

PATENT İHLALİNE CEZAI YAPTIRIMIN UYGUNLUĞU TARTIŞMALARI

*Av. Dr. Cahit SULUK**

I. GİRİŞ

Anayasa Mahkemesinin (AYM) 2009 yılında verdiği iptal kararı¹ ve yine 5238 sayılı Yeni TCK'nın yürürlüğe girmesiyle patent, faydalı model, tasarım ve coğrafî işarete tecavüz bakımından cezai yaptırım ortadan kalkmıştır. Bunun üzerine konu patent ekseninde ülkemizde ciddi tartışmalara yol açmıştır. Şöyle ki; yaşanan bu süreç nedeniyle doğan boşluğun doldurulması amacıyla bir milletvekili, altı maddeden oluşan 2.4.2009 tarih ve 250 sayılı bir Kanun Teklifi vermiştir². Bu teklifte patente tecavüz,

* İstanbul Bilgi Üniversitesi, İstanbul Barosu, suluk@suluk.av.tr

¹ AYM, 5.2.2009, E. 2005/57, K. 2009/19 - RG, 10.06.2009, S. 27254. AYM, bu kararında özetle; i) 5194 Sayılı Yasada öngörülen hapis ve ağır para cezalarının alt sınırının cezanın, somut olayın ağırlığına göre şahsileştirilmesine imkân vermeyecek şekilde yüksek tutulduğu ve yine işyeri kapama cezası bakımından hakime takdir hakkı tanınmadığı, böylece suç ve ceza arasında orantılılık ilkesine uyulmadığı, bu durumun hukuk devleti ilkesi ile ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil ettiği, ii) Cezai yaptırım yasada düzenlenmesine rağmen, suç tiplerinin KHK ile düzenlendiği, bu düzenlemenin suçta kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği sonucuna ulaşılmıştır. Sonuç olarak AYM, 5194 Sayılı Yasa ile 551 Sayılı PatKHK'ya ilave edilen 73/A maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi ve yine 136. maddenin 1. fıkrasının (a) ve (c) bendlerini, Anayasa'nın 2., 13., 38. ve 91. maddelerine aykırı bularak iptal kararı vermiştir. AYM, anılan maddelerin diğer hükümlerini iptal etmemiştir. Bununla birlikte 5237 Sayılı Yeni TCK'nın 5. maddesi gereği ilgili hükümlerin uygulanma kabiliyeti kalmamıştır.

² Teklif metni için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/2/2-0445.pdf> (son ziyaret; 30.12.2011).

kabaca tarif etmek gerekirse ikiye ayrılmıştır: a) Üreticiler bakımından 2-4 yıl hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası, b) Satıcılar için ise 1-3 yıl hapis veya beş bin güne kadar adli para cezası öngörülmüştür.

Teklifeye ilişkin olarak Adalet Komisyonunda bir Alt Komisyon kurulmuştur. Bu komisyonda çok yoğun tartışmalar sonucunda ceza miktarları düşürülmekle birlikte patente tecavüze cezai yaptırım kabul edilmiştir. Buna göre, üreticiler için 500-20.000 gün; satıcılar için ise 300-5.000 gün adli para cezası öngörülmüştür. Böylece Alt Komisyonun kabul ettiği metinde hürriyeti bağlayıcı ceza bulunmamaktadır. TBMM'nin 23. döneminde verilen bu Kanun Teklifi, 12 Haziran 2011 seçimleri ile birlikte kadük kalmıştır. Daha sonra "Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı" başlığı altında 71 maddelik yeni bir taslak metin, 29.12.2011 tarihinde TPE tarafından görüşlere açılmıştır. Bu metin 94 madde halinde TBMM'ye sunulmuş olup, 18. maddesinde şöyle bir hükme yer verilmiştir: *"Patentten veya faydalı model belgesinden doğan haklara kasten tecavüz etmek suretiyle mal üreten veya mal üretiminde patentli veya faydalı model belgeli bir usulü kullanan kişi, beşyüz günden yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. / Patentten veya faydalı model belgesinden doğan haklara tecavüz suretiyle üretilen veya buluş konusu usulle doğrudan doğruya elde edilen malı birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesine iştirak etmeksizin bilerek satan, satışa sunan, ithal eden, ticari amaçla satın alan, bulunduran, nakleden veya depolayan kişi, üçyüz günden beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ancak belirtilen eylemleri işleyen kişi, kovuşturma başlamadan veya kovuşturma başladıktan ve fakat hüküm verilmeden önce bu malı nereden temin ettiğini bildirerek üreticilerin ortaya çıkarılmasını veya üretilmiş mallara el konulmasını sağlarsa kamu davası açılmaz veya açılmışsa dava düşer".*

Böylece ülkemizde patent tecavüz eylemine, hukuki yaptırımın yanında cezai yaptırım da öngörülmek istenmektedir. AYM'nin iptal kararından önce patente tecavüze, hem hapis hem de para cezası öngörülmüş idi. Yukarıda anılan metinde, iptal kararından önceki düzenlemeden vazgeçilerek *ekonomik suça ekonomik ceza ilkesi* esas alınmıştır. Yine suça konu ürünlerin

ortaya çıkarılmasını veya üretilmiş mallara el konulmasını sağladığı takdirde ikinci fıkrada sayılan kişiler hakkında kamu davası açılmaz. Daha önce dava açılmışsa, dava düşer.

Bu çalışmada öncelikle *patente tecavüz*, kavram düzeyinde incelenecek, daha sonra uluslararası metinlerdeki düzenlemeler ışığında patente tecavüzün, cezai yaptırıma uygunluğu tartışılacaktır. Konuya ilişkin tartışmalara değinildikten sonra, kişisel değerlendirmelere yer verilerek ülkemiz bakımından *hukuk politikası önerisi* getirilecektir.

II. “PATENTE TECAVÜZ” KAVRAMI

1. Terminoloji Sorunu

Tecavüzün sözcük anlamı; haddi aşma, başkasının hakkına saldırma (haksız saldırı), el uzatma ve sınırı geçmedir³. Tecavüz eden, başkasının hukukten korunan alanına izinsiz olarak müdahale etmekte, el uzatmakta ve saldırmaktadır. Eşya mülkiyetinden farklı olarak patentlerde maddi bir alana yapılan maddi bir davranışla değil, hukuki bir alana, hukuka uygun olmayan bir davranışla müdahale vardır⁴. Bu müdahale, izinsiz veya yetkisiz yapıldığı için haksız olarak nitelenir ve tecavüz kabul edilir.

Uygulamada korsan, taklit ve tecavüz kavramları, hatalı bir şekilde birbirlerinin yerine kullanılmaktadır. Oysa bu kavramlar farklı anlamlara gelir. Şöyle ki; Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) Kuruluş Anlaşmasının eklerinden olan Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşmasının (TRIPS) 51. maddesinin 14 no.lu dipnotunda belirtildiği üzere; taklit/sahtekârlık (*counterfeiting*) terimi marka tecavüzünün, korsan (*piracy*) terimi ise telif tecavüzünün sadece belirli türlerini ifade eder. Patentler bakımından ise, bu tür bir kavrama yer verilmemiş; patente tecavüz (*patent infringement*) kavramı bilinçli olarak tercih edilmiştir. Yine korsan ve taklit kavramları,

³ Türk Dil Kurumu: Büyük Türkçe Sözlük, 10. Bası, Türk Dil Kurumu, Ankara 2005, s. 1928.

⁴ Karahan S., Suluk C., Saraç T., Nal T.: Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, 3. Bası, Seçkin, Ankara s.. 2011, s. 249.

Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı (*WIPO*) tarafından da özenle birbirinden ayrılmıştır⁵.

Patente tecavüz, 551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK'nın (PatKHK) 136. maddesinde sayılan fiillerden biriyle **patentin koruma kapsamına yapılan izinsiz müdahaledir**. Anılan maddede tecavüz halleri, sınırlı sayı kuralı (*numerus clausus*) ile belirlenmiştir⁶.

2. Tecavüzün Belirlenmesine İlişkin Temel Kurallar

Patent hakkına tecavüzden söz edebilmek için öncelikle ilgili patentin koruma kapsamı belirlenir. Patent hukukunda korumanın kapsamı esas itibariyle istemlere bakılarak tespit edileceğinden (PatKHK m. 83/I), tarifnamede genel olarak tarif edilmiş ve fakat istemlerde belirtilmemiş özelliklerin, suçlanan araçta kullanılması tecavüz değildir. Zira tecavüz analizinde karşılaştırma istemler ile suçlanan araç arasında yapılır⁷. Bazen doğrudan tecavüz yerine dolaylı yollardan tecavüz gerçekleşebilir (PatKHK m. 74). Gerek doğrudan tecavüz ve gerekse dolaylı tecavüz analizleri, genellikle yoruma muhtaçtır. Bu nedenle denebilir ki, **korumanın kapsamını belirlemek bir yorum sorunudur**⁸.

⁵ WIPO ACE: The Contribution of, and Costs to, Right Holders in Enforcement, Taking into Account Recommendation 45 of the WIPO Development Agenda, Fifth Session, Geneva, November 2 to 4, 2009, s. 20-23 http://www.wipo.int/edocs/mdocs/enforcement/en/wipo_ace_5/wipo_ace_5_6.pdf (son ziyaret; 19.1.2012).

⁶ Ne var ki, patentin koruma kapsamı 73 ve 74. maddelerde kaleme alınmıştır. Bu yapılırken de 136. ila 73 ve 74. maddelerde farklı ifadeler yer verilmiştir. Bir eylem 136. maddedeki düzenlemeye girmemesine rağmen 73 veya 74. maddeye girebilir. Bu halde ihlalin gerçekleşip gerçekleşmediği tereddüde yola açabilmektedir.

⁷ **Holzmann R.**: Infringement of the United States Patent Right, Westport, USA 1995, s. 78.

⁸ Dünyada yorum konusunda temel iki yaklaşım bulunmaktadır. Alman hukukunda geniş yorum benimsenirken, İngiliz hukukunda dar yorum tercih edilmiştir. Bu farklı yaklaşımın tarihi kökenleri vardır. Bkz. **Fisher, M.**: Fundamentals of Patent Law, Hart Publishing, Oxford 2007, s. 223 vd. ile 291 vd.

Aşağıda açıklanacağı üzere eşdeğerler doktrini nedeniyle korumanın alanı, istemlerde kullanılan kelimelerin lafızlarının ötesine geçer. Yani bu doktrin sayesinde koruma alanı genişler ve yine tam da bu nedenle koruma alanının sınırları belirsizleşir. Bu ise, üçüncü kişilerin hukuk güvenliğini tehdit etmeye başlar. Bu durumu dikkate alan yasa koyucu, birtakım yorum kuralları belirlemiştir. Türkiye'nin de tarafı olduğu Avrupa Patent Sözleşmesinin (EPC) 69. maddesine paralel olarak hukukumuzda istemler, bir yandan patent hakkını, diğer yandan üçüncü kişilerin hukuk güvenliğini garantiye alacak kesinlik ve belirlilikte yorumlanır (PatKHK m. 83/II). İstemler, kullanılan kelimelerle sınırlı (lâfzî olarak) yorumlanmaz. Diğer yandan yine EPC m. 69'daki düzenlemeye paralel olarak buluşu yapan tarafından düşünülen ve fakat istemlerde talep edilmeyen, buna karşılık *meslek erbabınca (skilled person)*⁹ tarifname ve resimlerin yorumlanmasıyla ortaya çıkacak özellikleri kapsayacak şekilde ve genişlikte de kabul edilmez (PatKHK m. 83/IV).

Böylece bir yandan eşdeğerler doktrini sayesinde patent sahibine hak ettiği koruma verilmekte, diğer yandan üçüncü kişilere hukuk güvenliği sağlanmaktadır. Elbette bu koruma ve hukuk güvenliği teoride sağlanmaktadır. Esas maharet, yorum kurallarını pratiğe aktararak somut olayların her birinde doğru bir şekilde hayata geçirmektedir.

Koruma kapsamı belirlendikten sonra suçlanan eylemin, bu kapsama girip girmediğine bakılır. Bağımsız isteme tecavüz edilmemişse, o bağımsız isteme bağlı olan istemlere de tecavüz yok demektir. (PatKHKY m. 9). Bu nedenle bir bağımsız isteme tecavüzün bulunmadığı belirlenmişse, artık o isteme bağımlı olan istemler bakımından inceleme yapmak gereksizdir.

Yapılan bu açıklamalar, tecavüzün belirlenmesinin ne kadar güç olduğunu göstermektedir¹⁰. İstisnai haller bir tarafa bırakılırsa *patent hakkına tecavüzü belirlemek yorumu gerekli kılmakta ve bu da ihlalin tespitini*

⁹ PatKHK'nın 9. maddesinde uzman terimi hatalıdır.

¹⁰ Özellikle eşdeğer yoluyla tecavüz ve dolaylı tecavüz hallerinin belirlenmesinde bu güçlük daha da artmaktadır. Tecavüz çeşitleri için bkz. **Holzmann**, 78; **Saraç**, T.: Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması, Seçkin, Ankara 2003, s. 163 vd.

güçleştirmektedir. Tam da bu nedenle gelişmiş olan bir ülkede aynı patente tecavüzün gerçekleştiği kabul edilirken, yine gelişmiş olan başka bir ülkede tam tersi bir karar verilebilmektedir. Gelişmekte olan ülkelerde ise, durum daha da karmaşık bir hal almaktadır.

III. ULUSLARARASI METİNLERDE PATENTE TECAVÜZE İLİŞKİN CEZAI YAPTIRIMIN DÜZENLENİŞİ

1. TRIPS

TRIPS'in 61. maddesinde bazı marka ve telif tecavüzleri bakımından ceza öngörülmüş, fakat patent tecavüzleri için bu yapılmamıştır: “*Üyeler en azından, ticari ölçekte bilerek marka sahtekârlığı (trademark counterfeiting) veya telif korsanlığı (copyright piracy) halinde uygulanacak cezai usul ve cezaları hükme bağlayacaklardır. ... Üyeler fikri mülkiyet haklarının başka şekillerde ihlal edilmesi halinde ve özellikle bu ihlal suçunu kasten ve ticari ölçekte işlendiğinde uygulanacak cezai usuller ve cezaları hükme bağlayabilirler*”.

Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere üyeler sadece “... *ticari ölçekte bilerek marka sahtekârlıkları ile telif hakkı korsanlığına ...*” karşı cezai yaptırım öngörme yükümlülüğü altındadır¹¹. Bu iki kategori dışındaki fikri mülkiyet hak tecavüzleri bakımından da bu yönde bir yükümlülük bulunmamaktadır¹². Demek ki, üye bir ülkenin *patente tecavüz eylemine*

¹¹ TRIPS m. 51, dñn. 14'e göre; “sahte marka mallar’ (trademark counterfeiting), bu mallar için gerekli olarak tescil edilmiş bir markaya benze veya esas unsurları ile bu markadan ayırt edilmeyen bir markayı izinsiz olarak taşıyan ve bu nedenle ithalat yapılan ülkenin yasaları kapsamında söz konusu markanın sahibinin haklarını ihlal eden mallar ve bu malların ambalajları anlamında olacaktır”. “Telif hakkına tabi korsan mallar’ (copyright piracy), malların üretildiği ülkede ha sahibinin veya hak sahibi tarafından usulüne uygun olarak yetkili kılınmış şahsın izni olmadan kopyası yapılmış olan ve bu kopyanın malların ithal edildiği ülkenin yasaları kapsamında bir telif hakkının veya ilgili bir hakkın ihlal edilmesine yol açacak bir maddede doğrudan veya dolaylı olarak yapılmış olan mallar anlamında olacaktır”.

¹² ICTSD / UNCTAD: Resource Book on TRIPS and Development: An authoritative and practical guide to the TRIPS Agreement, Cambridge University Press,

cezai yaptırım öngörmesi TRIPS plus'tur; yani TRIPS'in öngördüğü korumanın da üstünde bir korumadır. Bununla birlikte bir üyenin, *TRIPS plus* bir korumaya yer vermesi TRIPS'e aykırı değildir. Benzer şekilde bir üyenin, patente tecavüz eylemi bakımından cezai yaptırıma yer vermemesi TRIPS'ten doğan yükümlülüklerini ihlal etmez.

Şunu da belirtelim ki, TRIPS'te öngörülen cezai yaptırım sadece marka sahtekârlığı ve telif korsanlığı ile sınırlı olup, diğer marka ve telif tecavüzlerini kapsamamaktadır¹³. Bu bağlamda iltibas veya intihal gibi hak ihlalleri yönünden cezai yaptırıma yer verilmemesi TRIPS'e aykırı olmayacaktır¹⁴.

2. ACTA

Ticarette Sahteciliğin Önlenmesi Anlaşması (*Anti-Counterfeiting Trade Agreement - ACTA*)¹⁵ henüz yürürlüğe girmemekle birlikte konumuzla doğrudan ilgilidir. Bu anlaşmanın temel amacı, uluslararası düzeyde fikri mülkiyet ihlallerini önlemek için uluslararası düzeyde standart kuralları belirlemektir. 2006 yılında ABD ve Japonya'nın başı çekmesiyle başlayan süreç, 2010 yılında Tokyo'da Anlaşma Taslağını doğurmuştur. TRIPS'in tamamlayıcısı niteliğinde olan ACTA'ya sadece DTÖ üyeleri taraf olabilecektir. TRIPS'in aksine ACTA'da fikri mülkiyet haklarının korunması ve kapsamı gibi hususlara yer verilmemiştir. ACTA bir uygulama

Cambridge 2005, s. 619-620; WTO, Panel Report, China - Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights (China - IPRs), (WT/DS3262/R), 26 January 2009, No: 7.518.

¹³ ICTSD / UNCTAD, s. 620.

¹⁴ Öğretide bu ayırımın net olmadığına, yine ticari ölçek ifadesinin de muğlak olduğuna dikkat çekilmiştir. Bkz. **Blakeney M.**: International Proposals for the Criminal Enforcement of Intellectual Property Rights: International Concern with Counterfeiting and Piracy, Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper No. 29/2009, s. 2.

¹⁵ Büyük ölçüde kapalı kapılar ardında müzakeresi yapılan ACTA'ya nihai şekli 15 Kasım 2010 tarihinde verilmiş olup, bu metne şu linkten ulaşılabilir: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/may/tradoc_147937.pdf (son ziyaret: 27.11.2011).

(*enforcement*) anlaşması şeklinde tasarlanmış olup, TRIPS m. 41 ve devamına oranla daha ileri, detaylı ve kapsamlı hükümler içermektedir.

Önemle belirtelim ki, ACTA'nın cezai hükümleri de TRIPS'e paralel şekilde ticari ölçekli ve kasıtlı *marka sahtekârlığı*, *telif ve bağlantılı hak korsanlığı* ile sınırlandırılmış olup, *patent tecavüzleri* kapsam dışında bırakılmıştır (Taslak Anlaşma m. 23)¹⁶. Özetle, çalışmamızın konusu itibariyle TRIPS ve ACTA paralel hükümler içermektedir.

Yine gerek TRIPS'te gerekse ACTA'da her tür marka ve telif tecavüzüne cezai yaptırım öngörülmemiş; sadece taklit (*counterfeiting*) ve korsanlık (*piracy*) cezalandırılmıştır¹⁷. Oysa mer'i telif hukukumuzda cezai yaptırıma tabi telif tecavüzleri olabildiğince geniş tutulmuştur. Yine 5833 Sayılı Yasa¹⁸ ile MarKHK'da yapılan değişiklikle marka suçları *üretmek*, *satmak* ve *satışa arz etmek* eylemleri ile sınırlı tutulmakla birlikte, bu haliyle dahi mer'i düzenlememizdeki cezai yaptırıma tabi eylemler, TRIPS ve ACTA'da öngörülenden daha geniş olduğu burada not edilmelidir.

3. Avrupa Birliği

Avrupa Birliğinde (AB), fikri mülkiyet haklarının uygulanmasının teminine yönelik *hukuki yaptırımlara* (özel hukuka) ilişkin (2004/48/EC) 29 Nisan 2004 tarihli Yönergeyi yürürlüğe koymuştur¹⁹. Bu Yönerge, patentler

¹⁶ Anlaşma Taslağının Özel Hukuk Hükümlerine (Civil Enforcement) ilişkin İkinci Bölümündeki hükümlerin, üyeler tarafından patent ve açıklanmamış bilgiler bakımından uygulanmayabileceği de hükme bağlanmıştır. Bkz. Taslak Anlaşma dpn. 2. Yine Sınır Önlemlerini düzenleyen Üçüncü Bölümdeki hükümlerin patent ve açıklanmamış bilgilere uygulanmayacağı kararlaştırılmıştır. Bkz. Taslak Anlaşma dpn. 6.

¹⁷ ACTA'nın Ocak 2010 tarihli müzakeresinde Japonya ve Yeni Zelanda, iltibasa yol açacak marka ihlallerinin de metne dahil edilmesini önermiş, fakat bu öneri kabul görmemiştir. Bkz. **Manta**, I. D.: The Puzzle of Criminal Sanctions for Intellectual Property Infringements, Harvard Journal of Law & Technology, Volume 24, Number 2 Spring 2011, s. 490.

¹⁸ RG, 28.1.2009, S. 27124.

¹⁹ OJ, 2.6.2004, L 195/16 (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:195:0016:0025:EN:PDF>) (27.11.2011)

de dâhil olmak üzere herhangi bir istisnaya yer verilmeksizin fikri mülkiyet haklarına uygulanacaktır (Yönerge m. 2).

AB'de cezai yaptırımlara ilişkin ayrı bir Yönerge Taslağı hazırlanmıştır²⁰. Taslağın (AB/2005/0127) 2005 yılındaki ilk versiyonunda patentler de dâhil olmak üzere fikri mülkiyet ihlalleri bakımından cezai yaptırım öngörülmüş idi. Başta *Max Planck Enstitüsü (MPI)* olmak üzere bu düzenleme ilgili çevrelerden çok sert eleştiriler almıştır²¹. *MPI*'un eleştirileri şöyle özetlenebilir²²:

a) Gelişmiş olan pek çok ülkede fikri mülkiyet koruması bakımından cezai yaptırım ikincil derecede hukuki bir enstrüman olarak kullanılmaktadır. Patent tecavüzüne cezai yaptırım ise çok nadiren başvurulmuş bir yöntemdir. Marka ve telif tecavüzlerine cezai yaptırım, marka taklidi ve telif korsanlığı ile sınırlı olarak uygulanmaktadır. Başka bir deyişle, marka ve telif tecavüzlerine cezai yaptırım öngörülmekte ve fakat her tecavüze değil de sadece belirli tecavüz türlerinde cezai yaptırım gündeme gelmektedir²³.

b) Cezai yaptırım, hukuki yaptırıma oranla çok daha sert sonuç ve etkiler doğurur. Bu yüzden cezai yaptırıma pek çok ülkede son çare olarak başvurulmaktadır²⁴.

²⁰ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006PC0168:EN:NOT> (son ziyaret; 22.1.2012).

²¹ Patent ihlaline cezai yaptırım öngören Yönerge Taslağının hükmü ile ilgili gelen görüşlerin hemen tamamı bu durumun düzeltilmesi yönündedir. Bkz. <http://acta.ffii.org/?p=454> (21.1.2012). Nitekim bu görüşler doğrultusunda Taslağın ikinci versiyonunda ilgili hüküm çıkartılmıştır.

²² **Hilty**, R. M., **Kur**, A. and **Peukert** A.: Statement of the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Criminal measures Aimed at Ensuring the Enforcement of Intellectual Property Rights, IIC, V. XXXVII, No: 8/2006, p. 970-977. Karş. **Schneider** M. and **Vrins**, O.: The EU Offensive against IP Offences: Should Right-Holders Be Offended?, Journal of Intellectual Property Law & Practice, V. I, No: 3/2006, s.173-176.

²³ **Hilty/Kur/Peukert**, s. 972.

²⁴ **Hilty/Kur/Peukert**, s. 974.

c) Cezai yaptırım öngörülürken orantılılık ilkesine, açıklık ilkesine ve amaca ulaşmak için en dar çerçevede tutma ilkesine riayet edilmelidir²⁵. Bu çerçevede AB’de cezai yaptırıma ilişkin uyumlaştırma marka taklidi ve telif korsanlığı ile sınırlı tutulmalı, iltibas gibi bunun dışındaki ihlallerde hukuki yaptırım ile yetinilmelidir²⁶.

d) Paralel ithalat bakımından cezai yaptırım öngörülmemelidir²⁷.

e) Cezai yaptırımın kötüye kullanımı da usuli, hukuki ve cezai yaptırımlara tabi tutulmalıdır. Çünkü fikri mülkiyet hakkının kötüye kullanımı, piyasadaki rekabeti olumsuz yönde etkilemektedir²⁸.

Bu eleştirilerin de ışığında sonradan bir durum değerlendirmesi yapılarak Taslağın 2007 tarihli versiyonunda *patente tecavüz eylemine* cezai yaptırım, AB Parlamentosu tarafından metinden çıkarılmıştır²⁹. Taslağın

²⁵ **Hilty/Kur/Peukert**, s. 973.

²⁶ **Hilty/Kur/Peukert**, s. 974.

²⁷ **Hilty/Kur/Peukert**, s. 975.

²⁸ **Hilty/Kur/Peukert**, s. 976. Yazarların bu son önerileri öğretilerde evergreening stratejisi olarak bilinen patent korumasının kötüye kullanımını engelleyeceğinden oldukça dikkat çekicidir. Araştırmacı ilaç firmalarının son yıllarda molekül bulma oranları oldukça azalmış, kritik ürünlerin patent süreleri de dolmaya başlamıştır. Bu ve benzeri etkenler araştırmacı ilaç firmalarının, patent sistemini kötüye kullanmalarına yol açmaktadır. Şöyle ki, bir ilaç ürünü bakımından kök patentin yanında devam patentler alınmakta, böylece jenerik firmaların ilgili ürünü piyasaya sokmalarına engel olmaya çalışılmaktadır. Araştırmacı ilaç firmalarının, ürünlerinin patent koruma sürelerini bu şekilde aslında hak etmedikleri bir yöntemle uzatarak jenerik firmaların rekabetini engelleme çabalarına evergreening stratejisi denir. AB Komisyonunun ilaç sektörüne ilişkin nihai raporunda bu stratejiden tüketici kuruluşlarının kaygı duyduğuna özellikle dikkat çekilmiştir. Bkz. EU Commission: Pharmaceutical Sector Inquiry - Final Report, 8 July 2009, yy, s. 358 vd. (http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/staff_working_paper_part1.pdf (son ziyaret; 31.12.2011))

²⁹ Bu değişiklikte Microsoft ve Nokia gibi bilişim teknolojileri firmaları ile bazı örgütler etkili olmuştur. Bkz. **Meller**, P.: Odd Coalition Opposes Criminalizing Patent Violations, New York Times, Dec. 10, 2005, at C4, available at

Amaç ve Kapsam başlığını taşıyan 1. maddesinde patent, faydalı model, yeni bitki çeşitleri ile ek koruma sertifikalarının kapsam dışında olduğu açıkça hükme bağlanmıştır³⁰. Bunun nedeni; *patentin geleneksel olarak özel hukuka özgü bir sorun olmasıdır*. Bu bağlamda marka taklidi ve telif korsanlığından farklı olarak patent tecavüzünü belirlemenin kolay olmayışı da önemli bir etken olmuştur. Anılan Taslak, 2010 yılında başkaca gerekçelerle AB Komisyonu tarafından yürürlüğe giremeden tamamen geri çekilmiştir³¹.

Son olarak belirtelim ki, AB’de gümrüklerde taklitçilik ve korsanla mücadele bağlamında, belirli şartlar altında fikri mülkiyet ihlallerinin cezai yaptırıma tabi tutulacağı ayrıca düzenlenmiştir³².

4. Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı (WIPO)

WIPO, misyonuna uygun olarak fikri mülkiyet haklarının etkin şekilde korunması için özel çalışmalar yürütmektedir. WIPO bünyesinde hakların uygulanmasına ilişkin bir Danışma Komitesi (*Advisory Committee on Enforcement - ACE*) kurulmuş olup, bu Komite uzun süredir faaliyetini sürdürmektedir. ACE, 2009 yılında gerçekleştirdiği beşinci oturumunda patent tecavüzüne cezai yaptırımı sorgulamıştır³³. Sorgulama yapmasına rağmen ACE, bu hususta bir pozisyon almamış görünmektedir.

http://www.nytimes.com/2005/12/10/business/worldbusiness/10patent.html?_r=1
(son ziyaret; 6.12.2011).

³⁰ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0145+0+DOC+XML+V0//EN> (son ziyaret; 27.11.2011)

³¹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:252:FULL:EN:PDF> (son ziyaret; 27.11.2011).

³² Bkz. Council Regulation (EC) No 1383/2003 of 22 July 2003 Concerning Customs Action against Goods Suspected of Infringing Certain Intellectual Property Rights and the Measures to Be Taken against Goods Found to Have Infringed Such Rights OJ, 2.8.2003, L 196/7.

³³ WIPO –ACE: Enforcing Intellectual Property Rights: An Economic Perspective, http://www.wipo.int/edocs/mdocs/enforcement/en/wipo_ace_5/wipo_ace_5_6.pdf (son ziyaret; 19.1.2012).

Diğer yandan *ACE*, 2010 yılındaki altıncı oturumunda ise taklitçilik ve korsanlık kavramları ile tecavüz kavramını birbirinden ayırmaktadır. *ACE*, cezai yaptırım bakımından fikri mülkiyet hak kategorileri bakımından son zamanlarda sıkça dile getirilen; *hepsi için geçerli (one-size-fits-all scheme)* tuzağına düşülmemesi gereğine vurgu yapmaktadır³⁴.

IV. CEZAI YAPTIRIMIN, “PATENTE TECAVÜZ” EYLEMİNE UYGUNLUĞU HAKKINDAKİ GÖRÜŞLER

Ülkemizde sınai haklara cezai yaptırıma ilişkin literatür oluşmaya başlamıştır³⁵. Tespit edebildiğimiz kadarıyla çalışmamızın konusunu teşkil eden patent ihlalinin cezai yaptırıma uygunluğu hususu tartışılmamıştır³⁶. Türk hukuk öğretisinde salt suç tipleri incelenmiştir³⁷.

1. Cezai Yaptırıma Taraf Olan Görüş

Başta araştırmacı ilaç firmaları olmak üzere çok büyük riskler alarak Ar-Ge ve inovasyona yatırım yapanlar, geliştirdikleri buluş ve yeniliklerin

³⁴ WIPO-ACE: “IPR Infringements and Enforcement - Accounting for Socio-Economic, Technical and Development Variables”, http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=143353 (son ziyaret; 21.1.2012).

³⁵ Bkz. **Keskin S.**: Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması, Seçkin, Ankara 2003, s. 54 vd. Yazar, lisans sözleşmesine aykırılığın suç olarak düzenlenmesini, orantısızlık olarak nitelemiş ve bu gibi hallerde özel hukuk hükümleri ile mücadelenin doğru olacağını belirtmiştir. Bkz. s. 59-60; **Güneş İ.**: Uygulamada Sınai Mülkiyet Ceza Hukuku, 2. Bası, Adalet, Ankara 2009, s. 236 vd.; **Albayrak M.**: Fikir ve Sanat Eserleri ile Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar, Adil, Ankara 2004, s. 369 vd.; **Aydın H.**: Sınai Mülkiyet Hakları aleyhine İşlenen Suçlar, Yetkin, Ankara 2003, s. 115 vd.

³⁶ Bu tespitin istisnasını şu çalışma oluşturmaktadır: **Köklü**, Kaya: Kriminalisierung der Patentverletzung, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2011 (Ed.: Tekin Memiş), Yetkin, Ankara 2012, s. 267 vd.

³⁷ Yukarıda anılan AYM'nin 2009 tarihli iptal kararı ile Yeni TCK'nın yürürlüğü dikkate alınmaksızın PatKHK'nın 73/A hükmü, öğretilerde yine bu çerçevede incelemeye tabi tutulmuştur. Bkz. **Tekinalp**, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, Vedat, İstanbul 2012, s. 655 vd.

azami düzeyde korunması taraftarıdır³⁸. Bu yaklaşımın temel dayanağı, fikri mülkiyet ihlallerini belirlemenin ve belirledikten sonra iz sürebilmenin eşya mülkiyetine oranla oldukça güç olmasıdır. Öyleyse eşya mülkiyetine oranla daha etkin hukuki araçların devreye sokulması gerekir. Tam da bu gerekçeyle AB Komisyonu 2005 tarihli Cezai Yaptırıma İlişkin Yönerge Taslağını hazırlarken yeniliklerin korunmasını ve fikri mülkiyet ihlali yapanlara çok açık ve ciddi bir sinyal vermeyi amaçlamış, bu nedenle de patent tecavüzüne cezai yaptırım öngörmüştür^{39, 40}.

Fikri mülkiyeti Uluslararası Düzeyde Koruma Derneği (*International Association for the Protection of Intellectual Property - AIPPI*) 2002 yılında konuya ilişkin yaptığı çalışmada (*Q 169*)⁴¹ patent tecavüzüne cezai yaptırımın ülkeden ülkeye çok ciddi farklılıklar gösterdiğine işaret etmektedir. *AIPPI*'ye göre patent tecavüzüne cezai yaptırım öngörülebilir. Fakat konuya ilişkin bir düzenleme yapılırken, tecavüzün belirlenmesindeki hukuki ve teknik zorluklar nedeniyle, cezai sorumluluğun belirlenmesinde çok dikkatli davranılmalıdır.

Patent ihlaline cezai yaptırımı savunan görüşe göre, çok ciddi risk alınarak yapılan büyük yatırımların, sahiplerine dönüşü sağlanmalıdır. Bu sonucun sağlanabilmesi, fikri mülkiyet haklarının etkin şekilde korunması ile mümkündür. Gerekli korumanın sağlanmaması; teşvik bir tarafa, fikri ürünlere yatırımı caydırıcı bir rol oynayabilir. Bu yüzden fikri mülkiyet ihlalleri etkin yaptırımlara tabi tutulmalıdır. Bu bağlamda ihtiyati tedbirler, gümrüklerde el koyma, hukuk ve ceza davaları gibi tüm hukuki araçlar gereğinde devreye sokulmalıdır.

³⁸ Diğer yandan güçlü bilişim firmaları, küçük firmalara ait patentleri ihlal edebilecekleri endişesi ile tam tersi bir tutum içindedirler.

³⁹ Yukarıda da işaret edildiği üzere anılan Yönerge Taslağının ikinci versiyonunda değişiklik yapılarak patent ihlaline cezai yaptırım kaldırılmıştır.

⁴⁰ Bu görüş için bkz. **Meller**, P.: Odd Coalition Opposes Criminalizing Patent Violations, New York Times, Dec. 10, 2005, at C4, available at http://www.nytimes.com/2005/12/10/business/worldbusiness/10patent.html?_r=1 (son ziyaret; 6.12.2011).

⁴¹ <https://www.aippi.org/download/committees/169/RS169English.pdf> (son ziyaret, 13.12.2011).

Özetle bu görüş taraftarlarına göre, hukuki yaptırımların yanında cezai yaptırımlar da patent tecavüzleri bakımından başvurulabilecek yollardan birisidir. Aksi halde zayıf bir fikri mülkiyet koruması, fikri mülkiyet sisteminden beklenen faydayı sağlayamayacaktır.

2. Cezai Yaptırıma Karşı Olan Görüş

Bu görüş taraftarlarına göre, *patente tecavüz (patent infringement)* eylemi, cezai yaptırıma uygun değildir. Bu tezi savunanların öne sürdükleri gerekçeler şöyle özetlenebilir⁴²:

A. Marka Taklidi ve Telif Korsanlığı ile Patente Tecavüz Eylemleri Farklı Değerlendirilmelidir

Fikri mülkiyet ülkesellik, tescil, tükenme, süre ile sınırlılık ve soyutluk gibi özellikleri nedeniyle eşya mülkiyetinden önemli farklılıklar gösterir. Genel hukuk mantığı ile fikri mülkiyet hukuku alanında çözüme gitmek, zaman zaman bizi hatalı sonuçlara götürür.

Bu tespitler, fikri mülkiyet haklarının kendi içindeki hak kategorileri bakımından da geçerlidir. Zira fikri mülkiyet hakları kendi içinde homojen özellikler göstermez⁴³. Bu açıklamalar da göstermektedir ki, her somut olayda her bir fikri mülkiyet hakkının doğal nitelikleri dikkate alınarak düzenleme yapılmalıdır⁴⁴.

Bu bağlamda cezai yaptırım bakımından telif hakları ile markalar benzeşmekte, fakat patent bunlardan ayrılmaktadır. Korsan CD, yazılım, kitap ve benzeri ürünler ile taklit markalı ürünün belirlenmesi kolaydır. Bu tür eylemlerin tecavüz olduğunu ortalama bir vatandaş dahi anlayabilir.

⁴² Bu gerekçeler için bkz. Türkiye İlaç Sanayi Derneği (TİSD): 551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK'da Değişiklik Teklifi Üzerine Türkiye İlaç Sanayi Derneği'nin Görüşleri, Ankara 2010 (Yayımlanmamıştır).

⁴³ Bu konuda yoğun tartışmalar için bkz. **Kur, A., Mizaras, V.** (Eds.): *The Structure of Intellectual Property - Can One Size Fit All?* Edward Elgar Publishing, UK, 2011.

⁴⁴ Nitekim öğretilerde patentlere kıyasla telif ve markalar soft fikri mülkiyet hakkı olarak nitelendirilmektedir. Bkz. **Manta**, s. 471.

Buna karşılık bir makinenin çalışma prensibinin, diğer makineninki ile benzer olup olmadığının belirlenmesi uzman incelemesinden sonra anlaşılır. Konu bir ilaç patenti ise, tecavüzün bulunup bulunmadığı laboratuarlarda yapılacak analizler ve patent istemlerinin yorumlanması sonucu ortaya çıkar. Bu da bir takım çalışmasını gerekli kılar. Nitekim uygulamada mahkemeler, ilaç patentine ilişkin davalarda önce laboratuarlarda analiz yaptırmakta, daha sonra dosyayı bilirkişilere göndermektedir. Bir dosya iki ya da üç bilirkişi heyeti tarafından incelenmekte ve genellikle raporlar arasında çelişkiler oluşmaktadır. Bunun nedeni, patente tecavüzü belirlemenin oldukça zor ve subjektiviteyi içinde barındırmasıdır.

Öğretide, patent tecavüzüne cezai yaptırımın uygunsuz oluşu dile getirilmekte ve buna gerekçe olarak da her bir fikri mülkiyet hak kategorisinin farklı özelliklere sahip olması ve bu bağlamda uygulanacak yaptırımın, her bir tecavüz tipinde farklı etkiler doğurabileceğine dikkat çekilmektedir⁴⁵.

Diğer yandan telif ve marka tecavüzünden farklı olarak patent tecavüzünün tarafları genellikle firmalardır. Bu tecavüz nedeniyle ortalama bir vatandaş etkilenmez. Yani ceza politikası açısından kamu düzeninin bozulması noktasında telif ve marka tecavüzü ile patent tecavüzü aynı şekilde değerlendirilemez. Ayrıca telif ve marka tecavüzü bugün internetten yaygın bir şekilde gerçekleştirilmektedir. Patentler bakımından ise durum böyle değildir.

B. Ceza Hukukunda Tipiklik İlkesine Uyulmalıdır

Yukarıda da belirtildiği üzere bir eylemin patente tecavüz teşkil edip etmediğinin tespiti, korsan CD imalatından farklı olarak ilgili alandaki uzmanın incelemesine muhtaçtır. Önemle belirtelim ki, bir olayda birden fazla uzmana tecavüz olup olmadığı sorusu yöneltildiğinde uzmanların farklı cevaplar verme ihtimali çok yüksektir. Nitekim aynı mahkemenin tayin ettiği bilirkişi heyetindekiler dahi farklı görüş verebilmektedir.

Yukarıda belirtilen patentin koruma kapsamının ve tecavüzün belirlenmesine ilişkin ilkelerin somut olayda doğru bir şekilde uygulanması hayati

⁴⁵ **Manta**, s. 517.

önemi haizdir. Uygulamaya ve yoruma bağlı olarak farklı sonuçlara ulaşılabilecektir. Nitekim bugün *EPO* tarafından verilen bir Avrupa Patentine (aile patenti) ilişkin değişik ülkelerde yapılan yargılamalarda farklı sonuçlara ulaşılabilmektedir. Buna göre bir Avrupa Patenti, bazı ülkelerde hükümsüz kılınırken, aynı patent bazı ülkelerde geçerli kabul edilmektedir. Yine aynı patente ilişkin açılan tecavüz davalarında bazı ülkelerde tecavüzün bulunmadığı, diğer ülkelerde ise bulunduğu sonucuna ulaşılabilmektedir⁴⁶. Şu halde, bir buluşun patentlenebilirliği ve tecavüz keyfiyeti ülkeden ülkeye farklılık gösterebilmektedir. Eğer patente tecavüz eylemi suç olarak düzenlenirse, bu farklılık tecavüz sayılan eylemin suç olup olmadığı noktasında da kendisini gösterecektir.

Suçun maddi unsuru suç sayılan eylemdir. Bu eylemin tüm şüphelerden arî, belirli ve yalın bir şekilde tanımlanması gerekir. Yani ceza hukukunda suç tipinin açık ve anlaşılabilir olması ilkesi geçerlidir. Oysa patent tecavüzü davalarında tecavüz sayılan eylemin, patentten kaynaklanan haklara tecavüz edip etmediği, tecavüz olduğu ileri sürülen buluşun gerçekte yeni bir buluş olup olmadığı soruları belirsizlikler içermektedir. Bir an için eylem, tecavüz oluştursa bile bunun hangi istemlere yönelik olduğunun tayin ve tespiti eylem tarihi itibarıyla değil, bu tarihi takip eden ve bazı davalarda yıllar süren yargılama sonucunda anlaşılabilir. Yine bağımlı patentlerde patent sahibi, buluşu ile ilgili kendi patentini tescil ettirebilirken, önceki tarihli bir patente tecavüz teşkil etmeden buluşunu kullanamayacağı için suç işlemiş sayılarak hapis tehdidi ile karşı karşıya kalabilecektir. Bir yandan kişilerin ve kurumların buluş yapmaları desteklenerek buluşlarını kullanmalarını teşvik edilirken, diğer yandan hapis cezası ile tehdit edilmeleri isabetli değildir.

Hal böyle olunca suç olup olmadığı, doğası gereği belirsiz olan/tartışmalı bulunan ve tespiti uzmanların detaylı araştırmaları sonucunda anlaşılabilen bir eylem nedeniyle hapis cezasının öngörülmesi hakkaniyete, adalete, ölçülülük, açıklık ve hukuk devleti ilkelerine uygun değildir. Özetle

⁴⁶ Şunu da belirtelim ki, patent korumasının iki asırdır uygulaması olan gelişmiş ülkelerdeki durum dahi budur. Ülkemizde ise bu pratik, gerçek anlamda 1995 tarihinden itibaren başlamış olup, ülkemiz bu sisteme oldukça yabancıdır.

bu görüşe göre, suç teşkil edip etmediği şüpheli olan; uzmandan uzmana değişen bir eyleme cezai yaptırım öngörmek ceza hukukundaki **tıpkılık ilkesiyle** bağdaşmaz.

C. Patente Tecavüz Eylemine Cezai Yaptırım, Patent Korumasının Amacıyla Bağdaşmaz

Cezai yaptırım, patent korumasının amacıyla da uyumlu değildir. PatKHK'nın 1. maddesine göre patent korumasının amacı; “*buluş yapma faaliyetini özendirmek, buluşların sanayiye uygulanması ile teknik ekonomik ve sosyal ilerlemenin gerçekleştirilmesini sağlamak için buluşlara patent veya faydalı model belgesi vererek korumaktır*”. Kendisini ceza tehdidi altında hisseden kişiler *Ar-Ge*'ye ve inovasyona yönelmeyecektir. Yani bu konudaki cezai yaptırımın caydırıcı etkisi, patent sisteminin amacına ve ruhuna terstir. Tam da bu gerekçeyle *Nokia*'nın fikri mülkiyet direktörü, rakip firmalara ait patentin sınırlarını test etmenin, cezai yaptırımla birlikte çok riskli hale geleceğini dile getirmiştir. Zira rakip firmalara ait pek çok patentin çok zayıf olduğunu; durumun siyah ve beyaz gibi açık olmadığını, bu yüzden de yeni geliştirmelerde rakiplere ait patentlerin sınırlarını ihtiyaç halinde zorlamak gerektiğini ileri sürmekte, ancak ceza tehdidi altında böyle bir eyleme girişmenin çok riskli olacağına dikkat çekmektedir⁴⁷. ABD'de 1998'de yapılan bir araştırmaya göre 300 patent davasında % 46 oranında hükümsüzlük kararı verilmiştir⁴⁸. Bu araştırmanın sonuçları da *Nokia*'nın fikri mülkiyet direktörünü haklı çıkarmaktadır.

Araştırmacı ilaç firmaları, patent tecavüzünün kuvvetli şekilde yaptırıma tabi tutulmasını, bu bağlamda cezai yaptırımı savunmaktadırlar. Buna karşılık büyük bilişim firmaları tam aksi yönde lobi yapmaktadırlar. Diğer yandan büyük bilişim firmaları ile jenerik ilaç firmaları, mevcut patent

⁴⁷ Bu görüş için bkz. Meller, P.: Odd Coalition Opposes Criminalizing Patent Violations, New York Times, Dec. 10, 2005, at C4, available at http://www.nytimes.com/2005/12/10/business/worldbusiness/10patent.html?_r=1 (son ziyaret; 6.12.2011).

⁴⁸ Allison, J. R. and Lemley, Mark A.: Empirical Evidence on the Validity of Litigated Patents, 26 AIPLA Q.J. 185, 205 (1998). (Manta, s. 495'ten naklen).

korumasının daha da sertleştirilmemesini savunmaktadırlar⁴⁹. Bunun nedeni araştırmacı ilaç firmalarının, sektörün doğası gereği rakipleri olan jenerik ilaç firmalarınca geliştirilen patentlere tecavüz teşkil etme ihtimalinin olmayışıdır. Buna karşılık bilişim sektöründe durum tam tersinedir. Şöyle ki, bu sektördeki küçük firmalar, hatta bireyler geliştirdikleri buluşlara patent almaktadır. Büyük firmaların da bu patentlere tecavüz teşkil etme tehlikesi daima ihtimal dâhilindedir.

Öğretide, bugün pek çok ülkede patent tecavüzüne cezai yaptırımın kabul edildiği tespiti yapıldıktan sonra, patent tecavüzünü kriminalize etmenin esasen başta *KOBİ*'ler olmak üzere pek çok firmayı prestij, savunma harcamaları ve yurt dışına seyahat yasağı gibi hususlarda olumsuz yönde etkilediği belirtilmektedir⁵⁰. Rakip firma, eyleminin tecavüz olmadığını ispatlasa bile, patent sahibinin tecavüz iddiaları, rakip firmanın serbest alandaki faaliyetlerini sınırlayacaktır. Çünkü marka taklidi ve telif korsanlığından farklı olarak bir eylemin patent tecavüzü teşkil edip etmediği, bilirkişi incelemesi olmaksızın anlaşılacaktır. Eylemin suç teşkil edip etmediğinin tespiti, uzun bir zaman alacak, suçlanan firma ise bu zaman zarfında zan altında kalacaktır⁵¹.

V. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Ticaretin küreselleşmesine paralel olarak bugün fikri mülkiyet koruması ulusal bir sorun olmaktan çıkmış olup uluslararası anlaşmalar, konuyu uluslararası bir eksene oturtmuştur. Uluslararası anlaşmalar bir konuyu ele alırken üyelere, hemen daima belirli bir esneklik sağlamaktadır. Her üye, ihtiyaçları doğrultusunda bu esnek/manevra alanını kullanarak *kendi hukuk politikasını belirlemek* suretiyle hukuki düzenlemeler yapabilir.

⁴⁹ **Manta**, s. 510; **Kesan**, J. P. and **Gallo**, A. A.: The Political Economy of the Patent System, North Carolina Law Review, V. 87, 2009, s. 1353 ve 1413. Burada büyük bilişim firmalarının endişesi, küçük firmalara ait patentleri ihlal edebilecekleri tehlikesidir.

⁵⁰ ICTSD / UNCTAD, s. 621.

⁵¹ ICTSD / UNCTAD, s. 621.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere patente tecavüz ve cezai yaptırım sorunu, uluslararası metinlerde üyelere bırakılmış bir manevra alanıdır. Dileyen üyeler, bu konuda kendine has hukuk politikaları geliştirebilecek durumdadır. Her üye gibi Türkiye de kendi ihtiyaçları doğrultusunda değerlendirmeler yaparak bu konuda bir hukuk politikası geliştirmeli ve bu çerçevede hukuki düzenlemelere gitmelidir.

Genelde fikri mülkiyet, özelde patent tecavüzünü engellemeye dönük önlemler, yenilikçiliğe ilişkin faaliyetlerle serbest rekabeti engellememelidir. Bu bağlamda dürüst ticari rekabeti engelleyici önlemlerden özenle kaçınılmalıdır. Yine bu önlemler, fikri mülkiyete özgü sınırlamaları bertaraf etmemelidir. Aynı şekilde bu önlemler, bilginin serbestçe yaygınlaşmasına da engel olmamalıdır. Nitekim TRIPS'in 7. maddesi, *fikri mülkiyet korumasının gerekliliği ile bu korumadan toplumun elde edeceği menfaati dengeleyici* bir fonksiyon icra edecek şekilde kaleme alınmaya çalışılmıştır. Bu anlayış, iç hukukumuzda da aynen yansıtılmalıdır.

Öğretide belirtildiği üzere pek çok gelişmekte olan ülkede patent tecavüzüne cezai yaptırım öngörülmüştür⁵². Yine öğretide gelişmekte olan ülkelerin, bir hukuk politikası belirlemeksizin patent tecavüz eylemini kriminalize ettiğine haklı olarak vurgu yapılmaktadır⁵³. Oysa patent davaları, diğer fikri mülkiyet davalarına oranla çok daha karmaşıktır. Gerçekten **patentin geçerliliği ve koruma kapsamı belirsizlikler içerir**. Bugün sadece bir ürünün binlerce patentle korunabildiği düşünülürse, böyle bir ürünün rakip bir firma tarafından imal edilmesi halinde, söz konusu patentlere tecavüz teşkil edip etmediği açık değildir. İhlal keyfiyeti, ancak bilirkişilerce yapılacak uzun araştırmalar sonucunda ortaya çıkacaktır. Yukarıda da detaylı olarak anlatıldığı üzere patent tecavüzünü belirlemek kolay değildir. Belirsiz bir eyleme cezai yaptırım öngörmek ceza hukukundaki belirlilik ve açıklık ilkesine aykırıdır.

⁵² **Correa**, C.: The Push for Stronger Enforcement Rules: Implications for Developing Countries, in ICTSD Issue Paper No. 22 The Global Debate on the Enforcement of Intellectual Property Rights and Developing Countries, ICTSD, Geneva, 2008, s. 40-43.

⁵³ **Correa**, s. 43.

Patent tecavüzlerinin kriminalize edilişi ise patentli buluşların çevresinde rakip firmaların faaliyet yapmasını güçleştirecektir. Zira cezai yaptırım firma prestiji, mahkemelerdeki savunma giderleri ve yurt dışına çıkış yasağı gibi hususlarda, hukuki yaptırımlara oranla daha fazla negatif etki ve sonuçlar doğurmaktadır⁵⁴. Bu negatif etkiler ve tecavüzü belirlemedeki güçlükler nedeniyle öğretide, esasen kuvvetli patent korumasına sahip ABD'nin Federal Patent Yasasında dahi patent tecavüzüne cezai yaptırımın öngörülmediğine haklı olarak dikkat çekilmektedir⁵⁵. ABD'de sadece *patent belgesinde sahtekârlık* (18 U.S.C. § 497) ve *yanlış işaretlemeler* (35 U.S.C. § 292) cezai yaptırıma tabi tutulmuştur⁵⁶. Yine İngiltere ve Avustralya'da da patent tecavüzü, cezai yaptırıma tabi tutulmamıştır. Buna karşılık Kara Avrupası hukuk geleneğine bağlı sözgelimi Alman hukukunda patent ihlaline 0-3 yıl hapis cezası öngörülmüştür (Alman Patent Yasası §142). Ne var ki, Alman öğretisinde işaret edildiği üzere uygulamada bu hükme çok nadiren başvurulmaktadır⁵⁷.

Bugün pek çok ülkenin patent mevzuatında patent tecavüzüne cezai yaptırım öngörülmeyle birlikte uygulamada sorun büyük ölçüde hukuk davaları ile çözümlenmekte; cezai yaptırıma yok denecek kadar az başvurulmaktadır⁵⁸. Zira geleneksel olarak *patent tecavüzü, bir özel hukuk sorunu olarak ele alınmıştır*. Çünkü patent tecavüzü, normal ticari aktivitelerin sonucunda gerçekleştiği için cezai yaptırım, patent ihlalinin doğası ile uyumlu değildir. Patente cezai yaptırımın yokluğu, patente tecavüz eylem-

⁵⁴ ICTSD / UNCTAD, s. 621; **Correa**, s. 43; **Crosse Ruse-Khan**, H.: From Trips to Acta: Towards a New 'Gold Standard' in Criminal IP Enforcement?, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 10-06, ty., Munich, s. 5.

⁵⁵ ICTSD / UNCTAD, s. 621.

⁵⁶ Bu konuda ayrıca bkz. **Manta**, s. 488.

⁵⁷ **Hilty/Kur/Peukert**, s. 972.

⁵⁸ Örneğin, Japonya'da beş yılda (2004-2008) sadece altı adet patent ihlaline ilişkin dava sonuçlandırılmıştır. Bkz. Police White Paper, 2009, s. 55 (http://www.npa.go.jp/english/kokusai9/White_Paper_2009.pdf) (son ziyaret; 19.1.2012).

lerinin yaptırımsız kaldığı anlamına gelmez. Aksine hukuki yaptırımlar aynen devam etmektedir. Burada hukuki yaptırım ile cezai yaptırımın farklı ilkelere tabi olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Şunu da belirtelim ki, menfaat grupları kendi çıkarına olacak şekilde mevzuatın şekillenmesi için büyük gayret sarf etmektedir. Bu bağlamda *Kesan* ve *Gallo*⁵⁹, ilaç firmalarının ABD’de 1998 yılında 72 milyon USD lobi harcaması yaparken % 215.5 artışla 2007 yılında bu rakamın 228 milyon USD’ye çıkarıldığı tespitini yapmaktadır. Bu verilerden hareketle *Manta*⁶⁰, ABD’de patent tecavüzüne karşı daha sert yaptırımları içeren yeni yasa teklifleri ile karşılaşabileceğini; *patent tecavüzüne cezai yaptırımın* da gündeme gelebileceğini öngörmektedir. Yasa koyucular ise, menfaat gruplarının bireysel çıkarından ziyade kamunun genel menfaatini öne çıkaracak şekilde mevzuatı şekillendirmelidir.

Bu açıklamalar ışığında denebilir ki, gelişmekte olan ülkeler liginde yer alan Türkiye’de patent tecavüzünü, cezai yaptırıma tabi tutmak fayda yerine zarar getirecektir. Çünkü ülkemizde patent korumasına ilişkin ilk düzenleme⁶¹ Osmanlı dönemine kadar geriye gitmesine rağmen, korumanın pratiğe aktarılması büyük ölçüde 1995 yılından sonra gerçekleşmiştir. Başka bir deyişle, patent kavramı ülkemizde yeni yeni anlaşılmaya başlanmıştır. Gelişmiş ülkelerde bile bir patente tecavüzün gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde ciddi sorunlar yaşanırken, henüz geçiş sürecini yaşayan ülkemizde patent korumasını kriminalize etmek faydadan çok zarara yol açacaktır. Deyim yerindeyse ülkemizde kötü bir *hukuk işçiliğinin* bulunması, bu tespit ve önerimizin haklılığını ortaya koyan diğer bir etkidir.

⁵⁹ **Kesan/Gallo**, s. 1359.

⁶⁰ Bkz. s. 512.

⁶¹ 1879 tarihli İhtira Beratı Kanunu, dünyanın altıncı patent kanunudur. Anılan Yasa, PatKHK’nın yürürlüğe girdiği 1995 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. İhtira Beratı Kanunu çok az uygulanmış olup, bu nedenle de çok ufak değişikliklerle 110 yıl süre ile yürürlükte kalabilmiştir.

Kısaltmalar

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ACE	: Advisory Committe on Enforcement
ACTA	: Anti-Counterfeiting Trade Agreement
AIPLA Q.J.	: American Intellectual Property Law Association Quarterly Journal
AIPPI	: International Association for the Protection of Intellectual Property
Ar-Ge	: Araştırma - Geliştirme
AYM	: Anayasa Mahkemesi
EPC	: European Patent Convention
EPO	: European Patent Office
ICTSD	: International Centre for Trade and Sustainable Development
IPRs	: Intellectual Property Rights including Trade in Conuterfeit Goods
Karş	: Karşılaştırınız
KOBİ	: Küçük ve Orta Boy İşletme
m	: Madde
MPI	: Max Planck Institute
No	: Number
PatKHK	: Patentlerin Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname
PatKHKY	: Patentlerin Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararnamenin Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmelik

TİSD	: Türkiye İlaç Sanayi Derneği
TRIPS	: Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
ty	: Tarih Yok
U.S.C.	: Unated States Code
UNCTAD	: United Nations Conference on Trade and Development
USD	: Unated States Dolar
V	: Volume
WIPO	: World Intellectual Property Organisation
yy	: Yer Yok