

TAKLİT ÜRÜN SUÇLARININ YARGILAMASINDA YAŞANAN SORUNLARA YENİ MARKALAR KANUNU ÇÖZÜM GETİREBİLECEK Mİ?*

Mustafa ALBAYRAK**

1995 yılı Türkiye’de fikri ve sınai haklar mevzuatı bakımından bir milat olarak kabul edilmektedir. Türkiye’nin gümrük Birliğine girmesini sağlayan 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ile fikri ve sınai mülkiyet mevzuatının AB mevzuatına uygun hale getirilmesi kararlaştırılmıştır. Ancak adı geçen mevzuatın sınai haklar kısmının KHK ile düzenlenmesi bir çok sorunu da beraberinde getirmiştir.

Bu yazımızda daha önce birçok yazı ve konuşmalarımızda dile getirdiğimiz ve halen yürürlükte olan 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK’nin ceza yargılamasına ilişkin sorunları ile yeni Markalar Kanunu tasarısındaki (taslağındaki) suç düzenlemeleri hakkındaki düşüncelerimizi açıklayacağız.

I. 556 SAYILI KHK İLE İLGİLİ OLARAK CEZA YARGILAMASINDA YAŞANAN SORUNLAR

1. Suç ve Haksız Fiil Ayırımının Yapılmamış Olması

556 sayılı KHK suç fiilleri ile haksız fiiller arasındaki ayırımı yapmamıştır.

Haksız fiil; kişinin diğer kişilere zarar verici nitelikte olan hukuka aykırı eylemleridir. Haksız fiil sorumluluğu Borçlar Kanunu’nun 41. maddesinde düzenlenmiş olup borç doğuran iki ana kaynaktan birini oluşturmaktadır.¹

* Kanun Tasarı taslağı için bkz., <http://www.sanayi.gov.tr/webedit/gozlem.aspx?sayfaNo=2918>.

** Yargıtay Tetkik Hakimi.

Suç ise sorumlu bir kimse tarafından müspet veya menfi bir hareketle meydana getirilen ceza tehdidini taşıyan bir kanunda yazılmış tarife uygun ve hukuka aykırı olan bir fiildir.²

Suç ile Haksız Fiil Arasındaki Farklar

1. Suçlarda kanunilik ilkesi ve kıyas yasağı bulunduğu halde haksız fiillerde bu geçerli değildir.

2. Suç için aranan unsur ile haksız fiilden aranan unsurlar farklıdır. (Haksız fiillerde kanuni unsurdan söz edilmez)

3 Haksız fiillere teşebbüste yaptırım uygulanmaz. Ortada zarar yoksa tazminat da yoktur. Buna karşılık suçlara teşebbüs cezalandırılır.

4. Suçlar için kural olarak kusurlulukta asıl olan kasttır, istisnaen, yani kanunda açıkça gösterilen hallerde taksir sorumluluğuna karşılık haksız fiiller kusursuz da işlenebilir.

5. Suçun yaptırımı kanunda açık olarak öngörülmüş ceza iken haksız fiillerin yaptırımı tazminattır.³

6. Haksız fiillerde zarar unsuru aranmasına karşılık, suçlarda bu aranmamakta, cezalandırılabilme için en azından bazı suçlarda tehlikeli olma yeterli bulunmaktadır.

7. Ceza hukukunda erteleme, af gibi infazı engelleyen veya kesen müesseseler bulunduğu halde, haksız fiiller bakımından mağdurun feragati olmadıkça, tazminat talebini kaldırıcı bir yol bulunmamaktadır.⁴

KHK'nin 61. maddesi marka hakkına tecavüz fiillerini 6 bend halinde saymıştır.

Bu fiillerin yapılması marka hakkına tecavüz olarak kabul edilmişlerdir.

Buna göre;

¹ Diğeri ise sözleşme ile bağlı kişilerin buna riayet etmemesi sonucu sözleşmeden doğar.

² Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*. İstanbul 1987, s. 297.

³ Bahri Öztürk/Mustafa R. Erdem, *Ceza Hukuku*, Ankara 2005, s. 98.

⁴ Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Ankara 2007, s.95.

a. 9. maddenin ihlali,⁵

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

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

d. Marka sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devir etmek,

e. (a) ile (c) bendlerinde yazılı fiillere iştirak veya yardım veya bunları teşvik etmek veya hangi şekil ve şartlarda olursa olsun bu fiillerin yapılmasını kolaylaştırmak,

f. Kendisinde bulunan ve başkası adına tescilli bir markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini taşıyan ürünün veya ticaret ala-

⁵ Marka tescilinden doğan hakların kapsamı

Madde 9-Aşağıda belirtilen hallerde, marka sahibinin, izni alınmadan markasının kullanılmasının önlenmesini talep etme yetkisi vardır:

a) Markanın tescil kapsamına giren aynı mal veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması,

b) Tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk üzerinde, işaret ile tescilli marka arasında bağlantı olduğu ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali olan herhangi bir işaretin kullanılması,

c) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal veya hizmetlerle benzer olmayan mal veya hizmetlerde kullanılması halinde, tescili istenen işaretin kullanılmasıyla tescilli markanın itibarından dolayı haksız avantaj elde edecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterine zarar verecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılması.

Aşağıda belirtilen durumlar, birinci fıkra uyarınca yasaklanabilir:

a) İşaretin mal veya ambalajı üzerine konulması,

b) İşreti taşıyan malın piyasaya sürülmesi veya bu amaçla stoklanması. teslim edilebileceğinin teklif edilmesi veya o işaret altında hizmetlerin sunulması veya sağlanması,

c) İşreti taşıyan malın ithali (Ek ibare: 3/11/1995 - 4128/5 m.) veya ihracı,

d) İşaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarda kullanılması.

Markanın sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayın tarihi itibarıyla hüküm ifade eder. Markanın tescili için yapılacak başvurunun yayınlanmasından sonra doğabilecek durumlarla ilgili olarak tazminat talebi yapılabilir. Ancak başvurunun yayını ile doğan haklar, tescilin yayınıyla birlikte tescilli markadan doğan hakların kapsamı içinde değerlendirilir. Mahkeme, öne sürülen iddiaların geçerliliğine ilişkin olarak tescilin yayınlanmasından önce karar veremez.

nına çıkarılan malın nereden alındığını veya nasıl sağlandığını bildirmekten kaçınmak.

Kanun tekniğine uygun olmayan bir tarzda bu bentlerde tecavüz oluşturan fiiller açıklanmaktadır.

Madde de marka hakkına tecavüz sayılan bu fiiller için KHK koruma hükümleri içermektedir.

KHK bu tecavüz fiilleri için 62. madde de marka hakkı sahibine aşağıdaki taleplerde bulunma hakkını vermiştir.⁶

1. Tecavüz fiillerinin durdurulması.
2. Tecavüzün giderilmesi.
3. Üretilen veya ithal edilen ürünlere el konulması.

3. Elkonulan ürünlerin ve araçların üzerindeki markaların silinmesi veya marka hakkına tecavüzün önlenmesi için, ürün ve araçların imhası.

4. Mahkeme kararının ilan edilmesi.

Tecavüz Fiilleri İçin Ayrıca Cezai Yaptırımlar da Getirilmiştir

Kanun Hükmünde Kararname ile ceza hükmünün getirilmesi kabul edilmediğinden 556 sayılı KHK'ye 4128 sayılı kanun ile 61/A

⁶ Marka sahibinin talepleri

Madde 62-Marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibi, mahkemeden, aşağıdaki taleplerde bulunabilir:

- a) Marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması,
- b) Tecavüzün giderilmesi ve maddi ve manevi zararın tazmini,
- c) Marka hakkına tecavüz dolayısı ile üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya ile bu eşyaları üretmeye yarayan araç, cihaz, makine gibi vasıtalarla el koyulması talebi.

d) (c) bendi uyarınca el konulan ürünler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınması, (Bu durumda, söz konusu ürünlerin değeri, tazminat miktarından düşülür. Bu değer, kabul edilen tazminatı aştığı zaman, marka sahibinin fazlayı karşı tarafa ödemesi gerekir.)

e) Marka hakkına tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, özellikle bu maddenin (c) bendine göre el koyulan ürünlerin ve araçların üzerlerindeki markaların silinmesi veya marka hakkına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhası talebi.

f) Marka hakkına tecavüz eden kişi aleyhine verilen mahkeme kararının, masrafları tecavüz eden tarafından karşılanarak, ilgililere tebliğ edilmesi ve kamuya yayın yoluyla duyurulması

maddeyle cezai yaptırımlar ilave edilmiş ve bu madde 26.6.2004 tarihli *Resmî Gazete*'de yayınlanarak yürürlüğe giren 5194 sayılı kanunla tekrar değiştirilmiştir.

KHK'nin 61/A-c maddesindeki yaptırımın son haline göre ise;

"61. maddede yazılı fiillerden birini işleyenler hakkında, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına veya yirmi yedi milyar liradan kırk altı milyar liraya kadar ağır para cezasına veya her ikisine, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticaretten men edilmelerine." Şeklinde bir düzenleme vardır.

Böylece KHK'nin 62 maddesindeki hukuk dava yolları devam etmekle birlikte bu haksız fiiller için ayrıca 61/A maddesindeki cezai yaptırımlar ilave edilmiştir.

2. Hukukî Koruma Devam Etmesine Rağmen 62. Maddenin Uygulanması Yapılmayıp İş Cumhuriyet Savcılarına Havale Edilmiştir

Yukarıda belirttiğimiz gibi 61. maddedeki tecavüz halleri için 62. madde koruma yollarını göstermiş ve koruma 22.6.1995 tarihinden 3.11.1995 e kadar bu maddeye göre yapılmakta idi. 4128 sayılı yasayla 61/A maddesi ilave edilerek hukuki korumaya ilaveten cezai yaptırımlar getirilmiştir.

Haksız fiillerin 61/A-c maddesi ile suç fiili olarak kabul edilmesinden sonra 62. maddedeki hukuki koruma yolları bırakılıp iş bir şikayet dilekçesi ile Cumhuriyet Savcısına bırakılmıştır. Şikayet üzerine Cumhuriyet Savcıları kamu davasını açmaktadırlar.

KHK'nin 61/A-c maddesi 61. maddedeki haksız fiilleri suç olarak kabul etmesine rağmen suç fiilleri ile tecavüz fiilleri arasındaki farkları belirtmemiştir

Bilindiği gibi suçun işlenmesi ile toplum düzeni bozulur. Bu suça verilen ceza ile bozulan düzenin tamir edilmesi ve bir daha böyle zararın oluşmaması için orantılı bir ceza öngörülür.

Konumuzla sınırlı olarak baktığımızda bir işyerinde yapılan aramada birkaç taklit ürün bulunması halinde 61. maddedeki tecavüz durumu oluşur. Bunun 61/A-c deki suç fiili olarak kabul edilebilmesi için

her olayın ayrı ayrı değerlendirilmekle beraber bir işyerinin taklit markalı ürünlerin taklit olduğunu gizleyerek, fiyatında orijinal ürün fiyatına yakın bir fiyat ile satması ve bulunduğu yer itibariyle de alıcılarda burada taklit ürün olmaz kanısı oluşması gerekir. (Ankara’da Atakule, Karum ve Armada, İstanbul’da ise Akmerkez veya Aymerkez gibi yerler) Ayrıca işyerinin bu taklit ürün satışlarına çoğunluğu itibariyle tahsis edilmesi gerekir. Çünkü hürriyeti bağlayıcı cezanın yanında işyerinin kapatılması gibi çok ağır bir yaptırım daha vardır.

Yakalanan üründeki markanın satıcı bakımından her hangi bir artı değer ifade etmediği gibi alıcı bakımından yanılarak markanın orijinal olduğu kanısı oluşmadığı durumlarda yani markadan dolayı ilave bir ücret ödemesi yapılmadığı hallerde bunu suç fiili olarak kabul edemeyiz. Burada hak sahibi bakımından 62. maddedeki hukuki yollar mevcuttur.

Fikri ve sınai haklar hem ceza hem de hukuk davaları ile etkin biçimde korunmalıdır. Çünkü biliyoruz ki uluslararası görüşmelerde bu konu devletimizin önüne getirilmektedir. Kaldı ki ülke kalkınması için fikri ve sınai haklar korunmalı ki bu konuda emek ve sermaye harcayanlar çalışmalarına devam edebilsinler. Bu hakların korunmasında 1995 tarihli Dünya Ticaret Örgütü’nün eklerinden olan Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPS) en kapsamlı uluslararası anlaşmadır. Bu anlaşma ile fikri ve sınai hakları yeterince korumayan ülkelere bir takım yaptırımların uygulanacağı öngörülmüştür.

TRIPS’nin 61. maddesi “Üyeler en azından, ‘ticari ölçekte bilerek marka sahtekarlığı’ veya telif hakkı korsanlığı halinde uygulanacak cezai usul ve cezaları hükme bağlayacaklardır. Uygulanabilecek telafi yöntemleri ‘eşdeğer ağırlıktaki suçlara uygulanan ceza düzeyine uygun’, yeterince caydırıcı nitelikte olan hapis ve/veya para cezalarını içerecektir. Uygun hallerde, uygulanabilecek telafi yöntemleri, ihlale neden olan malların ve suçun işlenmesinde esas olarak kullanılan malzeme ve aletlere el konmasını, bunlar üzerindeki hakkın kaybedilmesini ve bunların imha edilmesini de içerecektir. Üyeler fikri mülkiyet haklarının başka şekillerde ihlal edilmesi halinde ve özellikle bu ihlal suçu kasten ve ticari ölçekte işlendiğinde uygulanacak ‘cezai usuller ve cezaları hükme bağlayabilirler’ ” hükmünü içermektedir. Son ibarenin içeriğine uygun olarak AB ülkeleri hukuki korumaya öncelik vermişlerdir. Bizde ise bunun uygulaması bilerek marka sahtekarlığı yapanların yanında -belki de konumuzla

ilgili söylersek-satıcı bakımından kast mı taksir mi olduğu anlaşılamayan “bildiği veya bilmesi gerektiği” görüşü ile⁷ istisnasız her satıcının cezalandırılması yoluna gidilmektedir. (100’lerce kutu kalem ucu arasında bir kutu taklit ürün içinde aynı cezanın uygulanması gibi) Bunun sonucu olarak söyleyebiliriz ki, Avrupa ülkelerinin tamamından fazla ceza davası bizim İstanbul Fikri ve Sınai Haklar Ceza mahkemesinde görülmektedir. Yanlış uygulamanın ne boyutlarda olduğunu okuyucuların takdirine arz ediyoruz.

3. Suçla Orantılı Ceza Uygulaması Kabul Edilmemiştir

Yeni Türk Ceza Kanunu’nun 3. maddesi “Adalet ve kanun önünde eşitlik” ilkesi başlığı taşımakta ve birinci fıkrasında “Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.” şeklinde bir düzenleme getirmiştir.

Bu hükümle amaçlanan, suç işlenmesiyle bozulan toplum düzeninde adaletin sağlanması için suç işleyen kimseye uygulanacak ceza hukuku yaptırımlarının haklı ve ölçülü olması gerektiğidir. Çünkü ancak haklı ve suçun ağırlığıyla orantılı bir yaptırım ile suç işleyen kişinin bu fiilinden pişmanlık duyması sağlanabilir ve yeniden topluma kazandırılması söz konusu olabilir. Yine bireylerin hukuka olan güvenlerinin pekişmesi ve cezanın caydırıcılık etkisinin doğru biçimde gösterilebilmesi için de ceza hukukunun temel ilkelerinden olan orantılılık ilkesine uymak gerekir. Madde ile bu hususa ceza kanununda açıkça yer verilerek, ceza kanunun adaletçi bir karaktere sahip olduğu da vurgulanmak istenmiştir.

Bu konuya verebileceğimiz örnekler çok olmakla beraber konumuzla ilgili olması bakımından söyleyecek olursak; bir dükkanda veya pazar sergisinde yakalanan birkaç taklit markalı gömlek, bir kırtasiye dükkanında beş kutu kalem ucu veya pastel boya veya bir nalburda yakalanan tek matkap için taklit olduklarından ceza davaları açılıp bunların bulundurulması suç kabul edilip 2 yıl hapis veya suç tarihi (2007 yılı) itibariyle 27 milyar liradan kırk altı milyar liraya kadar para

⁷ Mustafa Albayrak, “Taklit Markalı Ürün Ticareti Hem Kast Hem de Taksirle İşlenebilen ve Her İki Halde de Yaptırımı Aynı Olan Bir Suç mu?”, *Legal Hukuk Dergisi*, Nisan 2004, Yıl 2, Sayı 16 (Ayrıca bakınız Mustafa Albayrak, *Fikir ve Sanat Eserleri İle Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar*. Ankara 2004 adlı çalışmamız)

cezası veya her ikisine birden ve ayrıca işyerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılması ve aynı süre ticaretten menine karar verilmesidir

Toplam değeri 2-3 milyon lira olan taklit markalı ürünler için bu cezanın verilmesi suçta ve cezada orantılılık ilkesi ile bağdaşmayan bir durum sergilenmektedir.⁸

4. Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi İhlal Edilmiş, Anayasa'ya Aykırı Hükmün Uygulamasına Halen Devam Edilmektedir.

Kaynağını Anayasamızdan alan, hem 765 sayılı hem de 5235 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda suçta ve cezada kanunilik ilkesi benimsenmiştir.

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinin düzenlemesi şu şekildedir; *“Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.*

İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.

Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.”

Kanun'un amacına ilişkin maddesinde (m. 1) ifade edilen kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınabilmesi için, hangi fiillerin suç teşkil ettiğinin kanunda açık bir şekilde belirlenmesi gerekir. Aynı şekilde, suç işlenmesi dolayısıyla verilecek ceza ve tedbirlerle, cezaya mahkûmiyetin hukukî sonuçları ve bu yaptırımların süre ve miktarlarının da kanunla düzenlenmesi zorunludur.

Anayasa'mızda da ifade edilen ve evrensel nitelikteki *“kanunsuz suç ve ceza olmaz”* ilkesinin gereği olarak suçların tanımlanması ve cezai yaptırımları koyma yetkisine sadece Türkiye Büyük Millet Meclisi sahiptir. Yine Anayasa'ya göre yasama görevi, devredilmesi mümkün olmayan bir yetkidir. Bireyin maddî ve manevî varlığı üzerinde deren etkiler doğuran suç ve cezaların, ancak ulusal iradeyi temsil eden organ tarafından yapılacak kanunla düzenlenebilmesi, kişi hak ve öz-

⁸ Marka Hakları İhlallerinin Ceza Normları İle Korunması veya Mahkeme Koridorlarında Pazarlıklar, HPD (Hukuki Perspektifler Dergisi), Mart 2005, sayı. 3.

gürlüklerine sağlanan en önemli anayasal garantilerden birini oluşturmaktadır.

Anayasa'da temel hak ve özgürlükler alanının, kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceğinin öngörölmesi de, bu garantinin bir ifadesidir. Kişi hak ve özgürlükleri konusunda kanun hükmünde kararname çıkarılamaması bakımından anayasal normla getirilen bu yasağın, idarenin diğer düzenleyici işlemleri için de geçerli olduğu kuşkusuzdur. İşte maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemeyle, Anayasada yer alan emredici normların gereği yerine getirilerek, idarenin düzenleyici işlemleriyle bir suç tanımının kapsamının belirlenemeyeceği ve ceza konulamayacağı açıkça düzenlenmiş olmaktadır.

Halen yürürlükte bulunan sınaî mülkiyet haklarına ait mevzuatımızın büyük bir çoğunluğu KHK ile düzenlenmiştir.⁹ Bu düzenlemenin tabi sonucu olarak ceza hükümleri olmasa bile suç olarak kabul edilen fiiller bu şekilde mevzuatta yer almaktadır.

Yukarıda belirttiğimiz gibi 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK 27.6.1995 tarihinde yürürlüğe girmiş ancak o zaman ceza hükümleri içermemekte idi. Bu noksanlık 3.11. 1995 tarihinde yayınlanan 4128 sayılı kanunla giderilmiş ve 61/A maddesi ilave edilerek cezalar belirtilmiş ve bu maddede 22.6.2004 tarih ve 5194 sayılı kanunla yapılan değişiklikle ceza miktarları değiştirilmiştir. Tespit ettiğimiz kadarıyla bu KHK'de cezalandırılan suç fiilleri 16 çeşit olup¹⁰ bunlardan ilk 5 tanesi Kanunla düzenlenmiş geriye kalanlar KHK'de daha önce haksız fiil olarak kabul edilen eylemler yaptırma bağlanarak suç teşkil eden fiiller haline getirilmiştir.¹¹ Yasama Organına gerek kalmadan Yürütme Organı tarafından fiiller her zaman tamamen kaldırılabilceği gibi içeriklerinin de değiştirilmesi mümkündür. Önceleri Anayasa Mahkemesi bu durumun Anayasaya aykırı olmadığına

⁹ KHK ile düzenlenenler: 1-551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK, 2-556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK, 3-554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK, 4-555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında KHK Kanun olarakta sadece; Entegre Devre Topoğrafyalarının Korunması Hakkında Kanun bulunmaktadır.

¹⁰ Bakınız Fikrî ve Sınaî Haklar Aleyhine İşlenen Suçlar, Mustafa Albayrak Ankara 2004.

¹¹ 7.11.1995 tarih ve 22456 sayılı *Resmî Gazete'* de yayımlanarak yürürlüğe giren 4128 sayılı 24.6.1995 tarihli 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.

karar vermişken.¹² Son verdiği bir kararında KHK’de haksız fiil olarak düzenlenen eylemlerin suç fiili olarak kabul edilemeyeceğini belirterek önünü gelen olayla ilgili olarak iptal kararı vermiştir.¹³ Bu şu demektir diğer suç fiillerinin önüne gelmesi halinde de bunların iptal edilmesi gündeme gelecektir. Bu iptal kararından sonra sınaî haklarda düzenleme yapılmasına rağmen KHK kanunlaştırılmamıştır.¹⁴ Boşluk olmaması için 1 Nisan 2005 tarihine kadar bu konudaki yasal düzenlemenin bir an önce yapılması gerektiğini düşünüyorduk. Ancak 2007 yılını yarıladığımız şu günlerde henüz bir ilerleme kaydedilmemiştir. İptal edilen maddenin uygulaması sona ermiş ancak diğer maddelerin uygulamasına ise devam edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi kararı göstermektedir ki KHK’in bu düzenlemesi Anayasaya aykırıdır. Hüküm bu kadar açık olmasına rağmen bu aykırı hükümler halen mahkemeler tarafından uygulanmaya devam edilmekte ve Yargıtay’da bu açık ihlale rağmen bu uyulamaya ses çıkarmamaktır.

5. Suç ve Cezalarda Belirlilik İlkesi İhlal Edilmiştir

“Bir fül, kanunda yazılı ve sarîh (en açık ve en berrak) bir biçimde suç olarak düzenlenmedikçe, kimse böyle bir füliden dolayı cezaya mahkum edilemez. Bu nedenle örf ve adet kuralları veya hakimın takdir yetkisine dayanılarak bir fülün suç sayılması mümkün değildir.

Bir füliden dolayı mahkumiyet kararı verilebilmesi için, suçların kanunda düzenlenmesi yetmez. Bu düzenlemenin belirsiz olmaması, net ve açık olması gerekir. Çünkü belirsizlik, muğlak düzenlemeler insanları keyfiliğe karşı koruyamaz. Bunun için yeni TCK 2/1 maddesi kanunun açıkça suç saymadığı bir fül için kimseye caza verilemez denilmek suretiyle kanunilik ilkesinin bu yönüne işaret edilmiştir.”¹⁵ “Bir devlette var olan hükümlerin ihlalinin, bir çalışana karşı ceza kovuşturmasını haklı kılabilmesi için bu hükümlerin, bu

¹² -25.1.2001 tarih 32/10 sayılı kararı (4128 sayılı yasayla 560 sayılı KHK ye eklen ceza maddeleri dolayısıyla verilen karar).

¹³ Anayasa Mahkemesi 2.3.2004 tarih ve 2002/92 esas ve 2004/25 sayılı kararı. Kararı 14.5.2004 tarih ve 25462 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış olup yayın tarihinden itibaren bir yıl sonra yürürlüğe girecektir.

¹⁴ 22.6.2004 tarihli 5194 sayılı Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 26.6.2004 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁵ Öztürk, a. g. e., s. 5.

kişi tarafından uymakla yükümlü olduğu kuralları belirleyebilmesi açısından açık ve anlaşılabilir olması gerekir.”¹⁶ Örnek olarak 556 sayılı Markaların Korunması hakkında KHK’nin 61/ A-c maddesini gösterebiliriz¹⁷ ki bu madde 61. maddeye atıfta bulunmakta, 61. maddeye¹⁸ baktığımızda ise bu maddenin de 9. maddeye¹⁹ atıfta bulunduğunu görüyoruz.

6. Kusurluluk Tam Olarak Açıklığa Kavuşturulmamıştır

Marka suçlarında manevi unsur kasıttır. Bazı suç tiplerinde özel kast aranmalıdır. Örnek olarak tanınmış bir markanın veya benzerinin başka mal veya hizmetlerde kullanılmasında özel kast olarak bu markanın tanınmışlığından ve bilinmişliğinden yararlanma kasdı gösterilebilir.

Markaların Korunması Hakkındaki KHK’nin düzenlediği suçlardan “Hakkı Ve İlgisi Olmadığını Veya Tasarruf Yetkisi Bulunmadığını Bilmediği Veya Bilmesi Gerektiği Halde, Marka Üstündeki Haklardan Birini Veya Bu Haklarla İlgili Lisansı Devretmek, Vermek Veya Bu Haklar Üzerlerinde Herhangi Bir Tasarrufta Bulunmak” ile “Markanın Taklit Edildiğini Bildiği Veya Bilmesi Gerektiği Durumlarda Markayı Veya Ayırt Edilemeyecek Derecede Benzerini Taşıyan Ürünleri Satmak, Dağıtmak Veya Başka Bir Şekilde Ticari Alana Çıkarmak, Yada Bu Amaçları Gerçekleştirmek İçin İthal Etmek Veya Ticarî Amaçla Elinde Bulundurmak.” suçlarının hem kast hem de taksirle işlenebilen suçlar olduğu doktrinde de kabul edilmektedir

Fikri ve Sınai haklar aleyhine işlenen suçların bir kısım suç tiplerinde öngörülen bilmesi gerekme ifadeinden hukukçu-bilim adamlarımızın görüşü bunun taksir olduğu şeklindedir.²⁰

¹⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 1999 tarihli kararından (Naklen; Avrupa Birliği Ceza Hukukunun Esasları, Ümit Kocasakal, s. 157-ATAD, 12 Aralık 1996, Ceza Usulü/x, C 74/95, zikreden Mancorda, 115 dn. 70.

¹⁷ Madde 61/ A- c) 61. maddede yazılı fiillerden birini işleyenler hakkında, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına veya yirmi yedi milyar liradan kırk altı milyar liraya kadar ağır para cezasına veya her ikisine, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticaretten men edilmelerine,

¹⁸ Madde 61 - Aşağıda yazılı fiiller marka hakkına tecavüz sayılır:

a) 9. maddenin ihlali,

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

¹⁹ Madde 9 - Aşağıda belirtilen hallerde, marka sahibinin, izni alınmadan markasının kullanılmasının önlenmesini talep etme yetkisi vardır.

²⁰ “Taklit Markalı Ürün Ticareti Hem Kast Hem de Taksirle İşlenebilen ve Her iki

Üzerinde bu kadar keskin bilimsel görüşler bildirilen bir konuda ne yazık ki yargının bu konuyu tartışan bir kararı mevcut değildir.

Halde de Yaptırım Aynı Olan Bir Suç mu?", *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl 2 sayı 16 Nisan 2004.

Bu görüşler şu şekilde dile getirilmektedir.

"Marka üzerinde hukuksal işlemlerle elde edilen haklarla ilgili hukuka aykırı tasarrufla bulunmak suçu ve taklit markayı ticaret alanına çıkarmak suçu hem kast hem de taksirle işlenebilen bir suçtur. Buna göre, sözelimi taklit markayı ticaret alanına çıkarmak suçunda fail, markanın taklit edildiğini bilerek ve isteyerek söz konusu malları ticaret alanına çıkarmışsa kasten bu eylemi işlemiş demektir. Ancak fail, markayı taklit edildiğini bilmesi gerektiği halde, kendisinden beklenen dikkat ve özeni göstermeyip, yada mesleğinde acemilik gösterip, tedbirsiz ve dikkatsiz davranışının sonucunda taklit markayı taşıyan ürünleri ticaret alanına çıkarmış yada bu amaçla ithal etmiş veya elde bulundurmakta ise bu kez taksirli eyleminden dolayı ceza tehdidi altına girecektir. Ancak Ceza Hukuk bakımından, her iki suç açısından kasten işlenen bir eylemin, taksirli şeklinin de aynı ceza ile karşılanması ceza normunun orantılılığı ilkesine aykırı düşmektedir." (Serap Keskin, *Fikri Düşünsel Hakların-da, Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması*, Ankara 2003. s. 148)

"Bu bent kapsamındaki suç seçimlik hareketli suç niteliğindedir. Keza, söz konusu bent kapsamında tanımlanan suç, kasden işlenebilen bir suç olabileceği gibi, taksirle işlenebilen bir suçta olabilmektedir. Zira, suçun oluşabilmesi için, failin "markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde" söz konusu seçimlik hareketlerden birin gerçekleştirmiş olması gerekir.. Bent kapsamında söz konusu edilen fiillerin gerçekleştiren kişinin başkasına ait bir markanın taklit edildiğini bilmiş olması gerekmektedir. Aksine suçun oluşabilmesi için, bent kapsamında söz konusu edilen seçimlik hareketlerden birin gerçekleştiren kişinin başkasına ait markanın taklit edildiğini bilebilecek durumda olması yeterlidir. Böylece söz konusu hüküm, ceza hukuk açısından ilginç bir hükmüdür. ... Bu yönü itibarıyla ceza hukukunun temel ilkeleriyle bağdaştığını söylemek mümkün değildir." (İzzet Özgenc, *Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk. Ünal Tekinalp'e Armağan* 2003 s. 203)

"73.maddenin ilk cümlesinde, kasten ifadesi geçmekle birlikte, Maddenin ilerleyen kısımlarında " ...bildiği veya bilmesi icap ettiği.. " ifadesine birkaç kez yer verilmiştir. Bu maddenin kendi içinde hem kasta, hem de taksire karşılık gelen başka bir ifadeye yer vermesi bir çelişkidir. Yine eserin çoğaltılmasını veya satışa çıkarılmasını bilmesi gerekeceği ifade edilerek bir karine kabul edilmiştir. Böylece sanık, hukuka aykırı durumu bilmediğini veya bilmesi gerekmediğini ispat etmek zorunda bırakılmıştır." (Cahit Suluk, *Telif Hakları ve Korsanlıkla Mücadele*, İstanbul 2004, s. 155)

"Manevi unsur açısından, bent hükmünde bilmesi gerekme ifadesine yer verilmesi, yerinde bir düzenleme değildir.. Burada somut bilgi aranması gerekirdi. Çünkü öngörülen yaptırım oldukça ağırdır. Bilmesi gerekme kavramının ceza hukukundaki şüpheden sanık yararlanır ilkesi ve masumiyet kriterleri açısından bakıldığında sağlıklı olmadığı kanısındayız. Bu yönüyle konu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine götürülse sanık lehine kararlar çıkabilecektir." (Cahit Suluk, *Tasarım Hukuku*, Ankara 2003. s.544)

7. Yargının Koruması Altında Hakkın Kötüye Kullanılmasına Devam Edilmekte ve Birkaç Ayda Binlerce Lira (Milyarlar) Haksız Kazanç Elde Edilmektedir

Markanın kullanılmamasının sonuçlarından biriside iptal davası ile markanın iptal edilmesi, yani tescilinin TPE'ünden silinmesidir. Bu iptal davasını bu tescilden zarar görenler ile birlikte Cumhuriyet savcılarları da açabilmektedir. 556 sayılı KHK'nin 14. maddesi kullanma kabul edilen olguları örneklerle göstermiştir. Ancak uygulamada bu hüküm yokmuş gibi davranılmaktadır. Hatta bu yolla miyarlarca haksız para kazanılmaktadır. Bu işin açığözleri tescil ettirdikleri bir markaya ait ürünleri piyasaya yaymakta, birkaç gün sonrada bu markalı ürünleri hakkında şikayette bulunmakta, iki yıl hapis ve 50 milyar liralık para cezası tehdidi ile sanıklardan çok büyük miktarda para koparmaya çalışmaktadırlar. Bunların pazarlıkları adliye koridorlarında yapılmaktadır. Ne yazık ki bu yöndeki savunmalara itibar edilmemekte, konuyu açıklığa kavuşturacak birimler de bulunmamaktadır. Halbuki markaların tanınmışlığı, reklam ve beğenileri, gerçekte bir marka olup olmadığı, hukuk davasında olmasa bile ceza davasında aranması gerekir ki bu yönde haksız kazanç sağlayan kötü niyetli kişilerin önü kesilmiş olsun. (Buna yargı yoluyla haksız kazanç elde etme denir)

II. MARKALAR KANUNU'NDAKİ (Tasarısında) CEZA HÜKÜMLERİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Kanun tasarısının üçüncü bölümü "*Ceza hükümleri*" başlığın taşımakta ve bu bölümdeki 75. madde de "*Marka hakkına ilişkin cezai hükümler*" bulunmaktadır.

Kanun tasarısının dördüncü bölümünde ise "*Mahkemeler*" başlığı adını taşımakta ve 76. madde de "*Görevli ve yetkili mahkemeler*", 77. madde ise "*Hükmün ilanını*" düzenlemektedir.²¹

²¹ ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Cezai Hükümler

Marka hakkına ilişkin cezai hükümler

Madde 75- (1) Marka hakkına tecavüz ederek mal veya hizmet üreten, satan, satışa sunan, depolayan, gümrükçe onaylanmış bir işlem ya da kullanıma tabi tutan, bir yerden başka bir yere taşıyan veya her ne şekilde olursa olsun ticari amaçla elinde bulunduran kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis ve on bin günden yirmi beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ancak, tecavüz edilen marka kullanılarak üretilmiş malı veya hizmeti satan, satışa sunan, depolayan, gümrükçe

onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutan, bir yerden başka bir yere taşıyan veya her ne şekilde olursa olsun ticari amaçla elinde bulunduran kişi, bu malı veya hizmeti nereden temin ettiğini bildirerek üretkenlerin ortaya çıkarılmasını sağlarsa, hakkında cezanın yarısına hükmolunur.

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

(3) Hak sahibi olmadığı veya üzerinde tasarruf yetkisi bulunmadığı halde, devretmek, lisans vermek veya rehnetmek suretiyle marka üzerinde tasarrufta bulunan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve on bin günden on beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(4) Tescilli bir marka sahibi olmadığı halde, tescilli bir marka sahibi olduğu anlamına gelecek yazı, işaret veya ifadeleri kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(5) Yukarıdaki fıkralarda sayılan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

(6) Yukarıdaki fıkralarda sayılan suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır. Şikayet, dava zamanışımı süresi içinde olmak şartıyla fiil ve failden haberdar olma tarihinden itibaren altı ay içinde yapılır.

(7) Davacı, temin edilebilir olması halinde orijinal ürünü, aksi takdirde ayırt edilebilir nitelikte görüntü veya fotoğrafını şikayet anında ibraz eder. Cumhuriyet Savcısı, arama kararında bilirkişi görevlendirir ve bilirkişi, dosyaya sunulmak üzere, arama sırasında olayın niteliğine göre görüntü veya fotoğraf çekimi yapar.

(8) Yukarıdaki fıkralarda sayılan suçlarla ilgili 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki uzlaşma yöntemleri, Savcılık tarafından gerekli işlemler yapılmış olmak koşuluyla mahkemece, iddianamenin kabulünden sonra uygulanmaz.

(9) Birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarda belirtilen suçlarla ilgili olarak marka hakkı sahibi ile 68 inci maddede belirtilen koşulları sağlayan lisans sahipleri, dördüncü fıkra da belirtilen suçlarla ilgili olarak ise Enstitü, 18/5/2004 tarih ve 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanununa veya 7/6/2005 tarih ve 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanununa tabi kuruluşlar ve tüketici dernekleri şikayet hakkına sahiptir. Şikayetten her aşamada vazgeçilebilir. Hükmün kesinleşmesinden sonra şikayetten vazgeçildiğinde hüküm bütün cezai sonuçları ile ortadan kalkar. Şikayetten vazgeçme nedeniyle davanın düşmesi veya cezanın ortadan kaldırılması halinde, müdahil ve sanık veya hükümlü, yargılama giderlerinden müteselsilen sorumlu olur.

(10) Suçun işlendiğinin sabit olması halinde, mahkeme el konulan malların müsadereci yerine, mülkiyetinin marka hakkına tecavüz edilen kişiye devrine karar verebilir. Ancak bunun için marka hakkına tecavüz edilen kişinin talepte bulunması gerekir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Mahkemeler

Görevli ve yetkili mahkemeler

MADDE 76- (1) Bu Kanunda belirtilen davalarda görevli mahkeme; hukuk davalarında fikri ve sınai haklar hukuk mahkemeleri, ceza davalarında ise soruşturma evresinde koruma tedbirleri konusunda sulh ceza mahkemeleri, kovuşturma evresinde de fikri ve sınai haklar ceza mahkemeleridir. Fikri ve sınai haklar hukuk ve ceza mahkemeleri tek hakimli olarak görev yaparlar.

75. maddeye baktığımızda halen yürürlükte olan Kanun Hükmünde Kararnamenin doğurduğu birçok sakıncayı gidermekle birlikte aşağıda maddeler halinde sıralayacak olduğumuz noksanlıkların uygulamada sorunlar oluşturacak olduğunu düşünmekteyiz.

1. maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesindeki düzenleme şu şekildedir. *“Marka hakkına tecavüz ederek mal veya hizmet üreten, satan, satışa sunan, depolayan, gümrükçe onaylanmış bir işlem ya da kullanıma tabi tutan, bir yerden başka bir yere taşıyan veya her ne şekilde olursa olsun ticari amaçla elinde bulunduran kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis ve on bin günden yirmi beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”*

Hepimizin bildiği gibi hizmet markaları bir işletmenin hizmetlerini diğer işletmelerin hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işaretlerdir.

(2) Fikri ve sınai haklar hukuk ve ceza mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde asliye hukuk ve asliye ceza mahkemelerinden hangilerinin ihtisas mahkemesi olarak görevlendirileceğini ve bu mahkemelerin yargı çevresini, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu belirler.

(3) Sulh ceza mahkemelerince verilen kararlara karşı itiraz, fikri ve sınai haklar ceza mahkemesi bulunan yerlerde bu mahkemelere, bulunmayan yerlerde ise Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nca ikinci fıkra gereğince görevlendirilen asliye ceza mahkemesine yapılır.

(4) Enstitünün bu Kanun hükümlerine göre aldığı bütün kararlara karşı açılacak davalarda ve Enstitünün kararlarından zarar gören üçüncü kişilerin Enstitü aleyhine açacakları davalarda görevli ve yetkili mahkeme, Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi’dir.

(5) Marka sahibi tarafından üçüncü kişiler aleyhine açılacak hukuk davalarında yetkili mahkeme, davacının ikametgahının olduğu veya tecavüz fiilinin gerçekleştiği veya tecavüz fiilinin etkilerinin görüldüğü yerdeki mahkemedir.

(6) Davacının Türkiye’de ikamet etmemesi halinde yetkili mahkeme, Marka Vekilleri Siciline kayıtlı vekilinin işyerinin bulunduğu yerdeki mahkeme, eğer vekillik kaydı silinmiş ise Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesidir.

(7) Üçüncü kişiler tarafından marka başvurusu veya marka sahibi aleyhine açılacak davalarda yetkili mahkeme, davalının ikametgahının bulunduğu yerdeki mahkemedir. Marka başvurusu veya marka sahibinin Türkiye’de ikamet etmemesi halinde altıncı fıkra hükmü uygulanır.

(8) Birden fazla mahkemenin yetkili olduğu durumda, yetkili mahkeme, ilk davanın açıldığı mahkemedir.

Hükmün ilanı

MADDE 77- (1) Dava sonucunda haklı çıkan taraf, haklı bir sebebin veya menfaatin bulunması halinde, masrafları karşı tarafa ait olmak üzere, kesinleşmiş kararın günlük gazete veya benzeri vasıtalarla tamamen veya özet olarak ilan edilmesini talep edebilir.

(2) İlanın şekli ve kapsamı kararda tespit edilir. İlan talebi, kararın kesinleşmesinden sonra üç ay içinde yapılabilir. Bu süreden sonra yapılan talep yapılmamış sayılır.

Bankaların, hastanelerin, reklamcılık, televizyon-radyo yayıncılarının, otellerin, restoranların ve eğlence hizmeti veren firmaların markaları hizmet markaları kapsamında değerlendirilmektedir.

Bir kere marka hakkına tecavüz ederek hizmetin depolanmasından, gümrükçe onaylanmış bir işlem ya da kullanıma tabi tutulmasından ziyade bu hizmeti sunmaya yarayan araç, gereç ve ekipmanları depolamak, gümrük işlemine tabi tutmak, bir yerden başka bir yere taşımak şeklinde düzenlenmesi daha uygun olurdu.

2. maddenin birinci fıkrası ikinci cümlesindeki düzenlemeye baktığımızda *“Ancak, tecavüz edilen marka kullanılarak üretilmiş malı veya hizmeti satan, satışa sunan, depolayan, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutan, bir yerden başka bir yere taşıyan veya her ne şekilde olursa olsun ticari amaçla elinde bulunduran kişi, bu malı veya hizmeti nereden temin ettiğini bildirerek üretenlerin ortaya çıkarılmasını sağlarsa, hakkında cezanın yarısına hükmolunur.”*

Bir kere bu cümlede sayılan bu suçlar için bir yaptırım öngörülmemesine rağmen cezanın yarısına kadar indirileceği belirtilmektedir. Eğer ilk cümledeki cezanın verileceği düşünülerek bu şekilde bir düzenleme yapılmışsa ki maddenin gerekçesi böyle olduğunu söylüyor, bununda mümkün olmadığını düşünüyoruz. Çünkü ilk cümlede *“marka hakkına tecavüz ederek”* ibaresi ile bu tecavüz fiilini gerçekleştiren failin sonraki hareketlerini düzenlenmekte ve cezai yaptırımları göstermektedir.

Fıkra bu haliyle *“tecavüz edilen marka kullanılarak üretilmiş malı veya hizmeti satan, satışa sunan, depolayan, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutan, bir yerden başka bir yere taşıyan veya her ne şekilde olursa olsun ticari amaçla elinde bulunduran kişi”* yi cezalandırmamakta, ancak *“bu malı veya hizmeti nereden temin ettiğini bildirerek üretenlerin ortaya çıkarılmasını sağlarsa”* hakkında cezanın yarısına hükmedileceğini, belirtmektedir. Bunun bir çelişki olduğunu düşünüyoruz

Yine bu hükümle amaçlanan taklit ürün pazarının kaynağına ulaşarak gerçek sorumluları bulmak ve cezalandırmaktır. Burada da failin sorumluluğuna paralel olarak ceza verilmemesi de düşünülmeliydi. En azından hakime ceza vermeme konusunda takdir hakkı verilmeli idi. Bilindiği gibi bu suçlar kasten işlenen suçlardır. Kastın tespitinin zorluğu nazara alındığında ceza verilmemesinin daha adaletli olacak olduğunu düşünüyoruz.

3. Yine bu fıkraya baktığımızda ceza yaptırımları bakımından bil-hassa para cezasının alt sınırının çok yüksek olduğunu düşünmekteyiz . En azından düzenleme şu şekilde olabilirdi, “*meydana gelen zararın veya muhtemel zarar tehlikesinin ağırlığı dikkate alınarak yirmi beş bin güne kadar adli para cezası*” şeklinde olsa idi 180 gün adli para cezası esas alınıp (en alt sınırı 3.600 veya 18.000 YTL) meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı ile orantılı bir adli para cezasına hükmedilmesi mümkün olabilirdi. Bu haliyle para cezasının alt sınırı 200.000 YTL’dir (200 milyar lira). Para cezalarının ertelenemediği düşünüldüğünde mağdurun zararını tazmin imkansız hale gelebileceği gibi zarar veya tehlikenin ağırlığını nazar almadan suç ve ceza arasında orantının da sanık aleyhine olarak ihlal edildiği kanaatini taşımaktayız. Şikayete tabi bir suç için müştekinin eline bu kadar büyük bir fırsat verilmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Bununla beraber hak sahiplerini haklarının en iyi şekilde korunmasına taraftar olduğumuzu her platforma da dile getirmekteyiz.²²

4. maddenin dördüncü fıkrasına baktığımızda; buradaki düzenlemede de para cezasının alt sınırının çok yüksek olduğunu görmekteyiz. Fıkroda “*Tescilli bir marka sahibi olmadığı halde, tescilli bir marka sahibi olduğu anlamına gelecek yazı, işaret veya ifadeleri kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.*” Çünkü tescilli bir marka sahibi olduğu anlamına gelecek yazı, işaret veya ifadeleri kullanmada her zaman net çizgilerle bir ayırım yapılamakta, bilirkişiler bile bu anlam sorununu çözemedektedirler. Kanaatimizce de burada hapis cezasının yanına “*veya adli para cezasına hükmolunur*” şeklinde bir düzenlemenin daha makul olacak olduğunu düşünüyorum. Bu durumda da adli para cezasının 180 günden 730 güne kadar olduğu sonucu çıkmaktadır.

5. Altıncı fıkranın ikinci cümlesi olan “*Şikayet, dava zamanaşımı sü-*

²² “Markalar Aleyhine İşlenen Suçlarda Faturaların Delil Olarak Değerlendirilmesi”, *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl 2. Sayı 20; “Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları Alanındaki Suçların Kovuşturulmasında Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Yolları. 9-10 Eylül 2004 Tarihinde ABD ve Türkiye de Fikri ve Sınai Hakların Etkin Korunması” sempozyumuna sunulan tebliğ. Benzer yazı için. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. Mart/Nisan 2005. sayı 57; “Tasarımlar Aleyhine İşlenen Suçların Yargılamasında Ön Sorun. *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl 2. Sayı 24; “Hâkim Gözüyle Taklit Ürün ve Korsan Eserlere Karşı Mücadelede Başarısızlık Nedenleri”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi. 1. Fikri Mülkiyet Sempozyumuna sunulan tebliğ. 5-6 Mayıs 2005; “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu İle Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Fikri Ve Sınai Haklar Aleyhine İşlenen Suçlara Etkileri” *Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, Yıl 2005-2006/S. 1.

resi içinde olmak şartıyla fiil ve failden haberdar olma tarihinden itibaren altı ay içinde yapılır.” hükmüne gerek olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü şikayetle ilgili TCK’nın genel hükümler kısmında 73. maddede ilgili düzenleme vardır. Bu kanunun 5. maddesi gereğince “Bu kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır.” hükmü sorunu çözmüştür.

6. maddenin sekizinci fıkrasındaki düzenlemeye göre de “Yukarıdaki fıkralarda sayılan suçlarla ilgili 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’ndaki uzlaşma yöntemleri, Savcılık tarafından gerekli işlemler yapılmış olmak koşuluyla mahkemece, iddianamenin kabulünden sonra uygulanmaz.” hükmü mevcuttur. Buna gerek olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü şikayete tabi olması bu suçları CMK 253 ve 254. maddesindeki düzenleme içine almakta ve uzlaşma kapsamında olduğu anlaşılmaktadır.

7. maddenin 9. fıkrasındaki düzenleye göre de “Birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarda belirtilen suçlarla ilgili olarak marka hakkı sahibi ile 68. maddede belirtilen koşulları sağlayan lisans sahipleri, dördüncü fıkroda belirtilen suçlarla ilgili olarak ise Enstitü, 18.5.2004 tarih ve 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu’na veya 7.6.2005 tarih ve 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanunu’na tabi kuruluşlar ve tüketici dernekleri şikayet hakkına sahiptir. Şikayetten her aşamada vazgeçilebilir. Hükmün kesinleşmesinden sonra şikayetten vazgeçildiğinde hüküm bütün cezai sonuçları ile ortadan kalkar. Şikayetten her aşamada vazgeçilebilir. Hükmün kesinleşmesinden sonra şikayetten vazgeçildiğinde hüküm bütün cezai sonuçları ile ortadan kalkar. Şikayetten vazgeçme nedeniyle davanın düşmesi veya cezanın ortadan kaldırılması halinde, müdahil ve sanık veya hükümlü, yargılama giderlerinden müteselsilen sorumlu olur.”

Bu hükümde şikayet hakkı olanların kimler olduğu belirtilmiştir. Madde metni açık, ancak şikayet hakkı olanlar arasına sayılan “68. maddede belirtilen koşulları sağlayan lisans sahipleri”nin çok açık olmadığını düşünüyoruz. Bir kere 68. maddede inhisari ve inhisari olmayan lisans hakkı sahiplerinin dava hakları düzenlenmektedir.²³ Halen KHK

²³ Lisans sahibinin dava açması ve şartları

MADDE 68- (1) Aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa, inhisari lisans sahibi, üçüncü bir kişi tarafından marka sahibinin marka hakkına tecavüz edilmesi halinde, marka sahibinin bu Kanun uyarınca açabileceği davaları, kendi adına açabilir. Aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa, inhisari olmayan lisans sahibinin dava açma hakları yoktur.

de bu konuda açık bir düzenleme olmamasına rağmen Yargıtay'ın inhisari olamayan lisans hakkı sahiplerine bu hakkı vermediğini görmekteyiz.²⁴ Bunun adaletli olmadığını bir yazımızda belirtmiştik.²⁵ Bu ilavenin yazılmasının doğru olmadığını düşünüyoruz.

Şikayetten vazgeçme ile ilgili düzenlemenin isabetli olduğu belirtilmekle beraber, yukarıda belirttiğimiz gibi çok ağır cezai yaptırımlar

(2) Birinci fıkra hükümlerine göre marka hakkına tecavüz dolayısıyla dava açma hakkı olmayan bir lisans alan, noter vasıtasıyla yapacağı bir bildirimle, gereken davayı açmasını marka sahibinden isteyebilir. Marka sahibinin, bu talebi kabul etmesi veya bildirim alıldığı tarihten itibaren üç ay içinde gerekli davayı açmaması halinde, lisans sahibi yaptığı bildirimde ekleyerek kendi adına dava açabilir ve açılan dava marka sahibine ihbar olunur.

(3) Lisans sahibi ciddi bir zarar tehlikesi karşısında ise, ikinci fıkrada belirtilen sürenin bitiminden önce, ihtiyati tedbire karar verilmesini mahkemeden talep edebilir. İhtiyati tedbir kararı alınmasından sonra dava açılması hakkında 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 109. maddesi hükümü uygulanır.

(4) Üçüncü bir kişi tarafından marka hakkına tecavüz edilmesi durumunda, lisans sahipleri, tecavüz nedeniyle uğradıkları zararın giderilmesi amacıyla, marka sahibinin açacağı davaya katılmaya yetkilidir.

²⁴ "Müdahil vekilince mahkemeye sunulan Tokai Seike firması ile Azmsebat Çakmak Sanayi Anonim Şirketi arasındaki sözleşmenin şikayet ve dava açma hakkı tanıyan inhisari nitelikte bir lisans sözleşmesi olmadığı cihetle, 556 sayılı KHK'nin 21. maddesindeki şartların gerçekleşmediği araştırılmadan yazılı şekilde hüküm tesisi (Yargıtay 7. Ceza Dairesi 15.4.2004/7055-5210)

²⁵ Tescilli olan bir markanın kullanım hakkı yapılan bir lisans sözleşmesi ile bir başkasına devredilebilir.

Lisans sözleşmeleri inhisari olan ve inhisari olmayan şeklinde yapılabilmektedir.

İnhisari lisans sözleşmesi; lisans veren, lisans hakkını bir başka kişinin inhisarına bırakmasıdır. Bu lisans türünde lisans veren başkasına markayı kullanma hakkını veremeyeceği gibi açıkça saklı tutmadıkça kendisi dahi markayı kullanamaz.

İnhisari olmayan lisans ise lisans veren markayı kullanım hakkını üçüncü kişinin inhisarına bırakmadan adına tescilli markayı kendisi kullanabileceği gibi üçüncü kişilere de kullandırmaya devam edebilir. KHK'nin 21/6. maddesi inhisari olmayan lisanslarda lisans alanların dava açma haklarının olmadığını belirtmekte ve bunun için yapılması gerekenleri maddenin devam eden fıkralarında göstermektedir.

KHK'in bu düzenlemesi hukuk davaları içindir. Suç oluşturan bir fiilden dolayı zarar gören herkes şikayette bulunabilir. Bu ilke evrensel bir ilke olup hem yürürlükteki ceza mevzuatımızda hem de 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren yeni ceza sistemimizde bu şekilde düzenlenmiştir. Yani suçtan zara gören marka kullanıcı ister inhisari isterse inhisari olmayan lisansla kullanmış olsun suç oluşturan fiilleri her zaman şikayet edebilir ve suçtan zarar gördüğü de açıktır. (Mustafa Albayrak, Ceza Genel Kurulu'nun Marka İhlali ile ilgili Kararının Sınai hakların Yasalaşma Çalışmalarına Etkileri, *LEGAL Fikri ve Sınai Haklar Dergisi*, yıl 2, sayı 6)

karşısında müştekinin elinin kuvvetlendirilerek çok yüksek meblağların ileri sürülerek şikayetten vazgeçme pazarlıkları yapılacaktır. Kaldı ki bu suçlar nedeniyle hak sahiplerinin zararları hiçbir zaman tam olarak tespit edilememektedir. Bunun yanında mahkeme masraflarının müteselsilen alınması yerine sanıktan veya hükümlüden tahsilinin daha mantıklı bir çözüm yolu olduğunu düşünmekteyiz.

8. maddenin 10. fıkrasındaki düzenlemenin yerinde ve bizimde öteden beri savunduğumuz görüşlere uygun olduğunu²⁶ belirtmekle beraber ürünlerin tekrar pazara girmesini engelleyecek tedbirlerin alınmasından sonra bu şekilde bir karar verilmesinin yerinde olacak olduğunu düşünmekteyiz. Gerekçede yazılan bu açıklamanın fıkra metnine yazılmasının daha isabetli olacak olduğunu düşünmekteyiz.

III. Sonuç

Tüm bu açıklamalar ışığında baktığımızda yeni Markalar Kanunu tasarisının halen yürürlükte bulunan 556 Sayılı KHK'nin ortaya çıkardığı birçok soruna çözüm getirmektedir. Bununla beraber yukarıda belirttiğimiz ve her fırsatta dile getirdiğimiz kötü niyetli kişilerin²⁷ önünü kesecek bir düzenlemenin yapılmadığını da söyleyebiliriz.

²⁶ Mustafa Albayrak, Markaların Korunması Hakkında KHK'ye Göre Müsadere, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, (FMR) Yıl 3 sayı 2. Ankara 2002

²⁷ Yukarıda adı geçen, "Yargının koruması altında hakkın kötüye kullanılmasına devam edilmekte ve birkaç ayda binlerce lira (Milyarlar) haksız kazanç elde edilmektedir." aşıklı kısım.