

ANAYASA MAHKEMESİ' NİN 03.01.2008 GÜN VE 2005/15 E 2008/2 K SAYILI KARARINDAN SONRA FİKRİ VE SINAİ HAKLARIN CEZAI AÇINDAN KORUNMASINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

Anayasa Mahkemesi' nin 03.01.2008 tarihli kararı ve mevzuatımız incelediğinde Fikri ve Sınai Hakların cezai açıdan korunmasında kanun hükmünde kararnamelerin kullanılamayacağı ve bu hususta Türk Hukuku' nda kanun boşluğu doğmuş olduğunu kabul etmek gerekir. Hak sahiplerinin bu kanun boşluğu karşısında Türk Ticaret Kanunu tarafından düzenlenen "Haksız Rekabet Suçu" na ilişkin hükümler dairesince korunması mümkündür.

GİRİŞ

Anayasa Mahkemesi' nin 03.01.2008 tarih ve 2005/15 E 2008/2 K sayılı kararı 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname' nin 9. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının (b) bentleriyle, 61. maddesinin anılan bentler yönünden (a) bendi ile (c) bendini iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi' nin bu kararı birçok hukukçu tarafından irdelenmekte ve tartışılmaktadır. **Ancak bu çalışmanın temel amacını kararın hukuki açıdan değerlendirilmesinden ziyade marka hakkının cezai açıdan hangi esaslar dairesince korunacağı ve bilhassa derdest ceza davalarının hukuki geleceğinin değerlendirilmesidir.** Anayasa Mahkemesi kararı 05/07/2008 tarih ve 26927 sayılı Resmi Gazete' de yayınlanmasından itibaren 6 ay geçmiştir. Yürürlüğe girme tarihi olan 05/01/2009 tarihine kadar yasakoyucunun hukuki boşluğu doldurmamış olması nedeniyle bazı fiiller yönünden cezai müeyyide uygulama imkanı da kalmamıştır.

Söz konusu hukuki boşluk halen görülmekte olan yaklaşık ve yaklaşık 9.000 adet olduğunu düşündüğümüz ceza davalarının akıbetini ve marka hakkı başta olmak üzere fikri ve sınai hakları cezai açıdan koruma hususunda bir dizi milletlerarası yükümlülüğü olan Türkiye Cumhuriyeti' nin devletler ailesi içindeki duruşunu yakından ilgilendirmektedir. 21. yüzyılda yabancı sermayenin kredi, teşvik ve vergi muafiyetleri kadar yatırım yapılacak ülkelerde fikri ve sınai hakların etkin bir şekilde korunuyor oluşu kriterini de nazara aldığı yadsınamaz bir gerçektir.

Markanın cezai açıdan korunmasından söz edilemeyeceği ve ciddi bir hukuk boşluğu ile karşı karşıya olunduğunun iddia edildiği bu süreçte bu savın doğru olup olmadığının değerlendirilmesinin son derece büyük önem arz ettiğini düşünüyoruz. **Bu nedenle çalışmamızın içeriğini Anayasa Mahkemesi' nin kararından ziyade, kararın sonrasındaki hukuki görünüm ve tespitler teşkil etmiştir.**

I-KANUNSUZ SUÇ VE CEZA OLMAZ İLKESİNİN FİKRİ VE SINAİ HAKLAR HUKUKU'NA YANSIMASI

1-Mevzuatın Hukuki Niteliği

Fikri ve Sınai Haklar Hukuku sahasında çalışan tüm hukukçuların üzerinde birleştikleri konu bu alanda var olan mevzuatın büyük kısmının kanun hükmünde kararname ile düzenlenmiş oluşunun uygulamada son derece ciddi sorunlar çıkıyor oluşudur. 551 sayılı Patent Haklarının Korunması, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması, 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameler uygulamada en çok kullanılan mevzuat olma özelliğini taşımaktadır. Kanunkoyucunun yeni tarihli olan Yeni Bitki Çeşitlerine Ait Islahçı Haklarının Korunması ve Entegre Devre Topografyalarının Korunmasına ilişkin mevzuatı kanun ile düzenlemiş olmasında bu yönde yapılan eleştirilen de etkisinin olduğu düşünülebilir. Ne var ki yeni ve nispeten daha az uygulanmakta olan bu metinlerin kanunla düzenlenmiş oluşu kanun hükmünde kararnameler ile düzenlenen, değişik tarihli yasalarla birden çok sefer değiştirilmiş fikri ve sınai haklar mevzuatımızın olumsuz ve uygulamada sorunlara yol açan karakterini değiştirmeye yetmemiştir.

Ortaya çıkan en ciddi sorun ise mevcut metinlerin idari düzenleme niteliğindeki kanun hükmünde kararnameler ile düzenlenmiş oluşunun Ceza Hukuku' nun evrensel nitelik arz eden Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ile çelişiyor oluşudur. Cezai yaptırım öngören maddelerin sonradan çıkan kanunlarla düzenlenmesi de suçun maddi unsurunun yani suç teşkil eden fiilin yine kanun hükmünde kararname ile öngörülmüş olması nedeniyle Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi'ne aykırı olduğu haklı tespitlerini beraberinde getirmiştir.

2-Türk Ceza Kanunu' nun 2. maddesi ve 5252 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin sonuç ve etkileri

“Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz” ilkesi, öğretide Ceza Hukuku' nun esasının sadece kanun olduğu kolay ama bir o kadar da net bir şekilde tanımlanmaktadır¹. 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu' nun 2/1. maddesi: “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 hükümlenemez” hükmünü içermektedir. Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz ilkesinin en temel özelliği ise mutlak oluşudur. Öğretide bu ilkenin mutlak niteliğini vurgulamak için bir suçun yanlışlıkla ilga edilmesi durumunda dahi yargıcın bu durumu nazara alamayacağı ve bu yönde bir yetkisinin de olmadığı da kabul edilmektedir². TCK' nun 2/2. maddesi ise açık bir şekilde idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdas edilemeyeceğini öngörmektedir.

Diğer yandan TCK' nun 5. maddesi “Özel kanunlarla ilişki” başlığı altında kanunun genel hükümlerinin “özel ceza kanunları” ve “ceza içeren kanunlardaki suçlar” hakkında da uygulanacağını düzenlemektedir. Kanun koyucunun açık bir şekilde ortaya koymuş olduğu gibi idarenin düzenleyici işlemi ile ihdas edilmiş bir normun cezai yaptırım öngörmesi veya cezai yaptırımı gerektirecek fiili tanımlaması hukuken kabul edilemez niteliktedir. TCK'nun genel hükümleri içerisinde yer alan bu ilke de “Özel ceza kanunu” ve “ceza içeren kanun” lara uygulanacaktır.

Bununla birlikte 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu' nun Yürürlük ve Uygulaması Şekli Hakkında Kanun'un 5349 sayılı kanun ile değişik ve 5560 sayılı 31/10/2006 tarihli yasa ile eklenen Geçici 1. maddesi . “Diğer kanunların 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu' nun Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapıncaya ve en geç 31 Aralık 2008 tarihine kadar uygulanır” hükmünü düzenlemektedir.

Kanun koyucunun mevzuatı genel hükümlere uygun hale getirmek için bir anlamda zaman kazanma amacı ile söz konusu geçici maddeye ihtiyaç duymuş olduğu açıktır. Bununla birlikte kanun koyucunun bizzat kendisince belirlenmiş olan tarihe kadar sözkonusu yasa çıkarma ödevini yerine getirmemiş olduğu da tespit edilmelidir. Bu noktada fikri ve sınai

¹ Faruk Erem, Türk Ceza Hukuku I, 1950 Ankara, s. 4

² Garraud, Traité Théorique et Pratique Du Droit Pénal Français, I, 1935 Paris no:138

haklar mevzuatımızda cezai yaptırım öngören ve kanun hükmünde kararnamelere sonradan eklenen yasaların “özel ceza yasası” ya da “ceza içeren kanun” olarak telakki edilmeleri gerekmektedir.

551 sayılı Patent Haklarının Korunması, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması, 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamelerin cezai müeyyede öngören maddeleri 26.06.2004 tarihli 5194 sayılı Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile getirilmiştir. Oysa suçun hareket kısmı yani maddi unsurunun (fiilinin) düzenleyici işlem ile öngörölmüş olduğu gerçeği değişmemiştir. 5252 sayılı kanunun geçici 1. maddesinde öngörölen sürenin geçmiş olması nedeniyle genel hükümler ile uyumsuz olan tüm bu düzenlemenin uygulama alanının kalmadığı düşünölebilir. Gerçekten de bu durum Anayasa Mahkemesi kararının yürölüğe giriş tarihi olan 5.1.2009’dan kısa bir süre önce ortaya çıkan ve marka hakkı dışında endüstriyel tasarım, patent/faydalı model ve coğrafi işaretler yönünden cezai korumanın ortadan kalkması sonucunu doğuran bir gelişmedir.

Bu noktada ceza yargıcının önündeki sorun ise sanık hakkında hazırlanan iddianamelerdeki sevk maddelerinin hukuken uygulanamaz hale gelmiş olmasıdır. Bu husus beraberinde suça konu olan ve soruşturma safhasında elkonulmuş ürünlerin akıbetini de tartışmaya açacaktır ki başta tescilli marka hakkı sahipleri çoğunlukla müdahil oldukları ve ciddi mali yükümlölöklere katlanarak korudukları haklarının ağır şekilde ihlal edilmesi tehlikesi ile karşı karşıya kalmışlardır. Sanığın prosedürel garantiler ile adil yargılanma hakkından doğan tüm haklarının korunması ne denli hayati ise suçtan zarar görenin de aynı şekilde etkin hukuki korunmadan yararlanma hakkının varlığı tartışmasıdır.

II- CEZAI KORUNMADAN YARARLANILMASINDA BİR ALTERNATİF OLARAK HAKSIZ REKABET SUÇU

I-Hukuki düzenleme

Yukarıda izah olunan hususlar nazara alındığında hak sahiplerinin cezai korunmadan yararlanmaya devam edebilmesi için bir hukuki imkan olarak Türk Ticaret Kanunu’ nun 57/5 ve 64. maddeleri düşünölebilir. Haksız rekabet suçunun özel yasalarda korunan sınai hakların

ihlal edilmesi suçlarına nazaran ikincil nitelik arz ettiği³ ve herhangi bir nedenle özel yasa kapsamında korunmayan fikri ve sınai hakkın haksız rekabet hükümleri dairesince korunacağı ve bir anlamda yedek hukuki çare olarak görülmesi gerekliliği de doktrinde vurgulanmıştır⁴.

Türk Ticaret kanunu' nun 64. maddesi aynı kanunun 57/5. maddesine gönderme yaparak: “Başkasının imtiyası, iş mahsulleri, faaliyeti veya ticaret işletmesiyle iltibaslar meydana getirmeye çalışmak veya buna müsait bulunan tedbirlere başvurmak, hususiyle başkasının haklı olarak kullanıldığı ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtalarıyla iltibasa meydan verebilecek surette, ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları kullanmak veyahut iltibasa meydan veren malları, durumu bilerek veya bilmeyerek, satışa arz etmek veya şahsi ihtiyaçtan başka her ne sebeple olursa olsun elinde bulundurmak” fiilleri için hukuk dâvasını açma hakkını haiz bulunanlardan birinin şikâyeti üzerine ceza mahkemesince bir aydan bir yıla kadar hapis veya beş yüz liradan on bin liraya kadar ağır para cezasıyla veya her ikisiyle birlikte cezalandırılacağını düzenlemektedir.

Kuşkusuz anılan maddenin her somut olay açısından uygulanıp uygulanmayacağı ve suçun fail ve mağdurunun tespiti ile maddi ve bilhassa manevi unsurlarının tayininde nazara alınacak ölçütler farklı bir çalışmanın konusunu teşkil etmelidir. Kanunun tanıdığı şikayet hakkı TTK' nun 58. maddesinde dava açma hakkı tanınan kişilere verilmiştir. Diğer yandan yasanın öngördüğü cezai müeyyede kanun hükmünde kararnamelerdeki düzenlemelere göre çok daha düşüktür.

Türkiye Cumhuriyeti bir dizi uluslararası sözleşme ile fikri ve sınai hakları korumak amacıyla cezai yaptırım öngörmeyi taahhüt emiş, kanun hükmünde kararnameler çıkartmış, ihtisas mahkemeleri kurmuş ve bu mahkemelerde seçkin hakimler yetiştirmiş ve yetiştirmektedir. Bununla birlikte günümüzde hak sahiplerinin, 1956 tarihinde kabul edilen Türk Ticaret Kanunu' na dayanarak fikri ve sınai hakların cezai açıdan korunmaya mecbur

³ Genel nitelikteki düzenlemenin özel nitelikteki norm açısından ikincil ve yedek hukuk kuralı olarak değerlendirilmesi gerekliliğinin Fransa ve İsviçre Hukuku'nda kabul edilmiştir. Bu hususta bkz. Eugène Pouillet *Traité des Marques de Fabrique et De La Concurrence Déloyale En Tous Genres* Paris 1912 s.872 ;Alexander Pfister, *La Naissance De L'Action En Concurrence Déloyale Et Le Droit Commun De La Responsabilité Délictuelle*, Cahiers du Centre Lyonnais D'Histoire Du Droit Et De La Pensée Politique, 2005.

⁴ Victor Gousenber, *La Concurrence Déloyale et Sa Répression En Suisse*, Geneve 1945 s.135 vd.

bırakılmış oluşu oldukça düşündürücüdür. Ancak en azından , Türkiye Büyük Millet Meclisi gündeminde bulunan bir dizi kanun tasarısının kanunlaşmasına kadar geçecek sürede hakkın korunmasında etkinlik imkanı tanınması ve bilhassa derdest ceza davaları kapsamında elkoyulmuş ürünler ile ilgili tereddütleri yok etmesi bakımından önemli bir alternatif olduğu da bir gerçektir.

2- Cezai korunmanın haksız rekabet hükümleri çerçevesinde gerçekleşecek oluşunun uygulamada çıkaracağı sorunlar ve bilhassa mahkemelerin açısından görev meselesi

Özel yasalarca korunmayan marka, patent ve tasarımların genel ve ikincil nitelikteki hüküm olan haksız rekabete ilişkin düzenleme tarafından korunabileceği ve bu suçtan dolayı sanığın yargılanmasına devam edilebileceği kabul edilebilir ise de bu seçenek de uygulama açısından ciddi sorunları ve soru işaretlerini bereberinde getirmektedir. Öncelikle fiilden dolayı haksız rekabet suçuna ilişkin yargılama yapılacak ise bu yargılamanın hangi mahkemenin görevine girdiği sorununun çözülmesi gerekmektedir. Öncelikle belirtmemiz gereki ki haksız rekabet suçundan dolayı yapılacak yargılama 26.9.2004 tarih ve 5235 sayılı Yasanın 10. maddesi uyarınca Sulh Ceza Mahkemesinin görevine girmektedir. Bu noktada özellikle görülmekte olan davalar ile ilgili olarak yargılamanın hangi mahkemenin görevine girdiği hususu önem arz edecektir.

Hak sahiplerinin etkin hukuki korumadan yararlanmaları ve yargılamanın uzamaması için açılmış davalara yine ihtisas mahkemeleri ihtisas mahkemelerinin olmadığı yerlerde ise Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca belirlenmiş mahkemeler bakmaya devam etmelidir. Nitekim CMK 6. maddesi : “Duruşmada suçun hukuki niteliğinin değişmesinden bahisle görevsizlik kararı verilerek dosya alt dereceli mahkemeye gönderilemez” hükmünü düzenlemektedir. Diğer yandan CMK 6. maddesinin genel görevli mahkemeler yönünden uygulanacağı, Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemelerinin ihtisas mahkemeleri olması sebebiyle Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu' nun 24.03.2005 gün ve 188 sayılı kararı ile belirtilen mevzuat açısından yargılama yapmaya görevli olduğu düşünülerek bu mahkemeler yönünden görevsizlik kararı verilebileceği de düşünülebilir. Gerçekten de anılan karar uyarınca Fikri ve Sınai haklar Ceza Mahkemeleri' nin görevine ilişkin olarak sayma yoluna gidilmiştir ancak bu görüşün kabulü durumunda ihtisas mahkemeleri ve diğer mahkemeler arasında uygulama birliği olmayacaktır. Örneğin İstanbul' da ihtisas mahkemnesi nezdinde görülmekte olan bir ceza davası görevsizlik ile sulh ceza mahkemesine gönderilecek ancak

Antalya’da genel görevli mahkeme nezdinde görülmekte olan bir ceza davası ile ilgili görevsizlik kararı verilmesine CMK 6. maddesi engel teşkil edecektir. Bu mahkemelerin “Fikri ve Sınai haklar Mahkemesi sıfatı” ile yargılama yapıyor oluşunun sonucu değiştirmeyeceği görüşündeyiz.

Diğer yandan her ne kadar kanun hükmünde kararnamelerde görev sahasının Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’na belirleneceği belirtilmiş ise de CMK 3. maddesi mahkemelerin görevlerinin kanunla belirleneceğini düzenlemektedir. Görevin açıkça kanunla belirlenmesi gerekliliği, CMK 6. maddesi hükmü ve hak sahibinin hakkının etkin bir şekilde korunabilmesi ve bilhassa davanın zamanaşımaya uğrama riskleri birlikte değerlendirilerek haksız rekabet suçu ile ilgili olarak da ihtisas mahkemelerin yargılamaya devam etmelerinde hukuken doğru kabul edilebilir.

Bu noktada sanığın ihtisas mahkemesi nezdinde yargılandığından prosedüral garantilerinin ihlal edilmeyeceği, aksine suça konu fiil ve haksız rekabet suçunun unsur ve kavramları hususunda ihtisası olan mahkeme nezdinde yargılanmasının maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasında daha faydalı olacağı da düşünülebilir.

Görevsizlik kararının verilmesi durumunda bu karara karşı CMK 5./2. maddesi uyarınca itiraz yoluna gidilebileceği de muhakkaktır. Diğer yandan uygulamada ciddi bir sorun ise Sulh Ceza Mahkemeleri’ nin soruşturma safhasında CMK 100. maddesi uyarınca tutuklama talebiyle sevk edilen kişiler ile ilgili yargılama yaptığı, bunun yanı sıra kendi dosya sayılarının da yüksek olduğu, iş yükünün bu denli yüksek olduğu bir durumda haksız rekabet suçundan dolayı seri bir şekilde çok sayıda davanın bu mahkemelere gönderilmesi olasılığının da ciddi sorunlar yaratabileceği önem arz etmektedir.

Diğer yandan mahkemeler arasında oluşabilecek olumsuz görev uyuşmazlığı hususuna da değinmekte fayda olduğunu düşünüyoruz. CMK 4/2. maddesi görev konusunda mahkemeler arasında uyuşmazlık çıktığında, görevli mahkemeyi ortak yüksek görevli mahkemenin belirleyeceğini düzenlemektedir. Bu durumda aynı Ağır Ceza Mahkemesi yargı çevresi içindeki iki mahkeme arasında çıkabilecek görev uyuşmazlığı açısından uyuşmazlığı ortak yetkili yüksek mahkeme çözecektir. Ancak aynı yüksek mahkeme yargı çevresi içinde olmayan iki mahkeme arasında görev uyuşmazlığı söz konusu olduğunda uyuşmazlığın çözümü Yargıtay tarafından gerçekleştirilecektir.

SONUC

Fikri ve Sınai hakların korunmasında cezai koruma son derece önemli ve etkin bir rol oynamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra caydırıcı, pratik ve daha etkin oluşu nedeniyle hak sahiplerinin fikri ve sınai haklarını korumak amacıyla başvurdukları bu hukuki enstrümanın hukuki yazgısı hususunda ciddi tereddütler olduğu gerçektir. Haksız rekabet suçunun içinde bulunduğumuz dönem açısından ikincil ve yedek hukuk kaidesi olarak uygulanabilirliği var ise de bugün ortada bulunan fiili durumdan kaynaklanan sorunların meselenin içeriği yerine usul yoğun bir çalışma gerektireceği açıktır. Haliyle, böyle bir ortamın hakkın etkin korunmasına çok ciddi darbe vuracağı ve bir engel teşkil edeceği muhakkaktır. Hukuk sisteminde bu denli önemli bir boşluğun bulunması, görülmekte olan birçok davada suçun niteliğinin aniden değişmesi, mahkemelerinin görevi hususunda bu denli büyük tereddütlerin yaşanması ve özellikle milletlerarası taahhütlerin kısmen de olsa gereği gibi yerine getirilmediği şüphesine sebep olabilecek bu nitelikteki durumların hukukçularca özenle değerlendirileceğine inanmak gerekmektedir. “Hukuk Devleti” kavramı sanığın prosedürel haklarının sonuna kadar korunduğu ve garanti altına alındığı buna karşın mağdurun da etkin korumadan yararlanması için tüm tedbirlerin alındığı bir hukuk düzenini öngörmektedir.

© Av. M.N.Aydın DERİŞ – Av. Candaş GÜROL

(Deriş Hukuk Bürosu)