



Public and Private International Law Bulletin

Başvuru: 06.04.2021
Revizyon Talebi: 24.05.2021
Son Revizyon: 25.05.2021
Kabul: 25.06.2021
Online Yayın: 13.07.2021

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

COVID-19 ve Aşının Adil Dağıtımı: Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmaları Bağlamında Ortaya Çıkan Sorunlar

COVID-19 and Equitable Distribution of Vaccine: Emerging Debates within the Framework of the World Trade Organization Agreements

Meltem Sarıbeyoğlu Skalar^{*}

Öz

Aşı milliyetçiliği, COVID-19 pandemisi ile küresel olarak mücadelenin önünde bir engel olarak görülmektedir. Üretimi, dünya nüfusunun ihtiyacını karşılamaya yeterli miktarda olmayan COVID-19 aşılı, ağırlıklı olarak gelişmiş ve zengin devletler tarafından kendi nüfusları için satın alınmaktadır. Aşı üretiminin hızlanması ve yaygın hale gelmesinin önünde bir engel olarak fikri mülkiyet hakları korumasının bulunduğu gözlemlenebilir. Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) nezdinde, Hindistan ve Güney Afrika bu nedenle bir aykırılık izni talebi başvurusunda bulunmuşlardır. Bu talep, pandemi son bulana dek, fikri mülkiyet hakları korumasına ilişkin anlaşma hükümlerine aykırılığa izin verilmesini amaçlamaktadır. Ancak, amaçlandığı gibi bir karar alınmasını sağlamak henüz mümkün olmamıştır. Bu taleple ilgili olarak çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Aykırılık izni kararının mutlaka gerekli olmadığı ve GATT ve TRIPS Anlaşmaları hükümlerinin aynı amaca hizmet etmek için yeterli olduğu ifade edilmektedir. Bu makalede söz konusu aykırılık izni talebinin neden önemli olduğu açıklanmaktadır. Aykırılık izni yerine alternatif olarak ileri sürülen ulusal güvenlik istisnalarına başvurma veya zorunlu lisanslama yönteminin COVID-19 aşılı açısından uygulanabilirliği değerlendirilmektedir. DTÖ Anlaşmaları altında hâlihazırda var olan bu usullere başvurma bazı bedelleri olacağı ve bu nedenle bir aykırılık izni kararının gerekli olduğu sonucuna varılmıştır. Son olarak aşılın uluslararası ticaretinde miktar kısıtlamaları sorunu ele alınmakta ve aşı milliyetçiliği eleştirilerine de yol açan bu uygulamanın DTÖ kurallarına uygunluğu sorunu incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler

Aşı milliyetçiliği, TRIPS, Zorunlu lisans, Aykırılık izni kararı, ilaç patenti

Abstract

Vaccine nationalism is an obstacle to combating the global COVID-19 pandemic. Since the production of COVID-19 vaccines is still insufficient to meet the needs of the world population, developed countries primarily purchase them for their populations. The protection of intellectual property rights is another obstacle to the acceleration and widespread use of vaccine production. In order to overcome this obstacle, India and South Africa filed a waiver request before the World Trade Organization (WTO). This request aims to obtain official permission for the otherwise breach of the WTO Agreements provisions protecting intellectual property rights until the pandemic is over. The waiver request has become a topic of differing analysis. Some say the waiver request is unnecessary as the existing provisions of the GATT and TRIPS Agreements sufficiently serve the same purpose. In this article, the waiver request is considered critical and necessary. The provisions of the WTO Agreements that allow recourse to the national security exceptions or compulsory licensing were analyzed to evaluate whether or not they would be an alternative to a waiver decision. They concluded that resorting to these already existing procedures in the WTO Agreements would likely bring about further trade disputes and, therefore, a waiver decision is preferable. Finally, this article addresses the issue of quantity restrictions in the international trade of vaccines.

Keywords

Vaccine nationalism, TRIPS, Compulsory license, Waiver, Pharmaceutical patents

* **Sorumlu Yazar:** Meltem Sarıbeyoğlu Skalar (Doç. Dr.), Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye, meltem.saribeyoglu@marmara.edu.tr ORCID: 0000-0002-6534-503X

Atf: Sarıbeyoğlu-Skalar M, "COVID-19 ve Aşının Adil Dağıtımı: Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmaları Bağlamında Ortaya Çıkan Sorunlar" (2021) 41(2) PPIL 395. <https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.2.910781>



Extended Summary

Since the end of 2019, the global COVID-19 pandemic created a significant burden on health systems and has negatively affected the global economy and international trade. Some say international trade will be a critical driving force in eliminating the effects of the multi-faceted crisis caused by the COVID-19 pandemic, especially in creating a more fair and sustainable global economy. On the other hand, there is an ongoing major health crisis. In developing and least developed countries, the impact of this health crisis lands more severely. In these countries, the capacity of health services is often insufficient to overcome the additional burden of the pandemic. In particular, the production of vaccines, medical supplies, and drugs necessary to prevent and treat the COVID-19 virus is often not carried out due to lack of capacity.

There are a few developing countries that have production capacity for vaccines and drugs. Nevertheless, they are unable to use this capacity to avoid breaches of intellectual property rights. The lack of a fully proven drug for the treatment of COVID-19 has caused all hopes to center around vaccines. Since vaccination is considered the only effective way to combat COVID-19, there has been significant demand for vaccines that are as yet unproduced in sufficient quantities for the world population. An important reason why the production of vaccines is so slow and inadequate is that widespread production is not possible due to the protection of intellectual property rights. For this reason, India and South Africa applied to the World Trade Organization (WTO) to waive protections of intellectual property rights in WTO Agreements regarding COVID-19 prevention and treatment. Thus, they aim to prevent future complaints against them if they disregard the intellectual property rights of the pharmaceutical companies otherwise protected under the WTO scheme.

To overcome the obstacles arising under the WTO Agreements, compulsory licensing, introducing national security exceptions, and discussing waiver decisions, are recommended. On the other hand, the European Union has made regulations restricting the export of vaccines financed under the Advance Purchase Agreements scheme and produced in member states' territories. Such regulations impose quantity restrictions on trade and breach, in principle, WTO Agreements.

Therefore, international trade, which is part of the remedy for worldwide health and economic crises, is intertwined with the problems related to its rules. In the context of the WTO Agreements, states that do not give up defending their companies' intellectual property rights even in such circumstances of a global pandemic prevent the fair distribution of the vaccine. States that reserve vaccines primarily for their population, without assessing who needs it most in other parts of the world, engage in vaccine nationalism. In other words, developed countries have made it a priority to protect the intellectual property rights of pharmaceutical companies rather than finding methods to

increase the production of vaccines as soon as possible. Indeed, the Secretary-General of the United Nations, António Guterres, has called upon members to prevent vaccine nationalism and recognize COVID-19 vaccines as the global public good.

This article first discusses the phenomenon of vaccine nationalism and recommends principles for the equitable distribution of the vaccine. Second, it analyzes the problems and solutions arising under the WTO Agreements and, in particular, under the TRIPS Agreement concerning vaccine production and distribution.

Vaccines, the only currently effective method of combating COVID-19, are of unprecedented significance and cannot be left to be regulated by the ordinary rules of international trade. When left to the usual functioning of the international trade, states that offer the highest prices can purchase all limited production of vaccines for their populations, and others cannot access even a single dose of vaccine. The COVID-19 pandemic puts enormous pressure on the health systems of many countries. Beyond threatening human life, it jeopardizes the livelihoods of populations through the economic crisis, a by-product of the pandemic. Therefore, the protection of intellectual property rights should not be an obstacle to the widespread and rapid production and distribution of COVID-19 vaccines.

The international free trade system envisioned by the WTO Agreements can offer solutions to overcome the health crisis caused by the COVID-19 pandemic and the harmful effects of the economic crisis. Accordingly, it is understandable that developing states with the technological capacity to produce vaccines would prefer to seek a waiver decision before the WTO, rather than following methods that would later become a matter of dispute, such as national security exceptions or compulsory licensing.

The experience of the COVID-19 pandemic leaves no choice but to work for international cooperation and solidarity more than ever. Preventing a waiver decision under the WTO Agreements cannot be qualified as the right strategy in combating a global pandemic. Practices in the form of not sending vaccines produced in their own country to third countries through measures such as purchasing the vaccines with higher prices or restricting their exports lead to criticism of vaccine nationalism. Therefore, a waiver decision under the WTO Agreements scheme can be a beneficial solution to accelerate the widespread production of the vaccine, as expert organizations report the urgency of tackling the global COVID-19 pandemic.

COVID-19 ve Aşının Adil Dağıtımı: Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmaları Bağlamında Ortaya Çıkan Sorunlar

I. Giriş

2019 yılının son aylarından başlayarak tüm dünyaya yayılan COVID-19 salgını gelişmiş ülkeler de dahil olmak üzere sağlık sistemleri üzerinde büyük bir yük oluşturmanın yanı sıra olumsuz etkilerini küresel olarak ekonomi ve uluslararası ticaret alanında da göstermiştir. COVID-19 pandemisinin yol açtığı çok yönlü krizin etkilerini gidermekte uluslararası ticaretin mutlaka önemli bir itici güç olacağı söylenmekte ve özellikle daha adil ve sürdürülebilir bir küresel ekonomi oluşturulmasında uluslararası ticaretin önemi vurgulanmaktadır.¹ Diğer yandan devam eden büyük bir sağlık krizi de bulunmaktadır. Bu sağlık krizinin etkilerini özellikle gelişmekte olan ülkeler ve en az gelişmiş ülkeler çok daha fazla hissetmektedirler. Bu ülkelerde, sağlık hizmetlerinin kapasitesi çoğu zaman yetersiz kalmaktadır. Özellikle, COVID-19 salgınının önlenmesinde ve hastalanan kişilerin tedavisi için gerekli olan aşı, tıbbi malzeme ve ilaçların üretimi, çoğu zaman kapasite yetersizliğinden dolayı gerçekleştirilememektedir.

Aşı ve ilaçlar için üretim kapasitesine sahip gelişmekte olan ülkeler ise üretimi bir an önce artıracak yöntemler bulmaktansa, fikri mülkiyet haklarını ilaç şirketleri yararına korumayı öncelik haline getirmiş görünmektedirler. COVID-19 tedavisi için henüz etkinliği tam olarak kanıtlanmış bir ilacın bulunmaması, bütün umutların aşılarda etrafında yoğunlaşmasına neden olmuştur. Aşılama, COVID-19 ile mücadelede tek etkili yol olarak kabul edildiği² için henüz dünya nüfusuna yeterli miktarda üretimi bulunmayan aşılara büyük bir talep oluşmuştur. Aşıların üretiminin bu denli yavaş ve yetersiz olmasının önemli bir sebebi de yine fikri mülkiyet hakları korumasından dolayı yaygın üretimlerinin mümkün olamamasıdır. Bu nedenle, Hindistan ve Güney Afrika, Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) nezdinde bir başvuru yaparak, fikri mülkiyet korumasını sağlayan hükümlere ilişkin olarak, geçici süreyle, aykırılık izni talep etmişlerdir. Böylece, aşıların patent sahibi şirketlerin, aksi durumda korunan, haklarını ihlal ettiklerinde, bu şirketlerin bulunduğu devletlerin DTÖ nezdinde kendilerini şikâyet etmelerini engellemeyi amaçlamaktadırlar.

DTÖ Anlaşmaları altında ortaya çıkan engelleri aşmak için böyle bir aykırılık izninin tartışılıyor olmasının yanı sıra zorunlu lisanslama ve ulusal güvenlik istisnalarının ileri sürülmesi gibi yöntemler de önerilmektedir. Diğer yandan Avrupa Birliği, üye ülkelerde üretilen ve ön alım anlaşması yapılmış aşıların üçüncü ülkelere ihracını kısıtlayan

1 Mukhisa Kituyi, 'A new take on trade' (UNCTAD 29 October 2020) <<https://unctad.org/es/node/29736>> Erişim Tarihi 5 April 2021

2 'WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19' (WHO 12 October 2020) <<https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---12-october-2020>> Erişim Tarihi 5 April 2021

düzenlemeler yapmıştır. Ticarete miktar kısıtlaması getiren bu tür düzenlemeler de kural olarak DTÖ Anlaşmalarına aykırıdır.

Böylece, dünya ölçeğinde bir sağlık krizi ile bunun yol açtığı ekonomik sorunlara çözüm olarak gösterilen uluslararası ticaretin kuralları ve bu kurullarla ilişkili sorunlar iç içe geçmiştir. DTÖ Anlaşmaları bağlamında bu denli önemli bir küresel salgın durumunda bile fikri mülkiyet haklarından vazgeçmeyen devletler, aşının adil paylaşılmasını engellemekte; tüm dünya nüfusu açısından öncelik grupları değerlendirmesi yapmaksızın, aşları öncelikle kendi nüfusu için isteyen devletler aşı milliyetçiliği yapmaktadırlar. Başka bir ifade ile aşı ve ilaçlar için üretim kapasitesine sahip gelişmiş ülkeler, üretimi bir an önce artıracak yöntemler bulmaktansa, fikri mülkiyet haklarını ilaç şirketleri yararına korumayı öncelik haline getirmiş görünmektedirler. Nitekim, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri *António Guterres*, aşı milliyetçiliği ve hatta zengin ülkelerde aşı istifçiliği olgusuna dikkat çekmesinin yanı sıra COVID-19 aşılarının küresel kamu malı olarak görülmesi çağrısında bulunmuştur.³

Makalede ilk olarak kısaca aşı milliyetçiliği olgusu ile Dünya Sağlık Örgütü ve konuyla ilgili çalışan uzman kuruluşlara göre aşının dağıtımında gözetilmesi gereken ilkeler ele alınmıştır. İkinci olarak DTÖ Anlaşmaları kapsamında aşının üretimi ve paylaşılmasına ilişkin olarak özellikle TRIPS Anlaşması altında ortaya çıkan sorunlar ve çözüm önerileri incelenmiştir.

II. Aşı Milliyetçiliği Tehlikesi ve Aşının Adil Dağıtımı

Küresel Covid-19 salgınına karşı geliştirilen aşılardan sadece gelişmiş ve mali kaynakları yeterli devletlerin elinde toplanması ve kendi nüfuslarının ihtiyacını karşılayacak miktarda ve hatta çok daha fazlasını güvenceye almadıkça aşılardan diğer nüfuslara dağıtımını geciktirmeleri olgusu aşı milliyetçiliği şeklinde ifade edilmektedir. Bu tür bir aşı milliyetçiliği davranışı 2009 yılında Domuz Gribi adıyla anılan ve dünya çapında yayılan H1N1 virüsünün neden olduğu *influenza* salgınında geliştirilen aşıyla ilgili olarak tecrübe edilmiştir.⁴ Yedi aylık süre içinde geliştirilen aşı yüksek gelir düzeyine sahip devletler tarafından kendi sınırları içindeki ilaç şirketlerinden temin edilmiş ve Covid-19 pandemisinde de olduğu gibi, önceden büyük miktarlarda sipariş vererek yoksul ülkelere aşı bırakmamışlardır. Yine Amerika Birleşik Devletleri (ABD) başta olmak üzere bu devletler, gelir düzeyleri düşük ve orta düzeydeki devletlerin nüfuslarına aşı bağışında bulunmayı taahhüt etmişlerse de önce kendi nüfuslarının ihtiyacını gidermeden harekete geçmemişlerdir. Başka bir deyişle, H1N1 aşısının dağıtımını, bulaşma riskine değil, yüksek gelir düzeyine sahip devletlerin alım gücüne bağlanmıştır.⁵

3 António Guterres, 'Only together can we end this pandemic and recover' (UN 11 March 2021) <<https://www.un.org/pt/node/132849>> Erişim Tarihi 5 April 2021

4 Rebecca Weintraub, Asaf Bitton and Mark L. Rosenberg, 'The danger of vaccine nationalism' (Harvard Business Review 22 May 2020) <<https://hbr.org/2020/05/the-danger-of-vaccine-nationalism>> Erişim Tarihi 5 April 2021

5 ibid

Oysa aşının dağıtımını açısından öncelikler ve öncelikli gruplar sağlık ve tıp bilimleri alanlarındaki yetkin uzmanların kanıtlanmış verilere dayalı çalışmalarıyla belirlenmektedir. Pandemiyle etkili bir mücadele için, bu önceliklerin gerçekte, sadece tek bir ülkenin sınırları içinde değil, küresel ölçekte de dikkate alınması gerekmektedir. 14 Eylül 2020’de yayımlanan Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) Bağışıklamaya İlişkin Stratejik Tavsiye Uzmanlar Grubu (*the Strategic Advisory Group of Experts on Immunization - SAGE*) COVID-19 Aşılmasının Paylaştırılması ve Önceliklendirilmesi için Değerler Çerçevesi⁶ belgesi konuya ilişkin esasları tespit etmektedir. Belge, ülkeler arasında COVID-19 aşılarının paylaşımında küresel olarak rehberlik sunmanın yanı sıra ulusal ölçekte her bir ülkede aşılama için öncelikli grupların belirlenmesi için de tavsiyelerde bulunmaktadır. Zira, aşı arzı son derece kısıtlıdır.⁷ Değerler Çerçevesi’nde temel hedef şöyle ifade edilmiştir:

COVID-19 aşıları küresel kamu malı olmalıdır. En önemli hedef COVID-19 aşılarının tüm dünya insanları arasında insan sağlığının hakça bir şekilde korunması ve desteklenmesine önemli ölçüde katkıda bulunmasıdır.⁸

Bu tür metinlerde genelde rastlandığının tersine dünya halkları yerine dünya insanları ifadesinin kullanılmış olması tesadüf olmasa gerektir. Çerçeve, bu temel hedef doğrultusunda, altı ilke ve bu ilkeleri somutlaştıran on iki hedef belirlemektedir.⁹ Bu ilkeler ve hedefler belirli bir önem sıralaması gözetilmeksizin yazılmışlardır.¹⁰ Belge’de bu ilkeler; insan sağlığı (*human well-being*), eşit saygı (*equal respect*), küresel hakkaniyet (*global equity*), ulusal hakkaniyet (*national equity*), karşılıklılık (*reciprocity*) ve meşruiyet (*legitimacy*) olarak tespit edilmiştir. Bu altı ilkeden biri olan küresel hakkaniyet ilkesi altında, birinci hedef, aşı paylaşımının, özellikle düşük ve orta gelirli ülkeler başta olmak üzere, tüm ülkelerin özel epidemiyolojik risklerini ve ihtiyaçlarını hesaba katmasının sağlanması olarak belirlenmiştir. İkinci hedef, tüm ülkelerin, kendi başlarına nüfuslarına gereken aşığı sağlayamayacak durumda olan ülkelerin ihtiyaçlarını karşılamayı taahhüt etmesinin sağlanmasıdır. Kendi nüfuslarına gereken aşığı sağlayamayacak durumda olan ülkeler de elbette yine özellikle düşük ve orta gelirli ülkelerdir. Meşruiyet ilkesi altında ise ülkeler arasında aşının paylaşılması için karar alınırken hangi bilimsel, kamu sağlığı ve değerler kriterlerinin uygulanacağını şeffaf bir danışma süreci içerisinde belirlenmesine tüm ülkelerin katılımının sağlanması hedefi ortaya konmuştur. Ülkeler arasında aşının paylaşılması olgusunu doğrudan hedef almayan ilkeler ise özellikle öncelik verilmesi gereken kişi grupları ile ilişkilidir.

6 WHO, ‘WHO SAGE values framework for the allocation and prioritization of COVID-19 vaccination’ (WHO 13 September 2020) <<https://www.who.int/publications/i/item/who-sage-values-framework-for-the-allocation-and-prioritization-of-covid-19-vaccination>> Erişim Tarihi 5 April 2021

7 ibid 3.

8 ibid 4. İngilizce metin şu şekildedir: “COVID-19 vaccines must be a global public good. The overarching goal is for COVID-19 vaccines to contribute significantly to the equitable protection and promotion of human well-being among all people of the world.” Tercüme bu yazar tarafından yapılmıştır.

9 ibid 4.

10 ibid 5.

Bu doğrultuda öncelik verilmesi gereken kişi grupları esas alınarak her bir ülkenin ihtiyacının belirlenmesine çalışılacaktır.

Soft-law bir belge niteliğini taşıyan Değerler Çerçevesi devletlerin iç hukuklarında ve siyasetlerinde aşının dağıtımıyla ilgili alacakları kararlara bir gerekçe ve dayanak sunmayı hedeflediğini bildirmektedir.¹¹

Ortaya koyduğu ilkelerin yanı sıra, *SAGE* Değerler Çerçevesi, ayrıca, *COVAX* (*the COVID-19 Vaccines Global Access Facility*) için geliştirilen COVID-19 sağlık ürünlerine hakkaniyetli erişim ve bunların adil paylaşılmasına ilişkin ilkeleri de tamamlamaktadır. *COVAX*, COVID-19 Araçlarına Erişimi Hızlandırma (*Access to COVID-19 Tools - ACT - Accelerator*) küresel ortaklığının aşılara ilgili çalışan koludur. COVID-19 için geliştirilen aşı ve ilaçların hızlı bir şekilde takibi için kurulan ve başlıca küresel platform olan *ACT Accelerator* zaten var olan Kuzey-Güney çekişmesinin ışığında yorumlanmalıdır.¹² Nitekim bu anlaşmazlıklar da yeni değildir ve DSÖ uhdesinde yürütülen küresel sağlık yönetiminde güney ülkelerin de egemen devletler olarak seslerini duyurabilecekleri bir platform bulmaları, zengin ülkeler tarafından uzun zamandır arzu edilmeyen bir durum olmuştur.¹³ Tıbbi ürünlerin hızlı şekilde takibine ilişkin düzenlemelerin, gerek bu konuda öne çıkan fikri mülkiyet hakları açısından gerekse de bu haklarla ilişkili, ilaca genel erişimi zorlaştıran yüksek ilaç fiyatları açısından önemli sonuçları bulunmaktadır.¹⁴ Küresel bir eşgüdüm bulunmaksızın bir devletin diğerine karşı rekabet halinde fiyat teklifi verdiği bir ortamda, aşı ve ilgili materyallerin fiyatları daha da yükselecektir.¹⁵

Aşı milliyetçiliği davranışının ortaya çıkardığı bir diğer önemli sorun da salgının küresel niteliğiyle ilgilidir. Küresel bir ekonomide kişiler, mallar ve hizmetler tüm dünyada dolaşım halindedir. COVID-19 ile birlikte tüm bu uluslararası ticaret ve seyahat örgüsü büyük zarar görmüştür. Eğer virüsün dünyanın bazı bölgelerinde yaygın şekilde varlığını sürdüreceği düşünülürse arzu edilen normal ekonomik ve sosyal duruma geri dönmek mümkün olmayacaktır.¹⁶ Etkili aşılarla ulaşan devletler dahi bu durumda ekonomik açıdan zararlı çıkacaklardır, çünkü diğer ülkelerde pandemiye dayanamayan sağlık sistemlerinin çöktüğü ve potansiyel alıcıların hastalık veya ölüme mücadele ettiği bir ortamda, zengin devletlerin, uçak veya otomobil gibi, başlıca ihracat ürünlerine fazla rağbet olmayacaktır.¹⁷ Ayrıca virüsün dünyanın başka bir yerinde yeni

11 ibid 5.

12 David G Legge, 'COVID-19 response exposes deep flaws in global health governance' (2020) 20(3) *Global Social Policy* 383, 384 <<https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1468018120966659>> Erişim Tarihi 5 April 2021

13 ibid 383.

14 ibid 384.

15 Thomas J Bollyky and Chad P Bown, 'The Tragedy of Vaccine Nationalism: Only Cooperation Can End the Pandemic' (2020) 99 *Foreign Aff* 96, 97.

16 Helene Gayle, William Foege, Lisa Brown and Benjamin Kahn (eds), *Framework for Equitable Allocation of COVID-19 Vaccine* (The National Academies Press 2020) 206.

17 Bollyky and Bown (n 15) 100.

bir mutasyonla ortaya çıkıp aşılamaı etkisiz kılacağı da düşünülürse bu “kendi kendini yenilgiye uğratma stratejisi” küresel ekonomik toparlanmanın önünde de bir engeldir.¹⁸

Bu nedenle, aşılara hızlı şekilde erişim ve bunların dağıtımında küresel bir dayanışma sadece doğru bir yaklaşım olmakla kalmayıp pandemiyle mücadelede aynı zamanda en iyi stratejik yaklaşımdır.¹⁹ Zira aşılar sadece zengin ülkelerin erişimine açık ve yoksul ülkelerin nüfusları için ulaşılmaz kaldığı takdirde yalnızca pandemiden kaynaklı ölüm oranlarının artması değil, ayrıca küresel eşitsizliklerin artmasıyla – özellikle küresel istikrarsızlık, yerinden olan nüfusların hareketi, kitlesel göçler ve genellikle ilişkili pek çok başka ekonomik ve sosyal kriz de gerçekleşecektir.²⁰

Devletler aşı milliyetçiliği olarak tanımlanan uygulamalarını, gerek patent hakları korumasını, teknoloji transferi yoluyla aşının dünya çapında yaygın şekilde üretimi imkânının önüne koyarak, gerekse kendi ülkelerinde üretilen aşının diğer nüfuslara ihracını engellemek suretiyle gerçekleştirmektedirler. Bu nedenle aşı milliyetçiliğiyle ilgili olarak Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmaları kapsamında ortaya çıkan sorunlar konunun merkezine yerleşmiştir.

III. Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmaları ile İlişkili Sorunlar

1 Ocak 1995’te yürürlüğe giren ve Marakeş Anlaşması adıyla da anılan Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması ile kurulmuş olan Dünya Ticaret Örgütü, tüm dünyada ticaretin serbestleştirilmesini ve ticaret engellerinin kaldırılmasını amaçlamaktadır. DTÖ Kuruluş Anlaşmasının hedeflediği serbest ticaretin uygulandığı üç temel alan mal ticareti, hizmet ticareti ve fikri mülkiyet haklarıdır.²¹ COVID-19 pandemisi ile ilişkili olarak aşı, ilaç ve tıbbi malzemelerin uluslararası ticareti, bu ürünlerin patent koruması altında olmalarından ötürü Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPS) tarafından yönetilmektedir. COVID-19 için etkili olduğu kanıtlanmış aşılardan patent haklarına sahip olan ilaç şirketleri, bu aşılardan üretim haklarını münhasıran ellerinde tuttuklarından ve hatta kendi aralarında kartel oluşturduklarından dolayı aşı üretiminin ve arzının bu denli yavaş ilerlediği ileri sürülmektedir.²² Böylece ticareti serbestleştirmek ile bunu yaparken fikri mülkiyet haklarının korunmasını sağlamak arasında bir denge oluşturması gereken DTÖ sistemi, yoksul ve gelir düzeyi düşük devletler açısından aşıya erişimlerinde bir engel teşkil

18 UNICEF, ‘In the COVID-19 vaccine race, we either win together or lose together Joint statement by UNICEF Executive Director Henrietta Fore and WHO Director-General Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus’ (Unicef 10 February 2021) <<https://www.unicef.org/press-releases/covid-19-vaccine-race-we-either-win-together-or-lose-together>> Erişim Tarihi 5 April 2021

19 ibid

20 Gayle, Foegen, Brown and Kahn (n 16)

21 Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması; Hizmet Ticareti Genel Anlaşması; Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (15 April 1994) <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021

22 Brook Baker, ‘South Africa and India’s proposal to waive recognition and enforcement of intellectual property rights for covid-19 medical technologies deserves universal support, but countries also have to take domestic measures’ (Infojustice 11 October 2020) <<http://infojustice.org/archives/42686>> Erişim Tarihi 5 April 2021

eder durumdadır. Bu nedenle gerek DTÖ nezdinde çeşitli devletler tarafından, gerekse de DTÖ Anlaşmaları konusunda uzmanların çalışmalarında aşya erişimin önündeki TRIPS engelini aşmanın yolları tartışılmaktadır.²³

A. Fikri Mülkiyet Hakları ve İlaçların Özel Durumu

Aşılar ve ilaçlar, kamu sağlığı ve insan hayatı için mutlak surette ulaşılabilirliğinin sağlanması gereken ürünlerdir. İlaçlar, DTÖ Üyeleri arasında çoğunlukla patent haklarına ilişkin uyuşmazlıklar doğurmuşlardır. DTÖ Üyesi Devletler, DTÖ Kurulu Anlaşması'nın yürürlüğe girdiği 1995 yılı ve sonrasında, patent hakkını da içermesi dolayısıyla, ilaçlara özellikle önem vermiş ve bu konuyu TRIPS kapsamında ele almışlardır. TRIPS kapsamında yapılan görüşmeler ve sonraki uygulamalar, ilaçların, DTÖ sisteminde sıradan bir mal olarak nitelendirilmediğini göstermektedir.

TRIPS altında patent korumasından yararlanan ilaçlara erişilmesi, özellikle gelişmekte olan ülkelerle gelişmiş ülkeler arasında uzun mücadelelerin sonucunda bir uzlaşma ile ortaya konulmuştur. Siyasi realitenin bir sonucu olarak, fikri mülkiyet hakları içeren ürünlerin başlıca ihracatçısı olan ABD ve diğer Batılı devletler, tüm dünyada kendi mülkiyet haklarına saygı gösterilmesini istemişler ve bunu da DTÖ uyuşmazlık çözme mekanizmasına tabi kılmayı başarmışlardır.²⁴

Diğer yandan, 14 Kasım 2001 tarihinde kabul edilen TRIPS Anlaşması ve Kamu Sağlığı Hakkında Bildirge - Dördüncü Bakanlar Konferansı Sonuç Bildirgesi (Doha Bildirgesi)²⁵ ile gelişmekte olan ülkelere patent koruması altında olan ilaçları, bazı koşullar altında, zorunlu lisanslar vermek suretiyle düşük maliyetle temin etme imkânı sağlanmıştır. Ağustos 2003'te²⁶ DTÖ üyeleri, 2001 Bildirgesi esaslarını takip etmek suretiyle, kendisi ilaç üretme kapasitesine sahip olmayan ve zorunlu lisanslardan yararlanamayan yoksul ülkeler açısından, ilaçların patent korumasından yararlandığı ülkelere daha ucuza jenerik ilaç ithal edebilme imkânı tanımıştır. Böyle bir durumda, ithalatı ve ihracatı yapan her iki ülke de TRIPS Anlaşması altındaki yükümlülüklerinden muaf tutulmaktadırlar.²⁷ Her iki düzenleme de 2017'de TRIPS Anlaşması'nın hükümleri arasına girmiştir.

Doha Bildirgesi, TRIPS Anlaşmasının, DTÖ Üyelerinin kamu sağlığını korumak için önlem almasını engellemediğini ve engellemesi gerektiğini vurgulamakta ve

23 Cüneyt Yüksel and Deniz Baran, 'COVID-19 Salgını ve Bulaşıcı Hastalıkların Yarattığı Küresel Krizlerle Mücadelede Uluslararası Hukuk' (2020) 78 (2) İstanbul Hukuk Mecmuası 885, 918.

24 Thomas F. Cotter, 'Market Fundamentalism and the TRIPs Agreement' (2004) 22 (2) Cardozo Arts & Entertainment Law Journal 307, 310.

25 Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health (14 November 2001) WT/MIN(01)/DEC/2 <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021

26 Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health Decision (30 August 2003) WT/L/540 <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021

27 James Bacchus, 'An Unnecessary Proposal: A WTO Waiver of Intellectual Property Rights for COVID-19 Vaccines' (2020) 78 Free Trade Bulletin <https://www.cato.org/sites/cato.org/files/2020-12/FTB_78.pdf> Erişim Tarihi 5 April 2021

bu amaçla TRIPS'in esneklik öngören hükümlerinin Üyelerce tam olarak uygulanması hakkını teyit etmektedir. Doha Bildirgesi, ayrıca, TRIPS Anlaşmasının, DTÖ Üyelerinin kamu sağlığını koruma haklarını ve özellikle de herkesin ilaçlara erişimini teşvik etmeyi destekleyecek şekilde yorumlanması ve uygulanması gerekliliğini ortaya koymuştur.²⁸ Bildirge'nin 4'üncü paragrafı bu hususlardaki uzlaşmayı şöyle ortaya koymaktadır:

TRIPS Anlaşması'nın üyelerin kamu sağlığını korumak için önlem almasını engellemediği ve engellememesi gerektiği konusunda anlaşmaktayız. Bu doğrultuda, TRIPS Anlaşmasına bağlılığımızı yinelerken, teyit ederiz ki Anlaşma DTÖ üyelerinin kamu sağlığını koruma ve özellikle herkes için ilaçlara erişiminin kolaylaştırılması hakkını destekleyecek bir şekilde yorumlanıp uygulanabilir ve yorumlanmalı ve uygulanmalıdır.

Bu bağlamda, DTÖ üyelerinin bu amaç için esneklik sağlayan TRIPS Anlaşması hükümlerini azami ölçüde kullanma hakkını tekrar teyit etmekteyiz.²⁹

Çok yeterli bir düzenleme olarak nitelenemeyecek olsa da Doha Bildirgesi, bu alanda çalışan akademisyenler ve sağlık aktivistleri tarafından memnuniyetle karşılanmıştır.³⁰ Diğer yandan, bu Bildirge'nin gelişmekte olan ülkelerde patent haklarının korunmasına zarar vermek suretiyle, gelecekte ilaçlara yapılan araştırma ve geliştirme yatırımının azalmasına neden olacağını ve bundan da yine en çok gelişmekte olan ülkelerin zarar göreceğini ileri sürenler de olmuştur.³¹ Nihayet tüm bu kolaylaştırıcı imkânlar 6 Aralık 2005'te TRIPS Anlaşmasının Tadilini sağlayan Protokol³² ile kalıcı hale getirilmiştir. 23 Ocak 2017'de yürürlüğe giren bu Tadil Protokolü³³ ile TRIPS Anlaşması'nın 31**bis** Maddesinde "*pharmaceutical product(s)*" (eczacılık ürünü) tanımlanmıştır. Yine de aşağıda görüleceği gibi, ilaçlara ilişkin olarak patent korumasına getirilmiş esnekliklerden yararlanmak devletler için hiç kolay olmamaktadır.³⁴

1. Anlaşmaya Aykırılık İzni Talebi (*Waiver*) ve Fikri Mülkiyet Hakları

2 Ekim 2020 tarihinde Hindistan ve Güney Afrika Hükümetleri DTÖ nezdinde, TRIPS Konseyi'ne COVID-19'un önlenmesi, sınırlandırılması ve tedavisiyle ilişkili olarak TRIPS Anlaşması'nın bazı hükümlerine aykırılık izni verilmesi (*waiver*) konulu bir

28 Yusuf Çalışkan and Meltem Sarıbeyoğlu Skalar, 'Türkiye'nin ilaç üretimini yerelleştirme amacının hukuki çerçevesi' (2016) 12 (47) Fikri ve Sınai Haklar Dergisi 849, 853.

29 Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health (n 25) para 4.

30 Cotter (n 24) 308.

31 Alan O Sykes, 'TRIPS, pharmaceuticals, developing countries, and the Doha "solution"' (2002) 3 (1) Chicago Journal of International Law 47, 49.

32 General Council Amendment of the TRIPS Agreement Decision (6 December 2005) WT/L/641 <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021

33 Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması'nı Değiştiren Protokol, Karar Numarası: 5893, Kabul Tarihi: 27.1.2014, RG 15.3.2014/28942

34 Siobhan Elizabeth Stade Murillo, 'Fair or fraud: Has the Protocol amending TRIPS flourished or failed?' (2017) 27 Indiana Int'l & Comp. Law Review 191.

başvuruda bulunmuşlardır.³⁵ Başvuru layihasında gerek DSÖ gerek DTÖ'nün almış olduğu kararlara dayanmak suretiyle mevcut küresel acil durum çerçevesinde, patent, endüstriyel tasarım, telif gibi fikri mülkiyet hakları ile gizli bilgilerin korunmasından kaynaklı yükümlülüklerin, aşı da dâhil olmak üzere ilaçlara uygun fiyatlı ve hızlı şekilde erişime engel teşkil etmemesi hakkında DTÖ üyelerini işbirliğine davet etmişlerdir.³⁶ Başvuruda, özellikle de gelişmekte olan ülkelerin TRIPS Anlaşması'nın 31*bis* maddesinde tanınan esneklikleri kullanma yoluna gittikleri takdirde kurumsal ve yasal zorluklarla karşılaşacaklarını hatırlatmışlar³⁷ ve COVID-19 ile hızlı bir mücadele için teknoloji ve bilgi paylaşımının küresel bir dayanışma çerçevesinde gerçekleşmesi gerektiğini bildirmişlerdir.³⁸ Bu istisnai koşullar çerçevesinde TRIPS Konseyi'nin en kısa zamanda DTÖ Genel Konsey'ine TRIPS Anlaşmasının İkinci Kısımının 1, 4, 5 ve 7'nci Bölümlerinin uygulanması ve yürürlüğünün, COVID-19'un engellenmesi ve tedavisiyle ilişkili olarak dondurulmasını (bu hükümlere aykırılık izni verilmesini) tavsiye etmesini istemektedirler.³⁹ Bu aykırılık izninin ise, aşı dünyada yaygın olarak uygulanıp genel bir bağışıklık oluşana kadar sürdürülmesini talep etmişlerdir.⁴⁰

DTÖ Kurucu Anlaşmasının IX'uncu maddesinin 3 ve 4'üncü fıkraları DTÖ üyelerinin, COVID-19 pandemisi gibi istisnai koşullarda TRIPS anlaşmasının öngördüğü fikri mülkiyet haklarının tanınması veya yürürlüğünden imtina edebileceğini, bu konuda bir Genel Konsey kararına bağlı olmak kaydıyla, (aykırılığa izin verilmesi kararı) açıkça bildirmektedir. Nitekim 2015 yılında Genel Konsey kararıyla en az gelişmiş ülkeler lehine olarak TRIPS Anlaşmasının 70'inci maddesinin 8 ve 9'uncu fıkralarındaki yükümlülüklerle aykırılığa, ilaç ve ilaç ürünleri açısından izin verilmiştir. Söz konusu aykırılık izni kararının süresi 1 Ocak 2033'te son bulacaktır ve bu süre içinde her yıl gözden geçirilecektir.⁴¹

Ne var ki COVID-19 ile ilişkili, Hindistan ve Güney Afrika tarafından teklif edilen ve kabul edilseydi tüm DTÖ üyelerine teşmil edecek olan aykırılık izni talebi, Avrupa Birliği (AB), ABD, İngiltere, Japonya ve İsviçre gibi gelişmiş devletler tarafından bloke edilmiştir.⁴² Taleple ilgili konsensüs sağlanamadığından görüşmeler Haziran 2021'e ertelenmiştir. DTÖ karar alma mekanizmalarında her ne kadar konsensüs tercih edilmiş olsa da 3/4 bir çoğunluk oyu da aykırılık izni kararı alınması için yeterli olmaktadır.

35 Waiver From Certain Provisions of the TRIPS Agreement for the Prevention, Containment and Treatment Of Covid-19 Communication from India and South Africa (2 October 2020) IP/C/W/669 <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021

36 ibid para 3.

37 ibid para 10.

38 ibid para 11.

39 ibid para 12.

40 ibid para 13.

41 General Council Least developed country Members Obligations under article 70.8 and article 70.9 of the TRIPS Agreement with respect to pharmaceutical products (30 November 2015) WT/L/971 <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021

42 Bacchus (n 27)

Aslında benzer bir anlaşmazlık DTÖ nezdinde 1990'larda HIV/AIDS ilaçlarına ve tedavilerine ilişkin olarak tecrübe edilmiştir. Burada da yine son derece pahalı ilaçlara nüfuslarının erişimini sağlayamayan az gelişmiş ülkeler ve gelişmekte olan ülkeler ile patent sahibi ilaç şirketlerinin bulunduğu gelişmiş ülkeler arasında bir mücadele gerçekleşmiştir. İki dönem Temyiz Organı üyesi olarak görev yapmış olan *Bacchus*'a göre, bu türlü bir anlaşmazlığın bir kez daha yaşanmasına gerek bulunmamaktadır, zira o zaman da ölümcül bir hastalığa yakalanmış insanların ilaca erişim hakları ile patent haklarının, ve dolayısıyla, gelecekte ilaç araştırmalarına yatırımın korunması yararının, arasında uzayıp giden bir çatışmanın gerçekte en çok DTÖ'ye zararı olmuştur.⁴³ Yazar, buna ihtiyaç ileri süren devletlerin TRIPS Anlaşması'nın 31*bis* maddesi altında harekete geçmesinin daha uygun olduğunu düşünmektedir. Yazara göre, fikri mülkiyet korumasının bu şekilde bütünüyle kaldırılması gelecekteki inovasyon yatırımlarına büyük zarar vererek uzun vadede daha büyük zarara neden olacaktır. Aslında *Bacchus*'un dile getirdiği bu görüş, gerek aykırılık izni karşısı devletlerce gerek ilaç şirketlerince benimsenen genel yaklaşımdır. Bu görüşe karşı, böyle bir durumun en azından COVID-19 aşılı açıısından geçerli olmadığı ileri sürülmektedir. Zira bu aşılı geliştiren ilaç şirketleri sadece kendi kaynaklarından değil çok geniş kapsamda devlet fonlarından yararlanmışlardır.⁴⁴ O halde patent haklarının mutlaka korunması suretiyle yaptıkları yatırımın karşılığını almaları gibi bir ihtiyaçtan söz edilemez. Yine aykırılık izni karşısı yaklaşımda olanların ileri sürdüğü bir diğer sav da buna izin verilse bile, patent koruması ile engellenmiyor olsaydı, aşı üretimi yapabileceğini iddia eden ülkelerin aslında bu üretim kapasitesine zaten sahip olmadıkları yönündedir ki bu savın en azından Hindistan için geçerli olmadığı zaten bilinmektedir. Bu yaklaşıma ilişkin olarak verilen cevap ise, aşılıların üretiminin diğer ülkelerde zaten yapılamayacağı düşünüüyorsa patent hakları korumasını kaldırmanın bu kadar korkutucu olmaması gerektiği yönündedir.⁴⁵

Gerçekten, COVID-19 ile ilişkili olarak TRIPS Anlaşması altında fikri mülkiyet korumasına aykırılığa karar verilmesi talebinin DTÖ karar mekanizmalarında mutlaka kabul görmesi gerektiğini düşünenlerin sayısı az değildir. *Baker*, bu görüşün ısrarlı bir savunucusu olsa da bunun bütün problemleri çözmeyeceğinin de farkındadır. Yazar, DTÖ Genel Konseyi'nden bu yönde bir karar çıksa bile bunun sadece TRIPS altında bir devletler arası uyumsuzluğu engelleyeceğini hatırlatmakta, ancak ulusal ölçekte yasal düzenlemelerle korunan fikri mülkiyet hakları ve ticari sır ve verilerin korunması gibi düzenlemelerin ortadan kalkmayacağı hakkında uyarılmaktadır.⁴⁶

43 ibid.

44 Rachel Thrasher, 'How will everyone benefit if WTO members sign the TRIPS COVID-19 waiver?' (Open Access Government 15 February 2021) <<https://www.openaccessgovernment.org/trips-covid-19-waiver/103738/>> Erişim Tarihi 5 April 2021

45 ibid.

46 Baker, (n 22).

2. Ulusal Güvenlik İstisnalarının Uygulanma Olasılığı

Ayırılık izni talebi kabul edilmediği takdirde, patent koruması engelini kaldırmak için, 1947 Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması'ndan (GATT 1947) bu yana mevcut olan ulusal güvenlik istisnalarına başvurulması önerilmektedir.⁴⁷ TRIPS Anlaşması'nın 73'üncü maddesi bu tür engellerle mücadelede yardımcı olabilir. Bu hükme göre, "Bu Anlaşma'da yer alan hiçbir husus: ... bir Üyenin açıklanmasını zorunlu güvenlik çıkarlarına aykırı gördüğü bilgileri vermesini gerektirdiği şeklinde ... veya ... savaş zamanında veya uluslararası ilişkilerde diğer acil durumlarda alınan herhangi bir önlemi almasını engellediği şeklinde yorumlanmayacaktır."⁴⁸ TRIPS Anlaşması'nın 73'üncü maddesinde anılan üye devletlerin ulusal güvenliğiyle bağlantılı konular Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması'nın (GATT 1994) XXI'inci maddesinde güvenlik istisnaları başlığı altında düzenlenmiştir.

Son yıllarda, özellikle ABD'nin DTÖ Anlaşmalarından ayrılan tedbirlerini haklı kılmak için ulusal güvenlik istisnasına başvurduğu gözlemlenebilir. Ancak bu uyuşmazlıklardan hiçbirisi Anlaşmazlıkların Halli Organı usulü altında sonuçlandırılmamıştır. Ulusal güvenlik istisnasının ileri sürüldüğü iki uyuşmazlıkta ise panel raporu açıklanmıştır. Bunlardan birincisi Ukrayna'nın Rusya Federasyonu'na karşı başvurduğu malların transit geçişine ilişkin bir şikâyetir⁴⁹, ikincisi ise TRIPS Anlaşması'nda öngörülen patent haklarının korunmasına ayırılıktan ötürü Katar'ın Suudi Arabistan'a karşı şikâyetidir.⁵⁰ Birinci başvuru, GATT XXI'inci madde istisnasının ilk kez ayrıntıyla incelendiği ve panelin konuyla ilgili yetkisini tespit eden yönüyle çok önemlidir. Ayrıca, TRIPS Anlaşması'nın 73'üncü maddesinin incelenmesini konu alan ikinci başvuru, panelin yetkisinin tespiti açısından bu başvuru ile aynı esaslara dayanmıştır.⁵¹

Her iki uyuşmazlıkta da tartışılan temel sorun, DTÖ nezdinde bir üyenin ulusal güvenlik gerekçesiyle aldığı önlemlerin hukuka uygunluğuyla ilgili olarak Anlaşmazlıkların Halli Organı'nın karar vermeye yetkili olup olmadığıdır.⁵² Ukrayna'nın Rusya'ya karşı şikâyetinde, uyuşmazlığın öneminden dolayı 17 DTÖ üyesi üçüncü taraf olarak katılmıştır.⁵³ Bu uyuşmazlıkta, Rusya'nın ve üçüncü taraf

47 Ibid; Frederick M Abbott, 'The TRIPS Agreement Article 73 Security Exceptions and the COVID-19 Pandemic' (2020) Research Paper 116 South Centre Geneva <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3682260> Erişim Tarihi 5 April 2021; Müslüm Yılmaz, 'Dünya Ticaret Örgütü Hukuku Bakımından Uluslararası Ticarete Güvenlik İstisnası' (2020) 19 (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 249.

48 TRIPS art 73

49 WTO, Russia: Measures Concerning Traffic in Transit—Report of the Panel (5 April 2019) WT/DS512/R [Russia – Traffic in Transit] <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021

50 WTO, Saudi Arabia: Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights—Report of The Panel (16 June 2020) WT/DS567/R [Saudi Arabia — Protection of IPRs] <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021

51 Abbott, (n 47) 3.

52 ibid.

53 Avustralya, Bolivya, Brezilya, Kanada, Şili, Çin, Avrupa Birliği, Hindistan, Japonya, Kore, Moldova, Norveç, Paraguay, Suudi Arabistan, Singapur, Türkiye ve ABD.

olarak müdahale eden ABD'nin iddiası, ulusal güvenlik istisnası ileri sürüldüğünde bunun dava edilemeyeceği, zira değerlendirmesi bir devletin kendi takdirinde olan bir konunun bir yargı organınca hükme bağlanamayacağı şeklinde olmuştur.⁵⁴ ABD dışındaki tüm üçüncü taraflar ise bu iddianın karşısında, Ukrayna ile aynı görüşü benimsemişlerdir.⁵⁵ Panel raporunun en önemli yönü ise GATT'ın XXI (b) (iii) maddesi altında ulusal güvenlik gerekçesiyle alınan önlemlerin, DTÖ yargısal organlarının denetimine tabi olduğunu hükme bağlaması olmuştur.⁵⁶

Katar'ın Suudi Arabistan'a karşı başvurusunda da Suudi Arabistan, taraflar arasındaki gerçek uyuşmazlığın ticaret uyuşmazlığı değil, "siyasi, jeopolitik, ve temel güvenlik uyuşmazlığı" olduğunu ileri sürmüştür.⁵⁷ Böylece, panelin bu tür bir uyuşmazlığa bakma yetkisini reddederken Suudi Arabistan'ın ileri sürdüğü gerekçe, TRIPS Anlaşması'nın 73(b)(iii) maddesi altında ulusal güvenlik istisnası olmuştur. ABD yine üçüncü taraf olarak TRIPS Anlaşması'nın 73(b)(iii) maddesi altında ulusal güvenlik nedeniyle alınan önlemlerin DTÖ uyuşmazlık çözme usullerine tabi olmadığını ileri sürmüştür.⁵⁸ Panel, 1994 GATT XXI(b)(iii) maddesi ile TRIPS Anlaşması'nın 73(b)(iii) maddesi metinlerinin lafzının aynı olmasından hareketle bu uyuşmazlıktaki kararını, *Russia – Traffic in Transit* uyuşmazlığındaki Panel raporunun gerekçesine dayandırmıştır.⁵⁹ Bu uyuşmazlıkta da Panel, ulusal güvenlik istisnasının DTÖ yargısının denetimine tabi olduğunu bir kez daha teyit etmiştir. Panel'e göre, iki devlet arasında Suudi Arabistan'ın iddia ettiği gibi siyasi ve çok boyutlu bir uyuşmazlık sürüyor olabilir ancak, Panel önünde bu hususların değerlendirilmesi söz konusu değildir ve Panel'in tek ele aldığı konu DTÖ Anlaşmaları altındaki şikâyetlerdir.⁶⁰

GATT XXI'inci madde veya TRIPS Anlaşması'nın 73'üncü maddesi altında ulusal güvenlik istisnasının ileri sürüldüğü durumların yargılanabilir olması özellikle iki sebeple önemlidir.⁶¹ Birincisi, DTÖ üyeleri, ulusal güvenlik istisnaları hükümlerine, bu durumu kendileri açısından tespit etmekte belli bir takdir hakları da bulunsa, iyi niyetli bir şekilde başvuruyor olmalıdırlar. İkincisi, ABD'nin TRIPS Anlaşması'nın gerek yapılışında gerekse ihlali durumunda bunu takip etmekteki baskın rolüne ilişkindir.⁶² Yakın zamanda Rusya'ya ve Suudi Arabistan'a karşı yukarıda anılan şikâyetlerde ise ABD, GATT XXI'inci maddenin ve TRIPS Anlaşması'nın 73'üncü maddesinin

54 Abbott (n 47) 4.

55 Sebastián Mantilla Blanco and Alexander Pehl, National security exceptions in international trade and investment agreements (Springer International Publishing 2020) 14.

56 ibid.

57 Saudi Arabia — Protection of IPRs (n 50) para 7.16.

58 ibid para 7.9.

59 Jingyan Zhou, 'New WTO Ruling on National Security in Qatar-Saudi Arabia Case and its Impact on South Korea-Japan Dispute' (2020) 24 (22) ASIL Insights <<https://www.asil.org/insights/volume/24/issue/22/new-wto-ruling-national-security-qatar-saudi-arabia-case-and-its-impact>> Erişim Tarihi 5 April 2021

60 Saudi Arabia — Protection of IPRs (n 50) para 7.17.

61 Abbott (n47) 5.

62 ibid.

ileri sürülmesinin bütünüyle üye devletlerin takdirine bağılı olduğunu ve bu durumun DTÖ Anlaşmaları altında dava edilebilir olmadığını ısrarla savunmuştur. Bu nedenle, patent haklarını, COVID-19 aşısının yerel üretiminin önünde engel olarak gören devletler TRIPS Anlaşması'nın 73'üncü maddesini ileri sürdükleri takdirde, en azından ABD'nin buna itiraz hakkını kaybetmiş olması gerektiği ileri sürülmektedir. Zira, bu durumda ABD, önceki uyuşmazlıklarda Ukrayna ve Katar'a karşı uygulanan ve ulusal güvenlik istisnasına dayanan tedbirlerin yargılanamayacağını; fakat ABD menşeli patentleri etkileyen acil durum tedbirlerinin yargılanabileceğini ileri sürmüş olur ki bu da oldukça garip bir tutum olarak nitelenebilir.⁶³ Tabii ABD'nin böyle bir durumda patent haklarının ihlaline karşı itirazda bulunmayacağı varsayılsa dahi, bu, TRIPS Anlaşması'nın 73'üncü maddesi istisnalarını ileri süren devletler açısından büyük yarar sağlamayabilir, zira böyle bir durumda şikâyetle bulunacak tek üye ABD değildir.

Rusya ve Suudi Arabistan'ın ulusal güvenlik istisnasını ileri sürdüğü uyuşmazlıklara ilişkin panel raporlarının ortaya koyduğu gerçek şudur ki şayet gelişmekte olan ülkeler aşı temin etmek amacıyla, TRIPS Anlaşması'nın 73'üncü maddesi altında harekete geçerlerse, kendilerine karşı DTÖ usullerinin başlatılmasından kurtulamayacaklardır. Bu nedenle olsa gerek, 73'üncü madde altında ulusal güvenlik istisnaları veya zorunlu lisanslar yerine tercihen ve öncelikle bir aykırılık kararı talebinde bulunmuşlardır.

3. Zorunlu Lisans Uygulaması ve Patent Hakları

Aykırılık kararına gerek bulunmadığını ve DTÖ Anlaşmaları'nın hâlihazırda COVID-19 pandemisinin ortaya çıkardığı sağlık zorunlulukları ile patent koruması arasında bir denge kurmuş olduğunu ileri sürenler de bulunmaktadır.⁶⁴ Bu görüşün başlıca dayanağı TRIPS Anlaşması'nın 7 ve 8'inci maddeleridir. TRIPS Anlaşması'nın 7'nci maddesine göre, “[f]ikir mülkiyeti haklarının korunması ve uygulanması, ... toplumsal ve ekonomik refaha ve haklar ve yükümlülükler arasında denge kurulmasına yardım edecek” şekilde olmalıdır. İlkeler başlığını taşıyan 8'inci maddede ise, DTÖ üyeleri “yasa ya da kurallarını düzenleme ya da tadil etme sırasında, kamu sağlığı[nın] ... korunması ... için yaşamsal önem taşıyan sektörlerde ... bu anlaşma hükümlerine uygun olan gerekli önlemleri alabilirler” denilmektedir. Nitekim Doha Bakanlar Bildirgesi de bu iki hükme özel bir önem atfetmiştir.⁶⁵ Bildirge, TRIPS Konseyi'nin çalışmalarının, TRIPS Anlaşması'nın 7'nci ve 8'inci maddelerinin öngördüğü amaçlar ve ilkeler tarafından yönlendirileceğini ve kalkınma boyutunu da hesaba katacağını bildirmektedir.⁶⁶ Bu doğrultuda, ilaç şirketlerinin hayat kurtaran ilaç ve aşılarla ilgili

63 ibid.

64 Bacchus (n 27).

65 Peter K Yu, ‘TRIPS Enforcement and Developing Countries’ (2011) 26 (3) American University International Law Review 727, 767.

66 Ministerial Declaration (14 November 2001) WT/MIN(01)/DEC/1 para 19 <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021

lisans anlaşmaları yapmayı reddetmeleri durumunda, DTÖ üyesi devletlerin kamu sağlığı yararına harekete geçmeleri ve fikri mülkiyet haklarının kötüye kullanılmasını engellemeleri mümkündür.⁶⁷

Bu doğrultuda bir çözüm olarak zorunlu lisanslara başvurmak mümkündür. Zorunlu lisans bir devletin hükümeti tarafından ihdas edilen ve üçüncü bir kişiye, patent sahibinin izni bulunmaksızın patentli bir ilacı üretme imkânı veren lisanstır.⁶⁸ TRIPS Anlaşması'nın 31'inci maddesi DTÖ üyelerinin zorunlu lisans tedbirine başvurmadan önce yerine getirmek zorunda olduğu koşulları açıklamaktadır. Bu koşullar, patent sahibinin izni olmaksızın kullanıma başvurmadan önce patent sahibi ile müzakere edilmesi, bu tür bir kullanımın buna izin veren üyenin ağırlıklı olarak kendi iç pazarında ihtiyacını karşılamak için yapıyor olması ve patent sahibine yeterli bir karşılık ödenmesidir.⁶⁹ Böylece, kendi iç pazarı sınırlandırması, gelişmiş ülkelerin zorunlu lisans uygulamasıyla patentli ilaçları üretip, bu üretim kapasitesine sahip olmayan gelişmekte olan ülkelere ihraç etmelerini engellemiştir.⁷⁰ Ne var ki bu düzenleme, jenerik ilaçları kendi ülkesinde üretme kapasitesine sahip olmayan ve ilaç ithalatına bağımlı durumda olan üye devletler açısından önemli bir soruna yol açmıştır. Bu nedenle, 2001 yılında TRIPS Anlaşması ve Kamu Sağlığına İlişkin Bildirge (Doha Bildirgesi) ile ilaçlarla ilgili olarak yetersiz bir teknolojik kapasiteye sahip olan veya hiç sahip olmayan üye devletlerin TRIPS Anlaşması altında tanınan zorunlu lisans verme imkânından etkili şekilde yararlanamadığı gerçeği kabul edilmiştir. 2003 yılında Doha Bildirgesi'nin ardından, Genel Konsey "Ağustos Kararı" olarak da anılan ilk resmi düzenlemeyi yapmıştır.⁷¹ Buna göre, zorunlu lisans altında üretilen ilaçların, üretim için teknolojik kapasitesi olmayan ülkelere ihraç edilmesi imkânı tanınmıştır. 6 Aralık 2005'te ise 30 Aralık Kararı, TRIPS Anlaşması'nın 31'inci maddesinin arkasından eklenen 31**bis** maddesi ve 73'üncü maddeyi müteakip Anlaşma'nın sonuna eklenen Ek (*Annex to the TRIPS Agreement*) ile kalıcı hale getirilmiştir. 30 Ağustos Kararı, Doha Bildirgesi'nin 6'ncı Paragrafının getirdiği sistemi teyit eder niteliktedir. Bu doğrultuda, zorunlu lisansların, kendi teknolojisiyle ilaç üretme kapasitesine sahip olmayan ülkelere münhasıran ihracat amacıyla verilmesine imkân tanınmıştır.⁷² Öngörülen bu sistem 2017 yılında TRIPS Anlaşması'nı tadil eden Protokol'ün DTÖ üyelerinin 2/3'ü tarafından onaylanmasının ardından TRIPS Anlaşması'na entegre olarak yürürlüğe girmiştir. Bu aynı zamanda DTÖ'nün kurulduğu 1995 yılından

67 Baker, (n 22).

68 Eduardo Urias and Shyama V Ramani, 'Access to medicines after TRIPS: Is compulsory licensing an effective mechanism to lower drug prices? A Review of the existing evidence' (2020) Journal of International Business Policy 1, 2. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7468182/pdf/42214_2020_Article_68.pdf> Erişim Tarihi 5 April 2021

69 TRIPS art 31 (b) (f) (h)

70 Maria Victoria Stout, 'Crossing the Trips Nondiscrimination Line: How CAFTA Pharmaceutical Patent Provisions Violate Trips Article 27.1' (2008) 14 Boston University Journal of Science & Technology Law 177, 189.

71 Implementation of paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and public health Decision (30 August 2003) WT/L/540 <<http://docs.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021

72 Urias and Ramani (n 68) 3.

bugüne ilk kez bir DTÖ Anlaşması'nın tadilini oluşturmaktadır.⁷³ Zorunlu lisans verme imkânı genellikle patent korumasının, ilaçlara erişime engel olması durumunda TRIPS Anlaşması altında en tavsiye edilen yöntemlerden birini oluşturmaktadır.⁷⁴

Ancak yine de DTÖ üyesi gelişmekte olan ülkeler, zorunlu lisans yoluna gitmektense bir aykırılık izni kararını tercih etmektedirler. Hâlihazırda TRIPS Anlaşması'nda izin verilen bir yolu kullanmamanın sebebi, zorunlu lisansların geçmiş tecrübelerinin yol açtığı zorluklar olarak gösterilmektedir. Nitekim DTÖ üyeleri tarafından verilmiş zorunlu lisanslar geçmişte hem diğer üyelerin hem de ilaç şirketlerinin itirazlarıyla karşılaşmıştır. ABD, pahalı bir kanser ilacının üretimi için lisans veren Hindistan'a defalarca baskı uygulamış ve bu imkânı kullanmasından ötürü, Hindistan'ı fikri mülkiyet haklarını ve TRIPS Anlaşması'nı ihlal etmekle suçlamıştır.⁷⁵ Buna ilaveten ilaç şirketleri, ABD'deki Özel 301 Raporu mekanizmasını işletmek suretiyle, Hindistan'ı, yaptırım uygulamakla tehdit etmişlerdir. Başka bir örnek olarak Kolombiya lösemi tedavisi için zorunlu lisans prosedürüne başvurmayı denediği için patent sahibi şirket *Novartis* ve İsviçre Hükümet'inin itirazıyla karşılaşmıştır. Pandemi başlamadan öncesi ve sonrasındaki AB ve ABD'nin yürürlüğe koyduğu düzenlemelerden yola çıkarak, zorunlu lisanslama konusunda mevzuatını geliştiren devletlerin baskı altında kaldığı ifade edilmektedir.⁷⁶ Tüm bu ve benzeri örneklerden ötürü devletler, zorunlu lisans konusunda gerek yasal düzenlemeler yapma gerekse bunu uygulamakta büyük ölçüde çekimser kalmaktadırlar.⁷⁷ Yine de bu örneklerde zorunlu lisanslamaya başvurma gerekçesinin, bulaşıcı olmayan bir hastalığın tedavisinde pahalı ilaçların, fiyat açısından daha ulaşılabilir hale getirilmesi olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Oysa Doha Bildirgesi düzenlemelerine zemin hazırlayan başlıca neden, birçok devletin ülkelerindeki HIV/AIDS epidemisinin ortaya çıkardığı zorunluluklardır.⁷⁸ Bu yönüyle, özellikle Asya bölgesinde ilaç fiyatının pahalı olmasından dolayı başvurulmuş zorunlu lisanslama durumunun, “olağanüstü hallerde veya aşırı aciliyet gerektiren diğer koşullarda”⁷⁹ (*national emergency or other circumstances of extreme urgency*) unsurunu daha az belirleyici hale getirdiği ileri sürülmektedir.⁸⁰ COVID-19 pandemisinin ortaya çıkardığı zorunluluklar, ulusal acil durum veya diğer aşırı aciliyet gerektiren koşullar unsurunu karşılamaktadır ve Doha Bildirgesi'nin amaçlarıyla da uyumludur. Bu nedenle COVID-19 aşısı ve ilaçlarına ilişkin verilebilecek zorunlu lisansların, TRIPS Anlaşması'nın ihlali iddialarına yol açmaması gerekmektedir.

73 ibid.

74 ibid; Bacchus (n 27).

75 Thrasher (n 44).

76 'TWN Info Service on WTO and Trade Issues' (Third World Network 20 October 2020) <<https://www.twn.my/title2/wto.info/2020/ti201021.htm>> Erişim Tarihi 5 April 2021

77 Thrasher (n 44).

78 Siraprapha Khim Rungpry, 'Compulsory licensing issues and trends in Asia' (2013) 2 (6) *Pharmaceutical Patent Analyst* 681 <<https://www.future-science.com/doi/pdf/10.4155/ppa.13.60?src=recsys>> Erişim Tarihi 5 April 2021

79 TRIPS art 31 (b)

80 Rungpry (n 78) 683.

Diğer yandan, DTÖ kapsamında COVID-19 aşılarna daha yaygın erişim için Genel-Direktör *Ngozi Okonjo-Iweala*'nın başlıca girişimlerinin ilaç şirketlerini, patent haklarını koruyacak şekilde, lisans anlaşmaları yapmaya teşvik etmekte yoğunlaştığı görülebilir.⁸¹ Teknoloji transferi içermeyen bu tür anlaşma ve taahhütlerin, hukuken bir yükümlülük teşkil etmekten çok, yardım ve bağış çerçevesinde yapıldığı ileri sürülmektedir.⁸²

B. İhracata Getirilen Miktar Kısıtlamaları

2020 yılının ilk aylarında Çin, Hindistan, ABD, Avrupa Birliği ve ayrıca bazı AB devletleri başta olmak üzere birçok ülke, tıbbi malzemeler ve özellikle tıbbi maskelerin ihracatını yasaklayarak veya sınırlandırarak COVID-19 ile ilişkili ihtiyaç duyduğu maske ve malzemelerin kendi kullanımına hasredilmesini sağlamışlardır. Çek Cumhuriyeti, Almanya, Fransa, İtalya ve Romanya'nın da aralarında bulunduğu birçok AB üyesinin, AB üyesi olmayan ülkelerin yanı sıra birbirlerine karşı uyguladığı ihracat yasakları özellikle dikkat çekici olmuştur.⁸³ İhracat kısıtlamaları ve temel önemi haiz maddelerin yerel pazara hasredilmesi, hükümetlerin başvurduğu başlıca yöntemler olarak ortaya çıkmıştır. Bu tür önlemler ilk bakışta haklı görünseler de yol açtıkları zararın faydalarından daha fazla olduğu ileri sürülmektedir. Özellikle AB açısından bazı üyelerin başvurduğu bu gibi uygulamalar AB üyeleri arasında güveni zedelemiş ve genel olarak AB'nin bütünleşme projesine zarar vermiştir.⁸⁴

Aşı ile ilişkili olarak ise 29 Ocak 2021'de AB Komisyonu bir gün sonra yürürlüğe girmek üzere, COVID-19 aşlarıyla ilgili yeni bir ihracat rejimi uygulanacağını duyurmuştur. Söz konusu ihracat kısıtlamasının 12 Mart 2021'e kadar geçici olarak uygulanması öngörülmüştür.⁸⁵ Ancak ihracat kısıtlamaları için öngörülen süre Haziran ayının sonuna dek tekrar uzatılmıştır. İhracat kısıtlamalarının hedef aldığı aşı üreticileri AB Komisyonu ile Ön Alım Anlaşmaları yapmış olan üreticilerdir. Yeni düzenlemeye göre, bu üreticilerin AB ülkelerinde ürettikleri aşığı AB dışına ihraç edebilmeleri için kime satış yaptıkları, miktarı ve ilgili bilgileri son üç ay için açıklamaları ve üye devletlerden ihracat izni almaları gerekmektedir. İhracat izni, aşının ülkesinde üretildiği üye devlet tarafından verilebilir.

81 Bryce Baschuk, 'WTO Chief Calls on Nations to End Covid Export Restrictions' (Bloomberg 17 February 2021) <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-02-17/new-wto-chief-calls-on-nations-to-end-covid-export-restrictions>> Erişim Tarihi 5 April 2021

82 Ronald Labonte and Mira Johri, 'COVID-19 drug and vaccine patents are putting profit before people' (The Conversation 5 November 2020) <<https://theconversation.com/covid-19-drug-and-vaccine-patents-are-putting-profit-before-people-149270>> Erişim Tarihi 5 April 2021

83 Bernard Hoekman, Matteo Fiorini and Aydın Yildirim, 'Export Restrictions: A Negative-Sum Policy Response to the COVID-19 Crisis' European University Institute Working Paper (2020) European University Institute Robert Schuman Centre for Advanced Studies Global Governance Programme 23 <<http://hdl.handle.net/1814/66828>> Erişim Tarihi 5 April 2021

84 ibid 2.

85 Commission Implementing Regulation (EU) 2021/111 of 29 January 2021 making the exportation of certain products subject to the production of an export authorisation [2021] OJ L31/1

Diğer yandan DTÖ Anlaşmaları, kural olarak, serbest ticaret üzerinde miktar kısıtlamalarını yasakladığı için ihracatın engellenmesine izin vermemektedir.⁸⁶ Ancak, GATT XI'inci maddenin 2'nci fıkrası ihraç eden üye için temel önemi haiz ürünlerde veya gıda ürünlerinde kritik bir kısıtlılık varsa geçici olarak uygulanacak şekilde ihracatın yasaklanması veya sınırlandırılmasına izin vermektedir. Bu istisnanın uygulanabilmesinin sıkı koşullara tabi olduğu gözlemlenebilir. Nitekim, Çin'den hammadde ihracatına ilişkin bir uyuşmazlıkta, Panel, GATT madde XI (2)(a) bendini uyuşmazlığa uygularken, söz konusu malların “mutlak şekilde vazgeçilemez veya gerekli” olması ve bunların kıtlığının da “kritik” seviyede olması gerektiğine hükmetmiştir.⁸⁷ Temyiz Organı ise bu yargıyı şu şekilde teyit etmektedir:

Madde XI:2 (a)'nın uygulanabilmesi için, kıtlığın “gıda maddeleri veya ihracatçı Üye için zaruri olan diğer ürünler” ile ilgili olması gerekmektedir. Gıda maddesi “bir gıda maddesi, gıda olarak kullanılan bir madde” olarak tanımlanmaktadır. “Zaruri” terimi “[mutlaka] zorunlu veya gerekli” olarak tanımlanmaktadır. Bu doğrultuda, Madde XI:2 (a) gıda maddelerinin veya mutlaka zorunlu veya gerekli ürünlerin kritik kıtlığına gönderme yapmaktadır. Madde XI:2 (a), özellikle “gıda maddeleri” ifadesini dahil etmek suretiyle, “ihracatçı Üye için gerekli” bir ürün olarak değerlendirilebilecek bir ürünün ölçüsünü sağlar, ancak diğer zaruri ürünlerin kapsamını yalnızca gıda maddeleriyle sınırlamaz.⁸⁸

Madde XI:2 (a), Üyelerin bu tür kritik kıtlıkları “önlemek veya gidermek” için geçici olarak yasaklar veya kısıtlamalar uygulamasına izin vermektedir. “Önlemek” kelimesi, “(bir şeyin) meydana gelme[me]sini önceden sağlamak; öngörülen eylemle uygulanamaz veya imkansız kılmak; olmasını durdurmak” olarak tanımlanmaktadır. “Rahatlatmak” kelimesi “sorunlardan, zorluktan veya tehlikeden kurtulmak; yardım veya yardım getirmek veya sağlamak” anlamına gelmektedir. Bu nedenle, Madde XI: 2 (a)'nın, gerek mevcut bir kritik kıtlığı hafifletmek veya azaltmak için benimsenen tedbirler, gerekse de yakın bir kritik kıtlığı önlemek için benimsenen önleyici veya ileriye dönük tedbirler için bir temel oluşturduğunu anlıyoruz.⁸⁹ [Dipnotlar ihmal edilmiştir]

COVID-19 aşılarının AB için vazgeçilemez önemde olduğu aşikâr olmakla birlikte bu aşuların kıtlığının kritik seviyesinin, sadece AB için değil, aşuların ihracatına bağımlı durumdaki diğer devletler için de geçerli olduğu ileri sürülebilir.⁹⁰

Yine AB'nin COVID-19 aşularının ihracatının kısıtlanması tasarrufunun dayanağı olabilecek, genel istisnalar başlığını taşıyan GATT XX (b) hükmü, insan, hayvan veya bitki hayatını ve sağlığını korumak için gerekli olduğunda ticaretle ilgili tedbirler alınmasına izin vermektedir. Ancak burada da bu tür tedbirlerin ne durumda gerekli olduğu tartışma konusu olabilir.

86 GATT art XI

87 WTO, China –Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials—Panel Report (5 July 2011) WT/DS394 [China – Raw Materials] para 7.275 and 7.306 <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021

88 WTO, China –Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials—Appellate Body Report (30 January 2012) WT/DS394 para 326 <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 24 May 2021

89 ibid para 327.

90 Stuart MacLennan, “COVID vaccines: is it legal for the EU to restrict exports?” (The Conversation 3 February 2021) <<https://theconversation.com/covid-vaccines-is-it-legal-for-the-eu-to-restrict-exports-154527>> Erişim Tarihi 5 April 2021

GATT XX'nci madde altında DTÖ üyeleri bir ticaret kısıtlamasına başvurdukları takdirde, DTÖ panelleri ve Temyiz Organı ilk olarak bu tedbirin gerekli olup olmadığını değerlendirmektedirler. İlk incelemede söz konusu tedbir gerekli bulunduğu takdirde, alternatif olarak başka hangi tedbirler alınmak suretiyle aynı sonuca ulaşılabileceği değerlendirilmektedir. Zira, aynı sonuca ulaşmak için ticareti daha az kısıtlayıcı bir alternatif tedbir uygulamak mümkünse onun tercih edilmesi beklenmektedir.⁹¹ Bu esasın vurgulandığı uyuşmazlıklardan biri olan *EC — Asbestos* yargısında, Fransa'nın GATT madde XX (b) hükmüne dayanarak Kanada'dan ithal edilen asbestos ve asbestos içeren ürünlere ithalat yasağı uygulaması, DTÖ Anlaşmalarının ihlali olarak nitelendirilmemiştir. Zira, bu uyuşmazlıkta Temyiz Organı bir dizi faktörü tartıp dengelemesinin ardından, ticaretin yasaklanmasına nazaran makul bir alternatif bulunmadığı sonucuna varmıştır.⁹² Temyiz Organı, ulaşılmak istenen ortak yararlar veya değerler ne kadar yaşamsal veya önemli ise, bu amaçlara ulaşmak için uygulanan söz konusu tedbirin gerekli olduğunu kabul etmenin o kadar kolaylaşacağını bildirmiştir.⁹³ Temyiz organı alternatif bir tedbirin mümkün olup olmadığı değerlendirmesinde *Korea — Beef*⁹⁴ yargısına atıfla şu esasları ortaya koymaktadır:

Kore — Sığır Eti Uyuşmazlığı'nda, "DTÖ ile tutarlı bir alternatif önlemin makul bir şekilde mevcut olup olmadığının belirlenmesinde uygulanan tartıp dengeleme sürecinin ..." bir yönünün, alternatif önlemin "güdülen amacın gerçekleştirilmesine katkıda bulunma derecesi" olduğunu belirtmiştik. Buna ilaveten, o olayda, güdülen "ortak çıkarlar veya değerler ne kadar hayati veya önemliyse", bu amaçlara ulaşmak için tasarlanmış "gerekli" önlemleri kabul etmenin o kadar kolay olacağını gözlemlemiştik. Bu olayda, tedbirin hedeflediği amaç, asbest liflerinin oluşturduğu iyi bilinen ve yaşamı tehdit eden sağlık risklerinin ortadan kaldırılması veya azaltılması yoluyla insan yaşamının ve sağlığının korunmasıdır. Amaçlanan değer hem hayati hem de en üst düzeyde önemlidir. O halde geriye kalan soru, aynı amacı gerçekleştirecek ve ticareti yasaklamaktan daha az kısıtlayıcı alternatif bir tedbirin bulunup bulunmadığıdır.⁹⁵ [Dipnotlar ihmal edilmiştir]

AB'nin şu an başvurduğu COVID-19 aşısı ihracat sınırlamalarına ilişkin olarak ise, amaca ulaşmak için ihracat yasağı veya sınırlamasının mutlaka gerekli olmadığı, dünyadaki başlıca ilaç ürünleri üreticisi olarak patent düzenlemelerini uyarlamak ve zorunlu lisanslama suretiyle, geçici bir süre diğer üreticilerin de aşı üretimi yapmasını sağlayabileceği ileri sürülmektedir.⁹⁶ Diğer yandan AB'nin ihracat kısıtlamasını açık bir yasal düzenlemeye dayandırması ve istisna tutulan ülkeleri ve durumları açıkça

91 'WTO rules and environmental policies: GATT exceptions' (WTO) <https://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/envt_rules_exceptions_e.htm> Erişim Tarihi 5 April 2021

92 WTO, European Communities — Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos—Appellate Body Report (12 March 2001) WT/DS135 para 174 [EC — Asbestos] <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021

93 ibid para 172.

94 WTO, Korea — Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef—Appellate Body Report (10 January 2001) WT/DS161 [Korea — Beef] para 162 <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021

95 EC — Asbestos para 172.

96 MacLennan (n 87).

bildirilmesi olguları⁹⁷, diğer bazı devlet uygulamalarıyla karşılaştırıldığında orantılı ve karşılıklılığı gözetici olarak da değerlendirilmektedir.⁹⁸ Zira, AB'nin ihracat kısıtlamaları gibi uygulanma esaslarıyla ilan edilmiş bir yasal düzenlemeye dayanmamakla birlikte ABD'nin aşı, aşı üretimi ve uygulamasıyla ilgili madde ve ürünlerin ihracatını engellemeye dönük bir politika izlemesi, aşı milliyetçiliğinin belirgin bir örneği olarak görünmektedir. Nitekim ABD Başkanı *Biden* 28 Nisan 2021'de Kongre'de yaptığı konuşmada, ABD'nin Dünya'nın aşı kaynağı haline geleceğini ancak ondan önce tüm Amerikalıların aşuya erişiminin sağlanması gerektiğini açıkça bildirmiştir.⁹⁹ Söz konusu ihracat kısıtlamasının yasal dayanağı ise 1950 yılında Kore Savaşı sırasında özellikle savunma ürünlerine ilişkin olarak, öncelikli materyallerin üretimini hızlandırmak üzere tasarlanan Savunma Üretimi Yasası (*Defence Production Act - DPA*)¹⁰⁰ olmuştur. Bu yasaya dayanarak ABD Başkanı, savunma, ulusal güvenlik veya pandemi gibi olağanüstü durumlarda, öncelikli ürünlerle ilgili sözleşme yapma ve üretimi gerçekleştiren şirketlerin ABD'nin ihtiyaçları tam olarak karşılanmadıkça diğer ülkelere satış yapmalarını engelleme yetkisine sahip olmaktadır.¹⁰¹ Bu nedenle, ihracat kısıtlamalarına rağmen bugüne kadar AB ülkelerinde COVID-19 için üretilen toplam aşuların yüzde 28'i üçüncü ülkelere ihraç edilmişken bu oran ABD'nin ihracatı için yüzde 1 olarak ortaya çıkmaktadır.¹⁰² Bu türden yerel üretimin ve stokların elde tutulması ve ihracatının yasaklanması politikalarının, özellikle başlıca üreticiler tarafından yapıldığında, o ürünlerin kıtlığına ve fiyat artışına neden olduğu ve panik alımlarını da artırdığı hatırlanmalıdır.¹⁰³

IV. Sonuç

COVID-19 ile mücadelede şu an için tek etkili yöntem olarak görülen aşular, serbest ticaret işleyişine bırakılmayacak bir önemdedir. Ticaret hayatının normal işleyişine bırakıldığında daha fazla fiyat öneren devletlerin sınırlı miktardaki aşuların tamamını kendi nüfusları için almaları ve özellikle en az gelişmiş ülkelerin tek bir doz aşuya bile ulaşamamaları gerçeği ile karşılaşılmaktadır. COVID-19 pandemisi pek çok ülkenin sağlık sistemleri üzerinde büyük bir baskı oluşturmakta, insan yaşamını ve yol açtığı ekonomik krizle geçim kaynaklarını tehdit etmektedir. Bu nedenle, fikri mülkiyet hakları korumasının COVID-19 aşularının yaygın ve hızlı üretimi ve dağıtımının önünde engel teşkil etmemesi gerekmektedir.

97 Commission Implementing Regulation (n 85)

98 Niall McCarthy, 'America First? Covid-19 Production & Exports' (Statista 19 May 2021) <<https://www.statista.com/chart/24555/vaccine-doses-produced-and-exported/>> Erişim Tarihi 25 May 2021

99 'Remarks by President Biden in Address to a Joint Session of Congress' (White House 29 April 2021) <<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2021/04/29/remarks-by-president-biden-in-address-to-a-joint-session-of-congress/>> Erişim Tarihi 25 May 2021

100 Defence Production Act 2018 Amendment <<https://www.congress.gov/115/plaws/publ232/PLAW-115publ232.pdf#page=604>> Erişim Tarihi 25 May 2021

101 Executive Order 14001 (21 January 2021) A Sustainable Public Health Supply Chain <<https://www.federalregister.gov/documents/2021/01/26/2021-01865/a-sustainable-public-health-supply-chain>> Erişim Tarihi 25 May 2021

102 McCarthy (n 98)

103 Hoekman, Fiorini and Yildirim (n 83) 6.

DTÖ Anlaşmaları'nın amaçladığı uluslararası serbest ticaret sistemi, COVID-19 salgınının neden olduğu sağlık krizinin ve ekonomik krizin olumsuz etkilerinin giderilmesinde çözüm yolları sunabilir. Bu doğrultuda, aşılarda üretim konusunda teknolojik kapasiteye sahip devletlerin ulusal güvenlik istisnaları veya zorunlu lisanslama gibi daha sonra uyuşmazlığa konu olacak yöntemler izlemektense, DTÖ nezdinde bir aykırılık izni kararı amaçlamaları anlaşılabilir bir durumdur. Aşılarla ilişkin fikri mülkiyet haklarına sahip şirketlerin bulunduğu gelişmiş ülkelerin, bu aykırılık izni kararını engellemeleri, aşı üretiminin sınırlı miktarda kalmasına neden olmaktadır.

COVID-19 pandemisinin ortaya çıkardığı tecrübe uluslararası işbirliğini ve dayanışmayı her zamankinden daha fazla zorunlu kılmaktadır. DTÖ Anlaşmaları altında aykırılık izni kararını engellemek küresel bir salgınla mücadelede doğru strateji olarak nitelenemez. Az sayıda üretilen aşılarda gerek yüksek fiyatlarla öncelikli şekilde satın alma veya ihracat kısıtlaması gibi yöntemlerle kendi ülkesinde üretilen aşılarda üçüncü ülkelere göndermeme şeklinde ortaya çıkan davranışlar haklı olarak aşı milliyetçiliği eleştirilerine yol açmaktadır. Bu nedenle, uzman kuruluşların bildirdiği şekilde, COVID-19 pandemisi ile küresel olarak mücadele edilmesi gerektiğinden aşı üretiminin hızlanması ve yaygınlaşması için DTÖ Anlaşmaları'nın tanıdığı bir imkân olarak aykırılık izni kararı yararlı bir çözüm sunabilir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Abbott FM, 'The TRIPS Agreement Article 73 Security Exceptions and the COVID-19 Pandemic' (2020) Research Paper 116 South Centre Geneva <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3682260> Erişim Tarihi 5 April 2021
- Bacchus J, 'An Unnecessary Proposal: A WTO Waiver of Intellectual Property Rights for COVID-19 Vaccines' (2020) 78 Free Trade Bulletin <https://www.cato.org/sites/cato.org/files/2020-12/FTB_78.pdf> Erişim Tarihi 5 April 2021
- Baker B, 'South Africa and India's proposal to waive recognition and enforcement of intellectual property rights for covid-19 medical technologies deserves universal support, but countries also have to take domestic measures' (Infojustice 11 October 2020) <<http://infojustice.org/archives/42686>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- Baschuk B, 'WTO Chief Calls on Nations to End Covid Export Restrictions' (Bloomberg 17 February 2021) <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-02-17/new-wto-chief-calls-on-nations-to-end-covid-export-restrictions>> Erişim Tarihi 5 April 2021

- Bollyky TJ and Bown CP, 'The Tragedy of Vaccine Nationalism: Only Cooperation Can End the Pandemic' (2020) 99 Foreign Aff 96-109.
- Containment and Treatment Of Covid-19 Communication from India and South Africa (2 October 2020) IP/C/W/669 <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- Cotter TF, 'Market Fundamentalism and the TRIPs Agreement' (2004) 22 (2) Cardozo Arts & Entertainment Law Journal 307-342.
- Çalışkan Y and Sarıbeyoğlu Skalar M, 'Türkiye'nin ilaç üretimini yerelleştirme amacının hukuki çerçevesi' (2016) 12 (47) Fikrî ve Sınai Haklar Dergisi 849-885.
- Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health (14 November 2001) WT/MIN(01)/DEC/2 <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- Gayle H, Foege W, Brown L and Kahn B (eds), Framework for Equitable Allocation of COVID-19 Vaccine (The National Academies Press 2020).
- General Council Amendment of the TRIPs Agreement Decision (6 December 2005) WT/L/641 <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- General Council Least developed country Members Obligations under article 70.8 and article 70.9 of the TRIPs Agreement with respect to pharmaceutical products (30 November 2015) WT/L/971 <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- Guterres A, 'Only together can we end this pandemic and recover' (UN 11 March 2021) <<https://www.un.org/pt/node/132849>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- Hoekman B, Fiorini M and Yildirim A, 'Export Restrictions: A Negative-Sum Policy Response to the COVID-19 Crisis' European University Institute Working Paper (2020) European University Institute Robert Schuman Centre for Advanced Studies Global Governance Programme 23 <<http://hdl.handle.net/1814/66828>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health Decision (30 August 2003) WT/L/540 <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- Implementation of paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPs Agreement and public health Decision (30 August 2003) WT/L/540 <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- Kituyi M, 'A new take on trade' (UNCTAD 29 October 2020) <<https://unctad.org/es/node/29736>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef–Appellate Body Report (10 January 2001) WT/DS161 [Korea – Beef] para 162 <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- Labonte R and Johri M, 'COVID-19 drug and vaccine patents are putting profit before people' (The Conversation 5 November 2020) <<https://theconversation.com/covid-19-drug-and-vaccine-patents-are-putting-profit-before-people-149270>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- Legge DG, 'COVID-19 response exposes deep flaws in global health governance' (2020) 20(3) Global Social Policy 383-387 <<https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1468018120966659>> Erişim Tarihi 5 April
- McCarthy N, 'America First? Covid-19 Production & Exports' (Statista 19 May 2021) <<https://www.statista.com/chart/24555/vaccine-doses-produced-and-exported/>> Erişim Tarihi 25 May 2021
- MacLennan S, 'COVID vaccines: is it legal for the EU to restrict exports?' (The Conversation 3 February 2021) <<https://theconversation.com/covid-vaccines-is-it-legal-for-the-eu-to-restrict-exports-154527>> Erişim Tarihi 5 April 2021

- Mantilla Blanco S and Pehl A, National security exceptions in international trade and investment agreements (Springer International Publishing 2020).
- Ministerial Declaration (14 November 2001) WT/MIN(01)/DEC/1 para 19 <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- Murillo SES, 'Fair or fraud: Has the Protocol amending TRIPS flourished or failed?' (2017) 27 *Indiana Int'l & Comp. Law Review* 191-207.
- Rungpry SK, 'Compulsory licensing issues and trends in Asia' (2013) 2 (6) *Pharmaceutical Patent Analyst* 681-683 <<https://www.future-science.com/doi/pdf/10.4155/ppa.13.60?src=reccsys>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- Stout MV, 'Crossing the Trips Nondiscrimination Line: How CAFTA Pharmaceutical Patent Provisions Violate Trips Article 27.1' (2008) 14 *Boston University Journal of Science & Technology Law* 177-200.
- Sykes AO, 'TRIPS, pharmaceuticals, developing countries, and the Doha "solution"' (2002) 3 (1) *Chicago Journal of International Law* 47-68.
- Thrasher R, 'How will everyone benefit if WTO members sign the TRIPS COVID-19 waiver?' (Open Access Government 15 February 2021) <<https://www.openaccessgovernment.org/trips-covid-19-waiver/103738/>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- TWN, 'TWN Info Service on WTO and Trade Issues' (Third World Network 20 October 2020) <<https://www.twn.my/title2/wto.info/2020/ti201021.htm>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- UNICEF, 'In the COVID-19 vaccine race, we either win together or lose together Joint statement by UNICEF Executive Director Henrietta Fore and WHO Director-General Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus' (Unicef 10 February 2021) <<https://www.unicef.org/press-releases/covid-19-vaccine-race-we-either-win-together-or-lose-together>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- Urias E and Ramani SV, 'Access to medicines after TRIPS: Is compulsory licensing an effective mechanism to lower drug prices? A Review of the existing evidence' (2020) *Journal of International Business Policy* 1, 2. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7468182/pdf/42214_2020_Article_68.pdf> Erişim Tarihi 5 April 2021
- Weintraub R, Bitton A and Rosenberg ML, 'The danger of vaccine nationalism' (*Harvard Business Review* 22 May 2020) <<https://hbr.org/2020/05/the-danger-of-vaccine-nationalism>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- WHO, 'WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19' (WHO 12 October 2020) <<https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---12-october-2020>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- WHO, 'WHO SAGE values framework for the allocation and prioritization of COVID-19 vaccination' (WHO 13 September 2020) <<https://www.who.int/publications/i/item/who-sage-values-framework-for-the-allocation-and-prioritization-of-covid-19-vaccination>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- WTO, 'WTO rules and environmental policies: GATT exceptions' (WTO) <https://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/envt_rules_exceptions_e.htm> Erişim Tarihi 5 April 2021
- WTO, China –Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials—Panel Report (5 July 2011) WT/DS394 [China – Raw Materials] <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- WTO, European Communities — Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos—Appellate Body Report (12 March 2001) WT/DS135 [EC — Asbestos] <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021

- WTO, Russia: Measures Concerning Traffic in Transit—Report of the Panel (5 April 2019) WT/DS512/R <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- WTO, Saudi Arabia: Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights—Report of The Panel (16 June 2020) WT/DS567/R [Saudi Arabia — Protection of IPRs] <<http://docsonline.wto.org>> Erişim Tarihi 5 April 2021
- Yılmaz M, ‘Dünya Ticaret Örgütü Hukuku Bakımından Uluslararası Ticarete Güvenlik İstisnası’ (2020) 19 (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 249-304.
- Yu PK, ‘TRIPS Enforcement and Developing Countries’ (2011) 26 (3) American University International Law Review 727-782.
- Yüksel C and Baran D, ‘COVID-19 Salgını ve Bulaşıcı Hastalıkların Yarattığı Küresel Krizlerle Mücadelede Uluslararası Hukuk’ (2020) 78 (2) İstanbul Hukuk Mecmuası 885-934.
- Zhou J, ‘New WTO Ruling on National Security in Qatar-Saudi Arabia Case and its Impact on South Korea-Japan Dispute’ (2020) 24 (22) ASIL Insights <<https://www.asil.org/insights/volume/24/issue/22/new-wto-ruling-national-security-qatar-saudi-arabia-case-and-its-impact>> Erişim Tarihi 5 April 2021

