin içine yerleştirilmiştir⁶⁸³. Diğer bir anlatımla iltibasta tüketici ya da ilgili kitle tescilli markayla işareti kullanan işletmelerin aynı olduğu yanılgısına düşmekte ya da düşürülmektedir. Tüketici, düşündüğü, planladığı ve karar verdiği işletmenin malını aldığını zannederken iltibas sonucu başka bir işletmenin malını almış olacaktır. Karıştırılma ihtimalinde ise tüketicinin tescilli marka ile işaret arasında herhangi bir sebeple ve herhangi bir şekilde bir bağlantı kurması yeterlidir. Şöyle ki tüketici aldığı malın başka bir işletmeye ait olduğunu bilse ancak asıl tercihi olan işletme ile malını aldığı işletme arasında bir bağ bulunduğunu zannetse dahi artık karıştırılma ihtimali var demektir⁶⁸⁴. Burada özellikle belirtmek gerekir ki tescilli marka ile benzer bir işaretin varlığı suçun tipikliğini oluşturmaktadır. Dolayısıyla işaretlerin bütüncül bir değerlendirme sonucunda benzer olmadığı kararına varılırsa artık iki ayrı işaretin sadece bağlantı ya da ilişkilendirilme ihtimalinin varlığının bir önemi bulunmayacaktır⁶⁸⁵.

Mülga KHK'da karıştırma tehlikesiyle eşdeğer anlamda kullanılmaya başlanan ve

⁶⁸⁰ KÜÇÜKALİ, Canan; Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 65.

⁶⁸¹ KÜÇÜKALİ; a.g.e., s.66.

⁶⁸² 2017/1001 sayılı Avrupa Marka Direktifi'nin 8/(1-b) fıkrasında, "karıştırma ihtimali önceki markayla ilişkilendirme ihtimalini de içerir (the likelihood of confusion includes the likelihood of association with the earlier trade mark)" düzenlemesi yer almaktadır. Arkan, söz konusu genişlemeyi aslında Avrupa ülkelerinde bulunan iki ayrı uygulamanın birleştirilme çabası olarak değerlendirmektedir. Yazara göre, Almanya ve Fransa'da uygulanan anlayışa göre marka hukuku markayı sadece iltibas tehlikesine karşı korurken, Benalux ülkeleri ve İskandinav ülkeleri markayı sadece iltibas tehlikesine karşı değil aynı zamanda itibarından yararlanılmasına ve ayırt edici gücünün zayıflaması tehlikesine karşı da korumaya çalışmaktadır. ARKAN, Sabih; "İşaret ile Marka Arasında Bağlantı İhtimali ve İltibas (Karıştırma Tehlikesi)", Batıder Yayınları, C. XX, S.2, Yıl 1999, s.9.

⁶⁸³ İltibas, Alman Hukuku'nda da geniş anlamıyla kullanılmakta ve alıcıların, markalar arasında benzerlik dolayısıyla almayı düşündükleri ürün yerine başka bir markanın ürünü almanın yanında farklı iki marka olduklarını bilmelerine rağmen markaların bütüncül olarak benzer olmaları nedeniyle malların aynı işletmeye ait veya o işletme tarafından üretilen ya da aynı kişiye veya işletmeye ait olduğunu düşünerek, edindikleri yanlış kanı ile tercihlerini kullanmaları olarak değerlendirilmektedir. Bu sebeple de bağlantı ihtimali kavramı daha geniş bir kavram olarak kabul edilen karıştırma tehlikesi kavramına bağlı bir alt kavram olarak kabul edilmektedir. ARKAN; 1999 a.g.m., s.6.

⁶⁸⁴ TEKİNALP; a.g.e., s. 437-438; SCHECHTER/THOMAS; a.g.e., s.637.

⁶⁸⁵ BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e., s.117.

Marka Direktifine de uygun bir şekilde anlamı “ilişkilendirme ihtimali dahil karıştırılma tehlikesi” olarak genişletilmiş olan iltibas⁶⁸⁶, SMK’da da varlığını aynen devam ettirmektedir⁶⁸⁷. Zira soyut tehlike suçu olarak düzenlenmiş olan iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunda somut olayda karıştırma ihtimalinin (iltibas) varlığı, suçun tipikliği açısından yeterlidir, tecavüz edilen tescilli markayı oluşturan işaret üzerinde somut bir tehlike yaratıp yaratmadığı önem taşımamaktadır. Gerek madde gerekçesinde eşdeğer kullanım vurgusu, gerekse karıştırılma tehlikesi kavramının referans alındığı SMK 7/(2)-b bendindeki düzenleme iltibasın tam ifadesiyle “ilişkilendirilme ihtimali de dahil karıştırılma tehlikesi bulunan herhangi bir işaretin varlığı” iltibas için yeterlidir. İlişkilendirilme ihtimali ayrı bir unsur olmadığından, karıştırılma tehlikesi, bağlantı ihtimalini de kapsayacak şekilde değerlendirilmesi gereken bir kavramdır⁶⁸⁸.

⁶⁸⁶ Başbüyük iltibas ile karıştırma tehlikesinin eş kavramlar olduğunu vurgulayarak bunun yeni bir anlam yüklemesi değil günümüz Türkçesinin bir ifadesi olarak kullanıldığını, kanun koyucunun suç tipinde iltibas ifadesini kullanmasını karıştırma dışında bir hareket unsuru belirleme çabası değil terim birliği sağlama konusundaki bir eksiklik olarak değerlendirmektedir. BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e., s.115-116.

⁶⁸⁷ Küçükali, karıştırma tehlikesinin üç ayrı türde tanımlanabileceğini belirtmektedir. Yazara göre; markanın köken belirtme, malın orijinini belirtme işlevi ile bağlantılı olan karıştırmanın ilk türü olan doğrudan karıştırılma tehlikesinde tüketici, marka ile aynı ya da benzer işaret nedeniyle marka ve işareti karıştırarak mal veya hizmetin aynı işletmeden kaynaklandığı yanlışlığına düşer. İkinci tür dolaylı karıştırma tehlikesidir. Buna göre tüketici işaretleri birbirinden ayırt etmekte; fakat işaretler arasında benzerlik nedeniyle marka sahibinin markasında kısaltmalar yaptığı veya seri markalar kullandığı varsayımı ile söz konusu mal ve hizmetin aynı işletmeden kaynaklandığı zannetmektedir. Son tür de geniş anlamda karıştırılma tehlikesidir. Bu tehlike tipi daha çok tanınmış markaların korunmasını sağlamak amacıyla ortaya çıkmış olan bir kavram olup, hedef kitle işaretleri ve işletmeleri birbirinden ayırt etmesine rağmen, yanlış bir biçimde işletmeler arasında özel bir bağ veya örgütlenme bulunduğunu zannetmektedir. Karıştırma tehlikesi türleri için bkz. KÜÇÜKALİ; a.g.e., s.66-67; Başbüyük ise karıştırma ihtimali kavramını tercih etmekte ve iki tür karıştırma ihtimali olduğunu belirtmektedir. Birincisinin klasik anlamda karıştırma ihtimali olduğunu, burada alıcıların, markalı ürünler arasındaki benzerlik dolayısıyla almayı düşündükleri mal ve hizmet yerine, başka bir işletmeye ait mal ve hizmeti alma tehlikesiyle karşı karşıya kaldıklarını belirtmektedir. İkincisi ise geniş anlamda karıştırılma tehlikesidir. Bu tehlike, klasik anlamda karıştırma tehlikesi yanında, benzerlik dolayısıyla alıcıların işletmeler arasında bağlantı olduğunu düşünmesi ihtimalini de içermektedir. Bu tehlike benzerlik dolayısıyla alıcıların işletmeler arasında bağlantı olduğunu düşünmesi ihtimalini de içermektedir. Bağlantı kurma ihtimalinde alıcılar ürünlerin farklı işletmelere ait olduğunu ayırt etmekte fakat tecavüze konu işaret ile tescilli markanın benzerliği sebebiyle, işletmeler arasında ticari ya da ekonomik bir bağlantı bulunduğu hususunda yanlışlığa düşmektedir. BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e. s.110; aynı yönde DİRİKKAN; a.g.e., s.164.

⁶⁸⁸ TEKİNALP; a.g.e., s. 440; ARKAN; C. I. a.g.e., s.98; POROY/YASAMAN; a.g.e., s.487; KAYA; a.g.e., s.266; UZUNALLI, Sevilay; Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi ile Bağlantılı Kavramların Yorumu, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, 2008, s.161. Bağlantı kurulması ihtimalinin ayrı bir kavram olarak değerlendirilmesi ile ilgili bir davada İngiliz Yüksek Mahkemesi 1995 yılında verdiği kararda “bağlantı kurulma” ihtimalinin bağımsız olarak değerlendirilmesinin, marka hakkının koruma çevresinin, geçerli bir ekonomik gerekçe gösterilmeden genişletilmesine neden olacağı belirtilerek, kabul edilmemiştir. Mahkeme o dönemki adıyla 89/104 sayılı Yönerge’de de buna yönelik açık bir ifade olmadığını aksine Yönergenin başında yer alan gerekçesinde, korumanın özellikle markanın menşei gösterme fonksiyonuna yönelik olduğunu ifade edildiğini belirtmiştir. Kararla ilgili destekleyen bir yorum olarak da Yönergenin 5/1-b bendinin geniş yorumlanması tanınmış markalar ile alelade markalar arasındaki farkı ortadan kaldıracağı, tanınmış markalar için getirilen ve üye devletlerin isteğine bırakılarak zorunlu tutulmayan düzenlemenin zorunlu hale geleceği anlamını taşıyacağı ifade edilmektedir. ARKAN; 1999 a.g.m., s.9.

İltibasın varlığı, diğer ifadesiyle karıştırma tehlikesinin varlığı üç unsurun incelenmesiyle ortaya çıkartılabilir. Bunlar;

- * işaretin tescilli bir markanın aynısı ya da benzeri olup olmadığı,
- * işaretin tescilli bir markanın tescil edildiği mal ve hizmetlerin aynı veya benzeri mal ve hizmetlerde kullanılıp kullanılmadığı,
- * bu benzerliklerin bir bütün halinde incelenmesiyle karıştırma ihtimalinin var olup olmadığı.

Karıştırma ihtimali, ortalama tüketicilerin tescilli bir markayla kullanılmak istenen işaret arasında bir bağlantı kurması olarak anlaşılmalıdır. Avrupa Adalet Divanı, karıştırma ihtimalini “toplumun ilgili kesiminin söz konusu mal ve hizmetlerin aynı ya da bağlantılı işletmelerden geldiğini düşünme tehlikesi” şeklinde tanımlamaktadır⁶⁸⁹.

İltibasın varlığı için aranan ilk unsur, tescilli markanın aynısı veya benzeri bir işaretin kullanılmasıdır. Bu işaretin tescilli marka ile aynı olması halinde, iktibasın varlığı ortaya çıkmaktadır. O halde zaten tescilli marka ile işaret arasında karıştırma tehlikesinin ayrıca incelenmesine gerek kalmamaktadır. Kullanılmak istenen işaretin tescilli marka ile benzerliğinden anlaşılması gereken, işaretin ayrıntılı bir inceleme yapılmadan tescilli markadan farklı olduğunun anlaşılamayacağı derecede benzerlik içermesi halidir⁶⁹⁰. Marka hukuku açısından benzerlik kavramı inceleme konusu markayı oluşturan işaret ile benzeri olduğu düşünülen işaretin, kelimenin, şekillerin, harflerin, logonun, işareti oluşturan renk ve diğer unsurlarının birbirlerine ne ölçüde benzediği ve bu benzerliğin hedef kitle nezdinde karıştırılma tehlikesinin olup olmadığı dikkate alınır⁶⁹¹. Suçun tipikliği açısından markanın benzerinden anlaşılması gereken, karşılaştırılan işaretlerin hedef kitle üzerinde karıştırma tehlikesi yaracak yeterlilikte benzerliğidir.

⁶⁸⁹ ÇOLAK, Uğur; “Türk Marka Hukukunda Karıştırma İhtimali İncelemesi”, Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, Şubat 2014, s. 24.

⁶⁹⁰ Yargıtay benzerlik kavramını, “...bir işaret görsel, fonetik veya diğer bir açıdan farklı olsa dahi bütünsel bir açıdan yaklaşıldığında herhangi bir sebeple müşteri gözünde başka bir marka ile bağlantısı varmış intibayı yaratarak onu çağrıştırıyorsa ve bu yüzden müşterinin mal veya hizmet tercihinde etkili oluyorsa marka olarak tescili engellenebilir. Bir diğer ifadeyle müşterilerin ihtiyaçları olan mal veya hizmetlerini bunları ayırt etmek amacıyla kullanılan işaretlerin birbirine yakınlığı dolayısıyla karıştırılmaları ihtimal dahilindeyse bir marka ile işaret arasında benzerlik vardır.” şeklinde açıklamaktadır. Yargıtay 11. HD. 03.02.2009 tarihli, 2007/6317 Esas, 2009/1165 Karar sayılı kararı, naklen BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e., s. 118.

⁶⁹¹ PASLI, Ali; Marka Hukukunda Ürün Benzerliği, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s.4. Bu durum AB mevzuatında da benzer şekilde tanımlanmıştır. “017/1001 sayılı AB Marka Tüzüğü 8/1-(b) hükmünde markaların benzerliğinden anlaşılması gerekenin bu markaları oluşturan işaretlerin karıştırma tehlikesi yaratacak derecede benzerliği olduğu görülmektedir.

Benzerlik, işarete bulunan bazı unsurların benzemesi ya da işaretin bütününden ortaya çıkan bir sonuç olarak karşımıza çıkabilir. Benzerliğin tespiti yapılırken, benzerlik birkaç unsurdan kaynaklı olsa dahi bunlar bağımsız olarak değil işaretin bir bütün halinde bıraktığı izlenim dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır⁶⁹². Bu değerlendirmenin işaretin bütünü üzerinde yapılmasının başlıca nedeni, ilk bakışta alınacak intiba ile aldatıcı nitelikte olup olmadığının tespitidir⁶⁹³. Burada önemli olan, markanın bir bütün halinde tüketicinin hafızasında bıraktığı izdir⁶⁹⁴.

Doktrinde benzerliğin çağrışım yoluyla da olabileceği ifade edilmektedir. Şöyle ki tüketiciye sunulan mal veya hizmetin taşıdığı işaret tüketicinin almak istediği mal veya hizmetin taşıdığı işarete benzememekle birlikte onu çağrıştıracaktır. Örneğin “siyah bacı” markalı ve ambalaj üzerine yüzü siyah bir genç kızın temsili resminin bulunduğu bir kahveyi beğenen ve onu alan tüketici, “arap teyze” markalı ve ambalajında da oldukça yaşlı ve gözlüklü bir kadın resmi olan kahveyi görmesi halinde, her iki marka arasında ne şekil ne görüntü ne de ses açısından benzerlik olmamasına rağmen “siyah” ile “arap”, “bacı” ile de “teyze” kavramlarının çağrışımına sebebiyet vermesi ile bu iki ürünü karıştırabilecektir⁶⁹⁵. Ancak bu görüşe ceza hukuku açısından katılmak mümkün değildir. “Benzerlik” kavramı suçun tipiklik unsurunda yer aldığından, çağrışım kavramının böyle bir yorum ile eklenerek tipikliğin genişletilmesi suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

İltibasın varlığını ortaya koyabilmek için değerlendirilmesi gereken ikinci unsur işaretin tescilli bir markanın tescil edildiği aynı veya benzeri mal ve hizmetlerde kullanılmasıdır. İltibasın varlığından söz edebilmek için benzer işaretin kullanılması kadar

⁶⁹² DONAY/ERMAN; a.g.e., s.55; KAYA; a.g.e., s.138; CENGİZ; a.g.e., s.11; DİRİKKAN; a.g.e., s.177. Yargıtay, “SMS Tıbbi Cihaz San. Tic. Ltd. Şti.- AMS Tıbbi Cihaz İmalat Ltd. Şti.” davasında, bilirkişi incelemesi yaptırılmaksızın sadece alınan ifadeler ile yetinilerek müştekinin iddialarının araştırılmadan takipsizlik kararı verilmesini bozarak benzerliğin bilirkişi incelemesi marifetiyle araştırılması gerektiği vurgusunu yapmıştır. Yargıtay 7. CD. 18.02.2007 Tarihli, 2006/13508 Esas, 2007/2034 Karar sayılı kararı, naklen BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e., s.120.

⁶⁹³ DONAY/ERMAN; a.g.e., s.55.

⁶⁹⁴ Yargıtay, “Port-İnterport” davasında, markalardaki kök kelimenin port ibaresi olduğunu ve her iki markada müşterek olduğunu, bu yönüyle karşılaştırıldığında her iki işaretin yazılış, okunuş, görsel ve fonetik yönlerden orta seviye insanlar bakımından iltibasa sebebiyet verecek derecede benzer olduğu, davalının sırf davacının markasından istifadeye yönelik olarak bu sözcüğü tercih ettiğini, mevcut eklentinin başlı başına ayırt edicilik vasfı da olmadığından söz konusu işaretler arasında benzerliğin var olduğuna hükmetmiştir. Yargıya 11. HD. 05.05.2013 tarihli, 2012/2018 Esas, 2003/4432 Karar sayılı kararı, naklen TEKİNALP; a.g.e., s.442; diğer taraftan “Playback-Playboy” kararında ise markaların bütününden ve anlamlarından hareketle benzer olmadıkları sonucuna varmıştır. Yargıtay 11. HD. 02.11.1999 Tarihli, 1999/4005 Esas, 1999/8651 Karar sayılı kararı, naklen BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e., s.119.

⁶⁹⁵ TEKİNALP; a.g.e., s.444.

bu işaretin tescilli marka ile aynı veya benzer mal ve hizmetlerde kullanılması da önemlidir⁶⁹⁶. Bu sebeple markanın temel fonksiyonu olan ayırt edicilik ancak markalar arasında benzer işaretle birlikte benzer ürün ya da benzer mal ve hizmetlerde de benzerlik olmasıyla tamamlanacak ve marka hukukunun temel varlık sebebi olan tüketicinin ürünler arasında yanılgıya düşerek özgür iradesi olmadan tercih yapmak zorunda kalması önlenektir⁶⁹⁷.

Marka hukukumuzda benzer nitelikteki mal veya hizmetlerin neler olduğu hususunda bu konuda herhangi bir doğrudan düzenleme bulunmaması yine doktrin ve Yargıtay kararlarına başvurma zorunluluğuna yol açmaktadır⁶⁹⁸.

Ülkemizin de taraf olduğu “Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırmasına İlişkin Nice Anlaşması” üye ülkeler için bağlayıcı olmamakla birlikte, tescil işlemlerinde başvuruların değerlendirilmesi ve sınıflandırılmasıyla ilgili kolaylık sağlamak üzere korumanın sınırlarını belirlemektedir⁶⁹⁹. Bu çerçevede, TÜRKPATENT de sınıflandırma ile ilgili son olarak 2016/2 sayılı Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ yayınlarak, Nice Anlaşması sistemine göre düzenlenen Nice sınıflandırması sistemini aynı tür mal veya hizmetin tespitinde bu tebliğde yer verilen grupların esas alacak şekilde, marka tescil başvurularında kullanılacak sınıflandırmayı ve buna ilişkin esasları düzenlemiş, toplamda mallar için 34, hizmetler için 11 sınıf belirlemiştir. TÜRKPATENT, bu listenin tüm mal ve hizmetleri kapsamadığını, listenin kapsamadığı mal ve hizmetler ile ilgili de gerek bu listenin gerekse Nice sınıflandırmasındaki benzer nitelik, fonksiyon ya da amaca sahip olan mal ve hizmetlerle aynı kapsamda değerlendireceğini ifade ederek sınıflandırmanın daha geniş şekilde yorumlanabileceğini ifade etmektedir. TÜRKPATENT her ne kadar aynı tür

⁶⁹⁶ Yargıtay’ın 25.10.2017 tarihli bir kararında karşılaştırılma konusu markaların işaretsel olarak benzer olmasına rağmen marka kapsamlarının farklı olması durumunda, markalar arasında iltibas koşullarının mevcut olmadığına dair kararı için bkz, 11. HD. 25.10.2017 tarihli, 2017/3574 esas, 2017/5710 karar sayılı kararı; naklen PASLI; a.g.e., s.164.

⁶⁹⁷ PASLI; a.g.e., s.22.

⁶⁹⁸ Yargıtay’ın 09.01.2017 tarihli bir kararında karşılaştırılma konusu ürünlerin benzer tür olup olmadığı hususunun teknik bir konu olduğu ve bu teknik konunun bilirkişilerce incelenmesi gerektiğine dair kararı için bkz, 11. HD. 09.01.2017 tarihli, 2017/14269 esas, 2017/109 karar sayılı kararı; naklen PASLI; a.g.e., s.161.

⁶⁹⁹ Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Anlaşması’nın 2/1 maddesi “Bu anlaşmayla tanımlanan gereklere göre, sınıflandırmanın etkisi özel birlik ülkelerinin her biri tarafından belirlenecektir. Sınıflandırma, tescil edilen herhangi bir marka için temin edilen koruma sınırlarının değerlendirilmesi veya hizmet markalarının tanınması konusunda öncelikle bağlayıcı olmayacaktır”, 2/2 maddesi ise “Özel birlik ülkelerinin her biri sınıflandırmayı esas veya yardımcı sistem olarak kullanma hakkına sahiptir” düzenlemesini içermektedir. Nice Anlaşması’nın tam metni için bkz. YILMAZ; 2017 a.g.e., s. 297 vd.

mal veya hizmetin tespitinde bu grupların esas alınacağını belirtmiş ise de mutlak ve nisbi tescil engelleri incelemelerinde grupların dışında daha geniş kapsamda bir değerlendirme yapabileceğini de aynı tebliğde belirtmektedir⁷⁰⁰.

Markayı oluşturan işaretin, tescil edildiği mal veya hizmet için bir aidiyet oluşturacağı ortadadır. Buradaki aidiyet, hakkın konusu ile ilgili değil hakka tanınan korumanın kapsamı ile ilgilidir. Marka hakkı kapsamında yasaklanan sadece markayı oluşturan işaretin aynen kullanılması değil aynı zamanda karıştırılma tehlikesi yaratacak şekilde benzerinin de kullanılmasıdır⁷⁰¹.

Markanın benzerinin benzer mal ve hizmetlerde kullanılması karşısında korunması, markanın ayırt edici fonksiyonunun zarar görmesini engellemeye yöneliktir. Dolayısıyla tecavüz eylemlerine karşı korunan marka sadece aynı mal ve hizmetlerde değil aynı zamanda benzer mal ve hizmetlerde kullanıldığında da korunmaktadır. Bu konuda farklı bir değerlendirme, markanın ayırt edici fonksiyonunu sekteye uğratar ve marka işlevini yerine getirmesine mâni olur⁷⁰². Markanın ayırt ettiği şey, somut olarak saat, mobilya, bardak,

⁷⁰⁰ 2016/2 sayılı Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ'in, "mal ve hizmet sınıflandırma listesinin kapsamı ve uygulama başlıklı" 3. madde metni: (1) Ek-1'de yer alan Mal ve Hizmet Sınıflandırma Listesinde, mallar 34, hizmetler 11 sınıfta toplanmıştır.

(2) Bu listede yer alan bazı gruplar genel başlıklar halinde düzenlenmiştir. Bu gruplara ilişkin genel başlıkların, tanımlama kapsamına giren ve ilgili Nis sınıfında bulunan malların veya hizmetlerin tamamını kapsadığı kabul edilir.

(3) Bu liste, tüm malları ve hizmetleri kapsamaz. Herhangi bir genel başlık kapsamına girmeyen ve listede belirtilmemiş mallara veya hizmetlere marka tescil başvurusunda yer verilmesi durumunda; söz konusu mallar veya hizmetler, listede yer alan, aynı Nis sınıfında bulunan ve benzer nitelik, fonksiyon veya amaca sahip olan mallarla veya hizmetlerle aynı kapsamda değerlendirilebilir.

(4) 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 7 nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen aynı tür malın veya hizmetin tespitinde, bu Tebliğ ekindeki listede yer alan gruplar esas alınır. Ancak, Enstitü marka tescil başvurularının veya itirazların incelenmesi aşamalarında bu grupları, aynı tür malın veya hizmetin tespitinde daha dar veya farklı mal veya hizmet gruplarını da içerecek şekilde daha geniş kapsamda değerlendirebilir.

(5) Enstitüye yapılan marka tescil başvurularında, Ek-1'deki listenin 35 inci sınıfında yer alan ve "Müşterilerin malları elverişli bir şekilde görüp satın alabilmeleri için malların* bir araya getirilmesi hizmetleri (belirtilen hizmetler perakende, toptan satış mağazaları, elektronik ortamlar, katalog ve benzeri diğer yöntemler ile sağlanabilir.)" şeklinde ifade edilen hizmetlerin yer alması durumunda "*" ile belirtilen alana mal veya mal grupları yazılır. Bu alana hizmet ya da hizmet grupları yazılmaz.

(6) Enstitüye yapılan marka tescil başvurularında, mal ve hizmet listesi olarak bu Tebliğin ve yürürlükten kaldırılan tebliğin ekindeki listelerin aynı anda ve bir arada yazıldığı durumlarda, mal ve hizmet listesi bu Tebliğin ekindeki liste esas alınarak düzenlenir.

⁷⁰¹ ÖZTEK; 2008 a.g.m., s.278.

⁷⁰² Fransız mahkeme kararlarına göre marka ne kadar tanınmışsa benzer mal ve hizmetler kavramının çerçevesinin o kadar geniş tutulması gerekmektedir. ÖzteK, Fransız Mahkemelerinin genel görüşlerine de uygun olarak, korumanın genişletilmesi kuralının markanın, marka sahibinin mal veya hizmetleriyle bir başkasının aynı veya benzer mal veya hizmetleri arasında her türlü karışıklığı önlemeye yönelik olduğunu belirtmektedir. ÖZTEK; 2008 a.g.m., s.278. Ceza hukuku açısından değerlendirildiğinde, benzer mal ve hizmet kapsamının özellikle tanınmış markalara ilişkin uyumsuzluklarda genişletilmesi yolunu açmak, bu konuda yapılacak

buzdolabı, araba gibi gözle görülebilen, üzerine markanın yerleştirildiği bir mal olabileceği gibi bir bankanın veya otelin müşterilerine yönelik verdikleri hizmetler de olabilmektedir. Dolayısıyla benzerlik sadece markayı oluşturan işaretler arasında değil “ürün”⁷⁰³ olarak da nitelendirilebilecek olan somut mal veya hizmetlerde de olmalıdır. Bu anlamda marka genel olarak ürünleri birbirinden ayırmaktan ziyade ürün grupları içerisinde her bir firmanın ürününü birbirinden ayırmaya yarar. Daha açık bir ifadeyle marka araba ürününü mobilya ürününden değil de daha çok ürünler arasında, yani araba ürünleri arasında örneğin BMW ile Mercedes’i birbirinden ayırt eder. Hatta bununla da kalmayıp aynı firmanın ürünleri arasında bile ayırt edicilik fonksiyonu ile örneğin Opel Astra ile Opel Insignia veya Opel Corsa markalarının bile birbirinden ayrılmasını sağlar. Örnekten de anlaşılacağı üzere marka aslında dorudan ürünleri birbirinden ayıran tanıtıcı bir rol de üstlenmektedir⁷⁰⁴.

Markanın, ürünler üzerindeki ayırt ediciliği sadece aynı tür ürünler için değil aynı zamanda benzer ürünler için de sağlanması halinde ayırt etme fonksiyonunu tam anlamıyla yerine getirmesi mümkün olacaktır. Dolayısıyla markanın ayırt ediciliği ancak ürünün diğer ürünlerden farklılaştırılmasıyla mümkün olacaktır. Bu anlamda farklılaştırma ancak markanın, belirlilik ilkesi⁷⁰⁵ kapsamında sadece aynı mal ve hizmetlerde değil benzer mal ve hizmetlerde de sağlanması gerekir. Aksi bir durumda tüketici, birbirine benzer iki ürün arasında her iki ürün üzerinde bulunan aynı ya da benzer işarete bakarak ürünler arasında ayırt etme ve tercih etme imkanından yoksun kalacaktır⁷⁰⁶.

Nitekim Nice Anlaşması’nda yer alan hükme benzer olarak SMK’na göre de aynı sınıfta yer alan mal ve hizmetlerin aynı; farklı sınıfta yer alan mal ve hizmetlerin de farklı olarak peşinen kabul edilmesi mümkün değildir⁷⁰⁷. Ancak bu değerlendirmenin mal veya

değerlendirmenin adeta kıyas haline gelmesine sebebiyet verir ki bu durum kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Bu sebeple her ne kadar özel hukuk koruması açısından benzer mal ve hizmet kavramının geniş yorumlanması doğru tercih olarak görülse de ceza hukukunun temel prensipleri açısından bakıldığında benzer mal ve hizmet kavramı mümkün olduğunca dar yorumlanmalıdır.

⁷⁰³ Paslı, ürün benzerliği ifadesinin, aynı ya da benzer mal veya hizmetlerin benzerliğini daha açık bir tanımla somut olarak o mal ya da hizmetleri nitelendiren ürünün kendisini ifade ettiğinin belirtmektedir. Bkz. PASLI; a.g.e., s.3 vd.

⁷⁰⁴ PASLI; a.g.e., s.20.

⁷⁰⁵ YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C.II a.g.e., s.772 vd.

⁷⁰⁶ PASLI; a.g.e. s.21-22; Bilgisayar sektöründe masaüstü bilgisayar markası X’in dizüstü bilgisayar alanında korunmaması, bu markanın ayırt edici fonksiyonunu sektöre uğratar. Dizüstü bilgisayar ürünü üzerinde X markasını gören tüketici, masaüstü bilgisayar sektöründeki X markasıyla bağlantı kuracağı ortadadır. Benzer durumlar buzdolabı markası ile fırın ankastre markası arasında, süt markasıyla peynir markası arasında da geçerlidir.

⁷⁰⁷ SMK’nun 11.maddenin dördüncü fıkrası hükmü; “Mal veya hizmetlerin aynı sınıflarda yer almaları benzer olduklarına, farklı sınıflarda yer almaları da benzer olmadıklarına karine teşkil etmez”.

hizmetlerin hangisinin benzer olduğuna yönelik sübjektif belirlemelerin yolunu açarak ceza hukuku açısından ceza kanunlarının yapılması sırasında uyulması gereken belirlilik ilkesi açısından sorunlara yol açacağı da ortadadır. Benzer mal ve hizmetin her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmekte birlikte bu değerlendirmenin de yine yerleşik Yargıtay kararlarına göre bilirkişiler tarafından yapılması da artık bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada benzerlik değerlendirmesi için kabul edilmesi gereken asgari ölçütlerin belirlenmesi önemlidir. Doktrinde bu konuda genel kabul gören ağırlıklı görüşe göre benzerlik araştırmasında göz önüne alınacak kriterlerin; piyasanın ürüne ve markaya yönelik bakış açısı, benzer hedef alıcı kitlesine hitap edip etmediği, belirlenen mal veya hizmetlerin birbirleri yerine ikame olarak kabul edilip edilmediği, kullanım yöntem ve şekilleri açısından birbirleri yerine benzer ihtiyaçlara yönelik ihtiyacı karşılayıp karşılamadıkları, aralarında rekabet olup olmadığı, birinin değeri için tamamlayıcı olup olmadığı, satış ve dağıtım kanallarının aynı olup olmadığının her somut olayda tespiti⁷⁰⁸.

Markanın benzerliği, bir bütün halinde değerlendirilmelidir. Bütünlükten anlaşılması gereken; markayı oluşturan işaret ile markayı taklit eden işaret arasındaki bütüncül benzerlik yanında markayı oluşturan işaretin kullanıldığı mal veya hizmet ile taklit eden işaretin kullanıldığı mal veya hizmet arasındaki bütüncül benzerlik olup olmadığı birlikte, tek seferde ve tek aşamalı bir değerlendirmeye incelenmelidir. Benzerliklerin ayrı ayrı değerlendirilmesi yapay bir ayrıma sebep olabileceği gibi markayı oluşturan işaretlerin benzerliği ile işaretlerin kullanıldığı ürünlerin benzer mal veya hizmetlerden olması karşılıklı olarak birbirlerinin tamamlayıcısı konumunda olduklarını göz ardı edilerek yapılacak bir değerlendirmenin somut olayın da özellikleri dikkate alınarak makul ve hukuka uygun bir marka koruması sağlaması mümkün olamayacaktır. Bunun en önemli sebebi karıştırma tehlikesi, işaretlerin benzerliği ile mal ve hizmetlerin benzerliği

⁷⁰⁸ ARKAN; C:II a.g.e., s.103; TEKİNALP; a.g.e., s.442; UZUNALLI; 2012 a.g.e., s.34-35; KÜÇÜKALİ; a.g.e. s.107; ÇETİNTÜRK; a.g.e., s.584 vd.; BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e., s.127; Yargıtay da vermiş olduğu kararda; “Dairemizin yerleşik kararları uyarınca kapsadıkları ürünlerin benzer tür ürünler olarak nitelendirilmesi için piyasanın anlayışı, benzer alıcı çevrelerine hitap edip etmediği, benzer ihtiyaçları giderip gidermediği, birbirlerinin yerine ikame edilebilme ve rekabet olanaklarının olup olmadığı, dağıtım kanalları, kullanılma yöntem ve amaçları ile hedeflenen halk kesimleri gibi hususların dikkate alınması gerekir.” diyerek belirtilen kriterlere vurgu yapmaktadır. Kararın tamamı için bkz; Yargıtay 11. HD’nin 18.12.2017 Tarihli, 2016/5668 Esas, 2017/7320 Karar sayılı kararı, naklen ÇETİNTÜRK, a.g.e. s.585 dn.1283. Diğer taraftan belirtmek gerekir ki markayı oluşturan işaretlerin arasındaki benzerliğin derecesi ne kadar artarsa ilgili markaların yöneldiği mal ve hizmet benzerliğinin de o kadar arttığını kabul etmek gerekir. PASLI; a.g.e. s.60; UZUNALLI; 2012 a.g.e. s.54.

kavramlarına sıkı sıkıya bağlı bir sonuçtur⁷⁰⁹.

Tanınmış bir markanın taklidi ile ilgili özel bir suç tipi bulunmamasına karşın burada belirtmek gerekir ki karıştırma tehlikesinin, markayı oluşturan işaretlerin benzerliği yanında işaretlerin kullanıldığı mal ve hizmetlerin de benzer olması halinin bütüncül bir yaklaşımla değerlendirilmesi ile belirlenebilen bir durum olması sebebiyle tanınmış bir markanın tanınmışlık düzeyi ne kadar yüksekse benzer mal ve hizmet kavramı da o kadar geniş değerlendirilmesi gereken bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır⁷¹⁰. Bunun en somut örneklerinden biri Coca Cola markasının dünyada tanınmışlık düzeyi en yüksek markalardan biri olduğu gerçeğiyle birlikte örneğin bu markayı oluşturan işaretin benzer bir kokuyla ya da tat ile aromalandırılarak güçlendirilmiş bir diş macunu veya banyo köpüğünde kullanılamayacağına ilişkin önüne gelen bir olayda Fransız mahkemeleri markanın bu şekilde kullanılamayacağına karar vermiştir⁷¹¹. Ancak burada belirtmek gerekir ki markanın aynısının kullanılması halinde iktibasın varlığı karıştırma tehlikesinin de varlığının ayrıca araştırılmasını gereksiz kılar. Ancak unutulmaması gereken kriter ceza hukuku açısından iktibasta sadece aynı işaretin kullanılması değil aynı zamanda aynı mal ve hizmetin kullanılması gerekir. Diğer taraftan iltibas için de aynı ya da benzer bir işaretin yine aynı ya da benzer mal ve hizmetlerde kullanılması halinde suçun tipiklik unsuru tamamlanacağından, “Coca Cola” markasının bu şekilde kullanılması halinde ancak ceza hukuku dışındaki marka haklarının ihlali halinde SMK’da düzenlenen diğer korunma yöntemlerine başvurulması gerekecektir.

Benzer mal ve hizmet kavramının bu kadar belirsiz olması suçun tipikliği açısından “belirlilik ilkesi” yönüyle haklı olarak eleştirilmektedir⁷¹². Bu durumun çözümü olarak

⁷⁰⁹ KÜÇÜKALİ; a.g.e., s.108.

⁷¹⁰ Fransız mahkemelerinin vermiş oldukları kararlar da marka ne kadar tanınmış olursa benzer mal ve hizmetler kavramının çerçevesinin o kadar geniş tutulması gerektiği yönündedir. ÖZTEK; 2008 a.g.m., s. 278.

⁷¹¹ ÖZTEK; 2008 a.g.m., s.278-279.

⁷¹² Çetintürk, iktibas ve iltibas kavramlarının anlam ve kapsamlarının neye göre belirlendiği konusunda belirsizliklerden dolayı suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve kıyas yasağı kapsamında sorunlu olduğunu savunmaktadır. Yazara göre bu belirsizlik daha çok iltibas kavramında kendisini göstermekte ve benzer işaretlerde olduğu gibi benzer mala ve hizmetlerin hangileri olduğu konularında da bu belirsizliği adeta arttırmaktadır. Benzer mal ve hizmetlerin neler olduğu yönünde açık bir düzenleme bulunmadığından benzer mal ve hizmetlerin içeriğinin doldurulması özel hukuk kurallarına göre, doktrin ve mahkeme kararlarıyla şekillenmekte olup her olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durum da suç olarak düzenlenen iltibas suretiyle tecavüz eylemlerinin tipikliği hususunda belirsizlik yaratmaktadır. Yazara göre bu belirsizliğin en önemli nedeni yargının, karar vermeden önce bilirkişilere müracaat etmesini zorunlu kılması (“Uyuşmazlığın niteliği itibarıyla ürünlerin aynı ve/veya benzer tür olup olmadıkları hususunda değerlendirme yapılması hususunun özel ve teknik bilgiyi gerektirdiği de dikkate alınarak, bu konuda uzman bilirkişi heyetinden görüş alınmalıdır.” Yargıtay11.HD. 18.12.2017 tarihli,

iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzün tamamen ceza maddesinden çıkartılarak SMK'nın nisbi red nedenleri arasında sayılan iltibasın sadece özel hukuk korumasından yararlanacak şekilde bırakılması yönünde bir öneri sunulmuştur⁷¹³.

İltibas suretiyle tecavüz eylemlerinin cezai koruma kapsamının dışına bırakılması genel olarak gerek ortaya çıkan belirsizlik sorunlarına çözüm; gerekse TRİPS bağlamında uyumluluk ile ilgili bir problem çıkartmayacak bir sonuç ortaya koyabilir. Ancak uygulamada gerçekleşen marka hakkına tecavüz eylemlerinin büyük bir kısmının iltibas suretiyle gerçekleştiği de göz önüne alındığında ceza politikası yönünden ciddi bir boşluk yaratacağı ve özellikle taklit markalarla mücadeleyi de sekteye uğratacağı düşüncesindeyiz. Bunun da ötesinde böyle bir hareket tüm tecavüzlerin bilinçli olarak iktibas yerine iltibas kapsamında bırakılarak işlenmesi yolunu açacaktır. Böyle bir durumda ceza normlarının caydırıcılığının da olmadığı bir ortamda marka hakkına tecavüz eylemlerinin boyutlarının global anlamda ulaştığı seviye de göz önüne alındığında başa çıkılamaz bir hal alabileceği ve özellikle uluslararası alanda ülkemizi zora sokabileceği de unutulmamalıdır.

Benzer mal ve hizmetlerle ilgili ne şekilde tespit edileceği konusunda ilk olarak aynı nitelikteki mal ve hizmetler yani mal ve hizmetlerin türleri benzer ise o mal ve hizmetlerin benzer olduğu kabul edilebilir. İkinci değerlendirme, mal ve hizmetlerin türleri ile birlikte kullanılış amaçları göz önüne alınarak aynı müşteri kitlesi tarafından aynı şartlarda talep edilebilen mal ve hizmetler, benzer mal ve hizmet olarak nitelendirilebilir şeklindedir. Bu kriter genel anlamda hukuki olarak objektif bir kriter olarak kullanılabilir. Üçüncü olarak tüketici kitlesi tarafından tescilli markayı taşıyan mal ve hizmetler gibi aynı kaynağa atfedilebilen mal ve hizmetler benzer olarak nitelendirilebilir. Bu değerlendirmede ortalama hedef tüketici kitlesinin mal ve hizmetin aynı üreticiden geldiğini zannetmekte haklı ise o halde ilgili mal ve hizmetler benzer olarak nitelendirilebilir. Ancak bu değerlendirme şekli sübjektif olduğu gibi aynı zamanda hukuki olmaktan ziyade ekonomik bir çıkarımdır⁷¹⁴.

Belirtmek gerekir ki ceza hukuku açısından ilk iki kriter kullanılabilir iken üçüncü

2016/5668 esas, 2017/7320 karar sayılı kararı) ve bilirkişilerin de benzerliği, objektif bir ölçüsü olmayan bir değerlendirme ile tespit etmesidir. ÇETİNTÜRK; a.g.e., s.586. Çetintürk'ün eleştirisini haklı çıkaracak düzeyde, sübjektif değerlendirmeler sonucu özellikle mal ve hizmetlerin benzerliği hususunda ortaya konan kriterlerin birbirinden farklı kararların çıkmasını engelleyememektedir. OCAK; a.g.m., s.275.

⁷¹³ ÇETİNTÜRK; a.g.e., s.587 vd.

⁷¹⁴ ÖZTEK; 2008 a.g.m., s.279.

değerlendirme kriterinin kullanımı belirlilik ilkesi kapsamında sorunlu bir kriterdir. İlk kriterde mal ve hizmetin kendisinin dikkate alınması ve ikinci kriterdeki mal ve hizmetleri türleri ve kullanılış amaçlarının dikkate alınması benzer mal ve hizmet olup olmadıklarının tespitinde objektif kriterler olarak kullanımı belirlilik ilkesi açısından daha uygun kriterlerdir. Bu iki kriterin yanına eklenmesi gereken asıl üçüncü kriter; dağıtım kanallarının ve dağıtım alışkanlıklarının da göz önüne alınarak değerlendirmenin yapılması gerektiğidir. Kullanılan işaretlerin benzerliği yanında bu kriterler ışığında eğer mal ve hizmetlerin de benzerliği sonucuna ulaşılsa artık iki benzerliğin birlikte değerlendirilmesi sonucunda “karıştırma tehlikesinin” varlığının kabul edilmesi gerekir.

Bu konuda bağlayıcı ve net kriterlerin getirilememesi ürün yelpazesinin zaten geniş olması ve her geçen gün genişlemeye de devam ediyor olmasıdır. Bu sebeple iltibas gibi doktrinde neyi ifade ettiği hususunda belirsizlikler barındırdığı yönünde genel bir kabul oluşmuş bir kavramın kullanılması bilinçli bir tercih olup bu sayede devamlı bir değişim ve gelişim gösteren bir alanda kazuistik ve sınırlandırıcı bir yaklaşımın marka haklarının sekteye uğratabileceği gerçeğinden hareketle dinamik bir mücadele yöntemi tercih edildiğini düşünmekteyiz. Bunun yanında suçun tipikliği bakımından sorunlu gibi görünen durum için unutulmaması gereken hususun tipe uygun her eylemin her kanunda açık ve ayrıntılı düzenlenmesi özellikle de ticaret hukukunun alanına giren bu tip konularda her zaman mümkün değildir. Bu durum da zaten belirlilik ilkesine her koşulda aykırılık olarak da kabul edilemez⁷¹⁵.

O halde mal ve hizmetlerin benzerliğinin tespiti için mümkün olduğu kadar objektif kriterler belirlenmesi gerekmektedir⁷¹⁶. Markayı oluşturan işaretlerin benzerliği ön koşuluyla, mal ve hizmetlerin benzerliği için gereken objektif kriterler olarak;

- mal ve hizmetlerin bizihi kendilerinin şekilleri, yapıları ve türleri
- mal ve hizmetlerin birbirleri yerine ikame olup olmadıklarının,

⁷¹⁵ Tipe uygunluk açısından kanun metinlerinde bulunan bazı kavramların içtihat yoluyla belirgin hale getirilmesi ya da bir hukukçu tarafından açıklanması yardımıyla anlaşılır hale getirilmesi AİHM tarafından da belirlilik ilkesine aykırılık olarak görülmemektedir. GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref; GÖLCÜKLÜ, Feyyaz; SAYGILI, Abdurrahman, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Turhan Kitabevi, Tamamen 12. Baskı, Ankara, Aralık 2019, s.329.

⁷¹⁶ Yargıtay’ın 26.06.2009 tarihli bir kararında karşılaştırılma konusu mal ve hizmetler arasında benzerliğin tespiti için bilirkişilerce, piyasanın anlayışı, benzer alıcı çevresine hitap edip etmediği, benzer ihtiyaçları giderip gidermediği, birbirleri yerine ikame edilip edilemediği, rekabet etme olanaklarının olup olmadığı, dağıtım kanallarının ortak olup olmadığı, kullanım yöntemlerinin, hedeflenen halk kesimleri ve bu kesimlerdeki tüketicilerin ortalama algılaması kriterlerine göre değerlendirme yapılması gerektiğine dair kararı için bkz, 11. HD. 26.06.2009 tarihli, 2009/7062 esas, 2009/7883 karar sayılı kararı; naklen PASLI; a.g.e., s.110.

-mal ve hizmetlerin hitap ettikleri tüketici kitleleri ve tüketicinin genel kullanım amacı ve alışkanlıkları,

-mal ve hizmetlerin kaynağı, tedarik zincirleri ve pazara sunulmuş şekilleri dikkate alınarak yapılacak benzerlik değerlendirilmesi en doğru sonucu verecektir⁷¹⁷.

Mal ve hizmetlerin bizatihi kendilerinden kasıt ürünlerin fiziksel görünüm olarak birbirlerine benzeyip benzemedikleridir. Ürünler arasındaki fiziki benzerlik tüketici nezdinde bağlantı kurma ihtimali yaratıp yaratmadığı buradaki esas kriterdir. Her ne kadar fiziksel benzerlik özellikle şekil veya ambalaj işaretlerinin marka olarak tescillenmesi durumlarında karşımıza çıktığında göz ardı edilmemesi gereken bir ölçüm yöntemi olsa da diğer kriterlerden bağımsız yapılacak bir değerlendirme yanıltıcı olabileceği gibi sınıflandırma sisteminde olduğu gibi belirleyici olmaktan da uzaktır.

Karşılaştırılan mal ve hizmetlerin birbirleri yerine ikame olup olmadıkları, birbirlerini tamamlayan ürünler olmaları veya birbirleriyle rekabet edebilecek ürünler olmaları halinde de benzer mal ve hizmetlerden oldukları kabul edilir. Özellikle bu değerlendirme yapılırken ceza hukuk açısından dar yorumlanmalı ve genellemelerden kaçınılmalıdır⁷¹⁸.

Mal ve hizmetlerin hitap ettikleri tüketici kitleleri ve tüketicinin genel kullanım amacı ve alışkanlıklarından kasıt; karşılaştırılan ürünlerin kullanıcı kitlesi aynı ise ve bu tüketici gurubu söz konusu ürünleri benzer amaçlarla ve benzer işlevleri dolayısıyla kullanıyorlarsa karşılaştırılan ürünlerin benzer olduğunu söylemek gerekir. Ürünleri kullanım amaçları ve işlevleri ne kadar yakın ise benzerlik de o kadar artacaktır.

Mal ve hizmetlerin kaynağı, tedarik zincirleri ve pazara sunulmuş şekilleri dikkate alınarak yapılacak benzerlik değerlendirilmesi de son derece önemlidir. Kaynaktan kasıt

⁷¹⁷ Daha önce de değinildiği üzere, mal ve hizmetlerin benzerliği ile ilgili benzerlik kavramının içeriğinin nasıl doldurulacağı sorunu mevzuatta bu yönde dorudan bir tanımlama veya belirleme yapılmadığından daha çok ulusal ve uluslararası içtihat hukuku yoluyla cevap bulmaktadır. İctihat hukuku yönüyle kriterlerin ne olacağı hususunda öncülüğü İngiltere yapmıştır. 1946 yılında “Jellinek” başvurusu ile geliştirilen ve 1994 tarihli İngiliz markalar kanununda da uygulanan ayrıca 1996 tarihli “British Sugar” kararı ile de revize edilerek geliştirilen benzerlik tespiti bugün de geçerliliğini korumaktadır. Bu tespit üç temel soruya dayanır. Bunlar; -ürünlerin yapısı ve kompozisyonları nasıldır? -ürünlerin ilgili kullanım alanları nelerdir? -ürünlerin alınıp satılmasına yönelik ticaret kanalları nelerdir? “British Sugar” davası bu üç soruya şunları da ekleyerek en doğru sonuca varmayı amaçlamıştır: - ürünler uygulamada marketlerde aynı raflarda mı satılmaktadır? -ürünler birbirleriyle rekabet ediyor mu? Ticari olarak nasıl sınıflandırılmaktadırlar? Naklen; PASLI; a.g.e., s.70.

⁷¹⁸ Yargıtay’ın “Mini Magic” kararında karşılaştırma konusu ürünlerin, birbiri yerine ikame olanağının bulunması, bu malların benzer ihtiyaçları gidermekte kullanılmasının mümkün olması ve kullanım amaçları ve dağıtım kanallarının farklı olmaması halinde ürünlerin benzerliğini bulduğuna dair kararı için bkz, 11. HD. 11.02.2008 tarihli, 2008/14411 esas, 2008/1377 karar sayılı kararı; naklen PASLI; a.g.e., s.109.

ürünlerin aynı ya da birbiri yerine kullanılabilecek hammadde ile üretilmesidir. Mal ve hizmetlerin kaynağının aynı olması, aynı fabrikada üretilen ürünler olduğu anlamında kullanılmamaktadır. Burada belirtmek istenen şey iki mal ya da hizmetin aynı hammaddeyle ya da aynı kaynaklar kullanılarak üretilmesidir. Tedarik zincirlerinin aynı olması ile karşılaştırılan mal ve hizmetlerin aynı tür firma veya marketlerin aynı reyolları, stantları ya da raflarında yan yana tüketicinin tercihinine sunulmasıdır⁷¹⁹. Birbirine benzerliği az dahi olsa yan yana satışa sunulan ürünler arasında bir süre sonra zamanla tüketici nezdinde menşei ile ilgili karıştırılma tehlikesi doğurabileceği göz önünde tutulmalıdır. Bu kriterin benzerlik değerlendirmesinde oldukça kuvvetli bir etkisi vardır.

İlaç markalarının bazı özel durumları itibarıyla iltibas ile ilgili benzerliğin nasıl belirlenmesi gerektiği konusunda bazı hususları belirtmek yerinde olacaktır. İlaç markalarının genellikle ilacın içeriğinden yararlanarak isimlendirilmekte olduğu bilinen bir uygulamadır. Bu eğilimin sonucunda da birbirlerine çok yakın markaların ortaya çıkmasını kaçınılmaz hale getirmiştir. Bu durumun hukuken çözümü Alman hukukunda bulunabilmektedir. Alman mahkemeleri bir markanın sahibi, markasına şu veya bu şekilde yakın olan markaların kendi faaliyet alanında veya komşu sektörlerde bir arada yaşamalarına katlandığı, bu birlikte yaşam haline hoşgörü ile yaklaştığı taktirde, belli bir komşuluk alışkanlığının doğduğunu göz önünde bulundurarak bu durumun karıştırılma ihtimalini azalttığını kabul etmektedir⁷²⁰. İlaç sektöründe, ilaç hammaddelerinin isimlerinin hiç kimsenin tekeline bırakılamayacak işaretlere olmasından dolayı bu isimlerden türetilen markalar doğal olarak ayırt edicilikleri zayıf markalar ahalini almaktadırlar. Ancak bu durum tüm marka sahipleri açısından benzer kullanıma ve içeriklere sahip ilaçlar açısından küçük farklılıklarla yeni markaların türemesine ve belli oranda karıştırılma tehlikesine katlanma zorunluluğu doğurur⁷²¹. Ancak bu durum ilaç markaları arasında cüzi farklılıkların olduğunu bilen hedef alıcıların bu farklara daha fazla dikkat ederek tercihlerini belirleyeceği

⁷¹⁹ Yargıtay'ın 05.03.2009 tarihli bir kararında mal ve hizmetlerin karşılaştırılmasında ürünlerin üretildiği ve satışa sunulduğu yerlerin ve tüketici kesiminin büyük oranda aynı olması halinde ürünlerin benzerliğini bulunduğuna dair kararı için bkz, 11. HD. 05.03.2009 tarihli, 2009/7884 esas, 2009/2560 karar sayılı kararı; naklen PASLI; a.g.e., s.110.

⁷²⁰ ÖZTEK; 2005 a.g.m., s.15.

⁷²¹ Belçika Brüksel İstinaf Mahkemesinin 14.01.1953 tarihli kararında "...terkibi ve etkileri birbirlerine yakın olan ve bu terkip veya etkiden esinlendiği için isimleri, artık bir aile görünümü içinde belirlemekle beraber taklit teşkil etmeyen sayısız ilaç arasında belli bir muhtemel karışıklık marjını normal addetmek gerekir..." tespiti yapılmıştır. Naklen; ÖZTEK, İlaç Markaları a.g.m., s.17.

kabul edilmelidir⁷²².

Karıştırma tehlikesinin tespitinde önemli kriterlerden biri olan benzer mal ve hizmetlerin hedeflediği alıcı kitlesinin benzer olması, iltibasın varlığı için önemli bir kriter olarak kullanılmaktadır⁷²³. Ancak ilaç markalarında iltibasın tespitinde hedef kitlenin tespiti ürünün özelliği gereği farklı bir özellik barındırmaktadır. Burada ilacın alım şekli açısından ikili bir ayırım yapmak gerekir. İlkinde alınan ilaç reçete ile alınabilen bir ilaç ise hedef kitlesi son kullanıcı değil ilacı reçete eden doktordur⁷²⁴. Aslında genel kurala da uygun olan bu durum şu şekilde de ifade edilebilir: benzer markaları taşıyan ürün belirli bir uzmanlık alanı ile ilgili ise ve uzmanlık sahibi hedef kitleye hitap ediyorsa markaların iltibasının tespitinde belirtilen uzman hedef kitlenin etkileşimi dikkate alınmalıdır⁷²⁵. İkinci olarak karşılaştırılan ürün (ilaç) reçete ile değil de rafta ya da eczacıdan istenerek alınabilen bir ilaç ise alıcı hedef kitlenin (hasta ya da hasta yakını vb.) ilaçlar konusunda yeterli bilgisinin olmadığı da göz önüne alınarak yorumlansa dahi alınan ürünün sağlık ile ilgili olmasından dolayı tüketicinin sarf edeceği dikkatin, alelade bir marketin rafından herhangi bir şey alırken sarf edeceği dikkatten daha fazla olacağı ayrıca tercihini belirlerken eczacıdan yardım alacağı da bir gerçektir⁷²⁶. Kaldı ki doktor veya sağlık personelinin vermesi gereken dikkat de normalin üstünde bir dikkat olacağı da kabul edilmelidir⁷²⁷.

b- İltibas veya İktibas Suretiyle Tecavüz için Seçimlik Fiiller

Marka KHK'sı döneminde marka hakkına iltibas veya iktibas suretiyle tecavüz için seçimlik hareketler olarak sadece “malın üretilmesi, satışa arz edilmesi ve satılması suç

⁷²² ÖZTEK; 2005 a.g.m., s.17.

⁷²³ CENGİZ; a.g.e., s.30.

⁷²⁴ Cengiz'e göre mevzuat gereği reçete ile satılabilen ilaçların üzerindeki işaretlerin karıştırılıp karıştırılmadığı araştırılırken, hukuki düzenlemelere dayanılarak değerlendirme yapılması gerekir ve bu nedenle kesinlikle doktor ve eczacıların etkilenimlerinin dikkate alınması lazımdır. CENGİZ; a.g.e., s.33.

⁷²⁵ CENGİZ; a.g.e., s.32.

⁷²⁶ ÖZTEK; 2005 a.g.m., s.18.

⁷²⁷ ÖZTEK; 2005 a.g.m., s.18; Fransa'da Paris Mahkemesi'nin vermiş olduğu 07.03.1964 tarihli bir kararında, "...ilaç markalarında özel bir düzenleme bulunmadığı ve dolayısıyla bu markaların taklitlerinin, detaya ilişkin farklılıklar değil, bütüne ilişkin benzerlikler göz önüne alınarak ve markaları aynı anda göz önünde bulundurmaya vasat dikkat ve bilgi tüketicinin birbirine çok yakın adları olan fazla sayıda ilacın mevcudiyeti ve uygun olmayan bir ecza müstahzaratı kullanımının sebebiyet verebileceği sonuçlar nedeniyle zorunlu olarak daha dikkatli davrandığı da kuşkusuzdur..." tespiti yapılmıştır. Belçika Mahkemesi de "SULFOİDOL" ile "SULFİODE" markaları arasında; aynı kökü kullanan birçok ecza müstahzaratı bulunduğu ve bu hal sebebiyle doktor ve eczacıların çok daha dikkatli davranmaları icap ettiği gerekçesiyle iltibasın mevcut olmadığına karar. Ayrıca belirtmek gerekir ki eczacıların reçeteye tabi olmayan ilaç ve tıbbi malzemeler ile ilgili hastanın gereksinimlerine uygun, güvenli ve akılcı bir şekilde tedarikini sağlama ve bu konuda danışmanlık hizmeti verme sorumluluğu (28970 sayılı Resmî Gazete 12.04.2014 tarihinde yayınlanan Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmelik'in "Eczacının Sorumlulukları" başlıklı 7/1-(ç) bendi hükmü) vardır. İlgili yönetmelik için bkz;<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=19569&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5>vermiştir.

olarak düzenlenmişken SMK ile seçimlik hareketlere “ithal ya da ihraç etmek, ticari amaçla satın almak, bulundurmak, nakletmek veya depolamak” seçimlik fiilleri de eklenmiştir. Dolayısıyla belirtmek gerekir ki SMK’nın kabul tarihinden öncesi için bu fiiller suçun tipikliğini oluşturmamaktadır⁷²⁸.

Doktrinde 30. maddenin birinci fıkrasının lafzının, anlam bozukluğuna yol açacak şekilde kaleme alındığına dair haklı bir eleştiri getirilmektedir. Bu görüşe göre maddenin kaleme alınış şekliyle seçimlik hareketlerin tamamı, yine seçimlik hareket olarak belirtilen “iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz etme” fiiline bağlanmıştır. Ancak bu fiille işlenecek fiiller sadece mal üretme veya hizmet sunma fiilleridir. Diğer seçimlik fiiller iktibas veya iltibas suretiyle işlenmeye uygun fiiller değildir. İktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal ithal edilemez, ihraç da edilemez, satın da alınamaz, bulundurma eylemi de gerçekleştirilemez. Nakletme veya depolamak da bu şekilde işlenemez. Ancak daha önce tescilli bir marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz edilerek üretilmiş taklit markayı taşıyan ürünler ihraç edilebilir, ithal edilebilir, satın alınabilir, bulundurulabilir, nakledilebilir ya da depolanabilir. Aynı şekilde satışa arz etme ve satma fiilleri de ancak daha önce tescilli bir marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz edilerek üretilmiş taklit markayı taşıyan ürünler için mümkün olabilir. Ayrıca “mal” için üretme, satma ve satışa arz etme fiilleri kullanım olarak bir sorun değilken “hizmet” için bu fiilleri değil, “sunmak” fiilini kullanmak gerekirdi ki bu maddenin düzenlenmesinde karşımıza çıkan diğer bir eksiklik de budur⁷²⁹. Ayrıca hizmet sunmak eylemi, içerisinde hizmetin satışa arz edilmesini de barındığından hizmet için ayrıca satışa arz etme fiilinin kullanımı da gereksizdir⁷³⁰.

Marka hakkına iltibas veya iktibas suretiyle tecavüz için belirlenen seçimlik fiillerin incelemesinde kanunun sistematığı esas alınarak dört ana başlıkta ele almak yerinde olacaktır. SMK md 30’da başkasına ait bir marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle

⁷²⁸ “Suç tarihinde yürürlükte bulunan 556 sayılı Marka KHK’sı 61/A maddesinde sayılan eylemlerin, sanığın eylemlerinin hiçbirine uymadığı; sanık suça konu ürünleri ticari amaçla taşıya bile adı geçen ceza hükmü kapsamında cezalandırılmayacağı, suç tarihinde yürürlükte olmayan SMK’nın 30. maddesinde sanığın eylemleri suç olarak düzenlenmiş ise de suç tarihinde yürürlükte olmadığından ve sanığın lehine olan hükmün 556 sayılı KHK’nın 61/A maddesi hükmü olduğu anlaşıldığından sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerekir.” İstanbul BAM 15. CD’nin 17.11.2017 tarihli, 2017/2496 Esas, 2017/2703 Karar sayılı kararı; ÇETİNTÜRK; a.g.e., s.612, dn.1341.

⁷²⁹ Aynı yönde; ÇETİNTÜRK; a.g.e., s.609-610; YENİDÜNYA/İÇER; a.g.e., s.89; BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e., s.141.

⁷³⁰ ÇETİNTÜRK; a.g.e., s.610.

tecavüz ederek “mal üretmek veya hizmet sunmak”, “satışa arz etmek veya satmak”, “İthal ya da ihraç etmek”, “ticari amaçla satın almak, bulundurmak, nakletmek veya depolamak” seçimlik hareketlerinden birinin işlenmesi yaptırıma bağlanmıştır.

bb- Mal Üretmek veya Hizmet Sunmak

“Üretmek” fiili, oluşturmak, yaratmak, meydana getirmek, ekonomik bir etkinlik sonucu ürün elde etmek anlamlarına gelmektedir⁷³¹. Tescilli bir marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz suçunun ilk seçimlik hareketi “mal üretmek” olarak belirlenmiştir. Burada suçun kanuni tanımına uygun olarak ortaya çıkması için malın üretilmesi hareketinin tam olarak ne zaman tamamlandığının her somut olayın özelliklerine göre tespiti gerekir⁷³².

Malın ne zaman üretildiğinin tespiti için malın iktibas ya da iltibas suretiyle markanın kullanılmasıyla ürünün, fiziki olarak ortaya çıkarılması gerekir. Diğer bir ifadeyle iktibas ya da iltibas suretiyle tecavüz edilen marka kullanılarak, ürün satışa arz edilecek hale getirilmiş olmalıdır. Ürünün satışa uygun hale getirilmiş olması suçun oluşması için yeterli olup ayrıca satışa arz edilmesi ya da satılması, seçenek fiillerden herhangi birinin işlenmesinin yeterli olması sebebiyle, ayrıca bu fiillerin de işlenmesine gerek yoktur⁷³³.

Malın üretilmesi için her halükârda üretimin bir aşamasında iktibas ya da iltibas suretiyle tescilli bir markanın aynısı veya benzeri kullanılmalıdır. Markanın iktibas veya iltibas suretiyle kullanılması ancak malın üretilmesiyle tamamlanacağı için ilk aşamanın yani iktibas veya iltibas suretiyle markanın aynısı ya da benzeri bir işaretin hazırlanması; ikinci aşama yani taklit işaretin üretim aşamasında kullanılması, birlikte gerçekleşerek tamamlandığında suç kanuni tanımına uygun hale gelir. Belirtilen iki aşamanın iki ayrı kişi tarafından da gerçekleştirilmesi mümkün olup sanıkların durumu iştirak hükümleri kapsamında değerlendirilir⁷³⁴.

“Hizmet”, birinin işini görme veya birine yarayan bir işi yapma olarak tanımlanmaktadır⁷³⁵. “Sunmak” da bir kimseye bir şeyi vermek, arz etmek, yollamak, göndermek, takdim etmek olarak tanımlanır⁷³⁶. “Hizmet sunmak”, bu iki kelimenin tanımlarından da yararlanarak; birinin işini görme veya birine yarayan bir işi yapmak üzere

⁷³¹ Bkz; <https://sozluk.gov.tr/>.

⁷³² YENİDÜNYA/İÇER; a.g.e., s.89.

⁷³³ Aynı yönde; ÇETİNTÜRK; a.g.e., s.613; BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e., s.144; YENİDÜNYA/İÇER; a.g.e., s.89-90.

⁷³⁴ Aynı yönde bkz; BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e., s.145.

⁷³⁵ Bkz; <https://sozluk.gov.tr/>.

⁷³⁶ Bkz; <https://sozluk.gov.tr/>.

bir şeyi vermek, arz etmek, yollamak, göndermek, takdim etmek olarak tanımlanabilir.

KHK döneminde yoğun bir şekilde eleştirilen hizmetin mal ile birlikte “mal ve hizmet üretmek” olarak düzenlenmiş olması SMK ile düzeltilmiş ve “hizmet” üretilmeyeceği ancak sunulabileceği yönündeki tespitlere uygun olarak “hizmet sunmak” seçenek fiili SMK 30. maddeye eklenmiştir⁷³⁷.

Tanımından da anlaşılacağı üzere “hizmet sunmak” ile “hizmeti satışa arz etmek” birbirinden ayrılması çok zor iki eylemdir. Aslında sunmak arz etmek fiilini de kapsadığı için ayrıca arz etmek fiilinin belirtilmesinin gereksiz tekrar olmasının yanında uygulamada karışıklığa yol açabilecektir⁷³⁸. Ayrıca aynı tekrar hizmet sunmak fiilini ne zaman işlenmiş sayılacağı hususunda da sorun çıkarmaktadır. Her ne kadar hizmetin sunulması için icraya geçmeye elverişli ve uygun vasıta ve imkanların oluşturulmasının yeterli olabileceği ifade edilse de⁷³⁹ fiilen bunun adı satışa arz etmektir. Piyasaya arz edilmeye başlanmadan bir hizmetin sunulması ve sırf bu sunumla birlikte suçun tamamlanması her somut olayda yeterli ve mümkün olmayabilir⁷⁴⁰. Dolayısıyla burada hizmetin sunulması ancak sunumun satışa fiilen arz edilmesiyle mümkün olacağından satışa arz için sunumun elverişli hazırlık hareketleri olarak değerlendirilmesi halinde teşebbüsten bahsedilmelidir⁷⁴¹. Kanun koyucu burada bir tercihte bulunmuş hazırlık hareketi olarak kabul edilebilecek satışa arz eylemini bilinçli olarak suç tipine dahil etmiştir.

Kanaatimizce burada satışa arz eylemi ile hizmetin sunulması aynı anlama geldiğinden karışıklık buradan kaynaklanmaktadır. Bu konunun netleştirilebilmesi ve

⁷³⁷ Başbüyük, eserinin ilk basısında, bu durumu “Hizmet bakımından “üretmek” hareket unsurunun ortaya konulabilmesi güçtür...sürece bakılacak olursa hizmet için öncelikle araç-gereç temini ve gerekli hazırlıklar yapılır, ikinci aşamada hizmet ilgili marka altında piyasaya/ satışa arz edilir ve son aşamada talep dahilinde üçüncü kişiler bu hizmetten yararlandırılır. Görüldüğü gibi “mal” için geçerli olan üretim aşaması “hizmet için geçerli değildir. “Hizmet”, piyasaya “sunulması” eylemiyle belirginleşir. Dolayısıyla hizmet için “üretmek” değil “sunmak” fiilinin kullanılması, somut olayın çerçevesinde hazırlık hareketleri-icra hareketleri başlangıcı (TCK md. 35) konusunda değerlendirilmesi gerekir.” Şeklinde eleştirmiş ve çözümünü de belirtmiştir. BAŞBÜYÜK; 2014 a.g.e., s.145-146; benzer görüş için bkz, YENİDÜNYA/İÇER; a.g.e., s.90.

⁷³⁸ BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e., s.143.

⁷³⁹ YENİDÜNYA/İÇER; a.g.e., s.90.

⁷⁴⁰ Aynı yönde; ÇETİNTÜRK; a.g.e., s.614.

⁷⁴¹ Başbüyük’e göre satışa arz satımın bir ön aşamasıdır. Dolayısıyla hizmet için seçimlik unsurlardan ancak sunmak anlam kazanmaktadır. Bu sebeple de maddenin suç tipi olarak mevcut hali yerine “hizmet sunan- veya -mal üreten, satışa arz eden veya satan, ithal veya ihraç eden... şeklinde düzenlemesi metodolojik olarak yerinde olacaktır. BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e., s.144; Çetintürk ise hizmet sunmak fiilinde suçun ne zaman işlenmiş olacağı ile ilgili tereddüt bulunduğunu, hizmetin satışa uygun hale getirilmesi, ilgili hizmetin icra edilmeye uygun vasıta ve imkanların oluşturulmasının yeterli olduğu görüşünün doktrinde ifade edilmesine rağmen ilgili hizmetin, piyasaya sunulmaya başlanmadığı sürece hizmetin sunuma hazır hale gelmiş olmasının her zaman bu suçun tamamlanmış olması için yeterli olmadığını, burada suçun teşebbüs aşamasında kalmış olabileceğinin de değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. ÇETİNTÜRK; a.g.e., s.614.

karışıklığın ortadan kaldırılabilmesi için suç tipinde mal ile hizmetin tamamlayıcı fiillerinin birbirlerinden tamamen ayrılarak tanımlanması gerekir. Bunu sistematik olarak ifade etmek gerekirse suç tipinin “...tecavüz ederek hizmet sunan, satan, ithal ya da ihraç eden veya ticari amaçla satın alan; mal üreten, üretilmiş olan malı satışa arz eden veya satan, ithal ya da ihraç eden, ticari amaçla satın alan, bulunduran, nakleden veya depolayan...” şeklinde ifade edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

cc- Satışa Arz Etme veya Satma

Düzenlenen suç tipindeki diğer bir seçimlik hareket olan “satışa arz etmek”, sözlük dilinde satmak için ortaya koymak veya satış için sunmak olarak tanımlanırken⁷⁴², maliki veya zilyedi olunan bir malı satma iradesini gösteren herhangi bir davranış sergilenmesi olarak anlaşılması gerekir⁷⁴³. Satışa arz fiillerinin, bir anlamda satma eyleminin hazırlık hareketleri olarak da görülmesi mümkündür. Bu yönüyle kanun koyucu, sadece satma fiillerini değil ayrıca satışa arz etme fiillerini de cezalandırma iradesi göstermektedir⁷⁴⁴. Suçun faillerinin bahse konu taklit markaları taşıyan ürünleri satmak üzere alıcıyla giriştiği pazarlık, her türlü telekomünikasyon yöntemiyle yapılan müşteri aramaları, reklam ve satma girişimleri, hatta satış öncesi anlaşılabilir kaparo alınması⁷⁴⁵, kapıda satış yöntemiyle malın pazarlanması, taklit ürünün bir kampanyanın konusu haline getirilmesi⁷⁴⁶ dahi satışa arz olarak değerlendirilebilir.

⁷⁴² Bkz; <https://sozluk.gov.tr/>.

⁷⁴³ Şen, uyuşturucu madde suçlarıyla ilgili bir makalesinde satışa arzı “bir kimsenin maliki veya zilyedi olduğu uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi, ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak satma iradesini gösteren herhangi bir davranışta bulunmasıdır. Arz etmek “sunmak” anlamına geldiğine göre; uyuşturucu veya uyarıcı maddenin satışa sunulduğu, satmak için gerekli hazırlık ve girişimde bulunulduğu durumda satışa arz etme eylemi gerçekleşmiş olur.” diyerek tanımlamaktadır. Makalenin tamamı için bkz; ŞEN, Ersan; “Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Satma ve Satışa Arz Farkı, Başkalarına Verme” başlıklı 28.09.2018 tarihli makale, <https://www.hukukihaber.net/>; ayrıca benzer bir tanıma Başbüyük de yer vermektedir. Başbüyük’e göre satışa arz etmek bir şeyi satma iradesini gösteren her türlü davranış olarak anlaşılmalıdır. BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e., s.146.

⁷⁴⁴ Çetintürk, satışa arz etme fiillerinin satma fiillerinin bir ön koşulu olduğundan ve hazırlık hareketleri niteliğinden dolayı, satış eyleminin satışa arz eylemi olmadan gerçekleştirilemeyeceğinden bahisle satışa arzın satma fiilini de kapsadığını, bu sebeple de satışa arz ile suçun tamamlandığını ifade etmektedir. Bu sebeple de satışa arz fiilinden sonra ayrıca satış fiiline yer verilmesine ihtiyaç olmadığını savunmaktadır. Bkz. ÇETİNTÜRK; a.g.e. s.632. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Hazırlık hareketlerinin ayrıca, asıl eylem gibi cezalandırılması tehlike suçlarının tipik bir düzenleme şekli olup kanun koyucunun burada bilinçli ve somut bir irade gösterdiği açıktır. Dolayısıyla artık satışa arz edilen bir ürünün ya da hizmetin ayrıca satışın tamamlanıp tamamlanmadığına bakılmaksızın suçun tamamlanması için yeterli olduğunu kabul etmek gerekir.

⁷⁴⁵ Öğretide benzer bir suç tipi olan uyuşturucu maddenin satışa arz edilmesi eyleminde satışa arz etmenin kendi hakimiyetinde olan malın ya da ürünün elde bulunmasını zorunlu kılması nedeniyle, yakında temin edilecek ürünün satılmasına ilişkin girişimler, satışa arz olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmektedir. ÖZBEK, Veli Özer; DOĞAN, Koray; BACAŞIZ, Pınar; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 14. Bası, Ekim 2019, s.782.

⁷⁴⁶ TEKİNALP; a.g.e., s.445.

Satışa arz olarak değerlendirilen tüm fiiller için esas olan failin, satışa arz ettiği ürünlerin maliki ya da zilyedi olmasıdır⁷⁴⁷. Dolayısıyla satışa arz ettiği malı elinde bulundurmayan, malı devretmek üzere ortaya koyamayan⁷⁴⁸, talep gelmesi halinde tedarik edeceğinden bahisle hareket eden kişi bu suçun faili olarak değerlendirilemez. Bu durum ancak satışa arzdan önceki hazırlık aşaması olarak değerlendirilmelidir⁷⁴⁹.

Satışa arz fiillerinin tamamlanmasından söz edilebilmesi için failinin suçta kullanılan taklit markalı ürünleri ya da hizmeti satmaya yönelik iradesini ortaya koyduğunu gösteren davranışları sergilemesi gerekir. Satışa arz etme suçunun tespit edilebilmesi için her somut olayın ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. En klasik örneği olarak taklit markalı malların mağazada sergileniyor olması gösterilebilir.

Hizmetler açısından da satışa arzın tamamlanması için verilen hizmetlerin türü, yapılış şekli, fiyatlandırılmasının fiziki olarak ofisin tabelasında, kapısında yer alması ya da internet yoluyla potansiyel müşterilere sunulması yeterlidir⁷⁵⁰. Hizmetlerin satışa arzında ürünlerde olduğu gibi malın malikliği veya zilyetliği aranmaz ancak belirtilen hizmeti yerine getirecek kişinin ya da aracın elde ve hizmet vermeye hazır ve elverişli olmasına bakılmalıdır. Gelen talebe göre sonradan işe alınacak kişi veya tedarik edilecek araç vb. bir durum var ise burada artık satışa arzdan değil arz öncesi hazırlık hareketlerinden söz etmek mümkün olacaktır.

Satışa arz fiillerinin her somut olayda ürünün ya da hizmetin niceliği ve niteliği, ürünlerin elde edildiği anda bulunduğu yer ve bulundurma şekli ve tüm bu özelliklerin şüphelinin ticari faaliyeti ile örtüşüp örtüşmediği de dahil olmak üzere somut, belirli ve

⁷⁴⁷ Yargıtay satışa arz etme fiilleri için “bir kimsenin maliki ya da zilyedi olduğu mal veya eşyayı bilerek ve isteyerek satma iradesini açığa vuran herhangi bir davranış” tanımlaması yapmakta ve ticari amaçla elde bulundurmak, pazarlık etmek, müşteri aramak, anlaşılmaya çalışmak gibi hareketleri satışa arz etmek olarak kabul etmektedir. Bkz; Yargıtay 19. CD. 26.04.2016 tarihli 2015/31769 E; 2016/16351 K. Sayılı kararı için bkz; <https://www.lexpera-com-tr.lproxy.yeditepe.edu.tr/ictihat/yargitay/19-ceza-dairesi-e-2015-31769-k-2016-16351-t-26-4-2016>.

⁷⁴⁸ ZAFER, Hamide; Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti, Özel Ceza Hukuku, C. 5, Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun sağlığına Karşı Suçlar, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 339.

⁷⁴⁹ Suç tipi olarak satmak ve satışa arz etmek ayrı ayrı seçimlik hareket olarak düzenlendiğinden, ceza hukuku açısından daraltıcı yorumla satışa arz etme fiilinin, uyuşturucu madde suçlarındaki gibi somut bir ürün üzerinden yapılan satma isteğine ilişkin beyan ve bu beyana dayanarak yapılan hazırlıklar olarak değerlendirilmesi gerekir. ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ; 2019 a.g.e., s.782.

⁷⁵⁰ Çetintürk satışa arz etmek seçimlik hareketinin mallar bakımından dikkate alınması hizmetler bakımından ayrıca hizmet sunma seçimlik hareketinin de düzenlendiğinden mümkün olmadığını ifade etmektedir. Bkz; ÇETİNTÜRK; a.g.e. s.632. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Özellikle verilecek hizmetlerin mağaza, ofis gibi ortamlarda açıkça gösterilmesi ve fiyatlandırılması, hatta son dönemlerde internet yoluyla satışa arzların daha çok tercih edilmesiyle internet sitesinde, verilecek hizmetlerin gösterilmesi dahi satışa arz olarak değerlendirilmelidir. Benzer görüş için bkz; BAŞBÜYÜK; 2018, a.g.e., s.147.

objektif kriterlerle tespit edilmesi gerekir⁷⁵¹.

Satmak fiili, bir değer karşılığında bir malı alıcıya vermek olarak tanımlanmaktadır⁷⁵². Türk Hukuk sisteminde satmak fiilinin neyi ifade ettiğinin daha iyi anlaşılabilmesi için satım sözleşmesinden yola çıkmak faydalı olacaktır. Satım sözleşmesi, Borçlar Kanunumuzun 207/1 maddesinde, “satıcının satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği bir sözleşme” olarak tanımlanmaktadır. Bu tanıma göre satış sözleşmesi ile genel kabule göre bir bedel olarak nitelendirilen “para” karşılığında bir malın el değiştirilmesi amaçlanmaktadır⁷⁵³. Diğer bir ifadeyle satış bedeli karşılığında bir malvarlığı değeri üzerindeki hakkın tüm boyutlarıyla, temelli olarak devredilmesine yönelik karşılıklı borçlanma sözleşmesi olan satış sözleşmesi ile malvarlığı değerinin kalıcı ve kesin bir şekilde el değiştirmesi amaçlanır; geçici kullandırma ya da yararlandırma söz konusu değildir⁷⁵⁴.

Borçlar Hukukumuzda göre satımın oluşması için sözleşmenin esaslı noktalarını oluşturan mal ve bedelin değişimi konusundaki anlaşma yeterlidir⁷⁵⁵. Ceza Hukuku açısından bunun yeterli olup olmadığı hususunda iki yaklaşım bulunmaktadır. Bu yaklaşımların ana sebebi satma fiilini iki aşamaya ayırmalarıdır. Bu aşamalardan ilki, edimlerin uyuşmasıyla satım sözleşmesinin vücuda gelmesidir. İkinci aşama ise üzerinde anlaşılan ürün ile bedelin fiilen değiş tokuşu yani malın mülkiyetinin devri aşamasıdır. Birinci görüşe göre; ilk aşamada karşılıklı irade uyuşması var iken ürünlerin mülkiyeti henüz devredilmemiştir. Satma fiili söz konusu malın mülkiyetin devriyle yani alıcının hakimiyet alanına girmesiyle tamamlanır. Bu sebeple de malın mülkiyetinin devri gerçekleşmeden ya da alıcının hakimiyet alanına girmeden suç tamamlanmış olmayacaktır⁷⁵⁶. İkinci yaklaşıma göre ise satma fiili satım sözleşmesinin yapılması olarak anlaşılmalıdır. Dolayısıyla artık satım sözleşmesinin hukuken geçerli hale gelmesiyle suç tamamlanmış olur. Ayrıca satışa konu malın, alıcısının hakimiyet alanına girip girmediği önemli değildir⁷⁵⁷.

⁷⁵¹ BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e., s.148.

⁷⁵² <https://sozluk.gov.tr/>.

⁷⁵³ YAVUZ, Cevdet; Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10 Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, s. 24.

⁷⁵⁴ HATEMİ, Hüseyin, SEROZAN, Rona, ARPACI, Abdülkadir; Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitapevi, İstanbul 1992, s.61.

⁷⁵⁵ HATEMİ/SEROZAN/ARPACI; 1992 a.g.e., s.62.

⁷⁵⁶ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ; 2019 a.g.e., s.782; ZAFER; Uyuşturucu Madde Suçları a.g.e., s.338.

⁷⁵⁷ ÇETİNTÜRK; a.g.e., s.632; YENİDÜNYA/İÇER; a.g.e., s.93.

Borçlar Hukuku açısından ikinci görüşteki gibi karşılıklı irade uyuşması satım sözleşmesinin kurulması için yeterli; Ceza hukukunun dar yorumlanması gerektiğinden hareketle sadece iradelerin uyuşması ile satım sözleşmesinin tamamlanmış olmasının suçun tamamlanması için yeterli görülmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Kanımızca suçun tamamlanması için sadece özel hukuk anlamında satım sözleşmesinin kurulmuş olması değil aynı zamanda ürünün alıcının hakimiyet alanına girmiş olması gerekir. Bu yönüyle sözleşmenin kurulmuş olmasının yanında satma eyleminin somut olarak vücuda gelmiş olması aranmalıdır⁷⁵⁸.

Diğer taraftan birçok yazarın da vurguladığı üzere pratikte bu tartışmanın yararı bulunmamaktadır. Tarafların, iradeleri örtüşerek malın satımı için anlaşmış olmaları aynı zamanda o malın satışa arzı anlamına geleceğinden malın teslimi olmasa dahi satışa arz fiili tamamlanmış olacaktır⁷⁵⁹. Kanun koyucu da burada bilinçli bir tercihle satma fiilleri yanında satışa arz fiillerini de suç kapsamına alarak bu tip tereddütlerin doğmasını baştan engellemiştir⁷⁶⁰. Burada unutulmaması gereken ana husus taklit marka kullanılarak bir ürün veya hizmetin üretilmiş olması yani ürünün ya da hizmetin somutlaşmasıdır. Farklı bir anlatımla; taraflar açısından her ne kadar ortada bir ürün veya hizmet olmadan ya da ürün veya henüz taklit bir marka kullanılarak üretilmeden veya sunulmadan, satım sözleşmesinin özel hukuk bakımından kurulmuş olması, suçun oluşması için yeterli değildir. Aynı şey satışa arz için de geçerlidir. Yani somut olarak arz edilen bir taklit markalı ürün ya da hizmet olmalıdır⁷⁶¹.

⁷⁵⁸ Çetintürk ve Yenidünya/İçer bu konuyu farklı değerlendirmektedirler. Yazarlara göre taklit markalı ürünlerin satılması konusunda alıcı ve satıcının anlaşması, ceza hukukunun müdahalesini gerektiren nitelikte, suçun haksızlık muhtevasının oluşmasına yeterlidir. Bu yönüyle suçun tamamlanması için ayrıca taklit markalı ürünlerin teslimi aranmasına ihtiyaç yoktur. Yazarların görüşleri için bkz. YENİDÜNYA/İÇER; a.g.e., s.93, ÇETİNTÜRK; a.g.e., s.636.

⁷⁵⁹ BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e., s.151, ÇETİNTÜRK; a.g.e., s.636.

⁷⁶⁰ Kanun koyucunun benzer iradeyi örneğin müstehcenlik suçu (TCK md.226) ve uyuşturucu madde satma (TCK md.188/3) suçunda da ortaya koyduğu görülmektedir. Benzer bir durum rüşvet suçunda da söz konusudur. Rüşvet suçunu düzenleyen TCK'nın md.252/(3) fıkrasında rüşvet konusunda anlaşılması dahi suçun tamamlanması için yeterli görülmüştür.

⁷⁶¹ Yargıtay 7. Ceza Dairesi, uygulamada taklit ürünün satıldığı işyerinden alınan bir satış fişinin delil olarak gösterildiği, Fikir Sanat Eserleri Kanunu kapsamında verdiği 24.02.2011 tarih, 2008/9133 E. 2011/2148 K. sayılı dosyada; "Müşteki firma vekilinin ...suç duyurusu ile ...yasaya aykırı çoğaltılan ve ticari amaçla elde bulundurulmuş CD'lerin tespit edilerek işlem yapılması talebi üzerine yerel mahkemenin verdiği kararla yapılan aramada, müşteki firmaya ait herhangi bir ürüne rastlanmadığı, bunun üzerine müşteki vekilinin ilgili firmadan alınan bir adet CD ve buna ait sanık firmanın yazar kasa fişini kanıt olarak sunması üzerine kamu davası açılmış olduğu; sanığın söz konusu CD'lerin kendisi tarafından satılmadığı ve delil olarak sunulan yazar kasa fişinde ürünün boş CD olarak gösterildiği, bu sebeple de delil olarak gösterilen fişin eşyayı temsil etmediğinden dava konusu CD'nin sanık tarafından satıldığına dair mahkumiyete yeterli delil bulunmadığından sanığın beraatine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkumiyet hükmü tesisi yasaya aykırıdır." kararını vermiştir.

dd- İthal veya İhraç etmek

İthal etmek, bir ülkeye başka bir ülkeden mal getirmek olarak tanımlanırken; ihraç etmek de tersine yurt dışına mal veya hizmet satmak olarak ifade edilmektedir⁷⁶². Taklit markalı malların yurt dışından ithal edilmesi ya da başkasına ait bir marka kullanılarak üretilen ürünlerin yurt dışına ihraç edilmesi bu fiili oluşturmaktadır. Ülke dışından getirilen ürünlerin gümrük işlemlerine tabi tutulup tutulmadığı her ne kadar bu suçun tipikliği açısından bir önem arz etmese de böyle bir durumda söz konusu fiiller ayrıca Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu kapsamına da gireceğinden ilgili kanun açısından ayrıca değerlendirme yapılması gerekecektir. Şöyle ki;

Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu 3. maddesine göre “Eşyayı gümrük işlemlerine tabi tutmaksızın ülkeye sokan kişi bir yıldan beş yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Eşyanın, gümrük kapıları dışından ülkeye sokulması halinde, verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırılır”. Maddenin diğer fıkralarında ve kanunun devam maddelerinde eşyanın ülkeye sokulması ve çıkarılması ile ilgili nitelikli eylemler de yaptırıma bağlanmış ve suç tipi şikâyet şartına bağlanmayarak resen soruşturmaya tabi kılınmıştır. O halde başkasına ait tescilli bir marka kullanılarak üretilmiş ürünün, gümrük kapılarından ve yasal mevzuatına uygun bir şekilde⁷⁶³ (gümrük beyanı vb.) ülkeye sokulması yerine mevzuatlarına aykırı bir şekilde ve gümrük kapıları dışında başka bir yerden ve yöntemle ülke sınırları içerisine sokulması halinde hem yukarıdaki eylem (Kaçakçılık Kanunu md. 3 vd.) hem de SMK md 30/1 kapsamında marka suçu oluşacaktır. Bu durumda tek bir eylemle iki ayrı suç olduğundan TCK 44’te düzenlenen farklı neviden fikri içtima hükmü devreye girecektir. TCK’nun 44. maddesindeki “işlenen bir fiil ile birden fazla suçun oluşmasına sebebiyet verilmesi halinde fail suçlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.” hükmü gereği fail, başkasına ait marka hakkına tecavüz ederek ithal ya da ihraç etme suçunun karşılığı olan bir yıldan üç yıla kadar hapis ve para cezası yerine “eşyayı gümrük işlemlerine tabi tutmaksızın ülkeye sokma suçunun karşılığı olan bir yıldan beş yıla kadar hapis ve para cezası ile karşı karşıya kalacaktır. Diğer bir anlatımla marka hakkı ihlal edilerek üretilen malları gümrük kapıları dışında ve gümrük mevzuatına aykırı bir şekilde ithal eden kişi, takibi şikâyet tabi marka suçlarından değil resen takip

<https://www.lexpera-com-tr.lproxy.yeditepe.edu.tr/ictihat/yargitay/7-ceza-dairesi-e-2008-9133-k-2011-2148-t-24-02-2011>.

⁷⁶² <https://sozluk.gov.tr/>.

⁷⁶³ Bu konuda bkz; 4458 sayılı Gümrük Kanunu ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu.

edilen kaçakçılık suçlarından sorumlu olacaktır.

İthal ve ihraç etmek fiilleri ile ilgili vurgulanması gereken husus, bu kavramların ticaretin konusu olduğu gerçeğinden hareketle, bireysel olarak başkasına ait bir marka hakkı ihlal edilerek üretilmiş ürünlerin ülkeye sokulması veya ülkeden çıkartılmasının bu suçun konusu olmadığıdır. Söz konusu eylemin ticari olup olmadığının tespiti ülkeye sokulmak istenen veya ülkeden çıkartılmaya çalışılan ürünün türü, miktarı, ambalajlanma şekli, failin kişisel özellikleri (mesleği yaşı cinsiyeti vb.) gibi unsurlar somut olaya göre ayrıntılı incelenerek verilmesi gerekir⁷⁶⁴.

ee- Ticari Amaçla Satın Almak, Bulundurmak, Nakletmek veya Depolamak

SMK madde 30'da düzenlenen seçimlik hareketlerden sonuncusu da iltibas veya iltibas suretiyle tecavüz edilerek üretilmiş malın ticari amaçla satın alınması, bulundurulması, nakledilmesi veya depolanması eylemidir. Burada birden çok eylem olmakla birlikte kanun koyucu, maddenin başında saydığı diğer seçimlik hareketlerden ayrı olarak satın almak, bulundurmak, nakletmek veya depolamak seçimlik hareketlerinin başına “ticari amaçla” ifadesi ekleyerek farklı bir tasnife tabi tutmuştur. Dikkat edilirse mal üretmek ve hizmet sunmak, satışa arz etmek veya satmak, ithal ya da ihraç etmek fiilleri doğası gereği ticari amaçlarla gerçekleştirilen eylemlerdir. Kanun koyucu bilinçli olarak başında gereksiz kullanmamak ve bireysel amaçlarla yapılanları suç kapsamından çıkarmak üzere sadece “satın almak”, “bulundurmak”, “nakletmek” ve “depolamak” seçimlik hareketleri için “ticari amaç” şartını koymuştur. Burada temel amaç ticari amaç taşımayan kişisel kullanımları suç kapsamı dışında bırakmak suretiyle ceza hukukunun müdahale alanının genişlemesinin önüne geçmektir.

“Ticari amaç” şartı bir taraftan kişisel kullanımları suç kapsamı dışında bırakırken diğer taraftan ticari amaç gütmeksizin taklit markalı ürünlerin sergilenmesi veya karşılıksız olarak dağıtılması gibi durumların da her ne kadar haksız kullanım halini oluştursa da suç olarak değerlendirilmesini engellemektedir⁷⁶⁵.

Satın almak, kelime anlamı olarak bir malı, belirlenen fiyatını ödeyerek kendine mal etmek, mülkiyetini elde etmek şeklinde tanımlanmaktadır⁷⁶⁶. Burada daha önce satım sözleşmesinde değinildiği üzere önemli olan satım sözleşmesinin yapılmış olmasından

⁷⁶⁴ BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e., s.146.

⁷⁶⁵ BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e., s.142.

⁷⁶⁶ <https://sozluk.gov.tr/>.

ziyade malın, ürünün zilyetliğinin de teslim edilebilir somut bir malın varlığıdır⁷⁶⁷.

Satın alma eyleminin bir bedel karşılığı olması yönünden bedelden anlaşılması gereken satan tarafından emeğinin ve/veya malının karşılığının ticaretin yerleşik kuralları çerçevesinde alınması yeterlidir. Bedel para olabileceği gibi trampa veya hizmet karşılığı da olabilir⁷⁶⁸. Ancak ticari amaç gütmeyen bağış veya hediye amacıyla yapılan satın alma işlemleri suç olarak değerlendirilemez.

Bulundurmak, bir malı, ürünü her an ulaşılabilir ve üzerinde tasarruf edilebilir halde zilyedinde tutmak, muhafaza etmek olarak tanımlanabilir. Diğer bir anlatımla bulundurmak, başkasına ait bir marka hakkına tecavüz edilerek üretilmiş malların, istendiğinde her an tasarrufta bulunacak vaziyette tutmaktır. Bulundurma hali kişinin elindeki taşınır mala istediği anda tasarrufta bulunabileceği şekilde zilyedinde tutma halidir⁷⁶⁹. Bulundurmak, öncesinde mutlaka satın almak, bedelsiz almak, çalmak gibi bir eyleme ihtiyaç duyar. Ancak bu suç tipinde taklit markalı ürünün ne şekilde elde edildiğinin önemi yoktur. Önemli olan taklit markalı ürünlerin failin hakimiyeti alanında olması ve istendiğinde doğrudan tasarruf edebilecek durumda olmasıdır⁷⁷⁰.

Bulundurma bir temadi hali olduğundan, bir eylemin bulundurma olarak kabul edilebilmesi için belli bir süre temadinin gerçekleşmesi gerekir. Önemli olan temadinin süresinin uzunluğundan ziyade taklit markalı ürünlerin, failin hakimiyet alanına belli bir süre girerek orada yine belli bir süre tutulup tutulmadığıdır⁷⁷¹. Bunun yanında, ürünlerin doğrudan failin hakimiyet alanının yanı sıra, istediği anda ulaşabileceği bir yerde ya da bilgi ve talimatıyla bir başkası tarafından muhafaza ediliyor olması hali de failin taklit markalı ürünler üzerinde tasarruf edebilme iradesi olduğu sürece bulundurma eylemi olarak değerlendirilmelidir.

Nakletmek, bir şeyi bir yerden başka bir yere götürmek, getirmek, ulaştırmak, nakil işlemini yapmak şeklinde ifade edilmektedir⁷⁷². Suçun tipikliği açısından, başkasına ait

⁷⁶⁷ Çetintürk, aksine, malın zilyetliğinin ya da mülkiyetinin devri tarihi değil, taklit markalı ürünlerin satılması hususunda satıcı ve alıcının anlaşmaları anda bu suçun işlendiğinin kabulü gerektiğinin ifade etmektedir. ÇETİNTÜRK; a.g.e., s.637.

⁷⁶⁸ Bazı yazarlara göre trampa gibi bedel karşılığı olmayan mülkiyeti devir amacını güden işlemlerin satın alma olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmektedirler. Belirtilen aksi görüş için bkz; ÇETİNTÜRK, a.g.e. s.637, BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e., s.151.

⁷⁶⁹ ÇETİNTÜRK; a.g.e., s.637.

⁷⁷⁰ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ; Özel Hükümler 2020 a.g.e., s.810.

⁷⁷¹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ; Özel Hükümler 2020 a.g.e. s.810.

⁷⁷² <https://sozluk.gov.tr/>.

tescilli bir marka kullanılmak suretiyle üretilen ürünlerin ülke içerisinde bir yerden başka bir yere taşınması seçimlik hareketin oluşması için yeterlidir. Nakletme eyleminin fail tarafından bizzat yapılması ile failin talimatıyla üçüncü bir şahıs tarafından yapılması arasında fark yoktur⁷⁷³. Ancak burada anlaşılması gereken husus bizzat nakil işlemi yapan ve yaptıran kişidir. Şöyle ki seçimlik hareketlerle düzenlenen suç tipinde nakletme eyleminin ayrıca seçimlik hareketlerden biri olarak sayılmasının asıl sebebi tıpkı benzer bir düzenlemeye sahip olan uyuşturucu madde suçlarında olduğu gibi taklit markalı ürünlerin satılması, satışa arz edilmesi, bulundurulması gibi eylemlerin yanında, bu eylemlerden bağımsız üçüncü şahısların da nakletmek suretiyle bu suçun bir parçası olmasını önlemeye yöneliktir⁷⁷⁴. Ürünlerin, bir şekilde ülke sınırlarına sokularak başka bir ülkeye götürülmek üzere transit geçiş şeklinde nakledilmesi halinde, bu durumda eylem ithal ya da ihraç etmek olarak değil nakletmek olarak değerlendirilmelidir⁷⁷⁵.

Son seçimlik hareket olarak düzenlenen depolamak, bulundurmaktan farklı ve bağımsız olarak suç tipine eklenmiştir⁷⁷⁶. Buradaki amaç failin doğrudan hakimiyet alanında bulundurmasının ve kontrol etmesinin zor olduğu miktarda ürünün belli bir yerde tutulması, muhafaza edilmesi veya saklanması olarak kabul edilmelidir⁷⁷⁷.

Depolama eyleminin suç tipinde belirtildiği gibi ticari amaçla yapılıp yapılmadığının belirlenmesinde temel kıstas belli bir bedel karşılığı yapılıp yapılmadığı değildir. İster bedel karşılığı ister bedelsiz, ticari amaçla üretilmiş ve bulundurulmaya devam eden taklit markalı ürünlerin, satma amacı gibi bir ticari amaca hizmet etmek üzere

⁷⁷³ ÇETİNTÜRK; a.g.e., s.638.

⁷⁷⁴ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ; Özel Hükümler 2020 a.g.e., s.783.

⁷⁷⁵ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ; Özel Hükümler 2020 a.g.e., s.783.

⁷⁷⁶ Bulundurmakla depolamak arasındaki en temel fark miktardır. Bulundurmak, ürünün satışa arz öncesinde irade alanında anlık tasarruf edilebilecek şekilde tutulması iken, depolamak eyleminde çok daha fazla ürünün daha uzun süreyle saklanması ve korunması amacıyla muhafaza edilmesi söz konusudur. Nitekim Yargıtay vermiş olduğu bir kararda, "...tescilli markanın taklidinin kullanıldığı ürünlerin sanığın işyerinde satıldığına dair şikayet üzerine yapılan aramada işyerinin üst katında depo olarak kullanıldığı belirtilen bölümde istif edilmiş halde suça konu giyim eşyalarının ele geçirildiği, sanık savunmasında ürünlerin kalitesiz olması nedeniyle satışa arz etmediğini ileri sürmüştü ise de markanın haksız kullanımı suretiyle üretilen ürünlerin ticari alanda bulundurmanın dahi suç teşkil edeceği..." hükmüne yer vermiş, satış yapılan alanda tutulan az miktardaki ürünün "depolamak" değil "bulundurmak" eylemine uyduğunu kabul etmiştir. Bkz. Yargıtay 7. CD 11.06.2003 tarih, 2002/23283 Esas, 2003/4581 Karar sayılı kararı için bkz; <https://www.lexpera-com-tr.lproxy.yeditepe.edu.tr/ictihat/yargitay/7-ceza-dairesi-e-2002-23283-k-2003-4581-t-11-6-2003>.

⁷⁷⁷ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ; Özel Hükümler 2020 a.g.e., s.783. Suç tiplerinin benzerliği dolayısıyla kavramların açıklanmasında çokça yararlanıldığı üzere uyuşturucu madde suçlarında da benzer bir irade söz konusudur. Uyuşturucu madde suçlarında da seçimlik hareketler olarak ithal etmek, ihraç etmek, satmak, üretmek, satışa arz etmek, nakletmek ve depolamak ayrı ayrı ifade edilmiştir. Dolayısıyla kanun koyucu suçu önleme maksadıyla, her seçimlik hareketin bağımsız faillerce yapılabileceğini de göz önünde bulundurarak, eylemleri birbirinden bağımsız şekilde suç tipine eklediği kanaatindeyiz.

depolanmış olması hareketin tamamlanması için yeterlidir. Kanun koyucunun buradaki amacı, ticarete konu olacak taklit markalı ürünlerin piyasaya arz edilmesinin önlenmesidir, dolayısıyla depolama işleminin bedel karşılığı olup olmadığı önemsizdir⁷⁷⁸.

Başkasına ait taklit markalı ürünlerin, içeriğinde ne olduğunu bilmeksizin deposunda muhafaza eden kişi açısından bu suçun faili olabilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Şöyle ki depo sahibine depolanmak üzere hizmet verdiği tüm ürünlerin içeriğini fiilen kontrol etmek gibi bir yükümlülük getirecektir ki ceza sorumluluğu açısından bu durum kabul edilemez.

D- Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

1- Genel Olarak

Temelde bir haksızlık olan suçun bir unsuru olan hukuka aykırılık, tipikliğe uygun bir fiile hukuk düzeni tarafından cezası verilmemesi, fiilin sadece ceza hukuku açısından değil tüm hukuk düzeni kapsamında çelişkili ve hukukla çatışma halinde olmasıdır⁷⁷⁹. Dolayısıyla bir fiilin hukuka aykırı olup olmadığı değerlendirmesinde hem fiilin tipe uygun bir eylem olup olmadığına hem de hukuka aykırılığını ortadan kaldıran ve hukuk sisteminin herhangi bir alanında kabul edilen bir hukuka uygunluk sebebi olup olmadığına bakılır⁷⁸⁰.

“Hukuk düzeninin tekliği” ilkesi gereği, marka suçları özelinde TCK’da düzenlenen hukuka uygunluk sebepleri yanında SMK’da, markanın kullanılmasının istisnalarını oluşturan durumlar da dikkate alınmalıdır⁷⁸¹.

Marka suçları açısından hukuka uygunluk sebepleri doktrinde, SMK’nda belirlenen 5/2. fıkrasındaki “kullanma ile ayırt edici nitelik kazanma”, 7/5. fıkrasındaki “dürüst kullanım ilkesi”, 8.maddede düzenlenen “markanın başvuru eserinde yer alması” ve 152.maddede düzenlenen “marka hakkının tükenmesi ilkesi” olarak sayılmaktadır⁷⁸². Ceza hukuku açısından bir fiilin suç olarak kabul edilmesi için öncelikle suçun kanuni tanımına uygun bir eylem olması, ardından aynı zamanda hukuka aykırı olması gerekir. Dolayısıyla bir eylemin suç olup olmadığının tespiti için önce tipe uygun olup olmadığı incelenir. Tipe uygunsa o eylemin hukuka uygun olup olmadığını ortaya koyacak bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı araştırılır⁷⁸³. Ayırt edici nitelik kazanan bir markada⁷⁸⁴, başvuru eserinde

⁷⁷⁸ BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e., s.152-153.

⁷⁷⁹ İÇEL; a.g.e., s.312-313; ARTUK/GÖKCEN; a.g.e., s.476-477; DEMİRBAŞ; a.g.e., s.271-275.

⁷⁸⁰ İÇEL; a.g.e., s.313-315.

⁷⁸¹ ÖZGENÇ; 2019 a.g.e., s.313; KOCA/ÜZÜLMEZ; a.g.e., s.254; ARTUK/GÖKCEN; a.g.e., s.481.

⁷⁸² TOPÇU; a.g.e., s.130 vd., ARSLAN/ÖZDEMİR; a.g.m., s.1098 vd.

⁷⁸³ KOCA/ÜZÜLMEZ; a.g.e., s.262.

kullanılan bir markada⁷⁸⁵ ve “marka hakkının tükenmesi ilkesi” hukuka uygunluk sebeplerinin her birinde ortada tescil işlemlerine konu olan yasal bir marka söz konusudur. Bu sebeple de belirtilen durumların ceza hukukunun ilgi alanına girmeleri, suçun tipiklik unsuruna uymadıkları için mümkün değildir. O halde SMK kapsamında hukuka uygunluk sebebi olarak bir tek 7/5. fıkrasındaki “dürüst kullanım ilkesi” ön plana çıkmaktadır. Kanımızca dürüst kullanım ilkesi de TCK’da düzenlenen genel hukuka uygunluk sebebi kapsamında kalmaktadır.

Herhangi bir olayda hukuk uygunluk sebeplerinden birinin varlığı söz konusu olduğunda artık fiil baştan itibaren hukuka uygun hale geleceğinden ve suç oluşmayacağından dolayı kamu davasının açılması mümkün değildir⁷⁸⁶. Diğer taraftan bir şekilde kamu davası açılmış ise ya da açıldıktan sonra muhakeme aşamasında hukuka uygunluk sebeplerinden biri ortaya çıkarsa da mahkemece “beraat” kararı verilmesi gerekir⁷⁸⁷.

2- Marka Hakkına Tecavüz Açısından Gözetilebilecek Hukuka Uygunluk Sebepleri

TCK’nda tek tek sayılmak suretiyle düzenlenen hukuka uygunluk sebepleri “kanun hükmünü yerine getirme”, “hukuka uygun emrin ifası”, “meşru müdafaa”, “hakkı icrası” ve “ilgilinin rızası”dır⁷⁸⁸.

TCK’da düzenlenen hukuka uygunluk sebeplerinden “kanun hükmünü yerine getirme”, “hukuka uygun emrin ifası” ve “meşru müdafaa” hukuka uygunluk sebepleri nitelikleri itibariyle tüm marka suçları açısından uygulanma imkânı bulunmayan genel hukuka uygunluk sebepleridir. Kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk sebebi

⁷⁸⁴ SMK’nın 5/2. fıkrası hükmü: “Bir marka, başvuru tarihinden önce kullanılmış ve başvuruya konu mal veya hizmetler bakımından bu kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmışsa bu markanın tescili birinci fıkranın (b), (c) ve (d) bentlerine göre reddedilemez.” Bu hükümle temelde ayırt edici niteliği bulunmayan bir işarete kullanım sonucunda ayırt edicilik kazandıran ve onu marka haline getiren müteşebbisin korunması amaçlanmaktadır (madde gerekçesi).

⁷⁸⁵ SMK’nın 8. maddesi hükmü: Tescilli bir markanın, basılı olarak veya elektronik ortamda sunulan sözlük, ansiklopedi ya da başka bir başvuru eserinde, tescilli olduğu belirtilmeden jenerik ad izlenimi verecek şekilde yayımlanması durumunda, marka sahibinin talebine bağlı olarak yayımcı, elektronik ortamda sunulan eserlerde derhâl, basılı eserlerde ise yayımın talebi takip eden ilk baskısında markanın tescilli olduğunu belirtmek suretiyle yanlışlığı düzeltir ya da markayı eserden kaldırır”.

⁷⁸⁶ “Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar” başlıklı CMK’nın 17/(1) hükmü: “Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hâllerinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verir”.

⁷⁸⁷ “Duruşmanın sona ermesi ve hüküm” başlıklı CMK’nın 223/(2) hükmü: “Beraat kararı;... (d) “Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması”... halinde verilir”.

⁷⁸⁸ Söz konusu hukuka uygunluk sebepleri TCK’nın 24, 25. ve 26. maddelerinde düzenlenmiştir.

bakımından başka bir kişi adına tescilli bir marka hakkına tecavüz eylemine izin verecek bir kanun hükmünün yerine getirilmesi olağan ve mümkün görünmemektedir. Kanun hükmünün yerine getirme ve hukuka uygun emrin ifası hukuka uygunluk sebepleri daha çok bir görevin yerine getirilmesiyle ilgilidir. Belli bir görevi ifa eden kişi eğer görevini yaparken, görevin kaynağı doğrudan kanunun emri ise “kanun hükmünü yerine getirme”; görevli ve yetkili bir amirden doğrudan görevle ilgili bir emir alarak buna uygun görevini ifa ediyorsa da “hukuka uygun emrin ifası” hukuka uygunluk sebebi kapsamında hareket ediyor olacaktır⁷⁸⁹.

*Diğer taraftan gerek kendisine gerekse başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen yahut gerçekleşmesi ya da tekrar etmesi pek muhtemel olan haksız bir saldırıyı defetmek için marka suçu işlemek de hayatın olağan akışına ters görünmektedir*⁷⁹⁰.

Marka suçları bakımından TCK’nda düzenlenen “hakkın icrası” ve “ilgilinin rızası” hukuka uygunluk sebepleri kanaatimizce bu suç tipine uygun genel hukuka uygunluk sebebi niteliğindedir.

a- “Hakkın İcrası” Hukuka Uygunluk Sebebi

aa- Genel Olarak

TCK’nın 26/(1) fıkrası hakkın icrası hukuka uygunluk sebebini “hakkını kullanan kimseye ceza verilemez” şeklinde ifade ederek düzenlemektedir⁷⁹¹. Hukuk düzeni kapsamında kişiye bir hak tanınmış ise aynı düzen o hakkın kullanılmasını, kullanılırken başkasının bir hakkı ile çatışsa dahi hukuka uygun olarak kabul eder ve hakkın kullanılmasını, kötüye kullanılmaması şartıyla⁷⁹² korumak durumundadır⁷⁹³. Burada bahsedilen hak, doğrudan ya da dolaylı olarak özel ya da kamu hukukundan doğan, kanun tüzük yönetmelik, genelge ya da hukuken tanınmış ve düzenlenmiş olması kaydıyla bir mesleğin icrasından da doğmuş olan tüm hakları kapsayan bir ifadedir⁷⁹⁴.

Bir hakkın icrası kapsamında bulunan fiil, hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebilmesi için doktrinde şu dört şartın varlığı aranır⁷⁹⁵:

⁷⁸⁹ ARTUK/GÖKCEN; a.g.e., s.483.

⁷⁹⁰ AYDIN; a.g.e., s.71.

⁷⁹¹ TCK madde 26’nın gerekçesi şu şekildedir: “Bir hakkı kullanan kimsenin hukuka aykırı bir şekilde hareket etmiş sayılamayacağı, bilinen bir gerçektir. Bir hak, kanun, tüzük, yönetmelik, genelge gibi nizamlara dayanabilir ve hukuken tanınmış ve düzenlenmiş olmak kaydıyla, bir mesleğin icrasından da doğabilir”.

⁷⁹² KOCA/ÜZÜLMEZ; a.g.e., s.284 vd.; DEMİRBAŞ; a.g.e., s.315 vd.; ARTUK/GÖKCEN; a.g.e., s.511 vd.; HAKERİ; a.g.e., s.360.

⁷⁹³ ÖZGENÇ; 2019 a.g.e., s.313; ARTUK/GÖKCEN; a.g.e., s.510; DEMİRBAŞ; a.g.e., s.313; KOCA/ÜZÜLMEZ; a.g.e., s.284.

⁷⁹⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ; a.g.e., s.284; HAKERİ; a.g.e., s.360.

⁷⁹⁵ Naklen; ARTUK/GÖKCEN; a.g.e., s.511-512.

-Hukuk düzenince kabul edilmiş bir hakkın bulunması,

-Tanınan hakkın bu hakkı ortaya çıkartan hukuk normunda belirlenmiş sınırları içerisinde kalacak şekilde belirlenen sınırları aşmadan kullanılması

-Hakkın bir mercii aracılığına gerek duyulmaksızın doğrudan doğruya kullanılma imkanına sahip olması, (hak başka bir makamdan karar veya izin alınarak kullanılacak bir hak ise hukuka uygun olarak değerlendirilemez)

- kullanılan hak ile işlenen fiil arasında nedensellik bağı bulunması (kişinin tipe uygun eyleminin bir hakkın icrasından kaynaklanması hali)

TCK'nda düzenlenen hakkı icrası hukuka uygunluk sebepleri bir çok şekilde karşımıza çıkabildiği gibi her geçen zamanda yenileri de gelişmelere bağlı olarak hukuk sistemimize entegre edilebilmektedir. Marka mevzuatında da hakkın kullanılması kapsamında değerlendirilebilecek birden çok hukuka uygunluk hali söz konusudur. SMK'nda düzenlenen hakkı icrası kapsamındaki hukuka uygunluk sebepleri şunlardır:

bb- Dürüst Kullanım

Tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan bir işaretin üçüncü şahıslarca kendi isim, soyadı, adres veya tasvir niteliğindeki açıklama veya işaretlerin, amacına uygun bir şekilde serbestçe kullanılması olarak tanımlanan⁷⁹⁶ markanın dürüstçe kullanımı, ticari hayatta bu tip kullanımların marka hukuku kapsamında önüne geçilmesi halinde ortaya çıkabilecek sorunları önleme amacıyla ortaya çıkan ve SMK'da düzenlenmiş bir hukuka uygunluk sebebidir⁷⁹⁷.

SMK'nın 7/5 maddesinde, dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içerisinde olmak koşuluyla, üçüncü kişilerin, tescilli bir markayı kendi ad ve adreslerini, malların veya hizmetlerin tür, kalite, miktar, kullanım amacı, değer, coğrafi kaynak, üretim veya sunuluş zamanı gibi niteliklerini, aksesuar ve yedek parça gibi ürünlerde malın veya hizmetin kullanım amacını ifade etmek amacıyla kullanmasının engellenemeyeceği hükme bağlanmıştır⁷⁹⁸.

SMK'daki düzenleme çerçevesinde marka sahibi markasının üçüncü şahıslar tarafından isim, adres, hizmet veya malı tasvir edecek nitelikte beyan olarak kullanılmasını

⁷⁹⁶ ARKAN; Cilt II a.g.e., s.131.

⁷⁹⁷ BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e., s.183-184.

⁷⁹⁸ Herkesçe bilinen bir marka olarak tescilli olsa dahi “deriden” ibaresinin satılan malın üretildiği hammaddeyi belirtmek üzere “deriden mont, ayakkabı, kemer...” gibi kullanımlar tescilli olmasına rağmen marka hakkı sahibi tarafından engellenemez. BOZGEYİK; a.g.m., s.94.

engelleyemeyecektir⁷⁹⁹. Düzenlemeden anlaşılacağı gibi marka tescilinden doğan hakların kapsamının istisnası olarak düzenlenen bu kullanımın iki şarta bağlandığı görülmektedir. Bunlar, dürüstçe kullanım ve ticari hayatın olağan akışı içerisinde kullanımdır.

Dürüstçe kullanım, dayanağını Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenen, herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uyması gerektiğine ilişkin kuraldan ve bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasının hukuk düzenince korunmayacağı hükmünden almaktadır. Medeni Kanun'da vücut bulan dürüstlük kuralı MK md. 2'nin bir başlangıç hükmü olması dolayısıyla sadece medeni haklarda değil, özel veya kamu hukuku tarafından tanınan tüm hakların kapsam ve içeriğini belirlemede aktif ve önemli bir fonksiyona sahiptir⁸⁰⁰.

Tüm hak ve borç ilişkilerinde ve bu ilişkilerden doğan tüm meselelerin çözümünde dürüstlük kuralı temel kural olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu gibi temel kuralların mutlaka yazılı olması gerekmeyip toplumdaki dürüst, namuslu ve orta zekâlı kişilerin ahlak, doğruluk ve karşılıklı güven esaslarına uyan sürekli davranışları sonucunda oluşan ve toplum tarafından da toplumun tümünün menfaatlerine ve iş hayatının gereklerine uygun görülerek benimsenen tüm kurallardır⁸⁰¹.

Mülga KHK, mehzaz metin olan 89/104 sayılı Direktifin dürüst kullanım ilkesine ilişkin 6. maddesini neredeyse aynen fakat eksik olarak almıştı⁸⁰². Direktifin 6/c fıkrasında

⁷⁹⁹ NOMER; 2002 a.g.m., s.1126 Yargıtay, dürüst kullanım ile ilgili vermiş olduğu bir kararında soyadının marka olarak seçilip kullanılması ile ilgili "...böyle bir kullanım ile iltibas yaratılmaya gayret ediliyor veya o şekilde kullanmak bir zorunluluk olmadığı halde sırf başkasının markasından yararlanmak amacıyla ilgili madde hükmü bahane ediliyorsa dürüst kullanımdan söz edilemeyeceği..." kriterine yer vermiştir Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 2003/2346 Esas ve 2003/8743 Karar, 13.10.2003 tarihli kararı için bkz; <https://www.lexpera-com-tr.lproxy.yeditepe.edu.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2003-2346-k-2003-8743-t-03-10-2003>. Aynı konuya benzer diğer bir kararında da "kişinin soyadını marka olarak kullanmasına kötü niyetli olduğu ispat edilmedikçe engel olunamayacağı" hükmüne yer vermiştir Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 2003/5564 Esas ve 2003/11974 Karar, 16.12.2003 tarihli kararı için bkz; <https://www.lexpera-com-tr.lproxy.yeditepe.edu.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2003-5564-k-2003-11974-t-16-12-2003>.

⁸⁰⁰ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN; a.g.e., s.171.

⁸⁰¹ Naklen; BİLGİLİ; a.g.e., s.31.

⁸⁰² Üye Devletlerin Markalara İlişkin Mevzuatlarının Yaklaştırılması Hakkında 22 Ekim 2008 tarihli ve 2008/95/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi (89/104 AET Yönergesinin kodifiye edilmiş hali) Markanın etkilerinin sınırlandırılması başlıklı 6. Madde metni:

"1. Endüstriyel ya da ticari konularda dürüstçe kullanıyor olması koşuluyla, marka, sahibine bir üçüncü kişinin ticaret sırasında aşağıdakilerin kullanımının yasaklanmasını talep etme hakkını vermez:

a) kendi adı ya da adresi,
b) malların üretilmesinin veya hizmetlerin sunulmasının zamanı, türü, kalitesi, miktarı, kullanım amacı, değeri, coğrafi kaynağı veya bunların diğer özellikleriyle ilgili işaretler;
c) özellikle aksesuarlar ya da yedek parçalar gibi bir ürün ya da hizmetin kullanım amacının gösterilmesinin gerekli olduğu hallerde marka..."

yer alan “özellikle aksesuarlar ya da yedek parçalar gibi bir ürün ya da hizmetin kullanım amacının gösterilmesinin gerekli olduğu haller” mülga KHK döneminde dürüst kullanım kapsamında bir istisna olarak yer almamaktaydı. Ancak bu durumun kanun koyucunun bilinçli tercihi olmadığı, 89/104 sayılı Yönergenin 6. maddesinin mülga KHK’ya aktarımı sırasında yapılan acele ve özensiz çevrimden kaynaklandığı doktrin tarafından kabul edilen bir tespittir⁸⁰³. Belirtilen eksiklik doktrinde, dürüst kullanım kapsamında sayılan kullanım şekillerinin tahdidi olmadığı, örnekleme şeklinde bir düzenleme olduğu ifade edilerek⁸⁰⁴ giderilmeye çalışılmıştır. Yargıtay’ın vermiş olduğu emsal kararlar da aynı yöndedir⁸⁰⁵. Kaldı ki bir otomotiv yedek parça satıcısının yedek parçasını sattığı otomobillerin markasını kullanmaksızın reklam yapabileceğinin düşünülmesi mümkün değildir⁸⁰⁶. SMK’nın dürüst kullanım kapsamına aksesuar, yedek parça ve benzerlerine ilişkin olarak mal veya hizmetin üzerinde kullanım amacının belirtilmesi gereken durumları dürüst kullanım kapsamına almasıyla bu eksiklik ortadan kalkmıştır.

Bu konudaki en önemli kıstas, asli kullanım-tali kullanım ayırımına bakarak üçüncü şahsın tescilli markayı hangi şartlarda ve hangi amaçla kullandığının dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilmesidir. Yargıtay da asli-tali unsur ayırımı yapmakta ve tescilli bir markanın üçüncü bir kişi tarafından kullanılabilmesi için madde metninin açık hükmü olan

⁸⁰³ Yasaman’a göre bu eksiklik Yönergenin 6. maddesinin KHK madde 12’ye aktarımının başarısız bir şekilde yapılması ve mehzaz hükümdeki “c” bendinin hükme alınmamasından kaynaklanmaktadır. YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C I a.g.e., s.522; Tekinalp’e göre de söz konusu eksiklik bilinçli bir tavra dayalı olmayıp hatalı bir iktibas ve tercümeyle dayalı olmakta, KHK gerekçesinde alınmamaya ilişkin bir açıklama bulunmadığı gibi KHK’da tescilli bir markanın maddede belirtilen şekilde her çeşit kullanımı istisna kapsamına alınırken marka olarak kullanımının reddedilmesinin KHK’nın düzenleniş amacına uygun düşmemektedir. TEKİNALP; 1998 a.g.m., s.633 vd; aynı görüş için ayrıca bkz. TEKİNALP; a.g.e., s.451.

⁸⁰⁴ TEKİNALP; 1998 a.g.m., s.643; NOMER; 2002 a.g.m., s.1126.

⁸⁰⁵ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2003/2346 Esas, 2003/8743 Karar sayılı, 03.10.2003 tarihli kararında, yerleşik dairenin kararlık gösteren emsal nitelikte bir kararı olduğu vurgulanarak, Opel markasıyla ilgili; Opel Türkiye’nin, bir servis şirketinin kendileriyle aralarında hiçbir hukuki ilişki bulunmamasına rağmen Opel markasını işyerlerinde kullanarak iltibas yarattığının tespit edildiği ve eylemin haksız rekabet olduğu iddiasıyla Opel markasının ilgili işyerinden kaldırılması talebine ilişkin; Tekinalp’in yukarıda bahsi geçen makalesine de atıfta bulunarak KHK’nın 12. maddesindeki eksikliğin bilinçli bir tavra dayalı olmadığını hatalı bir iktibas ve tercümeyle dayalı olduğu açıkça ifade edilmiştir. Karar metni için bkz. UZUNALLI; 2012 a.g.e., s.207 vd.

⁸⁰⁶ 556 sayılı KHK md. 12 henüz yürürlükte değilken Yargıtay 11. HD 15.04.1993 tarihli, 1992/1577 Esas ve 1993/2447 Karar sayılı kararında BMW parçaları ithal eden ve satan, bu faaliyetleri kapsamında da BMW markasını kendi reklamında kullanan davalının marka sahibi ile aralarında bir bağ bulunmadığını gösterecek ilave açıklamaları yapmadığından marka hakkına tecavüzün gerçekleştiğine hükmetmiştir. Karar için bkz. CAMCI; a.g.e. s.188. Aynı sonuca mevcut KHK md. 12 kapsamında doğrudan ulaşmak mümkün değildir. Dolayısıyla tescilli markayı taşıyan malları pazarlama işi yapan üçüncü şahısların markayı kullanırken kural olarak marka sahibiyle arasında bir bağ bulunmadığını belirten ilaveler yapması gerekli değildir. Ancak KHK 12 kapsamında somut olayın şartlarına göre özellikle kullanım şekli öncelikle değerlendirilmelidir. Eğer üçüncü kişinin kullanımı tescilli marka ile bir bağ bulunduğu izlenimi yaratacak şekilde ise marka hakkına tecavüzün varlığından söz edilebilecektir. YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C I a.g.e., s.522.

ticaret veya sanayide dürüst uygulamalara aykırı olmayacak şekilde kullanım şartı yanında markayı kullanan kişinin kendi işletme adı ya da unvanının, özellikle işletme evraklarında ve işletmenin diğer reklamsal kullanımlarında hâkim unsur olarak kullanılmamasını şart olarak öne sürmekte, başkasına ait olan tescilli olan markanın ise ancak tali unsur olarak kullanılması halinde dürüst kullanımdan söz edilebileceğini ortaya koymaktadır⁸⁰⁷. Karardan da anlaşılacağı üzere asli unsur-tali unsur ayrımı Yargıtay’ın yerleşik bir içtihadıdır. Doktrinde de kabul gördüğü üzere dürüstlük kuralı gereği markayı kullanan kişi ancak kendi işletme adı ve unvanında ve daha da önemlisi işletme evraklarında dahi asli unsur olarak kendi markasını yazması, başkasına ait tescilli bir markayı ise tali konumda kullanması halinde 12. madde kapsamında tescilli marka hakkı sahibi tarafından engellenemeyecektir⁸⁰⁸.

İsviçre Federal Mahkemesi’nin, henüz İsviçre Hukukunda konuyla ilgili SMK md. 7/5 ve Yönerge md. 6 gibi bir düzenleme bulunmadığı dönemde vermiş olduğu bir kararda, marka hukukunun genel ilkelerinden hareketle ulaşılmış olduğu sonuç dürüstlük kuralı kriterleri açısından son derece önemlidir⁸⁰⁹. Karara konu olayda Volkswagen ve Audi firmaları, aralarında sözleşme ilişkisi bitmesine rağmen markalı mallarını pazarlamaya devam eden, resmi levhaları kaldırmasına rağmen işyeri üzerinde bir panoda “VW-AUDİ Eksperi” ibaresini kullanmaya başlayan ve kırtasiyesinde de anılan markaları kullanmaya devam eden İsviçre’deki eski ve tek yetkili satıcıları olan firmanın markasal kullanımının engellenmesini talep etmektedir. Mahkeme orijinal markalı ürünleri piyasaya arz ve bu ürünlere tamir ve bakım hizmeti veren firmanın kendi hizmeti ile ilgili olarak davacıya ait olan markaları kullanabileceğine karar vermiştir. Bu karara gerekçe olarak da marka

⁸⁰⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 03.10.2003 tarih, 2003/2346 Esas ve 2003/8743 Karar sayılı yayınlanmamış kararında hem tali unsur olarak kullanmanın ne anlama geldiği ifade edilmiş hem de varılan sonucun dairenin kararlılık gösteren emsal kararı olduğu ifade edilmiştir. Kararda adı geçen olayda Opel Türkiye bir servis şirketinin kendileriyle aralarında hiçbir hukuki ilişki bulunmamasına rağmen haksız olarak Opel markasını işyerinde kullanarak iltibas yarattığının tespit edildiği ve eylemin haksız rekabet olduğunu ileri sürerek davalının işyerlerinden Opel markasının kaldırılmasını talep etmiştir. Daire verdiği kararda emsal kararlarında da kabul edildiğine atıfta bulunarak “...olayda belirtildiği şekilde servis hizmeti veren bir işletmenin kendi işletme adını hâkim unsur şeklinde yazmak koşuluyla işyerinde belirtilen markalı araçlara hizmet verildiğini göstermek bakımından marka sahibinin iznine gerek olmadan KHK’nın 12. Maddesinde tarif edilen koşullarla tescilli markayı tali unsur olarak kullanabileceği ancak dosya içeriği ve sunulan fotoğraf ve tanıtma vasıtalarının incelenmesinden davalının tali unsur olarak değil, hâkim unsur teşkil edecek şekilde davacı marka ve logosunun kullanıldığı anlaşılmakla...” şeklinde karar vermiştir. Karar için bkz; <https://www.lexpera-com-tr.lproxy.yeditepe.edu.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2003-2346-k-2003-8743-t-03-10-2003>.

⁸⁰⁸ Aynı yönde bkz. YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C I a.g.e., s.524; TEKİNALP, a.g.e., s.451 vd.

⁸⁰⁹ Kararın çevirisi ve incelemesi için bkz. NOMER; 2002 a.g.m., s.1118 vd.

sahiplerinin, markayı taşıyan ürünleri pazarlayan ve bu mallara ilişkin servis hizmeti sunan üçüncü kişilerin kendi hizmetleri ile ilgili olarak markayı nasıl kullanacaklarına ya da reklam kampanyasını nasıl yürüteceklerine dair talimat veremeyeceklerini; reklamın kendi hizmetleri ile ilgili olduğunun üçüncü kişi tarafından belirtilmesi ve reklam sonucunda marka sahibi ile üçüncü kişi arasında ticari bağ bulunduğu yönünde yanlış bir izlenimin uyanmaması şartıyla üçüncü kişi tarafından yapılan kullanımın hukuka uygun olacağı belirtilmiştir. Bu nedenle davalının, davacılara ait markaları işyerinde bulunan panoda kullanmasının ilgili branşın ticari teamüllerine uygun olduğuna ve dolayısıyla marka hakkına tecavüz teşkil etmediğine hükmedilmiştir.

İsviçre Mahkemesi'nin kararında öne çıkan husus kararda da açıkça ifade edildiği üzere mahkemenin özellikle davalı tarafında “eksper” kavramının kullanılması ve davacıya ait markayı kullanırken markaları simgeleyen logolarını aynen kullanmaktan kaçınması; bu sayede de tüketici nezdinde taraflar arasında ticari bir bağ ya da sözleşmeye dayalı bir ilişki bulunduğu yönünde bir intiba oluşmasının engellendiği sonucuna varmasıdır. Bu açıdan Türk Marka Hukuku sistemimizde de aynı sonucu ulaşmanın mümkün olduğu doktrinde haklı olarak ifade edilmektedir⁸¹⁰. Buna göre; federal mahkeme kararında, davalının davacılara ait markaları kullanırken logolarını aynen kullanmaktan kaçınmasından hareket etmektedir. Aksi halde bir kullanımda, yani logoların aynen kullanımı halinde logoyu kullanan üçüncü kişinin markanın sahibinin yetkili temsilcisi olduğu ya da marka sahibi ile logoyu kullanan üçüncü kişi arasında hukuki bir ilişki olduğu izlenimi doğurabileceği, bu halde mahkemenin aynı sonucu ulaşmasının mümkün olamayacağı haklı olarak savunulmaktadır.

Son olarak dürüst kullanım ile ilgili belirtmek gerekir ki; tescilli bir marka ile aynı veya benzer bir işaretin dürüst kullanımı hukuka uygunluk sebebi kapsamında kullanılıp kullanılmadığının tespiti, işaretin veya açıklamaların marka olarak algılanıp algılanmadığına göre yapılmalıdır. Kullanımlar amacını aşarak markanın fonksiyonlarını yerine getirecek hale dönüştüğü noktada artık dürüst kullanımdan söz edilmesi mümkün değildir⁸¹¹.

cc- Gerçek Hak Sahipliği

Gerçek hak sahipliği, bir marka halini alan işareti ilk defa kullanarak ona marka vasfına ulaştıran ancak bir şekilde tescil ettirmemiş olan kişi olarak ifade edilebilir. Bu

⁸¹⁰ NOMER; 2002 a.g.m., s.1134; YASAMAN/ALTAY/AYOĞLU/YUSUFOĞLU/YÜKSEL; C I a.g.e., s.526.

⁸¹¹ BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e., s.189.

durumda gerçek hak sahibi ile sonradan markayı tescil ettiren bir başka kişi ile hakların çatışması halinde, Türk Marka Hukuku Sistemi, biri tescilli biri tescilsiz iki marka arasında gerçek hak sahibine bir ayrıcalık tanıyarak markayı tescilsiz olarak kullanmasına rağmen bu kullanımın, konunun çözüme ulaştırılmasına kadar, marka hakkına tecavüz olarak kabul edilemeyeceğini ortaya koymaktadır⁸¹². Biri tescilsiz biri tescilli iki markanın hangisinin mülkiyet hakkı önceleneceğine dair karar verilene kadar her iki markanın da kullanımı ile ortaya çıkan iki markalı durum tam anlamıyla bir hukuka uygunluk sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır⁸¹³.

Diğer taraftan SMK'nın 25. maddesinde düzenlenen, marka sahibinin, sonraki tarihli bir markanın varlığından haberdar olmasına rağmen kesintisiz beş yıl boyunca bu konuda sessiz kalması halinde artık o markanın hükümsüzlüğünü de isteyemeyeceğinden, sonraki tarihli markanın kullanımı bir hakka dayalı hale gelerek marka ile üretilmiş ürünler üzerinde herhangi bir işlem de söz konusu olamayacaktır.

b- “İlgilinin Rızası” Hukuka Uygunluk Sebebi

Hukuk uygunluk sebeplerini düzenleyen TCK'nın 26. maddesinin (2). fıkrasında düzenlenen ilgilinin rızasından anlaşılması gereken maddede ve gerekçesinde de vurgulandığı üzere, kişinin üzerinde serbestçe ve mutlak bir şekilde tasarruf edebileceği bir hakka yönelik bir fiilden dolayı açıkladığı rızadır. Bu şekilde açıklanan bir rızanın varlığı

⁸¹² SMK'nın 6. maddesine dayanan geçmişe dayalı hak sahipliği ile ilgili Yargıtay da gerçek hak sahipliğini tanımlayarak, İsviçre-Türk markalar hukuku, marka üzerindeki hakkın iktisabı ve korunması ile ilgili olarak üç önemli ilkeye dayanır. Marka üzerindeki öncelik hakkı, o markayı, ihdas ve istimal eden ve piyasada maruf hale getiren kişiye aittir. Buna gerçek hak sahibi denilir ve bu tescil ettiren kimsenin bu tescili kurucu etkiye sahiptir. Ancak bu tescil sadece hak sahibine başlangıçta şarta bağlı bir hak sağlayabilir. Gerçek hak sahibinin dava açıp bu markayı tescil ettireceği tarihe kadar kurucu etkiye sahipliği devam eder. Çünkü hakiki gerçek hak sahipliği ikinci bir bağımsız ve münferit mülkiyete hak vermez. Markanın hakiki hak sahibi markasının aynısını veya tefrik edilmeyecek benzerini, her nasılsa marka olarak tescil ettiren kimsenin, sonradan tescil edilmiş markanın terkinin istenebileceğini... şeklinde hüküm kurmuş, markanın gerçek hak sahibinin onu ilk ortaya çıkaran ve kullanan, piyasada tanınır hale getiren olduğunu ortaya koymuştur. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 1998/5146 K. Sayılı Karar, aynı yönde Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 19.04.2002 tarihli, 2001/9903 Esas, 2002/3699 Karar Sayılı Kararı. Kararların özetleri naklen “<https://www.ulucahukuk.com/tescilsiz-markalarin-korunmasi-ve-onceye-dayali-kullanim-hakki>” E.T.:28.08.2021.

⁸¹³ Yargıtay, “...yerleşik uygulamalarımıza göre, markayı daha önce kullanıp ayırt edici hale getirene karşı, markaya tecavüz açılmaz...” kararı vermiş; (11. HD.'nin 21.01.2013 tarih, 2012/800 Esas, 2013/1129 Karar sayılı kararı bkz; <https://www.lexpera-com-tr.lproxy.yeditepe.edu.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2012-800-k-2013-1129-t-21-01-2013>; diğer bir dosyada “marka kullanımının davacının marka tescilinden daha önceye dayalı bir kullanım olduğu, bu kullanım marka tescilli dahi olsa üstün hak sebebi ile engellenemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine...” kararı vererek önceye dayalı hakkı üstün görmüştür. 11. HD.'nin 21.12.2017 tarih, 2016/6727 Esas, 2017/7506 Karar sayılı karar metni için bkz; <https://www.lexpera-com-tr.lproxy.yeditepe.edu.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2016-6727-k-2017-7506-t-21-12-2017>.

halinde artık o fiili işleyen kişiye ceza verilemez⁸¹⁴.

İlgilinin rızasının bir hukuka uygunluk hali olarak kabul edilmesi birtakım şartlara bağlıdır⁸¹⁵. Bunlardan ilki kişinin suçun konusu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma hakkına sahi olmasıdır. Kişinin mutlak ve serbestçe üzerinde tasarrufta bulunabileceği haklar sınıfına en uygun olan suç tiplerinden biri malvarlığına karşı işlenen suçlardır. Diğer taraftan düzenleniş şekli açısından yine kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği haklara yönelen suçlara örnek olarak takibi şikayete bağlanmış olan suçlar da gösterilebilir. Mutlak gayri maddi mal varlığı olarak kabul edilen marka hakkına yönelik suçlar hem malvarlığına yönelen suç tipine hem de takibi şikayete bağlı suç tipine uygun bir örnektir. Tescilli bir marka sahibi, tescille birlikte artık marka üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği mutlak bir hak sahibidir. O halde markasına yönelen haksız bir saldırı karşısında tescil ilkesi sayesinde konunun ilgisi olduğu da açıktır.

İkinci şart, üzerinde hak sahibi olduğu konuda rıza beyanında bulunacak kişinin rıza göstermeye ehil olması gerekir. Ehil olmaktan anlaşılması gereken temyiz kudretine sahipliktir⁸¹⁶. Marka suçlarında marka sahibi eğer fiil ehliyeti sahibi ve temyiz kudretine de haiz ile üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği marka hakkına yönelen bir saldırıyı, rıza göstererek hukuka uygun hale getirebilecektir. Belirtmek gerekir ki tescilli marka üzerinde birden fazla hak sahibi olduğu hallerde her bir hak sahibinin rızası ayrı ayrı aranır⁸¹⁷. Rızanın hak sahibi tarafından değil de onu temsilen bir başkası tarafından açıklanması, rızanın şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olması dolayısıyla ilgilinin rızası olarak değer bulmayacaktır. Ancak ilgilinin rıza kararı, bir temsilci tarafından muhataplara temsilci aracılığıyla iletilmesi halinde, kararın tamamen ilgili hak sahibine ait ve tam olarak onun iradesini yansıtmayı kaydıyla geçerli bir rıza olacaktır.

Geçerli bir rıza için gereken son şart da rızanın açıklanmasıdır. Geçerli bir rıza yazılı veya sözlü olabildiği gibi açıkça ya da örtülü bir şekilde de olabilir. Burada önemli olan

⁸¹⁴ TCK'nın 26/(2) fıkrasının gerekçesi "Maddenin ikinci fıkrasında ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni düzenlenmiştir. Söz konusu hukuka uygunluk nedeninin varlığı için, rızanın kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakla ilişkin olması gerekir. Keza, kişinin bu hakla ilgili olarak rıza açıklamaya ehil olması gerekir." şeklindedir.

⁸¹⁵ ARTUK/GÖKCEN; a.g.e., s.546 vd.

⁸¹⁶ Medeni Kanun'un 10.maddesine göre; "Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır." Ayrıca aynı kanunun 13.maddesine göre de "Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir".

⁸¹⁷ ARTUK/GÖKCEN; a.g.e., s.550.

rızanın mutlaka tipikliğe uygun fiil işlenmeden ya da en azından icra hareketleri devam ederken açıklanmasıdır⁸¹⁸. Zamanında yapılmayan rıza açıklaması hukuken artık rıza değil icazet olarak değer görür ve fiili hukuka uygun hale getirmez. Ancak ilgili hak sahibi şikayet hakkını kullanmayarak soruşturmanın başlamasını önleyebilecektir. Diğer taraftan fiilden önce açıklanmış geçerli bir rıza suçun işlenmesi sırasında geri alınması halinde geri alma anından itibaren fiili hukuk aykırı hale getirecektir⁸¹⁹.

E- Suçun Manevi Unsuru

1- Genel Olarak

Suçun düzenleniş şekline bakıldığında tescilli bir marka hakkına tecavüz suçunun gerçekleşebilmesi için failin tanımında yer alan tescilli bir marka hakkına iktibas ya da iltibas suretiyle tecavüz ederek mal ürettiğini, hizmet sunduğunu, tecavüz edilerek üretilen ürünleri sattığını, satışa arz ettiğini, ithal veya ihraç ettiğini, ticari amaçla satın aldığını, bulundurduğunu, depoladığını veya naklettiğini bilmesi, istemesi, düşünmesi veya öngörmesi gerekir.

Marka hakkına tecavüz eylemleri ve cezai müeyyideye bağlanan suç tipi sırf hareket ve soyut tehlike suçu olduğundan sonucun gerçekleşip gerçekleşmediğinin bir önemi yoktur. Hareketi bilmesi, yani başkasına ait bir marka hakkına tecavüz ettiğini bilmesi, istemesi, düşünmesi, öngörmesi yeterlidir. Diğer bir ifadeyle fail, fiiliyle tipikliğin gerçekleşeceğini bilmektedir⁸²⁰. Fail açısından kastın varlığı, başkasına ait bir markanın iltibas suretiyle tecavüze uğraması eylemi neticesinde üretilen taklit markanın orijinaliyle benzer olduğunun bilinmesi yanında, taklidinin kullanılmasıyla oluşan bu benzerliğin o ürünle ilişkili ortalama tüketici nezdinde karıştırılmaya sebebiyet verecek düzeyde olduğunun da bilincinde, farkında olunması ya da öngörülmesi ile ortaya çıkar.

Marka hakkına tecavüz eylemi başkasına ait bir markaya iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ettiğini bilen failin, seçimlik hareketlerden birini gerçekleştirmesi suretiyle işlenmesi halinde eylemin manevi unsuru doğrudan kast olacaktır⁸²¹. Doğrudan kastın varlığından söz edebilmek için failin, suçun kanuni tanımında yer alan eylemi bildiği konusunda hiç şüphe yoktur. Diğer taraftan suçun kanuni tanımında fiilin icra ediliş şekline dair bir ayrıntı düzenlemiş ise bu ayrıntı ya da ayrıntıların da fail tarafından bilinmesi

⁸¹⁸ ARTUK/GÖKCEN; a.g.e., s.551.

⁸¹⁹ HAKERİ; a.g.e., s.378.

⁸²⁰ ARTUK/GÖKCEN; a.g.e., s.393.

⁸²¹ ÇETİNTÜRK; a.g.e., s.713.

gerekir. Marka suçları açısından fail başkasına ait bir marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek taklit bir marka kullandığını ve bu marka ile suçu düzenleyen maddede belirlenen seçimlik hareketlerden hizmet sunmak, mal üretmek, satışa arz etmek, satmak, ithal veya ihraç etmek, ticari amaçla satın almak, bulundurmak, nakletmek veya depolamak fiillerinden biri ile yaptığını bilmektedir.

Kural olarak kasten işlenen suçların olası kast ile de işlenebilmektedir. Olası kastta, fail asıl istediği sonucun dışındaki diğer sonuçları da öngörmekte ve bunların da gerçekleşmesi konusunda kayıtsızlık göstermekte, olası sonuçlarını da kabullenmesi ve adeta “olursa olsun” diyerek eylemini gerçekleştirmesi söz konusudur⁸²². Failin, kullanılan markanın taklit olduğunu ve başkasına ait tescilli bir markanın taklidinin kullanılmasıyla suç tipindeki seçenek fiillerden birinin dahi gerçekleştirilmesi halinde suçun oluşacağını öngörmesine rağmen ne olursa olsun diyerek eylemi gerçekleştirmesi halinde kişi olası kastla hareket etmiş olacaktır.

Marka hakkına tecavüz suçunun taksirle işlenmesi ile ilgili TCK 22. maddesinde yer alan “taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.” hükmüne dayanarak, marka suçlarını düzenleyen SMK’nın 30. maddesinde bu yönde açık bir hüküm yer almadığından taksirle işlenmesi mümkün değildir⁸²³. Dolayısıyla, en çok karşılaşılan örnek ile ifade etmek gerekirse; yaptığı mesleği dolayısıyla göstermesi gereken dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak başkasına ait bir marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz eyleminde her somut olayın kendi içinde ayrı ayrı değerlendirilmesi şartıyla, kastın somut olarak tespiti gerekir. Failin mesleği kastını açıkça ortaya koyan bir durumda ise kastın varlığından söz edilebilir. Ancak mesleği kastın tespiti için yeterli değil ve fiili dikkat ve özen yükümlülüğü düzeyinde kalıyorsa o halde kastın yokluğundan dolayı fiil suç olarak değerlendirilmeyecektir. Özellikle örnekteki gibi mesleği dolayısıyla basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüğü altında bulunan tacirin “en azından bilmesi gerektiği”

⁸²² İÇEL; a.g.e., s.468; KOCA/ÜZÜLMEZ; a.g.e., s.170; ARTUK/GÖKCEN; a.g.e., s.399; DEMİRBAŞ; a.g.e., s.391.

⁸²³ TCK’nın “Taksir” başlıklı 22. madde metni;

(1) Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.
 (2) Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir.
 (3) Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu halde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.
 (4) Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir.
 (5) Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir.

yorumu, kast karinesi halini alarak aslında taksirli olan davranışın kast olarak değerlendirilerek yaptırım uygulanması ihtimalini doğurmaktadır. Bu durum kastın varlığının tespitinin önemini de arttırmaktadır.

2- “Dikkat ve Özen Yükümlülüğü” nün Kast Açısından Değerlendirilmesi

Marka suçları, TCK 22’de düzenlenen hüküm gereği, taksirle işlenemeyen suçlardandır. Dolayısıyla özel hukuk normları gereği kusurun oluşması için yeterli kabul edilen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışlar ceza hukuku açısından eylemin suç olarak kabul edilmesi için yeterli değildir. Ancak özellikle SMK öncesi KHK 61/A maddesinin atıfla göndermede bulunduğu 61-c bendindeki “...markanın taklit edildiğini bilmesi veya bilmesi gerektiği halde...” ifadesi suçun manevi unsuru açısından geniş bir kast sorumluluğuna sebebiyet vermektedir⁸²⁴. KHK dönemi için doktrinde ve yargı kararlarında “bilebilecek durumda olmak” veya “bilmesi gerekme” durumu için kanun koyucunun kast karinesini kabul ettiği ve bu karineye göre de suçun unsurlarının fail tarafından bilinip bilinmemesinin önemli olmadığı, yaptığı meslek veya işi dolayısıyla mevcut unsurları bilmesi gerektiğinin kabulünün kasten hareket ettiğinin ispatı için yeterli olduğu ifade edilmekteydi⁸²⁵. Ancak bir sonraki dönemde 5833 sayılı yasa ile değiştirilen KHK 61/A maddesinde ve sonrasında kabul edilen 6769 sayılı SMK döneminde belirtilen tarzda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak uygulamada özellikle tacirler açısından ceza sorumluluğunun kasta dayalı olarak belirlenmesinde, özellikle taksir sorumluluğunun özel hukuk normlarıyla geliştiği ülkemizde özel hukuk uygulamalarından oldukça

⁸²⁴ Söz konusu düzenlemenin taksir sorumluluğunu kapsamadığına dair görüş için bkz; ALICA, Turkey; “Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları Ceza Uygulaması ve Karşılaşılan Sorunlar”, Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu, TOBB yayınları No:25 Ekim 2005, s.108, ayrıca ilgili düzenlemenin taksir sorumluluğunu da kapsadığını belirten aksi görüş için bkz, KESKİN; a.g.e., s.141.

⁸²⁵ TOPÇU; a.g.e., s.101, AYDIN; a.g.e., s.37; Yargıtay vermiş olduğu bir kararda “...sanığın yaptığı iş gereği bu tip arkalı ürünlerin taklit olup olmadığını bilebilecek durumda bulunduğu da gözetilerek...” şeklinde bilmesi gerektiği nesine yer vermektedir. Karar için bkz; Yargıtay 7. CD 22.12.2005 tarih, 2003/10409 Esas, 2005/21870 Karar sayılı kararı; sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 22.11.2020; Yargıtay vermiş olduğu başka bir kararda da “...sanığın dava konusu malların ... markasının taklidi olduğunu bilebilecek durumda olduğu...” şeklinde failin işi gereği mevcut durumu bilmesi gerektiği yönünde değerlendirme yapmıştır. Karar için bkz; Yargıtay 7. CD 20.10.2000 tarih, 2000/10157 Esas, 2000/13353 Karar sayılı kararı; sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 22.11.2020; Özgenç, söz konusu düzenlemeyi ceza hukuku açısından ilginç olarak nitelendirerek kast ve taksirin bir suçun tanımında seçimlik manevi unsur olarak yer aldığını belirtmektedir. ÖZGENÇ; a.g.m., s.847. Albayrak da belirtilen hükmün düzenleniş şekli bakımından hem kasten hem de taksirle işlenebilecek bir suç olduğunu ve her iki halde de yaptırımının aynı olduğuna vurgu yapmaktadır. Suç tipinde failin markanın taklit edildiğini bildiği halde kasten; bilmesi gerektiği halde ise taksirle işlendiğini, kast ile ilgili bir sorun olmadığını ancak taksirle işlenen bir eylemin cezalandırılabilmesi için kanuni tarifte açık bir düzenleme bulunması gerektiğini; incelenen maddede ise bu durumun “bilmesinin gerekmesi” olarak belirtildiğini vurgulamaktadır. ALBAYRAK, Mustafa; “Fikir ve Sınai Haklar Aleyhine İşlenen Suçların Kovuşturulması ve Yargılanmasında Sorunlar ve Çözüm Yolları”, TBB Dergisi, Sayı:57, 2005, s.345.

etkilenmektedir⁸²⁶. 2009’dan itibaren aslında mevzuatımızdan kalkan durum hala sanki varmışçasına, uygulamada genel yaklaşımın, bu suçun şekli bir suç tipi olarak düzenlenmesinden dolayı failin kasten veya taksirle hareket etmesinin bir öneminin olmadığı ve suçun kanuni tanımında belirtilen seçimlik hareketlerden biriyle işlenmesi halinde suçun tamamlandığı yönündedir⁸²⁷. Bu bakış açısından dolayı da uzun zaman uygulamada yer bulan ve aslında 2009’da mevzuattan kalkan durum “bilmesi gerektiği” kabulü ile kastın varlığının bir tezahürü olarak kabul edilmeye başlanmıştır⁸²⁸. Bilmesi gerektiği durumunun kastın varlığının göstergesi olarak kabul edilmesi uygulamada artık uzun süredir bir işi yapan fail için o iş kapsamında zaten bilmesi gereken bir durumun varlığı halinde ayrıca kastının aranmasına gerek kalmadığı şeklinde kabul edilmeye başlanmıştır. Buna göre suçun unsurlarının fail tarafından bilinmesine gerek kalmaksızın, iş ve meslek itibarıyla bilmesi gerektiği karine olarak kabul edilmekte, fail kasten hareket etmiş sayılmaktadır. Bu durumda hukuka aykırılığı bilenle, bilmesi gereken arasındaki fark da ortadan kalkmaktadır⁸²⁹. İlk derece mahkemeler, BAM, Yargıtay dahi yeni tarihli kararlarda da birçok örneği görüleceği üzere, kararlarında bilmesi gerektiğinden hareket ederek ceza sorumluluğunun genişleten ve aslında taksir sorumluluğu sınırlarında kalması gereken dikkat ve özen yükümlülüğünü kast kapsamının içinde değerlendirerek kararlar almıştır⁸³⁰. Yüksek mahkemelerin dahi uygulama alışkanlığı ile işlerlik kazanan ve artık kastın varlığının kabulü anlamına gelen mevcut durum, taksirle sorumluluk doğurmayan marka suçları gibi suç tiplerinde faile yüklenilmiş bir objektif sorumluluk halini almaktadır. Ancak bu durum TCK md.21 hükmüne aykırı olduğu gibi ceza hukukunun suç genel teorisi

⁸²⁶ ÇETİNTÜRK; a.g.e., s.720.

⁸²⁷ GÜNEŞ; 2017 a.g.e., s.327.

⁸²⁸ ÇETİNTÜRK; a.g.e., s.723.

⁸²⁹ AYDIN; a.g.e., s.37.

⁸³⁰ “Sanığın işyerinde satışa arz ettiği...sanığın satışını yaptığı ürünün taklit markalı olduğunu uğraştığı iş ve ticareti itibarıyla bilmesi gerektiği cihetle, atılı suçtan mahkumiyet kurulması gerekirken yerinde görülmeyen gerekçeyle beraatına karar verilmesi...” Karar için bkz; Yargıtay 5. CD 25.11.2018 tarih, 2015/18340 Esas, 2018/21382 Karar sayılı kararı; sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 22.11.2020; “... sanığın uzun süredir sektörde iş yaptığı, dükkanda bulunan ürünleri tanımamasının hayatın olağan akışına aykırı olacağı, bu işten dolayı menfaatin kendisine ait olacağı, dolayısıyla elemanlarına bir kusur izafe etmenin mümkün olmayacağı, sorumluluğun iş yeri sahibi olan sanığa ait olacağı değerlendirilerek suçtan kurtulmaya yönelik sanık savunmasına itibar edilmemiştir...” Ceyhan 3. Asliye Ceza Mahkemesi, 09.11.2017 tarihli 2017/410Esas, 2017/475 Karar sayılı kararı, Naklen; ÇETİNTÜRK; a.g.e. s.724 dn.1583; “...ürünlerin işyeri içerisinde satışa hazır bulunduğu, ürün sayısı ve işgal ettiği iş sahası dikkate alındığında sanığın söz konusu ürünlerin taklit olduğunu bilmemesinin olağan hayat koşullarına uygun olmayacağı gözetilmeden...” Samsun BAM 5. CD. 06.12.2017 tarihli, 2017/1939 Esas, 2017/2138 Karar sayılı kararı, Naklen; ÇETİNTÜRK; a.g.e., s.724 dn.1583; Benzer yönde kararlar için bkz. ÇETİNTÜRK; a.g.e., s.724 dn.1583 ve dn.1584.

ile de bağdaşmamaktadır⁸³¹.

3- Özel Kastın Varlığı (Ticari Amaç)

Genel olarak suç tiplerinde failin belli bir saikle hareket etmesi aranmaz. Suç tipinin manevi unsurunun gerçekleşmesi için failin, suçun tipik halini bilerek ve isteyerek yani genel kastla gerçekleştirmesi yeterlidir. Bazı suç tiplerinde manevi unsuru oluşturan genel kastın varlığı yanında tipiklikte failin ayrıca özel bir amaçla hareket etmesi aranır. Bu şekilde düzenlenen suç tiplerinde manevi unsurun gerçekleşmesinin bir şartı da amaç unsurunun ortaya konmasıdır⁸³². Marka hakkına tecavüz suçlarında olduğu gibi suç düzenlemesinde bu şekilde amaç unsurunun arandığı hallerde özel kastın varlığından söz edilecektir⁸³³. Doktrinde amacın kasttan önce gelen, adeta kastı hazırlayan bir düşünce olduğu da savunulmaktadır⁸³⁴.

Marka hakkına tecavüz eylemlerinin suç olarak düzenlenip yaptırıma bağlanmasının temel sebeplerinden biri ticari düzenin sağlıklı bir şekilde devamının sağlanmasıdır. Bu sebeple de “ticari amaç” marka suçları için özel bir önem arz eder.

Marka hakkına tecavüz suçu açısından ticari amaç unsuru madde metninde mal üretmek, hizmet sunmak, satışa arz etmek veya satmak, ithal veya ihraç etmek fiilleri için belirtilmemişken; sonrasında gelen satın almak, bulundurmak, nakletmek ve depolamak fiilleri öncesinde “ticari amaçla” ifadesiyle açıkça sınırlandırılmıştır.

“Amaç unsuru” açıkça suçun tipikliğinin bir parçası olarak belirtilmiş olan suç tiplerinde, suçun tamamlanmış olması için artık amaç unsurunun gerçekleşmesi aranır. Marka hakkına tecavüz eylemlerinde failin satın almak, bulundurmak, nakletmek, depolamak fiillerinden birini kasten işlemesi yeterli değildir. Bu eylemleri işlerken failin ticari amaçla hareket etmesi halinde suç gerçekleşecektir. Buradaki ticari amaç artık suçun unsurlarından biridir ve yokluğu halinde eylem, suçun kanuni tanımındaki unsurlar gerçekleşmediğinden suç olarak değer görmeyecektir. Belirtmek gerekir ki suç tipi sırf hareket suçu olduğundan failin ticari amaçla hareket etmesi, suçun oluşması için yeterlidir. Ayrıca ticari amacın gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaz.

Kanun koyucunun suç tipinde seçimlik hareketlerden mal üretmek, hizmet sunmak, satışa arz etmek veya satmak, ithal veya ihraç etmek fiillerini “ticari amaç” saikine

⁸³¹ BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e., s.166.

⁸³² ARTUK/GÖKCEN; a.g.e., s.410.

⁸³³ DEMİRBAŞ; a.g.e., s.390; ARTUK/GÖKCEN; a.g.e., s.410.

⁸³⁴ Naklen; İÇEL; a.g.e., s.446.

bağlamasının altında yatan sebep, bu tip fiillerin özel kullanımlar için yani ticari amaç dışı işlenmeleri halinde cezalandırılmayı hak etmedikleri yönünde toplum nezdinde güçlü bir kanaatin olması yanında ceza hukukunun müdahale alanını da daraltmak arzusundan kaynaklanmaktadır⁸³⁵. Sınai Mülkiye Kanunu'nun 153. maddesi de bu amaca destek niteliğinde bir düzenleme barındırmaktadır. SMK'nın 153. maddesine göre marka hakkı sahibi markasına tecavüz edilerek üretilmiş, piyasada bulunan ürünleri kişisel kullanımı için alan veya elinde bulunduran kişilere karşı ne hukuki ne de cezai korumadan yararlanamayacaktır⁸³⁶.

Ticari amacın somut olarak tespiti ceza yargılaması açısından son derece önemlidir. Somut tespit uygulamada birtakım kriterlere göre yapılmaktadır. Bunlar ürünün bulunduğu yer, bulundurma şekli, amacı, ürünün miktarı, çeşitliliği gibi kriterlerdir. Örneğin; terzinin kendi diktiği ürünlerin yanında vitrinde taklit markalı ürünleri de sergilemesi ya da sergilemek yerine tezgâhın altında bulundurması, terzinin tamir için bırakıldığına dair savunmasını, ürünün sayısı, bulundurma şekli, çeşidi de dikkate alınarak biçimlendirecektir. Yargıtay ürün satışı ile ilgili satışa arz değil de kişisel kullanım için bulundurulduğuna dair savunmalar karşısında “ticari miktar” şeklinde bir kriter kabul etmekte ve ticari miktarda olan ürünlerin kişisel kullanım sınırının üzerine olup olmadığına karar vermektedir⁸³⁷.

Ticari amaçtan anlaşılması gereken şey ticaret tanımında da görüleceği üzere kazanç elde etme amacıdır⁸³⁸. Burada “ticaret” kavramındaki kişilerden maksat TTK kapsamında ticari faaliyet yürüten tacir esnaf vb. kişilerden ziyade kazanç elde etme amacıyla hareket eden herkestir. Aksi taktirde tacir veya esnaf tanımına girmeyen kişilerce işlenmesi halinde eylem suç olmaktan çıkar ki amaç olan taklit markalı ürünleri “piyasadan uzak tutmak” da imkânsız hale gelir⁸³⁹.

Marka hakkına tecavüz suçunda seçimlik hareketlerden satın almak, bulundurmak, nakletmek ve depolamak fiilleri, öncesinde “ticari amaçla” ifadesiyle açıkça

⁸³⁵ ÇETİNTÜRK; a.g.e., s.730.

⁸³⁶ Madde metni ve gerekçesi için bkz; PEKDİNÇER/GİRAY/BAŞ; a.g.e., s.395.

⁸³⁷ “...konu delin taklit çantaların, sanığın çanta üretimi ve satışı üzerine faaliyette bulunduğu işyerinde ele geçirilmesi, ele geçen miktarın kişisel kullanımın üzerinde olması ve savunmasında “eşyaların teminat olarak bırakıldığını” beyan etmesi karşısında, eylemin satışa arz etme olarak kabulü gerekeceği...” Yargıtay 19. CD 26.04.2016 tarih, 2015/31769 Esas, 2016/16351 Karar sayılı kararı için bkz; <https://www.lexpera-com-tr.lproxy.yeditepe.edu.tr/ictihat/yargitay/19-ceza-dairesi-e-2015-31769-k-2016-16351-t-26-4-2016>.

⁸³⁸ Ticaretin sözlük anlamı “Kazanç amacıyla yürütülen alım satım etkinliği” olarak ifade edilmektedir. <https://sozluk.gov.tr/>.

⁸³⁹ ÇETİNTÜRK; a.g.e., s.733.

sınırlandırılmışken; mal üretmek, hizmet sunmak, satışa arz etmek veya satmak, ithal veya ihraç etmek fiilleri için ticari amacın varlığının belirtilmesinin gerekliliği doktrinde tartışılmaktadır⁸⁴⁰. Kanımızca söz konusu seçimlik fiiller için ayrıca “ticari amaçla” hareket edilmesinin vurgulanmasının pratikte bir farkı ve faydası bulunmamaktadır⁸⁴¹. Marka taklitçiliği açısından başkasına ait tescilli bir marka hakkına tecavüz ederek ortaya çıkan işareti kullanılarak mal üretmek, hizmet sunmak, bu şekilde üretilen ürünleri satışa arz etmek veya satmak, ithal veya ihraç etmek fiilleri genel anlamda bir ticari faaliyet kapsamında ve haksız bir gelir elde etme amacı taşıyan eylemlerdir. Bu tip eylemlerin suç olarak tanımlanmasının amacı, belli bir emek ve değer harcanarak elde edilmiş bir markanın ve bu şekilde üretilmiş ürünlerin kalite, menşei ve reklam fonksiyonlarını da gözeterek ortaya çıkan değerinden ve bilinirliğinden haksız yararlananların, haksız kazanç elde etmesini önlemek, bir şekilde üretilmiş olan ürünleri de piyasadan uzak tutarak piyasanın düzenini ve güvenilirliğini de temin etmektir. Ancak nadir de olsa ortaya çıkabilecek sorunların önüne geçmek amacıyla her ne kadar kelime anlamları açısından ticari amaçlı faaliyetler olsalar da Alman Marka Kanunu’ndaki düzenlemeye benzer nitelikte, suç tipine eklenecek “ticari ölçekte” şeklinde bir kriter tüm tereddütleri ortadan kaldıracak nitelikte bir sonuç yaratacağı kanaatindeyiz⁸⁴².

VI- “Marka Korumasını Belirten İşareti Kaldırma” Suçu

A- Suçun Kanuni Hükmü

Marka korumasını belirten işareti kaldırma suçu, mülga KHK madde 61/A’nın ikinci fıkrasında düzenlendiği şekliyle aynen alınarak SMK 30.maddenin ikinci fıkrasına aynen muhafaza edilmiştir. Buna göre yetkisi olmadığı halde marka koruması olduğunu belirten işareti mal ya da ambalajı üzerinden kaldıran kişi cezalandırılacaktır.

Tescilli marka hakkına tecavüz suçunda suçun unsurları anlatılırken genel bilgiler ayrıntılı verildiğinden marka korumasını belirten işaretin kaldırılması suçunda ayrıntı bilgiler yerine doğrudan tespitlere yer verilecektir.

⁸⁴⁰ Ticari amaç unsurunun eksikliği ile ilgili bkz. ÇETİNTÜRK; a.g.e., s. 733.

⁸⁴¹ Başbüyük , tüm marka hakkına tecavüz eylemleri için ticari amaç unsuruna açıkça vurgu yapılana kadar, bu fiiller için de ticari amacın gerekli olduğuna dair daraltıcı yorum yapılmasının bir sakıncası olmadığını belirtmektedir. BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e., s.161-162.

⁸⁴² Aynı yönde bkz. ÇETİNTÜRK; a.g.e., s.740, Başbüyük de “ticari amaç” özel saik olarak üretmek satışa arz etmek ve satmak fiilleri için suç tipinde belirtilirse sorunun ortadan kalkacağını belirtmektedir. BAŞBÜYÜK; a.g.e., s.161.

B- Fail ve Mağdur

1- Fail

Marka koruması olduğunu belirten bir işareti yetkisi olmadığı halde kaldıran herhangi bir kişi bu suçun faili olabilir. Dolayısıyla bu suç tipi fail açısından özel bir düzenleme veya özellik barındırmamaktadır. Herkes bu suçun faili olabilir.

Belirtmek gerekir ki Ceza hukuku sadece insan davranışlarını fiil olarak konu edindiğinden fail de ancak insan olabilir⁸⁴³.

2- Mağdur

Suçun mağduru, diğer marka suçlarında olduğu gibi tescilli marka hakkı sahibidir.

C- Suçun Maddi Unsuru

1-Suçun Konusu

Suçun konusu tescilli bir markanın tescilli olduğunu belirten işarettir. Normal kullanımında tescilli olduğunu belirten bir işaret kullanmayan bir markanın bu suçun konusu olması suçun tipikliği açısından mümkün görünmemektedir⁸⁴⁴. Diğer bir ifadeyle suç tipinde açıkça “marka koruması olduğunu belirten işaretin mal ve ambalaj üzerinden kaldırma” eylemi cezalandırıldığından böyle bir işaretin fiilen kullanılıyor olması gerekir.

Suçun düzenlenişine dikkat edildiğinde marka koruması olduğunu belirten işareten kasıt markayı oluşturan işaret değil o işaretin tescilli bir marka olduğunu belirten, İngilizce tescilli anlamına gelen “Registered”, kelimesinin kısaltması olan “®” ve yine İngilizce de marka anlamında kullanılan “Trade Mark” kelimesinin kısaltması olan “™” işaretleridir. Ancak bir markanın tescilli olduğunu belirten işaretlerden en bilinenleri bunlar iken bunların dışında tescili belirten herhangi bir işaret de bu suçun konusu olabilir. Yeter ki işaretin tescili belirttiği genel kabul ile bilinir hale gelmiş olsun⁸⁴⁵. Ancak “tescilli bir markadır”, “tescili müseccel bir markadır” “bu ürün x markası altında tescillidir” veya “her hakkı tescilli bir markadır” gibi tescilli olduğunu belirten yazılar işaret olarak kabil olmadığından bu suçun konusunu oluşturmaz⁸⁴⁶. Ancak bu durum, böyle bir suçun düzenlenmesi halinde suç tipine katılması gereken bir eksiklik olarak değerlendirilmelidir⁸⁴⁷.

⁸⁴³ Özgenç’e göre fiil iradi insan davranışdır. Fiil ile hareket arasındaki fark; fiil ancak insana izafe edilen bir davranış iken hareket ile insan arasında zorunlu bir bağ bulunmamaktadır. İnsan davranışına fiil özelliği kazandıran şey bunun bir irade ürünü olmasıdır. Fiilin iradi insan davranışı olduğuna dair bkz. ÖZGENÇ; 2019 a.g.e., s.166 vd.

⁸⁴⁴ BAŞBÜYÜK; a.g.e., s.193.

⁸⁴⁵ BAŞBÜYÜK; a.g.e., s.194.

⁸⁴⁶ YENİDÜNYA/İÇER; a.g.e., s.126, AYDIN; a.g.e., s.79 vd., BAŞBÜYÜK; a.g.e., s.194.

⁸⁴⁷ Topçu’ya göre bu tip yazılar, markayı oluşturan işaretin anlatımında değinildiği üzere her türlü simge harf rakam slogan gibi şeylerinden oluşabileceği gibi yazılardan da oluşabilmekte olduğundan markaların tescilli

Diğer taraftan suç tipi düzenlenirken “işaret” kavramının seçilmesi görüldüğü gibi karışıklığa da sebebiyet vermektedir. Bir taraftan markayı oluşturan işaretin bir slogan veya yazı da olabileceği gerçeği ortadayken diğer taraftan buradaki tescilli olduğu anlamına gelen bir işaretin yazı ve sloganları kapsamadığını ifade etmek çelişki oluşturmaktadır. Gerek kanunilik ilkesi gerekse suçun tipikliği açısından bu konuda bir açıklık getirerek madde metnini düzeltmek ya da bu suç tipini tamamen kaldırmak yerinde olacaktır⁸⁴⁸.

2- Fiil

Suç tipinde eylem olarak “marka koruması olduğunu belirten işaretin kaldırılması” belirlenmiştir. “Bulunduğu yerden almak, yok etmek, silmek”⁸⁴⁹ gibi anlamlara gelen kaldırmak sözcüğünden işaretin kullanıldığı yerden yok edilmesi, silinmesi, kazınması, üzerinin bir şekilde kapatılması, kesilmesi, ya da görünürlüğü bir şekilde zedelenmesi veya varlığına son verilmesi anlaşılmalıdır. Dolayısıyla suçu oluşturan fiilin ne şekilde gerçekleştirileceği madde açıkça belirlenmediğinden suç tipi serbest hareketli bir suçtur. Ayrıca suç tipinde hareketten bağımsız bir netice de aranmadığından suç serbest hareketli bir suçtur. Diğer taraftan suçun oluşması bir sonuca bağlı olmadığından hareketin yapılması yeterli görüldüğünden, marka koruması olduğunu belirten işaretin kaldırılması, tehlike suçu olarak düzenlenmiş bir suç tipidir.

Suç tipinde seçilen fiil “kaldırmak” olduğundan ortada kullanılamayan bir işaretin kaldırılması da mümkün olamayacağı için mutlaka bir eşya ya da ambalaj üzerinde kullanılan tescilli olduğunu niteleyen bir işaretin varlığı gereklidir. Bu sebeple zaten kullanılmamış, örneğin baskı sırasında unutulmuş eşya ya da ambalaj üzerine basılmayan bir işaretin kaldırılmış olduğunu iddia etmek mümkün değildir⁸⁵⁰.

Benzer şekilde suç tipinin amacı tescilli olduğunu gösteren işaretin kaldırılması halinde markanın korunan bir marka olduğunu bilinmesini engellemeye yönelik fiilleri cezalandırmaktır. Bu sebeple markanın üzerinde bulunduğu ürünün işaretleriyle birlikte tamamen ya da tüm ambalajının sökülerek yok edilmesi halinde bu suç tipinden ziyade diğer şartların da varlığı halinde mala zarar haksız rekabet gibi suçlardan söz edilecektir.

Bu suç tipindeki en belirgin eksiklik tescilli bir marka olduğunu belirten işaretin

olduğunu belirten bu tip yazıların da işaret kapsamında kabul edilerek suç kapsamı dahilinde değerlendirilmesi gerekir. TOPÇU; a.g.e., s.86.

⁸⁴⁸ Aynı yönde YENİDÜNYA/İÇER; a.g.e., s.126, BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e., s.195.

⁸⁴⁹ Bkz; <https://sozluk.gov.tr>.

⁸⁵⁰ BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e., s.199.

kullanımı zorunlu olmadığından, buna yönelik bir alışkanlık ve yaygın kullanım da söz konusu değildir. Dolayısıyla tescilli olduğunu belirten işareten ziyade doğrudan markayı oluşturan işaretlerin kaldırılması veya bir şekilde yok edilmesi daha olası bir durumdur. Bu sebeple dahi asıl korunması gerekenin markayı oluşturan işaretin ta kendisiyken zaten yaygın olarak kullanılmayan ve kullanımı zorunlu olmayan, tescil belirten işaretin kaldırılmasının cezalandırılması bir eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır.

D- Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Marka koruması olduğunu belirten işaretin kaldırılması suçu açısından marka hakkına tecavüz suçlarına benzer olarak TCK'da düzenlenen genel hukuka uygunluk sebeplerinden sadece “hakkın icrası” ve “ilgilinin Rızası” hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı söz konusu olabilir. Örneğin tescilli markaya sahip bir ürünü satın alan kişi o ürünün maliki olarak isterse kırmak dökmek boyamak çizmek hatta yok etmek dahil istediği gibi ürün üzerinde tasarrufta bulunabilir. Bu şekilde ürün üzerinde mülkiyet hakkına dayanarak eylemi ile marka koruması olan bir işareti kaldırma suçunu işlemesi olanaksızdır⁸⁵¹.

E- Suçun Manevi Unsuru

Marka koruması olduğunu belirten işaretin kaldırılması suçu kasten işlenebilen bir suç tipidir. Suçun manevi unsurunun oluşması için failin bir başkasına ait tescilli mir markanın tescilli olduğunu belirten işareti yetkisi olmadığını bilerek kaldırması yeterlidir. Suçun taksirli hali suç tipinde açıkça düzenlenmediğinden marka koruması olduğunu belirten işaretin kaldırılması suçunun taksirle işlenmesi mümkün değildir.

VII. “Marka Hakkı Üzerinde Yetkisiz Tasarrufta Bulunma” Suçu

A- Suçun Kanuni Hükmü

Bir marka hakkı tescil yoluyla sahibine münhasır yetkiler sağlamaktadır. Münhasır hakları sayesinde tescilli marka sahibi markası üzerinde satma, rehin verme, mirasa konu etme, lisans verme gibi mülkiyet hakkından doğan haklar üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği gibi markası, teminat olarak gösterilebilir hatta haczedilebilir veya bir gayri maddi mal varlığı olarak diğer tüm hukuki işlemlere konu olabilmektedir⁸⁵².

Tescilli bir marka üzerinde mülkiyet hakkından doğan tasarruf işlemlerini ancak marka sahibi ya da marka sahibi tarafından bu konuda yetki verdiği kişiler yapabilir. Bunu

⁸⁵¹ BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e., s.200.

⁸⁵² SMK md. 148/(1) hükmü; “Sınai mülkiyet hakkı devredilebilir, miras yolu ile intikal edebilir, lisans konusu olabilir, rehin verilebilir, teminat olarak gösterilebilir, haczedilebilir veya diğer hukuki işlemlere konu olabilir”.

dışında her türlü tasarruf işleminin yetkisiz kişilerce yapılması kanun koyucu tarafından yasaklanmıştır⁸⁵³.

B- Fail ve Mağdur

1- Fail

Marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suç tipi fail yönünden herhangi bir özellik göstermediğinden yetkisi olmadan ve başkasına ait olduğunu bilmesine rağmen bir marka hakkı üzerinde kanunda belirtilen şekillerden biri ile tasarrufta bulunan herkes fail olabilir. Bu yönüyle suç tipi özgü suç özelliği göstermez. Ceza hukuku sadece insan davranışlarını fiil olarak konu edindiğinden fail de ancak insan olabilir.

Bir marka paylı veya elbirliğiyle mülkiyete konu olabilmektedir. Böyle durumlarda fail ortağı olduğu bir marka üzerinde seçimlik hareketlerden biri suretiyle tasarrufta bulunması halinde eğer tasarrufu kendine ait payı aşıyorsa aşan kısmı açısından artık yetkisiz tasarrufta bulunma suçunun faili haline gelecektir⁸⁵⁴.

Bir markanın sahibi olmakla birlikte o marka üzerinde tasarruf yetkisi bir şekilde sınırlandırılmış ya da kaldırılmış bir kişinin, yetkisiz bir şekilde kanunda belirtilen seçimlik hareketlerden biri ile tasarrufta bulunması halinde, suçun tipikliğinde “başkasına ait bir marka hakkı üzerinde” ifadesi sebebiyle, bu suçun faili olması mümkün değildir⁸⁵⁵.

2- Mağdur

Bu suçun mağduru, suç tipine de vurgulandığı üzere “marka hakkı sahibi olan başkasıdır. Diğer bir ifadeyle suçun mağduru, üzerinde yetkisiz bir şekilde tasarrufta bulunulan tescilli bir markanın bizzat sahibidir.

C- Suçun Maddi Unsuru

1- Suçun Konusu

Marka Hakkı Üzerinde Yetkisiz Tasarrufta Bulunma suçunun konusu, suç olarak sayılan hareketlerin yöneldiği tescilli markanın kendisi ve bu markayı oluşturan işarettir. Burada önemli olan husus suç tehdidi altındaki markanın mutlak surette tescilli olması gerekir. Aksi halde bu suçun konusu olamaz.

⁸⁵³ SMK md. 30/(3) hükmü; “Yetkisi olmadığı hâlde başkasına ait marka hakkı üzerinde devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunan kişi iki yıldan dört yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır”.

⁸⁵⁴ BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e., s.202.

⁸⁵⁵ Örneğin, iflas kararı verilen bir kişinin kendisine ait bir markayı iflas kararından haberi olmayan bir başka kişiye devretmesi halinde bu suçun oluşması mümkün değildir. BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e., s.202.

2- Fiil

a- Genel Bilgiler

Marka hakkında yetkisiz tasarruf suçunun fiil unsuru, madde metninde seçimlik hareketler olarak “devretmek”, “lisans vermek” ve “rehin vermek” olarak düzenlenmiştir⁸⁵⁶. Böylece yetkisiz tasarruf suçu da marka hakkına tecavüz suçuna benzer şekilde seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir. Suçun oluşması için madde metninde yer verilen üç seçimlik hareketten biri ile yetkisiz tasarrufta bulunulması yeterlidir. Bu yönüyle bu suç tipi sırf hareket suçudur. Suçun gerçekleşmesi için ayrıca bir neticenin oluşması aranmayacağı için de neticesi harekete bitişik bir suç tipidir. Belirtmek gerekir ki seçimlik hareketler tek tek belirlendiğinden başka bir tasarruf eylemi bu suçu oluşturmaz. Suç ancak madde metninde belirlenen seçimlik hareketlerden biri ile işlenmesi halinde gerçekleşecektir. Bu sebeple de suç tipinin bağlı hareketli bir suç tipi olduğu söylenebilir.

Bu suç tipinde seçimlik fiillerden biri suretiyle yetkisiz tasarruf eyleminde bulunmak suçun oluşması için yeterlidir. Ayrıca bir zarar oluşması veya zarar tehlikesi dahi ortaya çıkması aranmamaktadır. Bu haliyle yetkisiz tasarrufta bulunma suçu soyut tehlike suçu olarak düzenlenmiş bir suç tipidir.

b- “Devretmek” Seçimlik Fiili

Bir malın mülkiyetinin, bir mal üzerindeki hakların bir başkasına geçirilmesi olarak tanımlanan⁸⁵⁷ devretme işlemi marka hakkı sahibinin, gayri maddi mülkiyet haklarından olan marka hakkı üzerinde mutlak haklarını markayı devralana aktarmasıdır. Bu yönüyle marka haklarının devri marka üzerinde yapılacak en geniş kapsamlı hukuki işlemdir⁸⁵⁸.

Gayri maddi mallar üzerinde zilyetlik hali fiilen mümkün olmadığından⁸⁵⁹ bu tip malların teslim suretiyle devri de söz konusu olamadığından bir marka hakkı üzerinde gerçekleştirilecek satış, trampa veya bağışlama gibi tasarruf işlemleri ancak hakların devri

⁸⁵⁶ 556 sayılı mark KHK zamanında 61/A maddesinin yine üçüncü fıkrasında yer alan suçun seçimlik hareketleri “satmak, devretmek, kiralamak veya rehnetmek” olarak düzenlenmişti. Düzenlemedeki seçimlik hareketlerden satmak ve kiralamak seçimlik hareketlerinin aslında gereksiz olduğu, satmak fiilinin zaten devretmek fiili içerisinde yer aldığı için ayrıca yer verilmesine gerek olmadığı, kiralamak fiilinden de anlaşılması gerekenin aslında “lisans vermek” olması gerektiği doktrinde ifade edilmekteydi. Söz konusu eleştiriler için bkz; Başbüyük 2014 a.g.e., s.197 vd. Kanun koyucunun da eleştirileri dikkate alarak SMK’da satmak fiilini kaldırarak devretmek fiilini yeterli bulduğu, kiralamak yerine de lisans vermek fiiline yer verdiği görülmektedir.

⁸⁵⁷ Bkz; <https://sozluk.gov.tr/>.

⁸⁵⁸ YASAMAN, Hamdi; Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi, Cilt III, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s.2897.

⁸⁵⁹ AKİPEK/AKINTÜRK; 2009 a.g.e., s.126.

ile gerçekleşebilir. Marka haklarının devri de SMK'nın 148. maddesine uygun şekilde yapıldığı zaman sonuç doğuracaktır⁸⁶⁰.

Marka hakları devralana, devri sırasında marka üzerinde bulunan haciz, rehin gibi kısıtlamalar dahil sahip olduğu tüm haklarla birlikte geçer⁸⁶¹. Dolayısıyla marka hakkını devralan kişi eğer marka hakkı üzerinde haciz⁸⁶² veya rehin⁸⁶³ varsa onların sorumluluğunu da aynen devirle almış olacaktır.

Bir marka ticari işletmenin gayri maddi malvarlığı ve sermayesinin bir parçası haline geldiğinden ticari işletmeyle birlikte devredilebileceği gibi ticari işletmeden bağımsız olarak da devredilebilir. Diğer taraftan marka hakları tamamen olduğu gibi kısmen de devredilebilir⁸⁶⁴. Kısmi devirde genelde aynı markanın birden çok sınıf mal veya hizmette faaliyet göstermesi söz konusudur. Bu durumda örneğin süreli yayın ve kitap yayını için tescilli bir marka hakkı sahibi kitap yayın haklarını bir başkasına devrederek aynı markanın iki ayrı sınıfta kullanılmasının yolunu açabilmektedir. Bu şekilde kitap yayın hakları sicilde

⁸⁶⁰ SMK'nın 148.madde metni; (1) Sınai mülkiyet hakkı devredilebilir, miras yolu ile intikal edebilir, lisans konusu olabilir, rehin verilebilir, teminat olarak gösterilebilir, haczedilebilir veya diğer hukuki işlemlere konu olabilir. Coğrafi işaret ve geleneksel ürün adı hakkı; lisans, devir, intikal, haciz ve benzeri hukuki işlemlere konu olamaz ve teminat olarak gösterilemez.

(2) Birinci fıkrada belirtilen hukuki işlemler işletmeden bağımsız olarak gerçekleştirilebilir.

(3) Sınai mülkiyet hakkının birden fazla sahibi olması durumunda sahiplerden birinin kendisine düşen payı tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması hâlinde, diğer paydaşların önalım hakkı vardır. Yapılan satış, alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara bildirilir. Önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve herhâlde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşer. Tarafların anlaşamaması hâlinde, önalım hakkı alıcıya karşı dava açılarak kullanılır. Önalım hakkı sahibi, adına payın devrine karar verilmeden önce, satış bedelini, mahkeme tarafından belirlenen süre içinde mahkemenin belirleyeceği yere nakden yatırmakla yükümlüdür. Cebri artırmayla satışlarda önalım hakkı kullanılamaz.

(4) Hukuki işlemler, yazılı şekle tabidir. Devir sözleşmelerinin geçerliliği, ancak noter tarafından onaylanmış şekilde yapılmış olmalarına bağlıdır.

(5) Hukuki işlemler taraflardan birinin talebi, ücretin ödenmesi ve yönetmelikle belirlenen diğer şartların yerine getirilmesi hâlinde sicile kaydedilir ve Bültende yayımlanır. 115 inci madde hükümleri saklı kalmak üzere, sicile kaydedilmeyen hukuki işlemlerden doğan haklar iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez.

(6) Marka, tescil edildiği mal veya hizmetlerin tümü veya bir kısmı için devredilebilir.

(7) Garanti markasının veya ortak markanın devri ya da ortak marka için lisans verilmesi, sicile kayıt hâlinde geçerlidir.

(8) Bu maddede yer alan hükümler, sınai mülkiyet hakkı başvurularında da uygulanır.

⁸⁶¹ ÇOLAK; 2018 a.g.e., s.700.

⁸⁶² Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin 126. maddesi; “(1) Marka, tasarım ve patent işletmeden bağımsız olarak haczedilebilir. Haciz, Sicile kaydedilir ve Bültende yayımlanır.

(2) Marka, tasarım ve patentin haczi, hakkın devamı için gerekli ücretlerin yatırılmaması ya da istenilen belgelerin süresi içinde gönderilmemesi sebebi ile hakkın sona ermesine engel olmaz. Marka, tasarım veya patentin haczi, bu hakların devrine engel değildir.”

⁸⁶³ Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin 127/(5) maddesi; “Marka, tasarım ve patentin rehni, hakkın devamı için gerekli ücretlerin yatırılmaması ya da istenilen belgelerin süresi içinde gönderilmemesi sebebi ile hakkın sona ermesine engel olmaz. Marka, tasarım veya patentin rehni, bu hakların devrine engel değildir”.

⁸⁶⁴ SMK md. 148/(6); “Marka, tescil edildiği mal veya hizmetlerin tümü veya bir kısmı için devredilebilir”.

ayrı bir numara alarak bir başkasına geçerken, markanın kapsadığı mal ve hizmet sınıfı sadece süreli yayın haklarına indirgenerek marka hakkı sahibinde kalmaya devam eder⁸⁶⁵.

Ticari bir işletmeye ait bir marka hakkı, aksi sözleşmede belirtilmediği takdirde ticari işletmenin devri ile birlikte devredilmiş olur⁸⁶⁶. Ancak marka hakkını ticari işletmeden bağımsız olarak bir şekilde devretmiş bir ticari işletmenin, işletmesini devrederken marka hakkının devri yetkisinin olmadığını bilmesine rağmen hala marka haklarının da sahibiymiş gibi davranarak sözleşmede bunu bilerek belirtmeyip başkasına ait bir marka hakkının da dahil olacağı haliyle ticari işletmeyi mevcut durumdan haberi olmayan bir başkasına devretmesi bu suç oluşturacaktır⁸⁶⁷.

Bir marka hakkı bölümlere ayrılarak devredilebilir olsa da birden fazla ülkede tescilli bir marka ancak tescilli olduğu ülkelerden bir ülke ile sınırlı olarak devredilebilir. Bu devir, bir ülkede tescilli iken o ülkenin coğrafi bir kısmında kısmen devre ise izin vermez. Bir devir o markayı ülkesellik ilkesi dolayısıyla ülkenin tamamında devredilmiş ise geçerli hale getirir. Marka hakkı sahibi markasını, ülkenin farklı bölgelerinde farklı kişilere bölerek devredemez. Bunun tek yöntemi marka sahibinin, marka hakkını devretmek yerine ülkenin farklı bölgelerinde, farklı kişilere marka lisans sözleşmeleriyle fiilen marka haklarının kullanımını bölgelere ayırabilecektir⁸⁶⁸.

Marka haklarının devri ile ilgili hukuki işlemler, kural olarak yazılı şekle tabidir. Ancak Kanun Koyucu burada ek bir külfet getirerek devir sözleşmelerinin geçerliliğini ancak noter tarafından onaylanmış şekilde yapılmış olmaları şartına bağlamıştır. Marka haklarının devri işleminin ayrıca sicile kaydedilmesi, devir işleminin geçerliliği bakımından sadece “garanti markası ve ortak markalar” için şart koşulmuştur⁸⁶⁹. Dolayısıyla yetkisiz tasarruf suçunun garanti markası ve ortak markaların devri sırasında tamamlanması için şekil şartı olarak noterde tasdiki yanında sicile tescil işleminin de yaptırılması gerekir⁸⁷⁰.

⁸⁶⁵ YASAMAN; 2021 a.g.e., s.2900.

⁸⁶⁶ TTK’nın “Bütünlük İlkesi” başlıklı md. 11/(3) metni; “Ticari işletme, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir. Aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikri mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur. Bu devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün hâlinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan edilir”.

⁸⁶⁷ BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e., s.206-207.

⁸⁶⁸ YASAMAN; 2021 a.g.e., s.2903-2904.

⁸⁶⁹ SMK md. 148/(7) metni; “Garanti markasının veya ortak markanın devri ya da ortak marka için lisans verilmesi, sicile kayıt hâlinde geçerlidir”.

⁸⁷⁰ BAŞBÜYÜK; 2014 a.g.e., s.208.

c- “Lisans Vermek” Seçimlik Fiili

Lisans sözleşmeleri, gayri maddi malvarlığı üzerinde mutlak hak sahibinin bu hakları kısmen ya da tamamen, tüm yurt çapında ya da bölgesel olarak başka kişi ya da kişilere, ekonomik açıdan en verimli ve en kapsamlı şekilde kullandırma amacı ile yapılan sözleşmelerdir⁸⁷¹. Marka lisans sözleşmeleri de bu sözleşme tipinin bir nevi alt türüdür⁸⁷².

Marka lisans sözleşmesi, marka hakkı sahibinin lisans veren sıfatını kazanarak, üzerinde tasarruf yetkisine sahip bulunduğu markasının kullanma hakkını, lisans alan sıfatını kazanan bir başkasına kısmen veya tamamen verdiği, karşılığında da lisans alandan belli bir bedel ödemesi aldığı bir sözleşmedir⁸⁷³.

İnhisari ve inhisari olmayan lisans sözleşmeleri olarak ikiye ayrılan⁸⁷⁴ lisans sözleşmeleri doktrinde atipik sözleşme örneği olarak gösterilmektedir⁸⁷⁵. Sözleşmenin konusu marka kullanım hakkının belirli bir süre ile veya süresiz, bir başkasına devridir. Böylece sözleşme ile taraflar karşılıklı borçlandırııcı bir işlem tesis ederek, lisans veren markanın kullanımı için her türlü tasarrufta bulunma, lisans alan da bu edim karşılığı bir bedel ödeme borcu altına girmektedir.

Lisans sözleşmeleri lisans alana, marka hakkı sahibinin markayı kullanma hakkını kısmen veya tamamen verdiğinden, bunun dışında kalan diğer hakları sağlamaz. Bu sebeple lisans alan, aksi açıkça sözleşmede düzenlenmediyse marka sahibinin kendisine tanıdığı hakları genişletemeyeceği gibi üçüncü kişilere devretme ya da alt lisans sözleşmesi de

⁸⁷¹ YASAMAN; 2021 a.g.e., s.2475.

⁸⁷² SMK md. 24 metni; (1) Marka hakkı, tescil edildiği mal veya hizmetlerin bir kısmı ya da tamamı için lisans sözleşmesine konu olabilir.

(2) Lisans, inhisari lisans veya inhisari olmayan lisans şeklinde verilebilir. Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa lisans, inhisari değildir. İnhisari olmayan lisans sözleşmelerinde lisans veren markayı kendi kullanabileceği gibi üçüncü kişilere de başka lisanslar verebilir. İnhisari lisans sözleşmelerinde lisans veren, başkasına lisans veremez ve hakkını açıkça saklı tutmadıkça kendisi de markayı kullanamaz.

(3) Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa lisans sahipleri, lisansın doğan haklarını üçüncü kişilere devredemez veya alt lisans veremez.

(4) Lisans veren, lisans alan tarafından üretilcek malın veya sunulacak hizmetlerin kalitesini garanti altına alacak önlemleri alır. Lisans alan, lisans sözleşmesinde yer alan şartlara uymak zorundadır. Aksi takdirde marka sahibi, tescilli markadan doğan haklarını lisans alana karşı ileri sürebilir.

⁸⁷³ YASAMAN; 2021 a.g.e., s.2476.

⁸⁷⁴ Lisans sözleşmesiyle kullanma hakkının bir kişiye tamamen verilmesi “inhisari lisans” sözleşmesi ile; kullanım hakkının marka hakkı sahibinde de kalması kaydıyla birden çok kişiye verilebilmesi de “inhisari olmayan sözleşme” olarak adlandırılan sözleşmelerle yapılmaktadır. YASAMAN; 2021 a.g.e. s. 2476. Lisans sözleşmeleriyle ilgili bkz. CEYLAN, Çiğdem; “Marka Lisans Sözleşmeleri”, Ankara Barosu Dergisi 26 Nisan Dünya Fikri Mülkiyet Günü Özel Sayısı, 2017, s.59 vd., BOSO, Burcu: “Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Yabancı Unsurlu Lisans Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk” Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, S: 8, 2006, s.856 vd.

⁸⁷⁵ Sözleşmenin atipikliğiyle ilgili farklı görüşler için bkz. YASAMAN; 2021 a.g.e., s.2477 vd.

yapamaz⁸⁷⁶.

Belirtmek gerekir ki marka üzerinde lisans sözleşmeleri ile kullanım haklarını elde eden gerçek ya da tüzel kişilerin, suçun mağduru ya da suçtan zarar gören vasfına haiz olup olmadıkları hususu SMK'nın "lisans alanın dava açması ve şartları" başlıklı 158. maddesindeki hükümlere göre belirlenmektedir. Bu maddeye göre sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, inhisari lisansa sahip olan kişi, üçüncü şahısların, kullanma yetkisine haiz olduğu sınai mülkiyet hakkına tecavüz etmesi halinde, asıl hak sahibinin açabileceği tüm davaları kendi adına açabileceği düzenlenmektedir. Bu düzenleme ile marka lisans sözleşmesi yaparak münhasır yetki ile lisans alan gerçek ya da tüzel kişi marka sahibinin açabileceği tüm davaları kendi adına açabileceği gibi mağdur ya da suçtan zarar gören sıfatıyla şikâyet hakkını da kullanabilecektir.

Lisans sözleşmelerinde aksi kararlaştırılmamasına rağmen alt devir hakkı yokken lisans haklarını bir başkasına devreden kişinin eylemi, bir başkasına ait bir marka hakkında yetkisiz tasarruf suçu değil olsa olsa yetkisi olmamasına rağmen lisans sözleşmesi haklarının devri ile sözleşmeye aykırılıktır. Ancak aynı durum bölgesel bir lisans sözleşmesi hakkına sahip bir kişinin başka bir bölge ile ilgili bir tasarruf işlemi yapması halinde farklı sonuçlar doğuracaktır. Örneğin (A) bölgesinde bir markanı kullanım haklarına sahip bir kişi, yetkisi olmamasına rağmen ve başkasına ait olduğunu bildiği bir marka üzerinde bir lisans sözleşmesi yaparak (B) bölgesi için yetki verme eyleminde bulunursa burada yetkisiz lisans verme seçimlik hareketiyle tasarrufta bulunma suçunun faili haline gelecektir⁸⁷⁷.

d- "Rehin Vermek" Seçimlik Fiili

SMK 148/(1)'e göre rehin işleminin konusu da olabilmektedir. Hatta (2) fıkradaki düzenleme kapsamında iktisadi bir değer olarak işletmeden bağımsız olarak da rehnedilebilmektedir.

Bir marka hakkının rehni, gayri maddi mutlak bir malvarlığı hakkı olan marka hakkı üzerinde tesis edilerek, rehin alan lehine teminat sağlama amacıyla yapılan bir hukuki

⁸⁷⁶ KAYA; a.g.e., s.226.

⁸⁷⁷ Güneş, tarafların marka hukukuna dair yaptıkları bir sözleşmenin şartlarına, yetkilerini aşarak aykırı davranıp tasarrufta bulunmaları halinde de bu suçun oluşacağını, örneğin inhisari bir sözleşmeyle bir kişiye markasını kullanma hakkı vermesine rağmen bir başkasına daha aynı şekilde lisans vermesi halinde marka hakkı üzerinde yetkisiz tasarruf suçunun oluşacağını savunmaktadır. GÜNEŞ; 2018 a.g.e., s.492. Bu görüşe katılmak suçun tipikliği açısından mümkün değildir. Suçun tipikliğinde "başkasına ait bir marka hakkı üzerinde lisans vermek suretiyle tasarrufta bulunmak eylemi cezalandırılmaktadır. Kişinin kendisine ait bir marka hakkı üzerinde bu suçu işlemesi bu suçun tipikliğine uymamaktadır.

işlemdir. Rehin verme işleminin geçerli bir işlem olması için ortada hukuken korunan tescilli bir marka hakkı bulunması ve SMK 148/(4) gereği yazılı şekilde yapılması gerekir.

Bir başkasına ait tescilli bir marka hakkı üzerinde yetkisi olmamasına rağmen seçimlik hareketlerden olan “rehin verme” tasarrufunda bulunan kişi bu suçun faili haline gelecektir.

D- Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Yetkisi olmadığı halde başkasına ait bir marka hakkında tasarrufta bulunma suçunu açısından marka hakkına tecavüz suçlarına benzer olarak TCK’da düzenlenen genel hukuka uygunluk sebeplerinden “hakkın icrası” ve “ilgilinin Rızası” hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı söz konusu olabilecektir⁸⁷⁸.

E- Suçun Manevi Unsuru

Yetkisi olmadığı halde başkasına ait bir marka hakkında tasarrufta bulunma suçunu kural olarak kasten işlenen bir suç tipidir. Failin suçun tipikliğinde belirlenmiş tüm unsurlarını bilerek ve isteyerek hareket etmesi kastın varlığı için yeterlidir. Suç tipinin taksirle işlenebileceği kanun metninde ayrıca düzenlenmediği için suçun taksirle işlenmesi olanaksızdır.

VIII- Tüm Suç Tipleri İçin Diğer Haller

A- Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1-Teşebbüs

Teşebbüse elverişli suçlar genel olarak belirli bir neticeye yönelik suçlardır. Bu yönüyle fail belli bir neticeye yönelik kastla fiili işlemediği ve sorumluluğun, ortaya çıkan neticeye göre belirlendiği olası kastla işlenen suçlarda teşebbüsten söz edilemez⁸⁷⁹.

⁸⁷⁸ Marka hakkına tecavüz suçunun hukuka uygunluk sebepleri başlıklı bölümde yapılan genel hukuka uygunluk sebepleri bu suç için de geçerliliğini korumaktadır.

⁸⁷⁹ ÖZGENÇ, 2017 a.g.e., s.498. Suça teşebbüsten ne anlaşılması gerektiğinin daha iyi anlaşılması için bazı kavramların doğru anlaşılması ve kişinin bir suç işleme kararından, suçun tipte belirlenen neticesinin gerçekleşmesine kadar olan safhaların doğru belirlenmesi önem arz eder. Bu safhalar sırasıyla düşünme, hazırlık hareketleri, icra hareketleri ve suçun tamamlanmasıdır. Bazı suçlarda bu safhalar çok netken bazı suçlarda iç içe geçmiş olabilmektedir. Birinci safha düşünmedir. Fail işlemek için bir suçu düşünür beyin faaliyeti olarak tasavvur eder. Ancak düşünce ne kadar kötü olursa olsun sahibinin zihninde kaldığı sürece, yani dış dünyaya yansımadağı sürece ceza hukuku açısından bir değer kazanmaz. İkinci safha hazırlık hareketleri safhasıdır. Bu safhada fail karar verdiği suç işleme düşüncesini gerçekleştirmek için bazı hazırlık hareketlerine başlar. Marka hukuk açısından örneğin üretim yapacak bir konfeksiyoncu kumaş, baskı ve üretim makinaları gibi elverişli araçlar satın alır. Boş depo kiralar, dükkân tutar raf yaptırır, dükkânın adını koyar tabela yaptırır. Fail bu safhada kural olarak hazırlık hareketlerinden dolayı sorumlu tutulmaz. Üçüncü safha artık fail tarafından düşünüldüğü ve hazırlık hareketlerini tamamladığı fiilin elverişli icra hareketleri ile başlatıldığı safhadır. Burada ortaya iki sonuç çıkmaktadır. Birincisi failin elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerini tamamlayamaması halidir. Bu durumda eksik teşebbüsten bahsedilir. İkinci durum icra hareketlerini tamamlayan failin suç tipine göre değişkenlik gösteren şekilde fail tarafından öngörülen netice elinde olmayan nedenlerle gerçekleşmez. Bu durumda suça tam

Gerek marka hakkına tecavüz suçu gerek marka koruması olduğunu belirten işareti kaldırılma suçu gerekse yetkisi olmadığı halde başkasına ait bir marka hakkında tasarrufta bulunma suçu soyut tehlike suçları olarak düzenlenmiş ve neticeleri harekete bitişik yani sırf hareket suçlarındandır. Sırf hareket suçlarında teşebbüs kuralı olarak mümkün değildir⁸⁸⁰. Ancak icra hareketlerinin bölünebildiği durumlarda suça teşebbüsün mümkün olduğunu savunan yazarlar da vardır⁸⁸¹. Kanaatimize göre de sırf hareket suçlarında dahi hareketin parçalara ayrılabilirdiği durumlarda veya hareketin oluşumu belli bir süreci gerektirdiğinde ancak tamamlanamadığı hallerde teşebbüsten söz edilmesi mümkün görünmektedir. Dolayısıyla uygulamada çok zor karşılaşılabilecek bir durum olsa da teorik olarak her üç suç tipinde de teşebbüsün mümkün olduğu kabul edilmelidir⁸⁸².

Seçimlik hareketlerle işlenebilen marka taklitçiliği veya yetkisiz tasarruf suçunda, seçimlik hareketlerden biri diğerinin teşebbüste kalmış hali olabilmektedir. O halde seçimlik hareketlerden biri yarıda kalsa dahi diğerinin tamamlanması söz konusuysa artık suç tamamlanmış olarak kabul edilecektir⁸⁸³.

2-İştirak

Marka suçları da dahil olmak üzere suçlar, genellikle tek bir kişi tarafından işlenmekle birlikte bazen birden fazla kişi tarafından işlenmesi de mümkündür. Birden fazla kişinin birlikte suç işlemesi durumu suça iştirak olarak tabir edilmektedir⁸⁸⁴. Bazı suç tiplerinin birden fazla kişi tarafından işlenmesi suçun tipikliğinin bir parçasıdır. Bu suçlar zorunlu iştirak ya da çok failli suç olarak adlandırılmaktadır⁸⁸⁵.

teşebbüs söz konusu olur. Dördüncü safha ise suçun tamamlanması safhasıdır. Burada suç tipi sırf hareket suçu ise yani neticesi harekete bitişik bir suça icra hareketlerinin tamamlanmasıyla suç tamamlanır. Eğer suç tipinde bir netice öngörülmüş ve bu netice cezalandırılmış ise neticenin gerçekleşmesiyle suç tamamlanır. ARTUK/GÖKÇEN; a.g.e., s.674-675

⁸⁸⁰ ARTUK/GÖKÇEN; a.g.e., s.696; İÇEL; a.g.e., s.528; DEMİRBAŞ; a.g.e., s.504.

⁸⁸¹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ; 2021 a.g.e., s.456, HAFIZOĞULLARI/ÖZEN; a.g.e., s.323. Yenidünya/İçer'e göre sırf hareket suçu olarak düzenlenen marka suçlarında icra hareketleri kısımlara ayrılabilirdiği durumlarda suça teşebbüsün mümkün olduğunu ifade ederek örnek olarak da tescilli bir marka kullanılarak üretilmek istenen malların üretim aşamasında iken, yapılan ihbar üzerine üretim yerinde suça konu ürünlerin ham halleriyle ele geçirilmesi halinde, eylemin teşebbüste kalacağını savunmaktadır. YENİDÜNYA/İÇER; a.g.e., s.116; benzer yönde; BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e., s.221-222.

⁸⁸² Aynı yönde; AYDIN; a.g.e., s.86; TOPÇU; a.g.e., s. 88; BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e., s.225; ÇETİNTÜRK; a.g.e., s.831 vd.

⁸⁸³ ÖZGENÇ; 2019 a.g.e., s.165.

⁸⁸⁴ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN; a.g.e., s.324; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ; 2021 a.g.e., s.517; ARTUK/GÖKÇEN; a.g.e., s.717.

⁸⁸⁵ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN zorunlu iştirak ile çok failli suç kavramını eş anlamlı olarak kullanırken, ÖZBEK/BACAKSIZ/DOĞAN çok failli suçların iştiraktan farklı olduğunu ifade etmektedir. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN; a.g.e., s.324; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ; 2021 a.g.e., s.517.

İştirake, taklit bir marka kullanılarak tekstil üretim faaliyetinde, faillerden her birinin üretim sürecine farklı eylemlerle katkı yapmalarında olduğu gibi suça katılmış olan her bir failin davranışı farklı olup bu davranışlar aslında tek başına bir suç oluşturmamasına yani cezalandırılmalarının mümkün olmamasına rağmen, aynı hedefe yönelik olarak birleştiklerinde sonuç ortaya çıkmaktadır. Suça iştirakin cezalandırılabilmesinin dayanağı, faillerin aynı hedefe yönelmiş davranışlarının bağımsızlığını yitirerek tek bir suçun oluşmasına bir şekilde katkı sağlamış ve iştirak düzenlemeleri nedeniyle tipikliğin genişletilmiş olmasıdır⁸⁸⁶.

Manevi yardım; marka suçlarında suçu işlemek için bir kişiyi teşvik veya suç işleme kararını kuvvetlendirme, suçun nasıl işlenebileceğine dair yol gösterme, sonrasında yardım edeceğini vaat etme ya da suçun nasıl işlenebileceğine dair yol gösterme şeklinde karşımıza çıkabilmektedir. Maddi yardım ise marka suçlarını işleme iradesi gösteren kişiyे yardımda bulunarak suçun işlenmesine kasten desteklemek ve kolaylaştırmak, suçu işlerken kullanılacak vasıta veya diğer araçları sağlama şeklinde olan yardım faaliyetleridir. Görüldüğü gibi aslında tek başlarına hazırlık hareketleri olarak kabul edilen, “kullanılacak vasıta veya diğer araçları sağlama” gibi fiiller iştirak halinde bir suçun parçaları haline gelerek yardım etme olarak değer görüp failine sorumluk doğurabilecektir. Tabi bu durumdaki failin yardım etmeden sorumlu tutulabilmesi için asli failin marka suçlarından birini işlemesi ya da en azından, hareketlerin bölünebildiği bir fiilde teşebbüste kalması gerekir.

3- İçtima

Tüm marka suçları için TCK’da belirlenen içtima kuralları geçerlidir. Marka suçları zincirleme olarak işlenebileceği gibi fikri içtima suretiyle de işlenebilir. İştirak hükümlerinde farklı faillerin bir araya gelmesi durumu varken, içtima hükümlerinde ise fiillerin bir araya gelmesi söz konusudur.

Ceza hukukunda genel olarak “kaç fiil varsa o kadar suç vardır, kaç suç varsa o kadar da ceza vardır.” kuralı geçerlidir⁸⁸⁷. Ancak içtima hükümleri devreye girdiğinde her suçtan ayrı ayrı ceza verilerek toplanıp infazı yerine, ya hepsi tek suç kabul edilerek ceza artırılarak verilir ya da işlenen suçlardan en ağır cezayı gerektiren suçun cezası tatbik

⁸⁸⁶ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN; a.g.e., s.326-327; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ; 2021 a.g.e., s.518.

⁸⁸⁷ ÖZGENÇ; 2019 a.g.e., s.521.

edilir⁸⁸⁸. Bu yönüyle de içtima, genel ceza hukuku kuralının istisnasını oluşturmaktadır⁸⁸⁹.

TCK'nın zincirleme suçu⁸⁹⁰ düzenleyen 43. maddesinin üçüncü fıkrasında sayılmış olan kasten öldürme, kasten yaralama, yağma ve işkence suçları dışında tüm suç tipleri için zincirleme suç hükümleri uygulanabileceğinden SMK'da düzenlenen suçlarda da failin bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçu birden fazla işlemesi durumunda, bir cezaya hükmedilecek ancak bu ceza arttırılarak uygulanacaktır⁸⁹¹.

Marka suçları açısından, suç teşkil eden filler arasında hukuki bir kesinti bulunmayan hallerde zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır⁸⁹². Aynı suçu işlemek için birden fazla hareketin yapılmış olması veya SMK'nın 30/1 fıkrasında düzenlenmiş olan suçtaki gibi bir suç tipi için belirlenmiş olan birden fazla seçimlik hareket varsa bunlardan birkaçının birlikte yapılmış olması halinde zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır⁸⁹³. Zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için suçun değişik zamanlarda işlenmiş olması gerekmektedir⁸⁹⁴. Marka suçlarında zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için aynı kişiye karşı, değişik zamanlarda işlenmiş olan birden fazla suçun tek (aynı) suç işleme kararına istinaden işlenmiş olması gerekmektedir⁸⁹⁵.

⁸⁸⁸ ARTUK/GÖKÇEN; a.g.e., s.780.

⁸⁸⁹ ARTUK/GÖKÇEN; a.g.e., s.780.

⁸⁹⁰ Zincirleme suçta, aslında birden fazla suç söz konusu olmasına rağmen bu suçların her birine ayrı ceza verilmesi halinde toplam cezanın oluşturacağı ağırlığın önlenmesi amaçlanmaktadır. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ; 2021 a.g.e., s.556.

⁸⁹¹ TCK md. 43 metni için bkz.

<https://mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5237&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>.

⁸⁹² Yargıtay 19. CD 21.09.2017 T., 2015/31983 E., 2017/7138 K. sayılı kararında, “..her iki eylemde de sanığın işyerinde yapılan aramada aynı firma adına tescilli markaları taşıyan taklit ürünleri satışa arz ederken yakalanması karşısında; eylemler arasında hukuki kesinti oluşmadığı, sanığın bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçu birden fazla işlemesi nedeniyle TCK'nın 43/1 maddesi uyarınca zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği gözetilmeksizin her bir eylem için ayrı ayrı ceza verilmesi...bozmayı gerektirmiş...” hükmünü içermektedir. <https://www-lexpera-com-tr.lproxy.yeditepe.edu.tr/ictihat/yargitay/19-ceza-dairesi-e-2015-31983-k-2017-7138-t-21-9-2017>.

⁸⁹³ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ; 2021 a.g.e., s.557.

⁸⁹⁴ Yargıtay, TCK md. 43 düzenlemesinin lafzını katı bir şekilde dikkate alarak, örneğin iki adet çek yaprağı üzerinde aynı zamanda yapılan sahtecilikte zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağına, böyle bir durumda yalnızca belirlenen temel cezanın değişeceğine hükmetmektedir. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ; 2021 a.g.e., s.559, dn.16.

⁸⁹⁵ Yargıtay, tek suç işleme kararının varlığının tespitinde suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesindeki özellikler, fillerin işleniş yer ve zamanı, fiiller arasında geçen süre, korunan değer ve yarar, hareketin yöneldiği maddi konunun niteliği, olayların oluş ve gelişimi ile dış dünyaya yansıyan diğer tüm özelliklerin birlikte değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Yargıtay 7. CD. Kararı için bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ; 2021 a.g.e., s.561, dn.23.

Fikri içtimada ise yapılan bir eylem ile birden fazla suçun işlenmesi söz konusudur⁸⁹⁶. SMK'da düzenlenen marka suçları açısından özellikle Kanunun 30/1 fıkrasında düzenlenmiş olan iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz suçunun çoğunlukla taklit markalı ürünün gümrük işlemlerinde usulsüzlük yapılarak ülkeye sokulması suretiyle işlendiği görülmektedir. Bu eylem neticesinde 30/1. fıkra düzenlenmiş suçun yanında 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 3. maddesinde düzenlenmiş olan suç da oluşmuş olur. Burada fikri içtima hükümleri uygulanacak ve cezası daha ağır olan Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'ndaki ceza verilecektir⁸⁹⁷.

B- Cezayı Kaldıran veya Azaltan Sebep Olarak Etkin Pişmanlık Hali

Etkin pişmanlık, suçun işlendiği anda mevcut olmayan, fail tarafından suçun bütün unsurlarıyla birlikte tamamlanmasından sonra ortaya çıkan pişmanlık ve bu pişmanlığın bazı telafi davranışlarıyla dışa vurulmasına bağlı olarak failin cezasının indirilmesi veya faile hiç ceza verilmemesi⁸⁹⁸ şeklinde tanımlanabilir⁸⁹⁹.

Marka hakkına yönelik olarak işlenmiş olan suçları düzenleyen SMK'nın 30/(7). fıkrası "başkasının hak sahibi olduğu marka taklit edilerek üretilmiş malı satışa arz eden veya satan kişinin bu malı nereden temin ettiğini bildirmesi ve bu suretle üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara el konulmasını sağlaması hâlinde cezaya hükmolunmayacağını" belirterek yalnızca bu eylemler için bir etkin pişmanlık uygulaması getirmiştir.

Marka hakkına yönelik suç teşkil eden eylemlerden yalnızca satışa arz etmek ve satmak yönünden etkin pişmanlık hükümlerine yer verilmiş olması ceza adaleti yönünden eleştirilmektedir⁹⁰⁰. Ayrıca etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için aranan şartlar

⁸⁹⁶ TCK'nın fikri içtima kavramını düzenleyen md. 44 metni için bkz. <https://mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5237&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>

⁸⁹⁷ BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e., s.233-234.

⁸⁹⁸ Bayraktar, çeşitli hukuk sistemlerinde suçun bütünüyle tamamlanmasından önce de etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabildiğini, böyle bir durumda faile teşebbüsten dahi ceza verilemeyeceği kabul edilmekte iken, Türk Ceza Hukukunda kabul edilmiş olduğu haliyle etkin pişmanlıkta failin suçu meydana getiren hareketi yapmış olduğu, bu hareketin artık geri alınamayacağı ve tehlikeliliğin ortaya çıktığı göz önüne alınarak etkin pişmanlık halinde dahi ceza verilebileceğinin kabul edildiğini belirtmektedir. BAYRAKTAR, "Faal Nedamet" a.g.m., s. 130-132.

⁸⁹⁹ ARTUK/GÖKCEN; a.g.e., s.662.

⁹⁰⁰ ÇANKAYA, Ahmet Alpaslan; Marka Hakkına İktibas veya İltibas Suretiyle Tecavüz Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 192. 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye 3.11.1995 günlü, 4128 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle eklenen ve 21.1.2009 günlü, 5833 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle değiştirilen 61/A maddesinin son fıkrasında yer alan, Sınai Mülkiyet Kanunu'nda yer alan etkin pişmanlık hükmüne benzer düzenleme içeren etkin pişmanlık hükmü Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiş, Anayasa Mahkemesi 30.06.2011 tarih, 2010/38 E. 2011/112 K. sayılı kararı ile suç ve ceza siyasetine bağlı olarak, kanun

olarak belirtilen, “malı nereden temin ettiğini bildirmek”, “üretenlerin ortaya çıkarılmasını sağlamak”, “üretilmiş mallara el konulmasını sağlamak” hususlarının birbirine “ve” bağlacı ile bağlanmış olması nedeniyle, uygulamada ancak bu üç hususun bir arada gerçekleşmiş olması halinde etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanılabileceği, bu durumda da failin etkin pişmanlık için kendi elinde olmayan koşullara mahkum edilmiş olacağı ifade edilmektedir⁹⁰¹.

IX- Marka Suçlarında Yaptırım ve Usul Hükümleri

A- Genel Olarak

Ceza hukuku, haksızlık teşkil eden davranışlardan hangilerinin suç olarak nitelendirilmesi gerektiği ve bu davranışların karşılığında hangi tür yaptırımlar uygulanacağını belirleyen bir hukuk dalıdır. Suç olarak tanımlanan haksızlıklar ile özel hukukta yer bulan haksızlıklar arasında nitelik açısından bir fark bulunmamakla birlikte özel hukukta yaptırıma bağlanan haksızlıklardan cezalandırmaya muhtaç ya da layık olanlar ceza hukuku alanında "suç" olarak tanımlanmaktadır.

Ceza hukukunun temel prensiplerinden biri de cezaların, suçların ağırlık derecesine göre önleme ve iyileştirme amaçları da göz önünde tutularak, adaletli bir ölçü ile belirlenmesidir.

O halde, cezaların amacı, suçlunun kendi yurttaşlarına karşı zarar vermelerini engellemekten ve başkalarının benzer eylemlerde bulunmalarını önlemekten başka bir şey değildir. Bu nedenlerle söz konusu cezaların oranları ve onların uygulanma yöntemleri öyle seçilmelidir ki, bunlar insanların ruhları, zihinleri üzerinde pek çok kalıcı, ama suçlunun bedeni üzerinde en az üzücü iz bırakacak biçimde olsunlar. Özetle seçim, bu ölçüler içinde yapılmalıdır⁹⁰².

Ceza, doğru uygulandığı takdirde istenmeyen davranış üzerinde kalıcı bir baskı oluşturabilir. Verilecek cezanın hissedilen ya da içinde bulunan duygular nedeniyle değil gerçekten hak edilmiş suç davranışına yönelik tam bir eşleşmeyle verilmesi uygun olacaktır.

Marka suçlarıyla ilgili yaptırımların yeterli ve caydırıcı olması yanında

koyucunun marka hakkının daha etkin korunmasını sağlayacak şekilde, etkin pişmanlığın nasıl düzenleneceği konusunda takdir yetkisi bulunduğu, söz konusu madde de bu yetkinin Anayasal sınırlar içerisinde kullanıldığı gerekçesi ile düzenlemenin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Karar metni için bkz. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2011/112?EsasNo=2010%2F38>.

⁹⁰¹ ÇETİNTÜRK; a.g.e, s. 969; BAŞBÜYÜK; 2018 a.g.e, s. 239; GÜNEŞ; 2017 a.g.e., s. 568.

⁹⁰² BECCARİA; a.g.e. s.69-70.

yaptırımlarla ilgili taraf olduğumuz ve bağlayıcı olarak kabul ettiğimiz uluslararası sözleşme olan TRIPS'in belirlediği asgari yaptırımlarla ilgili yükümlülüklerimiz söz konusudur. TRIPS marka hakkının ceza normlarıyla korunması konusunda, anlaşmanın beşinci bölümü “Ceza Usulleri” başlıklı 61. maddesindeki “Üyeler en azından ticari ölçekte bilerek marka sahtekarlığı veya telif hakkı korsanlığı halinde uygulanacak cezai usul ve yaptırımları hükme bağlayacaklardır. Uygulanabilecek telafi yöntemleri eşdeğer ağırlıktaki suçlara uygulanan ceza düzeyine uygun, yeterince caydırıcı nitelikte olan hapis ve/veya para cezalarını içerecektir. Uygun hallerde uygulanabilecek telafi yöntemleri ihlale neden olan malların ve suçun işlenmesinde esas olarak kullanılan malzeme ve aletlere el konmasını, bunlar üzerindeki hakkın kaybedilmesini ve bunların imha edilmesini de içerecektir. Üyeler fikri mülkiyet haklarının başka şekillerde ihlal edilmesi halinde ve özellikle bu ihlal kasten ve ticari ölçekte işlendiğinde uygulanacak cezai usuller ve yaptırımları hükme bağlayabilirler.” metni ile asgari koruma standartlarını belirlemiştir. Aşağıda ayrıntıları verilen SMK'nın 30. maddesinin ilk üç fıkrasındaki suç tipleri için belirlenen cezalar belirtilen asgari şartları karşılamaktadır. Hatta görüleceği gibi hapis cezası ile para cezasının birlikte uygulanacak olması SMK'yı, TRIPS'den daha ağır yaptırımlar barındıran bir metin haline getirmektedir.

B- Cezalar

SMK 30. maddenin ilk fıkrasında düzenlenen “başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal üretme veya hizmet sunma, satışa arz etme veya satma, ithal ya da ihraç etme, ticari amaçla satın alma, bulundurma, nakletme veya depolama” seçimlik fiillerinden biri ya da birkaçını bir arada gerçekleştiren faile bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası verilecektir.

İkinci fıkrada düzenlenen “marka koruması olduğunu belirten işareti mal veya ambalaj üzerinden yetkisi olmadan kaldırma” suçunun faili bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile karşı karşıya kalacaktır.

Ceza normu içeren son düzenleme de aynı maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen yetkisiz tasarruf suçudur. Düzenlemeye göre “yetkisi olmadığı hâlde başkasına ait marka hakkı üzerinde devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunan” fail iki yıldan dört yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacaktır.

C- Güvenlik Tedbirleri

5237 sayılı TCK'nda suç karşısında uygulanacak yaptırımlar cezalar ve güvenlik

tedbirleri olarak iki başlık altında düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK, tüzel kişilerin suç faili olamayacaklarını kabul ederek tüzel kişileri ceza yaptırımından ayrı tutmuştur. Ancak ekonomik suç ve suçluluğun ciddi ölçüde artmış olduğu günümüzde, tüzel kişilerin karışabileceği suçların yaratabileceği tehlikenin engellenebilmesi adına, tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri yaptırımını uygulanması kaçınılmaz olmuştur .

SMK'nın marka hakkına ilişkin suçları düzenleyen 30. Maddesinde, maddede yer alan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde o tüzel kişi hakkında güvenlik tedbirine hükmedileceği düzenlenmiştir. Tüzel kişiler hakkında uygulanabilecek olan güvenlik tedbirleri ise TCK'nın 60. maddesinde düzenlenmektedir. Bu maddeye göre tüzel kişiler hakkında uygulanacak olan güvenlik tedbirleri izin iptali ve müsadereidir. İlgili madde uyarınca belirlenen güvenlik tedbirlerinin uygulanabilmesi için bazı şartların varlığı aranmaktadır:

İzin iptali güvenlik tedbirine hükmedilebilmesi için suçun kasten işlenmiş olması, suçun işlenmesine tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin iştirak etmiş ve suçtan mahkûm edilmiş olması ve işlenen suçun iptali söz konusu olan iznin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi gerekmektedir . Tüzel kişinin, faaliyet izni ile ilgisi olmayan bir suça karışmış olması halinde, tüzel kişi o suçtan menfaat elde etmiş olsa dahi izin iptali güvenlik tedbirine başvurulamayacaktır. TCK'nın 60. maddesinde izin iptali güvenlik tedbirinin uygulanabilmesi için gereken şartlar düzenlenmiş ancak izin iptalinin süresiz mi olacağı, iptal edilen iznin sonradan tekrar alınıp alınmayacağı hususlarına açıklık getirilmemiştir. Düzenlemenin bu halinin, failin tehlikeliliği ortadan kalktıktan, fail ıslah edildikten sonra uygulanmasına son verilmesi gereken güvenlik tedbirlerinin özüne aykırı olduğu düşünülmektedir . Gerçekten de şu anki haliyle bir güvenlik tedbirinden çok, tüzel kişi için faaliyetinin tamamen sona erdirilmesi sonucu doğurabilecek bir “ıdam cezası” niteliği taşıyan düzenlemenin, geçici süre ile faaliyet izninin askıya alınması gibi alternatif bir tedbirle desteklenmesi gerekmektedir⁹⁰³ .

SMK'nın 30. maddesi ile düzenlenen suçlara karışmış olan bir tüzel kişi hakkında da ilgili suçun kasten işlenmiş olması, tüzel kişinin organ veya temsilcilerinin suça iştirak

⁹⁰³ ÖZCAN, Onur; “Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu”, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Cilt III, Yeditepe Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 2010, s. 327.

etmiş ve suçtan mahkûm olmuş olması, işlenen suçun tüzel kişinin faaliyet izninin kötüye kullanılarak işlenmesi, örneğin ilaç üretim iznine sahip bir tüzel kişinin bir başkasına ait markalı ürünün taklidi olacak şekilde üretim yapması halinde tüzel kişi için iznin iptali güvenlik tedbiri uygulanabilecektir.

Tüzel kişiler hakkında uygulanabilecek olan güvenlik tedbirlerinden olan müsadere için ise kanun koyucu yalnızca suçun tüzel kişi yararına işlenmiş olmasını aramaktadır. Bu güvenlik tedbiri için izin iptalinde olduğu gibi suçun kasten işlenmiş olması şartı aranmadığından taksirle işlenen suçlarda da tüzel kişilere müsadere güvenlik tedbirinin uygulanabileceği kabul edilmektedir. Ancak TCK'nın eşya müsaderesini düzenleyen 54. maddesinde “kasten” işlenen bir suçtan” düzenlemesinden dolayı eşya müsaderesi güvenlik tedbirinin uygulanabilmesi açısından da suçun kasten işlenmesi şartının aranması gerektiği açıktır. Kazanç müsaderesi açısından, güvenlik tedbirini düzenleyen TCK'nın 55. maddesinde kasıtlı suç-taksirli suç ayrımı yapılmadığından, bu güvenlik tedbiri taksirle işlenen suçlarda da uygulanabilecektir .

Marka hakkına yönelik suçlarda sıkça başvurulanan bir ceza muhakemesi aracı olan el koyma ile müsadereyi birbiriyle karıştırmamak gerekir. El koyma geçici bir koruma tedbiri olup delil niteliği taşıyan veya yargılama sonunda müsadere edilmesi söz konusu olabilecek eşyanın adliyenin hakimiyeti altına alınması anlamına gelen bir ceza muhakemesi aracıdır. Ancak müsadere yargılama neticesinde hüküm ile başvurulabilecek olan, kalıcı nitelikte, müsadere edilen eşya veya kazancın mülkiyetinin devlete geçtiği bir ceza hukuku yaptırımıdır.

Marka hakkına yönelik suçlarda çoğunlukla soruşturma aşamasında el koyma kararı verilen taklit markalı malların yargılama sonunda müsaderesine karar verildiği görülmektedir. Aynı zamanda marka hakkına yönelik suçların işlenmesinde kullanılan her türlü araç ve eşya ile işlenen suçlardan elde edilen kazanç da müsadere edilebilecektir. Marka hakkına yönelik olarak işlenmiş olan suçlarda müsadere güvenlik tedbirine başvurulması bir zorunluluk olmadığı gibi, failin suçtan beraat etmiş olması, davanın şikâyetten vazgeçme veya başka bir sebeple düşmüş olması, müsadere için gereken şartların mevcut olmaması gibi hallerde müsadere kararı da verilemeyecektir.

D- Ceza Muhakemesi Şartı Olarak Şikâyet

Türk Ceza Hukuku sisteminde, bazı suç tipleri için suçun işlendiğini bir şekilde öğrenmiş olan adli makamların kendiliğinden soruşturma ve kovuşturma yapabileceği kabul

edilmiş iken, bazı suç tipleri için ise o suçtan zarar görmüş olan kişi veya kişilerin ilgili makamlardan soruşturma ve kovuşturma yapılmasını talep etmesi aranmaktadır. Suçtan zarar gören kişi veya kişilerin suçun soruşturulması ve kovuşturulması için yaptığı bildirimde “şikâyet” adı verilmektedir. Şikâyet kurumunun kabul edilmesinin gerekçesini, suçtan zarar görmüş olan kişinin ceza soruşturması ve kovuşturmasının yaratabileceği olumsuz sonuçlardan korumak olduğunu ifade edenler bulunduğu gibi⁹⁰⁴, kanun koyucunun bazı suç tiplerini kendiliğinden soruşturma ve kovuşturma yapacak kadar önemli görmemesi nedeniyle bu gibi suçlarda şikâyet şartını aradığını ileri süren görüşler⁹⁰⁵ de mevcuttur.

SMK’nın 30/6 fıkrası ile maddede sayılan suçların soruşturulmasının ve kovuşturulmasının şikâyete bağlı olduğu düzenlenmiştir. Burada şikâyet hakkı markanın adına tescil edilmiş olduğu gerçek veya tüzel kişiye ait olacaktır. Marka hakkı sahibi şikâyet hakkını vekili veya temsilcisi aracılığıyla da kullanabilecek ise de bunun için temsilcinin yetkisinin şikâyet konusunda sınırlanmamış olması gerekmektedir⁹⁰⁶.

⁹⁰⁴ YENİSEY/NUHOĞLU, şikâyet şartına bağlı olan suçlarda, kamunun suçtan zarar gören kadar zarar görmemiş olması nedeniyle şikâyet şartının getirilmiş olduğu görüşüne, günümüzde kamu suçu ve özel suç ayrımı yapan anlayışın geride kalmış olduğu ve artık tüm suçların topluma zarar verdiğinin kabul edildiği gerekçeleri ile karşı çıkmakta ve şikâyete, suçtan zarar gören kişiyi korumak amacıyla ona tanınmış olan bir hak gözüyle bakmaktadır. YENİSEY, Feridun; NUHOĞLU, Ayşe; Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Güncellenmiş 9. Baskı, Ankara 2021, s. 605-607. ÖZTÜRK, Bahri; TEZCAN, Durmuş; ERDEM, Mustafa Ruhan; SIRMA GEZER, Özge; SAYGILAR KIRIT, Yasemin F.; ALAN AKCAN, Esra; ÖZAYDIN, Özdem; ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser; ALTINOK VILLEMIN, Derya; TOK, Mehmet Can; Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Güncellenmiş 15. Baskı, Ankara 2021, s. 46-47.

⁹⁰⁵ ÖZBEK, Veli Özer; DOĞAN, Koray; BACAŞIZ, Pınar; Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 14. Baskı, Ankara 2021, s. 111.

⁹⁰⁶ Yargıtay 19. Ceza Dairesi 2020/1692 Esas, 2020/20342 Karar sayılı kararında; “...Marka hakkına tecavüz suçlarında şikâyet hakkı, münhasıran marka sahibine ait olup, tescilli markanın sahibi olan ve marka korumasından doğan hakları tecavüze uğrayan gerçek veya tüzel kişiler şikâyetçi olabilir. Diğer bir ifade ile şikâyet hakkını kullanacak marka sahibi Türk Patent ve Marka Kurumu nezdinde tutulan marka sicilinde, adına markanın tescil edildiği gerçek veya tüzel kişidir. Şikâyet hakkı şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan bu hakkın başkaları tarafından kullanılması mümkün değildir. Hak sahibi kişiler şikâyet tarihinde, şikâyetle bulunma yetkisini veren vekâletname bulunmak koşulu ile avukatları vasıtasıyla da şikâyetle bulunabilir...” şeklinde bu hususu ifade etmiştir. Karar metni için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>.

Yargıtay 19. Ceza Dairesi 2020/3269 Esas, 2020/20315 Karar sayılı kararında ise marka hakkı sahibi adına şikâyet hakkını kullanan vekilin vekaletnamesinde yetkisini sınırlandıran bir düzenleme bulunması durumunda, vekilin şikâyet hakkını kullanamayacağına ve şikâyet yokluğundan davanın düşmesine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. “...Şikâyet hakkını kullanma konusunda asıl olanın vekâlet verenin iradesi olduğu yönündeki ilke ışığında somut olaya gelince; Dosya içerisinde mevcut olan ve... S.A. yetkilisi tarafından Av. ...’a verilen vekaletname içeriğinde “İş bu vekaletname aşağıda imzası bulunan tarafından ister mektup, ister telefaks, isterse de elektronik posta iletisi muhaberatı ile olsun, durumun gereğine göre kullanılacaktır.” şeklindeki kısıtlamanın bulunması ve Dairemizin 20.02.2020 tarihli tevdii kararına rağmen, şikâyetçi firma vekilinin; sanık hakkında şikâyet hakkının kullanılması amacıyla ve şikâyet tarihini kapsar şekilde marka sahibi firma yetkilileri tarafından kendilerine verilmiş izin içeren mektup, telefaks veya elektronik posta iletisi aslını veya tercümesinin onaylı örneklerini dosyaya ibraz edemediği anlaşıldığından, sanık hakkında usulüne uygun ve geçerli bir şikâyet

SONUÇ

Marka, özellikle ticaret hayatında ürün ve hizmetlerin nitelendirilmesi ve diğer ürün ve hizmetlerden ayırt edilmesini sağlamak amacıyla insan zihni ürünü olarak, insanın yaratıcı düşünce gücüyle ortaya çıkardığı işaretlerdir. Bu haliyle de üzerinde somutlaştığı mal ya da hizmetten ayrı olarak belli bir değere sahip, ticarete konu olabilen, sahibine de mutlak ve inhisari haklar sağlayan gayri maddi bir hak olarak nitelendirilmektedir. Marka hakkı, kullanım ile doğmakla birlikte tescil ile kazanılabilmektedir. SMK'da düzenlendiği üzere marka hakkı on yıllık bir süre ile sahibine SMK'nın sağladığı tüm haklar kapsamında koruma sağlamaktadır. On yıllık süre aynı maddede herhangi bir şarta ve sınırlamaya tabi kılınmaksızın yine onar yıllık sürelerle yenilenebilmektedir.

Defalarca Anayasa Mahkemesinin önüne gelerek iptallere konu olan 556 sayılı KHK içerisine kanun düzenlemeleriyle yapılan değişikliklerle, yama yaparcasına eklenen suç ve ceza normu barındıran hükümler, KHK'nın daha da eleştirilmesine sebep olmuştur. Tüm bu eleştiriler sonrası kanun koyucu, Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu iptal kararlarını da dikkate alarak dağınık bir yapı arzeden sınai mülkiyet hukuku parçaları olan başta marka, patent, tasarım, faydalı model, geleneksel ürün adları ve coğrafi işaret ile ilgili tüm mevzuatı 22.12.2016'da TBMM'de kabul edilerek 10.01.2017'de resmî gazetede yayınlanan 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile tek bir metin ile bir bütün haline getirilmiştir

Her ne kadar SMK hükümleri 2015/2424 sayılı Tüzüğe göre hazırlanmış ise de marka hukukunun yaşayan ve hızlı gelişen bir alan olmasından kaynaklı olarak SMK'nın yorumlanmasında mehzaz metinlerde yapılacak değişikliklerin de dikkate alınması önemlidir. Bu yönüyle mehzaz metinlerden alınacak örneklemelerin çeviri hatalarına imkan vermeden adaptasyon sürecinin doğru yürütülmesi gerekir.

Ceza hukukunun zorlayıcı yaptırım araçları, kişilerin temel hak ve hürriyetlerine yapılabilecek en ağır müdahaleleri içerdiğinden, bir fiili cezalandırmak için kamusal faydayı koruyarak toplumsal düzenin sağlıklı işleyişinin ciddi tehlikede olması ve diğer hukuksal tedbirlerin yetersiz kalması gerekir. Marka hakkına tecavüz fiillerinin, tescilli marka hakkı sahibinin ticari haklarını ihlal ettiği kadar, söz konusu markalı mal ve hizmetlerden

faidalanan tüketicilerin bireysel menfaatlerine, kamu sağlığına ve etkileri dolayısıyla da ekonomik düzenin menfaatlerine de zarar verdiği açıktır.

Marka hakkına tecavüz suçu hangi tarz hareketlerle işleneceği belirlendiğinden “bağlı”; suçun kanuni tanımında birbirinin alternatifi olarak belirlenmiş hareketlerden herhangi birisi ya da birden çoğu bir arada işlenebilen bir suç tipi olduğundan “seçimlik”; kanuni tanımında birden çok hareketin suç tipinde de olduğu gibi örneğin iki hareketin de birlikte işlenmesi halinde tamamlanan bir suç tipi olarak düzenlendiğinden de “çok hareketli” bir suç tipidir

Tescilli marka hakkına tecavüz suçunun tipikliğinde araç (öncül) fiiller olarak iktibas ve iltibas kavramları yaşayan hukuk dilinde yaygın olarak kullanılan kavramlar değildir. iktibas ve iltibas kavramları aslında marka hukukunun özel hukuk uyumsuzluklarına özgü kavramlar olup ceza hukukunun “suçta ve cezada kanunilik ilkesi” açısından da sorunlu, muğlak, yeteri kadar açık olmayan kavramlardır. SMK’da iktibas kavramı için 7/2-(a) bendindeki “tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin, tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması” ve 29/1-(b) ve (c) bentlerindeki “markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak” esas alınırken; iltibas için de mülga KHK’nın 9/1-(b) bendi ile neredeyse aynı şekilde alınan, SMK’nın 7/2-(b) bendi temel alınmaktadır. Burada sorun SMK’nın 7/2-(b) bendindeki “tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından tescilli markayla ilişkilendirme ihtimali dahil karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması” düzenlemesinde birlikte kullanılan “tescilli marka ile aynı” ve “tescilli marka ile benzer” kavramları ile “ilişkilendirme ihtimali” ve “karıştırılma ihtimali” kavramlarıdır. İltibas için kabul gören açıklama içerisinde “aynı” ile “benzer” ifadelerinin birlikte kullanılması bir hata mıdır yoksa bilinçli bir tercih midir bilinmemektedir. Diğer taraftan iktibas için başvuru düzenlemelerinde sadece “aynı kullanım” ifade edilirken diğer maddede “aynısı” tekrar edilerek yanına da “ayırt edilemeyecek kadar benzeri” kavramının eklenmesi ve bu kavramın neden iktibas olarak kabul edildiği hususu da tartışmalıdır. Bu şekilde kullanımın, iktibas ve iltibas kavramları ile SMK’nın diğer hükümleri arasında tam anlamıyla bir uyum olmadığı gerçeğini de ortaya koymaktadır. Bu sebeple iktibas yerine “markayı oluşturan işaretin aynısını veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak” şeklinde ifade etmek; iltibas yerine de “tescilli bir markanın benzerini kullanmak suretiyle ilgili kitle nezdinde marka ile ilişkilendirme ihtimali dahil karıştırılma

tehlikesi yaratan kullanım” ya da kısaca “karıştırma ihtimali” veya “karıştırma tehlikesi” kavramlarının kullanımı sorunu ortadan kaldıracaktır.

Benzer mal ve hizmet kavramının bu kadar belirsiz olması suçun tipikliği açısından “belirlilik ilkesi” yönüyle haklı olarak eleştirilmektedir. Bu durumun çözümü olarak iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzün tamamen ceza maddesinden çıkartılarak SMK’nın nisbi red nedenleri arasında sayılan iltibasın sadece özel hukuk korumasından yararlanacak şekilde bırakılması yönünde bazı öneriler sunulmaktadır. İltibas suretiyle tecavüz eylemlerinin cezai koruma kapsamının dışına bırakılması genel olarak gerek ortaya çıkan belirsizlik sorunlarına çözüm; gerekse TRİPS bağlamında uyumluluk ile ilgili bir problem çıkartmayacak bir sonuç ortaya koyabilir. Ancak uygulamada gerçekleşen marka hakkına tecavüz eylemlerinin büyük bir kısmının iltibas suretiyle gerçekleştiği de göz önüne alındığında ceza politikası yönünden ciddi bir boşluk yaratacağı ve özellikle taklit markalarla mücadeleyi de sekteye uğratacağı düşüncesindeyiz. Bunun da ötesinde böyle bir hareket tüm tecavüzlerin bilinçli olarak iltibas yerine iltibas kapsamında bırakılarak işlenmesi yolunu açacaktır. Böyle bir durumda ceza normlarının caydırıcılığının da olmadığı bir ortamda marka hakkına tecavüz eylemlerinin boyutlarının global anlamda ulaştığı seviye de göz önüne alındığında başa çıkılamaz bir hal alabileceği ve özellikle uluslararası alanda ülkemizi zora sokabileceği de unutulmamalıdır.

Benzer mal ve hizmetlerle ilgili ne şekilde tespit edileceği konusunda ilk olarak aynı nitelikteki mal ve hizmetler yani mal ve hizmetlerin türleri benzer ise o mal ve hizmetlerin benzer olduğu kabul edilebilir. İkinci değerlendirme, mal ve hizmetlerin türleri ile birlikte kullanılış amaçları göz önüne alınarak aynı müşteri kitlesi tarafından aynı şartlarda talep edilebilen mal ve hizmetler, benzer mal ve hizmet olarak nitelendirilebilir şeklindedir. Bu kriter genel anlamda hukuki olarak objektif bir kriter olarak kullanılabilir. Üçüncü olarak tüketici kitlesi tarafından tescilli markayı taşıyan mal ve hizmetler gibi aynı kaynağa atfedilebilen mal ve hizmetler benzer olarak nitelendirilebilir. Bu değerlendirmede ortalama hedef tüketici kitlesinin mal ve hizmetin aynı üreticiden geldiğini zannetmekte haklı ise o halde ilgili mal ve hizmetler benzer olarak nitelendirilebilir. Ancak bu değerlendirme şekli sübjektif olduğu gibi aynı zamanda hukuki olmaktan ziyade ekonomik bir çıkarımdır. Belirtmek gerekir ki ceza hukuku açısından ilk iki kriter kullanılabilir iken üçüncü değerlendirme kriterinin kullanımı belirlilik ilkesi kapsamında sorunlu bir kriterdir. İlk kriterde mal ve hizmetin kendisinin dikkate alınması ve ikinci kriterdeki mal ve hizmetleri türleri ve kullanılış amaçlarının dikkate alınması benzer mal ve hizmet olup olmadıklarının

tespitinde objektif kriterler olarak kullanımı belirlilik ilkesi açısından daha uygun kriterlerdir. Bu iki kriterin yanına eklenmesi gereken asıl üçüncü kriter; dağıtım kanallarının ve dağıtım alışkanlıklarının da göz önüne alınarak değerlendirmenin yapılması gerektiğidir. Kullanılan işaretlerin benzerliği yanında bu kriterler ışığında eğer mal ve hizmetlerin de benzerliği sonucuna ulaşırsa artık iki benzerliğin birlikte değerlendirilmesi sonucunda “karıştırma tehlikesinin” varlığının kabul edilmesi gerekir.

Ceza normu içeren SMK’nın 30. maddesinde seçimlik hareketlerin tamamı, “iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz etme” fiiline bağlanmıştır. Ancak “iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek, sadece mal üretme veya hizmet sunma fiilleri işlenebilir. Diğer seçimlik fiiller iktibas veya iltibas suretiyle işlenmeye uygun fiiller değildir. İktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal ithal edilemez, ihraç da edilemez, satın da alınamaz, bulundurma eylemi de gerçekleştirilemez. Nakletme veya depolamak da bu şekilde işlenemez. Ancak daha önce tescilli bir marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz edilerek üretilmiş taklit markayı taşıyan ürünler satışa arz edilebilir, satılabilir, ihraç edilebilir, ithal edilebilir, ticari amaçla satın alınabilir, bulundurulabilir, nakledilebilir ya da depolanabilir. Madde metnindeki diğer bir anlam bozukluğu; “mal” için üretme, satma ve satışa arz etmek mümkünken, “hizmet” için mümkün değildir. Hizmet ancak. “sunmak” fiilini kullanılmalıdır. Kaldı ki “sunmak” aynı anda “satışa arz etmek” ve “satmak” fiillerini de karşılamaktadır.

İthal ve ihraç etmek fiilleri ile ilgili bu kavramların ticaretin konusu olduğu gerçeğinden hareketle bireysel olarak başkasına ait bir marka hakkı ihlal edilerek üretilmiş ürünlerin ülkeye sokulması veya ülkeden çıkartılması bu suçun konusu değildir. Söz konusu eylemin ticari olup olmadığının tespiti ülkeye sokulmak istenen veya ülkeden çıkartılmaya çalışılan ürünün türü, miktarı, ambalajlanma şekli, failin kişisel özellikleri (mesleği yaşı cinsiyeti vb.) gibi unsurlar somut olaya göre ayrıntılı incelenerek verilmesi gerekir.

Dikkat edilirse mal üretmek ve hizmet sunmak, satışa arz etmek veya satmak, ithal ya da ihraç etmek fiilleri ticari hayatın içerisinde doğası gereği ticari amaçlarla gerçekleştirilen eylemlerdir. Kanun koyucu bilinçli olarak başında gereksiz kullanmamak adına ve bireysel amaçlarla yapılanları suç kapsamından çıkarmak üzere sadece “satın almak”, “bulundurmak”, “nakletmek” ve “depolamak” seçimlik hareketleri için “ticari amaç” şartını koymuştur. Burada temel amaç bireysel ve ticari amaç taşımayan kişisel kullanımların suç kapsamı dışında bırakmak suretiyle ceza hukukunun müdahale alanının genişlemesinin önüne geçmektir.

Marka hakkına tecavüz suçlarında seçimlik hareketlerden olan satma fiilinden ne anlaşılması gerektiği konusu muğlaktır. Borçlar Hukukumuzda göre satımın oluşması için sözleşmenin esaslı noktalarını oluşturan mal ve bedelin değişimi konusundaki anlaşma yeterlidir. Ceza Hukuku açısından bunun yeterli olup olmadığı hususunda iki yaklaşım bulunmaktadır. Bu yaklaşımların ana sebebi satma fiilini iki aşamaya ayırmalarıdır. Bu aşamalardan ilki, edimlerin uyuşmasıyla satım sözleşmesinin vücuda gelmesidir. İkinci aşama ise üzerinde anlaşılan ürün ile bedelin fiilen değiş tokuşu yani malın mülkiyetinin devri aşamasıdır. Birinci görüşe göre; ilk aşamada karşılıklı irade uyuşması var iken ürünlerin mülkiyeti henüz devredilmemiştir. Satma fiili söz konusu malın mülkiyetin devriyle yani alıcının hakimiyet alanına girmesiyle tamamlanır. Bu sebeple de malın mülkiyetinin devri gerçekleşmeden ya da alıcının hakimiyet alanına girmeden suç tamamlanmış olmayacaktır. İkinci yaklaşıma göre ise satma fiili satım sözleşmesinin yapılması olarak anlaşılmalıdır. Dolayısıyla artık satım sözleşmesinin hukuken geçerli hale gelmesiyle suç tamamlanmış olur. Ayrıca satışa konu malın, alıcısının hakimiyet alanına girip girmediği önemli değildir. Borçlar Hukuku açısından ikinci görüşteki gibi karşılıklı irade uyuşması satım sözleşmesinin kurulması için yeterliyken; Ceza hukukunun dar yorumlanması gerektiğinden hareketle sadece iradelerin uyuşması ile satım sözleşmesinin tamamlanmış olmasının suçun tamamlanması için yeterli görülmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Kanımızca suçun tamamlanması için sadece özel hukuk anlamında satım sözleşmesinin kurulmuş olması değil aynı zamanda ürünün alıcının hakimiyet alanına girmiş olması gerekir. Bu yönüyle sözleşmenin kurulmuş olmasının yanında satma eyleminin somut olarak vücuda gelmiş olmasını aramak gerekir.

Marka hakkına tecavüz eylemleri ve cezai müeyyideye bağlanan suç tipi sırf hareket ve soyut tehlike suçu olduğundan failin ayrıca neticeyi isteyip istemediğinin bir önemi yoktur. Hareketi bilmesi, yani başkasına ait bir marka hakkına tecavüz ettiğini bilmesi, düşünmesi, öngörmesi yeterlidir. Diğer bir ifadeyle fail, fiiliyle tipikliğin gerçekleşeceğini bilmektedir. Bu suç tipinde netice ve cezalandırılan şey zarar tehlikesi olduğundan bir zarar oluşması, zararın ortaya çıkıp çıkmadığı veya bir neticeye bağlanıp bağlanmadığı önem arz etmez. Marka hakkına tecavüz suçlarının kasten işlenmesi için neticenin oluşmasının bir önemi olmamasına bağlı olarak özellikle iltibas suretiyle tecavüzün olduğu hallerde iltibasın tespiti için ve iltibas kavramı yerine de kullanılan “karıştırma ihtimali”nin varlığı bir netice değil bizatihi iltibasın kendisidir. Bir başka ifadeyle karıştırma ihtimali veya tehlikesinin varlığı

zaten suçun tipikliğinin maddi unsurunu oluşturur. Karıştırma ihtimali kavramı bir sonucu değil iltibasın varlığının belirlenmesi için yani suçun maddi unsurunun varlığının belirlenmesi için kullanılmaktadır. Suçu oluşturan ya da tipikliğin maddi unsurunu ihtiva eden şey karıştırma ihtimalinin varlığıdır. Yoksa benzerliğini karıştırmaya somut olarak sebebiyet vermesi değildir. Dolayısıyla fail açısından kastın varlığı, başkasına ait bir markanın iltibas suretiyle tecavüze uğraması eylemi neticesinde üretilen taklit markanın orijinaliyle benzer olduğunun bilinmesi yanında, taklidinin kullanılmasıyla oluşan bu benzerliğin o ürünle ilişkili ortalama tüketici nezdinde karıştırılmaya sebebiyet verecek düzeyde olduğunun da bilincinde, farkında olunması ya da öngörülmesi ile ortaya çıkar.

Marka suçları, TCK 22’de düzenlenen hüküm gereği, taksirle işlenemeyen suçlardandır. Dolayısıyla özel hukuk normları gereği kusurun oluşması için yeterli kabul edilen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışlar ceza hukuku açısından eylemin suç olarak kabul edilmesi için yeterli değildir. Ancak özellikle SMK öncesi KHK 61/A maddesinin atıfla göndermede bulunduğu 61-c bendindeki “...markanın taklit edildiğini bilmesi veya bilmesi gerektiği halde...” ifadesi suçun manevi unsuru açısından geniş bir kast sorumluluğuna sebebiyet vermekteydi. KHK dönemi için doktrinde ve yargı kararlarında “bilebilecek durumda olmak” veya “bilmesi gerekmek” durumu için kanun koyucunun kast karinesini kabul ettiği ve bu karineye göre de suçun unsurlarının fail tarafından bilinip bilinmemesinin önemli olmadığı, yaptığı meslek veya işi dolayısıyla mevcut unsurları bilmesi gerektiğinin kabulünün kasten hareket ettiğinin ispatı için yeterli olduğu ifade edilmekteydi. Ancak sonraki dönem olan 5833 sayılı yasa ile değiştirilen KHK 61/A maddesinde ve sonrasında kabul edilen 6769 sayılı SMK döneminde belirtilen tarzda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak uygulamada özellikle tacirler açısından ceza sorumluluğunun kasta dayalı olarak belirlenmesinde, özellikle taksir sorumluluğunun özel hukuk normlarıyla geliştiği ülkemizde özel hukuk uygulamalarından oldukça etkilenmektedir. 2009’dan itibaren aslında mevzuatımızdan kalkan durum hala sanki varmışçasına, uygulamada genel yaklaşımın, bu suçun şekli bir suç tipi olarak düzenlenmesinden dolayı failin kasten veya taksirle hareket etmesinin bir öneminin olmadığı ve suçun kanuni tanımında belirtilen seçimlik hareketlerden biriyle işlenmesi halinde suçun tamamlandığı yönündedir. Bu bakış açısından dolayı da uzun zaman uygulamada yer bulan ve aslında 2009’da mevzuattan kalkan durum “bilmesi gerektiği” kabulü ile bir karst karinesi halini almıştır. Kast karinesinin yansımaları ise uygulamada artık uzun süredir bir işi yapan fail için o iş kapsamında zaten

bilmesi gereken bir durumun varlığı halinde ayrıca kastının aranmasına gerek kalmadığı şeklinde ortaya çıkmaktadır. Buna göre suçun unsurlarının fail tarafından bilinmesine gerek kalmaksızın, iş ve meslek itibarıyla bilmesi gerektiği karine olarak kabul edilmekte, fail kasten hareket etmiş sayılmaktadır. Bu durumda hukuka aykırılığı bilenle, bilmesi gereken arasındaki fark da ortadan kalkmaktadır. İlk derece mahkemeler, BAM, Yargıtay dahi yeni tarihli kararlarda da birçok örneği görüleceği üzere, kararlarında bilmesi gerektiğinden hareket ederek ceza sorumluluğunun genişleten ve aslında taksir sorumluluğu sınırlarında kalması gereken dikkat ve özen yükümlülüğünü kast kapsamının içinde değerlendirerek kararlar almıştır. Yüksek mahkemelerin dahi uygulama alışkanlığı ile işlerlik kazanan ve artık kastın varlığının kabulü anlamına gelen mevcut durum taksirle sorumluluk doğurmayan marka suçları gibi suç tiplerinde faile yüklenilmiş bir objektif sorumluluk haline dönüşmektedir. Ancak bu durum TCK md.21 hükmüne aykırı olduğu gibi ceza hukukunun suç genel teorisi ile de bağdaşmamaktadır.

Marka hakkına tecavüz suçunda seçimlik hareketlerden olan satın almak, bulundurmak, nakletmek ve depolamak fiilleri, öncesinde “ticari amaçla” ifadesiyle açıkça sınırlandırılmışken; mal üretmek, hizmet sunmak, satışa arz etmek veya satmak, ithal veya ihraç etmek fiilleri için ticari amacın varlığının belirtilmesinin gerekliliği doktrinde tartışılmaktadır. Kanımızca söz konusu seçimlik fiiller için ayrıca “ticari amaçla” hareket edilmesinin vurgulanmasının pratikte bir farkı ve faydası bulunmamaktadır. Marka taklitçiliği açısından başkasına ait tescilli bir marka hakkına tecavüz ederek ortaya çıkan işareti kullanılarak mal üretmek, hizmet sunmak, bu şekilde üretilen ürünleri satışa arz etmek veya satmak, ithal veya ihraç etmek fiilleri genel anlamda bir ticari faaliyet kapsamında ve haksız bir gelir elde etme amacı taşıyan eylemlerdir. Bu tip eylemlerin suç olarak tanımlanmasının amacı, belli bir emek ve değer harcanarak elde edilmiş bir markanın ve bu şekilde üretilmiş ürünlerin kalite, menşei ve reklam fonksiyonlarını da gözeterek ortaya çıkan değerinden ve bilinirliğinden haksız yararlananların, haksız kazanç elde etmesini önlemek, bir şekilde üretilmiş olan ürünleri de piyasadan uzak tutarak piyasanın düzenini ve güvenilirliğini de temin etmektir. Ancak nadir de olsa ortaya çıkabilecek sorunların önüne geçmek amacıyla her ne kadar kelime anlamları açısından ticari amaçlı faaliyetler olsalar da Alman Marka Kanunu’ndaki düzenlemeye benzer nitelikte, suç tipine eklenecek “ticari ölçekte” şeklinde bir kriter tüm tereddütleri ortadan kaldıracak nitelikte bir sonuç yaratacağı kanaatindeyiz.

TCK’da düzenlenen hukuka uygunluk sebeplerinden “kanun hükmünü yerine getirme”, “hukuka uygun emrin ifası” ve “meşru müdafaa” hukuka uygunluk sebepleri nitelikleri itibariyle marka hakkına tecavüz suçu açısından hatta tüm marka suçları açısından uygulanma imkânı bulunmayan genel hukuka uygunluk sebepleridir. Kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk sebebi bakımından başka bir kişi adına tescilli bir marka hakkına tecavüz eylemine izin verecek bir kanun hükmünün yerine getirilmesi olağan ve mümkün görünmemektedir. Kanun hükmünü yerine getirme ve hukuka uygun emrin ifası hukuka uygunluk sebepleri daha çok bir görevin yerine getirilmesiyle ilgilidir. Belli bir görevi ifa eden kişi eğer görevini yaparken, görevin kaynağı doğrudan kanunun emri ise “kanun hükmünü yerine getirme”; görevli ve yetkili bir amirden doğrudan görevle ilgili bir emir alarak buna uygun görevini ifa ediyorsa da “hukuka uygun emrin ifası” hukuka uygunluk sebebi kapsamında hareket ediyor olacaktır .Diğer taraftan gerek kendisine gerekse başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen yahut gerçekleşmesi ya da tekrar etmesi pek muhtemel olan haksız bir saldırıyı defetmek için marka suçu işlemek de hayatın olağan akışına ters görünmektedir.

SMK’da düzenlenen üç suç tipinden ikinci fıkrada düzenlenen marka korumasını belirten işareti kaldırma suçu ve üçüncü fıkrada düzenlenen yetkisiz tasarruf suçunun suç vasfı tartışmalıdır. Doktrinde da eleştirildiği üzere, özel hukukla ilişkili, hukuka aykırı tasarrufların yine özel hukuk normlarıyla korunması gerekirken, ceza hukukunun son çare ilkesi ile bağdaşmayacak şekilde bir yıldan üç yıla ve iki yıldan dört yıla hürriyeti bağlayıcı ceza tehdidi ile ceza normu haline getirilmesi, söz konusu fiillerle ceza hukukunun enstrümanlarıyla mücadele edecek düzeyde olmayan ve uygulamada neredeyse adı geçen suçlarla hiç karşılaşılması, verilmiş bir mahkeme kararı dahi bulmada yaşanan zorluk da göz önüne alındığında gereksiz ve uygulama olduğu söylenebilir.

SMK’nın marka suçlarını düzenleme şekli, korunan hukuksal menfaatin tüketicinin hakları ve iradesi, kamu sağlığı ve güvenliği olduğunu ifade etmeyi oldukça güçleştirmektedir. Marka suçlarında şikâyet hakkı sadece tescilli marka hakkı sahibine tanınmakta, tüketiciler mağdur olarak kabul edilmemekle birlikte şikâyet hakları dahi bulunmamaktadır. Yasal düzenleniş şeklinden korunan hukuksal menfaatin sadece tescilli marka hakkı sahibinin menfaatleri olduğu kabulünden hareketle, marka suçlarının kamusal zararlarından dolayı en azından ihlallerin niteliklerine göre bazılarının şikâyet şartına tabi olmaktan çıkartılarak resen soruşturma ve kovuşturmayaya uygun hale getirilmemiş olması bir

eksiklik olarak değerlendirilmektedir. Özellikle Alman Marka Ceza Hukukunda uygulanan benzer bir düzenlemeyle Cumhuriyet Savcılığının soruşturma açılmasında özel bir kamu yararı görmesi halinde soruşturmayı resen açabilmesinin yolu belirlenmelidir. Kamu yararının varlığının nasıl belirleneceği hususu da Alman Ceza ve Kabahatlerin Yargılamasına dair Yönetmelik'in 261/a maddesi örnek alınarak “ağır bir zarar ortaya çıkmış veya çıkma tehlikesi varsa, fiilden zarar görenlerin ticari varlığını tehdit eder nitelikteyse ve son olarak işlenen fiil kamu güvenliği veya tüketicilerin sağlığını tehdit ediyor ise artık soruşturmada kamu yararının var olduğu kabulü gerekeceği” madde metnine eklenmelidir.

Taklit markalı üretim, tescilli markaların aksine, uyulması gereken üretim standart ve normlarına uymayarak özellikle ilaç, gıda, oyuncak ve kimya sektöründe üretilen taklit markalı birçok ürün toplum sağlığını tehdit etmektedir. Kısıtlı imkanlarıyla dertlerine çare arayan tüketici özellikle sağlık ve gıda sektöründe ihtiyaç duyduğu ürünü daha ucuza bulduğunda sahte olup olmadığına bakmaksızın tercih etmekte ve sonrasında ciddi sağlık problemleriyle karşı karşıya kalmaktadır. Daha çok gelişmekte olan ülkelerde karşılaştığımız bu durum, toplum sağlığını koruma açısından önemli bir sorun olarak görünmektedir. Ülkemizde de sık sık yaşanan alkol zehirlenmesi vakalarında olduğu gibi, içkiye yüksek talebin olduğu ortamlarda sahte alkol sektörünün her geçen gün daha fazla satış rakamlarına ulaştığı görülmektedir. Şampuan, saç kremi, saç boyası gibi saç ve deodorant, dermatolojik ürünler, makyaj malzemeleri gibi kozmetik ürünler, anti tartar-anti plak özelliğine sahip diş macunları, nemlendirici gibi cilt ürünleri, vitamin ve mineral takviye ürünleri, bebek mamaları, cilde zararlı kimyasal kullanarak üretilen temizlik malzemeleri hatta oyuncaklar gibi ürünlerin bazıları kendilerinden beklenen faydayı sağlamayacağı gibi, bazı durumlarda da ölümcül sonuçlara sebebiyet verebilmektedir. Her ne kadar ceza hukuku sistemimiz içerisinde bu tip sonuçların ortaya çıkması halinde devreye giren kamu sağlığına karşı suçlar gibi ağır yaptırımlara bağlanmış suç tipleri var ise de burada marka suçlarının birer soyut tehlike suçları olarak düzenlendiği de göz önüne alındığında daha bu tip tehlikeler gerçekleşmeden resen soruşturma ile yeterli derecede yaptırıma bağlanarak marka suçlarına öngörülen cezaların caydırıcılıkları arttırılmalıdır. Sadece taklit ve sahte ilaçlar sebebiyle Dünyada Interpol'ün öngörüsüne göre yılda bir milyondan fazla kişinin hayatını kaybetmesi bu sorunun ciddiyetini gözler önüne sermeye yetmektedir.

Etkin pişmanlık ile ilgili düzenlemede marka hakkına yönelik suç teşkil eden eylemlerden yalnızca satışa arz etmek ve satmak yönünden etkin pişmanlık hükümlerine yer

verilmiş olması kısıtlı bir uygulama alanı yaratmaktadır. Ayrıca etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için aranan şartlar olarak belirtilen, “malı nereden temin ettiğini bildirmek”, “üretenlerin ortaya çıkarılmasını sağlamak”, “üretilmiş mallara el konulmasını sağlamak” hususlarının birbirine “ve” bağlacı ile bağlanmış olması, uygulamada ancak bu üç hususun bir arada gerçekleşmesi halinde etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmayı mümkün kılmaktadır. Bu zor şartlar etkin pişmanlık kurumunun adı gibi etkin çalışmasını önlemekte, failin etkin pişmanlık için kendi elinde olmayan koşullara mahkûm edilmesine sebebiyet vermektedir. Yapılacak değişiklikte failin vereceği bilginin etkileri karşılığında kademeli bir ceza indirimi, ayrıca verdiği bilginin zamanı da önem arz ettiğinden soruşturma ve kovuşturma evreleri için farklı indirim miktarları belirlenmelidir. Örneğin soruşturma safhasında “malı nereden temin ettiğini bildirmesi”, “üretenlerin ortaya çıkarılmasını sağlaması” veya “üretilmiş mallara el konulmasını sağlaması” karşılığında faile ceza verilmemesi; söz konusu bilgileri kovuşturma safhasında hükümden önce bildirmesi halinde ceza indirimi sağlanması şeklinde uygulanabilir.

Son olarak marka suçlarından SMK’da düzenlenen ilk suç olan marka taklitçiliği suçu mevcut hali ile korunurken metne bazı ağırlaştırıcı haller eklenmesi elzemdir. Özellikle örgütlü suç faaliyeti kapsamında, toplum sağlığını tehdit edecek ve etkileyecek ölçekte marka taklitçiliği suçu işlenmesi halinde ceza miktarının arttırılması ve suçun resen takibinin yapılması, belirtilen ölçekte yapılan bir marka hakkına tecavüz suçu ile mücadele, daha tutarlı ve caydırıcı olacaktır.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

AKİPEK, Jale; AKINTÜRK, Turgut; ATEŞ KARAMAN, Derya; Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu'na Uyarlanmış 9. Bası, Birinci Cilt, İstanbul 2012

AKİPEK, Jale G.; AKINTÜRK, Turgut; Eşya Hukuku, Beta Basım, İstanbul 2009

ALACAKAPTAN, Uğur; Suçun Unsurları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 372 Sevinç Matbaası, Ankara-1975

ARKAN, Sabih; Ticari İşletme Hukuku, Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış 27. Bası, Ankara 2011

ARKAN, Sabih; Marka Hukuku, AÜHF Yayınları, Cilt I Ankara 1997

ARKAN, Sabih; Marka Hukuku, AÜHF Yayınları, Cilt II, Ankara 1998

ARSEVEN, Haydar; Nazari ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1951

ARSLANLI, Halil; Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1960

ARTUK, M. Emin; GÖKCEN, Ahmet; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020

AYDIN, Hüseyin; Sınai Mülkiyet Aleyhine İşlenen Suçlar, Yetkin yayınevi, Ankara 2003

BAHTİYAR, Mehmet; Ticari İşletme Hukuku Ders Notları Soru Örnekleri, Güncellenmiş 21. Bası Beta Yayım, Ekim 2020

BAŞBÜYÜK, İsa; Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, Ocak 2018

BAŞBÜYÜK, İsa; Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara 2014

BAYRAKTAR, Köksal; EVİK, Vesile Sonay; KURT, Gülşah; Özel Ceza Hukuku Cilt I: Uluslararası Suçlar, Onikilevha Yayın, 1. Baskı İstanbul 2016

BECCARİA, Cesare; Suçlar ve Cezalar Hakkında, Çeviri: Sami Selçuk, İmge Kitabevi, 6. Baskı, Ankara 2016

BİLGİLİ, Fatih; Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006

BOZGEYİK, Hayri; Marka Hakkının Korunması, Oniki Levha Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, Aralık 2019

BÜYÜKKILIÇ, Gül; Marka Hukukunda Tanınmış Markanın Sulandırmaya Karşı Korunması, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul Mart 2019 Baskı, İstanbul, Mart 2019

CAMCI, Ömer; Marka Patent Tasarım ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul, Aralık 1998

CENGİZ, Dilek; Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, Beta Yayınevi, İstanbul 1995

CENTEL, Nur; ZAFER, Hamide; ÇAKMUT, Özlem; Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayın, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş Onuncu Bası, İstanbul, 2017

CORNISH, William; LLEWELYN, David, Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, Fifth Edition, London 2003

ÇAĞLAR, Hayrettin; Marka Hukuku Temel Esaslar, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2015

ÇAMLIBEL TAYLAN, Esin; Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001

ÇEKER, Mustafa; Ticaret Hukuku Yenilenmiş 2. Bası Karahan Kitabevi Adana 2011

ÇETİNTÜRK, Ekrem; Marka Taklitçiliği Suçu, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2019

ÇOLAK, Uğur; Türk Marka Hukuku, XII Levha Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul 2012

ÇOLAK, Uğur; Türk Marka Hukuku, Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Hazırlanmış 4. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, Eylül 2018

DEMİRBAŞ, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Güncellenmiş 15. Baskı, Ankara 2020

DİRİKKAN, Hanife; Tanınmış Markanın Korunması, Ankara 2003

DOĞAN, Erdal; Hitit Hukuku (Belleklerdeki Kayıp), Güncel Yayıncılık, İstanbul, 2008

DONAY, Süheyl; ERMAN, Hasan, Sınai Mülkiyet Aleyhine Suçlar ve İlgili Mevzuat Özellikle İhtira Beratı – Marka ve Haksız Rekabet Suçları, Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti. Yayınları, İstanbul 1973

DÖNMEZER, Sulhi; ERMAN, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt I 14. Bası DR Yayınları İstanbul 2016

DÖNMEZER, Sulhi; ERMAN, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt II, Beta Yayınevi, Yeniden Gözden Geçirilmiş Onikinci Bası, İstanbul 1999

DÖNMEZER, Sulhi; ERMAN, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II 15. Tıpkı Bası DR Yayınları İstanbul 2021

DÖNMEZER, Sulhi; ERMAN, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Hükümler Cezalar Güvenlik Tedbirleri İnfaz, Cilt III 14. Bası DR Yayınları İstanbul 2020

EREM, Faruk; DANIŞMAN, Ahmet; ARTUK, Mehmet Emin; Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997

EREM, Faruk; TOROSLU, Nevzat; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Savaş Yayınları, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Ankara 1987

ERMAN, Sahir; Ticari Ceza Hukuku, C. I Genel Kısım, 3. Baskı, İstanbul 1992

GEİGER, Christophe; Criminal Enforcement of Intellectual Property, Research Handbooks in Intellectual Property, Edward Elgar Publishing Limited, UK, 2012

GÖLE, Celal; Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Ankara 1983

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref; GÖLCÜKLÜ, Feyyaz; SAYGILI, Abdurrahman; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Turhan Kitabevi, Tamamen 12. Baskı, Ankara, Aralık 2019

GÜNEŞ, İlhami; Uygulamada Marka, Haksız Rekabet ve Telif Suçları, Adalet Yayınevi, 3. Bası, Ankara 2017

GÜNEŞ, İlhami; 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2018

GÜZEL, Oğuzkan; Rekabet hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara 2003

HAFIZOĞULLARI, Zeki; ÖZEN, Muharrem; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Topluma Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, 3. Bası, Ankara 2017

HAFIZOĞULLARI, Zeki; ÖZEN, Muharrem; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık 7. Baskı, Ankara 2014

HAKERİ, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 23. Baskı, Mayıs 2020

HARMS, Louis; The Enforcement Intellectual Property Rights, A Case Book World Intellectual Property Organisation, WIPO Publication No:791E, Third Edition, 2012

HATEMİ, Hüseyin; Medeni Hukuk'a Giriş, Vedat Kitapçılık, Gözden Geçirilmiş 6. Bası; İstanbul 2012

HATEMİ, Hüseyin; SEROZAN, Rona; ARPACI, Abdülkadir; Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991

HATEMİ, Hüseyin, SEROZAN, Rona, ARPACI, Abdülkadir; Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitapevi, İstanbul 1992

İÇEL, Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş 5. Bası, İstanbul 2018

İÇEL, Kayıhan; SOKULLU AKINCI, Fusun; ÖZGENÇ, İzzet; MAHMUTOĞLU, Fatih S.; ÜNVER, Yener; İçel Suç Teorisi 2. Kitap, Yeniden Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2000

İLKHAN, Seyrani. 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa göre Marka Hakkı Aleyhine İşlenen Suçlar, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2019

KARAHACIOĞLU, Ali Haydar; PARLAR, Aynur; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Bilge Yayınevi, Ankara 2012

KARAYALÇIN, Yaşar; Ticaret Hukuku 1-Giriş, Ticari İşletme, 3. Bası, Ankara 1968

KART, Aslıhan; Marka Hakkına Tecavüz Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2019

KAYA, Arslan, Marka Hukuku, Arıkan Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 2006

KESKİN, Serap; Fikri Mülkiyet Haklarında Patent ve Markanın Ceza Normlarıyla Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003

KILIÇOĞLU, Ahmet M.; Sinaî Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Turhan Kitapevi, Ankara 2006

KILIÇOĞLU, Ahmet M.; Borçlar Hukuk Genel Hükümler, Genişletilmiş 15. Bası Turhan Kitabevi, Ankara 2012

KIRCA, İsmail; Markaların Milletler Arası Tescili (Madrid Sistemi), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2005

KOCA, Mahmut; ÜZÜLMEZ, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 10. Baskı, Ankara, 2017

KÜÇÜKALİ, Canan; Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009

KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür; Ekonomik Suçlar Bağlamında Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar ve Cezalar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018

MERAN, Necati; Marka Hakları ve Korunması, 2.Baskı Seçkin Yayınevi Ankara 2008

MERGES, Robert P./MENELL, Peter S./LEMLEY, Mark A.; Intellectual Property in the New Technological Age, Aspen Publishers, Fourth Edition, New York 2006

MOROĞLU, Erdoğan; Makaleler II, Arıkan Basım Yayım, İstanbul 2006

OĞUZMAN, Kemal; SELİÇİ, Özer; ÖZDEMİR, Saibe Oktay; Filiz Kitabevi, 15. Bası İstanbul 2012

ORHAN, Ali; Yargıtay Kararları Işığında Tanınmış Markalar, Arıkan Basım Yayım, Ankara 2007

OYTAÇ, Kutlu; Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, Genişletilmiş İkinci Bası, Nobel Kitapevi, İstanbul 2002

ÖZBEK, Veli Özer; Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, TCK İzmir Şerhi, Genel Hükümler, C. I, Seçkin Yayınevi, 4. Bası, 2010

ÖZBEK, Veli Özer; DOĞAN, Koray; BACAKSIZ, Pınar; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 15. Bası, Ekim 2020

ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN, Koray, BACAKSIZ, Pınar, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2021

ÖZBEK, Veli Özer; DOĞAN, Koray; BACAKSIZ, Pınar; Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 14. Baskı, Ankara 2021

ÖZCAN, Mehmet; Avrupa Birliğinde Fikri ve Sınai Haklar, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 1999

ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 8.Bası, Ankara 2013

ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 15. Bası, 2019

ÖZTÜRK, Bahri; ERDEM, Mustafa Ruhan; Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku; 17. Baskı Seçkin Yayınevi, Ankara 2017

ÖZTÜRK, Bahri; TEZCAN, Durmuş; ERDEM, Mustafa Ruhan; SIRMA GEZER, Özge; SAYGILAR KIRIT, Yasemin F.; ALAN AKCAN Esra; ÖZAYDIN, Özdem; ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser; ALTINOK VILLEMIN, Derya; TOK, Mehmet Can; Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Güncellenmiş 15. Baskı, Ankara 2021

PASLI, Ali; Marka Hukukunda Ürün Benzerliği, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018

PATTİSHALL, Beverly W.; HİLLIARD, David C.; WELCH II, Joseph Nye; Trademarks and Unfair Competition, Third Edition, Casebook Series, Matthew Bender Co. INC., San Francisco California 1998

PEKCANITEZ, Hakan; ATALAY, Oğuz; ÖZEKES, Muhammet; Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017

PEKDİNÇER, Tamer; GİRAY, Eda; BAŞ, Kadir, Gerekçeli, Notlu, İtihatlı 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ve İlgili Ulusal, Uluslararası Mevzuat, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019

POROY, Reha; YASAMAN, Hamdi Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012

RECHBİNDER, Manfred; Schweizerischs Urheberrecht , 3. Auflage, Bern, 2000,

SCHECHTER, Roger E.; THOMAS, John R.; Intellectual Property The Law Of Copyright, Patents And Trademarks Hornbook Series, Publised By West Group, Washington D.C. 2003

SEROZAN, Rona; Medeni Hukuk Genel Bölüm / Kişiler Hukuku; Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011

SÖZÜER, Adem; Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul Üniversitesi Açık ve Uzaktan Eğitim Fakültesi Online Yayını, 2010

SULUK, Cahit; Tasarım Hukuku, Seçkin Kitapevi, Ankara 2003

SULUK, Cahit; KARASU, Rauf; NAL, Temel; Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020

TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012

TEKİNAY, Selahattin Sulhi; Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilmiş Altıncı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992

TİEDEMAN, Klaus; Tercüme eden: NUHOĞLU, Ayşe; Ekonomi Ceza Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017

TOPÇU, Deniz; Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar, Seçkin Yayınevi Ankara 2007

TOROSLU, Nevzat; TOROSLU, Haluk; Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2019

TOROSLU, Nevzat, EREM, Faruk; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Savaş Yayınları, Ankara 1987

TROLLER, Alois; TROLLER, Patrick; Kurz Lehrbuch Des Immaterial Güterrechts, Zweite, 3 Völlig Neubearbitte Und Erweiterte Auflage, Basel Und Frankfurt Am Main, 1989,

UZUNALLI, Sevilay; Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi ile Bağlantılı Kavramların Yorumu, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, 2008

UZUNALLI, Sevilay; Markanın Korunmasının Kapsamı, Adalet Yayınevi Ankara 2012

UZUNALLI, Sevilay; Marka Hukuku, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2021

ÜNVER, Yener; Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayın, Ankara 2003

YASAMAN, Hamdi; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU BİLGİN, Fülürya; MEMİŞ KARTAL, Pınar; YÜKSEL, Sinan H.; YASAMAN, Zeynep; Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi, C. 1, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021

YASAMAN, Hamdi; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU BİLGİN, Fülürya; MEMİŞ KARTAL, Pınar; YÜKSEL, Sinan H.; YASAMAN, Zeynep; Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi, Cilt III, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021

YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi, Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004

YASAMAN, Hamdi; ALTAY, Sıtkı Anlam; AYOĞLU, Tolga; YUSUFOĞLU, Fülürya; YÜKSEL, Sinan; Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi, Cilt II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004

YASAMAN, Hamdi, “Tanınmış Markalar” başlıklı tebliğ, Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları, C.I, Vedat Kitapçılık, 2. Tıpkı Bası, İstanbul 2004

YASAMAN, Hamdi, Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları, C.II, Vedat Kitapçılık, 1. Bası, İstanbul 2005

YASAMAN, Hamdi; Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları, C.III, Vedat Kitapçılık, 1. Bası, İstanbul 2008

YAVUZ, Cevdet; Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu, 9. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2012

YAVUZ, Cevdet; Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10 Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2012

YENİDÜNYA, A. Caner, İÇER, Zafer; Marka Hakkına Tecavüz Suçları, Digesta Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul Eylül 2014

YENİSEY, Feridun; NUHOĞLU, Ayşe; Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Güncellenmiş 9. Baskı, Ankara 2021

YILMAZ, Lerzan; Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri, Beta Yayınevi, 1. Bası, İstanbul Mayıs 2008

YILMAZ, Lerzan; Yeni 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Güncelleştirilmiş Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri, Aristo Yayınevi, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, İstanbul Eylül 2017

YILMAZ, Lerzan; 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ve İlgili Mevzuat, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2017

YURTCAN, Erdener; Yargıtay Kararları Işığında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, C. I, 2. Baskı, TBB, Ankara 2015

ZAFER, Hamide; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, 7. Bası, İstanbul, Eylül 2019

ZAFER, Hamide; Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti, Özel Ceza Hukuku, C.5, Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019

ZEVKLİLER, Aydın; ERTAŞ, Şeref; HAVUTÇU, Ayşe; AYDOĞDU, Murat; CUMALIOĞLU, Emre; Borçlar Hukuk Genel İlkeler ve Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler, Barış Yayınları, İzmir 2013

TEZ ve MAKALELER

AKAY, Tolga; “Osmanlı Devleti’nde Marka Hukukunun Gelişimi”, TBB Dergisi, S. 126, 2016

ALBAYRAK, Mustafa; “Fikir ve Sınai Haklar Aleyhine İşlenen Suçların Kovuşturulması ve Yargılanmasında Sorunlar ve Çözüm Yolları”, TBB Dergisi, Sayı:57 2005

ALICA, Türkay; “Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları Ceza Uygulaması ve Karşılaşılan Sorunlar”, Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu, TOBB yayınları No:25 Ekim 2005

ALICA, Türkay; “Marka, Tasarım ve Patent Hakkına Tecavüz Suçlarına İlişkin Hükümlerin Anayasaya Aykırılığı Sorunu”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 2, Bahar 2007

ANIK, Gülgün; “AT Rekabet Hukukunda Fikri Mülkiyet Hakları”, FMRH Dergisi, Yıl 1, C.I, S. 3, 2001

ARKAN, Sabih; “Yabancı Markaların Türkiye’de Korunması”, Batıder Yayınları, C. XX, S. 1 Yıl:1999

ARKAN, Sabih; “İşaret ile Marka Arasında Bağlantı İhtimali ve İltibas (Karıştırma Tehlikesi)”, Batıder Yayınları, C. XX, S:2 Yıl:1999

ARKAN, Sabih; “Marka Hakkının Tüketilmesi”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1998

ARSLAN, Çetin; ÖZDEMİR, Didar; “Türk Hukukunda Marka Suçları -Sorunlu Noktalar Üzerine Bir İnceleme-”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 4, 2016

ARTUK, Mehmet Emin; “Güvenlik Tedbirlerinin Genel Esasları”, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Cilt III, Yeditepe Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 2010

ARTUK, Mehmet Emin; “Kanunilik İlkesi ve Tarihçesi”, 3. Türk Alman Ceza Hukuku Semineri (Alman ve Türk Ceza Hukukuna İlişkin Araştırmalar Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi), Seçkin Yayınevi, Ankara 2014

ATAY, İlayda; Üç Boyutlu Markaların Hukuki Korunması, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2014

AYOĞLU, Tolga; “Türk Hukukunda Tanınmış Markalara Sağlanan Koruma”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009

AYOĞLU, Tolga; “Anayasa Mahkemesi’nin 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 9 ve 61. Maddelerinin Bazı Bentlerinin İptaline İlişkin 3.1.2008 Tarihli Kararı Üzerine Düşünceler”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR), S. 4, 2008

BAĞCI, Gamze; Marka Suçları, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Eylül 2007

BAŞARAN, Sıla; “Marka Lisans Sözleşmesi’nin Hukuki Niteliği”, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, C.8, S.29, 2012

BAYKAL, C. Murat; “Hukuk-Ekonomi İlişkisi ve Ekonomi Hukuku Üzerine”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 66, S. 4, Güz 2008

BAYRAKTAR, Köksal; “Bir Kanun Taslağının Ceza Kuralları Yönünden İncelenmesi”, İÜHFMM Cilt:44 sayı: 1-4 1978

BAYRAKTAR, Köksal; “Faal Nedamet”; İÜHFMM Cilt:33 sayı: 3-4 1967

BEKRİ, Nedim; “Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve İlkenin Uluslararası İnsan Hakları Belgeleri ile Uluslararası Ceza Hukuku Uygulamalarındaki Durumu”, <http://www.yayin.adalet.gov.tr>

BERKHAN, İhsan; “Marka Lisans Sözleşmesi”, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, C.4, S.13, 2008

BİRTEK, Fatih; Marka ve Üretim Korsanlığı Suçu (Markanın İzinsiz Kullanılması), İpekyolu Canlanıyor: Çin-Türk Hukuk Zirvesi, İstanbul 2012

BOSO, Burcu; “Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Yabancı Unsurlu Lisans Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk” Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, S: 8, 2006

BOZGEYİK, Hayri; “Vasıf Belirten İbarelerin Marka Olarak Tescili”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C. 2, S. 1, 2016

CEYLAN, Çiğdem; “Marka Lisans Sözleşmeleri “, Ankara Barosu Dergisi 26 Nisan Dünya Fikri Mülkiyet Günü Özel Sayısı, 2017

ÇAĞLAR, Hüseyin; “556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de 28.01.2009 Tarihinde Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme”, Gazi üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 1-2, Haziran-Aralık 2007

ÇOLAK, Uğur; “Türk Marka Hukukunda Karıştırma İhtimali İncelemesi”, Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, Şubat 2014

DOĞAN, Beşir Fatih; “Türk, Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu”, FMRH Dergisi, Cilt 6, S. 3, 2006

DOĞAN, Beşir Fatih; “Soyut Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği; Alman Federal Mahkemesi’nin Lila Renk Markasına İlişkin Kararı”, FMRH dergisi, Cilt 5, S. 4, 2005

DOĞAN, Beşir Fatih; “Marka Hukukunda Kullanım Sonucunda Ayırt Edici Güç Kazanma”, Batıder, C.XXIV, S.11, 2007

DOST, Süleyman; “Uluslararası Hukukta Orantılılık İlkesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 6, Sayı 12, Aralık 2018

ENGİZEK, Nil; ŞEKERKAYA, Ahmet, “Tüketicilerin Lüks Markaların Taklitlerini Satın Alma Seviyeleri Açısından Farklılıklarının İncelenmesi Üzerine Bir Araştırma”, Marmara Üniversitesi Öneri Dergisi, Cilt 11, Sayı 43, Ocak 2015

EYÜBOĞLU, Samiye; “Tanınmış Marka”, FMRH Dergisi, Yıl 1, C.I, S. 2, 2001

GÖKTÜRK, Neslihan; “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:7 Sayı:1 Yıl 2016

İÇEL, Kayıhan; “Çağdaş Ceza Hukukunun Evrensel İlkelerinin Kabahat Türünden Eylemler Alanındaki Boyutları”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C. 1, S. 7, 2016

JENNINGS, Jonathan S.; Trademark Counterfeiting An Unpunished Crime, Journal of Criminal Law and Criminology Volume 80, Issue 3 Fall, 1989

KANGAL, Zeynel T.; “Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi”, Ceza Hukuku Dergisi Yıl:6, Sayı:17, Aralık 2011

KAYHAN, Fahrettin; “Türk Marka Hukuku Açısından Paralel İthalat ve Marka Hakkının Tükenmesi”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR), S. 1, 2001

KARASU, Raif; “Üç Boyutlu Biçim ve Hareket Markaları”, BATIDER, C. 25, S. 3, 2008

KUNIG, Philip; “Alman Kamu Hukukunda Ölçülülük İlkesi”, Çeviri: Burak ÇELİK, Gökçen DOĞAN, Ahmet Çağrı YILDIZ, Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2019

KÜÇÜKAY, Alper; “Suç Önleme Stratejileri ve Güvenlik Politikalarına Psikolojik Bir Bakış”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 38, 2019

KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür; “Aydınlanma ve Ceza Hukuku”, TBB Dergisi, S.113, 2014

MANTI, Nebile Pelin; Marka Suçları, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Mart 2009

NOMER, Füsün; “Tanınmış Marka: NIKE (İsviçre Federal Mahkemesi’nin 24 Mart 1998 tarihli Kararı)”, Prof. Dr. Erdoğan MOROĞLU’na 65 Yaş Günü Armağanı, 2. Tıpkı Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul 2001

NOMER, Füsün; “Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Reklam Amaçlı Kullanılması ve VW-Audi Örneği”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Profesör Doktor Ergin Nomer’e Armağan, S. 2, 2002

OCAK, Nazmi; “Markalarda Tescilin Sağladığı Korumanın Kapsamı”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1998

OĞUZ, Arzu; “Tanınmış Marka ve Tanınmış Marka Ölçütlerinin Uygulanması”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 13, S. 140, Nisan 2018

OYTAÇ, Kutlu; “Tanınmış Markalarda Uluslararası ve Ulusal Kavram Karmaşasına Son”, FMRH Dergisi, Yıl 1, C. I, S. 3, 2001

ÖCAL, Berna; Avrupa Topluluğunda ve Türk Hukukunda Bilişim ve Fikri Mülkiyet Hakları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010

ÖZCAN, Onur; “Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu”, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Cilt III, Yeditepe Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 2010

ÖZDİLEK, Yurdaer; “Markanın Kullanımla Ayırt Edici Nitelik Kazanması-11. Hukuk Dairesi’nin Konuya İlişkin İki Yeni Kararının Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN’e Armağan, I. Cilt Ticaret Hukuku, Vedat Kitapçılık, 1. Bası, İstanbul Eylül 2007

ÖZEN, Mustafa; “Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar ve Yaptırımları”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Cilt:9 Sayı:2 2009

ÖZGENÇ, İzzet; “Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, Beta Basım Yayın, Cilt III, İstanbul 2003

ÖZTEK, Selçuk; “İlaç Markaları Alanındaki Son Gelişmeler”, 1. İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005

ÖZTEK, Selçuk; “Türk Marka Hukukunda Benzer Mal ve Hizmet Kavramı”, Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, Beta Basım Yayım, Ankara 2008

PINAR, Hamdi; “Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi EFTA Mahkemesi’nin “Maglite”, Avrupa Toplulukları Mahkemesi’nin “Silhouette” ve Yargıtay’ın “Police” Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2000

ROXIN, Claus; “Ceza Hukukunun Bir Geleceği Var Mıdır”, Çev: ÜNVER, Yener; Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5 Suç Politikası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006

SAVRAN, Bülent; “Reklamlar ve Tıbbi Etik”, Tıp Dünyası Dergisi, S. 68, Eylül 2000

ŞEN, Ersan; “Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Satma ve Satışa Arz Farkı, Başkalarına Verme”, <https://www.hukukihaber.net/>, 28.09.2018

ŞUA, Mehmet; “Örtülü Reklamların Yasaklanmasının Marka Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 20. Yıl Özel Armağan C: II, Cilt XIII, S.2

ŞUA, Mehmet; “bir Marka Lisans Sözleşmesine Dayalı Olarak Üretilecek Malların ve Sunulacak Hizmetlerin Her Zaman “Kaliteli” Olması Zorunlu Mudur?”, Ticaret Hukuku Kongresi, 18 Şubat “021 (Özet Bildiri/Sözlü Sunum, Aristo Yayınları, 1.Bası, İstanbul Mayıs 2021

TEKİNALP, Ünal; “Sınai Mülkiyet Kanunu’nun Öne Çıkan Yenilikleri”, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu (9-10 Mart 2017), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2017

TEKİNALP, Ünal; “Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998

TÜRKPATENT Marka İnceleme Kılavuzu, Türk Marka ve Patent Kurumu Dijital Yayını 2019

UÇAR, Onur, YERELİ, Ahmet Burçin; “Hukuka Uygunluk Kriteri Olarak Ölçülülük İlkesinin Yüksek Yargı Organlarının Vergi Suçlarına İlişkin Kararları Bağlamında Değerlendirilmesi”, Maliye Dergisi, Ocak-Haziran 2019

ÜNVER, Yener; “Türk Yargı Kararlarının Kanunilik İlkesi ve Sonuçları Açısından Değerlendirilmesi”; 3. Türk Alman Ceza Hukuku Semineri (Alman ve Türk Ceza Hukukuna İlişkin Araştırmalar Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi), Seçkin Yayınevi, Ankara 2014

VELDET, Hıfzı; “Şahsiyet Hakları ve Fikri Haklar”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:5 Sayı: 0, İstanbul 1939

YASAMAN, Hamdi; “Hizmet Markaları”, Batıder, C. VIII, 1975

YASAMAN, Hamdi; “Marka Olabilecek İşaretler”, I. İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005

YASAMAN, Hamdi; “Marka Olabilecek İşaretler”, Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları Cilt II Vedat Kitapçılık Kasım 2005

YASAMAN, Hamdi, “Tanınmış Markalar”, Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları, C.II, Vedat Kitapçılık, 1. Bası, İstanbul 2005

YASAMAN, Hamdi; “Tanınmış Marka Kriterleri ve İspat Sorunu”; Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN’e Armağan, I. Cilt Ticaret Hukuku, Vedat Kitapçılık, 1. Bası, İstanbul Eylül 2007

YASAMAN, Hamdi; “Paris Anlaşması Anlamında Tanınmış Markalar”, GSÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:1, S. 1, Prof. Dr. Kemal Oğuzman Anısına Armağan, Ocak 2002

YASAMAN, Hamdi; Marka Hakkının Niteliği ve Tanınmış Markalar Hakkında Yargıtay 11. HD.sinin Kararı Üzerine Düşünceler”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, Temmuz 2004

YILDIZ, Burçak; “Yargıtay Kararları Işığında Coğrafi Markalar”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:9 Sayı:2 Yıl:2018

YILMAZ, Lerzan; “Renk ve Renk Kombinasyonları”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:91 Sayı:6 Yıl:2017

YILMAZ, Lerzan; “Üç Boyutlu Markalar”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:92 Sayı:1 Yıl:2018

YÜKSEKOL, Deniz Türkan; “Yeni Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Marka Olabilecek İşaretler”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:14 Sayı:2 Yıl:2017

DERGİLER

Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl 1, C. 1, S. 2001/1

FMR Hukuk Dergisi, Yıl:1 Cilt:I Sayı:2001/2

FMR Hukuk Dergisi, Yıl:1 Cilt:I Sayı:2001/3

FMR Hukuk Dergisi, Yıl:1 Cilt:I Sayı:2002/2

FMR Hukuk Dergisi, Yıl:3 Cilt:3 Sayı:2003/3

FMR Hukuk Dergisi, Yıl:3 Cilt:3 Sayı:2005/4

FMR Hukuk Dergisi, Yıl:3 Cilt:3 Sayı:2006/3

Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Yıl 2008, C.4, S.13

Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Yıl 2012, C.8, S.29

Yargıtay Kararları Dergisi YKD Nisan 2000 sayısı

E-KAYNAKLAR

www.abgs.gov.tr

<http://tdkterim.gov.tr>

<http://hurarsiv.hurriyet.com.tr>

<http://www.radikal.com.tr>

<http://www.capital.com.tr>

<http://eur-lex.europa.eu>

<http://oami.europa.eu>

<http://www.wipo.int/>

www.tbmm.gov.tr

<http://mevzuat.gov.tr>

<http://www.ankarabarosu.org.tr>

<http://oxforddictionaries.com>

<https://brandirectory.com/>

<https://www.brandingturkiye.com>

<https://www.ttb.org.tr>

<https://www.europarl.europa.eu>

<http://www.un.org>

<https://www.ntv.com.tr>

<https://dergipark.org.tr>

<http://auzefkitap.istanbul.edu.tr/kitap>

<http://www.turkpatent.gov.tr>

www.luggat.com

www.sozluk.gov.tr

<https://www.hukukihaber.net/>