

MARKA HAKKINA KARŞI İŞLENEN SUÇLAR VE YAPTIRIMLARI

Mustafa ÖZEN*

ÖZET

Anayasa Mahkemesi, 556 sayılı KHK'nin marka hakkına tecavüz niteliği taşıyan düzenlemeleri olan m. 9/I(b), 9/II (b), 61/(a) ve 61/(c) hükümlerini aynı tarihli kararda Anayasa'ya aykırı olarak iptal etmiştir. Anayasa'ya aykırılık gerekçesi olarak da suçta ve cezada kanunilik ilkesi belirtilmişti. Bu iptal kararlarının yürürlüğü, kanunda boşluk doğabileceği gerekçesiyle altı ay ertelenmişti. 6 aylık geciktirici yürürlük süresinin dolması halinde söz konusu fiillerin cezai anlamda nasıl korunacağı sorunu ortaya çıkmıştı. Kanun koyucu, bu nedenle, (Kanun Tarihi: 21.01.2009, R.G: 28.01.2009, Sayı: 27124) 556 sayılı KHK'nin ilgili maddelerini değiştiren 5833 sayılı Kanun'u kabul etti.

Söz konusu 5833 sayılı Kanun, m. 61/A'da suç ve ceza içeren hükümleri tek madde altında toplamış bulunmaktadır. Bu nedenle, tam bir ceza normu içermekte olup, suçta ve cezada kanunilik ilkesi sağlanmış bulunmaktadır.

Çalışmamızda, 5833 sayılı Kanun değişikliğinden önceki 556 sayılı KHK'nin ilgili maddelerine ilişkin iptal kararı, bu konuda öğretileri sürülen görüşler ve 5833 sayılı Kanun değişikliği ile getirilen yeni düzenlemeye yer verilecektir.

* Dr. Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı

I – Giriş

Marka hakkına karşı işlenen suçlar, 24.6.1995 Tarih ve 556 Sayılı (R.G. Tarihi: 27.6.1995, No: 22326) Marka Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 61. maddesinde düzenlenmişti.

Marka hakları 556 sayılı KHK ile düzenlenmiş olup, bu haklara karşı gerçekleştirilen ihlallere karşı yaptırımlar, 3/11/1995 - 4128/1 md.; Değişik:22/6/2004 – 5194/2 maddeler ile düzenlenmişlerdi. Suçun maddi unsurlarının KHK ile yaptırımlarının Kanun ile düzenlenmiş olması, başta Anayasa olmak üzere Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeler açısından bazı sorunlar doğurmaktaydı. Bu düzenleme şekli, uygulamada suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle, Anayasa Mahkemesine iptal davasına konu olmuş ve Anayasa Mahkemesi 61. maddedeki düzenlemelerden bazılarını iptal etmişti. İptal edilmeyen diğer düzenlemeler de, iptal edilen düzenlemelere benzer oldukları için, iptal davasına konu oldukları zaman iptal edilecekleri kanaatini güçlendirmekteydi. Özellikle, iptal edilen hükümlerin iptal edilme nedeniyle doğacak kanun boşluğunun doğuracağı sakıncaları ertelemek amacıyla Anayasa Mahkemesi tarafından öngörülen yürürlük tarihinin dolması üzerine, söz konusu hükümlerin ortadan kalkması, önemli sorunlar meydana getirmeye başlamıştı. Özellikle, söz konusu hükümlerle düzenlenen cezai yaptırımların artık mümkün olmaması, ciddi sorunları beraberinde getirmişti. Bu sorunların ortadan kalkabilmesi için, kanun koyucunun KHK ile düzenlenmiş olan 61. maddenin kanunla düzenlemesi gerekmekteydi. Kanun koyucu, bu sorunu gidermek amacıyla, 5833 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (Kanun Tarihi: 21.01.2009, R.G: 28.01.2009, Sayı: 27124) ile söz konusu boşluğu doldurmuştur.

Bu çalışmada ilk önce, söz konusu KHK ile getirilmiş olan düzenlemeler, bu düzenlemelerin suçta ve cezada kanunilik ilkesi açısından değerlendirilmesi, bu düzenlemelere karşı açılan iptal davaları ve bu davalara ilişkin Anayasa Mahkemesinin kararlarına değineceğiz. Daha sonra, artık Marka Hukukunda yeni bir dönemi ifade edecek olan 5833 sayılı Kanunun ilgili düzenlemelerine değineceğiz.

II – Marka Kavramı ve Marka Hakkı

Marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir (556 KHK m. 5). Bu düzenlemeye göre, bir teşebbüsün (işletmenin) mal veya hizmetlerini, bir başka teşebbüsün (işletmenin) mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlayıcı nitelikte olan işaretlere marka denilir¹.

1 ARKAN, Sabih; Marka Hukuku, Cilt I, Ankara, 1997, s. 35 vd.; TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülki-

Marka bir işaret olup, bu işaretin özelliği, ayırt edici olmasıdır².

Marka hakkı, mutlak bir haktır. Bu nedenle, hak sahibine, markasının başkası tarafından kullanılmasını yasaklama, inhisari (tekel) haklar ve yetkiler sağlar³. Markasını tescil ettiren hak sahibi, bu tescilden doğan haklarını herkese karşı ileri sürebilmektedir⁴. Marka hakkı, hem olumsuz yani yasaklama yetkileri ile olumlu yani kullanma hakkını içerir⁵. Marka hakkı sahibinin, başkalarının marka hakkına karşı saldırılarını önleme yetkisi ile marka hakkından doğan haklarını kendi menfaati doğrultusunda kullanma hakkı bulunmaktadır.

Marka hakkının korunması, tescil ile elde edilir (556 KHK m. 6). Ancak, Anglo – Amerikan hukukunda, marka hakkının korunması, markayı kullanma şekliyle elde edilmektedir⁶.

Marka hakkının sahibine marka sahibi denilir. Marka hakkı; tescil, miras ve bir hukuki ilişkiye dayanılarak devren elde edilir⁷.

III – Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlarda Kanunilik İlkesi

Kanunilik ilkesi, Anayasanın 38. maddesi ile Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenmiştir. Bu ilke ile, ceza hukukunun uygulanmasında, devletin bireye karşı keyfi bir şekilde davranmasının önlenmesi amaçlanmaktadır⁸. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi (nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege), hangi fiillerin suç olduğu ve suç kabul edilen fiillerin yaptırımlarının neler olduğunun önceden kanunla açıkça düzenlenmesini ifade eder. Kanunilik ilkesinde, iki unsur bulunmaktadır. Bunlar; suçta kanunilik ilkesi ve cezada kanunilik ilkesidir.

A) Beyaz Hüküm (Çerçeve Kanun), İdarenin Düzenleyici İşlemi ve Anayasa Mahkemesi Kararı

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinde, iki unsur olduğunu belirttik. Bunlardan biri, suçta kanunilik ilkesidir. Suçta kanunilik ilkesi, hangi fiillerin suç olduğunun kanunda açık bir şekilde düzenlenmesini ifade eder⁹. Hangi fiillerin suç teşkil ettiğinin idarenin düzenleyici işlemleriyle düzenlenip, yaptırımların kanun hükmüyle

yet Hukuku, İstanbul, 2004, s. 339.; KARAN, Hakan/KILIÇ, Mehmet; Markaların Korunması, 556 sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara, 2004, s. 28 vd.; KAYA, Arslan; Marka Hukuku, İstanbul, 2006, s. 13 vd.

2 ARKAN; (1997), s. 36.; TEKİNALP; (2004), s. 339, 344.; KARAN/KILIÇ; (2004), s. 28.; KAYA; (2006), s. 13, 24.

3 ARKAN; (1997), s. 124.; TEKİNALP; (2004), s. 354.

4 KARAN/KILIÇ; (2004), s. 63.; POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi; Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2004, s. 356.

5 TEKİNALP; (2004), s. 354.

6 KARAN/KILIÇ; (2004), s. 62.

7 TEKİNALP; (2004), s. 354.

8 ÖNDER, Ayhan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul, 1991, s. 109.

9 ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2007, s. 105.

düzenlenmesi, sadece suçta kanunilik ilkesinin ihlali anlamına gelir. Bu tür düzenlemelere beyaz hüküm veya çerçeve kanun denilmektedir¹⁰. Bugün hala yürürlükte olan 20.2.1930 tarih ve 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun, bu tür düzenlemenin en tipik örneklerinden biriydi¹¹. 24.12.2008 tarih ve – 5827 sayılı Kanununun 1. maddesiyle yapılan değişiklikle, bu özelliği ortadan kaldırılmıştır. Beyaz hüküm veya çerçeve kanun olarak adlandırılan bu durum, idarenin düzenleyici işlemlerle suç ve ceza koyamayacağı anlamına gelir. Nitekim bu konu, TCK'nun 2. maddesinin 2. fıkrasında, 'İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz' şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin varlığına rağmen, TCK'nun 297. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenleme, beyaz hüküm niteliğindedir¹².

Marka hakkını düzenleyen 556 sayılı KHK'nin 61. ve 61/A – c bendini, kanunilik ilkesi açısından değerlendirdiğimiz zaman, söz konusu hükümlerin kanunilik ilkesi bakımından sorun taşıdığı görülmekteydi. 556 sayılı KHK'nin 61. maddesinde, marka hakkına karşı yapılacak ihlaller düzenlenmişti. 556 sayılı KHK'nin 61/A – c bendi ise, 556 sayılı KHK'de yer alan marka hakkına saldırı niteliği taşıyan hareketlere ilişkin yaptırımları düzenlenmekteydi. Bu haliyle, suçun maddi unsurlarını düzenleyen hükümler idarenin düzenleyici işlemleriyle, yaptırımını düzenleyen m. 61/A, 4128 Kanun ile sonradan değişiklik getiren 5194 sayılı Kanun ile düzenlenmişti. Bu düzenlemelere bakıldığında, 556 sayılı KHK'nin suçun maddi unsuru bakımından beyaz hüküm ya da çerçeve Kanun olduğu, bu nedenle de suçta kanunilik ilkesine uymadığı, ancak, yaptırım bakımından cezada kanunilik ilkesine uygun olduğu görülmekteydi¹³. Ancak, bu düzenleme, 5833 sayılı Kanun değişikliği ile suçta kanunilik ilkesine uygun hale getirilmiştir.

556 sayılı KHK'nin 61. maddesi, Anayasanın 38. maddesinde yer alan kanunilik ilkesi ve yine 91. maddesinde yer Kanun Hükmünde Kararnameler ile suç konulmayacağı kuralına aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine iptal istemiyle dava konusu olmuştu¹⁴. Bu dava neticesinde Anayasa Mahkemesi, beyaz hüküm

10 TOROSLU, Nevzat; Ceza Hukuku, Genel Kısım, Ankara, 2005, s. 11.; İÇEL, Kayıhan/DONAY, Süheyl; Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım, I. Kitap, İstanbul, 1999, s. 58, 105.

11 Bu Kanununun 3. maddesi, (**Değişik:** 24.12.2008 – 5827/1 md.) tarih ve kanun maddesiyle değiştirilip, Bakanlar Kurulu Kararıyla uygulanacak yaptırım İdari Para Cezası haline getirilmiştir. Bu nedenle, bu Kanun, artık, Beyaz Hüküm olmaktan çıkmıştır.

12 HAKERİ, Hakan; Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2007, s. 50.

13 ÖZGENÇ, İzzet; Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt III, İstanbul, 2003, s. 836.

14 Dava, 556 sayılı KHK'nin m. 61/d ve 61/A – c bendlerine ilişkin açılmıştır. Anayasa Mahkemesi, söz konusu dava üzerine, 556 sayılı KHK'nin m. 61/A – c bendinin 61. maddede düzenlenen bütün hareketlere ilişkin genel bir düzenleme olduğu, somut olayda davanın sadece, 61. maddenin (d) bendine yönelik olduğu, dolayısıyla, itiraz incelemesinin sadece, 61. maddenin (d) bendiyle sınırlı şekilde inceleneceğine karar vermiştir. Bu karar üzerine, işin esas görüşülüp, m. 61/d bendinin Anayasanın 38 ve 91. maddeleri karşısında Anayasaya aykırı olduğuna, m. 61/A – c bendinin ise Anayasaya aykırı olmadığına karar verip, iptal edilen m.61/d açısından, doğacak hukuksal boşluğun kamu düzenini tehdit edici nitelikte gördüğü için, yürürlüğüünün 1 yıl sonrasına ertelenmesine karar vermiştir. AyMK, 02.03.2004 gün ve 2002/92 esas ve 2004/25 sayılı

niteliği taşıyan 61. maddenin (d) bendini, Anayasanın 38 ve 91. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir. 556 sayılı KHK'nin m. 61/A (c) maddesi 4128 sayılı Kanun ile getirildiği için, Anayasaya uygun bulunmuştur. Daha sonra m. 61/ (a) ve (c) bendleri ile m. 9/I (b) ve 9/II (b) bendleri de suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir¹⁵.

Anayasa Mahkemesi'nin 556 sayılı KHK'nin m. 61/a, c ve d bendlerine ilişkin olarak, bu hükümlerin kanunilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle verdiği iptal kararı, öğretide eleştiri konusu olmuştu. Eleştirinin temeli, 61. maddede yer alan hükümlerin, ceza hukukuna ilişkin bir düzenleme mi yoksa ticaret hukukuna yani özel hukuka ilişkin bir düzenleme mi olduğuydu. Anayasa Mahkemesi, uygulama ve öğretide bir kısım yazarlar, 61. maddede yer alan hükümlerin, ceza hukukuna ilişkin bir düzenleme olduğunu kabul etmekteydi¹⁶. Öğretide bir kısım yazarlar ise, 556 sayılı KHK'nin m. 61/a, c ve d bendlerinde yer alan hükümlerin ceza hükmü değil, bir özel hukuk hükmü olduğu, eğer, suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı bir durum varsa, bu durumun, m. 61/A – c hükmü olduğu görüşünü ileri sürmekteydi¹⁷. Bu görüşe göre, m. 9 ve 61'deki hükümler, tescilli markaya sağlanan tek haklarının kapsamını ve marka hakkına tecavüz hallerini belirleyen özel hukuk normlarıydı. Cezai yaptırım öngören m. 61/A – c bendinin m. 61'e atfı yapması, m. 61'de yer alan hükümlerin cezai nitelikte olduğunu göstermez. M. 61'de yer alan hükümleri suç haline getiren ve ceza öngören norm, m. 61/A – c hükmüydü¹⁸.

Anayasa Mahkemesini iptal kararı verdiği tarihten itibaren görülmekte olan bütün davalar, beraat kararıyla sonuçlanmaktaydı. Bu durum karşısında, m. 61'de yer alan haksız saldırı niteliğindeki hareketlerin nasıl cezalandırılacağı, sorun taşımaktaydı. Öğretide Arkan'ın da haklı olarak ifade ettiği gibi, bu alandaki hareketlerin cezasız kalmaması için, bir an evvel kanun ile bu boşluğun doldurulması gerekmektedir¹⁹.

Karar. Anayasa Mahkemesinin 61. maddenin (f) fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğu kararına katılmayan üyeler, karşı oy gerekçelerini; özetle, 'Yasa koyucu, 61. maddenin A fıkrasının (c) bendinde yer alan; **61. maddede yazılı fiillerden birini işleyenler** şeklindeki ifade, sadece, ceza hükmü koymamakta, bunun yanı sıra, 61. maddede suç sayılan fiilleri de içermekte, yasa koyucunun tekrardan kaçınmak için, böyle bir düzenlemeye gittiği görüşünü ileri sürerek, suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı bir düzenlemenin bulunmadığını ifade etmişlerdir.

15 AyMK, 03.01.2008 tarih ve Esas 2005/15, Karar 2008/2.

16 AyMK, 18.06.2003 tarih ve Esas 2000/38, Karar 2003/66; 2.3.2004 tarih ve Esas 2002/92, Karar 2004/25; 03.01.2008 tarih ve Esas 2005/15, Karar 2008/2. ALICA, Türkey; Marka, Tasarım ve Patent Hakkına Tecavüz Suçlarına İlişkin Hükümlerin Anayasaya Aykırılığı Sorunu, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 65, Sayı 2, Bahar 2007, s. 153 vd., ÖZGENÇ; (2007), s. 111. Yazar, m. 61'de yer alan düzenlemelerin suçta kanunilik ilkesine aykırı olduğunu ifade etmektedir.; ÖZGENÇ, İzzet; Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk, s. 838.

17 AYOĞLU, Tolga; Anayasa Mahkemesinin 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, Yıl 8, Cilt 8, Sayı 4, s. 29, 34.

18 AYOĞLU; s. 36, 37.

19 ARKAN, Sabih; Marka Hakkına Tecavüz Halleri – Anayasa Mahkemesinin 2.3.2004 Tarihli Kararı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2004/I, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e

5833 sayılı Kanun, bu boşluğu doldurmak için kabul edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 556 sayılı KHK'nin m. 61/ a, c ve d bendleri hakkında vermiş olduğu iptal kararlarına rağmen, konu hala gündemde bulunmaktaydı. Çünkü, konunun gündemde bulunmasının birkaç nedeni bulunmaktaydı. Bunlardan ilki, 556 sayılı KHK'nin m. 61/A – c bendindeki hükmün 5194 sayılı Kanunun 16. maddesiyle değiştirilmiş olmasıydı²⁰. Çünkü, Anayasanın m.152/son ve 2949 sayılı Kanunun m.28/son fıkralarına göre, esasa ilişkin red kararlarına karşı, kararın Resmi Gazetede yayımlanmasından itibaren 10 yıl geçmedikçe tekrar dava açılmamaktadır. Ancak, bir görüşe göre Anayasa Mahkemesinin kararından sonra hüküm değiştirildiği için, tekrar dava açılabilirdi²¹. Bize göre, bu değişiklik, m. 61/A – c bendine yer alan ceza miktarına ilişkin olduğu için, itiraz konusu ancak, hukuk devleti ilkesinin önemli bir unsuru olan, 'suç ile cezalar arasında ölçülülük' ilkesine dayandırılabilirdi. Bu dayandırma da, 61. maddenin iptal edilmeyen (b) bendi için söz konusu olabilirdi²². İkincisi, neredeyse aynı düzenlemeleri içeren 551 sayılı Patent Haklarının Korunmasına yönelik KHK'nin m. 73/A- c bendi ile 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK'nin m. 48/A- c bendinin yürürlükte olmasıdır²³. Üçüncü neden ise, Anayasa Mahkemesinin sadece, 61. maddenin (a), (c) ve (d) bendlerini iptal etmiş bulunmasıdır. Bu durumda, 61. maddenin (b) bendi hala yürürlükte bulunmaktaydı²⁴.

D) Görüşümüz

556 sayılı KHK'nin m. 9, 61 ve 61/A – c hükümleri konusunda ortaya çıkan sorunlar; ilk olarak, m. 61'de yer alan hükümlerin bir ceza normu mu yoksa özel hukuk normu mu olduğuydu. İkinci olarak, ceza hükmü olduğu kabul edildiği takdirde, bu hükmün suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle bağdaşır bağdaşmadığıydı.

İlk soruna ilişkin olarak, bir hükmün ceza normu mu yoksa özel hukuk normu mu olduğunun tespitinde, ceza normundan ne anlaşılması gerektiğinin tespiti yapılması gerekir. Tam ceza normu, suç oluşturan hareketler ile bu hareketlere öngörülen yaptırımların açık ve seçik bir biçimde kanunla öngörülmesini ifade eder²⁵. Eğer, hareketler başka bir yerde, yaptırım başka bir yerde düzenlenmişse, bu düzenleme, eksik / tam olmayan ceza normudur²⁶. Hareketler, idarenin düzenleyici işlemi ile

Armağan Özel Sayısı, Cilt I, s. 4.

20 ALICA; s. 151.

21 ALICA; s. 151.

22 METİN, Yüksel; Ölçülülük İlkesi – Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi, Ankara, 2002, s. 69 vd.

23 ALICA; s. 151. Nitekim, söz konusu KHK'lerin ilgili maddelerinin Anayasaya Aykırı olduğuna ilişkin Ankara Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesi, 2004/ esas sayılı dosyasında 31.01.2005 tarihinde Anayasaya aykırılık itirazında bulunmuştur.

24 ALICA; s. 152.

25 TOROSLU; s. 32.

26 TOROSLU; s. 34.

yaptırımlar kanunla düzenlenmişse, bu norm, beyaz hüküm / çerçeve kanundur.

Bize göre, 556 sayılı KHK'nun m. 61'de yer alan hükümler, ceza normuydu. Çünkü, m. 61/A – c hükmünde yer alan yaptırımların dayanağını m. 61'de yer alan fiiller oluşturmaktadır. Aksi bir yorum, m. 61/A – c hükmünün maddi unsuru olmayan yaptırım hükmü haline getirirdi. Bu ise, kanun koyucunun abesle iştigal etmeyeceği özdeyişini akla getirmektedir. Başka bir ifadeyle, m. 61/A – c hükmü, m. 61'de yer alan fiilleri içermemekte, sadece, m. 61'de yer alan fiillere ilişkin yaptırımları öngörmektedir. Bu durum karşısında, m. 61'de yer alan fiiller, ceza normu niteliği taşımaktaydı.

İkinci soruna ilişkin olarak, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen m. 61/ a, c ve d bendleri, idarenin düzenleyici işlemleriyle oluşturulmuşlardı. Yani, 556 sayılı KHK ile düzenlenmişlerdi. Bu düzenlemeler, marka hakkını ihlal edecek hareketleri içermektedir. Dolayısıyla, maddi unsurdular. Suçun maddi unsurlarının KHK ile düzenlenmesi, suçta kanunilik ilkesine aykırılık teşkil eder. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı yerindeydi. Burada, önemle belirtmek gerekir ki, iptal kararına karşı oy kullanan üyelerin görüşlerine katılmak mümkün değildi. Çünkü, m. 61/A – c bendi, sadece, m. 61'de yer alan hareketlerin ihlali halinde uygulanacak yaptırımı düzenlemektedir. Eğer, üyelerin ifade ettiği gibi, m. 61'de yer alan hareketleri de düzenlemiş olsaydı, kanun koyucu, bu durumu açıkça belirtirdi. Başka bir ifadeyle, kanun koyucu, 61. maddeyi de değiştirerek, söz konusu hareketleri kanunla düzenlerdi²⁷.

61. maddenin kanunilik ilkesi bakımından diğer sorunu, **açık ve seçik** olmamasıydı²⁸. M. 61/A – c bendinin, hukuk devletinin bir unsuru olan suçta ve cezada kanilik ilkesi olması dikkate alındığında, kanunilik ilkesinin bir özelliği olan **suç ve suç karşılığı uygulanacak cezada ölçülülük ilkesine** uymadığı görülmektedir²⁹.

Anayasa Mahkemesi'nin 556 sayılı KHK'nin 61. maddesinin bendlerine ilişkin farklı tarihlerde iptal kararı vermişti. İptal kararına konu olan bendlerin iptal kararları ve bu kararların yürürlüğe girdiği tarih ile 5833 sayılı Kanun değişikliğinin yürürlüğe girdiği 28.01.2009 tarihine kadar geçen süre içinde, iptale konu olan bend kapsamında işlenen fiillere nasıl bir cezai yaptırım uygulanacağı sorunu ortaya çıkmış bulunmaktadır. TCK'nin zaman bakımından uygulamayı düzenleyen 7. maddesi, 'İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolünmüşse infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar' şeklindedir. Bu düzenlemeye göre, 5833 sayılı Kanun, ancak, 28.01.2009 tarihinden sonra işlenen

27 ALICA; s. 155.

28 ALICA; s. 153.

29 METİN; s. 69 vd.; ALICA; s. 155.

fiillere uygulanabilecektir. Dolayısıyla, iptal kararının yürürlüğe girdiği tarih ile 28.01.2009 tarihine kadar geçen süre içinde işlenen fiillere, ancak, TTK'nin haksız rekabeti düzenleyen hükümlerinde yer alan hükümler uygulanabilir.

5833 sayılı Kanun ile suçta kanunilik ilkesine aykırılık giderilmiştir. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesine iptal davası açılmamış olan m. 61/ (b) (e) ve (f) bendleri, 5833 sayılı Kanun ile yürürlükten kalkmış bulunmaktadır. 5833 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden ve Anayasa Mahkemesinin iptal kararının doğurduğu boşluk sırasında işlenen fiiller dolayısıyla, 5833 sayılı Kanuna göre işlem yapmak, ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanması ilkesi gereğince, aleyhe hüküm geriye yürümeyeceğinden mümkün değildir. Bu düzenlemenin, 551 sayılı Patent hakkında KHK ve 554 sayılı Endüstriyel Tasarım hakkında KHK'da yer alan düzenlemeler için yapılması gerekmektedir. Çünkü, bu KHK'lerde yer alan haklara saldırı niteliği taşıyan hareketler, KHK ile düzenlenmişlerdir.

IV – Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar

Marka hakkına karşı işlenen suçlar, ilk önce, 556 sayılı KHK'nin 61. maddesinde, 'Marka hakkına tecavüz sayılan fiiller' başlığı altında düzenlenmişlerdi.

Anayasa Mahkemesi, farklı tarihlerde verdiği kararlarla, 556 sayılı KHK'nin m. 9/I (b) ve 9/II (b) bendleri ile m. 61/ (a), (c) ve (d) bendlerini suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı bularak iptal etmişti. Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararı neticesinde m. 9/I, (a), (c), m.9/II, (a), (c), (d) ile m. 61/ (b) ve (f) bendleri yürürlükte kalmıştı.

556 sayılı KHK'nin m. 9/I (b) ve 9/II (b) bendleri ile m. 61/ (a), (c) ve (d) bendlerini suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı bulunarak iptal edilip, bu iptal kararları yürürlüğe girdikten sonra ortaya çıkan boşluğu doldurmak için, kanun koyucu, 5833 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (Kanun Tarihi: 21.01.2009, R.G: 28.01.2009, Sayı: 27124) kanunu kabul etti³⁰.

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

“MADDE 9 – Marka tescilinden doğan haklar münhasıran marka sahibine aittir. Marka sahibi, aşağıda belirtilen fiillerin önlenmesini talep edebilir: a) Markanın tescil kapsamına giren **aynı mal ve/veya hizmetlerle** ilgili olarak, **tescilli marka ile aynı olan** herhangi bir işaretin kullanılması. b) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal ve/veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal ve/veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından, işaret ile tescilli marka arasında ilişkilendirilme ihtimali de dahil, **karıştırılma ihtimali** bulunan herhangi bir işaretin kullanılması. c) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal ve/veya hizmetlerle benzer olmayan, ancak Türkiye’de ulaştığı tanınırlık düzeyi nedeniyle tescilli markanın itibarından dolayı haksız bir yarar elde edecek veya tescilli markanın itibarına zarar verecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılması.

Aşağıda belirtilen durumlar, birinci fıkra hükmü uyarınca yasaklanabilir:

a) İşaretin mal veya ambalajı üzerine konulması. b) İşareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi veya bu amaçla stoklanması, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi veya o işaret altında hizmetlerin sunulması veya sağlanması. c) İşareti taşıyan malın gümrük bölgesine girmesi, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması. d) İşaretin, teşebbüsün iş evrakı ve

5833 sayılı Kanun değişikliği ile getirilen düzenleme ile 556 sayılı KHK'den farklı olarak, 9. ve 61. maddelerde yer alan fiiller suç olmaktan çıkarılmıştır. Bu nedenle, 9. ve 61. maddelerde yer alan fiiller, cezai değil hukuki koruma altındadır. Ancak, bu maddelerde yer alan fiiller, örneğin m. 61/A'nın 1. fıkrasında cezai bakımdan koruma altına alınan fiillerin 9. maddedeki fiilleri de kapsadığı gibi, 9. ve 61. maddelerde yer alan fiillerin hepsini veya bazılarını da korumakta ise, dolaylı olarak, 9. ve 61. maddelerde yer alan fiiller de cezai korumadan yararlanacaklardır. 5833 sayılı Kanun değişikliği, kanunilik ilkesi açısından suçta kanunilik ilkesine uygundur. Çünkü, hangi fiillerin suç teşkil ettiği, kanun hükmüyle konulmuş olmaktadır.

reklamlarında kullanılması. e) İşareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmaması koşuluyla, işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde, alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde kullanılması.

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

MADDE 2 – 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 61 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**MADDE 61** – Aşağıda sayılan fiiller marka hakkına tecavüz sayılır:

a) Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı 9 uncu maddede belirtilen biçimlerde kullanmak.
b) Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı veya **ayırt edilmeyecek derecede benzerini** kullanmak suretiyle markayı taklit etmek. c) Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın **taklit edildiğini** bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için gümrük bölgesine yerleştirmek, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak veya ticari amaçla elde bulundurmak. d) Marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek.”

MADDE 3 – 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 3/11/1995 tarihli ve 4128 sayılı Kanunla eklenen 61/A maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**Ceza hükümleri**

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

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

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

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

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

Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların **soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır.**

Üzerinde başkasının hak sahibi olduğu marka taklit edilerek üretilmiş malı satışa arz eden veya satan kişinin bu malı nereden temin ettiğini **bildirmesi** ve bu suretle üretenlerin **ortaya çıkarılmasını** ve üretilmiş mallara elkonulmasını **sağlaması** halinde hakkında cezaya hükmolunmaz.”

MADDE 4 – Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 5 – Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

5833 sayılı Kanun değişikliği ile getirilen düzenleme ile, 556 sayılı KHK'den farklı olarak, hem suçun maddi unsurları hem de yaptırımları aynı madde içinde düzenlenerek tam bir ceza normu oluşturulmuştur. Bu nedenle, 556 sayılı KHK'deki gibi, cezai yaptırımların uygulanacağı fiillere ilişkin yollama ortadan kaldırılmıştır.

5833 sayılı Kanunun 2. maddesiyle 556 sayılı KHK'nin 61. maddesinde yapılan değişiklikteki hükümler ile yürürlükten kaldırılan 556 sayılı KHK'nin 61. maddesinin a, b, c ve d bendleri aynı özelliklere sahiptir.

Bu değişiklikle, yürürlükten kaldırılan 556 sayılı KHK'nin 61. maddesinin (e) ve (f) bendleri de yürürlükten kaldırılmıştır. Bu durumda, 61. maddenin (e) bendinde, suçta iştirak niteliği taşıyan fiiller düzenlenmişti. Bu düzenleme zaten gereksizdi. Çünkü iştirake ilişkin sorumluluk, TCK'nin 37. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.

Yine bu değişiklikle, 61. maddenin (f) bendi, yürürlükten kalkmış bulunmaktadır. Bu durum karşısında, tescilli bir markanın veya ticaret alanına çıkartılan malın nereden alındığının veya nasıl sağlandığının bildirilmemesi suç olmaktan çıkmıştır. Ancak, **şahsi cezasızlık nedeni** olarak kabul edilmiştir. Çünkü, m. 61/A'nın son fıkrasına göre, 'Üzerinde başkasının hak sahibi olduğu marka taklit edilerek üretilmiş malı satışa arz eden veya satan kişinin bu malı nereden temin ettiğini bildirmesi ve bu suretle üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara elkonulmasını sağlamaması halinde hakkında cezaya hükmolunmaz'. Ancak, yeni yasa ile aralarındaki fark, yeni yasada satışa arz veya satma hareketini yapan şahsi cezasızlık kapsamında iken m. 61/ (f) bendinde, sadece elinde bulunduran kişi olmak ve niçin elinde bulundurduğunu bildirmemek suçun oluşması için yeterlidir.

V - 556 sayılı KHK'nin m. 61/A Maddesinde Yer Alan Fiiller

556 sayılı KHK'nin m. 61/A maddesi, 5833 sayılı Kanun değişikliğinin 3. maddesinin ceza hükümleri başlığı altında,

'Başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal veya hizmet üreten, satışa arz eden veya satan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

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

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

1) Suçun Unsurları

a) Maddi Unsur

556 sayılı KHK'nin 5833 sayılı değişik 3. maddesi gereğince m. 61/A'nın 1. fıkrası, 'Başkasına ait marka hakkına **iktibas veya iltibas** suretiyle tecavüz ederek mal

veya hizmet **üreten, satışa arz eden veya satan...** şeklinde düzenlenmiştir.

Daha önceki yürürlükten kaldırılan KHK'nin 61. maddesinin (b) bendindeki taklit etme durumu, aslında 61. maddenin (a) bendinin 9. maddeye yaptığı yollama nedeniyle düzenlenmiş olduğu bu nedenle de, ayrıca 61. maddenin (b) bendinde tekrar bir düzenlemeye yer verilmesinin yersiz olduğu ifade edilmiştir³¹. 5833 sayılı Kanun değişikliği ile yeniden düzenlenen m.61/ (a) hükmü 9. maddeye yollama yapmaktadır. 9. maddenin 1. fıkrasının (a) bendi iktibas, (b) bendi iltibas düzenlemektedir. 61. maddenin (b) bendi de iltibasın 'ayırt edilmeyecek derecede benzeri'ni, yani, yine iltibas düzenlemektedir. Sonuç olarak, 61. maddenin (a) bendindeki 9. maddeye yapılan yollama ile, 61. maddenin (b) bendine gerek bulunmamaktadır. Önceki KHK'nin 61. maddesinin (b) fıkrasına ilişkin eleştiriler, şuan için de geçerlidir. Kısaca, 61. maddesinin (b) fıkrası, (a) fıkrası karşısında gereksizdir.

Bu düzenlemede, iki unsur bulunmaktadır. Bu unsurlar; daha önce tescil edilmiş veya tescil başvurusu yapılmış bir markanın iktibas (aynen taklit) veya iltibas (karıştırılabilecek şekilde taklit) edilmesi ve bu taklit markalar ile mal veya hizmet üretme, satışa arz etme ve satmadır.

556 sayılı KHK'nin 5833 sayılı değişik 1. maddesi gereğince m. 9/I (a) iktibas, (b) iltibas) fıkraları, marka hakkına iktibas ve iltibas yoluyla tecavüzü düzenlemektedir.

Benzer ifadesi; (a) Ayırt edilemeyecek kadar benzer (m. 7/1(b), m. 61/(b)), ve karıştırılabilecek kadar benzer (m. 8/1(b), m. 9/(b)) olarak iki farklı şekilde tanımlanabilir. Ayırt edilemeyecek kadar benzer ifadesi, taklit edilen marka ile birebir aynı olmamakla beraber titiz bir inceleme yapılmadan aradaki farkın tespitinin zor olduğu benzerlik şeklide anlaşılmalıdır. Karıştırılabilecek kadar benzer ifadesi, tescilsiz işaretin, daha önce tescil edilmiş marka ile şekil, görünüş, ses genel izlenim gibi, sebeplerle aynı olduğu izlenimi uyandırması tehlikesi şeklide anlaşılmalıdır³². Bu ihtimalin, kişiye, yere, olaya, duruma göre farklı derecede olması mümkündür. Dolayısıyla, suçun oluşması, bu tür bir ihtimale göre belirlenecektir.

Öğretide Tekinalp, markanın benzerinin kullanılması halinde iltibas, ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması halinde taklit oluşacağını ifade etmektedir³³. Ancak, 5833 sayılı Kanun değişikliği ile böyle bir ayırımın, suçun oluşması bakımından bir farkı bulunmamaktadır. Çünkü, her iki durumda da suç oluşmaktadır.

556 sayılı KHK'nin 9. ve 61. maddelerinin yürürlükte olduğu dönemde kaleme aldığı makalesinde, Özgeçen'e göre, **taklit etmek kullanmak anlamına gelmektedir**. Bu nedenle de, m. 9'da yer alan **kullanma fiilleri** bu kapsamda değerlendirilebileceğinden, iptal edilen m.61/ (a) bendi ile m. 9'a yollama yapılmasına gerek

31 TEKİNALP; (2004), s. 453.; YASAMAN, Hamdi; Marka Hukuku, Cilt II, İstanbul, 2004, s. 1076.

32 TEKİNALP; (2004), s. 403.

33 TEKİNALP; (2004), s. 453.; YASAMAN; Marka Hukuku, Cilt II, İstanbul, 2004, s. 1076.

yoktu.³⁴ Bize göre, taklit fiili kullanma anlamına gelmez. Taklit edilmek ile kullanmak farklı kavramlardır. Taklit, gerçek olan bir nesneye gerçek olmayan bir başka nesnenin benzetilmesidir. Taklit edilmek, kullanmadan önce gelir. Dolayısıyla taklit edilip kullanılmayan bir nesne, eğer kanunda açıkça, sadece, taklit edilme durumu suç olarak düzenlenmemişse, cezalandırılmaz. Özellikle, 5833 sayılı Kanun değişikliği ile getirilen m. 61/A'nın 1. fıkrası açısından konuya bakıldığında, bu fark daha açık bir şekilde görülmektedir. Örneğin, bir A markası taklit edildi ve kullanılmadan masaya bırakıldı. Bir saat sonra arama yapılarak masada bulundu. Bu olayda, A markası taklit edilmiştir ama kullanılmamıştır.

Bu durum karşısında, m. 61/ A'nın 1. fıkrasında yer alan suçun işlenebilmesi için; a) daha önce tescil edilmiş veya tescil başvurusu yapılmış bir markanın iktibas (aynen taklit) veya iltibas (karıştırılabilecek şekilde taklit) edilmesi, b) Bu taklit markalar ile mal veya hizmet üretme, satışı arz etme ve satma fiillerinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu suçun oluşabilmesi için, (a) ve (b) koşulunun birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bu nedenle, sadece taklit edilmesi, suçun oluşması bakımından yeterli olmayacaktır. Taklit edilen markanın, hizmet üretme, satışı arz etme ve satma şekillerinde kullanılması gerekmektedir. Çünkü, bu iki unsur arasında 've' bağlacı bulunmaktadır. (B) koşulu seçimlik hareket içermektedir. Dolayısıyla bu suç, seçimlik hareketli bir suçtur³⁵.

Markanın taklit edilmesi, bu madde kapsamında başlı başına bir suç oluşturmamaktadır. Ancak, marka resmi bir belge olması³⁶ ve resmi belgenin taklit edilmesinin başlı başına bir suç olması (TCK m. 204) durumu karşısında, markanın sadece, taklit edilmesi halinde, TCK'nın ilgili hükümlerine göre cezai sorumluluğun doğup doğmayacağı sorunu gündeme gelebilir. Markanın sadece taklit edilmesi (iktibas) TCK'nın 204. maddesi anlamında suçtur. Ancak, 5833 sayılı Kanun değişikliği ile 556 sayılı KHK'nin m. 61/A'nın 1. fıkrası anlamında suç değildir. Çünkü, 556 sayılı KHK'nin m. 61/A'nın 1. fıkrası anlamında suç olabilmesi için, taklit edilen markanın mal ve hizmet üretiminde kullanılması, üretilen bu mal ve hizmetin satışı arz edilmesi veya satılması gerekmektedir. 556 sayılı KHK'nin m. 61/A'nın 1. fıkrası anlamında ancak, teşebbüs söz konusu olabilir. Bunun için de, söz konusu taklit markanın, mal ve hizmet üretiminde kullanılması, üretilen bu mal ve hizmetin satışı arz edilmesi veya satılması amacını taşıdığına ispatı gerekecektir.

Bir markanın taklit edildikten sonra ve fakat satışı arzedilmeden önce yakalanması halinde, hem TCK m. 204 anlamında Resmi Belgede Sahtecilik hem de 556 sayılı

34 ÖZGENÇ, İzzet; Marka Hakkında Tecavüz ve Cezai Sorumluluk, s. 847.

35 KESKİN, Serap; Fikri (Düşünsel) Mülkiyet Haklarında Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması, Ankara, 2003 s. 141.

36 TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R. Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, 2007, s. 633.; ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2006, s. 413, 414.; SOYASLAN, Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2006, s. 413.; ERMAN, Sahir; Sahtekarlık Cürümler, İstanbul, 1970, s. 344 vd.

KHK'nin m. 61/A'nın 1. fıkrası anlamında teşebbüs söz konusu olur. Bu fiil, fikri içtima kapsamında değerlendirilip, en ağır cezayı gerektiren fiile göre ceza uygulanmalıdır.

556 sayılı KHK'nin 5833 sayılı değişik 3. maddesi gereğince m. 61/A'nın 2. fıkrası, 'Marka koruması olan eşya veya ambalajı üzerine konulmuş **marka koruması** olduğunu belirten **işareti yetkisi olmadan kaldıran kişi** hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur' şeklinde düzenlenmiştir.

Bu fıkra, yürürlükten kaldırılan m. 61/A'nın (a) bendi içinde de yer almaktaydı.

Yetki, kamu hukukundan veya özel hukuktan kaynaklanabilir. Kişi, kaldırdığı işaretin marka koruması olduğunu bilmesi gerekmektedir. Çünkü 2. fıkrada, marka olduğunu belirten işaret ifadesi kullanılmıştır. Yani, işaretin üzerinde marka koruması olduğu bilgisi bulunmaktadır. Bu bilgiyi kişinin bilmediğini söylemesi, geçerli bir mazeret kabul edilemez. Ancak, bilmesi gerektiği halde bilmemesi, taksir derecesinde kusuru olduğunu gösterir. Dolayısıyla bu suç, hem kasten hem de taksirle işlenebilir. Ancak, kusursuz (objektif) sorumluluk söz konusu değildir³⁷.

556 sayılı KHK'nin 5833 sayılı değişik 3. maddesi gereğince m. 61/A'nın 3. fıkrası, '**Yetkisi olmadığı** halde başkasına ait marka hakkı üzerinde **satmak, devretmek, kiralamak veya rehnetmek** suretiyle tasarrufta bulunan kişi iki yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır' şeklinde düzenlenmiştir.

Bu fıkra, yürürlükten kaldırılan m. 61/A'nın (b) bendi içinde de yer almaktaydı.

Buradaki yetki, marka hakkı sahibi ile üçüncü kişi arasındaki temsil sözleşmesi kapsamında oluşan yetki şeklinde anlaşılmalıdır. Bu suç seçimlik hareketli bir suçtur. Suçun oluşması için, satmak, devretmek, kiralamak veya rehnetmek ifadesi, bu işlemlerin/sözleşmenin gerçekleşmesi gerekir. Ancak, satılan, devredilen, kiralanan veya rehnedilen marka hakkının karşı tarafın tasarrufuna geçmesi gerekmez. Yani, bu işlemler için geçerli bir sözleşmesinin yapılması yeterlidir. Geçerli olmayan bir sözleşme, fiile teşebbüsü oluşturur.

b) Manevi Unsur

556 sayılı KHK'nin 5833 sayılı değişik 3. maddesi gereğince m. 61/A'nın 1. fıkrası, kasten işlenebilir. Buradaki kast, doğrudan kasttır. Özel kast aranmamıştır.

556 sayılı KHK'nin 5833 sayılı değişik 3. maddesi gereğince m. 61/A'nın 2. fıkrası, kasten işlenebilir. Kasten işlenme, doğrudan kastla olabileceği gibi, dolaylı kastla da olabilir. Ancak, özel kast aranmamıştır.

37 KARAN, Hakan/KILIÇ, Mehmet; Markaların Korunması, 556 sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara, 2004, s. 478. Yazarlar, bu fıkranın objektif suç olarak işlenebileceğini ifade etmektedirler. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü, TCK'nun 23. maddesiyle, objektif sorumluluk kaldırılmıştır. Yine TCK'nun 5. maddesi gereği, TCK'nun genel hükümleri, suç hükmü içeren bütün kanunlara uygulanacaktır.

556 sayılı KHK'nin 5833 sayılı değişik 3. maddesi gereğince m. 61/A'nın 3. fıkrası, kasten işlenebilir. Buradaki kast, doğrudan kasttır. Özel kast aranmamıştır.

c) Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Somut Olayda Bulunmaması

Bu suç bakımından hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlerin bulunması halinde, suç oluşmayacaktır. Örneğin, tescilli marka veya daha önce tescil başvurusu yapılmış marka sahibinin temsilcinin marka hakkını başkasına satması, devretmesi, kiralaması ve rehnemesi konusunda rıza göstermesi, suçun oluşmasını engelleyecektir. Bunun için, geçerli bir rıza açıklaması bulunmalıdır.

2) Fail

Bu suçun faili, herkes olabilir. Bu nedenle özgü suç değildir. Bu suçun failinin bir tüzel kişinin organı veya temsilcisi olması halinde, cezai yaptırım bakımından TCK'nin 45. maddesinde belirtilen **hapis ve adli para cezası** uygulanacaktır. Tüzel kişi bakımından, tüzel kişinin cezai sorumluluğu bulunmadığı için, sadece, TCK'nin 60. maddesinde tüzel kişiler için öngörölmüş bulunan iznin iptali ve müsadere hükümleri uygulanabilecektir. Çünkü, TCK'nin 60. maddesinin 4. fıkrasında, 'Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır' ifadesine yer verilmiştir. 5833 sayılı Kanunun m. 61/A'yı değiştiren 3. madde, 'Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların bir **tüzel kişinin faaliyeti** çerçevesinde işlenmesi halinde ayrıca bunlara **özgü güvenlik tedbirlerine** hükmolunur' şeklindedir.

3) Mağdur

Bu suçun mağduru, herkes olabilir. Suçun mağduru, doğrudan mağdur ve dolaylı mağdur şeklinde ikiye ayrılarak değerlendirilebilir. Bu suçun doğrudan mağduru, marka hakkı sahibidir. Dolaylı mağduru, toplumdur³⁸. Çünkü bu suç, marka hakkının taklit edilmesi şeklinde de gerçekleşebilmektedir. Taklit, evrakta sahtekârlığın gerçekleştiriliş şekillerinden biridir³⁹. Gerçek kişiler gibi, tüzel kişiler de bu suçun mağduru olabilirler.

4) Suçun Konusu

Suçun konusu, suçun maddi konusu ve hukuki konusu olarak ikiye ayrılır. Bu suçun **maddi konusu**, daha önce tescil edilmiş veya tescil başvurusu yapılmış marka ile aynı veya benzer olarak **taklit edilmiş veya kaldırılmış işarettir**. Hukuki konusu, hem mülkiyet hakkının hem de kamu güveninin korunmasıdır⁴⁰. Çünkü, marka bir mülkiyet hakkıdır⁴¹.

38 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; Ceza Hukuku Özel Hükümler, (2006), s. 413, 414.; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, 2007, s. 628

39 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, 2007, s. 628.;

40 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, 2007, s. 628.; ARTUK/GÖKCEN/ENİDÜNYA; Ceza Hukuku Özel Hükümler, (2006), s. 413, 414.; SOYASLAN; Ceza Hukuku Özel Hükümler, (2006), s. 402.

41 TEKİNALP; (2004), s. 3, 7.; KAYA; (2006), s. 39.

5) Hata

5237 TCK'nda hata, 30. maddede düzenlenmiştir. Bu düzenlemede hata; maddi hata (fiili hata) ve hukuki hata olarak iki farklı şekilde kabul edilmiştir. Maddi hata, 30. maddenin 1. fıkrasında, 'Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır', hukuki hata ise, 4. fıkrada, '(Ek fıkra: 29/6/2005 – 5377/4 md.) İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz' şeklinde düzenlenmiştir.

Tescilli veya daha önce tescil başvurusu yapılan marka ile aynı veya benzer şekilde taklit edilmiş işareti kullanan **kişi**, söz konusu işaretin, tescilli veya daha önce tescil başvurusu yapılan marka ile aynı veya benzer olduğunu bilmiyor ise ve bu bilmemesinde kendisine kusur yüklenemiyorsa **hatasından yararlanacak** ve ceza uygulanmayacaktır. Ancak, bunun için mutlaka, **hataya düşmesi kaçınılmaz** olması gerekir.

6) Suçun Özel Görünüş Şekilleri

a) Teşebbüs

Teşebbüs, 5237 sayılı TCK'nun 35. maddesinde, 'Kişi, işlemeyi kastettiği bir suç elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur' şeklinde düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeye göre, teşebbüste, suçun tamamlanamaması, failin iradesi dışındaki bir engelden kaynaklanması gerekir. Bu suç açısından konuya bakıldığında, fail, suçun maddi unsurlarını gerçekleştirmek için doğrudan doğruya icra hareketine başladıktan sonra elinde olmayan nedenlerle, suçu gerçekleştiremezse, bu suça teşebbüsten sorumlu olacaktır. Örneğin, kişi, tescilli veya daha önce tescil başvurusu yapılan marka ile aynı veya benzer olarak taklit edilmiş işareti satışı arz etmek isterken yakalanması halinde, teşebbüs oluşacaktır.

Bu suç bakımından etkin pişmanlık hükümleri uygulanabilecektir. 5237 sayılı Kanun, etkin pişmanlığı, suç tamamlandıktan sonra kabul etmektedir⁴². Etkin pişmanlık, genel indirim nedeni olmayıp, özel indirim nedeni olarak kabul edildiği için, ancak, ilgili suç tipinde açıkça düzenleme bulunduğu takdirde uygulanabilecektir⁴³. 556 sayılı KHK'de değişiklik yapan 5833 sayılı Kanunun 3. maddesiyle 556 sayılı KHK'nin m. 61/A maddesinde, 'Üzerinde başkasının hak sahibi olduğu marka

42 HAKERİ, Hakan; Ceza Hukuku, Ankara, 2007, (2007), s. 328.; SOYASLAN, Doğan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2005, s. 298.; ÖZBEK, Veli Özer; Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt I, Ankara, 2005, s. 410.

43 CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem Yenerer; Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, 2005, s. 482.; ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2006, s. 410.; ÖZBEK; Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, (2005), s. 410.

taklit edilerek üretilmiş malı satışı arz eden veya satan kişinin bu malı nereden temin ettiğini **bildirilmesi** ve bu suretle üretenlerin **ortaya çıkarılmasını** ve üretilmiş mallara elkonulmasını **sağlaması** halinde hakkında cezaya hükmolunmaz' şeklinde hüküm eklenmiştir.

Önemle belirtmek gerekir ki, bu düzenleme, yürürlükten kaldırılan 556 sayılı KHK'nin yürürlükten kaldırılan 61. maddesinin (f) bendinde suç olarak düzenlenmişti. 5833 sayılı Kanun değişikliği işe etkin pişmanlık kapsamında cezayı ortadan kaldıran bir durum olarak düzenlenmiştir.

b) İştirak Durumu

İştirak, 5237 sayılı TCK'nin 37. maddesinde, 'Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur'. 40. maddesinde ise, 'Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır' şeklinde düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeye göre, bir suçta iştirakın bulunabilmesi için; kasten işlenebilen bir suç olmalı, suçun icra hareketlerine başlanmış olmalı, iştirak iradesi olmalı, hareketler arasında nedensel değer bulunmalıdır⁴⁴.

Bu suç açısından konuya bakıldığında, bu suçta iştirak mümkündür. Örneğin, bir kişi, tescilli markayı taklit eden işareti hazırlar, diğeri bu taklit işaretli mal veya hizmeti satar.

Bu suç, ancak belirli sığata sahip kişiler tarafından işlenebilen bir suç olmadığı için (gerçek görev suçu) özel kişiler bu suçun faili olabilecekleri gibi, kamu görevlileri de olabilirler.

7) Suçların İçtimai

Suçların içtimai, 5237 sayılı TCK'nun 42. maddesinde Bileşik Suç, 43. maddesinde Zincirleme Suç ve 44. maddesinde Fikri İçtima olarak düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'nun 5. maddesi, 'Bu kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır' şeklinde düzenlenmiştir. Suçların içtimai kapsamında düzenlenen bu üç farklı kurum, TCK'nun genel hükümleri içinde düzenlenmişlerdir. Bu nedenle, koşulları gerçekleştiği takdirde, bu suç açısından da suçların içtimai hükümleri uygulanabilecektir. Özellikle, suçların içtimai kapsamında yer alan ve uygulanma alanı daha geniş olan zincirleme suç hükümleri, bu suç bakımında da uygulanabilecektir.

44 DEMİRBAŞ, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2006, s. 443 vd.; HAKERİ; Ceza Hukuku, (2007), s. 336 vd.; ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner; Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Ankara, s. 800 vd.; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; Türk Ceza Hukukuna Giriş, (2005), s. 517 vd.; ÖZBEK; Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, (2005), s. 419.

8) Yaptırımlar

556 sayılı KHK'nin 5833 sayılı Kanununun 3. maddesiyle değişik m. 61/A için öngörülen yaptırım, 'Başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal veya hizmet üreten, satışa arz eden veya satan kişi **bir yıldan üç yıla kadar hapis** ve **yirmibin güne** kadar **adli para** cezası ile cezalandırılır.

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

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

Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların bir **tüzel kişinin faaliyeti** çerçevesinde işlenmesi halinde ayrıca bunlara **özü güvenlik tedbirlerine** hükmolunur' şeklinde düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeye bakıldığında, hapis cezasının yanında adli para cezasının da öngörüldüğü görülmektedir. Bu durum, kanun koyucunun bu suçun ekonomik çıkar amacıyla işlenebileceğini kabul ettiği anlamına gelmektedir. Ayrıca, bu suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişilere özgü (TCK m. 60) güvenlik tedbiri olan **iznin iptali** uygulanabilecektir.

Önemle belirtmek gerekir ki, iznin iptali şeklindeki güvenlik tedbirinin, suça ilişkin mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden sonra uygulanması gerekir. Bu nedenle kanunda geçen mahkûmiyet (TCK m. 60/1) ifadesi, kesinleşmiş mahkûmiyet anlaşılmalıdır.

9) Erteleme

Hapis cezasının ertelenmesi, TCK'nin ertelemeyi düzenleyen 51. maddesinde, 'İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır' şeklinde düzenlenmiştir.

'Hapis cezasına mahkûm edilen' ifadesinden, somut cezanın esas alınacağı anlaşılacaktır⁴⁵.

Erteleme sadece hapis cezaları için kabul edilmiştir. Bu nedenle, hem hapis hem de adli para cezası kabul edildiği zaman, sadece, hapis cezası ertelenebilecektir⁴⁶.

45 ÖZGENÇ; Genel Hükümler, (2006), s. 556.; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; Türk Ceza Hukukuna Giriş, (2005), s. 678.; HAKERİ; Ceza Hukuku, (2007), s. 415.; ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, Mustafa Ruhan; Ceza Hukuku, Ankara, 2005, s. 187.

46 ÖZGENÇ; Genel Hükümler, (2006), s. 556.; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; Türk Ceza Hukukuna Giriş, (2005), s. 678.; HAKERİ; Ceza Hukuku, (2007), s. 414.; ÖZTÜRK/ERDEM; Ceza Hukuku, (2005), s. 186.

Bu düzenlemeye göre, m. 61/A'nın 1. fıkrasındaki suç için öngörülen yaptırımlar; **'bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası'**dir. Bu fıkrada kapsamında işlenen suçlar ertelenebilecektir. Üst sınırdan ceza verildiği zaman, sadece, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler ertelemeyen yararlanabilecektir.

M. 61/A'nın 2. fıkrasındaki suç için öngörülen yaptırımlar; **bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası'**dir. 1. fıkrada yer alan ifadeler bu fıkra için de geçerlidir.

M. 61/A'nın 3. fıkrasındaki suç için öngörülen yaptırımlar; **iki yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası'**dir. Somut ceza iki yıl olarak kabul edildiği zaman, onsekiz yaşını doldurmuş, altmışbeş yaşından küçük olan kişiler, ertelemeyen yararlanabilecektir. Somut ceza üç yıl olarak kabul edildiği zaman, onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler ertelemeyen yararlanabilecektir.

10) Dava Zamanaşımı

Dava zamanaşımı, kanunda belirtilen süre içinde kamu davasının açılmaz veya açılmakla birlikte dava sonuçlanmaz (kesin hüküm verilmez) ise, artık söz konusu davaya devam edilememesi anlamına gelir⁴⁷. Bu suç bakımından dava zamanaşımı, TCK'nin 66. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendine göre, sekiz yıldır. Sekiz yıllık sürenin başlangıcı, 66. maddenin 6. fıkrasına göre belirlenecektir. Buna göre, suç, teşebbüs aşamasında kalmış ise, son hareketin yapıldığı günden, zincirleme suç şeklinde işlenmişse, son suçun işlendiği günden, diğer durumlarda ise, suçun işlendiği günden itibaren başlayacaktır. Dava zamanaşımının süresinin belirlenmesinde soyut ceza esas alınacaktır⁴⁸.

Durma ve kesilme nedenleri hariç olmak üzere, sekiz yıllık süre içinde, bu suç ile ilgili davanın açılıp hükmün kesinleşmesi gerekir. Aksi takdirde, suç dava zamanaşımına uğrar ve suça ilişkin dosya hakkında, CMK'nun 223. maddesinin 8. fıkrasına göre **düşme kararı** verilecektir.

11) Şikâyet

556 sayılı KHK'nin m. 61/A'nın 6. fıkrası, 'Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların **soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır**' şeklinde düzenlenmiştir.

Şikâyet süresi, şikâyet hakkı olan kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden itibaren altı aydır (TCK m. 73/1, 2).

47 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; Türk Ceza Hukukuna Giriş, (2005), s. 637.; ÖZGENÇ; Genel Hükümler, (2006), s. 657.; HAKERİ; Ceza Hukuku, (2007), s. 450.

48 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; Türk Ceza Hukukuna Giriş, (2005), s. 639.; ÖZGENÇ; Genel Hükümler, (2006), s. 660.; SOYASLAN; Genel Hükümler, 2005, s. 585.; HAKERİ; Ceza Hukuku, (2007), s. 450.

Şikâyet hakkı, suçtan doğrudan doğruya mağdur olan kişi olan marka hakkı ihlal edilen kişidir.

Kovuşturma yapılabilmesi şikâyete bağlı suçlarda kanunda aksi yazılı olmadıkça suçtan zarar gören kişinin vazgeçmesi davayı düşürür ve hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmaz (TCK m. 73/4). İştirak halinde suç işlemiş sanıklardan biri hakkındaki şikâyetten vazgeçme, diğerlerini de kapsar (TCK m. 73/5).

12) Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi, 171. maddesinin 2. fıkrasında, ‘253 üncü maddenin ondokuzuncu fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere, Cumhuriyet savcısı, soruşturulması ve kovuşturulması **şikâyete bağlı** olup, **üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis** cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasının beş yıl süreyle ertelenmesine karar verebilir’ şeklinde düzenlenmiştir.

Bu düzenleme karşısında, bu suç bakımından kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilemeyecektir. Çünkü, bu suç için öngörülen hapis cezasının üst sınırı, üç (m. 61/A /1, 2) ve dört yıldır (m. 61/A /3).

13) Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, CMK’nin 231. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için, hükmolunan ceza, **iki yıldan az hapis cezası veya adli para cezası** olmalıdır. Bu düzenlemeye göre, bu suç açısından konuya bakıldığında, m. 61/A’nın 1. ve 2. fıkraları bakımından iki yıla kadar hapis cezalarına mahkûmiyet kararı için hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecektir. Çünkü, bu madde hükmündeki ceza somut cezadır⁴⁹. M. 61/A’nın 3. fıkrası açısından ise, alt sınır olan iki yıldan hapis cezalarına mahkûmiyet kararı için hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecektir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, adli para cezaları hakkında da uygulanabilecektir. Buradaki adli para cezasının miktarının iki yıl hapis cezası karşılığı olan adli para cezası mı yoksa, süresi ne olursa olsun bütün adli para cezaları mı olduğu açık değildir. Bize göre, buradaki adli para cezasının üst veya alt sınırı açıkça belirtilmediği için, herhangi bir süreyi kapsayan adli para cezalarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecektir. Çünkü, kanun koyucu, isteseydi, adli para cezalarında da gün sınırlaması yapabilirdi. Nitekim, hapis cezasında yapmıştır. Yapmadığına göre, sınırlama bulunmamaktadır.

49 GÜNDÜZ, Bilal; Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 66, Sayı 1, 2008, s. 160.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının hukuki niteliği, ara karardır⁵⁰. Bu nedenle, temyiz değil itiraz kanun yoluna başvurulabilmektedir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, sanık lehine getirilmiş bir kurumdur. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, ara karar olması nedeniyle, hükümde yer alan ceza kesinleşmez. Bu karar sadece, cezanın infazını geciktirir. Sanık hakkında hüküm verilmiştir. Ancak bu hüküm açıklanmamaktadır. Cezanın ertelenmesinden farkı, Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında hüküm verilmekte ve fakat açıklanmamaktadır. Cezanın ertelenmesinde ise hüküm verilip açıklanmakta ve fakat belirli koşulların gerçekleşmesiyle cezanın infazı ertelenmektedir. Yine bu karar bir ara karar olduğu için, verilen hüküm için kanun yoluna başvurulmamıştır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının hukuki niteliği, ara karar olduğu için, tüzel kişi için uygulanacak güvenlik tedbiri olan iznin iptali kararı uygulanamaması gerekir. Çünkü, mahkumiyet hükmü açıklanmamıştır. Kaldı ki, **bize göre**, hüküm açıklanmış olsa bile güvenlik tedbirinin uygulanabilmesi için, hükmün kesinleşmesi gerekir. Kusurlu iradeye uygulanacak güvenlik tedbiri için de masumluk karinesi geçerli olmalıdır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının uygulanma süresince dava zamanasını durmalıdır CMK.md.231/(8, son cümle).

14) Uzlaşma

Uzlaşma, CMK'nin 253. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye bakıldığında, bu suç bakımından uzlaşma imkânı bulunmamaktadır. Çünkü, CMK'nin 253. maddesinin 2. fıkrasına göre, 'Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olanlar hariç olmak üzere; diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaşma yoluna gidilebilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması gerekir'. Bu düzenleme gereğince, uzlaşma yoluna gidebilmek için, 556 sayılı KHK'de bu yönde bir hüküm bulunması gerekmektedir.

556 sayılı KHK'nin 5833 sayılı Kanununun 3. maddesiyle değişik m. 61/A maddesinin 6. fıkrası, 'Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır' şeklindedir. Bu nedenle, bu suçlar uzlaşmaya tabidir. Ancak, CMK'nin m. 253/3'te yer alan 'Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemez' hükmü gereğinde, satışa arz ve satış suretiyle iktibas veya iltibas suçunda etkin pişmanlık öngörüldüğü için, bu suç açısından uzlaşma mümkün olmayacaktır.

15) Kanun Yolları

Bu suçla ilişkin olarak kanun maddesinde gidilebilecek kanun yolları ve süresi be-

50 KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe; Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2008, s. 1314, 1393.

İrtilmemiştir. Bu durumda, başta temel ceza kanunu olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki suçlar olmak üzere, özel ceza kanunları ve kanunlarda suç ve ceza hükmü içerecek kanun maddeleri hakkında uygulanacak olan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun **İkinci Kısım** başlığı altında düzenlenen **Olağan Kanun Yollarına** başvurulabilecektir. 5271 sayılı CMK ile getirilen **İstinaf** kanun yolu, olağan kanun yolarından gidilecek ilk kanun yoludur. **Temyiz**, istinaf kanun yoluna göre daha sınırlı gidilebilecek kanun yolu haline getirilmiştir. Başka bir ifadeyle, istinaf kanun yolu kural, temyiz kanun yolu istisna haline gelmiştir. Dolayısıyla, bu suça ilişkin olarak ilk derece mahkemesinden verilen karara karşı, 7 gün içinde İstinaf kanun yoluna gidilebilecektir. Çünkü, İstinafın düzenlendiği CMK'nun 272. maddesinin 2. fıkrasında, '... başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan mahkeme kararlarına karşı da hükümler birlikte istinaf kanun yoluna gidilir' hükmü yer almaktadır. Yine, 272. maddenin 3. fıkrasında, istinaf kanun yoluna gidilmeyecek durumlar tek tek belirtilmiştir. Bu düzenlemedeki hükümler birlikte değerlendirildiğinde, bu fıkradaki suç için, istinaf kanun yoluna gidileceği sonucu çıkmaktadır. Ancak, halen Bölge Adliye Mahkemelerinin kurulmamış olmasından dolayı, **temyiz kanun yoluna gidilmektedir**. Temyiz başvurusu, Yargıtay 7. Ceza Dairesine yapılmaktadır. M. 61/A'nın 1. ve 2. fıkralarında öngörülen hapis cezalarının üst sınırı üç yıl hapis cezası, 3. fıkra da öngörülen hapis cezasının üst sınırı dört yıldır. Eğer her bir fıkra için üst sınırdan mahkûmiyet kararı verilirse, bu karara karşı temyiz kanun yoluna gidilecektir. Üst sınırı iki yıldan az olan hapis cezalarında hüküm açıklanmışsa temyiz kanun yoluna gidilecektir. Hüküm açıklanmayıp, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının kararı verilir ise, ortada son karar niteliğinde bir hüküm olmadığı, sadece bir ara karar olduğu için, itiraz kanun yoluna gidilecektir.

16) Görevli ve Yetkili Mahkeme

Bu suçlarda yetkili mahkeme, işaretlerin kullanıldığı yer mahkemesidir. Çünkü, suç, işaretin kullanıldığı yerde işlenmiş sayılır (CMK m.12/1). Ancak, bu suçlarda madde yönünden görevli mahkeme, özel görevli Fikri ve Sinaî Haklar Mahkemesi olduğu ve bu mahkeme her yerde bulunmadığı için, yetkili mahkeme, suçun işlendiği yer bakımından yetkili olan Fikri ve Sinaî Haklar Mahkemesidir.

VI – Sonuç

1) Anayasa Mahkemesinin değişik tarihlerde iptal ettiği ve iptal gerekçesi olarak cezada kanunilik ilkesine aykırı olan 556 sayılı KHK'nin 61/A – c bendi, 5833 sayılı Kanunun değişik 3. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Bu kanun değişikliği ile, suçta kanunilik ilkesine uygun bir düzenleme yapılmış bulunmaktadır.

2) 556 sayılı KHK'nin yürürlükten kaldırılan 9. ve 61. maddelerinde yer alan fiiller, m. 61/A – c bendi gereğince, ceza yaptırımına tabiydiler. Dolayısıyla, suç teşkil etmekteydiler. 5833 sayılı Kanun değişikliği ile getirilen düzenleme ile 556 sayılı KHK'den farklı olarak, 9. ve 61. maddelerde yer alan fiiller suç olmaktan çıkarılmış-

tır. Bu nedenle, 9. ve 61. maddelerde yer alan fiiller, cezai değil hukuki koruma altındadır. Ancak, bu maddelerde yer alan fiiller, örneğin m. 61/A'nın 1. fıkrasında cezai bakımdan koruma altına alınan fiillerin 9. maddedeki fiilleri de kapsadığı gibi, 9. ve 61. maddelerde yer alan fiillerin hepsini veya bazılarını da korumakta ise, dolaylı olarak, 9. ve 61. maddelerde yer alan fiiller de cezai korumadan yararlanacaklardır.

3) 5833 sayılı Kanunun değişik 2. maddesiyle, 556 sayılı KHK'nin 61. maddenin (e) bendi, yürürlükten kalkmış bulunmaktadır. Bu düzenleme yerindedir. Çünkü, 556 sayılı KHK'nin 61. maddenin (e) bendi, suça iştirak eden kişilerin de cezalandırılmasını düzenlemekteydi. İştiraka ilişkin TCK'nun 37 ve devamı maddelerindeki temel düzenleme, bütün suçlar için geçerli olacağından, bu düzenlemenin kaldırılması yerinde olmuştur.

4) 5833 sayılı Kanunun değişik 2. maddesiyle, 556 sayılı KHK'nin 61. maddenin (f) bendi, yürürlükten kalkmış bulunmaktadır. Bu durum karşısında, tescilli bir markanın veya ticaret alanına çıkartılan malın nereden alındığının veya nasıl sağlandığının bildirilmemesi suç olmaktan çıkmış, etkin pişmanlık haline getirilmiştir.

5) Daha önceki yürürlükten kaldırılan KHK'nin 61. maddesinin (b) bendindeki taklit etme durumu, aslında 61. maddenin (a) maddesinin 9. maddeye yaptığı yollama nedeniyle düzenlenmiş olduğu, bu nedenle de, ayrıca 61. maddenin (b) bendinde tekrar bir düzenlemeye yer verilmesinin yersiz olduğu ifade edilmişti⁵¹. 5833 sayılı Kanun değişikliği ile yeniden düzenlenen m.61/ (a) hükmü **yine** 9. maddeye yollama yapmaktadır. 9. maddenin 1. fıkrasının (a) bendi iktibas, (b) bendi iltibas düzenlemektedir. 61. maddenin (b) bendi de iltibasın 'ayırt edilmeyecek derecede benzeri'ni, yani, yine iltibas düzenlemektedir. Sonuç olarak, 61. maddenin (a) bendindeki 9. maddeye yapılan yollama ile, 61. maddenin (b) bendine gerek bulunmamaktadır. Önceki KHK'nin 61. maddesinin (b) fıkrasına ilişkin eleştiriler, şu an için de geçerlidir.

7) Markanın taklit edilmesi, bu madde kapsamında başlı başına bir suç oluşturmamaktadır. Ancak, marka resmi bir belge olması⁵² ve resmi belgenin taklit edilmesinin başlı başına bir suç olması (TCK m. 204) durumu karşısında, markanın sadece, taklit edilmesi halinde, TCK'nın ilgili hükümlerine göre cezai sorumluluğun doğup doğmayacağı sorunu gündeme gelebilir. Markanın sadece taklit edilmesi (iktibas) TCK'nın 204. maddesi anlamında suçtur. Ancak, 5833 sayılı Kanun değişikliği ile 556 sayılı KHK'nin m. 61/A'nın 1. fıkrası anlamında suç değildir. Çünkü, sayılı KHK'nin m. 61/A'nın 1. fıkrası anlamında suç olabilmesi için, taklit edilen markanın mal ve hizmet üretiminde kullanılması, üretilen bu mal ve hizmetin satışa arz edilmesi veya satılması gerekmektedir. 556 sayılı KHK'nin m. 61/A'nın 1. fıkrası

51 TEKİNALP; (2004), s. 30.; YASAMAN, Hamdi; Marka Hukuku, Cilt II, İstanbul, 2004, s. 1076.

52 TEZCAN/ERDEM//ÖNOK; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, (2007), s. 633.

anlamında ancak, teşebbüs söz konusu olabilir. Bunun için de, söz konusu taklit markanın, mal ve hizmet üretiminde kullanılması, üretilen bu mal ve hizmetin satışa arz edilmesi veya satılması amacını taşıdığıının ispatı gerekecektir.

KAYNAKÇA

ALICA, Turkey; Marka, Tasarım ve Patent Hakkına Tecavüz Suçlarına İlişkin Hükümlerin Anayasaya Aykırılığı Sorunu, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 65, Sayı 2, Bahar 2007.

ARKAN, Sabih; Marka Hakkına Tecavüz Halleri – Anayasa Mahkemesinin 2.3.2004 Tarihli Kararı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2004/I, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan Özel Sayısı, Cilt I.

ARKAN, Sabih; Marka Hukuku, Cilt I, Ankara, 1997.

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2006.

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner; Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Ankara.

AYOĞLU, Tolga; Anayasa Mahkemesinin 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, Yıl 8, Cilt 8, Sayı 4.

DEMİRBAŞ, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2006.

ERMAN, Sahir; Sahtekârlık Cürümler, İstanbul, 1970.

GÜNDÜZ, Bilal; Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 66, Sayı 1, 2008.

HAKERİ, Hakan; Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2007.

İÇEL, Kayıhan/DONAY, Süheyl; Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım, I. Kitap, İstanbul, 1999.

KARAN, Hakan/KILIÇ, Mehmet; Markaların Korunması, 556 sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara, 2004.

KAYA, Arslan; Marka Hukuku, İstanbul, 2006.

KESKİN, Serap; Fikri (Düşünsel) Mülkiyet Haklarında Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması, Ankara, 2003.

KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe; Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2008.

- ÖNDER, Ayhan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul, 1991.
- ÖZBEK, Veli Özer; Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt I, Ankara, 2005.
- ÖZGENÇ, İzzet; Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt III, İstanbul, 2003.
- ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2006.
- ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2007.
- ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, Mustafa Ruhan; Ceza Hukuku, Ankara, 2005.
- POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi; Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2004.
- SOYASLAN, Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2006.
- TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2004.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R. Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, 2007.
- TOROSLU, Nevzat; Ceza Hukuku, Genel Kısım, Ankara, 2005.
- YASAMAN, Hamdi; Marka Hukuku, Cilt II, İstanbul, 2004.