

ISSN : 1302 - 9215

FMIR

**ANKARA BAROSU
FİKRİ MÜLKİYET VE
REKABET HUKUKU
DERGİSİ**

YIL : 4/2004

CİLT : 4

SAYI : 3

**ANAYASA MAHKEMESİNİN FAYDALI MODEL VE
MARKALARA İLİŞKİN KARARLARININ
DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ:**

ANAYASAYA AYKIRILIK SORUNU

*Comments on the Decision of Turkish Constitutional
Court on the Utility Model and Trademark:
Incompatibility With the Constitution*

Av. Dr. Cahit SULUK



FMIR

ANKARA BAR ASSOCIATION
JOURNAL OF
INTELLECTUAL PROPERTY
AND COMPETITION LAW

**ANAYASA MAHKEMESİNİN FAYDALI MODEL VE MARKALARA
İLİŞKİN KARARLARININ DUŞUNDURDUKLERİ:
ANAYASAYA AYKIRILIK SORUNU**

*Comments on the Decision of Turkish Constitutional Court on the
Utility Model and Trademark: Incompatibility
With the Constitution*

Av. Dr. Cahit SULUK*

1995 is the year when reformist changes taken place in Turkish Intellectual Property Law. In order to reach to the Customs Union schedule, the texts were enacted when they were still drafts. Those texts were planned to be enacted in the form of laws whereas they were enacted in the form of Decree Laws. The said enactments procedure resulted in incompatibility with some aspects of the Constitution. In this context, two articles in the Decree Laws were annulled by the Turkish Constitutional Court's two separate decisions. One of the annulments is relating to Utility Models and the other is relating to Trademarks. The decisions of the Turkish Constitutional Court revealed that it is highly possible that some of the other provisions of the Decree Laws are under the risk of annulment by the Turkish Constitutional Court as they are contrary to the Constitution. The present study in your hand exposes the potential results of the Turkish Constitutional Court in the area of Constitutional Law, Criminal Law, Procedural Law and Intellectual Law.

* Istanbul Barosu.

I. GİRİŞ

Bu çalışmada;

AYM, 23.03.2004, E.2001/1, K.2004/36, RG, 21.04.2004, S.25440 (Faydalı Model)¹ ve AYM, 02.03.2004, E.2002/92, K.2004/25, RG, 14.05.2004, S.25462 (Marka)²,

kararları incelenmiştir.

1995 tarihi, Türk fikri mülkiyet hukuku bakımından bir *milat* niteliğindedir. Ülkemizde fikri mülkiyet haklarının korunması 1850'li yıllara kadar geriye gider. Ancak söz konusu korumanın işlevsel olduğu söylenemez. Sözgelimi, 1879 tarihli İhtira Beratı Kanunu 1995 yılına kadar hiç değişmemiş ve dünyanın en uzun süreli değişmeyen patent kanunu unvanını kazanmıştır. Yine 1910 tarihli Hakk-ı Telif Kanunu, 1952 yılına kadar tam 41 yıl uygulamada kalmasına rağmen yapılan tespitlere göre³, bu dönemde anılan kanunla ilgili herhangi bir yüksek mahkeme kararına rastlanmamıştır. Bununla birlikte marka ve haksız rekabet mevzuatı bakımından farklı değerlendirme yapmak mümkündür. Bu açıklamalar da göstermektedir ki, ülkemizde yakın bir tarihe kadar fikri mülkiyet haklarına ilişkin düzenlemeler büyük ölçüde sayfalarda kalan ölü hükümler niteliğindedir.

1980'lerden sonra dünya ticaretindeki globalleşme ve bilginin hızlı akışı ile birlikte fikri mülkiyet haklarının önemi artmıştır. Söz konusu gelişmelerden ülkemiz de büyük ölçüde etkilenmiştir. Bu bağlamda özellikle 1994 tarihli Dünya Ticaret Örgütü'nü (DTÖ) kuran anlaşmanın eklerinden *TRIPS'in*⁴ kabulü ve *AB* mevzuatına uyum, fikri mülkiyet hukukumuz bakımından önemli birer kilometre taşıdır. AB-Türkiye arasındaki gümrük birliğini sağlayan 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı⁵ (OKK) ile fikri mülkiyet mevzuatımızdaki değişiklikler ve yenilikler ise reform denecek düzeye ulaşmıştır.

Belirtilen gelişmelere bağlı olarak fikri mülkiyet hukukumuzda yapılan hızlı iktibaslar, daha doğrusu tercüme birtakım sorunları da

1. Bu karar ayrıca FMR, C.IV, S.2/2004, s.103-107'de de yayımlanmıştır

2. Kararın tam metni için bkz. FMR, C.IV, S.3/2004, sh. 91-102

3. Gürsel ÜSTÜN: Fikri Hukukta Maddi Tazminat Davaları, Yayımlanmamış Doktora Tezi, MÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, İst. 1995, s.7-8.

4. RG, 25.2.1995, S.22213.

5. OKK, RG' de yayımlanmamış olup, resmi bir çevirisi de bulunmamaktadır. İngilizce metin için bkz. ATRG, 96/142/EC, 13.2.1996, L 35/1, s.43 vd.

beraberinde getirmiştir. Sözgelimi, fikri mülkiyet mevzuatımızın kanun olarak çıkarılması tasarlanmış ve mevzuat bu şekilde kaleme alınmıştır. Ancak gümrük birliğine yetiştirme düşüncesiyle kaleme alınan *taslak* metinler aceleye getirilerek KHK olarak yürürlüğe sokulmuştur. Bu yapılırken, suç ve cezaların kanun ile düzenlenebileceği anayasal ilkesinden hareketle 551, 554, 555 ve 556 sayılı KHK'lara, 4128 sayılı Kanun ile birer (A) maddesi ilave edilmiştir⁷. Ancak bu düzeltme yeterli olmamıştır. Çünkü mer'i Anayasamıza göre, suç ve cezalardan başka, bazı konular da KHK'lar ile düzenlenemez (AY m.91).

Bu incelemenin konusu olan Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) iki kararı, fikri mülkiyet haklarıyla ilgilidir. AYM tarafından verilen kararlar, anılan KHK'larm adeta temelden yoksun olduğuna ve bir an önce değiştirilmesi gereğine işaret etmektedir. Ayrıca bu kararların uygulamada doğuracağı bir takım hukuki sonuçları da bulunmaktadır.

* * *

II. ANAYASA MAHKEMESİNİN FAYDALI MODELLERE İLİŞKİN KARARI

A. HUKUKUMUZDA FAYDALI MODELLERİN TESCİL PROSEDÜRÜNE KISA BİR BAKIŞ⁸

Hukukumuzda fikri mülkiyete ilişkin bazı belgeler, kural olarak inceleme yapılmadan verilmektedir. Endüstriyel tasarım, faydalı model ve incelemesiz patent belgeleri bu kategoridedir. Bu belgeler, esas itibariyle başvuru sahibinin beyanı esas alınarak, yani beyan doğru kabul edilerek, Türk Patent Enstitüsü (TPE) tarafından verilmektedir. Böylece TPE, belgeye konu buluş ya da tasarımın koruma şartlarını taşıyıp taşımadığı hususunda bir inceleme yapmadan

6. Bkz. 551 Sayılı PatKHK, 554 Sayılı EndTasKHK, 555 Sayılı CoğışKHK ve 556 Sayılı MarKHK. (Bu KHK'lar, RG'nin 27.06.1995 tarih ve 22326 sayılı nüshasında yayımlanmıştır).

7. RG, 07.11.1995, S.22456.

8. Faydalı modellerle ilgili geniş bilgi için bkz. Cahit SULUK: "AB ve Türk Hukukunda Faydalı Modellerin Korunması (I)", FMR, C.II, S.1/2002, s.53-87. Bu makalenin (II). Bölümü için bkz. FMR, C.II, S.2/2002, s.27-46). Anılan makalenin (I). Bölümünde AB, (II). Bölümünde ise, Türk Hukukundaki düzenleme incelenmiştir. Ayrıca bkz. Sami KARAHAN: "Faydalı Modellerin Hükümsüzlüğü Davalarında Dava Açma Yetkisi ve Dava Şartları", FMR, C.IV, S. 1/2004, s.11-24; Uğur YALÇINER: "Patent ve Faydalı Model Belgelerinin Hükümsüzlük Davaları", FMR, C.I, S.3/2001, s.73-80.

başvuru sahibine istediği belgeyi vermektedir. Ancak bu belgelerin verilme prosedürleri bazı açılardan farklılık göstermektedir. Sözgelimi, endüstriyel tasarım başvurularına üçüncü kişiler, yayımlandıktan itibaren 6 ay içinde itiraz edebilir. Bu durumda *TPE'* nin Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu, itiraz çerçevesinde başvuruya konu tasarımın yeni ve ayırt edici nitelikte olup olmadığını inceleyerek bir karara varır. *TPE*, ya itirazı kabul ederek başvuruyu reddeder ya da itirazı reddederek başvuru sahibine belgeyi verir. *TPE'nin* her iki yöndeki kararına karşı da ihtisas mahkemesinde iptal davası açmak mümkündür. Buna karşılık, faydalı model başvurusuna itiraz yapılmışsa, durum *TPE* tarafından başvuru sahibine bildirilir. Bu halde başvuru sahibinin üç seçeneği bulunmaktadır: i) İtirazlara karşı cevaplarını *TPE'ye* bildirebilir, ii) İstem(ler)ini değiştirebilir, iii) İtirazları dikkate almaksızın kendisine faydalı model belgesinin verilmesini isteyebilir. Üçüncü şıkkın seçilmesi durumunda *TPE*, belgeyi başvuru sahibine vermek zorundadır. Böylece *TPE*, bazı durumlarda bilerek koruma şartlarını taşımayan, yani yeni olmayan ve/veya sanayiye uygulanamaz nitelikteki bir buluşa faydalı model belgesi vermek zorunda kalmaktadır. Bu durumda mevzuat ile *TPE'ye* evrak hamallığı yüklenmiş olmaktadır.

Burada üçüncü kişilerce yapılan itirazın ne gibi bir işlevi olduğu sorusu akla gelmektedir. Başvuruya yapılan itirazın iki önemli sonucu bulunmaktadır: *İlk olarak*, başvuru sahibi başvurusunu gözden geçirme ihtiyacı duyar. Zira başvuru sahibi, itiraza rağmen belge almışsa ve bundan dolayı da başkasına bir zarar vermişse, bu zarar kendisinden istenebilecektir (PatKHK m. 131/II). *İkinci olarak*, başvuruya itiraz, Yargıtay tarafından dava şartı olarak değerlendirilmektedir (aktif husumet yönünden)⁹. Bu nedenle faydalı model başvurusuna karşı yapılan itiraz, dava açma hakkı verir. Yani Yargıtay'ın kararlarına göre, faydalı model başvurusunun bültende yayımlanmasından itibaren üç ay içinde itirazda bulunmayan üçüncü kişiler, söz konusu faydalı model belgesinin iptali için, daha sonra koruma şartlarını taşımadığı gerekçesi ile dava açamazlar¹⁰. Yargıtay'ı

9. 11. HD, 23.01.2001, E.2000/8883, K.2001/403 (FMR, C.I, S.3/2001, s.187-189); 11. HD, 13.02.2001, E.2000/10047, K.2001/1181 (FMR, C.III, S.4/2003, s.125-128).

10. Bu şart, Cumhuriyet Savcılığı vasıtasıyla ilgili resmi makamlar ve zarar gören üçüncü kişiler bakımından geçerlidir. Buna karşılık, faydalı model belgesi

bu sonuca götüren ve *AYM* tarafından iptal edilen hüküm aynen şöyledir (PatKHK m.165/III): "**Zarar gören üçüncü kişilerin ve ilgili resmi makamların faydalı model belgesinin hükümsüzlüğünü talep edebilmeleri için, 161'inci maddeye göre (faydalı model başvurusuna) itiraz yapmış olmaları şarttır**". İptal kararından önce, uzun yıllardan beri herkesçe kullanılan bir modele haksız bir şekilde belge alan kişi, rakip firmaların mallarını toplatabilmekte ve üretimini engelleyebilmekteydi. Buna karşılık üçüncü kişiler böyle bir belgeye karşı, daha sonradan yeni olmadığı savıyla dava açtığına, başvuruya itiraz yapmadığı gerekçesiyle davası reddedilmekte, bu da uygulamada çok ciddi mağduriyetlere neden olmaktaydı. İşte *AYM*, bu hükmü iptal ederek mağduriyetlerin önüne geçmiştir¹¹.

Uygulamada bültenler çok az bir kesim tarafından takip edilmektedir. Ayrıca bazen bültenler geç basıldığı için, bültenin piyasaya çıktığı tarih ile üzerinde yazılı olan tarih arasında süre geçmekte ve bu gecikme de başvuru hakkının kullanılabilmesini büyük ölçüde zorlaştırmaktadır. *TPE*'de yapılan itiraz sayılan incelendiğinde, ortalama on başvurudan birisine itiraz yapılmaktadır. Oysa, yapılan başvurulara konu tasarım ve faydalı modellerin birçoğu yenilik özelliği taşımadığı için iptal ettirilebilir niteliktedir. Uygulamada bu durum, koruma şartlarını taşımayan belgelere dayanarak rakip firmaların ürünlerini toplayan, üretimlerini engelleyen ve tazminat talep eden kötü niyetli bir grubun oluşmasına yol açmıştır. Yukarıda da ifade edildiği gibi, yüz yıldan beri herkesçe kullanılan bir modele belge alan kişi, rakip firmaların bu modeli üretmesine engel olabilmekte ve serbest rekabet kuralları çerçevesinde üretim ve ticaret yapan kişilere zarar verebilmektedir. Bu durum ülkemizdeki ticari barışı bozmakta, ilgili çevrelerde fikri mülkiyete bakışı olumsuz yönde etkilemektedir. *Ar-Ge*, yani yenilik ve özgün çalışmaları teşvik ederek ülkenin rekabet gücünü artırmaya yönelik bir düzenlemenin, bu şekilde uygulamaya konulması neticede fayda yerine zarara yol açmaktadır.

isteme hakkına sahip kişiler, yani *hakkı gasp edilmiş kişiler*, başvuruya itiraz yapmasa da, *AYM*'nin iptal kararından önce de hükümsüzlük davası açabilmekteydi.

11. RG'nin 26.6.2004 tarih ve 25504 sayılı RG'de yayımlanan 5194 sayılı Kanunun hazırlık çalışmalarında bu mağduriyetin önüne geçmek için bu yönde bir düzenlemeye gidilecekti. Ancak *AYM*'nin iptal kararından sonra ihtiyaç kalmadığı için ilgili hüküm tasandan çıkarılmıştır.

B. KARARIN TAKDİMİ

Bursa 1. Ticaret Mahkemesi, Anayasa'nın 5, 10, 12, 36 ve 152. maddelerine aykırılığı gerekçesiyle, PatKHK m.165/III'ün *itiraz yoluyla* iptalini istemiştir (AY m.153; 2949 S.lı AYM'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun m.28). Bursa 1. Ticaret Mahkemesi, buluşların uzun uğraşlar sonucunda gerçekleştirildiğini hatırlattıktan sonra patentin hükümsüzlüğünü talep edebilmek için başvuruya itiraz şartı olmamasına rağmen, faydalı modeller bakımından böyle bir düzenlemeye gidildiği, bu düzenlemenin patent ve faydalı model belgeleri açısından çelişki oluşturduğu, ayrıca Anayasada koruma altına alınan hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil ettiği gerekçelerine dayanarak AYM'ye başvurmuştur. Esas mahkemesine göre, PatKHK'nın bu düzenlemesi Anayasanın 152, 5, 10, 12 ve 36. maddelerine aykırıdır.

AYM kararına göre, yukarıda tam metni verilen PatKHK'nın 165. maddesinin 3. fıkrası Anayasa'nın 91. maddesine aykırıdır. Anayasa'nın 91. maddesinin 1. fıkrası aynen şöyledir: "*Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir. Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez*".

AYM kararının gerekçesinde; "*2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine göre Anayasa Mahkemesi kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasa'ya aykırılığı hususunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmaya mecbur değildir. Anayasa Mahkemesi taleple bağlı kalmak kaydıyla başka gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık kararı verebilir. Bu nedenle, itiraz konusu kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 91. maddesi yönünden de incelenmiştir*" ifadelerine yer verilerek başvuru, Bursa 1. Ticaret Mahkemesi 'nin itirazına gerekçe oluşturduğu Anayasa'nın ilgili hükümleri dışındaki, 91. maddeye göre karara bağlanmıştır. Hukukumuzda mahkemeler taleple bağlı olup, hukuki gerekçeyle bağlı olmadığı için AYM nin bu gerekçesi yerindedir.

AYM, Anayasa'nın 36. maddesinde dava açma hakkına yer verildiğini hatırlattıktan sonra, bu maddenin Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığı, bu bölümde yer alan hususların KHK'larla düzenlenemeyeceği gerekçesiyle PatKHK'nın 165. maddesinin 3. fıkrasını oybirliği ile Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. AYM, Bursa 1. Ticaret Mahkemesi'nin başvurusuna dayanak yaptığı diğer Anayasa hükümleri bakımından meseleyi incelemeye gerek görmemiştir.

Türk Hukuku'nda, KHK'lar rejiminin sınırları çizilmiştir. Anayasa'nın 91. maddesi açıkça; "... Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez." hükmüne yer vererek, bu haklar ve ödevlere ilişkin düzenlemelerin mutlak surette Kanun ile yapılması gerektiğini hükme bağlamıştır. Anayasa, bu hükmünde açıkça düzenlenemez kavramını kullanmakla, iki yasaklamayı birlikte getirmiştir: Öncelikle, 91. maddede belirtilen konularda KHK ile bir sınırlama getirilemeyecektir. İkinci olarak, bu alanda KHK ile bir düzenleme yapılması da yasaklanmıştır. Hemen belirtelim ki, düzenleme ile sınırlama farklı kavramlardır¹². Özellikle sınırlamanın mutlaka pozitif bir metne dayanması gerekir. Bu anlamda, özellikle de *mülkiyet hakkı* gibi temel hak ve özgürlüklerle ilgili bir konu ise, pozitif ve açık bir yetki olmadan sınırlama yapılması mümkün değildir¹³. Soruna bu açıdan bakılınca, çok açık bir şekilde ortaya konulabilecek husus şudur: i) Temel haklar, ii) Kişi

¹². Her düzenleme bir sınırlama getirmez, ancak her sınırlama bir düzenlemedir. Düzenleme, o konunun nasıl yorumlanacağını ve nasıl uygulanacağını göstermek suretiyle sınırlama içermeden de yapılabilir.

¹³. 2001 değişikliğinden sonraki Anayasa'nın 13. maddesine göre, "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*". Bu tür sınırlama sebeplerine anayasa hukuku literatüründe *özel sınırlama sebepleri* denmektedir. Özel sınırlama sebepleri, kendi geçtikleri maddede düzenlenen temel hak ve hürriyet için geçerlidir. Yani, yasama organı bir özel sınırlama sebebine dayanarak sadece bu sebebin öngörüldüğü temel hak ve hürriyeti sınırlayabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz, Kemal **GÖZLER**: "*Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme*", ABD, C.LIX, S. 4/2001, s.53-67.

hakları ve ödevleri ile iii) Siyasi haklar ve ödevler hiçbir *sınırlama* hükmü içermese, sadece *düzenleme* hükmünü taşısa dahi, bu alanda KHK ile düzenleme yapılması yasak olduğu için, yapılan düzenleme Anayasa'ya aykırı olacaktır. Zira bu alanlardaki *düzenlemelerin* mutlaka *kanun* ile yapılması şarttır.

Ayrıca, mülkiyet hakkı gibi temel hak ve özgürlükler arasında yer alan bir konuda, sınırlama yapılacaksa, Anayasada o hak ve özgürlüğü düzenleyen maddede bir sınırlama hükmü olması gereklidir. *Hakkın özüne* dokunacak şekilde yapılan sınırlamalar da demokratik toplum düzenin gereklerine aykırı olacağı için Anayasaya aykırı olacaktır (AY m. 13).

Yukarıdaki açıklamalar ışığında ele alınınca *AYM*'nin kararı özü itibariyle isabetlidir. Zira konuya ilişkin Anayasa'nın 91. maddesinin hükmü açık olup, bu maddede belirtilen hususlar KHK ile ***düzenlenemez***. Vurgulamak gerekirse, bazı konulardaki *sınırlamaların* kanunla yapılabileceğine ilişkin anayasal ilkeler bir tarafa, 91. maddede belirtilen konuların KHK ile *düzenlenmesi* dahi kesin bir şekilde yasaklanmıştır.

Şunu da belirtelim ki, *AYM* kararında, Bursa 1. Ticaret Mahkemesi'nin başvurusuna dayanak yaptığı Anayasa'nın diğer hükümleri bakımından da konuyu inceleyeydi, yapılacak düzenlemelere ışık tutması bakımından önemli bir katkı sağlayabilirdi. Ancak kararın bu halinden dahi, *fikri mülkiyete ilişkin bazı konuların, KHK'lar ile düzenlenmesi mümkün olmayan alanlardan* olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür.

Burada son olarak *AYM* bu kararının yol gösterici mahiyette olduğuna işaret etmek gerekir. Bursa 1. Ticaret Mahkemesi'nin ileri sürdüğü hükümleri bir tarafa bırakarak, Anayasa'nın 91. maddesi çerçevesinde bir incelemeye gitmesi bunun en iyi kanıtıdır. Bir an önce KHK'ların kanunlaştırması gerekmektedir. Aksi takdirde *AYM*'nin önüne geldikçe, Anayasa'ya aykırı hükümler tek tek iptal edilecektir. Sözgelimi, faydalı modeller ceza korumasından mahrumdu. Çünkü 551 sayılı PatKHK'ya bir ceza maddesi eklenirken (m.73/A) sadece patentler zikredilmiş; faydalı modeller unutulmuştu. Ceza hukukunda kıyas yasağı olduğu için patentlere ilişkin 73/A hükmü, PatKHK'mn 166 maddesine dayanılarak kıyasen faydalı modellere uygulanamamaktaydı. Nitekim öğreti ve mahkeme kararları

da bu yöndeydi¹⁴. 5194 sayılı Kanun'la PatKHK'nın 73/A maddesinde yapılan değişiklikle bu durum düzeltilmiş ve faydalı modeller de ceza koruması altına alınmıştır¹⁵.

C. KARARIN DOĞURABİLECEĞİ SONUÇLAR

Faydalı modellere ilişkin *AYM* kararının anayasa hukuku, usul hukuku ve fikri mülkiyet hukuku gibi farklı disiplinler bakımından muhtemel birtakım sonuçları bulunmaktadır. Bunları özetle şu şekilde sıralamak mümkündür:

1. Anayasa ve Fikri Mülkiyet Hukuku Bakımından

AYM kararında da işaret edildiği gibi bazı konular KHK'larla *düzenlenemez*. Mer'i Anayasamıza göre, aşağıdaki konular mutlaka kanunla düzenlenmelidir:

- i) *Temel haklar,*
- ii) *Kişi hakları ve ödevleri*
- iii) *Siyasi haklar ve ödevler.*

Dava açma hakkı, Anayasa'nın kişinin hakları ve ödevleri bölümünde düzenlendiği için *AYM*, PatKHK'nın 165. maddesinin 3. fıkrası hükmünü iptal etmiştir.

Fikri mülkiyete ilişkin KHK'larda, KHK ile düzenlenemeyeceği belirtilen başka konular da hükme bağlanmıştır. Burada örnek kabilinden şu hükümler anılabilir:

• **Arama ve El Koyma (AY m.20/son):** "*Kanunun açıkça gösterdiği hallerde usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz*". Oysa fikri mülkiyete ilişkin KHK'lara göre, fikri mülkiyete konu ürünlere el konulabilmektedir. Nitekim bugün hak sahipleri dilerse ceza, dilerse hukuk mahkemelerine başvurarak arama, toplatma ve el koyma kararları alabilmektedir. Hukuk mahkemelerinin verdiği el

14. **SULUK**, Faydalı Modeller (II), s.40-41.; 7. CD, ve 6.6.2001, E.2001/6540, K.2001/10641 ve 10.7.2001, E.2001/6542, K.2001/12904 (Bu kararlar FMR, C.III, S.3/2003, s.173-177'de yayımlanmıştır).

15. RG, 26.6.2004, S.25504.

koyma kararlarının niteliği ayrı bir tartışma konusudur¹⁶. Ceza mahkemelerinin uygulamaları her ne kadar 4128 sayılı Kanun ve TCK hükümleri çerçevesinde yürütülüyorsa da, hukuk mahkemelerinin uygulamaları tamamen KHK'larm düzenlemelerine göre yapılmaktadır.

• **Konut Dokunulmazlığı (AY m.21):** *"Kimsenin konutuna dokunulamaz. Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz"*. Birçok yabancı hukuktaki düzenlemenin aksine hukukumuzda konut kavramına işyerleri dahil kabul edilmemektedir¹⁷. Eğer anılan kavrama işyerleri de dahil edilirse, bu hüküm açısından da KHK hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna varılacaktır. Zira KHK hükümlerine göre, hukuk mahkemeleri birtakım tedbir kararları verebilmekte ve Türkiye sınırları içinde buldukları yerde ürün ve araçlara el konulabilmektedir. Kaldı ki, bazı hallerde taklit ürünler kişinin meskeninde de bulunabilir.

• **Mülkiyet ve Miras Hakkı (AY m.35):** *"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz"*. KHK'lara göre, taklit mallara ve bu malların doğrudan üretiminde kullanılan araçlara el konulabilmekte, hatta fikri mülkiyet hakkı sahibi, taklit malların maddi mülkiyetinin kendisine intikalini isteyebilmektedir. Taklit de olsa böyle bir ürün üzerinde, taklit üretim yapan kişinin maddi mülkiyet hakkı bulunmaktadır. Benzer şekilde, bu kişinin üretim araçları üzerinde de maddi mülkiyet hakkı vardır.

16. Hukuk mahkemeleri talebe bağlı olarak ihtiyati tedbir niteliğinde ya da nihai karar şeklinde el koyma kararı verebilir. İkinci ihtimalde hak sahibinin talebi üzerine el konulan taklit ürünlerin mülkiyeti ya tazminata mahsuben hak sahibine geçirilir veya değiştirilir ya da imha edilir. Bu konudaki düzenlemelere örnek olarak bkz. EndTasKHK m.49 ve 64.

17. Ayhan ÖNDER: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Filiz, İst. 1994, s.59.

• **Hak Arama Özgürlüğü (AY m.36):** *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir. / Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz". AYM'nin iptal kararı, Anayasa'nın bu maddesine dayandığı için burada ayrıca üzerinde durulmayacaktır.*

• **Kanuni Hakim Güvencesi ve İhtisas Mahkemeleri (AY m.37):** *"Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. / Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz". Görevli ve yetkili mahkemelerin hangileri olduğu KHK'larla düzenlenmiştir. Oysa mahkemelerin kanunla kurulması anayasal bir zorunluluktur. Aşağıda ele alınacağı üzere, 26 Haziran 2004 tarihinde yürürlüğe giren 5194 sayılı Kanunla sorun kısmen çözümlenmiştir.*

• **Suç ve Cezalarda Kanunilik (AY m.38):** *"... Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur. ... Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz. Ceza sorumluluğu şahsidir. ...". Aşağıda ele alınacak olan AYM'nin markalara ilişkin iptal karar Anayasa'nın bu hükmüne dayandırılmıştır. Burada tekrarı önlemek bakımından oradaki açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz.*

Demek ki, KHK'ların bazı hükümleri, Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir. Bunlardan sadece (faydalı model ve markalarla ilgili olmak üzere) ikisi AYM'ye intikal etmiştir. Diğer mahkemeler gibi önüne gelmeyen meselelerde AYM, karar veremez. KHK'larda düzenlenen başka konular da AYM'nin önüne giderse bunların da iptali muhtemeldir. İptale konu olabilecek düzenlemelere şunlar örnek verilebilir:

- Mülkiyet ve Miras (PatKHK m.86 vd.; EndTasKHK m.39).
- Yetkili ve görevli (ihtisas) mahkemeler (PatKHK m. 146; MarKHK m.71 ve Geçici m.3; EndTasKHK m.49, 58, Geçici m.1; CoğışKHK m.30). 26 Haziran 2004 tarihinde yürürlüğe

giren 5194 sayılı Kanunla sırasıyla 146, 71, 58 ve 30. maddeler değiştirilerek mahkemelerin kanunla kurulması sağlanmıştır. Ne var ki, EndTasKHK m.49 ve geçici maddeler yine KHK hükmü olarak kalmıştır.

- Ürün ve araçlara el koyma, mülkiyet hakkı tanınması, imha (PatKHK m. 136; MarKHK m.62; EndTasKHK m.49)
- İhtiyati tedbir niteliğinde el koyma (PatKHK m. 152; MarKHK m.77; EndTasKHK m.63 vd.)

Örnek kabilinden sayılan bu düzenlemelerin bazıları yorumu gerekli kılmakla birlikte, bu çalışmanın boyutlarını aşmamak bakımından ayrıntıya girilmeyecektir. Burada bir iki hükme kısaca temas edilecektir. Sözelimi, mülkiyet ve miras meselesi, Anayasa'nın Birinci Kısımının İkinci Bölümünde, yani KHK'larla düzenlenemeyecek konular arasında kaleme alınmıştır. Burada mülkiyet hakkına sadece ev, araba ve mobilya gibi maddi mülkiyet haklarının girdiği, fikri mülkiyet haklarının bu madde kapsamına girmeyeceği akla gelebilir. Buna karşılık, herhangi bir yoruma gerek kalmaksızın, ürün ve araçlara el koyma KHK'larla düzenlenmiştir. Bu bağlamda, gözden kaçırılan bir husus vardır ki, fikri mülkiyeti düzenleyen KHK'lar, kişinin ürettiği mallara el konulması, üretiminin durdurulması gibi çok ciddi mülkiyet hakkı sınırlamaları öngörmektedir. Oysa *Anayasa'nın, sınırlamaya Kanun ile izin verdiği durumlarda, KHK ile sınırlama yapılması Anayasa'ya aykırıdır*. Elbette taklitçilerin korunması savunulamaz. Ancak taklitle mücadelenin, hukuk kurallarına uygun şekilde yapılması, hukuk devletinin gereği olduğu gerçeği de gözden kaçırılmamalıdır. Fikri mülkiyet, temel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale edilmesi sonucunu doğuran düzenleme alanı olduğu için, kanun ile sınırlandırılması yapılırken bile çok hassas dengeler gözetilmelidir. Özetle, *korsan üreticinin sahte ürün ve araçlar üzerinde maddi mülkiyet hakkı bulunmaktadır*. Bunlara el konulacağı, şekillerinin değiştirileceği, gerekirse imha edileceği, hatta fikri mülkiyet hakkı sahibinin, bunların mülkiyetinin kendisine devrini isteyebileceği gibi isabetli olup olmadığı tartışmaya açık hususlar KHK'larla değil; kanunla düzenlenmelidir.

2. Usul Hukuku Bakımından

AYM'nin kararının sonuçları, usul hukuku bakımından da değerlendirmeyi gerektirmektedir. Bir davanın; i) Olay, ii) Dava veya

iii) Hüküm tarihindeki mevzuattan birisi uygulanarak çözümlenme ihtimali bulunmaktadır. Yargıtay'ın müstakir içtihatlarına göre, davanın açıldığı tarihteki mer'i mevzuat uygulanmalıdır¹⁸.

AFM'nin kararından önce, üçüncü kişilerce itiraz yapılmadığı halde açılan hükümsüzlük davaları nasıl çözümlenecektir? Burada *AYM kararlarının geriye yürümeyeceği ilkesi* akla gelmektedir (AY m. 153). Yine 2949 S.lı *AYM'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun, İtiraz Yoluyla Mahkemelerce Gönderilen İşler* başlığını taşıyan 28. maddesi şu hükmü taşımaktadır:

"Bir davaya bakmakta olan mahkeme:

- 1. O dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse, bu yoldaki gerekçeli kararı veya*
- 2. Taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa tarafların bu konudaki iddia ve savunmalarını ve kendisini bu kaniya götüren görüşünü açıklayan kararı;*

Dosya muhtevasını mahkemece bu konu ile ilgili görülen belgelerin tasdikli örnekleri ile birlikte Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderir.

Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterliği, gelen evrakı kaleme havale eder ve keyfiyeti ilgili mahkemeye bir yazı ile bildirir.

Evrakın kayda girişinden itibaren on gün içinde noksanlıkları olup olmadığı incelenir. Anayasa Mahkemesince yapılan bu incelemede, eksikleri olduğu anlaşılan işlerin geri çevrilmesine, mahkemenin yetkisiz olduğu tespit edilen başvurmaların da reddine karar verilir.

Anayasa Mahkemesi, işin kendisine noksansız olarak gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde, karar verilmezse ilgili mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır.

18. YİBK, 24.5.1972, S.5/9 (RG, 27.6.1972, S.14228). Bu konuda başka kararlar için bkz. Baki KURU: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.II, Demir, İst. 2001, s.1674vd.

Mahkemenin Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddi görmemesi halinde bu iddia temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanır.

Anayasa Mahkemesi'nin işin esasına girerek verdiği ret kararının yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe, aynı kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla tekrar Anayasa Mahkemesine başvurulamaz".

Anayasa'nın 152. maddesinden mühlhem yukarıdaki hükmün, tarafımızca vurgulanan 5. fıkrasında da işaret edildiği gibi *AYM*'nin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır. Aynı fıkranın lafzına bakılırsa bu düzenleme, sadece derdest dava bakımından söz konusu mahkemeyi bağlar görünmektedir. Böylece somut olayda bu fıkra hükmü, sanki sadece Bursa 1. Ticaret Mahkemesi'nin 2000/169 E. sayılı dosyası bakımından uygulanacak; buna karşılık, daha önce başka mahkemelerde veya Bursa 1. Ticaret Mahkemesi'nde açılan diğer davalarda uygulanmayacakmış gibi bir izlenim vermektedir. Ancak yerleşik mahkeme kararlarına bakıldığında bu hükmün, diğer mahkemelerce görülmekte olan ve henüz kesinleşmeyen dosyalarda da geçerli olduğu görülecektir. Aksi halde, *AYM* kararlarının geriye yürümeyeceği kuralının katı bir şekilde uygulanması, Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı kuralını ihlal edecek ve adil olmayan sonuçlar doğuracaktır. Konuyla ilgili mahkeme kararlarına örnek olarak şunlar verilebilir:

Danıştay'ın müstakar içtihadına göre, iptal kararı yürürlüğe girmemiş, *AYM* kararının yürürlüğe girmesini ertelemiş¹⁹ olsa da, *AYM* tarafından iptal edilmiş mevzuata dayanılarak karar verilemeyecektir²⁰: "... Anayasa Mahkemesince bir kanunun veya

19. *AYM*'nin iptal kararları kural olarak *RG*'de yayımlandığı gün yürürlüğe girer. Böylece bu tarihte iptal edilen kanun, KHK veya Meclis İçtüzüğü hükmü yürürlükten kalkar. Bununla birlikte gerekli hallerde *AYM*, iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih kararın, *RG*'de yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez (AY m. 153). 2949 sayılı Yasanın 53. maddesine göre, *AYM*, iptal kararı üzerine meydana gelecek hukuksal boşluğun, kamu düzenini tehdit veya kamu yararını ihlal edici nitelikte görürse, kararının yürürlüğünü erteler. Böylece meydana gelecek boşluğun doldurulabilmesi için Meclise zaman tanınmıştır.

20. Dan, 5. D, 23.12.1992, E. 1992/1219, K.1992/3872 (A. Şeref **GÖZÜBÜYÜK** ve Turgut **TAN**: İdare Hukuku, C.II: idari Yargılama Hukuku, Turhan, Ankara

*KHK. 'nin tümünün ya da bunların belirli hükümlerinin Anayasa 'ya aykırı bulunarak iptal edilmiş olduğu bilindiği halde eldeki davaların Anayasa'ya aykırılığı saptanmış olan kurallara göre görüşülüp çözümlenmesi, **Anayasa'nın üstünlüğü prensibine ve hukuk devleti ilkesine aykırı düşeceği için uygun görülemez- Bir başka anlatımla, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi ileriye dönük olarak ertelemiş bulunması öncelikle yasama organına aynı konuda, iptal kararının gerekçesine uygun olarak yeni bir düzenleme için olanak tanımak ve ortada hukuki bir boşluk yaratmamak amacına yönelik olup yargı mercilerinin bakmakta oldukları uyuşmazlıklarda hukuka ve Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiş kuralların uygulaması ve uyuşmazlıkların bu kurallara göre çözümlenmesi sonucunu doğurmaz.** / Öte yandan, Anayasanın 153. maddesinde yer alan ve iptal kararlarının geriye yürümezliğine ilişkin bulunan kural, iptal edilen hükümlere göre kazanılmış olan hakların ortadan kaldırılmasına veya toplum huzurunun bozulmasına yol açacak sonuçları önlemek amacıyla kabul edilmiş olup bu kuralın mutlak anlamda anlaşılıp uygulanamayacağı; ... Nitekim Anayasanın, itiraz yoluna başvurulmuş kanun ya da KHK ile ilgili Anayasa Mahkemesi kararının beş ay içinde gelmemesi halinde mahkemenin davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandıracağına işaret edilen 152. maddesinin 3. fıkrasında yer alan 'Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin karar, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır' yolundaki kural da **Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararlarının, bu karardan önce açılmış bulunan ve bakılmakta olan davalarda uygulanması gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır....**".*

Danıştay'ın başka bir kararı da bu konuda belirgin ifadeler içermektedir²¹ : "... Her ne kadar Anayasa'nın 153. maddesinin 5. fıkrası ile Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında 2949 sayılı Kanununun 53. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının geriye yürümeyeceği belirtilmişse de, bu hükmün iptal kararlarının ihtilaf haline getirilmemiş muamelelere tesir etmeyeceği manasında anlaşılması gerekir. /Anayasa Mahkemesi kararları genel nitelikte olduğundan ve Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrası uyarınca yürürlüğünden

2003, s.410-411). Danıştay'ın bu yöndeki diğer kararları için bkz. Aynı eser, s. 401 vd.

21. Dan, 9. D, 08.03.1990, 2353/829 (KURU, C.VI, s.6328-6330).

itibaren yasama, yürütme ve yargı organları ile idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağladığından bahsi geçen iptal kararının yalnız ilgili iş için hüküm ifade edeceği de düşünülemez".

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin (UYM) görüşü de bu yöndedir²². UYM'ye göre, Anayasa'nın bağlayıcılığı, AYM kararlarına tüm devlet organlarının uyma zorunluluğu ve Anayasa'nın üstünlüğü gibi hususlar dikkate alındığında Anayasa'ya aykırı bir kuralın, aykırılığın saptanmasından sonra uygulama alanı bulamayacaktır.

Yargıtay'ın da kararları bu doğrultudadır²³: "... Uygulamada ve doktrinde; devam eden uyuşmazlıklar ve tamamlanmamış hukuki durumlara yeni yasa veya düzenleyici kuralın derhal yürürlüğe girme (.Leffet immediat dela loi nouvelle) niteliği nedeniyle uygulanacağı görüşü benimsenmiş... "tir.

"... çekişmeli hale getirilmiş veya tamamlanmamış hukuki durumlara iptal edilen yasa hükümlerinin uygulanamayacağı"²⁴.

"Olayda uyuşmazlık halen devam etmekte olup, kesinleşmiş bir hukuki vaziyet söz konusu değildir. Bunun sonucu olarak iptal kararının yürürlüğe girmesi ile yeni bir yasal durum hasıl olmuş ..."tur²⁵.

2004 tarihli bir Yargıtay kararına konu olayda, AYM'nin iptal hükmü esas mahkemesinin karar tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu aşamada davanın yasal dayanağını teşkil eden kanun metni ortadan kalktığı için esas mahkemesince olayın vuku bulduğu tarihte yürürlükte olan ve iptal edilen kanuna dayanılarak kurulmuş hüküm Yargıtay'ca bozulmuştur²⁶.

Bu kararlar, Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesiyle uyum içindedir. Bu uygulamanın isabetli olduğunu söylemek mümkündür. Aksi taktirde daha önce açılmış bulunan davalar takipsiz bırakılarak yenileme süresi dolduktan sonra yeni bir dava açılmalıdır

22. UYM, 27.11.1989, E.1989/28, K.1989/32 (RG, 24.12.1989, S.20382, s.22 vd.).

23. 1. HD, 05.02.2002, E. 2001/014443, K.2002/001362 (İntegra Bilgisayar Programı, 5.05.2004).

24. 1. HD, 30.12.1998, E.1998/013686, K.1998/015104 (İntegra Bilgisayar Programı, 25.05.2004).

25. 9. HD, 13.05.1980, E.1980/000576, K.1980/005676 (İntegra Bilgisayar Programı, 25.05.2004).

26. 15. HD, 17.2.2004, E.2003/3886, K.2004/780 (Yayımlanmamıştır).

ki, böyle bir çözüm usul ekonomisi bakımından sakıncalıdır. Bununla birlikte iptal kararı, kesinleşmiş mahkeme kararlarını (ve idari işlemleri) etkilemeyecektir²⁷. Zira kazanılmış haklara saygı hukuk devletinin bir gereğidir²⁸.

* * *

III. ANAYASA MAHKEMESİNİN MARKALARA İLİŞKİN KARARI

A. KARARIN TAKDİMİ

Bergama Asliye Ceza Mahkemesi, MarKHK'nın 61. maddesinin (d) bendinin ve bu KHK'ya 4128 sayılı Kanun ile eklenen 61/A maddesinin (c) bendinin, Anayasa'nın 7, 13, 33, 38, 64 ve 91. maddelerine aykırılığı iddiasıyla iptalini istemiştir. Bergama Mahkemesinin başvuru kararında iki temel noktaya dikkat çekilmektedir. Daha doğrusu *AYM* iki açıdan başvuruyu incelemiştir: i) KHK'larla suç oluşturulamayacağı, ii) Anayasa'nın 38. maddesine, 3.12.2001 tarih ve 4709 sayılı kanunla eklenen, sözleşmeden doğan borç için hapis cezası öngörülemeyeceği. MarKHK'nın 61/(d) bendi birinci; 61/A, (c) bendi ise, ikinci ilkeyle ilgilidir. *AYM*, başvuruyu her iki hüküm bakımından da incelemiştir. Buna karşılık suça ilişkin bir konuda yasa ile KHK'ya yapılan atfın, yasama yetkisinin başka bir organa devri anlamı taşıyacağı yönündeki Bergama Mahkemesinin; iddiaları *AYM* tarafından inceleme dışında bırakılmıştır.

27. Bu konuda başka Yargıtay kararları için bkz. **KURU**, C.VI, s.6331 vd.

28. Ancak *AYM* tarafından iptal edilen kanun hükmü, iptal kararından önce oluşan usuli müktesep hak gereği uygulanması gereken bir kanun hükmü olsa bile, artık *AYM'nin* iptal kararından sonraki yeni duruma göre karar verilir. Diğer bir deyişle, *AYM'nin iptal kararları, usuli müktesep hakkın bir istisnasıdır*. Bkz. **KURU**, C.VI, s.6340.

29. Bergama Asliye Ceza Mahkemesi, MarKHK'ya ilişkin önceden bir başvurusu daha olmuştur. Anılan mahkeme başvurusuna dayanak olarak, başka gerekçelerin yanında MarKHK m.61/A, (c)'yi de göstermiştir. *AYM*, 2003 tarihinde verdiği kararda; "665 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 61/A maddesinin (c) bendi, 4128 sayılı Yasa ile eklendiğinden Anayasa'nın cezaların yasa ile düzenlenmesi gereğine uyulmuştur. Ayrıca, Anayasa'da Kanun Hükmünde Kararnamelerin yasayla değiştirilmesini veya bunlara madde eklenmesini engelleyen bir kural da bulunmamaktadır" ifadelerine yer vererek başvuruyu reddetmiştir. Bkz. *AYM*, 18.6.2003, E.2000/38, K.2003/66 (RG, 26.12.2003, s.25328).

AYM, MarKHK m. 61 (d) hükmünün iptalinden doğacak hukuksal boşluğu, kamu düzenini tehdit edici nitelikte gördüğünden; Anayasa'nın 153. ve 2949 sayılı yasanın 53. maddesi hükmünce Meclis tarafından gerekli düzenlemelerin yapılması amacıyla iptal kararının, Resmi Gazete'de yayımlanmasından itibaren bir yıl sonra yürürlüğe gireceğine karar vermiştir.

Burada şunu da belirtelim ki, 5194 sayılı Kanunla, KHK'ların ceza maddelerini düzenleyen (A) maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Ne var ki, AYM'nin kararı dikkate alınarak Anayasaya aykırılığın önüne geçilmemiştir. Diğer bir deyişle, sorunun giderilmesine yönelik ele geçirilen fırsat değerlendirilememiştir.

1. MarKHK m. 61/(d) Bendi Yönünden İnceleme (Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi)

AYM'nin iptal kararına konu MarKHK m.61/(d) hükmü şöyledir: *"Marka sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya hakları üçüncü kişilere devir etmek"*.

Bir KHK maddesine atıf yöntemiyle suç tipini belirleyen MarKHK m.61/A, (c)'ye göre, *"61 inci maddede yazılı fiillerden birini işleyenler hakkında, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına ve altıyüz milyon liradan bir milyar liraya kadar para cezasına, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticaretten men edilmelerine, hükmolunur"*.

MarKHK'nın 61. maddesinde hangi fiillerin marka hakkına tecavüz teşkil ettiği hükme bağlanmıştır. Bu fiiller, KHK ile belirlenmiştir. 61. madde Haziran 1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu tarihten yaklaşık beş ay sonra, Kasım 1995 tarih ve 4128 sayılı Kanunla, MarKHK'ya bir hüküm eklenmiştir (m.61/A). Böylece bir kanun hükmü olan 61/A maddesi ile, bir KHK hükmü olan 61. maddeye atıfta bulunularak cezai düzenlemeye gidilmiştir. Özetle, *daha önce KHK ile belirlenmiş bir fiil, daha sonra atıf yöntemi kullanılarak bir kanun maddesi ile suç sayılmıştır*.

AYM'ye göre, suçta ve cezada kanunilik ilkesini hükme bağlayan 38. madde, Anayasanın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığından bu konudaki düzenlemelerin KHK ile yapılması mümkün değildir (AY m.91/I). Bu nedenle MarKHK'nın 61. maddesinin (d) bendi Anayasa'ya aykırı olup iptali gerekir. Bu karar oyçokluğu ile alınmıştır. Çoğunluğun görüşüne göre, *kanun koyucu, suç tipini*

belirlemeden; daha önce KHK ile belirlenmiş fiillere atıf yaparak bir ceza düzenlemesine gitmekle suç ve cezada kanunilik ilkesini ihlal etmiştir.

Azınlıkta kalan üç üye ise aksi görüştedir: "... Kanunla yapılan bu düzenleme dikkatle incelendiğinde, yasakoyucunun '61. maddede yazılı fiillerden birini işleyenler ...' sözcüklerine madde içinde yer vererek yaptığı yollamayla marka hakkına tecavüzle ilgili **suç sayılan fiilleri de ceza öngören madde içine aldığı**, /... Burada yasakoyucu kanun yapma tekniğine uygun davranmış, tekrardan kaçınarak 61. maddeye gönderme yapmakla yetinmiştir. Dolayısıyla yasakoyucunun, kararnamede marka hakkına tecavüz olarak sayılan fiillerin nelerden ibaret olduğunu bilerek bunlar için uygun gördüğü cezalan kanun ile belirlemek suretiyle bu fiillere de suç niteliği kazandırdığını kabul etmek gerekir. **Aksine yorum yasakoyucunun açık iradesini benimsemek anlamını taşır.** / Öte yandan anılan fiillerde sonradan KHK ile bir değişiklik yapılması farklı bir durum olup, ancak böyle bir durumda suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılıktan söz edilebilir". Özetle, azınlığın görüşüne göre, kanun koyucunun, 61/A, (c)'yi düzenlerken, KHK'nın 61. maddesine yollama yapması ile bu fiilleri ceza maddesinde tek tek sayması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Yapılan atıfla KHK'da belirlenen eylemler (suç tipi), aslında ceza maddesi içine alınmıştır. Eğer böyle bir atıfa rağmen hükümet yeni bir KHK ile 61. maddede sayılan fiillerde bir değişiklik yaparsa, o zaman suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı davranılmış olacaktır.

2. MarKHK m.61/A, (c) Bendi Yönünden İnceleme (Sözleşmedeki Taahhüdü Yerine Getirememeden Dolayı Hürriyeti Bağlayıcı Ceza Verilemeyeceği İlkesi)

Öncelikle belirtelim ki, Anayasa'nın 152. ve 2949 S.lı Yasa'nın 28. maddesinde, *AYM*'ye itiraz yoluyla yapılacak başvurular itiraz yoluna başvuran mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı yasa kuralları ile sınırlı tutulmuştur. Davada uygulanacak 61/A maddesinin (c) bendi, 61. maddede bentler halinde belirtilen eylemlerin tümü için geçerli ortak kural niteliğindedir. Somut olayda dava, 61. maddenin (d) bendinde belirtilen eyleme ilişkin bulunduğundan, 61/A maddesinin (c) bendinin esasına ilişkin *AYM* tarafından yapılan inceleme, 61. maddenin itiraz konusu (d) bendi açısından ele alınmış olup, bu bend ile sınırlı tutulmuştur.

Anayasanın 38. maddesinin son fıkrası şöyledir: *"Hiç kimse yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz"*. Böylece Anayasa koyucu, borçtan dolayı özgürlüğünden mahrum bırakılma yasağı getirmiştir.

Bergama Mahkemesi, MarKHK m.61/(d) hükmünün Anayasanın anılan hükmüne aykırılığını ileri sürmüştür. Anılan hüküm şöyledir: *"Marka sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devir etmek"*.

2001 değişikliği ile Anayasa'ya giren metne göre sözü edilen yükümlülük, sözleşmeden, yani bireylerin özel borç ilişkilerinden doğan yükümlülüktür. BK'nın 1. maddesi kapsamında, sözleşme, iki tarafın rızalarının uyuşmasıyla meydana gelen hukuki bir işlemdir. Dolayısıyla, 38. maddedeki yükümlülük BK'da yer alan sözleşmeler için geçerli bir durumdur. Burada tartışmaya açık husus, *sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilememesi* ifadesinden ne anlaşılacağıdır³⁰. Bu düzenlemeden, kişilerin BK kapsamındaki sözleşmelerden doğan yükümlülüklerini iyi niyetle yerine getirememesi anlaşılmalıdır. Böylece yükümlülüğünü kasten yerine getirmeyen kişiler hakkında hürriyeti bağlayıcı cezalar uygulanabilecektir³¹.

AYM, Bergama Mahkemesi'nin başvurusunu bu açıdan reddetmiştir. AYM'ye göre, *"Kanun Hükmünde Kararname'nin 61/A maddesinin (c) bendi, 4128 sayılı Yasa ile eklendiğinden Anayasa'nın cezaların yasa ile düzenlenmesine ilişkin 38. maddesine uyulmuştur. Ayrıca, Anayasa'da Kanun Hükmünde Kararnamelerin yasayla değiştirilmesini veya bunlara madde eklenmesini engelleyen bir kural da bulunmamaktadır. / Öte yandan 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 'Marka hakkına tecavüz sayılan fiiller' başlığını*

30. Bu konuda bilgi için bkz. Recep GÜLŞEN: *"Borç İçin Hapis Yasağı ve Anayasa md. 38'deki Değişiklik"*, Kamu Hukuku Arşivi, C.IV, S.2/2001, s. 39- 41; Ufuk ÇETİNER: *"Anayasanın 38. Maddesinin Değişmesi Sebebiyle Karşılıksız Çek Keşide Etme Suçu ve İcra İflas Suçları Bakımından ortaya Çıkan Hukuksal Durum"*, ABD, S.60/2002, s. 133-256; Nizamettin AYDIN: 03.10.2001 Tarihli Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine Etkileri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kütahya 2004, s. 134 vd.

31. AYDIN,s.135-136.

taşıyan 61. maddesinin (d) bendi delaletiyle, 61/A maddesinin itiraza konu (c) bendinde düzenlenen marka hakkına tecavüz suçu bakımından, yasakoyucunun suç kabul ederek yaptırma bağladığı eylem, Anayasa'nın 38. maddesinde yazılı 'bir kimsenin yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamayacağı'na ilişkin kural kapsamında görülemez. Zira Yasa'nın 61. maddesinin (d) bendinde tarif edilen eylem, sözleşmeye dayalı lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek suçunu oluşturduğundan, 61-A maddenin (c) bendindeki ceza da sözleşmeden doğan bir suçla ilişkin olmayıp, yasada belirtilen suçla ilişkindir ".

AYM, bu başvurunun, Anayasa'nın 7, 33 ve 64. maddeleri ile bir ilgisi olmadığı görüşündedir. Ancak AYM, bu görüşünü gerekçelendirmemiştir.

3. Kararın Değerlendirmesi

Hukukumuzda suçta ve cezada kanunilik ilkesi benimsenmiştir (AY m.38). Bu ilkeye göre, hem suçun maddi unsuru (tipiklik unsuru) kanun ile tanımlanmış olmalı, hem de cezası kanunla belirlenmiş olmalıdır. Somut olayda suçun cezası kanun ile belirlenmiş, ancak maddi unsuru (tipiklik unsuru) KHK ile tespit edilmiştir. MarKHK m.61/d'deki düzenleme, açıkça Anayasa'nın *suçta kanunilik ilkesini* ihlal etmektedir. Bununla birlikte MarKHK m. 61/A, (c), bir Kanun (4128 sayılı Kanun) hükmü olduğu için *cezada kanunilik ilkesine* uygun hareket edilmiştir. Oysa Anayasa, hem suçta hem de cezada kanunilik ilkesine yer vermiştir.

AYM'nin marka kararı, incelediği konulara paralel şekilde iki açıdan değerlendirilebilir³²:

i) Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi Bakımından [MarKHK m.61/(d)'nin incelenmesi]: AYM'nin kararı bu açıdan isabetlidir. Azınlığın görüşü mer'i hukukumuzla bağdaşmamaktadır. Çünkü Anayasa'nın 38. maddesi hükmü açıktır. KHK, yönetmelik ya da başka bir mevzuat metnine yapılan yollamalarla suç tipi belirlenemez. Hem suçun hem de cezanın kanunla belirlenmesi Anayasa'nın emredici hükmünün bir gereğidir.

32. Yasama yetkisinin devri meselesi incelemenin dışında tutulmuştur.

ii) *Sözleşmeden Doğan Bir Yükümlülüğü Yerine Getirememesinden Dolayı Hürriyeti Bağlayıcı Ceza Verilemeyeceği İlkesi Bakımından* [m. 61/A, (c)'nin incelenmesi]: AYM'nin kararı bu bakımdan da yerindedir. 2001 tarihinde Anayasa'da yapılan değişiklikte 38. maddeye eklenen son fıkra ile "*Hiç kimse yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz.*" kuralı getirilmiştir. Fıkra hükmü geniş anlamda ele alındığında Bergama Mahkemesi 'nin görüşü kabul edilebilir görünmektedir. Zira marka sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans yoluyla verilmiş hakların izinsiz genişletilmesi veya sözleşmeye aykırı bir şekilde lisans hakkının devredilmesi de geniş anlamıyla *sözleşmeye aykırılık kavramı* içinde düşünülebilir. Ne var ki, burada iki hususu birbirinden ayırıştırmak gerekir. "... *Sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememe ...*" durumu ile sözleşmede hiç yer almayan bir başka fiilin işlenmesi birbirinden farklı durumlardır. Yani *sözleşmedeki taahhüdü yerine getirememek* ile *sözleşmeye aykırılık teşkil etse dahi sözleşmede yer almayan bir başka fiili işlemek* farklı şeylerdir.

Sözgelimi, sözleşme ile yüklenilen yapma ediminin yerine getirilememesi durumunda hürriyeti bağlayıcı ceza verileceği kanunla düzenlenirse, o zaman Anayasa'nın 38. maddesinin son fıkrası hükmü ihlal edilmiş olur. Diyelim ki, bir marka lisansı sözleşmesine göre lisans alanın her yıl 10.000 adet üretim yapacağı hükme bağlanmakla birlikte, yıllık 5000 adet üretim yapabilsin. Eğer bir kanunla lisans sözleşmesine aykırı her tür eylemin, hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılacağı öngörülürse, bu durumda lisans alan, yılda 10.000 adet üretim *yapamaması* nedeniyle cezalandırılacaktır. İşte Anayasa 'nın 38. maddesi böyle bir kanuni düzenleme yapmaya engeldir. Ancak lisans sözleşmesi ile üretim yıllık 50.000 adet ürünle sınırlanmasına rağmen lisans alan 100.000 adet üretim yapmışsa ve bu da kanunla cezalandırılmışsa böyle bir kanun hükmü Anayasa'ya

33. Bergama Mahkemesinin görüşü kabul edilirse, FSEK'in 72. maddesinin 1. fıkrasında kabul edilen ve 5101 sayılı kanunla 12 Mart 2004 tarihinde yürürlüğe giren düzenleme de Anayasaya aykırı olup, iptali gerekir. Bu durumda, *yayıncı* ve *yapımcı korsanlığı* olarak da nitelenebilecek bu eylemlere hürriyeti bağlayıcı ceza verilemeyecektir.

aykırı olmayacaktır. Nitekim *AYM*'nin iptal kararından önce MarKHK m.61/A'(c)'nin yollamasıyla 61/d hükmü, böyle bir eylemi cezalandırmaktaydı. Yukarıda da belirtildiği gibi *AYM*, bu açıdan hükmü isabetli bir şekilde Anayasaya aykırı bulmamış, ancak suçta kanunilik ilkesi ihlal edildiği gerekçesiyle iptal etmiştir.

Kaldı ki, *AYM* kararına konu MarKHK m.61/(d) hükmünü ihlal eden lisans alanın eylemi, markayı taklit eden üçüncü kişinin eyleminden pek farklı değildir. Gerçekten lisans sahibince lisansı aşan kullanım ile marka sahibiyle hiçbir hukuki ilişkisi bulunmayan üçüncü bir kişinin söz konusu markayı taklit ederek üretim yapması arasında büyük bir benzerlik bulunmaktadır.

B. KARARIN DOĞURABİLECEĞİ SONUÇLAR

Yukarıda faydalı model kararı incelenirken, fikri mülkiyete ilişkin KHK'ların Anayasaya aykırılığı konusuna değinilmişti. O nedenle burada sadece ceza hukuku bakımından doğabilecek sonuçlar üzerinde durulacaktır.

Fikri mülkiyeti düzenleyen KHK hükümleri benzer konularda büyük bir paralellik arz etmektedir. *AYM*'nin iptal ettiği konuda da KHK'lar benzer düzenlemeler içermektedir. Gerçekten PatKHK'nın 73/A, (c) hükmü, 73. maddesine; EndTasKHK'nın 48/A, (c) hükmü, 48. maddesine; CoğİşKHK'nın 24/A, (c) hükmü, 24. maddesine atıfta bulunarak ceza hükümleri getirmiştir. Yani bu açıdan 4128 sayılı yasa ile getirilen (A) maddeleri ile yapılan atıflar bakımından fikri mülkiyete ilişkin tüm KHK hükümleri ayniyet arz etmektedir. Eğer bu hükümler de *AYM*'nin önüne gelirse iptal edilecektir. Zira markalar bakımından verilen *AYM* kararı, diğer KHK hükümleri bakımından emsal teşkil edecektir.

AYM'nin iptal kararıyla, MarKHK'nın 61. maddesinin (d) bendinde belirtilen eylem suç olmaktan çıkmıştır. Bu nedenle anılan bent hükmünce açılan davalarda beraat kararı verilecektir. Kesinleşmiş cezalar infaz edilmeyecektir. İnfazına başlanmışsa infaz sona erdirilecektir. Zira ceza hukukumuzun ilkeleri bu sonuçları gerekli kılmaktadır. Nitekim TCK'nın 2. maddesindeki düzenleme aynen şöyledir: *"İşlendiği zamanın kanununa göre cürüm veya kabahat sayılmayan fiilden dolayı kimseye ceza verilemez. İşlendikten sonra yapılan kanuna göre cürüm veya kabahat sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz. Eğer böyle bir ceza hükmolünmüşsa icrası ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar".*

Konuya ilişkin Yargıtay'ın emsal niteliğindeki bir kararı şöyledir³⁴:
"TCY.nın 2. maddesinde; Ceza Yasasının zaman bakımından uygulanması ilkesi düzenlenmektedir. Buna göre, yasalar yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren, uygulama alanı bulurlar. Ceza hukukunda failin lehine olan yasaların geçmişe uygulanırlığına karşılık, failin durumunu ağırlaştıran yasalar geçmişe uygulanamazlar. Bu itibarla Ceza hukuku kurallarının zaman bakımından uygulanmasında iki ilkenin yer aldığı görülmektedir. Bunlar;

a- Ceza yasalarının geçmişe uygulanmazlığı: İşlendiği zaman yasasına göre suç sayılmayan bir fiilin, sonradan yürürlüğe giren bir yasayla suç sayılmış olması halinde failin cezalandırılmayacağı;

b- Failin lehindeki yasanın geçmişe uygulanırlığı: İşlendiği zamanın yasasına göre suç sayılan bir fiil, sonradan yürürlüğe giren bir yasayla suç olmaktan çıkarılmış veya sonradan yürürlüğe giren bir yasa suçun işlendiği zamanın yasasına göre suçunun lehinde ise, sonraki yasanın önceden işlenmiş fiillere uygulanacağı kurallarıdır.

Bunlar suçun, işlendiği zamanın yasasına tabi olması kuralının istisnalarını oluşturmaktadır.

Sonraki yasa ile suçun yürürlükten kaldırılmasının sonucu olarak;

1- Önceki yasa zamanında işlenmiş fiiller, sonraki yasanın yürürlüğe girmesinden sonra ortaya çıkmış ise, fail hakkında ceza koşturmasında bulunulamaz.

2- Mahkumiyet hükmü kesinleşmiş ise sonraki yasanın yürürlüğe girmesi ile Devletin cezayı infaz etme hakkı ortadan kalkar.

3- Fail hakkında kamu davası sürmekte iken, sonraki yasa yürürlüğe girmiş ise ne yapılmalıdır? TCY.nın 2. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesine göre, 'işlendikten sonra yapılan kanuna göre cürüm veya kabahat sayılmayan bir fiilden

34. CGK, 15.5.1991, E.1991/9-79, K. 1991/000148 (Corpus Bilgisayar Programı-11.6.2004).

dolayı da kimse cezalandırılmaz...' hükmü yer almaktadır. Bu durumda verilmesi gereken karar ne olmalıdır? Bir başka anlatımla, fail hakkında beraat mı, yoksa davanın düşmesine mi karar verilmelidir?

Mahkeme, iddianame ile davanın açılması üzerine, yapacağı yargılama sonucunda hüküm vererek uyuşmazlığı çözmek durumundadır. Yukarıda açıklandığı üzere, inceleme konusu olayda mahkumiyet veya durma yahut red kararları verilmesi sözkonusu değildir. Dava ve ceza ilişkisini sona erdiren nedenler de bulunmadığından davanın düşmesine de karar verilemez.

Usul Yasasının 260/6. maddesinde açıklandığı üzere, fail hakkında sabit kabul edilen fiilin, yasada bir mahkumiyeti gerektirmediği hallerde beraat kararı verileceği, hüküm altına alınmasına, ... eylemler suç olmaktan çıkarılmış bulunmasına ve TCY'nın 2. maddesi açık hükmüne göre, fail hakkında sabit görülen fiil sonradan yürürlüğe giren yasa ile suç olmaktan çıkarıldığından CYUY'nın 260/6 ve 253. maddeleri uyarınca beraat kararı verilmesi gerektiğinden, Yerel Mahkeme hükmünün bozulmasına ve bozmanın içeriğine göre yeniden yargılama yapılmasına gerek görülmediğinden, CYUY'nın 322. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak sanığın beraatine karar verilmelidir".

V. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Fikri mülkiyet mevzuatımız 1995 yılından sonra reform düzeyinde değişiklik geçirmiş olup, bu süreç bugün de devam etmektedir. Yapılan değişiklikler ve yenilikler, büyük ölçüde AB mevzuatı ve uluslararası anlaşma metinlerinden yapılan tercüme içeriktedir. Diğer bir deyişle, bu düzenlemeler ülkemizin mevcut şartlarının zorlamasından ziyade, dış baskılarla gerçekleştirilmiştir. Bu yönüyle bir *hukuk politikasızlığından* söz etmek mümkündür. Bunun da ötesinde yapılan düzenlemeler aceleye getirilerek, daha *taslak* aşamasındaki metinler KHK'larla yürürlüğe sokulmuştur. Gerçekten KHK'lar dikkatlice incelendiğinde imla (yazım) hatalarıyla doludur. Oysa fikri mülkiyete ilişkin mevzuat hazırlıkları, kanun şeklinde yürürlüğe sokulacağı düşüncesiyle ve mantığıyla kaleme alınmıştır. Aradan yaklaşık on yıllık bir süre geçmesine rağmen söz konusu KHK'lar halen yürürlükte.

Fikri mülkiyet haklarına ilişkin sorunların temelinde birden çok neden bulunmaktadır. Ancak bu nedenler arasında, bizatihi mevzuatın kendisinin olması kabul edilebilir bir husus değildir. Bu bağlamda *AYM* kararları, konuyla ilgili kesimleri düşünmeye sevk edecek niteliktedir. *Her şeyden önce*, fikri mülkiyet haklarının, KHK'larla *düzenlemenin* anayasal açıdan mümkün olmadığı ortaya çıkmıştır. Bu yanı sıra 1995'ten bugüne kadar yaklaşık 10 yıl süreyle ısrar edilmesi ayrı bir tartışma konusudur. *İkinci olarak*, mevcut düzenlemelerin ne kadar sağlıklı ve temelden yoksun olduğu ortaya çıkmıştır. *Üçüncü olarak*, KHK'ların düzenlemeleri, kanun yapma tekniği bakımından ülkemizdeki aymazlığa iyi bir örnek teşkil etmektedir³⁵. Hemen belirtelim ki, bu aymazlık bugün de devam etmektedir. Bu iddiamızı doğrulamak bakımından FSEK'te önemli değişiklikleri içeren ve 12 Nisan 2004 tarihinde yürürlüğe giren 5101 sayılı yasaya bir göz atılması yeterlidir³⁶.

AYM'nin kararları da göstermektedir ki, artık KHK'ların baştan sona değiştirilerek kanunlaştırılması zorunludur. Bu yapılırken nasıl ki, MK, TK ve BK gibi temel yasalarda uzun bir hazırlık sürecine ihtiyaç duyuluyorsa ve alanın uzmanlarından yararlanılıyorsa, benzer şekilde fikri mülkiyet haklarına ilişkin düzenlemelerde de aynı hassasiyetin gösterilmesi gerekir. Zira fikri mülkiyet hukuku kendine özgü hukuki müesseseleri bünyesinde barındıran çok spesifik bir ihtisas konusudur. Konunun teknik yönleri de bulunmaktadır. Bunlara ek olarak bu alan, toplumun çok önemli bir kesimini doğrudan ya da dolaylı bir şekilde ilgilendirmektedir. Konunun bu özellikleri göz önünde tutulduğunda, yapılacak mevzuat çalışmalarında daha da hassas davranılmasının gereği ortadadır.

Sonuç olarak denilebilir ki, fikri mülkiyete ilişkin KHK'ların bir kısmı Anayasa'ya aykırıdır. Aykırı hükümler *AYM*'nin önüne geldikçe iptal edilebilecektir. Ceza hükümlerinde olduğu gibi bunların

35. FSEK'teki ceza hükümlerinin bu yöndeki eleştirisi için bkz. Zeki **HAFIZOĞULLARI**: "*Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi*", AÜHFD, C.XLVIII, S.1-4/1999, s.1-14, özellikle s.12.

36. Yasanın bir eleştirisi için bkz. Cahit **SULUK**: *Telif Hakları ve Korsanlıkla Mücadele*, Hayat Yayınları, İst. 2004, s. 199 vd. Burada incelenen 4128 sayılı yasa ile fikri mülkiyeti düzenleyen KHK'lara bir ceza maddesi eklenmiştir. Bu değişikliğin, 552 sayılı **Yaş Sebze ve Meyve Ticaretinin Düzenlenmesi ve Toptancı Halleri Hakkında KHK** ile birlikte yapılmış olması bile, konuya ne kadar ciddiyetle yaklaşıldığını göstermektedir.

ayıklanarak kanunla düzenlenmesi de sorunu çözmeyecektir. Çünkü bazı hükümlerin Anayasaya açıkça aykırılığı tespit edilebilmekle birlikte, KHK'larda öyle hükümler bulunmaktadır ki, bunların KHK'larla düzenlenip düzenlenemeyeceği yoruma açıktır. Bu kadar ayrıntılı bir ayıklama yoluna gitmek zaten KHK'lardaki uyumu bozacaktır. Bu nedenle en sağlıklı yöntem, fikri mülkiyet mevzuatını tümüyle kanunlaştırmaktır.

KISATMALAR

AB	: Avrupa Birliđi
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Ar-Ge	: Araştırma-Geliştirme
ATRĞ	: Avrupa Topluluđu Resmi Gazetesi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BK	: Borçlar Kanunu, Bkz: Bakınız,
C	: Cilt
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CoğışKHK	: Cođrafi İşaretlerin Korunması Hakkında KHK
D	: Daire, Dan: Danıştay
E	: Esas
EndTasKHK	: Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK
FMR	: Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HD	: Hukuk Dairesi
İst	: İstanbul
K	: Karar
KHK	: Kanun Hükümünde Kararname
m	: Madde
MarKHK	: Markaların Korunması Hakkında KHK
MK	: Medeni Kanun
MÜ	: Marmara Üniversitesi
OKK	: Ortaklık Konseyi Kararı
PatKHK	: Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK
RG	: Resmi Gazete
s	: Sayfa
S	: Sayı
TK	: Ticaret Kanunu
TPE	: Türk Patent Enstitüsü
TRIPS	: Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, Including Trade in Counterfeit Goods
UYM	: Uyuşmazlık Mahkemesi
Vd	: Ve devamı.