

Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti ve GATT-TRIPs Anlaşmasının Bu Ticaretin Önlenmesine İlişkin Hükümleri

Mustafa ATEŞ^(*)

GİRİŞ

Sahte ve korsan mal ticareti, hukûki tedbirlerin kifâyetsizliği ve kontrol edilmesinde işin doğasından kaynaklanan büyük zorluklardan dolayı küresel düzeyde hızla yaygınlık kazanmaktadır. Bunun sonucu olarak, günümüzün hemen tüm ekonomik sektörleri büyük bir mâli kayıp riskiyle karşı karşıya bulunmaktadır. Ancak, son zamanlarda ulusal düzeyde ve uluslararası alanda, ekonomik hayat bakımından ciddi bir tehdit oluşturan bu sorunun üstesinden gelinmesi için hukûki, cezâi ve idâri yönden bir takım tedbirler geliştirilmeye çalışıldığı görülmektedir.¹

Mal ticaretinde taklitçilik ve korsanlık faaliyetleri, küresel bir sorun olması nedeniyle, ticaret ve ekonomiyle ilgili uluslararası kuruluşların da gündemlerinin ilk maddelerinden birisini oluşturmaktadır. Özellikle gelişmiş ülkelerin başını çektiği çok sayıda ülke uzun bir süredir uluslararası düzeyde yürütülen taklit ve korsan mal ticareti ile mücadele için ikili veya çok taraflı bir dizi anlaşmaların yapılması gayreti içinde olmuşlardır. Bu anlaşmalardan biri ve belki de en önemlisi Uluslararası Tarifeler ve Ticaret Genel Anlaşması (*GATT*) bünyesinde gerçekleştirilen Uruguay Round'un nihâi metninin bir parçası olarak 15 Nisan 1994 tarihinde *Marrakesh*'te imzalanan ve İngilizce adının baş harfleri kullanılması suretiyle kısaca TRIPs² olarak adlandırılan "Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Haklarına Dair Anlaşma"dır. TRIPs Anlaşması, patent, telif hakları, markalar gibi fikrî mülkiyet haklarıyla ilgili pek çok konuyu düzenlemesinin yanı sıra, uluslararası taklit ve mal ticareti ile mücadeleye ilişkin bir dizi hükmü de ihtiva etmektedir.

Bu çalışmanın konusunu, taklit ve korsan mal ticareti ile uluslararası düzeyde mücadele sorunu oluşturmaktadır. Bu kapsamda, GATT-TRIPs Anlaşmasının taklit ve korsan mal ticaretinin önlenmesiyle ilgili olarak öngördüğü hukûki, cezâi ve idâri düzenlemeler irdelenecektir. Çalışma üç ana bölüme ayrılmıştır. Birinci bölümde, uluslararası bir sorun olarak taklit ve korsan mal ticareti kavramı ve bu tür faaliyetlerle mücadelenin tarihi gelişimine kısaca temas edilmektedir. İkinci bölümde, TRIPs Anlaşmasının sorunun çözümüne yönelik olarak vazettiği esas ve usullere dair hükümler tahlil edilmeye çalışılmaktadır. Son bölümde ise, TRIPs Anlaşmasının uygulamaya yansımaları ve bu çerçevede Türkiye'nin taklit ve korsan mal ticareti konusu ile ilgili düzenlemelerinin TRIPs karşısındaki durumuna ilişkin tespitlere yer verilmektedir.

I. TAKLİT VE KORSAN MAL KAVRAMI VE BU MALLARIN TİCARETİNİN ENGELLENMESİNE İLİŞKİN ÇABALAR

A. KAVRAM VE TARİHÇE

Taklit kavramı, sözlük anlamıyla, "belli bir örneğe benzemeye veya benzetmeye çalışmaktır." O halde bir şeyin taklidi, o şeyin orijinaline ne kadar benzerse benzesin, o şeyin

¹ Örneğin, ABD'de, taklit ve korsan mal ticaretinin tamamıyla durdurulmasını sağlamaya yönelik tam işlerliğe sahip bir sistem kurulmuştur. Bu çerçevede, hukûki ve cezâi bir takım yasal düzenlemelere ilave olarak, *FBI*'ye taklit ve korsan malların araştırılması ve soruşturulması konusunda etkin bir faaliyette bulunma yetki ve imkânı sağlanmıştır. 1996 yılında Kongre tarafından kabul edilen Tüketicileri Taklit Mal Ticaretinden Koruma Kanunu hükümleri uyarınca, taklit ve korsan mal ticareti yoluyla hak ihlallerinde 500 (beş yüz) Dolardan 100.000 (yüz bin) Dolara kadar, kasti ihlâl halinde ise 1.000.000 (bir milyon) Dolara kadar yasal tazminatlar öngörülmüştür. Avrupa Birliği, Japonya ve diğer gelişmiş ülkelerde de bu yönde bazı hukûki ve idâri önlemler alındığı görülmektedir.

² TRIPs Anlaşmasının orijinal İngilizce ismi "*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights including Counterfeit Goods*" şeklindedir.

“sahtesi”dir. Taklit mal ise, bir nesnenin veya maddî bir varlığın bilinçli bir insan eylemiyle meydana getirilen benzeri, yani kopyasıdır. Ticârî alanda “taklit” veya “taklitçilik” (*counterfeiting*) ihtiyaçların karşılamasına mâtuf nesnelere âit kopyalarının insanların asıl nesne ile sahtesi arasındaki farkı anlamalarına imkân vermeyecek şekilde üretilmesi eylemidir.

Taklit malın yapım ve üretimine dönük faaliyet, insanları, gerçek bir şeyin kopyası veya sahtesi niteliğinde olan mal üzerinde yanılgıya düşürerek, o şeyi orijinal bir mal gibi değerlendirmeye sevkedecek kasıtlı ve bilinçli bir davranıştır.³ Bu sebeple, ticârî anlamda taklitçilik ile “sahtekârlık” kavramını eş anlamda kullanmak mümkündür. O halde, taklit malı da dış görünüşü itibariyle, orijinal bir mala benzetilen mal yani “sahte mal” olarak adlandırmak yanlış olmaz. Taklitçilikte esas olan dış görünüşdür. Zira, taklit fiilinin özünde, sahte bir şeyi asılmış gibi gösterme, dolayısıyla da asıl şeyin sahip olduğu değer, imaj ve itibardan yararlanma kastı vardır. Bir malın başka bir maldan farkını ve üçüncü kişilere karşı görünümünü sağlayan ya o malın üzerindeki “ambalaj” adı verilen dış kılıf, ya da o malı bir bütün olarak temsil eden, tanıtan ve “marka” olarak adlandırılan kelime, sayı, figür veya işârettir. Bu yüzdendir ki, sahte mal ticaretinde, sahte bir mal üzerine çok tanınmış bir malın marka adı veya işâreti ile kullandığı ambalaj aynen veya belirgin nitelikleri kopya ve taklit edilerek kullanılır. “Korsan” (*piracy*) kelimesi ise, sözlük anlamıyla “*düşman veya kendi ulusunun gemilerine saldıran deniz haydudu*” anlamını ifade ederken, mecazi olarak “*başkalarının hakkını zor kullanarak alan kimse*” anlamında kullanılan bir terimdir. Fikrî mülkiyet hukuku alanında ise, bir hakkı, hak sahibinin rızası hilafına ve fakat kendine yarar sağlayacak şekilde hukuka aykırı olarak kullanmaktır. Bir edebiyat eserinin, bilgisayar programının, müzik ve sinema eserinin kayıt ve tespiti yapıldığı materyallerin, bu eserler üzerinde hak sahibi olanların rızası dışında matbaa, fotokopi makinası, ses kayıt ve tespit cihazı, CD veya DVD yazıcısı veya herhangi bir çoğaltma aracı kullanılarak kopyalanması korsanlık eylemine vücut veren davranışlara örnek teşkil eder.

“Taklit” ve “korsan” kavramları çoğunlukla eş anlamlı olarak bir diğerrinin yerine kullanılmaktadır. Hukuka aykırılık “ortak” bir unsur olsa da, bu iki kavram arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. Buna göre, başkasının düşünce, fikir, çalışma ve yetenekleriyle ortaya koyduğu değerlerden oluşan bir eserin yetkisiz ve haksız yere kopya edilmesi fiili “korsanlık” olarak nitelendirilirken; “taklitçilik” başkasına ait bir malın aslından ayırt edilemeyecek kadar benzerini yaparak, veya başkasının haklı olarak kullandığı ve malın tanınmasına yarayan ad, alâmet, marka, işâret veya ambalajı kendisine ait mallarda kullanmak suretiyle üçüncü kişilerin kandırılması ve aldatılması fiilidir.

Nitekim, TRIPs Anlaşması da bu iki terim arasındaki farkı vurgulamak için, ayrı ayrı tanımlar getirmiştir. Anlaşmanın 51’inci maddesinde yer alan XIV numaralı dip notta söz konusu Anlaşma kapsamında “*taklit markalı mallar*” deyiminin “*Ambalajlar dahil olmak üzere, geçerli olarak tescil edilmiş bir markayı, veya esas unsurları itibariyle ayırdedilemeyecek şekilde bu markaya benzer bir markayı izinsiz olarak üzerinde taşıyan, bu nedenle de ithalat yapılan ülkenin hukukuna göre sözkonusu marka sahibinin haklarını ihlâl eden mallar anlamına geleceği*” ifade edilmiştir. Buna göre, TRIPs anlamında taklit mal “*izinsiz olarak üzerinde başka bir mala ait ambalaj veya markayı aynen veya sözkonusu malın ambalaj veya markasında yer alan esaslı unsurların ayırt edilemeyecek şekildeki kopyasını taşıyan maldır.*” Anlaşmanın 51’inci maddesinde yer alan XIV numaralı dipnotunda “*fikrî hakka konu korsan mal*” tabiri kullanılmış olup bu deyim “*malların üretildiği ülkedeki hak sahibinin veya hak sahibinin usulüne uygun olarak yetkili kıldığı şahsın müsaadesi olmaksızın kopyası yapılmış mallar ile, ithalat yapılan ülke hukukuna göre bir fikrî veya bağlantılı hakkın ihlâli teşkil eden kopyanın yapıldığı maddeden doğrudan veya dolaylı olarak yapılmış mallar anlamına geleceğini*” ifade edilmektedir. Buna göre, korsan mal, üzerinde

³ **Dworkin, G.:** “British & EEC Law and Practice” (Papers Given at the Inaugural Conference of the Common Law Institute of Intellectual Property Ltd in London on 28th and 29th January), in Part I of *Piracy and Counterfeiting of Industrial Property and Copyright*, Ed. by W.R. Cornish, and Published by Common Law Institute of Intellectual Property Ltd & The British Institute of International and Comperative Law, London 1983.

tefif hakkı kurulmaya elverişli bir ürünün aslının veya kopyasından hak sahibi veya onun yetkili kıldığı bir kişinin müsaadesi olmaksızın çoğaltma yapılarak çıkarılmış kopyalarıdır. O halde, uluslararası ticârî faaliyetlerde taklit mal kavramı denildiğinde daha çok, bir malın tanıtılmasına yarayan ambalaj ve marka gibi unsurlarının başka bir mal üzerine konulması ile elde edilen mal; korsan mal ise, telif haklarına konu olan bir malın, o mal üzerinde hak sahibi olan kimsenin, yani daha doğru olarak fikrî hukuktaki adıyla “eser sahibi”nin izni alınmadan çıkarılmış kopyalarıdır. Taklit ve korsan mal ticareti ise, bu şekilde üretilen malların çeşitli menfaatler temin etmek gayesiyle tedavüle konulmasıdır.

Taklitçilik ve korsanlığı hukuk ve ahlâk dışı bir insan davranışı olarak çok eski tarihlere kadar götürmek mümkün olmakla birlikte, bugünkü anlamına yakın olarak ortaya çıkışının, ticaret markalarının ilk kez kullanılmaya başlandığı eski Roma dönemine kadar dayandığı söylenebilir. Orta Çağın, Batılı feodal toplumlarında kendilerini “asil” veya “soylu” olarak tanımlayan ailelerin mensupları, başka beylik ve ailelerden farklılıklarını vurgulamak amacıyla özel şekil, amblem veya işâretler kullanırdı. Bir aileye ait müşterek amblem, işâret ve sembollerin başkaları tarafından kullanılmasının ömür boyu hapis veya ölüncye kadar kölelik gibi çok şiddetli cezâi müeyyideleri bulunuyordu.⁴ Keza, İngiliz hukuk tarihinde sahtecilik ve korsanlığın önlenmesi ile ilgili modern hukuk düzenlemelerine esas teşkil eden pek çok yazılı hukuk metinlerine rastlanmaktadır. Örneğin, İngiltere’de 1215 tarihli ünlü *Magna Carta*’dan sonra I’inci *Edward*’ın hükümdarlığı zamanında kabul edilen ilk yasa sahte madenî para basımının önlenmesi ile ilgilidir. V’inci *Henry* hükümdarlığı zamanında ise, Londra’lı usta ve zanaatkârlara, ürettikleri mallar üzerine işâret olarak leopar kafası konulmadan satış yapmaları yasaklanmıştı. Ayrıca diğer şehirlerin usta ve zanaatkârları da ürettikleri malları piyasaya sürmeden önce üzerlerine kendi şehirlerinin amblem ve sembollerini koymak zorundaydılar. Belirlenen standartların altındaki malların satılması, krala ve ilgili kişiye karşı işlenmiş bir suç sayılıyor ve çifte cezayı mücip oluyordu. İngiliz kralı VIII’inci *Henri* zamanında ise, arkadaşlarına ve tanıdıklarına verilen sahte mektuplar ve mücevherler için idama kadar varan ağır cezalar uygulanması öngörölmüştü.⁵

Sanâyi devrimi ile birlikte yeni ve daha da gelişmiş ürünler, sahtecileri, başkalarının fikir ve düşüncesinin ürünleri üzerinden kolay para kazanma yoluna teşvik etmiştir. Özellikle iktisâdi alanda geniş bir kabul gören liberalizm anlayışıyla birlikte mal ve hizmetlerin tedavülünde büyük artış meydana gelmiş olması, ticârî markaların önemini çok büyük ölçüde artırmıştır. Bu yaygın kullanıma rağmen etkili bir koruma sistemi kurulamadığı için marka ihlâlleri 19’uncu Yüzyılda endişe verici bir olgu olarak kendisini göstermeye başlamıştır. Bundan dolayı üreticiler ellerindeki yeni ürün ve buluşları bir takım fuar ve panayırılarda sergilemekten endişe duyar olmuşlardır. Örneğin, başta Amerikan firmaları olmak üzere bazı ölkelerin firmaları, daha önce başka fuar ve panayırılarda yaşadıkları acı tecrübelerden sonra, 1873 yılında Avusturya-Macaristan İmparatorluğunun daveti üzerine Viyana’da gerçekteştirilen “Evrensel Ticaret Fuarı”na katılmayarak bu fuarda ürün ve buluşlarını sergilemeyi reddetmişlerdir. Zira, daha önce başka yerlerde düzenlenen benzeri fuarlarda sergilen mallar ve yeni buluşların kopyası yapılmak suretiyle piyasaya sürölmüş, etkili bir marka ve patent koruması bulunmaması nedeniyle de o ölkelerin buluş ve ürün sahibi firmaları zarara uğramışlardı. Bu kişi ve kurumlar, Viyana’da açılan yeni fuara da tekrar aynı akıbeti yaşamak için katılmak istememişlerdi.⁶ Amerikan firmalarının 1873 yılında yapılan Viyana Fuarına katılmaması, iki tür gelişmenin yaşanmasına sebep oldu: İlki, Avusturya-Macaristan hükümeti hemen bir kanun çıkararak fuara katılan yabancı mücitlerin buluşlarına geçici

⁴ **Piatti, M.C.:** “Measures to Combat International Piracy” [1989] 7 *EIPR* 239.

⁵ Ayrıntı için bak. **Rowell, R.:** *Counterfeiting and Forgery – A Practical Guide to the Law*, Butterwords, London 1986, pp. 4-11.

⁶ Bu yüzyılda taklit mal ticaretinin etkili bir şekilde önlenememesinin nedenleri arasında, hukuk kurallarının yetersizliğini de önemli bir faktör olarak saymak gerekir. Zira ceza kanunlarına göre, ticaret markaları aleyhine işlenen fiiller genel olarak “suç” şeklinde değil, müeyyidesi daha hafif ve çoğunlukla da para cezası olan “kabahat” niteliğinde sayılıyordu. Doğal olarak bu tür düzenlemeler de, başkalarının fikrî ve entelektüel mesaisinden haksız kazanç elde etmeyi meslek edinenleri, yaptıkları eylemlerden caydırmaya yeterli olmuyordu.

bir koruma sağladı. İkincisi ise, aynı yıl Viyana Kongresi tarafından etkili ve faydalı bir patent sisteminin esasını teşkil edecek bir dizi prensipler karara bağlanarak, tüm dünya ülkelerine “*mümkün olan en kısa süre zarfında patent korumasıyla ilgili olarak ortak bir anlayış çerçevesinde buluşmak üzere uluslararası işbirliği*” çağrısı yapıldı. Bu çağrı üzerine ilk uluslararası toplantı 1878’de Paris’te yapıldı. Nihayet, çok sayıda ülkenin katılımıyla yürütülen bir dizi müzakereden sonra, 1883 yılında “Sınâi Mülkiyetin Korunması Hakkında Paris Sözleşmesi” 11 ülke tarafından imza edildi.⁷ Böylece, yeni buluşların ve markaların uluslararası düzeyde korunması için ilk adım atılmış oldu. Teknolojik alanda kaydedilen son gelişmeler sahtecilerin işlerini de kolaylaştırdığı için, son 40-50 yıllık dönemde bu yasa dışı faaliyetle mevcut yöntemlerle mücadele etmenin giderek daha da zorlaşmış olması, taklit ve korsan mal ticaretiyle etkin mücadele konusundaki ulusal ve uluslararası çabalara ivme kazandırmıştır.⁸

B. TAKLİT VE KORSAN MAL TİCARETİ SORUNUN ÇÖZÜMÜNE YÖNELİK ÇEŞİTLİ TEŞEBBÜSLER

Taklit ve korsan malların uluslararası ticaretiyle ilgili olarak ulusal ve uluslararası düzeyde yoğun gayretler sarfedilmektedir.⁹ Bu tür kanun dışı eylemlerle, bazı ülkelerde taklit ve korsan mal ticareti ile mücadelede, markalar hukuku, korsanlık faaliyetlerinin men edilmesi ve fikrî mülkiyet haklarının ihlâli hakkındaki mevzuat çerçevesinde mücadele edilmektedir.¹⁰ ABD gibi bazı ülkeler ise, münhasıran taklit ve korsan mal ticaretinin önlenmesi ile ilgili özel kanunlar koymuşlardır.¹¹ Buna rağmen taklit ve korsan mal ticaretiyle mücadele konusundaki ulusal ve yerel teşebbüsler, bu illegal faaliyetleri önlemede yetersiz kalmıştır. Bunun temel nedeni, üretilen sahte ve korsan malın, üretildiği yer veya ülke sınırları dışında pazarlanması olgusudur. Bir ülke içinde üretilip başka bir ülkede pazarlanan malın denetimini yapmak son derece güç olmaktadır. Kaldı ki, kimi ülkeler, yabancı ülkelerde üretilen malların kendi ülkelerinde pazarlanmasına çeşitli nedenlerle engel de olmamaktadırlar. Ülkelerin bu konuya karşısındaki tavır farklılıklarının nedenleri arasında, taklit ve korsan mal ticaretine yaklaşım ve anlayış farklılıklarını, ulusal hükümlerlilik sorunlarını, hukuk tatbikatları arasında yeknesaklık olmamasını, dil ve lisan farklılıklarını saymak mümkündür.

Taklit ve korsan mala ticaretine yaklaşım farklılıkları, bu alanda uluslararası geçerliliği olan ve her ülke tarafından uygulanabilir bir takım ortak tedbirlerin geliştirilmesini zorunlu kıldığından, ülkeler aralarındaki ticarete taklit ve korsanlığın engellenebilmesi için ikili veya çok taraflı işbirliklerine gitmektedirler. 1883 tarihli Sınâi Mülkiyet Haklarının Korunmasına Dair Paris Sözleşmesi ile 1891 tarihli Markaların Uluslararası Tesciline Dair Madrid Anlaşması ve daha sonraki tarihlerde kabul edilen diğer metinler, hep bu uluslararası işbirliği zaruretinden doğmuştur. Ancak, bu sözleşme ve anlaşmalar daha çok fikrî mülkiyet haklarının himâyesi çerçevesinde soruna çözümler önerdikleri için, taklit ve korsan mal ticareti ile mücadelede etkili sonuçlar alınması

⁷ Sözleşmenin tarihçesi ve içeriği ile ilgili ayrıntı için bak. **WIPO: Intellectual Property Redaing Materials**, WIPO Publication, No. 476, Chap. 5 sh.. 233 vd.

⁸ **ICC-CCS: Counterfeiting in the New Millennium**, Commercial Crime Services (CCS), A Division of the International Chamber of Commerce 13.04.2001 <<http://iccwbo.org/ccs/news>>.

⁹ **Lackert, C.W.:** “International Effords Against Trademark Counterfeiting” [1988] *Colombia Bussiness Law Review*, 162.

¹⁰ Çeşitli ülkeler için bak. **Baumgartner/Spaulding/Scrimenti:** “Counterfeiting and Piracy in the U.S. – A General Overview of the Law and Practice to Combat Counterfeiting and Pircay” in *Piracy and Counterfeiting of Industrila Property and Copyright*, at 134-140, (Edited by **W.R. Cornish**, and Published by Common Law Institute of Intellectual Property Ltd & the British Institute of International and Comparative Law, London 1983); Fransa için bak. **Lewis, B.:** “French Law and Practice” in *Piracy and Counterfeiting of Industrila Property and Copyright*, at 61-66, (Edited by W.R. Cornish, and Published by Common Law Institute of Intellectual Property Ltd & the British Institute of International and Comparative Law, London 1983); Çin için bak. **Dahua, B.:** “Protection Against Counterfeiting of Marks and Goods. A Chinese Experience” [1993] 37 *IPAP* 11; Japonya için bak. **Hakuniki, J.:** “Protection Against Counterfeting of Marks and Goods” [1990] 1 *EIPR* 6; Malezya için bak. **Kandan, V.L.D.:** “Protection Against Counterfeting of Marks and Goods” [1994] *IPAP* 26; İngiltere için bak. **Mummery**, pp. 53-65; Singapur için bak. **Hoay**, at 446.

¹¹ **Harvey**, 446.

mümkün olmamıştır.¹² Taklit ve korsan mal ticaretini önlemek konusundaki yetersizlik, ülkeleri daha etkin tedbirler almaya zorlamıştır. İşte aşağıda incelenmeye çalışılan ve GATT inisiyatifinde akdedilen 1994 tarihli TRIPs Anlaşması bu zaruretin ortaya çıkardığı son uluslararası hukûki metindir.

II. TRIPs ANLAŞMASININ TAKLİT MALLARIN ULUSLARASI TİCARETİNİN ENGELLENMESİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİ

A. GENEL OLARAK TRIPs ANLAŞMASI

TRIPs Anlaşmasının kabulünden önce fikrî mülkiyet haklarının uygulanması ve korunması alanında etkili bir sistem uluslararası düzeyde tesis edilememişti. Keza, taklit malların uluslararası ticareti konusunda da, etkin olarak işlerliği olan çok taraflı kurallar, ilkeler ve disiplinler mevcut değildi. Özellikle 1970’li yılların başından itibaren başlayarak 80’li yıllarda büyük bir ivme kaydeden elektronik alandaki teknolojide yaşanan büyük gelişmeler, taklit ve korsanlık faaliyetlerinde büyük patlamalara yol açmasıyla birlikte, teknoloji üreten ülkeler, bu alandaki tedbirlerin yetersizliğini ileri sürerek, uluslararası düzeyde yeni norm ve standart ihtiyacı üzerinde sıklıkla durmaya başlamışlardır. Bu ülkeler arasında başta ABD olmak üzere, Avrupa Birliği, Japonya, İsviçre ve diğer gelişmiş ülkeleri görmekteyiz. Gelişmiş ülkelerin bu teşebbüse öncülük etmelerinin temelinde, ekonomilerinin önemli bir kısmının fikrî mülkiyet kapsamında mütalaa edilen varlık ve değerlerin oluşturması yatar.¹³

Henüz Uruguay Round’a gelinmeden önce, 1973 yılında Tokyo Roundu olarak bilinen GATT müzakereleri sırasında ABD ve Avrupa Topluluğu, taklit malların uluslararası ticaretinin önlenmesi için uluslararası düzeyde kuralların kabulü yönünde yoğun girişimlerde bulunmuşlardır. Ancak, Hindistan ve Brezilya gibi gelişmekte olan ülkelerin çok kuvvetli muhalefeti nedeniyle bu konu Tokyo Roundu gündemine alınamamıştır.¹⁴ Fakat, ABD ve Avrupa Topluluğu bu konudaki girişimlerine son vermemişler ve konunun ısrarlı takipçisi olmuşlardır. 1979 yılına gelindiğinde ABD ve Avrupa Topluluğu “Sahte Mal Ticaretinin Caydırılmasına İlişkin Önlemler” adı altında bir “Anlaşma Taslağı” üzerine mutabakata vardılar.¹⁵ Kanada, Japonya ve İsviçre gibi diğer bazı sanayileşmiş ülkelerin de iştirakiyle 1980 ve 1982 yılları arasında yapılan gayri resmi müzakereler sonucunda revize edilmiş bir “Taklitçilikle Mücadele Metni” tasarısı ortaya çıktı. Amerikan hükümeti bu teşebbüslerini, gelecekte yapılacak GATT Round’u için hazırlık çalışmaları yapmak üzere 1982 yılında toplanan GATT Bakanlar Toplantısı gündemine taşıdı.¹⁶ Revize edilmiş “Taslak Metin” bu toplantıda GATT’ın bir cüz’ü olarak kabul gördü. Başını Brezilya ve Hindistan’ın çektiği ve “Group of Ten” adı verilen Arjantin, Küba, Mısır, Nijerya, Nikaragua, Peru, Tanzanya, ve Yugoslavya’nın da dahil olduğu bir grup gelişmekte olan ülke, fikrî mülkiyete dair konuların Dünya Fikrî Mülkiyet Örgütü-WIPO’nun münhasır yetkisi dahilinde bulunduğunu, GATT’ın ise sadece maddi malların ticareti ile ilgili konularda yetkili olduğunu, bu nedenle sahte marka ve korsan mal ticareti ile ilgili düzenlemelerin WIPO inisiyatifinde yapılabileceğini, konunun GATT gündeminden çıkarılması gerektiğini savunmuşlar ise de, sanayileşmiş ve teknoloji ihraç eden ülkeler, bu görüşlere karşı tezler ileri sürerek konunun GATT gündeminden çıkarılmasına müsaade etmediler.¹⁷ GATT bünyesinde oluşturulan bir Hazırlık Komitesi 1982 ve 1986 yılları arasında yaptığı

¹² **Arsic, J.:** “Combating Trade in Counterfeit Goods: The GATT and the EC Approach” [1995] 18/3 *World Competition* 75.

¹³ Örneğin GATT’ın Uruguay müzakereleri başladığında ABD’nin toplam ihracatının %30’a yaklaşan bir kısmı fikrî mülkiyet unsurları içeren varlık ve değerler oluşturmaktaydı.

¹⁴ **Peydro-Aznar, J.:** “The TRIPs Agreement – A Basis for Discussion” [1995] 46 IPAP 65; Harvey, 447.

¹⁵ Agreement on Measures to Discourage the Importance of Counterfeit Goods, GATT Doc. No. L/5382 (October 18, 1982).

¹⁶ **Bradley:** “Intellectual Property Rights, Investment and Trade in Services in the Uruguay Round: Laying the Foundations” [1987] 23 *Stanford Journal of International Law*, p.57.

¹⁷ **Blakeney, Michael:** *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Concise Guide to the TRIPs Agreement*, Sweet & Maxwell, London, 1996, p. 2.

çalışmalarla müstakbel GATT Roundu'nun konularını belirledi. Taklit ve korsan mal ticaretiyle ilgili hususların da yer aldığı gündeme 20 Eylül 1986 günü yayımlanan Bakanlar Deklarasyonu ile nihâi şekli verildi. Uruguay Round yaklaşık 6 yıllık bir müzakere süreci sonunda, Nihâi Metin ve GATT'ın yerini alması planlanan WTO-Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmasının katılımcı ülkelerin imzalamasıyla sona erdi. 15 Nisan 1994 tarihinde *Marrakesh*'te imzalanan TRIPs Anlaşması, Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmasının uluslararası ticaretle ilgili 14 adet Ek Anlaşmasından birisini oluşturmaktaydı.¹⁸

TRIPs Anlaşması tüm fikrî ve sınâi haklar açısından çok önemli uluslararası standartlar getirmiştir. Anlaşma; sınâi mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin Paris Sözleşmesi, edebiyat ve sanat eserlerinin korunmasına ilişkin Bern Sözleşmesi, icracılar-fonogram yapımcıları ve yayın kuruluşlarının haklarının korunmasına ilişkin Roma Sözleşmesi ve Washington Entegre Devreler Anlaşmasında öngörülen normları kabul etmekte, buna ilâveten fikrî hakların korunmasına dair idari ve hukuksal tedbirlere yer vermektedir. Diğer bir ifade ile bu anlaşma sınâi ve fikrî haklar ve komşu haklar alanında mevcut uluslararası anlaşmaların öngördüğü koruma prensiplerini daha da güçlendirerek kabul etmekte ve bu uluslararası metinlerin uygulama alanını genişletmektedir.

TRIPs Anlaşması, şimdiye kadar fikrî mülkiyet alanında kabul edilen uluslararası hukuk metinlerinin en kapsamlısıdır. Zira, fikrî mülkiyet hakları alanındaki tüm unsurları içermektedir. Bu nedenle, TRIPs Anlaşması fikrî mülkiyetle ilgili olarak uluslararası alanda kendisinden önceki metinlere nazaran ulaşılabilecek en son nokta olarak değerlendirilmektedir.¹⁹ Anlaşmanın genel hedeflerini kısaca şu şekilde özetlemek mümkündür:

- Fikrî mülkiyet alanında evrensel düzeyde minimum standartlar tespit etmek,
- Bu hakların korunmasına ilişkin tedbirleri belirlemek ve bunların etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak,
- Çok taraflı ihtilafların çözümü için usul ve esaslar ortaya koymaktır.

Bu hedeflere uygun olarak GATT çatısı altında ilk gerçek teşebbüsün taklit ve korsan mal ticaretinin önlenmesi üzerinde yoğunlaştığı görülmektedir.²⁰ Temel amacı taklit ve korsan mal ticareti ile ilgili önlemleri vazedmek olan ve 41 ila 61'inci maddeler arasındaki 20 maddede düzenlenen beş bölümden oluşan bu Kısımda:

- Fikrî mülkiyet haklarının korunmasıyla ilgili genel sorumluluklar,
- Hukûki ve idâri usuller ve zararın telâfi yolları (*remedies*),
- Geçici tedbirler,
- Hudutlarda alınması gereken tedbirler konusundaki yükümlülükler,
- Cezâi prosedür

konularındaki çeşitli hükümlere yer verilmiştir.

TRIPs genel olarak sadece Dünya Ticaret Örgütüne üye olan ülkelerde uygulanması gereken minimum düzeydeki bir “evrensel” ilkeler dizisi ortaya koymaktadır. Bu sebeple Anlaşmada geçen “üye” kavramının DTÖ-WTO üyesi ülkeleri ifade ettiğini unutmamak gerekir. Diğer yandan, dünya ülkelerinin büyük bir kısmının DTÖ üyesi olduğu dikkate alınırca, TRIPs standartlarının “evrensel” bir niteliğe sahip olduğu yönündeki iddianın “abartı” olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varılacaktır.

¹⁸ **Blakeney**, pp. 7-8.

¹⁹ **Correa, C.M.**: “The GATT Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: New Standarts for Patent Protection” [1994] 8 *EIPR* 327; **O'Regean, M.**: “The Protection of Intellectual Property, Internation Trade and European Community: The Impact of TRIPs Agreement of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations” [1991] 1 *Legal Issues of European Integration*, pp. 1-48.

²⁰ **Peydro-Aznar**, 65; **Harvey**, 447.

TRIPs Anlaşması hükümleri evrensel standart ve norm olma niteliğine sahip ise de, bunlar minimum düzeydeki ilkelerden oluşur. Bu sebeple, Anlaşmanın 1(1)'inci maddesinde de ifade edildiği gibi, “... Üye ülkeler bu Anlaşma hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla, ulusal mevzuatlarıyla bu Anlaşmada öngörülenden daha kapsamlı bir koruma uygulayabilirler...” Diğer taraftan aynı madde gereğince, üye ülkeler bu Anlaşmanın uygulanması ile ilgili usul ve esasları kendi iç hukuk kurallarıyla belirleme serbestisine de sahip olacaklardır.

B. ANLAŞMANIN TATBİKATIYLA İLGİLİ GENEL YÜKÜMLÜLÜKLER

Anlaşmanın III'üncü Kısmının ilk bölümü, üye ülkelerin fikrî mülkiyet hakları ile ilgili genel yükümlülüklerini düzenlemektedir. Buna göre 41'inci maddenin ilk fıkrası gereğince üye devletler fikrî hak ihlallerinin önlenmesi, ihlalden doğan zararların telâfisi ve ihlâl eylemlerini caydırıcı tedbirler de dahil olmak üzere, kendi iç hukuk mevzuatlarıyla fikrî hakların hem kendi vatandaşlarınca hem de yabancı ülke vatandaşları tarafından etkin bir şekilde uygulanmasıyla ilgili usul ve esasları belirlemekle yükümlü bulunmaktadır. Anlaşma burada bir “Ulusal İşlem” (*National Treatment*) ilkesi vazetmiştir. Bu ilkeye göre, ilgili üye ülkenin kendi vatandaşı kadar, bir yabancı da sahip olduğu hakların o ülkede ihlâl edilmemesini isteme hakkına sahip olacaktır. Hatta, Anlaşma gereğince, bir yabancı, WTO üyesi bir ülkeden TRIPs'teki asgari koruma düzeninin tesis edilmesini isteme hakkına dahi sahip bulunmaktadır. Üye ülkelerin sağlamakla yükümlü olduğu koruma sistemin şu nitelikleri taşıması Anlaşma gereğidir. Bu sistem:

- Fikrî mülkiyet haklarının ihlallerine karşı etkili bir dava sistemine imkân vermelidir.
- Adâlet ve hakkaniyete dayanmalı ve eşitsizliğe meydan vermemelidir.
- Nihâi nitelikteki idâri kararların yargısal denetimine izin vermelidir.
- Gereksiz güçlüklerle ve masrafa yol açmaktan âri olmalıdır.
- Mâkul olmayan bir zamanaşımı süresi ve mazur görülemeyecek gecikmeleri zorunlu kılmamalıdır.

Bu genel prensiplerden başka bazı temel usul kurallarına da işâret edilmektedir. Örneğin 41'inci maddenin 3'üncü fıkrasında “*herhangi bir davanın esasına dair kararların tercihan yazılı ve gerekçeli olması*”, bunların “*tebligatının gecikmeden yapılması*” ve “*davanın taraflara dinlenme fırsatının verildiği konulara ilişkin delillere dayalı olması*” gereği üzerinde durulmuştur.

Ancak, bu ilkeleri öngören Anlaşma, üye ülke hükümetlerini, o ülkede genel olarak geçerli olan hukuk tatbikatından farklı ve yeni bir yargı sistemi kurmaya zorlamamaktadır. Keza, üye ülkeler kaynaklarını ve mevcut personelini fikrî hakların uygulanmasına öncelik verecek şekilde, bu alana tahsis etmek durumunda da değildirler.²¹ Yapılacak şey sadece mevcut imkân ve kapasitenin fikrî hakların himayesi sadedinde yukarıdaki prensipleri sağlayacak şekilde kullanmasından ibarettir. Unutulmamalıdır ki, sahte mal ticareti ve korsanlığı meslek edinenlerle etkin bir mücadele bütünüyle üye ülkelerin hukuk kurallarının etkin bir şekilde tatbik edilmesine bağlıdır. Bu çerçevede, prensiplerin âdilliği, hızlı bir şekilde uygulanabilir olması ve mâliyet bakımından hak sahiplerini caydırıcı olmaması en önemli faktörler arasında yer alır. Koruma prensiplerinin hayata geçirilmesinde yukarıda belirtilen şartların sağlanamaması halinde, konulan müeyyidelerin de caydırıcı etki sağlayacağı kuşkuludur.

²¹ Madde 41(5).

C. HUKÛKÎ NİTELİKTEKİ TEDBİRLER

1. Genel Olarak

Hukûki nitelikteki esas ve usuller Anlaşmanın 42 ve 48'inci maddeleri arasında yer alan hükümlerle ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Buradaki “hukûki” ifadesinden “özel hukuka dair olmayı” (*civil law*) anlamak gerekir. Buna göre, üye ülkeler, hak sahiplerinin bu Anlaşma kapsamında bulunan tüm fikrî mülkiyet haklarının uygulanabilmesi için gerekli olan özel hukuk usullerinden yararlanmalarına imkân sağlamak zorundadırlar. Anlaşmanın pek çok maddesinde geçen “hak sahibi” (*right owner*) kavramı, sadece fikrî mülkiyete dahil bir varlık ve değere sahip olan gerçek veya tüzel kişiyi değil, bu hakları dermeyeran edebilmek için gerekli hukûki dayanakları bulunan meslek birlikleri ve bunların oluşturduğu üst kuruluşları, yani federasyonları da kapsamaktadır.²²

2. Özel Hukuk Yargılama Usulüne İlişkin Düzenlemeler

Özel hukuk usul ve tedbirlerinin genel prensiplerinin yer aldığı 42'nci maddeye göre, fikrî hakların kullanılmasıyla ilgili yöntem ve tedbirlerin “adâlet” (*fair*) ve “eşitlik” (*equitable*) gibi iki evrensel hukuk ilkesine dayanması gerekmektedir. Buradaki adâlet ve eşitlik ilkesinden maksat, ihlâlin ister mağduru olsun isterse fâili, her iki tarafa da eşit muamele edilmesi, iddia ve savunma hakkının tam olarak kullanılabilmesine imkân verilmesidir. Ancak, pratikte davanın taraflarından biri yabancı ise, ülkeler genellikle davanın kendi vatandaşları tarafını koruyacak uygulamalara ses çıkarmamakta, yargıçlar yoruma bağlı konularda tercihlerini kendi ülkelerinin tâbiyetinde bulunanlar lehine kullanmaktadırlar.²³

Adâlet ve eşitlik ilkesine riâyet aynı zamanda Anlaşmanın 3'üncü maddesinde düzenlenen “Milli Muamele” (*National Treatment*) kuralının da bir gereğidir. Söz konusu madde uyarınca üye ülkeler bazı uluslararası anlaşmalarda öngörülen istisnalar dışında, fikrî mülkiyet haklarının korunmasıyla ilgili olarak yabancılara, kendi vatandaşları için öngörülenden daha az bir koruma sağlayamazlar.²⁴ Bu maksatla, ister kendi vatandaşı olsun isterse yabancı olsun aynı düzeyde koruma sağlayacaklardır. Bu eşitliğin sağlanmasında, yargılama usulü ile ilgili kuralların herkese eşit olarak uygulanması büyük öneme sahiptir. TRIPs'in 42'nci maddesinin amacı da uygulamadaki bu eşitliği temin etmektir. Söz konusu madde gereğince üye ülkeler sadece davacıların değil, davalıların da zamanında yazılı olarak ve ayrıntılı bir şekilde müracaat ve talepte bulunma haklarını teminat altına alacak önlemleri sağlamak durumundadırlar. Tarafların mahkemelerde avukat vasıtasıyla temsil edilmelerine imkân verilecek, gerekmedikçe bizzat bulunmak gibi aşırı külfet getiren şartlar uygulanmayacaktır.

Davanın tüm taraflarına iddiasını ispat etme ve talebiyle ilgili tüm delilleri mahkemeye sunma hakkı verilecektir. Buna ilave olarak, taraflara ait gizlilik dereceli bilgi ve belgelerin mahremiyeti korunacaktır. Anlaşmanın bu prensibi ancak anayasa ile sınırlandırılabilir. 42'nci maddede yer alan gizlilikle ilgili hükmün bir benzeri de “delillerin sunulması” ile ilgili 43'üncü maddede yer almıştır. Buna göre taraflardan biri kendi iddiasını destekleyen delilin karşı tarafta bulunduğunu ileri sürdüğü takdirde, adli merciler bu delilleri karşı tarafa da sunarken, gizliliğinin

²² TRIPs md. 42'de yer alan XII'nci dipnotta bu husus açıkça ifade edilmiştir.

²³ Burada ilginç bir örneğe değinmekte fayda görmekteyiz. Bir araştırmaya göre, Amerika Birleşik Devletlerinde 1975 ve 1985 tarihleri arasında fikrî hak ihlalleri nedeniyle yerli firmaların diğer yerli firmalar aleyhine açtığı davaların %40-41'ini kazanmış olmalarına karşın, yabancı firmalar aleyhine Amerikan Mahkemelerinde açtıkları davaların %65'ini kazandıkları görülmüştür. (Bak. **M. Tuba Ongun: Günümüzde Fikrî-Sinâî Mülkiyet Hakları**, Rekabet Kurumu, Perşembe Konferansları, 18 Mayıs 2000, Ankara). Yerli firmaların birbiri aleyhine açtıkları davaları kazanma oranı ile, yabancı firmalar aleyhine açılan davaları kazanma oranı arasında %20 gibi hiç de azımsanmayacak bir fark bulunmaktadır. Bu da, ister istemez, Amerikan mahkemelerinin bile davaya yabancı bir unsur katıldığında objektif davranmadığının bir göstergesi sayılabilir.

²⁴ Ayrıntı için bak. TRIPs md. 3.

korunmasıyla ilgili tüm tedbirleri almaya yetkili olacaktır.²⁵ Bu tedbir özellikle patent hakkının ihlâli ile ilgili davalarda büyük önem arz etmektedir. Bu gibi hallerde sır sayılan bilgi ve belgelerin ticârî rakibin eline geçmesinden endişe duyuluyorsa, hakim tespit edilen delillerin bağımsız bir bilirkişi tarafından denetlenmesini isteyebilmelidir.²⁶ Ancak, Anlaşma fikrî mülkiyet hakkı sahibinin lehine “bilgi edinme hakkı” kapsamında bir istisna getirmektedir. Bu hüküm uyarınca, hakkı ihlâl edilen taraf, ihlâl konu olan malların veya hizmetlerin üretimi, dağıtımını veya dağıtım kanallarında rol alan fakat üçüncü kişi durumunda olan kişiler konusunda bilgi edinme hakkına sahip olacaklardır.

Üye ülkelerin adli mercileri, özellikle ciddî bir ihlâlin sözkonusu olduğu durumlarda, ihlâlin asıl faillerinin, ihlâlde dahil bulunup üçüncü kişi durumunda olanların kimliği ile ilgili bilgileri mağdura vermesini talep etmekle yetkili kılacaklardır. Yani, mahkemeler, ihlâlin asıl fâillerini, ihlâl dolaylı olarak katılan diğer kişilerle ilgili bilgileri mağdura vermeye zorlayabileceklerdir. Taraflardan birinin makbul ve mazur görülebilir bir gerekçe göstermeksizin delilleri sunmaktan imtina etmesi halinde, adli merciler, bundan dolayı menfî şekilde etkilenen tarafın sunduğu bilgi ve belgelere göre olumlu yahut olumsuz bir karar vermek durumunda olacaklar, davayı sürüncemede bırakmayacaklar. Karar bir ön tespit kararı olabileceği gibi nihâi bir karar da olabilecektir.²⁷

3. Esasa İlişkin Özel Hukuk Telâfi Yolları

Anlaşma, fikrî mülkiyet hakkının ihlâlinden dolayı mağdur olanların, kayıplarının telâfisi amacıyla üye ülkelerce alınması gereken özel hukuk tedbirlerini düzenlemiştir. Bu tedbirler 44, 45 ve 46’ncı maddede düzenlenen “ihlâlin durdurulması emri”, “tazminat” ve fikrî hakkın ihlâli niteliğindeki sahte ve korsan mallar ile bu tür malların üretiminde kullanılan araç ve gereçlere el konulması ve bunların imhası gibi “diğer telâfi yöntemlerinden” oluşmaktadır.

a) İhlâlin Durdurulması Emri

TRIPs’in 44’üncü maddesine göre adli mercilere, ihlâl eden tarafı bu ihlâlden “men etme” yetkisi verilmelidir. Hak sahipleri ilgili üye ülkenin adli mercilerinden, hak ihlâlinde bulunan kişilerin bu ihlâlden men edilmelerini isteme hakkına sahiptirler. Adli mercilere tanına bu “ihlâlin men edilmesi” yetkisi korsan ve taklit malın ülke gümrüğünden girişiyile birlikte kullanılabilir. Buna göre, adli makamlar korsan ya da taklit mal olması hasebiyle fikrî hakkın ihlâli niteliğini taşıyan malların gümrükten çekilmesiyle birlikte harekete geçerek kendi yetki alanında bulunan ticârî kanallara girişlerine engel olunmasını sağlayacaklardır. Bu amaçla, adli merciler ihlâlde bulunan tarafa söz konusu malları gümrük girişinden sonra piyasaya sürmemeleri konusunda emir vermeye yetkili olacaklardır. Bunun bir nevi “tecâvüzün durdurulması tedbiri” olduğu söylenebilir. Ancak bu gibi yöntemler ilgili üye ülke hukuku ile çeliştiği takdirde, bu telâfi yöntemleri yerine ikâme edilebilecek açıklayıcı hüküm ve düzenlemeler ile uygun tazminatlar mümkün olacaktır.²⁸

b) Zararların Tazmin ve Telâfisi

Anlaşmanın 45’inci maddesinin ilk fıkrasına göre üye ülke adli mercileri, başkasına ait fikrî mülkiyet hakkını *bilerek veya bilebilecek durumda olduğu halde ihlâlde bulunan* şahısları, bu ihlâlden dolayı zarara uğrayan tarafın zararını telâfi etmeye zorlama imkânına sahiptirler. Anlaşma zararın tazmini için, fâilin ihlâl teşkil eden fiili *bilerek* işlemlerini veya bu fiilin ihlâl *oluşturacağını bilecek durumda olmasını* şart koşmaktadır. Bu durumda ancak “kasti” ihlâller ile “bilinçli taksir” olarak nitelendirilebilecek davranışlar, tazminatın ödenmesine esas olacaktır. Dolayısıyla, bu fiili *taksirle* işleyen kimseyi tazminat ödeme konusunda zorlamak mümkün olmayacaktır. Ancak, mahkeme, böyle bir durumda ihlâl konu teşkil eden sahte ve korsan malın satımından elde edilen

²⁵ TRIPs md. 42(3).

²⁶ Blakeney, 125.

²⁷ TRIPs, md. 43(2).

²⁸ TRIPs, md. 44(2/son cümle).

kazanç ve gelirlerin zarargörene ödenmesini isteyebileceği gibi, bu kazanç ve gelirlerle birlikte veya ayrıca önceden tazminat olarak belirlenmiş bir miktarın karşı tarafa ödenmesini emredebilir.²⁹

Bu arada, fikrî hakkı ihlâl eden tarafın, davanın karşı tarafının zararını telâfi edecek nispette tazminat yanında, avukatlık ücretleri de dahil olmak üzere, dava sürecinde yapılan tüm masrafların da ona ödemesi gerekmektedir.³⁰ Ancak, Anlaşma fikrî hakların uygulanması ve korunması ile ilgili yasaların uygulanması sırasında, bu uygulamayı yapan kamu mercileri ve görevlilerinden iyi niyet kurallarına uygun eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zararlardan dolayı, burada öngörülen tazminata muhatap kılınmayabileceklerini öngörmektedir.³¹ Örneğin bir mahkeme veya herhangi bir kamu görevlisi, fikrî mülkiyet haklarının uygulanması ve korunması ile ilgili kuralları uygularken, taraflardan birine zarar vermiş olabilir. Böyle bir durumda, bu zararın tazmin edilebilmesi için, ilgili makam veya kamu görevlisinin iyi niyet ilkesi çerçevesinde hareket edip etmediğine bakılacaktır. Şayet bu zarar yasaların uygulanmasında iyi niyetle yapılan bir hareketten kaynaklanmış ise, o görevliden uygun telâfi talep edilemeyecek, aksi halde tazminatla sorumlu tutulabilecektir.

Tazminat denilince sadece ihlâlden ötürü *mağdura* ödenecek tazminat anlaşılmalıdır. Fikrî hakkın uygulanması ve korunması ile ilgili kuralların tatbikatı sırasında ilgili üye ülkenin yetkili mercileri ve görevlilerinin yanlış, haksız ve hatta kötü niyetli davranışlarından dolayı hem davacı hem de davalı zarar görmüş olabilir. Bu ihtimali göz önünde bulunduran Anlaşma, koruma mevzuatının tatbikatından dolayı zarara uğrayanların menfaatini koruyucu hükümlere de yer vermiştir. Buna göre, 48'inci madde uyarınca, yetkili merciler, uygulama usullerini kötüye kullanarak ilgili mercilerden önlem alınması talebinde bulunan tarafa, bu talep üzerine yetkili merciler de önlem almış oldukları takdirde, bu önlemlerden dolayı zarara uğrayanların zararlarının giderilmesini emretme yetkisine sahip olacaktır. Bu durum, Anlaşmanın 48'inci maddesi kenar başlığında da ifade edildiği gibi bir nevi “davalının tazmin edilmesi” olayıdır. Ancak davalının tazmin edilmesi durumu sadece davacı ile olan ilişkilerinden doğmaz.

Aynı zamanda, fikrî mülkiyet haklarının uygulanması ve korunması ile ilgili kanunların üye ülke mercilerince iyi niyet kurallarına aykırı bir şekilde uygulanmasından da kaynaklanabilir. Örneğin, yurt dışından ithal edilen bir mal, daha ilk bakışta yanlış ve kasıtlı olduğu anlaşılabilen bir ihbar üzerine, gümrükten çıkar çıkmaz dağıtımı engellendiği takdirde, bu hususun ilgili ve görevli mercilerin *kötü niyetli* davranışlarından kaynaklandığı ispat edilebilirse, davalının böyle bir uygulamadan doğan zararları da telâfi edilecektir.³²

c) *Telâfi Edici Diğer Hukûki Tedbirler*

Anlaşmanın 46'ncı maddesi, taklit ve korsan mal ticareti yoluyla fikrî mülkiyet hak ihlâllerine karşı mücadelede caydırıcılığı sağlamak amacıyla yukarıdaki hukûki telâfi yöntemlerine ilave olarak bir takım ek tedbirler de öngörmüştür. Buna göre üye ülke yetkili mercileri, ihlâle sebep olduğu tespit edilen malların, hak sahibinin zarar görmemesini sağlayacak şekilde o ülkenin ticaret kanalları dışına çıkarılmasını emredebileceklerdir.

Keza, mevcut anayasal düzene aykırı olmadığı takdirde, o malların imhasını talep edebileceklerdir. İhlâlin konusunu oluşturan sahte veya korsan malların ticaret kanalları dışına çıkarılmasından veya imha edilmesinden dolayı, bu mallar üzerinde hak sahibi durumunda olan sahteci veya korsanlara herhangi bir karşılık ödenmesi söz konusu olmayacaktır. Anlaşmaya göre, bu önlemler sadece ihlâlin konusunu oluşturan mallar bakımından geçerli olmayacaktır; aynı zamanda, bu malların yapım ve üretiminde kullanılan kalıplar, basım, çoğaltma ve kaydetme için kullanılan cihazlar da herhangi bir bedel ödenmeksizin ticaret kanalları dışına çıkarılacaktır. Bu tedbirin amacı, aynı ihlâlin gelecekte de tekrar işlenmesine mâni olmaktır.

²⁹ TRIPs, md. 45(2)

³⁰ TRIPs md. 45(2).

³¹ Bak. TRIPs md. 48(2).

³² TRIPs, md. 48(2).

Anlaşma, bu tür tedbirlerin alınmasına ilişkin taleplerin incelenmesi sırasında dikkate alınması gereken ilkelere de yer vermektedir. Buna göre, talep edilen telâfi yöntemi ile ihlâlin ağırlığı arasında bir orantı bulunmalıdır. Diğer bir deyimle herhangi bir ihlâlden dolayı uygulanması öngörülen özel hukuk yaptırımını ile bu ihlâlin sonucu olan zarar arasında bir denklik bulunmalıdır. Çok hafif ve az bir zarara sebep olan ihlâle, ağır bir telâfi yönteminin uygulanmasını talep etmek doğru değildir. Keza, bu kurallar uygulanırken üçüncü kişilerin menfaatleri de dikkate alınacaktır. Üçüncü kişilerin bu hükümlerin uygulanmasından dolayı hak etmedikleri muamelelere maruz bırakılmaması gerekir. Belki de bu yüzden ki, 46'ncı maddede bazı istisnai hallerden söz edilerek, sahte markalı malların dağıtım kanallarına girişine izin verilebileceği anlamına gelen bir ifade kullanılmaktadır.

Ancak böyle bir durumda yani sahte marka taşıyan malların dağıtım kanalına girişine izin verilebilen istisnâi hallerde, tarafların menfaatlerini özellikle fikrî mülkiyet hakkı sahibinin menfaatlerini koruyacak ciddî tedbirlerin alınması gerekmektedir. Böyle bir durumda başka bir mal veya ürüne âit olup sahte bir mal üzerine takılmış veya yapılandırılmış markanın sökülmesi tek başına yeterli bir tedbir sayılmaz.³³

D. İHTİYÂTÎ NİTELİKTEKİ TEDBİRLER

1. Genel Olarak

Taklit ve korsan malların uluslararası ticareti ile etkin bir mücadelede için, sahte ve korsan malların bir ülkenin ticârî dağıtım kanallarına girmesinin engellenmesi hayâtî bir öneme sahiptir. O nedenle, TRIPs Anlaşmasını kaleme alanların öngördüğü tedbirlerin çoğunluğu, hukuka aykırılık teşkil eden malların üye ülkelerin pazarlarına girişini engellemeye mâtuftur. Anlaşmanın Üçüncü Kısım Üçüncü Bölümünde yer alan “Muvakkat Tedbirler” (*Provisional Measures*) kenar başlıklı 50'nci madde bu anlamda Anlaşmanın en önemli hükümlerindedir. 50'nci madde hükümleri incelendiğinde bunların büyük ölçüde adli makamlar tarafından taklit ve korsan mal ticaretinin engellenmesiyle ilgili olarak alınacak “ihtiyâtî tedbirler”den oluştuğu görülmektedir.

2. İhtiyâtî Tedbir Alınmasının Amaç ve Şartları

Hem ulusal hukuk yönünden hem de uluslararası hukuk yönünden ihtiyâtî tedbir konulmasında iki amaç bulunmaktadır. Birincisi, herhangi bir eylemden veya işlemde dolayı telâfisi imkânsız veya son derece güç zararların doğmasına engel olmak, ikincisi ise davaya esas oluşturacak delillerin yok edilmesi veya bozulmasını önlemektir. Bunlar aynı zamanda ihtiyâtî tedbir alınabilmesi için bulunması zorunlu şartları oluşturur. TRIPs Anlaşmasının 50'nci maddesinde ihtiyâtî tedbirlerin açıkça şu iki amaç için alınacağı ifade edilmektedir.³⁴

- Bir fikrî mülkiyet hakkının ihlâlini önlemek ve özellikle gümrükten çekildikten sonra ithal malların kendi yetki alanlarındaki ticaret kanallarına girişini engellemek,
- İhlâl iddiası ile ilgili delilleri muhafaza etmek.

İhtiyâtî tedbir kararı verilebilmesi için sadece bu iki şartın gerçekleşmiş olması yeterli değildir. Hemen tüm hukuk sistemlerinde, hakkında tedbir alınacak *işlem veya eylemin açıkça hukuka aykırı olması veya hukuka aykırılığı konusunda çok kuvvetli deliller de bulunması* gerekmektedir. Hukuka uygun bir işlem ve eylemin durdurulması ve engellenmesi için kural olarak geçici de olsa tedbir alınmaz. Bu nedenle TRIPs hükümlerine göre ihtiyâtî tedbir kararı verilebilmesi için ülkeye ithal edilen malların tedbir talebinde bulunan kişinin hak ve menfaatini

³³ TRIPs, md. 46 (son cümle).

³⁴ TRIPs md. 50(1).

ihlâl ettiği veya çok yakında bu ihlâlin gerçekleşmesinin kesin olduğu konusunda *adli mercileri kati bir şekilde ikna edecek* bilgi ve belgelerin sunulması gerekmektedir.³⁵

Adli merciler, ayrıca, ihtiyâtî tedbir talebinde bulunan kişiden mahkemece alınacak tedbirin yersiz olması durumuna karşı bu karar ve uygulamasından dolayı zarara uğrayacak kimselerin zararlarının telâfisi ve ihtiyâtî tedbir talebinde bulunma hakkının kötüye kullanılmasının engellenmesi amacıyla, teminat veya benzeri bir güvence göstermesini de talep edebileceklerdir.³⁶ Başvuru sahibinden adli mercilerin talep edilebileceği diğer bir husus da, alınan geçici tedbirleri uygulayacak makamın, ihtilâfa konu malları kolaylıkla teşhis edebilmesine yarayacak malın niteliği, tanımı ve tarifî gibi diğer bilgilerdir.³⁷

3. İhtiyâtî Tedbir Kararı Verilmesi Üzerine Yapılacak İşlemler

Adli merciler; sunulan delillere, teminat ve malların teşhis edilmesine yarayan bilgilere göre, kendi yetki alanındaki ticârî dağıtım kanalına girmiş mallarla ilgili olarak dağıtımın durdurulması ve el konulmasına karar verebileceklerdir. Ayrıca, malları üreteni, ülkeye sokanı ve dağıtanları izleme, tutuklama ve benzeri ihtiyâtî tedbirlere karar verebilecektir. Kısaca belirtmek gerekirse, ihtiyâtî tedbirlerin neler olacağı iç hukukun düzenleme konusudur. Ancak her halde bu tedbirlerin, Anlaşmanın ihtiyâtî tedbir alınmasındaki amaçlarına hizmet edecek etkinlikte olması gerekir. Bu nedenle, ihtiyâtî tedbirler alınırken, olayın faillerinin kaçmalarına, delilleri yok etmemeleri veya karartmalarına imkân verilmemesi gerekmektedir. Bu yüzdendir ki, Anlaşmada, ihtiyâtî tedbirlerle ilgili olarak daha önce kısaca değinilen adâlet ve eşitlik gibi iki ilkeye istisna niteliğini taşıyan hükümlere de yer verilmiştir. Buna göre:

- Yaşanacak herhangi bir gecikmeden ötürü hak sahibine telâfisi imkânsız zararlar verilmesi gibi bir tehlike varsa, veya
- Delillerin ortadan kaldırılmasına ilişkin olarak açık bir tehlike söz konusu ise,

Adli merciler, olayın diğer tarafını dinlemeksizin (*inaudita altera parte*) yani karşı tarafın “gıyabında” ihtiyâtî tedbirler alma yetkisine sahip olacaklardır.³⁸ Bu takdirde, gıyâbında alınan karardan etkilenen taraflara, fazla bir gecikmeye meydan verilmeksizin bildirimde bulunulacaktır. Ancak ilgili kişilere yapılacak bildirim, ihtiyâtî tedbirlerin alınması amacıyla uygun olarak, herhalde sözkonusu tedbirin uygulanmasından hemen sonra yapılması gerekir.

Karşı tarafa yapılan bildirimden itibaren mâkul bir süre zarfında, davalının talebi üzerine, geçici önlemlerin değiştirilmesi, iptal edilmesi veya onaylanmasına karar vermek amacıyla mahkemece bir tahkikat başlatılacaktır. Bu tahkikat ihtiyâtî tedbir kararının uygulanmasından sonra başlatıldığı için, davalının da alınan kararla ilgili görüşlerinin alınması ve onun bu kararla ilgili taleplerinin hemen değerlendirilebilmesi için dinlenilmesine ihtiyaç vardır. Diğer bir deyimle, davalının ihtiyâtî tedbir kararları ile ilgili olarak bu safhada dinlenilmesi zorunludur.³⁹

4. İhtiyâtî Tedbirlerin Süresi ve Hukûkî Sonuçları

İhtiyâtî tedbir kararları mahiyetleri itibariyle geçici nitelikte önlemlerden ibaret olmaları nedeniyle, nihâi sonuca ulaşılabilmesi için davanın esası hakkında takibata geçilmesi gerekir. Zira, bu önlemler belli sakıncaların doğmasını engellemek veya bu sakıncaların artmasına mani olmak amacıyla “sürelî” olarak alınırlar. Bu süre zarfında talebin esasına ilişkin bir harekette bulunulmadığı takdirde, geçici tedbirler de sürenin sonunda ortadan kalkar. *TRIPs* Anlaşması, ihtiyâtî tedbir kararından sonra davanın esası ile ilgili takibatın, ilgili üye ülke mevzuatının izin

³⁵ *TRIPs* md. 50(3).

³⁶ *TRIPs* md. 50(3).

³⁷ *TRIPs*, md. 50(5).

³⁸ *TRIPs*, md. 50(2).

³⁹ *TRIPs*, md. 50(4).

vermesi kaydıyla, söz konusu tedbire karar veren mahkemece alınmasını öngörmektedir. Buna göre, ilgili yargı mercii konu hakkındaki kararını, davanın esasına ilişkin hukuk kuralları muvacehesinde sonuçlandıracaktır.

İhtiyâti tedbir kararını veren veya ilgili üye hukukuna göre yetkili olan bir mahkeme tarafından davanın esasına ilişkin bir takibat başlatılmadığı takdirde, ihtiyâti tedbirlerin geçerlilik süresi, Anlaşmaya göre 20 işgünü veya 31 takvim günü ile sınırlı olacaktır. Bunlardan her ikisinin de geçici tedbir süresinin hesabında esas alınması mümkündür. Ancak, her halükârda bunlardan hangisi daha uzun ise o süre, geçici tedbir süresinin hesabında esas olacaktır. Buna göre hangisi uzunsu 20 işgünü veya 31 takvim gününde esasa ilişkin bir takibatta bulunulmazsa, 50'nci maddenin 4'üncü fıkrası hükümleri saklı kalmak kaydıyla, söz konusu tedbirler zamanaşımına uğrayarak hükümsüz olacak veya davalının talebi üzerine iptal edilecektir.⁴⁰

Geçici tedbirlerin davalının talebi üzerine iptal edilmesi, davacının veya talep sahibinin esasa ilişkin takibatı başlatmaması yahut herhangi bir ihmalinden dolayı zamanaşımına uğraması ya da herhangi bir hak ihlâlinin veya yakın bir ihlâl tehdidinin bulunmadığının sonradan mahkeme tarafından tespit edilmesi hallerinde, davalı, ihtiyâti tedbir alırdandan tazminat talep etmeye hak kazanır. Bu takdirde, yetkili mahkemeler, davalının talebi üzerine, onun sebepsiz yere uğramış bulunduğu zararın tazminine karar vermeye yetkili olacaklardır.⁴¹

E. HUDUTLARDA ALINMASI GEREKEN TEDBİRLER

1. Genel Olarak

İnsan veya malların bir ülkeye girişinin ilk, çıkışının ise son mekânı olması nedeniyle gümrük kapıları veya kısa adıyla gümrükler taklit ve korsan malların uluslararası ticaretinde hem menfi hem de müspet mânada çok önemlidir. Zira, yükü taklit ve korsan mallardan oluşan hareket halindeki bir gemiye el koymak, dağıtım kanallarına girmiş ve müşterileri bekleyen malları ele geçirmekten daha kolay ve daha az masraflı bir iştir. Bunun bilincinde olan TRIPs'in mimarları, sahte ve korsan malların uluslararası ticareti ile mücadelede, gümrük otoritelerinin yapabileceği katkılara büyük önem vermişlerdir.⁴² Bunun sonucu olarak da TRIPs Anlaşmasında fikrî mülkiyet hakların korunması ile ilgili olarak üyelere gümrüklerde alınması gereken tedbirler konusunda büyük sorumluluklar yüklenmiştir.

Esasen, taklit ve korsan mal ticaretiyle ilgili olarak alınması gereken tedbirlere ilk kez yer veren sadece TRIPs Anlaşması değildir. Sınâi Mülkiyetin korunmasıyla ilgili Paris Sözleşmesi'ne bakıldığında, orada da, konusu sınâi mülkiyetin ihlâlini oluşturan mallara o ülkeye girişte yani gümrükte el konulmasına ilişkin bir hükme yer verildiği görülür.⁴³ Ancak, bu el koyma işlemi savcılar, diğer yetkili merciler veya menfaati bulunan tarafın talepte bulunması şartına bağlı kılınmıştır.⁴⁴ Diğer taraftan, TRIPs'in aksine, bu Sözleşmede sadece sınâi mülkiyete konu mallarla ilgili düzenlemeler yer almış, fikrî mülkiyete dahil diğer hak konuları ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Paris Sözleşmesi hükümlerinin uygulamaya yansımaları sembolik düzeyde kalmıştır.

Uygulamada, ülkeler gümrüklerde sahte marka taşıyan mallara el koymaktan ziyade, ya yasadışı mal ticaretinden elde edilen kâr ve kazançlara, ya da uyuşturucu maddeler, silahlar ve insanlara fiziki veya psikolojik bakımdan zararlı olabilecek maddelere yani ülkenin kamu düzeni açısından girişinde sakıncalar doğurabilecek nitelikteki mallara el koyma yoluna öncelik

⁴⁰ TRIPs, md. 50(6).

⁴¹ TRIPs, md. 50(7).

⁴² Blakeney, 133.

⁴³ Paris Sözleşmesinin 9'uncu maddesinin ilk fıkrasında "Hukuken korunmakta olan bir ticaret markasını veya ismini hukuka aykırı olarak üzerinde taşıyan malların ülkeye ithali üzerine, söz konusu malların Paris Birliğine Üye ülkelerce el konulacaktır" denilmektedir.

⁴⁴ Bak. Paris Sözleşmesi md. 9(3).

vermişlerdir.⁴⁵ Bunun sebepleri arasında, gümrük otoritelerinin fikrî mülkiyet hak ihlalleri konusunda bilgi, tecrübe, uzman personel ile yeterli ekipmana sahip bulunmamaları gösterilebilir. Ancak TRIPs hükümleri fikrî mülkiyetin korunmasını ticaretle bağlantılı bir sorun olarak tanımladığı için, bundan böyle gümrük otoritelerinin de kendilerini bu önceliklere göre yeniden düzenlemeleri gerekecektir.

TRIPs Anlaşmasının 69'uncu maddesi, üye ülkelerin fikri mülkiyet haklarını ihlâl eden malların uluslararası ticaretini önlemek amacıyla birbirleriyle işbirliği yapmaları kabul edecekleri ifade edildikten sonra “*özellikle sahte markalı malların ve telif hakkına tabi korsan malların ticareti konusunda gümrük makamları arasında bilgi alışverişini ve işbirliğini teşvik etmeleri*” gereğine vurgu yapmaktadır.

Diğer taraftan Anlaşma, bu tür yasa dışı faaliyetlerle mücadelede gümrüklerin önemini göstermek istercesine, sahte ve korsan malların uluslararası ticaretinin engellenmesi ile ilgili en ayrıntılı düzenlemeleri hudut tedbirlerine tahsis etmiştir. Hudut tedbirleri (*border measures*) ile ilgili düzenlemeler TRIPs'in Üçüncü Kısımının Dördüncü Bölümünde yer alan 51 ve 60'ıncı maddeler arasındaki hükümlerde yer almıştır. WTO üyesi tüm ülkeler gümrüklerinde Anlaşmada belirtilen tedbirleri almakla mükellef tutulmuşlardır.

2. Hudutlarla İlgili Tedbirlerden Muafiyet

Sınır tedbiri yükümlülükleri ile ilgili olarak Anlaşmada biri sınırlar diğeri de mallar bakımından olmak üzere üye ülkelere iki türlü muafiyet getirilmiştir. Bunlardan ilkinde göre, Anlaşmada yer alan sınır tedbirleri ile ilgili mükellefiyetler, aralarındaki hukûki ilişkiye dayanarak sınırları boyunca gerçekleşen mal girişlerini kontrol etmemeyi kararlaştıran ülkeler açısından bağlayıcı olmayacaktır. Diğer bir deyimle, burada aralarında gümrük birliği oluşturan ülkeler bakımından bir istisna söz konusudur. Anlaşmanın 51'inci maddesinde yer alan XIII numaralı dipnotta⁴⁶ yer alan bu istisna özellikle Avrupa Birliği dikkate alınarak tanınmıştır.

Uygulamada, Avrupa Birliği dışındaki WTO üyesi diğer ülkeler de aralarında gümrük birliği oluşturdukları takdirde bu istisnadan yararlanacaklardır. Buna göre gümrük birliği oluşturan ülkelerin ortak sınırlarında Anlaşmanın bu hükümleri uygulanmayacaktır. Zaten aksinin kabulü “gümrük birliği” kavramının mantığı ile bağdaşmazdı. Bununla beraber, gümrük birliğinin dış sınırları yönünden, yani birliğe dahil olmayan ülkelerle olan ortak sınırlar bakımından bu istisna söz konusu olamaz. Zira gümrük birliğe üye bir ülkeyle, üye olmayan ülke arasında malların serbest dolaşımı gibi bir uygulama bulunmayacağından, doğal olarak birliğin dış sınırlarında Anlaşma hükümlerinin uygulanması gerekir.

TRIPs sınır tedbirlerinin uygulanması ile ilgili diğer bir istisnaya da ithal edilen malların miktarı bakımından yer vermektedir. Buna göre uluslararası seyahat eden yolcuların şahsi eşyası içerisinde bulunan veya küçük partiler halinde gönderilmiş olup, ticârî bir niteliğe sahip olmayan az miktardaki mallar Anlaşmanın hudut tedbirleri ile ilgili hükümlerinden muaf tutulabilir.⁴⁷

3. Malların Ülkeye Girişinin Talep Üzerine Durdurulması

Hukuken ihlâl oluşturan malların ülke gümrüğünden geçerken gümrük makamlarınca o ülkenin ticârî dağıtım kanallarına girişine engel olunabilmesi için, kural olarak bir talebin bulunması gerekir. TRIPs madde 51(1) uyarınca konusu hukuka aykırılık teşkil eden malların

⁴⁵ Blakeney, 133.

⁴⁶ Bu dipnotta yer alan açıklama şu şekildedir: “Herhangi bir üye, bir gümrük birliğinin parçasını oluşturdukları başka bir üye ile olan sınırında mal giriş-çıkışı üzerindeki denetimi önemli ölçüde kaldırmış ise, bu üyenin söz konusu sınırda bu bölüm hükümlerini uygulaması talep edilemeyecektir.”

⁴⁷ TRIPs, md. 60.

herhangi bir ÷lkeye girişinin durdurulmasını, maddedeki deyiimiyle “girişin ertelenmesini” talep etme hakkı o mallar üzerinde fikrî mülkiyet hakkı bulunana aittir.

Bir ÷lkeye bir başka ÷lkeden gelip gümrükten geçen mallar, bir hak veya hukûki menfaatin ihlâli niteliğini taşıyorsa, gümrük mercileri kural olarak hak sahibinin müracaatı üzerine, o malların ÷lkenin ticârî dağıtım kanalına girişini daha gümrükteyken durdurmak zorundadırlar. TRIPs Anlaşması üye ÷lkelere bu konuyla ilgili düzenlemeleri yapma konusunda bir yükümlülük getirmektedir. Buna göre üye ÷lkeler, sahte ve korsan mal ticareti yoluyla, haklarının ihlâl edilmesi konusunda kuşku duymak için haklı sebepleri bulunanlara, bu malların serbestçe o ÷lkeye girişi ve dolaşımının gümrük makamlarınca engellenmesi için talepte bulunulmasına imkân sağlayacak düzenlemeleri gerçekleştirmek zorundadırlar.

Ancak üye ÷lkelerin bu zorunluluğu sadece sahte ve korsan mal ticareti ile ilgili olup, fikrî mülkiyet haklarını başka bir şekilde ihlâl eden mallar için hak sahipliğine böyle bir başvuru imkânı tanıyıp tanımamakta serbesttirler. Keza, üyeler kendi topraklarından başka ÷lkeye ihraç edilmek üzere hazırlanmış ihlâlê konu malların ÷lke dışına çıkarılmalarına gümrük makamlarınca engel olunmasıyla ilgili düzenleme yapmaya mecbur değildir.⁴⁸ Uygulamada zaten devletlerin kendi ÷lkelerinden çıkan bu tür malları kontrol altında tutmak gibi bir eğilimi bulunmamaktadır. Bu nedenle ÷lkeden çıkan malların gümrük denetimi Anlaşma tarafından WTO üyesi devletlere mecbur kılınmamıştır.

Bir ÷lkenin gümrüğüne giren malların fikrî mülkiyet hakkını ihlâl edildiğinden kuşku duyan hak sahipleri, bu malların ithal edildiği ÷lkenin ticârî dağıtım kanallarına girişinin engellenmesi için, o malların kendi haklarını ihlâl edici nitelikte olduğu konusunda yetkili mercileri ikna edecek delilleri sunmaları istenebilecektir. Bu delilleri iki şekilde anlamak gerekir. Birincisi ihlâlê konu mal üzerinde hak sahibinin kendisi olduğunu ispat eden deliller, ikincisi de ÷lkeye girişi durdurulması istenen malların sahte ve korsan olduğunu ispata yarayan deliller. Birinci halde hak sahipliği tescil ve benzeri belgelerle ispat edilebilecektir. İkinci halde ise tescil ve benzeri belgelere ilâve olarak, talep sahibinden, sözkonusu malların kolaylıkla tanınabilmesine yarayacak ayrıntılı bir tanımda bulunulması istenebilecektir.⁴⁹

Buna karşılık korunmaları tescil ve tevdi gibi formalitelere tabi olmayan telif hakları (*copyright*) ve iyi tanınmış markalar (*well-known trademark*) gibi unsurlarla ilgili bir durum sözkonusu olduğunda, belge sunma imkânı mümkün olmayacağından bazı problemlerle karşılaşılacaktır.⁵⁰ İyi tanınmış markalar açısından fazla bir sorun yaşanmasa da, aynı şeyi telif hakları açısından söylemek güçtür. Zira, iyi tanınmış marka demek uluslararası büyük bir üne sahip olup, her ÷lkede çoğu kişilerin o markanın kime ait olduğunu bildiği marka demektir. Dolayısıyla, bu tür markalar pek çok ÷lkede tescil edilmemiş olsa bile korunmaktadır. Bu ÷lkelerde gümrük görevlileri marka ihlâlê iddiası ile karşılaştıklarında, iddia konusu markanın tanınmış olup olmadığına göre karar vereceklerdir. Bu konuda tereddüt halinde, uzman kişilerin bilgilerine de müracaat edilebilir.

Telif hakkına konu olan ve özellikle ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanat ve sinema eserlerinin korsan olarak çoğaltılmış kopyaları söz konusu olduğunda, talep sahibinin bu tür eserler üzerinde hak sahibi olup olmadığını tespit etmekte ve gümrüğe giren malların orijinal mi, yoksa korsan basım mı olduğu konusunda güçlükler yaşanabilir. Zira hemen tüm dünya ÷lkelerinde, bu tür eserlerde hakkın korunabilmesi için, herhangi bir makam veya mercie tescil ettirmek gibi bir zorunluluk yoktur. Keza, teknolojik alanda kaydedilen gelişmeler sonucu ortaya çıkan kopyalama ve çoğaltma araçları sayesinde bugün bu eserler aslından ayırtdilemeyecek kalitede

⁴⁸ TRIPs md 51(1/son iki cümle).

⁴⁹ TRIPs md. 52.

⁵⁰ Blakeney, 135.

çoğaltılabilmektedir. Bu gibi hallerde gümrük mercilerinin uzman bilirkişilere başvurarak onlardan yardım almaları gerekecektir.

4. Malların Ülkeye Girişinin Re'sen Durdurulması (*Ex Offio Action*)

Taklit ve korsan mallara, bir ülkeye girişinde gümrük makamlarınca el konulabilmesi için, bu malların o ülkeye girişinden dolayı menfaati haleldar olanların talepte bulunması esas kural olmasına rağmen, TRIPs Anlaşması böyle bir talep olmaksızın da gümrük makamlarının kendiliklerinden (re'sen) hareket ederek mallara el koymaları konusunda yetkili kılınabileceğini öngörmektedir.⁵¹

Gümrük makamlarının, gümrükten geçen mallara re'sen el koyabilmesi için, söz konusu malların fikrî mülkiyet haklarını ihlâl edici bir niteliğe sahip olduğu konusunda “aksi kanıtlanmadığı sürece doğru kabul edilen delillere” (*prima facie evidence*) dayanılması gerekir.⁵² Diğer bir ifadeyle, kesin delil sayılabilecek niteliğe sahip bilgi ve belgeler mevcut olmadığı sürece, sırf bazı kuşkulardan hareket edilerek el koyma işlemi yapılamaz. Bu nedenle, yetkili merciler, re'sen el koyma yetkilerinin kullanılabilmesi için, hak sahiplerinden gerekli bilgi ve belgelere ulaşmada kendilerine yardımcı olmalarını her zaman talep edebilirler.⁵³ Talep üzerine el konulma durumunda olduğu gibi, hak sahiplerinin ilgili makamlara, talep edilen belge ve bilgileri vermek gibi suretiyle yardımcı olmaları gerekir. Gümrük makamlarınca, mallara re'sen el konulması halinde, ithalatçı ve hak sahipleri bu durumdan *derhal* haberdar edilecektir.

Mallara res'sen el koyma kararına karşı ithalatçının itiraz etmesi mümkündür. Bu durumda, ayrıntısı aşağıda incelenecek olan 55'inci madde hükümleri uygulanacaktır. Mallara res'sen el konulmasından dolayı zarar doğması halinde ise, kural olarak elkoyma kararı alan kamu mercileri ve görevlilerinin hukûki sorumluluğu, *iyi niyetle* hareket edip etmediklerine göre tespit edilecektir. Kamu makamları ve görevlileri, re'sen el koyma kararını alırken iyi niyetle hareket etmişler veya iyi niyetle hareket etmeyi amaçlamışlarsa, ortaya çıkan zararlardan dolayı hukuken sorumlu tutulmaktan muaf olacaklardır.⁵⁴ Kasten ve sırf ithalatçıya zarar vermek için yapılan el koymalardan dolayı el koyma kararını verenler, telâfi edici tedbirler kapsamında⁵⁵ bu zararları tazmin etmek zorundadırlar.

5. Teminat Gösterilmesi

Bazı kimseler malların ülkeye girişinin durdurulmasını isteme hakkını kötüye kullanabilirler. Örneğin yükünün boşalması için limanda beklemekte olan bir gemiye, taklit veya korsan malı boşaltmak üzere olduğu yönünde bir ihbar üzerine gümrük makamlarca el konulabilir; mallarını indirmesine izin verilmeyebilir; indirilmiş olsa bile o ülke içerisindeki dağıtım kanallarına sokulmaması için malların ihtiyaten limandaki antrepolarda bekletilmesine karar verilebilir. Böyle bir durumda, hem malı taşıyan gemi sahibi, hem mal malları ithal eden, hem de o ülke içerisinde malı satılmak üzere ithalatçı firmaya siparişte bulunan müşteri veya tüketici zarara uğrayabilir. Hatta bu zararlar hayati bir öneme de sahip olabilir. Örneğin çok kısa süre içerisinde muhatabına ulaşması gereken ithal bir ilaç, gümrük görevlilerine yapılan bir ihbar üzerine el konulmasından dolayı alıcısına zamanında verilemediği için hasta durumunda olan alıcı ölebilir. Aynı zamanda, gümrük mercileri de mal girişinin ertelenmesi nedeniyle, birileri tarafından ağır tazminatlar ödeme tehlikesi ile karşılaşabilirler. İşte bu gibi risklerin karşılanması ve kötü niyetli başvuruların önüne geçilebilmesi için Anlaşma, malların ülkeye girişinin ertelenmesi talebinde bulunanlardan teminat alınabilmesini mümkün kılmaktadır.⁵⁶

⁵¹ TRIPs md. 58.

⁵² TRIPs, md. 58.

⁵³ TRIPs, md. 58(a).

⁵⁴ TRIPs, md. 58(c).

⁵⁵ Bak. TRIPs, III'üncü Kısım, II'nci Bölüm hükümleri.

⁵⁶ TRIPs md. 52(1).

Teminatın miktarı konusunda Anlaşmada bir düzenleme bulunmadığı için bu konu her üye ülkenin ulusal mevzuatıyla açıklığa kavuşturulacaktır. Bununla beraber, teminat veya başka bir ad altında başvuru sahibinden istenen güvencenin miktarının, her halde ilgililerin haksız, yersiz veya kötüye kullanılmış bir başvurudan dolayı uğrayacakları zararları karşılayacak miktarda olması beklenir. Ancak teminat miktarının tespitinde Anlaşmanın getirdiği bir sınırlama bulunmaktadır. Buna göre, talepte bulunandan göstermesi istenilecek teminat veya güvencenin miktarı, onu, malların gümrükte durdurulması talebinde bulunmaktan caydıracak düzeyde olmamalıdır.⁵⁷ Örneğin, taklit ve korsan nitelik taşıyan malların ülkeye girişinden dolayı 1 milyon Dolarlık zarara uğrayacak kimseden, 1,5 milyon Dolarlık bir miktarı teminat olarak göstermesini istemek, ona bu talepte bulunmamasını tembih etmekten başka bir anlama gelmez. Bu da Anlaşma hükümlerine aykırı bir uygulama olacaktır.

6. Malların Gümrükte Durdurulması Kararı Üzerine Yapılacak İşlemler

Gümrük mercileri, sahte veya telif haklarına tâbi korsan malların ithal edilebileceğinden şüphelenmek için muteber sebepleri bulunduğu iddiasıyla müracaatta bulunan hak sahibinin ibraz edeceği deliller ve göstereceği teminatlara göre konuyu inceleyip nihâi kararlarından önce talep sahibini bilgilendireceklerdir. Buna göre, gümrük otoriteleri, başvurunun kabul edilip edilmediğini, kabul edildiği takdirde ne kadar süre içerisinde önlem alınacağını ve bildirilmesinde yarar bulunan diğer hususları başvuru sahibine bildireceklerdir. Ancak bu bildirim, hak sahibinin mağdur olmaması için, makul bir süre içerisinde yapılması gerekmektedir.⁵⁸

Sahte veya korsan malların ülkenin ticârî dağıtım kanallarına girişinin ertelenmesi gibi bir tedbire talep üzerine veya re'sen karar verildiyse bu durum hem malı ithal eden tarafa, hem de başvuru sahibine *derhal* bildirilecektir.⁵⁹ Ayrıca, davanın esasına ilişkin olarak müspet yönde bir karar verilmesi halinde hak sahibine; sahte ve korsan malları gönderenlerin, ithalatçıların ve bu malların o ülkedeki alıcılarının ad ve adresleri ile söz konusu malların miktarı hakkında gümrük makamlarınca bilgi verilmesi gerekecektir.⁶⁰ Anlaşmada yer alan bu kural üyeleri "bağlayıcı" bir nitelik taşımamakla birlikte, talep sahibinin haklarını daha iyi bir şekilde arayabilmesi ve bunları daha etkin bir biçimde savunabilmesi sahte ve korsan mal ticareti olayında dahli bulunan tüm failer hakkında bilgi sahibi olmasına bağlıdır. Özellikle, malı gönderenin o ülkeye ithal eden kişinin ve gümrükte el konulan mal miktarının hak sahibince bilinmesi gerekir. Hak sahibine tanınan diğer bir hak da gümrükte el konulan malları incelemesine fırsat tanınmasıdır.⁶¹ Buna göre, gümrük makamları, malların gümrükte alıkonulmasına karar verdikleri takdirde, talebini ispat edebilmesi amacıyla hak sahibine, el konulan malları kontrol ettirmesi için gerekli imkânlardan yararlanma fırsatı tanıyacaklardır.

Anlaşmaya göre talepte bulunana tanınan malları kontrol ettirme ve inceletme hakkının, ithalatçıya da tanınması gerekmektedir. Ancak, iki tarafa da tanınan bu hakkın kullanılmasında gizli bilgilerin korunması esasına riâyet şarttır. O nedenle, gümrükte bekletilen mallar incelenirken, hukuken gizli kalması gereken bilgilerin, ait olmadığı kişilerin eline geçmesine mani olacak tedbirlerin alınması da gerekir.

7. Malların Gümrükte Durdurulması Süresi

Anlaşma hükümlerine göre, hukuka aykırılığı iddiasıyla talep üzerine veya re'sen yetkili makamlarca ülkeye girişi durdurulan malların gümrükte ne kadar süreyle bekletileceği konusu hem malı gönderen, hem ithal eden, hem de malı o ülkede satın alacak müşteri ve tüketicilerin menfaatleri bakımından önem arzeder. Özellikle çabuk bayatlayıp bozulmaya müsait mallar başta

⁵⁷ TRIPs md. 53(1/ikinci cümle).

⁵⁸ TRIPs, md. 52.

⁵⁹ TRIPs, md. 54.

⁶⁰ TRIPs, md. 57(son cümle).

⁶¹ TRIPs, md. 57.

olmak üzere kimi mallar nitelikleri gereği, kimi mallar ise onlara duyulan ihtiyacın âciliyeti bakımından kısa sürede muhataplarına ulaştırılmayı gerektirebilir. O nedenle, gümrükte geçecek bekletilme süresinin mâkul düzeyde olması gerekir.

TRIPs Anlaşması bu süreyi 10 iş günü olarak tespit etmiştir. Bununla beraber sözkonusu süre asgari değil âzami yani en çok 10 iş günüdür. Ayrıca, bu 10 günlük süre, gereken hallerde bir misli daha yani azami bir 10 işgünü daha uzatılabilecektir.⁶² Diğer bir deyimle, malların türüne ve olayın mahiyetine göre, 10 işgünüden kısa bir bekletilme süresi kararlaştırılabileceği gibi, gereken hallerde en çok 10 işgününe kadar bir bekletilme süresi tespit edilebilecektir. Malların gümrükte bekleyeceği süre, mallara el konulduğuna ilişkin kararın, talep üzerine el konulma halinde talep sahibine; re'sen el konulma hallerinde ise, ithalatçıya bildirildiği tarihte başlayacaktır. Anlaşma, 10 günlük âzami süre zarfında tarafların herhangi bir harekette bulunmaması durumunda malların serbest kalmasını öngörmektedir.⁶³ Buna göre, yetkili makamlarca daha kısa bir süre kararlaştırılmış olsa bile, en çok 10 işgününe kadar:

- Davalı dışında kalan bir tarafça, davanın esasına ilişkin bir kararın alınması amacıyla bir takibat başlatıldığına, veya
- Usulüne göre yetkili kılınmış bir makam tarafından malların gümrükte bekletilmesi süresinin uzatıldığına ilişkin olarak alınmış bir ihtiyâti tedbir kararı bulunduğu,

ilişkin bilgilerin gümrük makamlarına iletilmemesi durumunda, el konulan mallar serbest kalacaktır. Görüldüğü gibi, ister talep üzerine isterse re'sen karar verilmiş olsun, eğer davalı dışında kalan bir tarafın, en çok 10 günlük süre zarfında davanın esasına ilişkin olarak yargı mercilerinde bir takibatta bulunduğu veya bekleme süresinin uzatılmasıyla ilgili olarak yetkili mercilerden bir karar aldığı bilgisi gümrük makamlarına sunulmamış ise, el konulan mallar serbest kalacaktır.

8. Gümrükte Durdurulan Mallar Konusunda Alınabilecek Tedbirler

Gümrükte el konulan mallarla ilgili olarak 10 günlük süre içerisinde davanın esasına ilişkin bir süreç başlatılır veya mahkemeden malların bekletilme süresinin uzatılması için bir karar alınır, söz konusu mallar mahkemece tespit edilen süre boyunca gümrükte bekletilmeye devam edilecektir. Ancak davalı taraf 10 günlük süre zarfında davanın esası hakkında bir takibatta bulunulmasına veya herhangi bir yetkili merci tarafından alınan malların gümrükte bekletilmesi süresinin uzatılması kararına karşı, bir üst yargı mercii veya makamı nezdinde itirazda bulunabilir. Davalı itirazında, söz konusu kararın kaldırılmasını, değiştirilmesini veya onaylanmasını talep edebilir. Üye ülkelerce, davalının mallara el koyma kararına karşı bir üst merci nezdinde girişimde bulunulmasını engelleyecek şekilde düzenleme yapılamaz.⁶⁴

Gümrük mercilerine, gümrükte tutulmasına karar verilen korsan ve taklit mallarla ilgili bazı tasarruflarda bulunma yetkisi verilmektedir. Ancak bu yetkilerin kullanılabilmesi için, gümrükte tutulan malların sahte ve korsan nitelikte olduğunun sâbit olması gerekir. Zira, TRIPs madde 59'a göre gümrük makamlarına tanınan yetkiler, ihlâl neden olan malların imhası ve herhangi bir şekilde elden çıkarılması gibi, kullanıldığında geri dönülmesi mümkün olmayan nitelikteki yetkililerdir. 59'uncu madde, gümrük otoritelerinin ihlâl konu olan malların imhası veya bir şekilde bertaraf edilebilmesi için TRIPs 46'ncı maddedeki şartların gerçekleşmesini öngörmüştür. O halde gümrükte bekletilen ve sahte veya korsan olduğu anlaşılan malların imha edilebilmesi için, o ülkenin anayasal düzenlemeleri böyle bir tasarrufa engel oluşturmamalıdır. İkincisi, ihlâlin ağırlığı ile ihaleden dolayı uygulanacak müeyyide arasında orantı olmadır. Üçüncüsü, başta hak sahibinin menfaatlerine zarar verilmemek kaydıyla, üçüncü kişilerin menfaatleri de dikkate alınmalıdır. Dördüncüsü, malların imha edilmesi veya bir şekilde elden çıkarılması şeklinde bir uygulama

⁶² TRIPs, md. 55.

⁶³ TRIPs, md. 55.

⁶⁴ TRIPs, md. 59(ilk cümle).

nedeniyle, sahte ve korsan malın sahibi veya ithalatçısına bir bedel veya tazminat ödenmesi söz konusu olmayacaktır.

Gümrük makamları imhası dışında, hak sahibinin haklarına zarar verilmemek kaydıyla malların başka bir şekilde elden çıkarılmasına karar verebilir. Örneğin, ihlâlê konu olan malların o ülkeye sokulmaması suretiyle, zorunlu olarak başka bir ülkeye ihracına kapı açabilirler. Ancak bu takdire Anlaşma, sahte mallarla ilgili istisnalar dışında, ihâlê neden olan malların değiştirilmemiş haliyle yeniden ihracına izin verilemeyeceğini ve bu tür mallara farklı bir gümrük mevzuatının uygulanamayacağını emretmektedir.⁶⁵ Keza, 46'ncı madde hükmü uyarınca da, sahte markalı malların yeniden ihracı halinde, hukuka aykırı olarak kullanılan markanın mal üzerinden kaldırılması gibi bir değişiklik de yeterli sayılmayacaktır.

Malların gümrük makamlarınca zaptı üzerine verilecek telâfi edici önlemlerle ilgili olarak, hak sahibin diğer dava haklarının saklı kalacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre, gümrük makamları, ülke ticârî dağıtım kanallarına girişini durdukları mallarla ilgili olarak ne tür karar almış olursa olsun, bu kararlar hak sahibinin, sahte ve korsan mal ticaretiyle ilgili diğer haklarını etkilemez. Örneğin, hak sahibi özel hukuk telâfi yöntemlerine başvurarak tazminat talep edebilir. Aynı şekilde gümrük makamlarınca gümrükte el konulan mallarla ilgili olarak alınacak her türlü karar ve yapılacak işlemlere karşı davalı taraf da bir üst yargı mercii veya idâri makama itiraz hakkına sahip olacaktır.⁶⁶

F. İDÂRİ VE CEZÂİ TEDBİRLER

Anlaşmada hukûki, ihtiyâtî ve sınır tedbirlerine çok geniş yer verilmesine rağmen, idâri ve cezâî tedbirlere sadece genel ilkeler bazında temas edilmiştir. “İdâri Usuller” (*Administrative Procedures*) kenar başlığını taşıyan 49'uncu maddede, olayın mahiyetinden kaynaklanan idâri usullerin gereği olarak bir hukûki telâfi yöntemine başvurulmak icabediyorsa, bu hukukî telâfi yönteminin Anlaşmanın Üçüncü Kısmının İkinci Bölümünde yer alan hukûki usuller ve telâfi yöntemlerine uygun olması gerektiği ifade edilmiştir. Böylece, olayın niteliğine göre yürütülen idâri prosedürün neticesi olarak adli bir telâfi yöntemi uygulanması sonucuna varıldığı takdirde, olaya uygulanması gereken idâri prosedürün esasları, Anlaşmanın sözkonusu Bölümünde öngörülen ve yukarıdan beri anlatılagelen prensiplere paralel bir tarzda tespit olunacaktır. Bu hükmü, *Anlaşmada hukukî usuller ve telâfi yolları ile ilgili olarak öngörülen tüm prensiplerin, olayın nitelik ve özellikleri ile bağdaştığı ölçüde idâri bakımdan da uygulanabileceği* şeklinde yorumlamak da mümkündür. Keza, Anlaşmanın ihtiyâtî tedbirlerle ilgili hükümleri, idâri usuller sonucunda herhangi bir geçici tedbir alınabilmesinin mümkün olduğu haller bakımından da uygulanacaktır.⁶⁷ İdâri usuller bakımından temas edilmesi gereken bir diğer husus da Anlaşmanın kamu görevlileri için öngördüğü “tazminattan muafiyet” hükmüdür. Yukarıda da kısmen işâret olunan 42'nci maddenin 2'nci fıkrasında yer alan bu hüküm uyarınca, fikrî mülkiyet hakları ile ilgili düzenlemeleri uygulamakla görevli kamu kurum ve kişileri, ilke olarak, kanunları uygularken taraflara vermiş oldukları zararlardan dolayı bu zararları telâfi ve tazmin yükümlülüğünden muaf tutulmuşlardır. Ancak, Anlaşma bu muafiyeti sınırlama gereği duymuştur. Buna göre, kanunları ve diğer mevzuatı uygularken objektif iyi niyet kuralları çerçevesinde hareket eden kamu görevlisi, sebep olduğu zarardan dolayı herhangi bir tazminat ve telâfi talebine muhatap olmayacaktır. Buna mukabil, kamu görevlisi kuralları uygularken kasıtlı ve kötü niyetle hareket ederek herhangi bir tarafın zarara uğramasına neden olmuş ise bunu telâfi edecektir.

İdâri tedbirlerle ilgili düzenlemelerde olduğu gibi, Anlaşmanın cezâî tedbirlerle ilgili düzenlemelerinde de ayrıntıya girilmemiştir. “Cezâî Usuller” (*Criminal Procedures*) kenar başlığını

⁶⁵ TRIPs, md. 59(son cümle).

⁶⁶ TRIPs, md 59 (ilk cümle).

⁶⁷ TRIPs, sh. 50(8).

taşıyan 61'inci madde hükmü incelendiğinde, cezâî bakımdan alınması gereken tedbirlere ilke bazında yer verildiği görülmektedir. Bu çerçevede, TRIPs madde 61 hükümlerine göre üye ülkeler:

- Taklit marka ve korsan mal ticaretini *kasıtlı* olarak yapanlara uygulanacak maddi ve usûli ceza hükümlerini tespit etmeye mecburdurlar.
- Taklit ve korsan mal ticaretinin engellenmesi için tespit edilecek cezâî önlemler, bu suçlara eşdeğer ağırlıktaki diğer suçlara uygulanan cezâî tedbirler düzeyinde olacaktır.
- Bu tür suçlar için öngörülen hapis ve/veya para cezalarının yeterli bir caydırıcılık niteliği bulunacaktır.
- Tespit edilecek cezâî telâfi yöntemleri, gereken hallerde, ihlâl neden olan malların ve taklitçilik ve korsancılık suçunun işlenmesinde kullanılan malzeme ve aletlerin zaptına da imkân verecek nitelikte olacaktır.
- Suçun konusunu oluşturması nedeniyle yetkili mercilerce zaptedilen mallar üzerindeki haklarının sona ermesi ve bu malların yetkili mercilerce imhasına karar verilmesini mümkün kılan cezâî düzenlemeler yapılacaktır.

Görüldüğü gibi, anlaşmanın cezâî önlemlerle ilgili olarak kabul ettiği temel ilkeler, hukûki telâfi yöntemleri ile bir paralellik göstermektedir. Bunlar üye ülkelere alınması zorunlu cezâî tedbirlerin genel çerçevesini oluşturmaktadır. Ancak, Anlaşmaya göre üyeler, fikrî mülkiyet haklarının başka şekillerde ihlâl edilmesi durumlarını da, özellikle fikrî mülkiyet haklarının ticarete konu edilerek ihlâlî suçunun kasten işlenmesi hallerinde uygulanacak ceza ve usul hükümleri konusunda bazı özel düzenlemeler yapabileceklerdir.⁶⁸

III. TRIPs'İN UYGULAMAYA YANSIMASI VE TÜRKİYE'NİN TRIPs HÜKÜMLERİ KARŞISINDAKİ DURUMU

A. TRIPs ANLAŞMASI HÜKÜMLERİNİN ETKİSİ

Uluslararası fikrî mülkiyet hukuku alanında önceki asrın en önemli gelişmesi⁶⁹ olarak gösterilen TRIPs Anlaşmasına, nihâî metnin müzakeresine katılan 114 ülke ile Avrupa Topluluğu imza koymuştur. Anlaşmaya göre, bütün GATT ve DTÖ üyesi ülkeler Anlaşmanın yürürlüğe girmesini müteakip bir yıl içinde TRIPs hükümlerini uygulamaya koymak zorundadırlar. Gelişmekte olan ülkeler ise, ulusal işlem (*national treatment*) ve en ziyade müsâadeye mazhar ülke (*most-favoured-nation treatment*) kurallarıyla ilgili hükümler müstesna, 5 yıldan sonra Anlaşmayı uygulayacaklardır. Daha az gelişmiş ülkelere tanınan süre ise 10 yıl olup, bu sürenin ancak TRIPs Konseyi tarafından sürenin uzatılması mümkündür.

TRIPs Anlaşması hükümlerinin etkin bir şekilde uygulanması, bireysel ihtiyaçların tatmin edilebildiği ölçüde mümkündür. Ancak, Anlaşma hükümlerinin bireysel olarak uygulanması bakımından hak ihlâllerinde ulusal hukuk hükümleri gibi kısa sürede sonuçlar sağlayacak bir nitelik taşımadığını belirtmek lâzımdır. Zira fikri mülkiyet haklarının uygulanması ve korunması ile ilgili hükümlerini uygulamakta ihmal gösteren veya taraf olduğu halde uygulamamakta direnen ülkeleri, hak sahibinin bireysel olarak zorlamasına imkân yoktur. Diğer bir deyimle, Anlaşmada öngörülen hükümler ilgili devlet tarafından uygulanmadığı takdirde, fikrî mülkiyet hakkı ihlâl edilmiş olan kişi ve kurumlar, bu devleti Anlaşma hükümlerini uygulamaya zorlayacak enstrümanlara sahip değildir. Meselâ uluslararası bir mahkemeye giderek, o devlete karşı bir hüküm istihsal edilmek suretiyle

⁶⁸ TRIPs, md. 61.

⁶⁹ İkinci Dünya savaşı sonrası gelişmeler arasında en önemli iki gelişmeden birinin Sovyet Rusya'nın dağılması, diğerinin ise Uruguay Round'un uzun müzakerelerinden başarılı sonuçlara ulaşarak Dünya Ticaret Örgütü'nün kurulması olarak gösterilmektedir. Fikrî hakları uluslararası ticârî sisteme dahil etmesi nedeniyle TRIPs Anlaşması Uruguay Round'un en başarılı sonuçlarından birisi olarak nitelendirilmektedir. Bak. **Zutshi, B. K.**: "Bringing TRIPs into the Multilateral Trading System" in (Ed.**J. Bhagwati and Mathias Hirsch**) *The Uruguay Round and Beyond: Essays in Honour of Arthur Dunkel*, Springer, Heidelberg 1998, sh. 37.

tazminat talebinde bulunmak veya o ülkeyi cezâî bir yaptırıma maruz bırakarak Anlaşma hükümlerinin uygulanmasını sağlamak mümkün olmamaktadır.

Böyle bir durumda hak sahibinin elinde bulunan yegâne seçenek, kendi vatandaşı bulunduğu ülkenin hükümetine müracaat ederek, Anlaşma hükümlerini hiç veya gereği gibi uygulamayan üye ülke ile ilgili olarak GATT sürecini (*GATT Settlement Procedure*) başlatmasını sağlamaktır.⁷⁰ GATT sürecinden kasıt, üye ülkeler arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için Anlaşmanın 64'üncü maddesinde öngörülen mekanizmadır. Buna göre, uyuşmazlıkların çözümünde öncelikle tarafların aralarındaki sorunu müzakere yoluyla çözmeleri gerekmektedir. Bu mümkün olmadığı takdirde, konunun GATT-TRIPs Konseyine intikal ettirilmesi ve bunun üzerine de uyuşmazlığa taraf olmayan üç veya beş ülke temsilcilerinden oluşturulacak bir Panel'in uyuşmazlıkla ilgili kararı vermesi gerekmektedir. Söz konusu Panelin kararları kesin olmayıp, bu kararlarla ilgili olarak temyiz organına müracaat edilebilmektedir. Temyiz organının kararı ise ancak WTO Konseyi ittifakıyla reddedilebilmektedir. Sonuçta şikayetçi ülkenin haklı çıkması halinde, diğer tarafa WTO sistemi içerisinde misillemede bulunmak gibi müeyyideler uygulanma imkânı bulunmaktadır.

Mukayese edildiklerinde görülmektedir ki, TRIPs'in diğer uluslararası hukuk metinlerden farklı iki temel amacı ve dolayısıyla iki farklı özelliği bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, Anlaşmada belirtilen hakların tanınması ve korunması konusunda üye ülkeleri uluslararası nitelikte bir taahhüt altına sokmak; ikincisi de, eğer bu taahhüt yerine getirilmezse üye ülkeye müeyyide uygulamak.⁷¹ Bu itibarla bir anlamda denilebilir ki, TRIPs, taraf olmayan veya WTO üyeliği bulunmayan ülkeleri de taahhüt altına sokmakta, eğer fikrî mülkiyet haklarının korunması konusunda bir ülke gerekli hukûkî tedbirleri almamışsa, küreselleşen ve dolayısıyla sınırların ortadan kalktığı bir dünyada, dünya serbest ticaret rejimi dışında bırakılma riskiyle karşı karşıya bulunmaktadır. Anlaşma bu yönüyle, ülkelerin fikrî hukuk sistemlerini TRIPs normlarına yaklaştırmak suretiyle, ulusal hukuklar arasında yeknesaklık sağlama yolunda bir fonksiyon icra etmektedir.

B. TRIPs'İN UYGULAMAYA YANSIMASI

TRIPs Anlaşması büyük ölçüde fikrî mülkiyet haklarının korunmasıyla ilgili mevcut uluslararası sözleşmelere dayanmak, hukuk sistemleri arasındaki farklılıkları ortadan kaldırmak ve üzerinde mutabakata varılamadığı için oluşan boşlukları tamamlamak gibi amaç ve işlevlere sahiptir.⁷² Ayrıca, ihtilafların çözümünü sağlayacak ve uygulamayı takip edecek kurumsal yapı olarak da önemli yenilikler getirmektedir.

Dünya ülkelerinin büyük bir çoğunluğu, TRIPs Anlaşmasındaki standart ve ilkeleri kendi bünyelerine süratle adapte etmektedirler. Fikrî mülkiyet haklarının daha önce de etkin olarak korunduğu ülkelerde bile, TRIPs standartlarının kabulü için çeşitli düzenlemeler yapıldığı müşâhade edilmektedir. Dolayısıyla, TRIPs hükümlerinin ulusal düzeydeki uygulamalara da süratle yansıdığı söylenebilir. Bununla beraber, hâla bazı az gelişmiş ülkelerin TRIPs mevzuatını intibak etmedikleri gözlenmektedir. Bu yüzden, Anlaşmanın asıl etkilerinin 2015 yılından sonra görüleceği ifade edilmektedir.

Dünyadaki pek çok ülkenin kendisini TRIPs standartlarını benimsemeye mecbur hissetmesi, Anlaşma hükümlerinin evrensel hukuk normları haline gelmekte olduğunun bir göstergesi sayılabilir. Esasen, ülkelerin kendilerini TRIPs standartları dışında tutmalarına fiilen de imkân kalmamıştır. Zira, Anlaşma hükümleri WTO üyesi ülkeler bakımından “emredici” bir niteliği haizken, bu örgüte üye olmayan ülkeleri de sisteme katılmaya “zorlayıcı” bir etkiye sahiptir. Her ne kadar TRIPs standartlarının uygulanmamasının somut yaptırımlarına Anlaşmada açıkça yer

⁷⁰ **Arsic**, 86-87.

⁷¹ **Geller**, (*International Copyright Law and Practice*), Vol. I, INT-77.

⁷² **Ogun**, 39.

verilmemiş ise de, küreselleşen dünyada, sadece TRIPs değil hemen tüm uluslararası hukuk düzenlemelerinin aksine davranışta bulunmak giderek zorlaşmaktadır. Zira, özellikle gelişmiş ülkeler, sahip oldukları ekonomik ve teknolojik üstünlükleri kullanarak, bu tür uluslararası düzenlemelere riâyet etmeyen ülkeleri, ekonomik, ticârî ve hatta silah zoruyla uymaya zorlayabilmektedirler.

Gerçekten, daha TRIPs Anlaşmasının kabulünden önce, çeşitli ülkeler üzerinde fikri mülkiyet haklarının korunmasıyla ilgili yoğun baskıların yapıldığı ve bu baskılardan da sonuçlar elde edildiği görülmüştür. Örneğin, 1985 yılında ülkedeki patent, marka ve telif haklarının korunması ile ilgili mevzuatın yetersizlikler nedeniyle Güney Kore, 1974 tarihli Amerikan Ticaret Kanununun 301'inci Bölümündeki hükümlere göre ABD hükümeti tarafından başlatılan bir aksiyona muhatap olmaktan kurtulamamıştır. Yine aynı yıl bilgisayar programlarının korunması konusundaki yasal sınırlamalar nedeniyle Brezilya'ya karşı da bir girişimde bulunulmuştur. Ayrıca 1987 yılında Brezilyalıların ABD'ye yaptıkları ihracat üzerindeki bazı tarifeler yükseltilerek, bu ülkenin, ilaç patentlerinin korunması hakkındaki mevzuatında değişiklik yapılması konusunda zorlanması amaçlanmıştır. İşin ilginç yanı, Amerikan Ticaret Kanununun 301'inci bölümüne dayanılarak Kore ve Brezilya'ya karşı bulunulan girişimler çok kısa sürede amacına ulaşmış ve bu ülkeler fikri mülkiyet rejimlerini ABD'nin talebi doğrultusunda değiştirmişlerdir.⁷³ Bunun dışında 1980'li yıllarda taklit ve korsan malların üretim ve ticaretinin en önemli merkezlerinden biri olan Singapur ile ABD arasında yapılan ikili görüşmelerle bu ülkenin telif hakları kanununun değiştirilmesi sağlanmış ve Singapur WIPO'nun üyesi olmuştur.⁷⁴

Bu tür baskılara Hindistan, Endonezya ve Tayvan gibi Güneydoğu Asya ülkeleri de karşılaşmışlardır. Bu ve benzeri baskılar halen devam etmektedir. Örneğin ABD hükümeti, 1988 tarihli "*Omnibus Trade and Competetivnes Act*" hükümlerine göre çeşitli ülkeleri takibe almakta ve fikri mülkiyet hak ihlallerini gerekçe göstererek o ülkelere karşı bir takım ekonomik ve ticârî nitelikli müeyyideleri bugün de uygulayabilmektedir.⁷⁵

Şu kadarını belirtelim ki, bugün sözkonusu baskıları uygulama konusunda ABD yalnız değildir. Esasen bu konuda gelişmiş ülkeler birlikte hareket etmektedirler. Nitekim, ABD'ninkine benzer bir uygulamayı son zamanlarda Avrupa Topluluğunun da yaptığı görülmektedir. Özellikle Topluluğa üye olma konusunda talepte bulunan ülkeler başta olmak üzere Toplulukla ikili ekonomik ve ticârî işbirliğine girişen ülkelere, fikri mülkiyet hukukuna ilişkin düzenlemelerini Topluluk hukukuna veya bu konuda kabul edilmiş uluslararası standartlara uygun hale getirmeleri şart koşulmaktadır. Nitekim, Türk fikri mülkiyet hukukunda yapılan en son ve en köklü değişiklikler Topluluk ile Türkiye arasında Gümrük Birliği Anlaşmasının akdedildiği 1995 yılında gerçekleşmiştir. Toplulukla ortaklık ilişkisine giren aday veya aday olmayan tüm ülkelerle yapılan iki veya çok taraflı anlaşmalarda, karşı tarafa mutlaka fikrî mülkiyet haklarının korunması ile ilgili Topluluk mevzuatını ve TRIPs standartlarını benimseme yükümlülüğü getirilmektedir.

C. TRIPs ANLAŞMASI VE TÜRKİYE

Anlaşmanın hayata geçirilmesinde "gelişmekte olan" ülkeler için 5 yıl "az gelişmiş" ülkeler için de 10 yıllık bir geçiş süreci öngörülmüştür.⁷⁶ Türkiye, TRIPs Anlaşmanın 65'inci maddesi hükmüne göre gelişmekte olan ülkeler arasında yer aldığı için 5 yıllık geçiş süresinden yararlanan ülkeler kategorisinde bulunmaktadır. Bu süre Türkiye açısından 1 Ocak 2000 tarihinde dolmuş bulunmaktadır. Ancak, Türkiye, TRIPs Anlaşmasını 29 Ocak 1995 günü yürürlüğe konulan 4067

⁷³ Blakeney, 4.

⁷⁴ Blakeney, 4.

⁷⁵ Genel olarak bak. **Bello and Holmer**: "Special 301: Its Requirements Implementation and Significance" (1989-90) 13, *Fortham Intellectual Property Law Journal*, 259.

⁷⁶ Bak. *TRIPs*, md. 66.

sayılı Kanunla 31.12.1994 tarihinden geçerli olmak üzere onaylamıştır. Dolayısıyla, ülkemiz 1995 yılı başından itibaren TRIPs Anlaşmasına taraf durumunda bulunmaktadır.

Türkiye söz konusu tarihten itibaren taraf olmayı kabul ettiği Anlaşmanın gereklerini süratle yerine getirme çabası içersindedir. Ancak belirtilmelidir ki, Türkiye'nin TRIPs standartlarını benimseme konusundaki hızlı hareketinin temelinde Avrupa Topluluğu'na karşı verilen taahhütler bulunmaktadır. Bu nedenle, ülkemizin uluslararası fikri mülkiyet hukuku düzenlemelerine katılmasıyla ilgili en yoğun dönemin Avrupa Birliği ile girilen gümrük birliği süreci olduğu söylenebilir. Zira, 1995 yılında Türkiye-AT Ortaklık Konseyi tarafından kabul edilen 6 Mart 1995 tarih ve 1/95 sayılı Karar ile taraflar arasında bir gümrük birliği oluşturulması kararlaştırılmış ve bu Kararın "Fikrî, Sınâî ve Ticârî Mülkiyet Hakları" başlıklı 8 numaralı Ek'inde Türkiye'ye, ulusal fikrî mülkiyet mevzuatını bu alandaki uluslararası normlar ve Topluluk iç hukuk düzenlemelerine uygun hale getirmesi konusunda yükümlülükler getirilmiştir.

Buna göre, Türkiye, fikrî haklarla ilgili Bern sözleşmesinin 1971 tarihli Paris metnini, komşu hakların korunması hakkında 1961 tarihli Roma Sözleşmesini, sınâî mülkiyet haklarının korunması hakkında Paris Sözleşmesinin 1967 tarihli Stokholm metnini, Markaların tescili amacıyla mal ve hizmetlerin uluslararası sınıflandırılmasına ilişkin Nis Anlaşmasını ve Patent İşbirliği Anlaşması gibi çok sayıda uluslararası hukuk düzenlemesini, OKK'nın yürürlüğe girmesinden önce onaylamayı taahhüt etmiştir. Türkiye, bu çerçevede TRIPs Anlaşmasını, OKK'nın kabulünden itibaren 3 yıl zarfında uygulamaya koymayı da kabul etmiştir. Toplulukla yapılan anlaşma çerçevesinde girilen taahhütlerin yerine getirilmesi amacıyla Türkiye 1995 yılında başta TRIPs Anlaşması⁷⁷ olmak üzere, Bern Sözleşmesinin 1979 Paris metnini,⁷⁸ komşu haklara ilişkin 1961 tarihli Roma Sözleşmesini,⁷⁹ sınâî hakların korunmasına ilişkin Paris Sözleşmesinin Stokholm metnini⁸⁰ ve markalar ile patentler hakkındaki uluslararası normları onaylaması yönündeki iradesini çeşitli yasama ve yürütme işlemleri ile açıklamıştır.

TRIPs standartlarına göre, taklit ve korsan malların uluslararası ticareti konusuyla ilgili iç hukuk düzenlemelerimizin durumuna da kısaca değinmekte fayda mülhaza edilmektedir. Ülkemizde, Anglo-Sakson hukukunda olduğu "fikrî mülkiyet" terimi kapsamında toplanan tek bir fikri mülkiyet rejimi yoktur. Fikri mülkiyete dair tüm hak ve menfaatler "sınâî haklar" ve "fikrî haklar" başlıkları altında değerlendirilmektedir. Sınâî haklar kavramı kapsamına, patentlerin, markaların, tasarımların ve coğrafi işaretlerin korunmasına ilişkin düzenlemeler girerken; fikrî haklar kapsamına ilim ve edebiyat, müzik, güzel sanat ve sinema eserleri üzerindeki hakların korunması yani "telif hakları" girmektedir.

Bu nedenle, TRIPs Anlaşmasında fikrî mülkiyete konu olan her bir unsur hukukumuz açısından farklı bir yasal düzenlemenin konusunu oluşturmaktadır. Örneğin, Anlaşmada "copyright" kavramı ile ifade edilen haklar 1951 tarih ve 5846 sayılı "Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda düzenlenmişken,⁸¹ 1995 tarih ve 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede;⁸² markalar, 1995 tarih ve 556 sayılı Markaların korunması

⁷⁷ 4067 sayılı Kanun için bak [RG. 29.1.1995/22186]; Anlaşmanın metin ve ekleri için bak. [RG. 25.2.1995/22213].

⁷⁸ 7.7.1995 tarih ve 4117 sayılı *Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesinde Değişiklik Yapın ve 1979'da Tadil Edilen Paris Metnine Katılmamızın Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun* için bak. [RG. 12.7.1995/22341].

⁷⁹ 7.7.1995 tarih ve 4116 sayılı Kanun için bak. [RG. 12.7.1995/22341].

⁸⁰ 93/5903 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı.

⁸¹ RG: 13.12.1951/7931. FSEK'nunda biri 1995 yılında 4110 sayılı Kanunla diğeri ise Mart 2001 tarihinde 4360 sayılı Kanunla olmak üzer büyük çaplı iki değişiklik yapılmıştır. Hem 4110 sayılı hem de 4630 sayılı yasayla yapılan değişiklikler amacı, fikir ve sanat eserleri hukuku alanındaki uluslararası standart ve normları büyük ölçüde Türk hukuk sistemine kazandırmaktır.

⁸² RG: 27.7.1995/22326.

Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede,⁸³ tasarımlar, 1995 tarih ve 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede⁸⁴ ve coğrafi işaretler ise, 1995 tarih ve 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede⁸⁵ düzenlenmiştir. Burada adını andığımız kanun ve KHK'ler, TRIPs Anlaşmasındaki hükümler dikkate alındığından sahte ve korsan mal ticâreti ile mücadelede istenilen standartları karşılamış gözükmektedir. Zira, hem fikir ve sanat eserlerinin, hem de patent, marka ve tasarımların korunması bakımından TRIPs'te yer verilen hukûkî, cezai ve idari tedbir ve telafi yolları büyük ölçüde mevzuata adapte edilmiştir.

Gümrük tedbirleri bakımından mevzuatta yapılması gereken değişikliklerin gerçekleştirildiği söylenebilir. 27.10.1999 tarihinde kabul edilen 4458 sayılı Gümrük Kanununun⁸⁶ taklit ve korsan mallarla ilgili olarak sınırda alınabilecek tedbirlere ilişkin olarak TRIPs'in öngördüğü özel düzenlemeler yer verilmiş bulunmaktadır. Kanununun 57'nci maddesi bu konuda ayrıntılı hükümler öngörmektedir.⁸⁷

Diğer taraftan, yasal mevzuatın benimsenmesinde, bazı eksiklikler bir taraf bırakılmak kaydıyla, sağlanan başarı, bu mevzuatın uygulanmasında sağlanamamıştır. Bunun temelinde yatan nedenin, fikri mülkiyetin korunması konusundaki bilinçlenmenin yeterli düzeye ulaşmamış olması olduğunu söylemek gerekir. Ne devlet çıkardığı mevzuatı uygulama yönünde gerekli dikkat ve özeni göstermekte, ne eser sahipleri haklarını arama konusunda bir hassasiyete sahiptir. Zaten vatandaşlar da, sahte ve korsan mal ticareti yapanlara, kalitesi düşük olsa da fiyatları ucuz olmasından dolayı bu malları almak suretiyle, adeta destek vermektedirler.

SONUÇ

Tarih boyunca görülür ki, insanlar hayatlarını kazanmak için hep kolay bir yol aramışlardır. Sahte ve korsan mal ticareti de fazlaca bir para, emek ve zaman harcamadan büyük miktarlarda kazanç elde etmenin yani kolay para kazanmanın yöntemlerinden biri olduğu için hukuk ve ahlâk kurallarına bağlılık konusunda zaafiyetleri bulunan kişilere çok cazip bir geçim yolu olarak görülmektedir. Sahte ve korsan mal ticaretini kolaylaştırmak suretiyle cazip hale getiren

⁸³ RG: 27.7.1995/22326.

⁸⁴ RG: 27.7.1995/22326.

⁸⁵ RG: 5.11.1995/22454.

⁸⁶ RG: 4.11.1999/23866.

⁸⁷ 4458 sayılı Gümrük Kanununun 57'inci maddesi şu şekildedir. "Fikri ve sınai mülkiyet haklarının korunması mevzuatına göre, marka, coğrafi işaret, endüstriyel tasarım hakları ile Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamına giren haklarla ilgili olarak, hak sahibinin yetkilerine tecavüz eder mahiyetteki eşyanın gümrük işlemleri; hak sahibinin veya temsilcisinin talebi üzerine veya söz konusu eşyanın sahte markalı ya da telif hakkına tabi taklit mal tarifine uyduğuna ilişkin açık deliller olması halinde, re'sen gümrük idareleri tarafından durdurulabilecektir. Durdurma kararı ithalatçıya veya hak sahibine veya temsilcisine bildirilir.

Gümrük idareleri, olayın özelliğine göre ithalatçının veya kamunun hakkını güvenceye almak ve suistimalleri önlemek amacıyla, başvuru sahibinden eşyanın kıymeti oranında bir teminat isteyebilirler. Başvurunun kabul edildiği tarihte şikayet konusu eşya serbest dolaşıma girmiş ise başvurunun gümrük idaresince kabul edilmesi; söz konusu eşyanın gereğince muayene edilmeden ithaline izin verildiği gerekçesiyle hak sahibine tazminat hakkı doğurmaz. Sahte markalı veya taklit mallarla mücadele kapsamında, gümrük işlemleri gümrük idaresince re'sen durdurulan eşyadan dolayı, ilgili kişilerin yapılan işlemler sonucunda fayda veya zarara uğraması halinde, gümrük idaresi yetkilileri bu kişilere karşı sorumlu tutulmaz.

Gümrük idaresince alınan durdurma kararının hak sahibine tebliğinden itibaren on gün içinde esas hakkında yetkili mahkemede dava açılmaz veya mahkemeden tedbir niteliğinde karar alınmazsa, eşya hakkında beyan sahibinin talepte bulunduğu gümrük rejimi hükümlerine göre işlem yapılır.

Gümrük işlemleri durdurulan eşya, yetkili mahkemece alınan karar doğrultusunda, tasfiye rejimi hükümlerine göre imha veya asli nitelikleri değiştirilerek satış suretiyle tasfiye edilebilir.

Yolcu beraberinde getirilen zati ve hediyeelik eşya ile posta kolileri ile gönderilen ticari mahiyette olmayan eşya için bu madde hükümleri uygulanmaz.

faktörlerden birisi de, teknik alandaki gelişmeler ve sahte ve korsan mal üretimini kolaylaştıran araç ve gereçlerdir. Örneğin matbaa ve fotokopi makinası gibi vasıtalar icat edilmeden önce, korsan kitap basım ve ticaretinin hemen hemen hiç görülmemeyen bir uygulama olduğunu söylemek mümkündür. Günümüz bakımından ifade edilecek olursa, artık küçük bir çocuk dahi, oldukça yüksek bir yetenek gerektiren ve “kalpazanlık” olarak adlandırılan sahte para üretim eylemini gerçekleştirebilmektedir. Zira, bugün bilgisayarı, *printer* denilen yazıcıları ve *scanner* adı verilen elektronik tarayıcıları kullanabilen herkes “banknot” adı verilen kağıt paraların sahtesini üretmekte sıkıntı çekmez.⁸⁸ Bugün yeni teknoloji kullanılarak eski dönemlere nazaran, orijinal malın kalitesine yakın kalitede taklit ve korsan mallar üretilebilmektedir. Ses ve görüntü kasetleri, film ve müzik CD’leri bunun en somut örneklerini oluşturmaktadır. Son dönemde taklit ve korsan mal ticaretinin artmasını sağlayan bir başka neden de, her türlü mal ve hizmetin, ülke içinde ve ülkeler arasındaki dolaşımının daha kolay hale gelmesidir. Ulaşım vasıtalarının hacim olarak daha da büyümesi ve süratlerin de artması burada önemli bir rol oynamaktadır.

Diğer taraftan, küreselleşen dünyada artık ülkeler arasındaki fiziki sınırlar muhafaza edilmeye çalışılsa da enformasyon teknolojisinin getirdiği imkânlar adeta yeni ve “sınırsız” bir dünya inşa etmektedir. “Internet” denilen yeni teknik, haberleşme ve bilgi alış-verişi yanında, mal ve hizmet ticaretine yeni bir pazar kapısı ve mal dağıtım imkânı olmuştur. Özellikle fikir ve sanat eserlerinin hemen her türü, dijital ortamlara kayıt ve tespit edilebilmekte, istenildiği kadar çoğaltılabilmekte, istenildiği kadar uzak mesâfeye bir kaç saniye içerisinde iletilebilmektedir. Diğer taraftan korsan ve taklit malları, fiyatlarının ucuz olmasından ve sağlanan diğer bazı avantajlarından dolayı almaya teşne büyük bir tüketici ve müşteri kitlesi de mevcuttur. Bilinçli bir tüketici, malın fiyatı kadar, kalitesini de düşünmesi gerekirken, insanların çoğunda böyle bir hassasiyet bulunmaz. Bu da, sahte ve korsan mal üretimini teşvik eden önemli unsurların başında gelir.

Son 30 yıl içerisinde dünyada hiçbir ülke ve hiçbir ekonomik sektör yoktur ki, sahte ve korsan mal ticareti eylemlerinden olumsuz yönde etkilenmemiş olsun. Esasen, gelişen dünya ekonomisi ile paralel bir seyir izleyen mal ticaretinde sahtecilik olayı, zararlı sonuçlarını sadece ülke ekonomileri üzerinde değil aynı zamanda tüketici ve müşterilerin maddi ve manevi menfaatleri üzerinde de göstermektedir. Zira, sahte malı kullanan veya tüketen şahıslar, kalitesiz bir maldan dolayı uğrayacakları parasal kayıplar bir yana, sağlık ve can güvenlikleri bakımından da büyük bir risk altında kalabilirler. Tüketicilerin sahte malların kullanılması veya tüketilmesinden dolayı uğradıkları zararların örnekleri çoktur. Meselâ, bundan birkaç yıl evvel düşen bir uçak üzerinde yapılan incelemede, bazı yedek parçaların taklit olduğu anlaşılmıştır. Interpol Dergisinde yer alan ve eczacılık ve ilaç ürünleri üzerine sahtecilikle ilgili bir çalışmada belirtildiğine göre, Nijerya’da son zamanlarda piyasaya sürülen sahte bir *paracetamol* şurubundan dolayı 109 çocuk hayatını kaybetmiştir.⁸⁹

Taklit ve korsan mal ticaretinin konusu lüks mallar olduğu ve bu faaliyetten dolayı zarar görenlerin de lüks malların üretici ve tüketicileri olduğu yönünde yaygın bir kanaat bulunmaktaysa da, bunun bütünüyle doğru olduğunu söylemek mümkün değildir. *Channel* marka parfümler, *Vuitton* marka çanta ve bavullar, *Gucci* marka deri eşyalar, ve *Cartier* marka kol saatleri sahte mal ticaretine konu olmuş lüks tüketim mallarının örneğini oluşturur.⁹⁰ Buna karşılık, tanınmış bir marka olsun veya olmasın, video ve teyp kasetleri, CD’ler, bilgisayar donanım ve yazılım ekipmanları, likörler, elektrik sigortaları, piller, elektronik video oyunları ve oyuncaklar, tarımsal amaçlı kimyasallar, kozmetik ve tuvalet eşyaları, kostümler ve mücevherat, spor ekipmanları, el aletleri, petrol ürünleri ile eczacılık ve tıbbi ürünler ve daha niceleri son yılların yoğun bir sahtecilik

⁸⁸ ICC-CCS, ags.

⁸⁹ Power, Geoff: “Pharmaceutical Counterfeiting” [1999] *INTERPOL-International Criminal Police Review*, no. 476-477.

⁹⁰ Piatti, sh. 239.

faaliyetine konu olan ürünler arasında yer almıştır.⁹¹ Dahası, sahteciler bunlarla yetinmeyerek motor ve hatta uçak ve helikopter yedek parçaları ve aksesuarlarının ticaretini dahi yapmaktan sakınmamışlardır.⁹²

Taklit ve korsan mal ticareti sadece üretici firma ve ticârî işletme ölçeğinde zararlı sonuçlar doğurmaz. Aynı zamanda, ülkelerin ekonomilerinin bütünü yani her sektörü açısından kazanç ve gelir kaybına yol açar. İhracatın azalmasına neden olur, yatırım için teşvikleri engeller, piyasada kontrol edilemeyen haksız uygulamalardan dolayı teknik gelişme ve yeniliğin yavaşlamasına neden olur.⁹³ Sahte mal ticaretinin niteliğinden kaynaklanan zorluklar nedeniyle, çeşitli iktisâdi sektörlerde bu tür etkinliklerden dolayı uğranılan zararın tam olarak hesaplanması mümkün olmamaktadır. Bu yüzden sahte mal ticaretinin yol açtığı ekonomik kayıpların hesaplanmasında ancak bazı tahmin metotlarından yararlanılarak yaklaşık rakamlar tespit edilebilmektedir. Bu tahminlerin bulgularını çeşitli yayınlarda görmek mümkündür. Örneğin IFPI'nin⁹⁴ tahminlerine göre daha 1993 yılında dünya çapında 70 milyon korsan CD satılmıştır.⁹⁵ 80'li yılların sonlarına doğru yapılan bir başka tahmine göre sahte mal ticareti nedeniyle ABD firmalarının uğramış olduğu ekonomik kayıplar 8 milyar Doları bulmuştur.⁹⁶ AT Parlamentosunun Dış Ekonomik İlişkiler Komitesince yapılan bir araştırmaya göre ise, Topluluk firmaları, sahte ve korsan mal ticaretinin doğrudan etkisiyle 100.000 rakamının daha üzerinde bir iş kaybına uğramıştır.⁹⁷ Yine, Avrupa Parlamentosu tahminlerine göre, bu tarz ticaretin dünya ölçeğinde ulaştığı hacim 50 milyar Dolardır.⁹⁸ Yakın geçmişte yapılan bir araştırma sonucuna göre, sahtecilik ve korsanlık faaliyetlerinin dünya ilaç endüstrisine açmış olduğu yıllık zarar miktarı 12 milyar Dolara ulaşmıştır.⁹⁹ Uluslararası Ticaret Odasının Ticârî Suçlar Bürosunun tespitlerine göre, Çin'de illegal üreticiler mekanize metotlarla bir yılda üç milyar sahte sigarayı piyasaya sürebilmektedirler.¹⁰⁰ Uluslararası Fonografi Endüstrisi Federasyonuna göre, günün herhangi bir anında yarım milyonu aşkın müzik eseri korsan olarak internet kullanıcılarının emrine âmade olarak bulundurulmaktadır.¹⁰¹ 1992 yılı hesaplarına göre, dünya ticaret hacmi toplamının %5'ini sahte ve korsan mal ticaretine ilişkin faaliyetler oluşturmaktadır.¹⁰² Dünya Gümrükler Örgütü'nün (WCO) 1998 yılında yaptığı tahminlere göre bu oran hâlâ değişmemiştir.¹⁰³ Bu da her yıl yaklaşık 250.000 işin sahte ve korsan mal ticareti yapanlarca yok edilmesi anlamını taşımaktadır.¹⁰⁴ Bütün bu rakamlar, dünya ekonomilerinin ne derece ciddi bir finansal kayıpla karşı karşıya olduğunu gösterdiği gibi, özellikle sağlık ve gıda ile ilgili ürünlerde yapılan sahtekarlıklar nedeniyle de tüketicilerin maruz kaldıkları tehlikelerin boyutlarına yeterince işaret etmektedir. Fikrî mülkiyete dahil ürünlerin gelişmiş ülkelerin ihracat kalemleri arasındaki önemi dikkate alındığında¹⁰⁵ özellikle ABD, Avrupa Topluluğu ve Japonya gibi gelişmiş ülkelerin fikrî ve sınıî

⁹¹ Daha başka misaller için bak. **Hoay, T.B.:** "Report from Singapore on Recent Counterfeiting Activities" [1990] 3 EIPR pp. 112-114; **Prebulda, D.E.:** "Counterfeiting International Trade" [1986] 12/2 Brooklyn Jour. Int'l L. 33; **Piatti,** 239.

⁹² **CIB:** Confidential Bulletin to Members, Published by Counterfeiting Intelligence Bureau (CIB), 1 May 1994.

⁹³ **Mummery, J.:** "Infringement and Counterfeiting Regarding Trade Marks and Industrial Design: Legislative Requirements and Judicial Interpretation" (paper presented at the WIPO Asian Regional Colloquium on the Judiciary and the Intellectual Property System), [1992] 36 IPAP 53.

⁹⁴ Uluslararası Fonografi Endüstrisi Federasyonu.

⁹⁵ **IFPI-**International Federation of the Phonographic Industry, *Unauthorised Sound Recording*, May 1994.

⁹⁶ **Piatti,** 238.

⁹⁷ **Piatti,** 238.

⁹⁸ **Tritter, D.L.:** "The EC Attempts to Stop the Importation of Counterfeit Goods" [1989] 2 Boston College International and Comparative Law Review, 423.

⁹⁹ **Power,** agm. 1

¹⁰⁰ **ICC-CCS,** agws.

¹⁰¹ **ICC-CCS,** agws.

¹⁰² *The Toronto Star*, 22 November 1992, at H2.

¹⁰³ **Power,** agm. 1.

¹⁰⁴ **Harvey, D.P.:** "Efforts Under GATT, WIPO and Other Multinational Organisations Against Trade Mark Counterfeiting" [1993] 12 EIPR at no. 446.

¹⁰⁵ Fikrî ürünlerin ülkelerin ekonomik hayatındaki önemi ile ilgili olarak bak. **Mansfield, Edwin:** "Unauthorised Use of Intellectual Property: Effects on Investment, Technology Transfer and Innovation" in (Ed. **Mitchel B. Wallerstein,**

hakların uluslararası alanda daha etkin korunması yönündeki hassasiyetleri daha iyi anlaşılacaktır.

TRIPs Anlaşması taklit ve korsan malların uluslararası ticareti ile ilgili düzenlemelerin genel çerçevesini çizmiş, bu çerçevenin içeriğinin doldurulmasını üye ülkelere bırakmıştır. O nedenle, ticaretin bu biçimi ile etkin bir şekilde mücadele edilebilmesi, esas itibarıyla üye ülkelerin bu Anlaşma hükümlerini ulusal alanda uygulama konusundaki samimiyet ve kararlılıklarına bağlıdır. Ulusal düzeyde etkin bir mücadele ise, yeterli caydırıcılığa sahip hukûki, cezâî ve idâri düzenlemelerin uygulamaya konulması ile mümkün olacaktır. Mahkemelerin, gümrük idarelerinin ve diğer yetkili makam ve mercilerin ihlâl olayları ile ilgili delillerin toplanması ve öngörülen müeyyideleri uygulayabilmesi için süratli bir şekilde hareket etmelerine imkân sağlayacak nitelikteki hukûki, cezâî ve idâri usûle ilişkin düzenlemeleri de etkin bir uygulamanın ön şartları arasında saymak gerekir.

Ancak, düzenlemeler ne kadar mükemmel olursa olsun bunları uygulamaya geçirme konusundaki kararlılık daha önemlidir. Ülkemiz bu bakımdan değerlendirildiğinde, olumlu olarak söylenebilecek fazla bir şeyin bulunmadığını itiraf etmek gerekir. Zira, yabancı uyrukluları bir taraf bırakarak bir an için ülke içindeki hak sahipleri yönünden soruna bakıldığında, fikri mülkiyet haklarının gereği gibi korunabildiği iddia edemeyiz. Kanaatimizce, sorun mevzuat eksikliği veya yetersizliğinde değil, mevcut mevzuatın uygulanmasındaki kayıtsızlıktan kaynaklanmaktadır. 1995 yılından bu yana hem snâî hem de fikrî mülkiyet alanında Batı standartlarında normlar benimsenmiş olmasına rağmen, bu normların tatbikatında aynı standartları yakalamak mümkün olmamıştır. Bunun temelinde, fikrî mülkiyete konu varlık ve değerler üzerindeki haklara devletin, toplumun ve hatta bizzat hak sahiplerinin gereken önemi vermemeleri yatar. Şöyle ki; devlet, fikrî mülkiyet hakkını maddî mallar üzerindeki haklar kadar korunmaya lâyık bir hak olarak görmediği için bu tür hak ihlallerini etkinliği daha az müeyyidelerle cezalandırmakta; toplum, bir kimsenin parasını çalmayı “hırsızlık” olarak nitelendirip kınarken bir kimsenin kitabının korsan basımını yaparak satanlara aynı gözle bakmamakta; hak sahipleri de, yasaların kendilerine verdiği bir takım koruma imkânlarından yararlanma konusunda ihmalkâr davranmaktadırlar.

O halde ülkemiz açısından sorunun çözümü, fikrî mülkiyete saygı anlayışını yaygınlaştırmak ve kişi ve kurumlara fikrî ürünler üzerindeki mülkiyet hakkının, maddî mallar üzerindeki mülkiyet hakkı kadar “kutsal” olduğu bilincini kazandırmaktan geçiyor. Sonuç olarak, ülkemizin Avrupa Topluluğuna aday üyeliğe kabul edildiği bu dönemde ve ABD gibi ekonomisinin büyük bir ağırlığını fikri mülkiyet değerlerinin oluşturduğu ülkelerle ekonomik ve ticârî bakımdan iyi ilişkilerin sürdürülebilmesi; her şeyden önemlisi kendi fikir ve düşünce adamımızın, mûcitemizin, sanayicimizin, tasarımcımızın, kısaca kendi fikir işçimizin menfaatlerinin korunması; fikir, sanat, kültür ve teknoloji alanında daha ileri adımlar atılabilmesi, fikrî mülkiyet haklarına sağlanacak etkin korumaya bağlı bulunmaktadır. Bu nedenle, uluslararası taahhütlerimizi de dikkate alarak, öncelikle bu alandaki mevzuat eksikliklerinin giderilmesi, sonra da etkili bir tatbikat ve koruma rejiminin kurulabilmesi için öncelikle devlet olarak gerekenler yapılmalıdır. Eser, buluş, marka ve tasarım sahipleri de haklarını arama konusunda daha istekli davranmalı, ilgili kurumları görevlerini yapmaya zorlamalıdır. Tüketici veya müşteri konumunda bulunan halkımız da, atalarımızdan armağan kalan “ucuz etin yahnisinin pahalıya mal olacağı” vecizesindeki hikmeti anlayarak, sahte ve korsan ürünlere itibar etmemeli ve bu tür malları satın almaktan sakınmalıdırlar.

KAYNAKLAR

Adams, J.: “Arton Piller Orders: An Introduction”, [1985] 10 *EIPR* 292.

Arsic, J.: "Combating Trade in Counterfeit Goods: The GATT and the EC Approaches", [1995] 18/3 *World Competition* 75.

Beier F.K. and G. Shricke: (Eds.), *GATT or WIPO? New Ways in the International Protection of Intellectual Property*, V.H.C. Publication, Weinheim, 1989.

Bockhinski, J.B. and A.S. Mesler: (Eds.) "The Evaluation of Book Piracy and Copyright Law in East Asia: An Examination of recent Developments and Remedies Involving China and Taiwan" [1994] 2/2 *Intellectual Property Law*, 73-86.

Bradley, C.: "The Role of GATT in Intellectual Property" [1991] 25/3 *UNESCO Copyright Bulletin* 11.

Carlsisle, D.: "Counterfeiting" [1987] 8 *EIPR* 219.

Cornish, W.R.: (Eds.) *Piracy and Counterfeiting of Industrial Property and Copyright Papers Given at the inaugural Conference of the Common Law Institute of Intellectual Property Ltd. in London on 28th and 29th January 1983*. The Common Law Institute of Intellectual Property Ltd and The British Institute of International and Comparative Law, London 1983.

Cottier, T.: "The Prospect for Intellectual Property in GATT" [1991] 28 *CMLRev* 383.

Council of Europe: *The Fight Against Sound and Audiovisual Piracy*, Council of Europe Publishing, 1995.

Dahua, B.: "Protection Against Counterfeiting of Marks and Goods: A Chinese Experience" [1993] 37 *IPAP* 11.

Davies, G.: *Private Copying of Sound and Audio-visual Recordings*, Oxford, ESC publishing Ltd., 1984.

Davies, R.: *Piracy of Phonograms, (A Study Requested by the Commission of the European Communities)*, Oxford, ESC Publishing Ltd., 1986.

Dyekjaer-Hansen, K.: "Parallel Imports and the Battle against Piracy" [1992] 2 *EIPR* 35.

EC Commission: *Commission Proposal for Stronger Action Against Counterfeiting*, 14 July 1994, P.31.

Floum, J. R.: "Counterfeiting in the People's Republic of China - The Perspective of the 'Foreign' Intellectual Property Holder" [1994] 28/5 *Journal of World Trade* 35-60.

GATT Secretariat: *Check List of Issues, Negotiating Group on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, including Trade in Counterfeiting Goods*, 26 January 1990, No. 163.

Harvey, D.P.: "Efforts under the GATT, WIPO and other Multinational Organisations Against Trade Mark Counterfeiting" [1993] 12 *EIPR* 446.

Hoay, T.: "Report from Singapore on Recent Counterfeiting Activities" [1990] 3 *EIPR* 112.

ICC-CCS: *Counterfeiting in the New Millennium*, Commercial Crime Services (CCS), A Division of the International Chamber of Commerce 13.04.2001 <<http://iccwbo.org/ccs/news>>.

Kakuniki, J.: “Protection of Trade Marks and Anti Counterfeiting Law in Japan” [1990] 1 *EIPR* 6.

Kandan, D.V.L.: “Protection Against Counterfeiting” [1994] 41 *IPAP* 26.

Kania, E.D.: “International Trademark and Copyright Protection” [1986] 7 *Loy. L. A. Int'l & Comp. L. J.* 721.

Mummery, J.J.: “Infringement and Counterfeiting Regarding Trademarks and Industrial Design: Legislative Requirements and Judicial Interpretation” [1992] 36 *IPAP* 53.

Ongun, Tuba: *Günümüzde Fikrî-Sınai Mülkiyet Hakları*, Rekabet Kurumu, Perşembe Konferansları, Ankara 18 Mayıs 2000.

Peydro-Aznar, J.: “The TRIPs Agreement - A Basis for Discussion” [1995] 46 *IPAP* 61.

Piatti, M.C.: “Measures to Combat International Piracy” [1989] 7 *EIPR* 239.

Power, Geoff: “Pharmaceutical Counterfeiting” [1999] *INTERPOL-International Criminal Police Review*, no. 476-477.

Prebulda, D.E.: “Countering International Trade in Counterfeit Goods” [1986] 12/2 *Brooklyn Journal of International Law* 339.

Reinbothe, J. and A. Howard: “The State of Play in the Negotiations on TRIPS (GATT/Uruguay Round)” [1991] 5 *EIPR* 157.

Reinbothe, J. and S. Volewinski: *The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy*, Sweet & Maxwell, London, 1993.

Rowell, R.: *Counterfeiting and Forgery, A Practical Guide to the Law*, London, Butterworths 1986.

Sanborn, P.: “Introduction to the Products Counterfeiting Survey” [1986] 8 *Loy. L. A. Int'l & Comp. L. J.* 594.

Tritter, D. L.: “The EEC Attempts to stop the Importation of Counterfeit Goods” [1989] 2 *Boston College International & Comparative Law Review* 423.

US ITC: *The Effects of Foreign Products Counterfeiting on US. Industry*, [1984] 9/2.

Worthy, J.: “Intellectual Property Protection after GATT” [1994] *EIPR* 195.