

İBN HALDUN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

IBN HALDUN LAW REVIEW

2024/1



İBN HALDUN
ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI

İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İbn Haldun Law Review
2024/1
e-ISSN 2980-2148

DERGİ YAYIN KURULU

BAŞ EDITÖR

Prof. Dr. Şükrü Yıldız, *İbn Haldun Üniversitesi*

EDITÖR

Dr. Mustafa Oğuz Tuna, *İbn Haldun Üniversitesi*

EDITÖR YARDIMCISI

Dr. Meryem Solmaz Bilici, *İbn Haldun Üniversitesi*

YAYIN VE DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ, *İstanbul Medipol Üniversitesi*

Prof. Dr. Hasan Pulaşlı, *İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi*

Prof. Dr. Hayri Bozgeyik, *Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi*

Prof. Dr. Mahmut Koca, *İstanbul Medipol Üniversitesi*

Prof. Dr. Muzaffer Şeker, *İstanbul Ticaret Üniversitesi*

Prof. Dr. Nihat Bulut, *İstanbul Medipol Üniversitesi*

Prof. Dr. Oğuz Atalay, *İstanbul Aydın Üniversitesi*

Prof. Dr. Ömer Anayurt, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi*

Prof. Dr. Saim Ocak, *Marmara Üniversitesi*

Prof. Dr. Yavuz Atar, *İbn Haldun Üniversitesi*

Prof. Dr. Zeliha Nur Kaman, *İstanbul Medeniyet Üniversitesi*

Doç. Dr. Eda Manav Özdemir, *Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi*

Doç. Dr. Fatma Burcu Savaş Kutsal, *Bahçeşehir Üniversitesi*

Doç. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, *İbn Haldun Üniversitesi*

Dr. Mustafa Cahit Günel, *İstanbul Üniversitesi*

Dr. Mustafa Yaylalı, *İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi*

Tasarım
Kapak Uygulama
Mizanpaj Uygulama
Çizim
Baskı&Cilt

İHÜ Yayınları
İHÜ Yayınları
Muhammed Muttaki Topcu
Fatih Yasir Uzdu
METEKSAN Sertifika No: 46519

İBN HALDUN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

IBN HALDUN LAW REVIEW

2024/1





İçindekiler

Hükmün Dikte Edilmesi / <i>Dictation of Judgement</i> Prof. Dr. Nedim MERİÇ/ Doç. Dr. Ahmet Cahit İYİLİKLİ	7-29
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Reform Süreci / <i>The Reform Process of The European Court of Human Rights</i> Şerife PETEK	31-63
Fikir ve Sanat Eserleri Hakkında Lisans Sözleşmelerine İlişkin Bazı Meseleler / <i>Some Issues with Licence Agreements Relating to Intellectual and Artistic Works</i> Ar. Gör. Betül BOZKIR	65-89
Veri Tabanlarına Sağlanan Hukuki Koruma / <i>Legal Protection of Databases</i> Av. Emine GÖĞÜŞ	91-118
Filistin Halkının Kendi Kaderini Tayin Hakkını Kullanması Bağlamında Filistin'in Tanınması Sorunu / <i>The Problem of Recognition of Palestine in the context of the Palestinian People's Realization of the Right to Self-Determination</i> Anvar Alisherovich KHASANOV/ (Çevirmen) Evra Gül OKAN	119-134



Hükmün Dikte Edilmesi

Prof. Dr. Nedim MERİÇ*

Doç. Dr. Ahmet Cahit İYİLİKLİ**

Özet

İstinaf kanun yolu incelemesi sonucunda istinaf başvurusunun kabulü, başvuran tarafın haklı olduğunu ve ilk derece mahkemesinin kararının isabetsiz olduğunun tevsikidir. Bölge adliye mahkemesinin ortadan kaldırdığı karar, ilk derece mahkemesinin esasa ilişkin hükmüne matuf ise bölge adliye mahkemesi, ortadan kaldırmış olduğu ilk derece mahkemesi kararının aksi yönde karar vermesi için dosyayı ilk derece mahkemesine gönderdiği sıklıkla tecrübe edilmektedir. Yeniden yargılamaya ihtiyaç duyulmayan hâllerde bölge adliye mahkemesi istinaf başvurusunun kabulü üzerine isabetsiz gördüğü ilk derece mahkeme kararını kaldırarak ilk derece mahkemesinin ilk kararındaki esasa dair kabul ya da ret (kısmi kabul/ret) kararının tersi yönünde karar vermesi için dosyayı ilk derece mahkemesine göndermektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunumuza göre ilk derece mahkemesi bu karara karşı direnme hakkına sahip değildir. Bu hususiyet evvela ilk derece mahkemesinin Yargıtay kararına karşı direnebilmesine rağmen bölge adliye mahkemesine direnememesi evleviyet kuralına aykırıdır. Nitekim bir hüküm, mahkemenin yargılama sonunda edinmiş olduğu bir kanaattir. Oysaki bölge adliye mahkemesi kendi oluşturduğu kanaati

* Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra Anabilim Dalı Başkanı. nedimmeric@gmail.com. ORCID: 0000-0002-5366-0008

** Hâkim. Küçükçekmece İlk Derece Adli Yargı Komisyonu Asil Üyesi. aciylikli@gmail.com. ORCID: 0000-0002-8858-2580.

ilk derece mahkemesine dikte etmektedir. Saniyen Anayasanın, hâkimler Anayasa, kanun ve hukuka uygun oluşan vicdani kanaatlerine göre karar verir hükmünü açıkça çiğnemektir. Nitekim hükümlerin gerekçeli olması da Anayasanın amir hükmüdür. Gerekçe bir mahkemenin yargılama sonunda ulaşılmış olduğu sonucun hukuki ve mantıki izahıdır. Dolayısıyla istinaf incelemesi sonucunda bölge adliye mahkemelerinin yargılama yapılmasına gerek görmediği ihtimalde istinaf başvurusunun esastan kabulü üzerine ilk derece mahkemesinin ulaşılmış olduğu hükmün tersi yönde karar vermesi için dosyayı yeniden ilk derece mahkemesine göndermesi sonucu kaldırma gerekçesiyle uyuşmazlık tekrardan önüne gelen ilk derece mahkemesinin evvelden vardığı kanaatin aksine kendisinin karar vermek zorunda kalması ilk derece mahkemesinin bölge adliye mahkemesi karşısında bağımsızlığına müdahaledir. İlk derece mahkemesinin bölge adliye mahkemesinin esasa ilişkin ortadan kaldırdığı karara karşı direnme yolunun bulunmaması, ikna olmadığı hususa bağlı kalarak karar vermesi veya inanmadığı kararı doğrudan vermesinin istenmesi doğru değildir. Bu durumda istinaf incelemesi sonucunda bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesinin esasa dair kararını ortadan kaldırarak yeniden kendisinin belirlediği hükmün tesisini için dosyayı ilk derece mahkemesine göndermesi yerine uyuşmazlığı esastan çözen yeni bir kararı bizzat kendisi vermelidir.

Anahtar Kelimeler: İstinaf, Hükmün İptali, Direnme, Yeni Hüküm.

Dictation of the Judgement

Abstract

The acceptance of the appeal application as a result of the appeal legal remedy is proof that the applicant party was right and that the decision of the first-instance court was inaccurate. If the decision annulled by the Regional Court of Appeals is on the merits, it is often experienced that the Regional Court of Appeals sends the file to the court of first instance in order to reverse the decision of the first instance court annulled. In cases where there is no need for a retrial, the Regional Court of Appeals, upon the acceptance of the appeal application, annuls the first-instance court decision that it deems to be inaccurate, and sends the file to the first-instance court for it to decide against the decision of the first-instance court of acceptance or rejection (partial acceptance/rejection) on the merits of the first-instance court's first decision. According to our Code of Civil Procedure, there is no way for the court of first instance to resist this decision. This feature is contrary to the rule of first instance, that the court of first instance cannot resist the Regional Court of Appeals even though it can resist the decision of the Court of Cassation. As a matter of fact, a verdict is an opinion that the court has at the end of the trial. However, the Regional Court of Appeals dictates its own opinion to the court of first instance. Secondly, it is a clear violation of the Constitution's provision that judges decide according to their conscientious convictions formed in accordance with the Constitution, law and law. As a matter of fact, the justification of the provisions is also the predominant provision of the Constitution. The justification is the legal and logical explanation of the conclusion reached by a court at the end of the trial. Therefore, in the event that the regional courts of appeal do not find it necessary to hold a trial, as a result of

the appeal review, sending the file to the first-instance court again in order for the first-instance court to decide against the verdict of the first-instance court upon the acceptance of the appeal application is clearly contrary to the principles of both the Constitution and the law of procedure, as well as harming the impartiality and independence of the courts. The lack of a way of resisting the decisions of the first-instance court against the decisions of the Regional Court of Appeals is a violation of the right to defense within the framework of the right to be heard in the context of the legal remedy. Therefore, as a result of the appeal law review, the Regional Court of Appeals should give a new decision itself, which resolves the dispute on the merits, instead of overriding the decision of the first-instance court on the merits and sending it for re-judgment.

Keywords: Appeal, Annulment of Judgment, Resistance, New Decision.

Extended Summary

The acceptance of the application for appeal at the end of the legal remedy examination is a confirmation that the applicant is right and that the decision of the court of first instance is unjustified. If the decision of the Court of Appeals is related to the judgment of the Court of First Instance on the merits, it is frequently experienced that the Court of Appeals sends the file to the Court of First Instance to make a decision contrary to the decision of the previous decision. In cases where there is no need for a retrial, the Court of Appeals, upon the acceptance of the appeal application, removes the decision of the first instance court that it deems unjust and sends the file to the first instance court to make a decision contrary to the acceptance or rejection (partial acceptance/rejection) decision of the first instance court on the merits in its first decision. According to our Code of Civil Procedure, the court of first instance is not entitled to resist this decision. This feature is contrary to the rule of subsidiarity, where the court of first instance can resist the decision of the Court of Cassation but cannot resist the Court of Appeals. As a matter of fact, a judgment is an opinion of the court at the end of the trial. However, the Court of Appeals dictates its own opinion to the court of first instance. Secondly, it is a clear violation of the Constitution's provision that judges decide according to their conscientious convictions formed in accordance with the Constitution, the law, and

the legislation. As a matter of fact, it is also a mandatory provision of the Constitution that judgments must be reasoned. Justification is the legal and logical explanation of the conclusion reached by a court at the end of a trial. Therefore, in the event that the courts of appeals do not deem it necessary to hold a trial as a result of the appeal examination, the acceptance of the appeal application and sending the case back to the court of first instance to make a decision contrary to the decision reached by the court of first instance, causes the court of first instance to have to make a decision contrary to the decision it has already made and interferes with the independence of the court of first instance vis-à-vis the Court of Appeals. It is not right for the court of first instance not to have the right to resist the decision of the Regional Court of Appeals on the merits, to make a decision by adhering to the issue that it is not convinced or to be asked to make the decision that it does not believe directly. In this case, as a result of the appeal examination, the Court of Appeals should make a new decision that resolves the dispute on the merits itself, instead of eliminating the decision of the court of first instance on the merits and sending the case back to the court of first instance for the establishment of the judgment determined by itself. The decision to send the case to the Court of First Instance was contrary to this; the Court of Appeal dictated the judgment to the Court of First Instance to decide with a certain reasoning, considering that these decisions are final and binding, which is contrary to the mandatory provision that the judge must decide according to his conscientious opinion in accordance with the Constitution. The reversing nature of this decision means that the Court of Appeals acted like the Court of Cassation, which conducts the appellate review, and therefore, the Court of Appeals avoided the procedural possibilities that enable the Court of Appeals to decide on the merits of the dispute with this decision. As a matter of fact, since the court of first instance is bound by the findings stated in the referral decision, this situation leads to a disconnect between the justification and the judgment, since the court of first instance does not have the right to resist, it is forced to make a decision that it does not believe in, in addition to this, the procedural economy is violated as it leads to loss of time and unnecessary expenses, and in this respect, it is determined that the referral decision is contrary to the principle of legal judge.

Giriş

Hukuk, her bir coğrafyada mündemiç ve sosyal hayatı kuşatan düzenlerdir. Maddi hukuk kişilerin hak ve yetkileri yanında yükümlülüklerini; şekli hukuk ise maddi hukukun belirlediği hak ve borçlar çerçevesinde yargılama yapar. Bir diğer ifadeyle şekli hukuk maddi hukukun belirlediği hakların nasıl kullanılacağını gösteren usul ve yöntem dalıdır. Bu hususiyet göz önüne alındığında, usul kuralları maddi hukuka öncülük etse de hakikatte, usul hukuku, kişilerin sahip olduğu hak, yetki, ödev ve borçlarını düzenleyen maddi hukuk kurallarının çözüm, yöntem ve işleyiş ve icrasını düzenlemekle maddi hukuku takip eder. Bu vadide, hukuk da, hayatın çeperinde neşvü nema bulması hasebiyle hayatın yörünge ve çeperinde hayata dair diğer ilim hayat icaplarından beslenerek tekâmül ve terakki eder. Dolayısıyla hukuk, pekâlâ tarih, coğrafya, sosyoloji, felsefe, edebiyat ve şiir ile düşünce tarihi ve envai ilim ve disiplinlerle etkileşim içinde mecra bulur. Hatta hukukun popüler kültürden dahi besleneceği düşüncesinden ilham alarak makalemizin başlığını “hükümün dikte edilmesi” olarak tercih ettik. Zira hayat, hukuka öncülük edecek, ne var ki hukuk, hayatın çeperini aşamayacaktır. Bu minvalde hukuk, bizzat mündemiç olduğu toplumda neşvü nema bulduğuna ve hukukun hükmü de toplumda makes bulup, toplumsal sulh, sükûnet ve istikrarın ifadesi olduğuna göre bu duruma yönelik her olumsuz müdahaleden ve uygulamadan hem maddi hukuk hem de usul hukuku sahasında kaçınılmalıdır. İşte eldeki çalışmaya sebep de ilk derece mahkeme hükmünün istinaf incelemesi sonucu başvurusunun talebinin kabul görmesi üzerine esas bakımından hatalı gördüğü ilk derece mahkemesi kararına karşı, bölge adliye mahkemesinin karar vermektan imtina edip, kendi görüş ve kanaatini ilk derece mahkemesine dayatarak dosyayı kendi kanaati doğrultusunda hüküm kurmak üzere ilk derece mahkemesine göndermesinin bu durumu bozduğu için söz konusu uygulama eldeki çalışmaya hayatiyet vermiştir.

İstinaf incelemesi ilk derece mahkemesinin kararlarına karşı giden bir kanun yoludur. Bu çalışma istinaf kanun yolunun şart ve usullerine değil, salt istinaf incelemesi sonucunda istinaf başvurusunun kabulü üzerine ortadan kaldırılan ilk derece mahkeme hükmünün bölge adliye mahkemesinin kanaati doğrultusunda karar verilmesi için dosyanın ilk derece

mahkemesine gönderilmesine mahsus ve mümastır. Hükümün Anayasa, kanun ve hukuka uygun oluşan vicdani kanaate göre verilmesi Anayasanın emredici düzenlemesidir (AY. m. 138 f. 1). Aşağıda alt başlıklar hâlinde öncelikle istinaf başvurusunun kabulü üzerine bölge adliye mahkemesinin dosyayı ilk derece mahkemesine göndermesi ve müteakiben söz konusu kararın usûl hukuku ve Anayasa çerçevesinde sonuçlarını inceleyeceğiz.

I- HMK m. 353 f. 1/a İstinaf İncelemedesinde Sınırlı Bir Bozucu Etkiyi Göstermektedir

Kanun yolu ile ilk derece mahkemesi kararlarının hukuka uygunluğunun denetlenerek varsa ilk derece mahkemesi kararındaki eksikliklerin tamamlanması, yapılan hataların ortadan kaldırılması amaçlanır¹. Bu amaçla yapılan denetim sonucunda hukuk yeknesak uygulanacak, hukukî istikrar (içtihat birliği) tesis edilmiş olacaktır. Ceza yargısından² farklı olarak hukuk yargılamasında ülkemizde kanun yolu denetimi her ilk derece mahkemesinin kararına karşı kabul edilmiş değildir. Malvarlığı haklarına ilişkin davalarda ilk derece mahkemesi kararlarının belirli bir parasal sınırın altında olması (2024 yılı için istinaf sınırı 28.250,- TL ve temyiz sınırı 378,290,- TL'dir) durumunda istinaf ve temyiz incelemesi yapılmamaktadır. Bu durum kanun yolu incelemesini daha da anlamlı hale getirmektedir. Zira kanun yolu denetimi sonucunda oluşan içtihat birliği ilk derece mahkemesinin kesin olarak verdiği kararlar için de dikkate alınmayı gerektirir.

Kanun yolları özelliklerine göre düzeltici ve bozucu kanun yolu olarak ikiye ayrılır. Düzeltici özelliğe sahip kanun yolunda ilk derece mahkemesi kararında tespit edilen hukuka aykırılık söz konusu kanun yolunda düzeltilmektedir. Bozucu kanun yolunda ise ilk derece mahkemesi kararında

1 Muhammet Özkes, *Pekcanitez Şerh*, Cilt: III, s. 2150; Ali Cem Budak/ Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku*, 4. Bası, Ankara 2020, s. 367; Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 3. Bası, Ankara 2019, s. 468; Murat Atalı/İbrahim Ermenek, *Medenî Usûl Hukuku*, 3. Bası, Ankara 2021, s. 317; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, *Medeni Usûl Hukuku*, 9. Baskı, Ankara 2023, s. 635; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 11. Bası, İstanbul 2023, s. 487; Yavuz Alangoya/M. Kâmil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 7. Baskı, İstanbul 2009, s. 447, Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, Cilt: II, 2. Bası, Ankara 2022, s. 44, 45.

2 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ek 7 nolu Protokol (RG 25.03.2016, S.29664).

hukuka aykırılık tespit edilmekte ve fakat bunun düzeltilmesi için dosya kararı veren mahkemeye geri gönderilmektedir³.

Hukukumuzda temyiz kanun yolu bozucu nitelikteyken, istinaf kanun yolu düzeltici niteliktedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun m. 370, 371'e baktığımızda temyiz kanun yolunun sadece bozucu, m. 356 f. 2'ye baktığımızda ise istinaf kanun yolunun düzeltici kanun yolu olduğu anlaşılmaktadır. İstisnai olarak istinaf incelemesinde usûl hukukuna ilişkin bazı hata ve eksikliklerde istinaf incelemesinde bozucu nitelikte kararlar verilebilmektedir. Bu hata ve eksiklikler HMK m. 353 f. 1 a bendinde sınırlı olarak sayılmıştır. Bu durumda bölge adliye mahkemesi karar verilmek üzere dosyayı kararı veren ilk derece mahkemesine veya uygun göreceği bir başka mahkemeye veya görevli veya yetkili ilk derece mahkemesine göndermektedir. Gönderme kararı kesin olarak verilmektedir. Bu ise hem verilen kararın temyiz edilemeyeceğini hem de gönderilen mahkemenin karar doğrultusunda işlem yapmak zorunda olduğunu ifade etmektedir. Usûle ilişkin verilen bu kararlarla dosya kendisine gönderilen ilk derece mahkemesi bağlı olup, gönderme kararına göre hareket etmek zorundadır⁴. Örneğin, usulüne aykırı şekilde davanın açılmamış sayılmasına karar verilmişse dosyayı incelemeye almak zorundadır. 7251 sayılı Kanunla (m. 35) HMK m. 353 f. 1 a 6'da '*uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması ya da talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması*' şeklinde yapılan değişiklik zaten istisnai olarak bozucu özelliği kabul edilen istinaf denetiminin bu özelliğinin ispata ilişkin hususlarda denetimin kural olarak bozucu nitelikte olacağı şeklinde anlaşılacağı endişesiyle eleştirilmiştir⁵. Öte taraftan öğretide bu de

3 Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 482.

4 Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 657.

5 Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* (150) 2020, s. 283 vd. (247-299); Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s. 500; Muhammet Özekes/Nilüfer Boran Güneysu, *Deliller ve Hüküm Eksikliği Yönünden İstinaf İncelemesi ve Kararı*, İstanbul 2021, s. 89 vd.; Atalay/ Ermenek/ Erdoğan, s. 626 vd.; Cenk Akil, "22.07.2020 Kabul Tarihli Ve 7251 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun İle İstinafa İlişkin Olarak Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 12, Sayı: 45, Ocak 2021, s. 419 vd. (417-435); Nur Bolayır, *Cumhuriyetin 100. Yılında Medeni Usûl Ve İcra İflâs Hukukumuzun Gelişim Ve Değişim Süreci*, İstanbul 2023, s. 781 (821-884).

şikliğın dar istinaf sistemine uyumlu olduğu, dar istinaf sisteminde yargı-lamanın ağırlığının ilk derece mahkemesinde olduğunun kabul edildiği yönünde aksi yönde görüş de belirtilmiştir⁶. Öğretideki görüş farklılığının sebebi istinaf sisteminin bölge adliye mahkemesine dosyanın gönderilme-si konusunda taktir yetkisi verip vermediğine ilişkindir. İstinaf sisteminin dar ya da geniş olması dosyaya yeni vakıaların ileri sürölüp sürölmemeyeceği yahut yeni delillerin sunulup sunulmayacağı ile ilgilidir⁷. İstinaf inceleme-si sonucunda dosyanın gönderilmesi ancak usule ilişkin gerekçelerle olabi-lir⁸. Zira bölge adliye mahkemesi usule ilişkin bir eksikliğin veya hatanın ol-madığı durumda verilen kararın esas bakımından haklılığını denetler ve bu durumda istinafın dar veya geniş olmasına göre vakıalar ve deliller tekrarı-dan incelenir, değerlendirilir. Bu nedenle delillerin hiç toplanmamış veya değerlendirilmemiş olmasındaki usule ilişkin eksiklik esasa girmekten sakı-nılmasını ve bu sebeple gönderme kararını haklı gösterir.

II- İstinaf Başvurusunun Kabulü Üzerine Dosyanın Esas Bakımından Hüküm Tesisi İçin İlk Derece Mahkemesine Gönderilmesi

İstinaf, ilk derece mahkemesi nihai kararlara karşı gidilen olağan bir kanun yoludur. Nitekim m. 341'de ilk derece mahkemesinin hangi karar-larına karşı istinaf yoluna gidileceği tahdidi olarak belirlenmiştir. İstinaf in-celemesinin kamu düzenine aykırılık dışında istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılacağı da açıkça (m. 355 f. 1 c. 1) belirlenmiştir. Bu hususta tek istisnayı, kamu düzenine aykırılık durumu oluşturur ve bu husus re'sen dikkate alınır.

İlk derece mahkemesi kararında HMK m. 353 f. 1 a bendinde sayı-lan usuli sebeplerden dolayı bir eksiklik veya hata söz konusu değilse bölge

6 Selçuk Öztekin/Sema Taşpınar Ayvaz/Serdar Kale, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi'ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 149, 2020, s. 141 vd. (77-152); Ali Cem Budak, *İlamat Torbası İstinaf Mahkemesi Karar İncelemeleri*, 2020, s. 1, 2; Varol Karaaslan, "HMK m. 353/1-a Üzerine Bir İnceleme", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Faköltesi Dergisi*, Cilt: 22, Sayı: 37, Yıl: 2017, s. 235 (219-239).

7 Ejder Yılmaz, *İstinaf*, Ankara 2005, s. 22.

8 Özeken/ Boran Güneysu, s. 29.

adliye mahkemesi gönderme kararı vermez. Gönderme kararı verilmeyi gerektiren usule ilişkin bir eksiklik veya hata ilk derece mahkemesi tarafından ortadan kaldırılmalıdır⁹. Çünkü bu durumda hükmün vakialara göre doğru olup olmadığına yönelik bir istinaf incelemesini mümkün kılan bir ilk derece yargılaması yapılmış değildir¹⁰. Bu yoksa istinafta davanın esasına ilişkin inceleme yapılacaktır¹¹. Bölge adliye mahkemesi bu durumda davanın esası ile ilgili olarak ilk derece mahkemesi kararı usul ya da esasa uygun ise başvurunun esastan reddine (HMK m. 353 b 1), değilse başvuruyu kabul ederek ilk derece mahkemesini kaldırarak yeniden esas hakkında karar vermektedir. Bölge adliye mahkemesi dosya üzerinden (HMK m. 353 b 2, 3) yahut duruşma yapmak suretiyle davanın esası hakkında karar vermektedir¹². Bu kararlar ilk derece mahkemesinin hükmü kısmen veya tamamen değişmektedir. İfademizi somutlaştırırsak ilk derece mahkemesi davanın reddine karar vermiş ve istinafta inceleme sonucunda davanın kabulü gerektiği sonucuna ulaşılmışsa bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve davanın kabulüne; tersi durumda, yani ilk derece mahkemesinin davayı kabul ettiği faraziyede ise, bu kere ilk derece mahkemesinin kabul kararını kaldırarak davanın reddine karar verecektir¹³.

9 Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 657.

10 Tolga Akkaya, *Medenî Usûl Hukukunda İstinaf*, Ankara 2009, s. 324; Özkes, Pekcanıtez Şerh, s. 2171; Özkes/ Boran Güneysu, s. 30.

11 Selçuk Öztekin, *Türk Medenî Yargılama Hukukunda İstinaf Ve Temyiz*, Ankara 2021, s. 442.

12 Akkaya, s. 334; Öztekin, İstinaf, s. 442.

13 “Bölge Adliye Mahkemesince; ilk derece mahkemesince verilen karara karşı şikâyetçi 3. kişi vekili tarafından sunulan istinaf dilekçesi ve kamu düzeni kapsamında yapılan inceleme neticesinde; davalı alacaklı tarafından Afyonkarahisar 1. Asliye Hukuk Mahkemesine açılan ve 2021/422 esasa kaydı yapılan tasarrufun iptali davasında verilen ara karar ile dava konusu edilen şikâyetçiye ait 2, 9 ve 10 bağımsız bölüm nolu taşınmazlar ile diğer maliklere ait bağımsız bölümler üzerine ihtiyati haciz konulmasına karar verilmiş ve bu karara yönelik şikâyetçi 3. Kişi tarafından yapılan itirazın aynı mahkeme tarafından 08.07.2021 tarihli ara karar ile reddine karar verildiği, bu ret kararına yönelik istinaf başvurusunun Konya BAM 3. Hukuk Dairesininin 18.10.2021 tarih, 2021/1576-1575 E.K. sayılı ilamı ile reddine karar verildiği, verilen ihtiyati haciz kararının ihtiyati tedbir niteliğinde ihtiyati haciz kararı olduğu, şikâyetçi 3. kişinin tüm mal varlığı aleyhine verilmiş bir ihtiyati haciz kararı olmadığı, 3. kişinin sorumluluğunun sadece borçludan satın aldığı iddia edilen taşınmazlar ile sınırlı olduğu, bu haliyle ihtiyati hacizlerin teminat karşılığında kaldırılmasına ilişkin İİK'nın 266. maddesinin somut olayda uygulanma imkânının bulunmadığı gerekçesiyle ilk derece mahkemesince şikâyetçi 3. kişinin talebinin reddine karar verilmesi gerekirken banka teminatı karşılığında ihtiyati hacizlerin kaldırılmasına karar verilmesinin hatalı olduğu kanaatıyla ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına, yeniden esas

Her iki ihtimalde de bölge adliye mahkemesi yeniden yargılama yapmakta ve ilk derece mahkemesinin yerine geçerek karar vermektedir¹⁴. Bu ihtimaller kısmen kabul ve kısmen ret kararlarında da benzer şekilde görünüm kazanacaktır. Bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesinde verilen kararı kaldırılarak uyuşmazlığın esası hakkında verdiği karar düzeltici niteliktedir¹⁵. Bu durumda verilen kararın eda, tespit ya da inşai hüküm niteliği önemli değildir.

Uygulamada davanın esasına ilişkin istinaf taleplerinin haklı olduğu ve uyuşmazlığın esasına ilişkin inceleme yapıldığı durumlarda bölge adliye mahkemesi ilk derece mahkemesinin kabul ya da ret kararını kaldırmakta ne var ki kendi kanaatini taşıyan gerekçelerle birlikte hükmü vermesi için dosyayı ilk derece mahkemesine göndermektedir¹⁶.

“O halde ilk derece mahkemesince yapılması gereken, dava dilekçesinde belirtilen ve iptali istenen taşınmazların tedavüllu kayıtları getirtilerek, her bir taşınmaz için taleple bağlı kalınarak (tasarrufun iptali ve yahut da bedel tazmini) ve İİK'nın 281/2.maddesi gereğince ihtiyati haciz talebi konusunda değerlendirme yapılarak karar verilmesi olmalıdır.” gerekçesiyle istinaf talebi kabul edilmiştir.

Dairemizin kaldırma kararı üzerine mahkemece 16/03/2023 tarihli ara karar ile,

hakkında hüküm kurularak talebin reddine karar verildiği görülmektedir.” Yargıtay 12. HD, 26.01.2023, 8055/ 511 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>).

14 Hakan Pekcanitez/Cemil Simil, *İcra - İflas Hukukunda Şikâyet*, İstanbul 2017, s. 443.

15 Akkaya, s. 334, 335.

16 “Gerek İİK'nın 277 ve devamı maddeleri, gerekse TBK'nın 19 maddesi kapsamında açılan tasarrufun iptali davaları ise tasarrufun aynına ilişkin olmayıp, alacağın tahsiline yönelik, şahsi nitelikte davalardır. Bu davalarda, davanın kabul edilmesi halinde, olası davacı alacak ve eklentileri ile sınırlı olmak üzere tasarruf işleminin iptaline karar verilir. İİK'da, bu tür davalarda, geçici hukuki koruma tedbiri olarak kendine mahsus ihtiyati haciz yolu düzenlenmesi yapıldığından HMK'nın 389 ve devamı maddelerine göre, tasarruf konusu mal üzerine ihtiyati tedbir kararı verilemeyecektir. Bu nedenle ilk derece mahkemesince ihtiyati tedbir talebinin reddine karar verilmesi gerekirken kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Açıklanan nedenlerle, davalılar ve killerinin istinaf başvurularının kabulü ile HMK'nın 353/1-a/6 maddesi uyarınca ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına, dosyanın yukarıda belirtilen şekilde işlem yapılmak üzere mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir” İstanbul BAM 9. HD 25.10.2023, 436/1912 (yayınlanmamış bölge adliye mahkemesi kararı).

“...kaldı ki aynı dosya üzerinden hem tasarrufa konu mallara hem de takibin tarafı olmayıp icraya katlanma borcu olan üçüncü kişi Ferhat E.’in tüm mal varlığına haciz konulması takip hukukunda ölçülülük ve taşkın hacze sebebiyet vereceğinden Mersin ili, Tarsus ilçesi, İncirlikuyu mahallesi, 111 Ada, 8 Parsel 14 no’lu bağımsız bölümde bulunan mesken bakımından Ferhat E. adına kayıtlı taşınır, taşınmaz ve üçüncü şahıslardaki hak ve alacakları bakımından İİK 281/2. m. uyarınca ihtiyati haciz konulması hususunda mahkememizce verilen 08/12/2022 tarihli ara kararın 4 no’lu fıkrasının kaldırılmasına, 1, 2 ve 3 no’lu ara kararın devamına” dair karar verilmiştir. Davacı vekili bu ara karara karşı istinaf başvurusunda bulunmuştur. HMK’nın 355.maddesi gereğince, kamu düzeni ve istinaf sebepleri ile sınırlı olmak üzere yapılan inceleme sonucunda:

İİK’nın 283/2 maddesi gereğince iptal davası, üçüncü şahsın elinden çıkarmış olduğu mallar yerine geçen değere taalluk ediyorsa, bu değerler nispetinde üçüncü şahıs nakden tazmine (davacının alacağından fazla olmamak üzere) mahkûm edilmesi gerekir.

Tasarrufun iptali davasında ihtiyati haciz talebi üzerine İİK’nın 281/2. maddesine göre, iptale tabi tasarrufların konusu olan mallar hakkında alacaklının talebi üzerine ihtiyati haciz kararı verebilir. Teminatın lüzum ve miktarı mahkemece takdir ve tayin olunur. İİK’nın 281/2.maddesinin 2.cümlesi ile de aleyhlerine nakden tazmin talep edilenler yönünden teminatsız ihtiyati haciz kararı verilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Somut uyuşmazlıkta davalı Ferhat E. tasarrufa konu taşınmazlardan Mersin ili, Tarsus ilçesi, İncirlikuyu mahallesi, 111 Ada, 8 Parselde bulunan 14 bağımsız bölüm vasıflı taşınmazı satarak mal varlığından çıkartmış, davacı da tazminat talep etmiştir. Borçlu birden fazla taşınmazını elden çıkartmış ise de açılan tasarrufun iptali davasında devir edilen tüm taşınmazlar için tasarrufun iptali talep edilebilir. Her bir taşınmaz için iptal koşulları ayrı ayrı değerlendirilerek sonucuna göre koşullar oluşmuş ise tasarrufun iptaline karar verilecektir. Yine tasarrufun iptali davasında taşkın haciz iddiası dinlenmez. Bu nedenle ilk derece mahkemesince bedele dönüşen davada davalı 3. kişiler, tazminat miktarı kadar tüm malvarlıkları ile sorumlu olduklarından mahkemece her bir taşınmaz için ayrı ayrı olarak yaklaşık ispat kuralına göre değerlendirme yapılarak davanın niteliği, mevcut delil durumu dikkate alınarak ve ihtiyati haciz kararı verilebilmesi için tam bir ispat

koşulu da aranmadığından, İİK'nın 281/2. maddesi uyarınca ihtiyati haciz koşulları değerlendirilerek karar verilmesi gerekirken, açıklanan gerekçe ile talebin reddine karar verilmesi doğru olmamıştır.

Açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin istinaf başvurusunun kabulüne karar verilmiştir.

KARAR: Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere:

1-Davacı vekilinin istinaf başvurusunun **KABULÜNE**,

2-Dosyanın belirtilen şekilde işlem yapılarak karar verilmek üzere Mahkemesine

GÖNDERİLMESİNE,...” İstanbul BAM 9. HD, 08.06.2023, 891/1098

“Dosya kapsamı, mevcut delil durumu, ileri sürülen istinaf sebepleri, istinaf sebepleriyle bağlılık ve kamu düzeni ilkesi dikkate alındığında;

Mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılmıştır. Alınan rapor yetersizdir. Söyle ki; arsa niteliğindeki taşınmaza değer biçilirken emsal olarak değerlendirilmeye alınan taşınmazların özel amaçlı olmaması, dava konusu taşınmazla benzer yüzölçümlü, mümkün olduğu kadar aynı mahalle ve satış tarihinin değerlendirme tarihine yakın olması gerekir.

Dava konusu taşınmazla emsal taşınmazın eksik ve üstün yönleri belirlenirken, dava konusu ve emsal taşınmazların konumları, imar durumları ve emlak metrekare rayiç değerleri de dikkate alınarak değerlendirmenin gerekçeleriyle birlikte somut ve hayatın olağan akışına uygun olarak yapılması gerekir. Emsal karşılaştırması sonucunda taraflar arasında dengeyi sağlayacak adil ve hakkaniyete uygun bir bedel belirlenmelidir. Bilirkişi kök raporunda emsal olarak alınan taşınmazlar eski tarihli satış olup dava konusu taşınmaz ile emsal taşınmazın emlak vergi rayiçleri arasındaki kat oranı ve dava konusu taşınmaza emsal olarak alınan 1011, 895 ve 1612 parsellerin, değerlendirme tarihine göre eski olan satış tarihleri gözetildiğinde, satış tarihinden dava tarihine kadar geçen süre içinde, gayrimenkul sektöründe, endekslerin üzerinde seyreden artış gözetilmeksizin, aza hükmeden bilirkişi raporu denetlenmeden hüküm kurulması, doğru görülmediğinden, kararın kaldırılmasına, iade nedenine göre sair istinaf itirazları incelenmezsiniz davanın yeniden görülmesi için dosyanın mahkemesine iadesine dair aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

HÜKÜM: Ayrıntısı ve gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere;

1-Yukarıda yazılı nedenle; Küçükçekmece 11. Asliye Hukuk Mahkemesinin 30/05/2022 tarih ve 2021/502- 2022/191 sayılı kararının KALDIRILMASINA, davanın yeniden görülmesi için dosyanın mahkemesine İADESİNE,” İstanbul BAM 5. HD, 02.11.2023, 2598/1925¹⁷.

Bu kararlarda ilk derece mahkemesi kararının istinaf incelemesinde kaldırıldığı ve fakat istinafin uyumsuzluğun esasına ilişkin karar vermeyerek işaret ettiği hususların dikkate alınarak karar vermesi için dosyayı ilk derece mahkemesine gönderdiği anlaşılmaktadır. Her geçen gün bu mahiyette kararların sayılarının arttığı görülmektedir. Bu kararlar istinaf sistemine aykırı olmakla birlikte bir nevi ilk derece mahkemesine talimat vermek anlamına geldiğinden ilk derece mahkemesinin verdiği hüküm, dikte edilen hüküm olarak değerlendirilecektir. İlk derece mahkemesine verilen talimat belirtilen gerekçelerin tamamlanarak anılan yönde karar verilmesinin istenilmesidir. Bunun yanında, karar gerekçe ile bir bütünlük arz etmektedir. Zira gerekçe bir mahkemenin ulaştığı kanaatin hukukî ve mantıkî dayanağıdır. Şayet istinaf incelemesi sonucunda bölge adliye mahkemesi istinaf başvurusunu kabul ederek ilk derece mahkemesinin ulaştığı hükmün aksine bir kanaate ulaşıyorsa bu hükmü bizatihi kendisi vermelidir. Bu nedenle bölge adliye mahkemesinin ulaştığı kanaatin gerekçesini açıklayıp hükmü ilk derece mahkemesine bırakması hükmün ikiye bölünmesi anlamına da gelecektir.

III- Bölge Adliye Mahkemesinin Gönderme Kararına Karşı Direnilememesi

Bölge adliye mahkemesinin gönderme kararı sadece m. 353 f. 1 a kapsamında usûlî gerekçelerle verilebilecek olup, bu kararlar kesin verilmekle dosya kendisine gönderilen mahkeme karar doğrultusunda hareket etmek zorundadır. İstinaf incelemesi sonucu uyumsuzluğun esasına ilişkin ulaştığı sonuçlar hakkında bölge adliye mahkemesi kendisi karar vermek zorundadır¹⁸. Bu karar ya istinaf başvurusunun esastan reddi şeklinde ya da esa-

17 Yayınlanmamış bölge adliye mahkemesi kararı.

18 Selçuk Öztekin, “Adalet Bakanlığı Üst Mahkemeler Hukuk Komisyonu Tarafından Hazırlanmış Olan Üst Mahkemeler Tasarısı”, *Yargı Reformu 2000 Sempozyumu*, İzmir 2000, s. 104; Deniz Meraklı Yayla, *Medenî Usûl Hukuku’nda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması*, Ankara 2014, s. 64.

sa ilişkin hüküm vermek şeklinde olacaktır. Bu nedenle esasa ilişkin verilen kararlara karşı başvuru mümkünse (m. 361, 362) temyiz kanun yoluna başvurulabilecektir. Bölge adliye mahkemesinin uyuşmazlığın esasına ilişkin değerlendirme yaparak bu hususta verilecek kararı ilk derece mahkemesine göndererek ona bırakması istinaf sistemine aykırıdır. Üstelik öngörülmemiş bu husus hakkında gönderme kararlarının m. 353 f.1 a belirtilerek kesin şekilde verilerek gönderilmesi ve ilk derece mahkemesinin bu kararlara karşı direnme gibi bir hukuki yola başvurusunun da mümkün olamaması bölge adliye mahkemelerinin temyiz rolünü üstlenerek¹⁹ rol çaldıklarını göstermektedir.

HMK'nın 373. maddesinde Yargıtay'ın bozma kararına karşı kararı ilk derece mahkemesinin veya bölge adliye mahkemesinin direnebileceği hüküm altına alınmıştır. Temyiz kanun yolu, istinaf kanun yolundan farklı olarak sadece hukuka uygunluk denetimi yapmakta olup, verdiği bozma kararına ilk derece mahkemesi direnebilmektedir. Oysaki istinaf incelemesi sonucunda istinaf başvurusunun haklı bulunarak ilk derece mahkemesi kararının kaldırılması sonucu uyuşmazlığın esasını incelenerek verilen gönderme kararına bu türden bir gönderme kararının verilebileceği kanunda düzenlenmemiş olduğundan ilk derece mahkemesi direnme kararı veremeyecek ve gönderme kararına uygun işlem yapmak zorunda kalmaktadır. Bu sebeple makale başlığında da belirttiğimiz üzere istinaf başvurusunun kabulü üzerine uyuşmazlığı esas bakımından inceleyen bölge adliye mahkemesinin bu hususta gönderme kararı vermesi ve dayatması sonucunda ilk derece mahkemesinin direnememesi, inanmadığı bir hükme imza atması savunma hakkının ve hâkimlerin vicdani kanaate göre karar vermesi gerektiğine dair Anayasadaki amir hükmün çiğnenmesidir. Halbuki bölge adliye mahkemesinin istinaf başvurusunu kabul edip uyuşmazlığın esasına ilişkin değerlendirme yapması ve ilk derece mahkemesinin ulaştığı hükmün aksi yönde bir kanaate ulaşması durumunda kararı da bizatihi kendisinin vermesi hem Anayasa'nın hem de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun bir gereğidir. İstinafta bölge adliye mahkemesi istinaf başvurusunu haklı bulursa davanın esasını hakkında karar vermeden önce öncelikle ilk derece mahkemesinin

19 Bu durumda esasa ilişkin bir kontrol mahkemesi gibi karar verilmektedir. Cenk Akil, *İstinaf Kavramı*, Ankara 2010, s. 217.

kararının kaldırılmasına karar verir. Kaldırma kararıyla amaçlanan nihai kararın iptal edilmesidir²⁰. İstinaf incelemesi sonucunda bölge adliye mahkemesinin istinaf başvurusunu haklı görmesi, ilk derece mahkemesinin kararının isabetli olmadığına işaret etmektedir. Dolayısıyla ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılması kararı ile birlikte dosya ilk derece mahkemesine gönderilmeden bölge adliye mahkemesi kendisi uyuşmazlık hakkında karar vermelidir. Kaldırılan ilk derece mahkemesi hükmü ile birlikte dosyanın bölge adliye mahkemesi tarafından karara bağlanması gerekirken karar vermek üzere ilk derece mahkemesine gönderilmesi kanaat ile gerekçenin ilk derece mahkemesine zorla kabullendirilmek istenmesidir. Uygulamada verilen kararlar bahsini ettiğimiz üzere hükmün ilk derece mahkemesine dikte ettirilmesi yönünden hukuka aykırıdır.

IV- Bölge Adliye Mahkemesinin Kanaati Yönünde Hüküm Tesisinin Usûl Hukuku Açısından İrdelenmesi

1- Bölge Adliye Mahkemesinin Uyuşmazlığın Esasına İlişkin Usûli İmkanları Kullanmaktan Sakınması

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda istinaf incelemesi hukuka uygunluk denetiminden ibaret değildir, istinafta aynı zamanda vakıya uygun şekilde karar verilip verilmediği de incelenmektedir²¹. Usûl hukuku bakımından sorun görülmeyen ilk derece mahkemesi hükmü vakıya uygun olmayan bir değerlendirmeyi içerebilir. Bu durumda uyuşmazlığın esasına ilişkin karar da bölge adliye mahkemesi tarafından verilmelidir²². Bölge adliye mahkemesi kanunda kendisine tanınan imkanlar dahilinde uyuşmazlığı esas bakımdan karara bağlama imkanına sahiptir²³. İstinaf sisteminin dar veya geniş olması bu hususta bir engel oluşturmaz. İstinaf sisteminde bölge adliye mahkemesinin kural olarak ilk derece mahkemesinde yargılamaya

20 Akkaya, s. 323.

21 Öztekin, İstinaf, s. 68; Akil, İstinaf, s. 205.

22 Yılmaz, İstinaf, s. 71; Akil, s. 198; Muhammet Özkes, *100 Soruda Medenî Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi İstinaf ve Temyiz*, 3.Bası, Ankara 2016, s. 93 (100 Soruda); Mehmet Fatih Ülkü, "İstinaf Mahkemelerinin Yeniden Karar Vermekten Kaçınmasının Yarattığı Sorunlar Üzerine", *Ankara Barosu Dergisi*, 2023/4, s. 547 (533-556).

23 Meraklı Yayla, s. 64, 65; Tanrıver, s. 55.

getirilen vakıaları ve sunulan delilleri incelemesi²⁴ aynı kapsamda kalarak esas hakkında karar veremeyeceği anlamına gelmez. Bu durumda ilk derece mahkemesine dosyanın gönderilmesi ile esas bakımından onun karar vermesini istemesi ile bölge adliye mahkemesinin aynı çerçevede esasa ilişkin karar vermesi arasında birini diğerine göre daha avantajlı kılan bir fark bulunmamaktadır. Bölge adliye mahkemesi de esasa ilişkin incelemesini yaparken evvelden dinlenen tanığı çağırıp dinleyebilir, bilirkişi incelemesi yaptırabilir. Diğer bir deyişle ilk derece mahkemesine dosyayı göndermiş olduğu durumda onun tarafından yapılabilecek işlemleri kendisinin de yapması²⁵ ve esas hakkında karar vermesi mümkündür²⁶. Bu nedenle bölge adliye mahkemesinin uyumsuzluğun esasına ilişkin gönderme kararı vermesi kendi işini ilk derece mahkemesine yaptırmaktır.

Bu durumda bilhassa duruşma yapmak asıl olduğuna göre duruşmalı inceleme sonucunda davanın temeli olan vakıalarla ve onları temsil eden delillerle temas sağlanmış ve incelenmiş olup²⁷, esasa ilişkin uyumsuzluğun çözümü bakımından bölge adliye mahkemesinin kanaati buna göre oluşmuştur. Bu nedenle doğrudanlık ilkesi bakımından bir ihlâlin söz konusu olmayacağı da tereddütsüz kabul edilmelidir. Bu minvalde istinaf kanun yolunda istinaf başvurusunun kabulü üzerine bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesinin kararını ortadan kaldırarak kendi kanaati doğrultusunda karar vermesi için dosyayı ilk derece mahkemesine göndermesi usul kurallarının ve yargılama ilkelerinin açıkça bertaraf edilmesidir.

2- Bölge Adliye Mahkemesinin Tespitlerinin İlk Derece Mahkemesi Hükmüne Gerekçe Yapılması

24 Nevhis Deren Yıldırım, “Teksif İlkesi Açısından İstinaf”, *İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı*, 7-8 Mart 2003, Ankara 2003, s. 269 (267-284); Nevhis Deren Yıldırım, “Kanun Yollarına Dair Bazı Düşünceler”, *Medeni Usûl Hukukçuları Toplantısı VI - İzmir 2007*, Ankara 2008, s. 10 (3-17); Akil, *İstinaf*, s. 262.

25 Aziz Serkan Arslan, *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Medeni Usul Hukukunda Delillerin Toplanması Ve Doğrudanlık İlkesi*, Ankara 2012, s.245 vd.

26 Özkes/Boran Güneysu, s.53.

27 Arslan, s. 246; Murat Özgür Çiftçi, *Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf*, 3. Baskı, Ankara 2016, s.522.

Bir hükmün gerekçesi, mahkemenin sabit gördüğü vakıalar ile hüküm fıkrası arasında köprü görevi sağlayan bir unsurdur²⁸. Gerekçe bu özelliği nedeniyle tarafların açıklamalarının ve sunulan delillerin yargı mercii tarafından dikkate alındığını göstermekle hukuki dinlenme hakkının da bir tezahürüdür²⁹ (m. 27, Anayasa m. 36). Zira şeffaflık, denetlenebilirlik ve hesap verilebilirlik kapsamında keyfiliği önleyen gerekçe, hükmün kurucu unsuru mahiyetiyle hukuki kimliği ve meşruiyetidir. Gerekçe³⁰ hükmün hukuki kimliği ve meşruiyeti bağlamında³¹, hak arama özgürlüğü, adil yargılanma ve hukuki dinlenme hakkı zaviyesinden ilgili tarafların kanun yoluna başvurabilmelerini mümkün kılarak³² kararın denetimini sağlamaktan³³ başka şeffaflık, denetlenebilirlik ve hesap verilebilirlik bağlamında, keyfiliği önleyip yargıya olan güveni artıracak ve içtihat zenginliği ile hukukun gelişimine katkı sağlayacaktır. Bu önemi sebebiyle mahkemenin gerekçedeki tespitleri değerlendirilmesi ve bunun sonucunda hükmü vermesi gerekir. Bunun yerine bölge adliye mahkemesinin gerekçe oluşturup oluşturduğu gerekçe doğrultusunda hüküm verilmesini dikte etmesi hükmün gerekçesinin de dayatıldığı anlamına gelir. İlk derece mahkemesinin bölge adliye mahkemesinin kanaati doğrultusunda gerekçe oluşturması inanmadığı bir kararı vermesi anlamı taşıyabilir.

28 Kuru, Usul III, s. 3052. Bu unsur Yargıtay'ın bir kararında da belirtilmektedir; "Gerekçe, hâkimin (mahkemenin) tespit etmiş olduğu maddi vakıalar ile hüküm fıkrası arasında bir köprü görevi yapar. Gerekçe bölümünde hükmün dayandığı hukuki esaslar açıklanır. Hâkim, tarafların kendisine sundukları maddi vakıaların hukuki niteliğini kendiliğinden (re'sen) araştırıp bularak hükmünü dayandırdığı hukuk kurallarını ve bunun nedenlerini gerekçede açıklar." Yargıtay 8. HD 02.12.2020, 2018/6751, 2020/7791 (<https://www.lexpera.com.tr/ictihat>).

29 Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı*, Ankara 20023, s.31.

30 Muharrem Kılıç, "Gerekçeli Karar Hakkı: Yargısal kararların Rasyonelitesi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 12, s.47, Temmuz 2021, s.6. "Yargılama hukuku açısından gerekçe, neden- sonuç ilişkisinin neden kısmına dair bir mantıksal sorgulamaya karşılık gelmektedir."

31 Kılıç, s. 4. "Böylelikle kararların rasyonel gerekçeler üzerinden temellendirilmesi, taraflar açısından temel bir insan hakkı olarak ortaya çıkmaktadır."

32 Kılıç, s. 4.

33 Kılıç, s. 4.

Bölge Adliye Mahkemesinin Kendisinin Karara Bağlayacağı Uyuşmazlığın Kendisinin Belirlediği Kapsamda İlk Derece Mahkemesinin Karara Bağlaması Amacıyla Gönderme Kararı Vermesi Usûl Ekonomisi İlkesinin İhlâlidir.

Anayasa'nın 141. maddesine göre bir yargılamanın en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir. Usûl ekonomisi olarak ifade edilen bu ilke Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 30. maddesinde 'yargılamanın makul sürede yapılması', 'düzenli biçimde yürütülmesi' ve 'gereksiz gider yapılmaması' şeklinde unsurları³⁴ belirtilerek ifade edilmiştir. Bu unsurlardan birinin ihlâli halinde yargılama usûl ekonomisi ilkesine aykırı olur. Bu ilke emredici mahiyette olup, hâkim bu ilkeye uygun olacak şekilde yargılamanın yürütülmesine dikkat etmeli, yeterli derecede ihtimam göstermelidir. Sadece ilk derece mahkemesi bakımından değil, kanun yolu incelemesinde de usûl ekonomisine uygun bir inceleme yapılması gerekeceğinden, bölge adliye mahkemesi istinaf incelemesini makul sürede ve gereksiz masraf yapılmasına yol açmadan sonuçlandırmalıdır.

Bölge adliye mahkemesi istinaf incelemesinde uyuşmazlığın esasa ilişkin değerlendirmesinde ilk derece mahkemesinin vakıya hukukun uygulanmasında bir hata veya eksiklik tespit etmişse istinaf başvurusunu kabul edecektir. Bu halde esasa ilişkin incelemenin sonuçlandırılması bölge adliye mahkemesine ait bir görevdir. Bölge adliye mahkemesinin bu görevini yerine getirmek yerine gönderme kararı vermesi yargılanmanın uzamasına ve gereksiz masraf yapılmasına yol açacaktır. Bu şekilde yargılamanın bu unsura aykırı yürütülmesi ve uzaması yargıya olan güveni sarsacaktır³⁵. Gönderme kararının kesin verildiği, ilk derece mahkemesinin verilen karar doğrultusunda gerekçe oluşturup hüküm vermek zorunda olduğu dikkate alındığında ilk derece mahkemesine yapılacak gönderme kararı bir talimat niteliğinde olacak ve bu durum iddialarının ve delillerinin istenildiği hızla karşılanmaması durumuyla karşılaşan kişilerin hukuka olan güvenlerini de sarsacaktır³⁶.

34 Bu unsurlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Cumhuriyet Rüzgâresen, *Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi*, Ankara 2013, s. 133 vd.; Ejder Yılmaz, "Usul Ekonomisi", *AÜHFD*, Cilt: 57, Sayı: 1, Mart 2008, s. 251 vd. (243-274).

35 An. Mah., 23.01.2014, 2013/3282; 02.07.2013, 2012/13 sayılı kararları (<https://www.resmigazete.gov.tr>).

36 Rüzgâresen, s.298.

V- Bölge Adliye Mahkemesinin Kanaati Yönünde Hüküm Tesisinin Anayasa Açısından İrdelenmesi

Hâkimler, Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler. Anayasa'nın bu amir hükmü gereği ilk derece mahkemesi yaptığı yargılamanın gerekçesini kendisi oluşturacak ve hükmünü de buna göre verecektir. İstinaf incelemesi sonucu bölge adliye mahkemesinin esasa ilişkin gönderme kararı vermesi gönderme kararında belirttiği yönde inceleme yapmak zorunda olması bu amir hükümle uyumlu olmayacaktır. İstinaf incelemesinin uyuşmazlığın esasına ilişkin yapıldığı durumda davanın görüldüğü mahkeme artık ilk derece mahkemesi değildir. Bölge adliye mahkemesinin esasa ilişkin yaptığı tespitlere göre gerekçe oluşturması, bu hususta tahkikatı kendisinin yapması kanunî hâkim güvencesi³⁷ ile uyumlu olacaktır. İstinaf mahkemesinin bu durumda ilk derece mahkemesine yapması gereken görevi gönderme kararı ile nakletmesi kanunî hâkim güvencesinin ihlâli olarak kabul edilmelidir. Bu karar haklı olarak öğretilde idare hukuku anlamında 'fonksiyon gaspına' benzetilmiştir³⁸. İlk derecenin mahkemesinin bölge adliye mahkemesinin gönderme kararı ile yetkilendirilerek inanmadığı kanaatin aksine hükme zorlanması kanunî hâkim güvencesine aykırılık dolayısıyla bir Anayasa ihlâlidir.

Sonuç

- 1- İstinaf incelemesinde dosyanın usulî gerekçelerle ilk derece mahkemesine gönderilmesi bozucu nitelikte bir kanun yolu incelemesidir.
- 2- İstinaf başvurusunun kabul edilerek uyuşmazlığın esasının incelenmesi durumunda karar bölge adliye mahkemesi tarafından verilmelidir. Bu durumda ilk derece mahkemesine gönderme kararı verilmesi, bu kararların kesin olarak verildiği ve bağlayıcı olduğu da düşünüldüğünde; gönderme kararının,

37 Bu güvence Anayasa'nın 142. maddesine göre mahkemenin görev ve yetkisinin kanunla düzenlenmiş olması durumunu ifade edip, görevi ve yetkisi dışında kalan hususlarda bir mahkemenin karar vermesi, diğer bir deyişle bir başka mahkemenin kendi görevine ve yetkisine girmeyen bir hususta karar vermesi anılan amir hükme aykırı olacaktır. Süha Tanrıver, "Tabii Hâkim İlkesi ve Medenî Yargı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 104, 2013, s. 14 vd. (11-35).

38 Özkes/ Boran Güneysu, s. 62.

- a- Hâkimin Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatine göre karar vermesi gerektiğine ilişkin amir hükme aykırı olduğu,
 - b- Bozucu nitelikte olduğu,
 - c- Bölge adliye mahkemesinin uyuşmazlığın esasına ilişkin karar vermesini sağlayan usûlî olanaklardan kaçındığı,
 - d- İlk derece mahkemesinin inanmadığı bir kararı vermek zorunda kaldığı,
 - e- Sonuçları itibarıyla zaman kaybına ve gereksiz masraf yapılmasına yol açtığından usûl ekonomisinin ihlâlüne yol açtığı,
 - f- Kanunî hâkim ilkesine aykırı olduğu,
- tespit edilmektedir. Bu itibarla, bölge adliye mahkemesinin uyuşmazlığın esasına ilişkin olarak gönderme kararı vermemesi, bu istisna yapılacaksa da bu istisnanın çok sıkı şartlara bağlı kalınarak yapılması gerekir.

Kaynakça (Yararlanılan Eserler)

- Akil, Cenk, *İstinâf Kavramı*, Ankara 2010. (İstinâf)
- Akil, Cenk, “22.07.2020 Kabul Tarihli Ve 7251 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun İle İstinâfa İlişkin Olarak Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 12, Sayı: 45, Ocak 2021.
- Akkaya, Tolga, *Medenî Usûl Hukukunda İstinâf*, Ankara 2009.
- Alangoya, Yavuz/ Yıldırım, M. Kâmil/ Deren Yıldırım, Nevhis, *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 7. Baskı, İstanbul 2009.
- Arslan, Aziz Serkan, *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Medeni Usul Hukukunda Delillerin Toplanması Ve Doğrudanlık İlkesi*, Ankara 2012.
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel, *Medeni Usûl Hukuku*, 9. Baskı Ankara 2023.
- Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim, *Medenî Usûl Hukuku*, 3. Bası, Ankara 2021.
- Bolayır, Nur, *Cumhuriyetin 100. Yılında Medenî Usûl Ve İcra İflâs Hukukumuzun Gelişim Ve Değişim Süreci*, İstanbul 2023.
- Budak, Ali Cem, *İlamat Torbası İstinâf Mahkemesi Karar İncelemeleri*, 2020.
- Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol, *Medeni Usul Hukuku*, 4. Bası, Ankara 2020.
- Çiftçi, Murat Özgür, *Medeni Yargılama Hukukunda İstinâf*, 3. Baskı, Ankara 2016.
- Deren Yıldırım, Nevhis, “Teksif İlkesi Açısından İstinâf”, *İstinâf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı*, 7-8 Mart 2003, Ankara 2003.
- Deren Yıldırım, Nevhis, “Kanun Yollarına Dair Bazı Düşünceler”, *Medenî Usûl Hukukçuları Toplantısı VI – İzmir 2007*, Ankara 2008.
- Karaaslan, Varol, “HMK m. 353/1-a Üzerine Bir İnceleme”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 22, Sayı: 37, Yıl: 2017.
- Kılıç, Muharrem, “Gerekçeli Karar Hakkı: Yargısal kararların Rasyonalitesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 12, S. 47, Temmuz 2021.
- Kuru, Baki, *İstinâf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 3. Bası, Ankara 2019.
- Özekes, Muhammet, *100 Soruda Medenî Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi İstinâf ve Temyiz*, 3.Bası, Ankara 2016 (100 Soruda).
- Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Ankara 2023.
- Özekes, Muhammet, *Pekcanitez Usûl Şerhi*, Cilt: III.
- Özekes, Muhammet/Boran Güneysu, Nilüfer, *Deliller Ve Hüküm Eksikliği Yönünden İstinâf İncelemesi ve Kararı*, İstanbul 2021.
- Öztek, Selçuk, “Adalet Bakanlığı Üst Mahkemeler Hukuk Komisyonu Tarafından Hazırlanmış Olan Üst Mahkemeler Tasarısı”, *Yargı Reformu 2000 Sempozyumu*, İzmir 2000.

- Öztek, Selçuk, *Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz*, Ankara 2021.
- Öztek, Selçuk/Taşpınar Ayvaz, Sema/ Kale, Serdar, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi’ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 149, 2020.
- Meraklı Yayla, Deniz, *Medenî Usûl Hukuku’nda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması*, Ankara 2014.
- Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 11. Bası, İstanbul 2023.
- Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 150, 2020.
- Pekcanıtez, Hakan/Simil, Cemil, *İcra – İflâs Hukukunda Şikâyet*, İstanbul 2017.
- Rüzgaresen, Cumhuriyet, *Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi*, Ankara 2013.
- Ülkü, Mehmet Fatih, “İstinaf Mahkemelerinin Yeniden Karar Vermekten Kaçınmasının Yarattığı Sorunlar Üzerine”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2023/4.
- Tanrıver, Süha, “Tabii Hâkim İlkesi ve Medenî Yargı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 104, 2013.
- Tanrıver, Süha, *Medenî Usûl Hukuku*, Cilt: II, 2. Bası, Ankara 2022.
- Yılmaz, Ejder, *İstinaf*, Ankara 2005. (İstinaf)
- Yılmaz, Ejder, “Usul Ekonomisi”, *AÜHFD*, Cilt: 57, Sayı: 1, Mart 2008.



Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Reform Süreci

Şerife PETEK *

Özet

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin reform süreci Mahkeme'nin iş yükünün artması ve bu iş yükü sebebiyle etkililiğinin zarar görmesi endişesi ile başlatılmıştır. Mahkeme'nin geleceğine dair tartışma ve çalışmaların yapıldığı, koruma mekanizmasının etkililiğinin korunması ve sürdürülmesi amacının ürünü olan reform süreci, bir dizi Sözleşme'ye ek protokolün kabulü ve Üst Düzey Konferans düzenlenmesinden oluşan bir süreçtir ve halen devam eden dinamik bir yapıdadır. Çalışmamızda, reform süreci hakkında bilgi verildikten sonra, 11, 14, 15 ve 16 no'lu protokoller ve getirileri incelenecektir. Reform sürecinin diğer unsuru olan Üst Düzey Konferanslar ve bu konferanslar sonunda yayınlanan deklarasyonlara değinilerek, Konferansların çıktılarının neler olduğu üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: AİHM Reform Süreci, İş Yükü, Protokoller, Interlaken Süreci.

* Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi, ORCID ID: 0009-0003-5997-3042. Bu makale, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İcrası ve Etkililiği" başlıklı doktora tezinden üretilmiştir.



The Reform Process of the European Court of Human Rights

Abstract

The reform process of the European Court of Human Rights was initiated with the concern that the Court's workload would increase and its effectiveness would be damaged due to this workload. The reform process, which is the product of the aim of preserving and maintaining the effectiveness of the protection mechanism, in which discussions and studies on the future of the Court are carried out, is a process consisting of the adoption of a series of additional protocols to the Convention and the organization of the High Level Conference, and is still in an ongoing dynamic structure. In our study, after giving information about the reform process, protocols numbered 11, 14, 15, and 16 and their outcomes will be examined. The High Level Conferences, which are the other elements of the reform process, and the declarations published at the end of these conferences will be touched upon, and the outputs of the Conferences will be discussed.

Keywords: Reform Process of the ECHR, Backlog, Protocols, Inter-laken Process.

Extended Summary

The European Court of Human Rights, which has the most important and effective role in the protection of Human Rights in the international arena, is in constant change and development in order to maintain and sustain its effectiveness. In this so-called reform process, additional protocols to the Convention were adopted and some conferences were organized. From the moment the Court was established, the State Parties to the

Council of Europe have expanded the scope of the Convention by signing and adopting additional protocols to the Convention in order to improve and strengthen the European Convention on Human Rights monitoring and protection mechanism. Thus, the treaty system has remained dynamic. For example, Protocol 11 abolished the Commission on Human Rights and established only one full-time Court. With this arrangement, the filtering function of the Commission was eliminated and the cases of individual applicants began to come directly before the Court.

The reform process is ongoing as the amendments introduced by the Protocols are not sufficient to reduce the Court's growing workload and the dynamic nature of the Court and the Convention system is open to constant development and change.

Since 2010, four high-level conferences on the future of the Court have been organized with the aim of guaranteeing the long-term effectiveness of the Convention system. As a result of these conferences, Protocols 15 and 16 to the Convention were adopted.

While the reform process has generally involved positive efforts to preserve and enhance the vitality and effectiveness of the Court and the Convention system, it has also been criticized in some aspects. So far, all the efforts made within the reform process have been based on and aimed at reducing the Court's workload, rather than increasing its effectiveness. It can be argued that the reform process has been somewhat lacking in addressing "the changing nature of human rights and some serious and systematic human rights violations". Another point of criticism is that the whole reform process was carried out by the Committee of Ministers, the political body of the Council of Europe. Rather than a reform process in which all the subjects of the Protection Mechanism are involved, a process in which the Committee of Ministers plays a major role has been, so to speak, incomplete.

Since the European Court of Human Rights became a single full-time court, especially with the 11th Protocol, it has received a large number of individual applications, which has increased the Court's workload. The concern that this would prevent the Court from functioning effectively led the Court to initiate the reform process. Since reducing the workload is

inversely proportional to increasing the Court's efficiency, the aim was to increase efficiency by reducing the workload. In this context, many new regulations and developments were introduced by Protocols Numbers. 14, 15, and 16 aimed to reduce the Court's workload. For example, with Protocol No. 15, the period for filing an individual application to the Court was reduced from 6 to 4 months, and with Protocol No. 16, the higher courts of the State Parties were given the opportunity to receive advisory opinions from the ECtHR. In the High Level Conferences on the Future of the Court, which are also part of the reform process, the main topic has always been what can be done to reduce the Court's workload and increase its effectiveness.

Reducing the Court's workload is not the only thing that can be done to increase the effectiveness of the ECtHR, but the underlying reasons for a reduction in the workload are the most important. For example, if the Court's jurisprudence and human rights principles are adopted and implemented in domestic law, i.e. at the national level, violations will be resolved and redressed at the national level, as required by the principle of subsidiarity, and thus there will be no need to apply to the ECtHR. In such a case, as a result of the preventive effect, violations may even be prevented from occurring in the first place. In any case, the ECtHR and the State Parties have a shared responsibility for the protection of human rights, and the State Parties are the main authorities and duty bearers in this regard.

At these conferences on the future of the Court, there has been criticism from some quarters that the individual, as a subject of the international order, has been somewhat overlooked while the Court has been working to reduce and relieve itself of the workload it is burdened with. As a result of the focus on workload, it has been claimed that the necessity of protecting and prioritizing human rights has not been sufficiently emphasized. In our opinion, the Court aims to reduce its workload so that in the future it will be a Court that only renders decisions in principle, which would be appropriate and even ideal under normal circumstances. However, for this to happen, the ideal of human rights must be present in all State Parties and they must be willing and eager to do so. In fact, when the State Parties act in the name of the development and protection of human rights, the ECtHR will not even be needed but will become a Court whose opinion is

consulted on some controversial issues and which sets jurisprudence on some fundamental problems. However, as is evident from the many applications currently before the ECtHR, State Parties are not yet fully capable of protecting human rights.

Giriş

İnsan Hakları'nın uluslararası alanda korunmasında en önemli ve etkili role sahip olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi etkililiğini korumak ve sürdürmek için sürekli değişim ve gelişim içerisindedir. Reform süreci olarak adlandırılan bu süreçte Sözleşmeye ek protokoller kabul edilmiş ve bazı konferanslar düzenlenmiştir. Mahkeme kurulduğu andan itibaren, Avrupa Konseyi'nin tarafı devletler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin denetim ve koruma mekanizmasını geliştirmek ve güçlendirmek için, sözleşmeye ek bazı protokolleri de imzalayıp kabul ederek sözleşmenin kapsamını genişletmişlerdir. Böylece sözleşme sistemi dinamik kalmaya devam etmiştir. Örneğin 11. Protokolle, İnsan Hakları Komisyonu kaldırılmış ve sadece tam zamanlı çalışan tek bir Mahkeme kabul edilmiştir. Bu düzenlemeyle, Komisyon'un filtreleme işlevi ortadan kaldırılmış ve bireysel başvuruda bulunanların davaları doğrudan Mahkeme önüne gelmeye başlamıştır.

Başvuru sayısındaki önemli artış ve Mahkeme'nin birikmiş iş yükünü azaltmayı temel alan ikinci büyük reform, 2010 yılında 14 No.lu Protokol'ün yürürlüğe girmesiyle gerçekleştirilmiştir. Bu Protokol, Mahkeme yapısının bugünkü halini almasındaki en önemli protokollerden olmuştur.

Protokollerle getirilen değişikliklerin, Mahkeme'nin giderek artan iş yükünü azaltmada yeterli olmaması, Mahkeme ve Sözleşme sisteminin dinamik yapısının, sürekli gelişmeye ve değişmeye açık olması sebebiyle reform süreci devam etmektedir.

2010 yılından bu yana, Sözleşme sisteminin uzun vadede etkinliğinin garanti altına alınması amacıyla Mahkeme'nin geleceğine ilişkin dört üst düzey konferans düzenlenmiştir. Bu konferansların da etkisiyle, Sözleşme'ye ek 15 ve 16 No.lu Protokoller kabul edilmiştir.

Reform süreci genel itibarıyla Mahkeme ve Sözleşme sisteminin canlılığını ve etkililiğini korumak ve arttırmak adına olumlu çabaları içeriyorsa da bazı yönleriyle eleştirilmektedir. Şu ana kadar reform süreci kapsamında

yapılan tüm çalışmalar etkililiğin arttırılması amacını içermesinin yanında daha çok Mahkeme'nin iş yükünün azaltılmasını baz almış ve amaçlamıştır. Bu ekseninde dönen çalışmalar sebebiyle reform sürecinde “insan haklarının değişen doğasının ve bazı ciddi-sistematik insan hakları ihlallerinin” ele alınması gibi konularda biraz eksik kalındığı söylenebilir.¹

Diğer bir eleştiri konusu da tüm reform sürecinin Avrupa Konseyi'nin siyasi organı olan Bakanlar Komitesi eliyle yürütülmesi hususudur. Koruma Mekanizmasının bütün sùjelerinin de dahil edildiği bir reform sürecinden daha çok Bakanlar Komitesinin büyük rol oynadığı ve yürüttüğü bir süreç tabir yerindeyse eksik bir süreç olmuştur. Çalışmamızda, tüm kazanımları ve eksik yanlarıyla reform sürecinin bir nevi araçları sayılabilecek olan bazı protokoller ve üst düzey konferansları tek tek inceleyeceğiz.

I. Reform Süreci

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yapısına ve işlevine ilişkin değişikliklerin yapıldığı düzenlemeler ve çalışmaların toplamına işaret eden teknik bir terim haline gelmiştir. Reform ihtiyacı, temel olarak mahkemenin iş yükü sebebiyle gündeme gelmiştir. Dava sayısı ve iş yükünü azaltma konusundaki çalışmalar devam ettiğinden yani bir kereye mahsus yapılan düzenlemeler ya da çalışmalarla nihayete ermediğinden söz konusu reformların süreç kavramıyla belirtilmesi oldukça isabetlidir. Reform süreci her ne kadar 14.no'lu protokolün hazırlık aşamasıyla başlatılmış kabul edilse de 11.no'lu protokolü de bu sürece dahil etmek gerekir. Nitekim 11.no'lu protokol temel yapısal değişikliği getiren asıl belgedir. Çalışmamızda öncelikle mahkemenin gittikçe artan iş yükü sorununa değinip daha sonra bu konuda yapılan çalışmaları protokoller ve üst düzey toplantılar olarak ayrıca ele alacak şekilde inceleyeceğiz.

1 Serkan Cengiz, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İcrası*, 1.Bası (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), s.111; Kerem Altıparmak, “The European System for the Protection of Human Rights in Crisis: The End of the Road?”, *Journal of European Criminal Law* 3, Sayı 4 (Eylül 2009), s.7.

A. Mahkemeye Yapılan Başvuru Yoğunluğu ve Mahkeme'nin İş Yükü

Reform ihtiyacı mahkemeye gelen başvuru sayısının ve Mahkeme'nin iş yükünün dikkate değer derecede artışı sebebiyle gündeme gelmiştir. Öncelikle terimsel olarak birikmiş iş yükü (backlog) ve derdest davalar (pending cases) ayırımına değinmek gerekir. Birikmiş/yığılmış iş (backlog) kavramı 2012 yılına gelene kadar, mahkemeye yapılan tüm başvuruları, sonuca bağlanmamış hatta henüz hiç incelenmeye başlanmamış olan başvuruları dahi kapsamaktaydı. 2012 yılındaki Brighton deklarasyonunun² 20/h maddesi yığılmış iş yükü kavramıyla neyin kastedildiğine ilişkin kriterleri belirlemiştir. Deklarasyondan önceki durumda derdest davalar (pending cases) da yığılan iş yükü arasındaydı. Brighton Deklarasyonu ile getirilen kriterler aracılığıyla yığılmış iş yükünden anlaşılması gereken şudur; başvuru yapıldıktan itibaren geçen 1 yıl boyunca hakkında incelemeye başlanmayan başvurular ve hükümete bildirilmesinin üzerinden 2 yıl geçmesine rağmen karara bağlanmayan başvurular yığılmış iş yükü olarak değerlendirilir.³

İş yükü çokluğunun genel sebeplerinden biri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin uygulandığı alanın genişliği olarak değerlendirilebilir.⁴ Avrupa Konseyine taraf ülke sayısı güncel haliyle 46'dır.⁵ Dolayısıyla Sözleşmenin etki alanı kayda değer bir genişliği haizdir. Diğer bir sebep ise; Mahkeme'ye bireysel başvuru yoluyla başvurmanın daha yaygın hale gelmiş olmasıdır. Taraf devlet vatandaşları eskiye oranla bireysel başvuru yolunu

2 High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights: Brighton Declaration, Eylül 2012, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/2012_brighton_finaldeclaration_eng.

3 Cengizhan Arslan, "AİHM Çalışma Sisteminde Yapılan Bir Reform: Derhal ve Basitleştirilmiş İletişim Prosedürü", *İnsan Hakları Dergisi*, Sayı 12 (Ekim 2023), s.27-35, https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/251020231052572_IMSI.pdf.

4 Rona Aybay, "AİHM'in İş Yükünün Azaltılması İçin Bir Öneri: 'Zorunlu Uzlaştırma'", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 67 (2006), s.113.

5 Rusya'nın üyelikten çıkarılmasıyla beraber güncel durumda Avrupa Konseyi üyesi 46 devletin hangileri olduğuna, belirtilen linkten ulaşılabilir: "Our Member States", The Council of Europe, erişim 28 Aralık 2023, <https://www.coe.int/en/web/about-us/our-member-states>; Ayrıca bkz: Fethullah Bayraktar, "Rusya'nın Avrupa Konseyi Üyelikinden Çıkarılması ya da 'Militan İnsan Hakları' Üzerine Bir Değerlendirme", *Adalet Dergisi*, Sayı 68 (2022), s.133-51, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/2504972>.

tercih etme konusunda daha istekli görünmektedirler.⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yıllık olarak açıkladığı istatistik belgelerine göre⁷ AİHM'ye yapılan bireysel başvuru sayısı gün geçtikçe artmaktadır. Örneğin, güncel duruma bakıldığında, Ocak 2023'te açıklanan rapora göre 2021 yılına oranla 2022 yılında %3'lük bir artış gözlemlenmektedir. Söz konusu raporda bu durumun özellikle Türkiye, Sırbistan, Yunanistan ve Belçika'dan gelen başvuru sayılarındaki artışla açıklanabileceği belirtilmektedir. 2022 yılına ait istatistik raporunda yüksek vaka sayısına sahip devletlerle ilgili dökümden ilk sırada Türkiye, ikinci sırada Rusya, üçüncü sırada Ukrayna ve dördüncü sıradaysa Romanya gelmektedir. 2022 yılı sonunda mahkemeye yapılan başvuru sayısı 45.500'dür.

İstatistik analiz raporunda, 2012 yılındaki başvuru sayısının bugüne göre çok daha fazla olduğu açıkça görünmektedir. 2012 yılından sonra başvuru sayılarında nispeten düşüş yaşanmıştır. Bunun sebebi ise getirilen reformların sınırlı etkisi olarak değerlendirilebilir. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde de değineceğimiz üzere Interlaken süreci ve bununla gelen reformlar tam da başvuru sayısında yaşanan düşüşlerle aynı dönemlere rastlamaktadır. Kanaatimizce reformlar istenen oranda olmasa da mahkemede ki başvuru yoğunluğunu azaltmada etkili olmuştur. 2012 yılından sonraki üç-dört yıl boyunca düşüş yaşanmış fakat 2016-2017 yıllarında ciddi derecede bir artış olmuştur. 2017 yılından sonraki birkaç yıl boyunca da başvuru sayılarının düştüğünü istatistikler göstermekte, fakat 2022 yılına gelindiğinde yine bir artış gözlemlenmektedir. Sonuç olarak değişken ve dalgalı bir istatistik mevcut olsa da nihayet mahkeme halihazırda yapılan reformlardan istediği şekilde iş yükünü azaltacak bir sonucu tam olarak alamamıştır. Bu sebeple, reform süreci hala devam eden dinamik bir yapıdadır.

Mahkeme, yoğun iş yükü altında sıkışmış halde olursa, bu durumun insan haklarının gelişimine olumsuz etki edeceği açıktır. Mahkeme bu bağlamda etkililiğin arttırılması amacıyla reform sürecini önemsemektedir. Kanaatimizce de yoğun iş yükü Mahkeme'nin insan haklarına pozitif etkisine gölge düşürmektedir. Fakat, burada dikkat edilmesi gereken, reform süreciyle iş yükü düşürülmeye çalışılırken, insan haklarını korumanın özünden,

⁶ Aybay, s.113.

⁷ "ECHR-Analysis of Statistics 2022", Ocak 2023, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/stats_analysis_2022_eng.

bireylerin haklarının genişletilmesinden taviz verilmemesi olmalıdır. İş yükünün azaltılması için önerilen, getirilen yöntemler, devletler karışında zayıf durumda olan bireyin başvuru haklarına zarar vermemelidir. Reform ihtiyacının, koruma mekanizmasının etkililiğini arttırmak ve Mahkeme'nin iş yükünü azaltmak gibi sebeplerden kaynaklandığını belirttikten sonra, söz konusu reformların neler olduğuna bakmak gerekmektedir.

B. Reform Sürecindeki Araçlar

1) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek Protokoller

a. 11 No'lu Protokol

Reform süreci incelenirken ilk akla gelen 14.Protokol olsa da aslında sürecin başlangıcı olarak ilk 11 no'lu protokolü kabul etmek gerekir. Nihayet AİHM yapısındaki en marjinal reformu, Mahkeme'yi ikili yapıdan çıkarıp bugünkü temel haline getirerek 11 no'lu protokol gerçekleştirmiştir. Bu protokolden önce Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi olarak, sözleşmenin uygulanmasını denetleyen ikili bir yapı söz konusuydu. 11.Protokol 1998 yılında yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Protokol metninin giriş kısmında metnin hazırlanış amacı şu şekilde dile getirilmiştir; “Özellikle başvuru sayısındaki artış ve Avrupa Konseyi'nin artan üyeliği göz önünde bulundurularak, insan hakları ve temel özgürlüklerin korunmasındaki etkinliğin sürdürülmesi ve geliştirilmesi amacıyla Sözleşme tarafından oluşturulan denetim mekanizmasının yeniden yapılandırılmasına duyulan acil ihtiyacı göz önünde bulundurarak;”⁸ 1998 yılından önce Komisyon'a başvuru ve yargı yetkisini tanımak zorunlu değilken, bu protokolden sonra Avrupa Konseyine üye ve Sözleşme'ye taraf her devlet için bireysel başvuru yolunu ve Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul etmek zorunlu hale gelmiştir.⁹

8 Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, restructuring the control machinery established thereby, 1994, <https://rm.coe.int/168007cda9>.

9 Ali Rıza Çoban, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Koruma Mekanizmasında Reform: 14. Protokol Mahkemenin İş Yükü Durdurur mu?”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 54, Sayı 2 (2005), s.320.

11.Protokolden öncesinde, yapılan başvurular komisyona gelir, komisyon tarafından incelenir daha sonra Mahkeme inceleme yapardı. Komisyon ve Bakanlar Komitesi'nin de tıpkı Mahkeme gibi yargısal yetkisi vardı. 11.Protokol'den sonra hem yarı zamanlı çalışan iki organdan (Komisyon ve Mahkeme) tam zamanlı görev yapan tek bir mahkeme sistemine geçilmiş, hem de Bakanlar Komitesi'nin yargısal yetkisi son bulmuştur.¹⁰ Böylece Mahkeme'nin koruma mekanizması ciddi şekilde değiştirilmiştir.

b. 14 No'lu Protokol

14.Protokol reform sürecinin kilometre taşlarındandır. Adeta şikayet ve başvuru sürecini tamamen gözden geçiren, yeniden ele alan bir reform niteliğindedir.¹¹ 2004 yılında imzaya açılmış olup, Mahkeme'nin yapısını değiştirdiği ve içinde usule ilişkin de değişiklikler barındırdığından, ancak tüm devletler imzaladıktan sonra 2010 yılı Haziran'ında yürürlüğe girmiştir. Protokol metninin giriş kısmında hazırlanış amacı olarak, uzun vadede, koruma mekanizmasının etkililiğinin artırılması ve sürdürülmesi gösterilmiştir. Buna ek olarak, AIHM ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin giderek artan iş yükünün azaltılması da protokolün hazırlanış amaçlarındandır.¹²

14.Protokol Mahkeme'nin yapısını oldukça değiştirmiş ve dikkate değer düzenlemeler getirmiştir. Yargıçların, görev süreleri ve görevden alınmalarıyla ilgili değişiklikler yapılmış; 9 yıl görev süresi ve sonrasında tekrar seçilmeme şeklinde bir düzenleme getirilmiştir.

Mahkeme'nin yapısına ilişkin önemli değişiklik tek yargıç düzeninin sisteme entegre edilmesi olmuştur. Tek yargıç, 14. Protokol tarafından belirlenen yeni bir aşama olup, 34. Madde uyarınca sunulan bir başvuruyu kabul edilemez ilan etme veya kayıttan düşürme görev ve yetkisine sahiptir. Böyle bir karar başka bir incelemeye gerek kalmaksızın alınabilir. Tek

10 Faruk Bilir, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yapısı Ve 14 Nolu Protokol", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 55, Sayı 1 (2006), s.136, https://dergipark.org.tr/tr/doi/10.1501/Hukfak_0000000356.

11 Desart Avdulaj, Indrit Shtupi, ve Aldo Shkëmbi, "Protocol No. 14 Innovations for the Operation of the European Court of Human Rights", *Academic Journal of Interdisciplinary Studies*, 10 Mart 2016, s.320, <https://doi.org/10.5901/ajis.2016.v5n1p319>.

12 Protocol No. 14 To The Convention For The Protection of Human Right and Fundamental Freedoms, Amending The Control System of The Convention, 2004, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/library_collection_p14_ets194e_eng.

yargıcın kararı nihaidir. Tek yargıç başvuruyu kabul edilemez ilan etmez ve kayıttan düşürmezse, 3 yargıçtan oluşan komiteye veya 7 yargıçtan oluşan daireye göndermekle yükümlüdür.

Protokol başvurunun uygun bulunma ve kabul edilme kriterinde de değişiklik getirmiştir. Sözleşme'nin 35.maddesindeki değişiklik ile önemli derecede zarara uğrama/önemli mağduriyet kriteri eklenmiştir. 35/3; "Mahkeme 34. maddeye uygun olarak iletilen bireysel başvuruyu aşağıdaki hallerde kabuledilemez bulur:

a. başvurunun Sözleşme veya ilgili Protokol hükümleri dışında kalması, açıkça dayanaktan yoksun olması veya bireysel başvuru hakkının suiistimali mahiyetinde olması veya;

b. Sözleşme ve Protokollerde belirtilen insan haklarına saygı ilkesi gereğince başvurunun esası hakkında incelemeye gerek bulunması ve başvuruya konu olayın iç hukuk mahkemesince yeterince incelenmemiş olması durumları hariç olmak üzere, başvuranın önemli mağduriyetinin bulunmaması." Söz konusu maddenin b bendinde bahsi geçen önemli mağduriyet (significant disadvantage)¹³ şartı, 14.protokolle kabul edilebilirlik şartları arasına girmiştir. Elbette bu düzenleme başvuruların elenebilmesinde Mahkeme'nin yetki alanını genişletmiştir. Başvuranlar açısından ise başvuru yapabilme alanını daraltmıştır. Önceki durumda, başvuranın mağdur kabul edilmesi için, ihlalden etkilenmesi yeterli kabul edilmekteydi, zarar görme şartı ayrıca aranmamaktaydı.¹⁴ Bir yanıyla, kayda değer derecede mağduriyet içeren dosyalara ulaşabilme adına, Mahkeme'yi oyalayıcı nitelikte ya da önemsiz kabul edilebilecek başvurular en başta elenmiş olacaktır. Fakat diğer tarafıyla, insan haklarını koruma mekanizmasının özünü korumak ve bu özden taviz vermemek adına, önemli mağduriyet kavramının hakkaniyetle değerlendirilmesi şarttır. Madde bu durumun ortadan kaldırılması için, şu iki istisnayı da belirtmiştir. Başvuru 'insan haklarına saygı ilkesi

13 'Significant disadvantage' kavramıyla, metne bütün halinde bakıldığında, kişinin önemli derecede dezavantajlı durumdan muzdarip olması şartının aranması kastedilmiş olsa da, çoğu eserde ve protokolün resmi çevirisinde önemli mağduriyet olarak kullanıldığından biz de bu kavramı tercih ettik.

14 Burak Gemalmaz, "AİHM Yargısında Yeni Dönem: Protokol No. 14'le Getirilen Yeni Kabuledilebilirlik Ölçütünün Uygulanmasına Eleştirel Bakış", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 31, Sayı 1 (2011), s.211, <https://dergipark.org.tr/download/article-file/410991>.

gereğince esastan incelemeyi gerektiriyorsa' ve 'başvuru konusu olay iç hukuk mahkemelerince yeterince incelenmemişse'¹⁵ önemli mağduriyet aranması şartına bakılmaz. Başvuru konusu olayın iç hukuk mahkemelerince yeterince incelenmemiş olması halinde Mahkeme'nin kabul edilebilir bulması kriteri de kişilerin hak arama özgürlüğünü genişletmesi açısından oldukça anlamında önem arz etmektedir. Özellikle, zorla kaybetme, faili meçhul cinayetler gibi ağır insan hakları ihlali pratiklerinin söz konusu olduğu, çoğu devlette yerel mahkemelerin bu konularda yeterli ve nitelikli soruşturma ve inceleme yapmadığı bilinmektedir. İşte yerel mahkemelerce yeterli inceleme yapılmamış olması kriteri bu gibi ağır ihlallerin yargılanabilmesi ve cezasızlık sorununun önüne geçilmesi açısından ve bu durumların Mahkeme'nin yetkisi dışına çıkarılmaması açısından büyük önem taşımaktadır.¹⁶

Sözleşme'nin 39.maddesine eklenen yeni düzenlemeyle dostane çözümün davanın her aşamasında ileri sürülebileceği belirtilmiş, dostane çözüm için kabul edilebilirlik kararının beklenmesi gerekliliği ortadan kaldırılmıştır. Ayrıca dostane çözüm kararlarının denetimi de Bakanlar Komitesi'ne bırakılmıştır.

14. protokolle, kopya davaların oluşturduğu birikme ve iş yükünü azaltması açısından da etkili bir gelişme kaydedilmiştir. Halihazırda, AİHM'nin yerleşik içtihadıyla çözüme bağlanmış kopya davalara ilişkin olarak, üç yargıçlı komiteye tanınan, başvuruyu kabul edilebilir bulma ve esasa karar verme yetkisi de üç yargıçlı komite tarafından sıkça kullanılmaya başlanmıştır. Böylece kopya davalar Mahkeme'nin iş yükü listesinden hızla silinmeye başlanmıştır.¹⁷

c. 15. No'lu Protokol

23 Haziran 2013 tarihinde imzaya açılan 15.Protokol 21 Ağustos 2021 tarihinde tüm taraf devletler tarafından imzalandıktan sonra yürürlüğe girmiştir. 15 ve 16 no'lu protokoller çalışmamızın devamında ele alacağımız Yüksek Düzey Konferanslar'da üzerinde çalışılan belgelerdir. Protokol metninin giriş kısmında söz konusu toplantılara atıfla, Mahkemenin Avrupa'da

15 Söz konusu kriter 15. No'lu protokol ile kaldırılmıştır. Çalışmamızın devamında 15.Protokol başlığı altında detaylı bilgi bulabilirsiniz.

16 Çoban, s.336.

17 Gemalmaz, s.239.

insan haklarını koruma konusundaki öncü rolünü oynamaya devam etmesinin sağlanması amacı vurgulanmıştır.¹⁸

Protokolün hazırlık aşamasında ikincilik prensibi ve takdir marjı konuları özellikle tartışılmış ve bunun bir sonucu olarak, protokole özel bir madde eklenmiştir. “Yüksek Sözleşmeciler Tarafların, ikincilik ilkesi uyarınca, bu Sözleşme ve Protokollerinde tanımlanan hak ve özgürlükleri güvence altına alma konusunda birincil sorumluluğa sahip olduklarını ve bunu yaparken, bu Sözleşme ile kurulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin denetim yetkisine tabi olarak bir takdir marjından yararlandıklarını teyit ederek”. Aslında söz konusu şerhi düşme amacının altında yatan sebepler genel perspektiften okunmaya çalışıldığında mahkeme ve taraf devletler arasındaki egemenlik prensibi, ikincilik ilkesi ekseninde gelişen gerilimin izleri görülebilir. Nihayet, son zamanlarda artan otoriterleşme dalgasının da bir sonucu olarak, mahkeme kararlarının uygulanması konusunda taraf devletlerin gönülsüzlükleri oldukça görünür olmaktadır. 15 ve 16. protokollerin hazırlanış aşamalarında ve Interlaken süreci olarak adlandırılan süreçte söz konusu tartışmalar gündeme gelmiştir. Asıl korumanın ulusal koruma olduğu AİHM’nin ikincil koruma mekanizması olduğu temelindeki tartışmalar önemlidir.¹⁹

15. protokolle gelen düzenlemeler arasında usul açısından en önemli değişiklik, Sözleşme’nin 35.maddesinde düzenlenen Mahkeme’ye başvuru süresinin iç hukuk yollarının tüketilmesinden itibaren 4 aya düşürülmesidir. Protokol 2021 yılında yürürlüğe girmiş fakat süreye ilişkin değişiklik, 1 Şubat 2022 tarihinden itibaren kesinleşen kararlar açısından geçerli olmaya başlamıştır. Önceki durumda 6 ay olarak öngörülen başvuru süresi 4 aya düşürülmüştür. Bu düzenlemeyle amaçlananın Mahkeme’nin iş yükündeki artışın düşürülmesi olduğu açıktır ki zaten reform sürecinin temelinde yatan nedenlerin en başında iş yükü sorunu gelmektedir. Genel itibarıyla, başvuru süresinin düşürülmesi hak ihlaline uğrayan kişiler açısından aleyhte bir durumdur. Nihayet başvuru süresinin düşürülmesi, AİHM’ye başvuru

18 Protocol No. 15 amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 2013, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/protocol_15_eng.

19 Söz konusu tartışmaların bir yönü için bkz: Ian Cram, “Protocol 15 and Articles 10 and 11 ECHR—the Partial Triumph of Political Incumbency Post-Brighton?,” *International and Comparative Law Quarterly* 67, Sayı 3 (Temmuz 2018), s.477-503

yapabilme imkanının zorlaştırılması anlamına gelir. Dolayısıyla, söz konusu düzenlemenin Mahkeme'nin iş yükünün azalmasında etkili olma ihtimali yüksek sayılabilir. Başvurucular açısından, yapılması gereken iç hukukta karar kesinleşir kesinleşmez hak kaybına uğramamak adına süreyi göz önünde bulundurarak hızla hareket etmek olacaktır. Mahkeme'nin protokole ilişkin açıklayıcı raporunda,²⁰ süreyle ilgili azaltmaya gitme konusunda “iletişim teknolojilerindeki gelişme” gerekçe gösterilmektedir. Doktrinde, iletişim teknolojilerindeki gelişmelerin de getirişyle, kişilerin dört aylık sürede de kolaylıkla başvuru yapabilecekleri ve 4 aylık sürenin de makul kabul edilebileceği görüşü mevcuttur.²¹

Sözleşme'nin 30. maddesi, tarafların artık bir Dairenin Büyük Daire lehine davadan feragat etmesine itiraz edemeyecekleri şekilde değiştirilmiştir. Bu tedbir, Mahkeme İctüzüğünü (İctüzük 72), bir Dairenin yerleşik içtihadattan ayrılmayı öngördüğü durumlarda yargı yetkisinden feragat etmesini zorunlu kılacak şekilde değiştirmeyi amaçladığını belirten Mahkeme'nin içtihadında tutarlılığa katkıda bulunmayı amaçlamaktadır. Tarafların vazgeçmeye itiraz etme hakkının kaldırılması bu gelişmeyi pekiştirecektir. Bu hakkın kaldırılması, Sözleşme'nin veya Protokollerin yorumlanmasını etkileyen ciddi bir soruna yol açan veya mevcut içtihadattan ayrılma ihtimali olan davalarda Mahkeme önündeki yargılamaları hızlandırmayı da amaçlamaktadır.²²

Sözleşme'nin “önemli dezavantaj” ile ilgili kabul edilebilirlik kriterini içeren 35. maddesinin 3.b paragrafı, davanın ulusal bir mahkeme tarafından usulüne uygun olarak görülmüş olması şartının kaldırılması amacıyla değiştirilmiştir. Söz konusu kriter kaldırılrsa da diğer kriter olan, insan haklarına saygının gerektirdiği durumlarda başvurunun esastan incelenmesi şartı devam etmektedir. Bu değişiklikle, *de minimis non curat praetor* (yargıç küçük şeylerle meşgul edilmemelidir) ilkesinin daha etkili olması amaçlanmıştır. Fakat kanımızca, 14. protokolü incelerken de belirttiğimiz gibi

20 Explanatory Report-Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Explanatory Report, erişim 25 Aralık 2023, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Protocol_15_explanatory_report.

21 Abdullah Sezer, “İhas'a Ek 15 Ve 16 No.lu Protokollere İlişkin Genel Gözlemler”, *Anayasa Hukuku Dergisi* 4, Sayı 8 (2015), s.119.

22 Explanatory Report-Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

kaldırılan kriter cezasızlık sorununun mevcut olduğu bazı devletlerde ihlallerin telafisi ve kişilerin hak arayışları açısından oldukça önemliydi. Dolayısıyla ilgili kriterin kaldırılmasının yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Elbette mahkemenin önemsiz kabul edilebilecek davalarla meşgul edilmesi, iş yükü artışı sebebiyle etkililiğine zarar vermektedir. Fakat önemli derecede dezavantajlı durumdan mustarip olma şartı da kabul etmek gerekir ki başvurular açısından kısıtlayıcı bir tavır anlamına gelmektedir. Bu şartı ararken getirilen, başvuru konusu olayın iç hukukta yeterince ciddi ele alınmamış olma kriteri mağdurlar lehine bir durum oluşturmaktaydı ve söz konusu kısıtlamayı az da olsa pozitif bir yere taşımaktaydı. Yeni durumda 15. Protokolle kaldırılmış olması insan haklarına ilişkin temel ilkeler açısından geriye düşmek olarak kabul edilmelidir.

d. 16. No’lu Protokol

2 Ekim 2013 tarihinde imzaya açılan protokol 2018 yılında toplam 10 devletin imzalamasıyla birlikte yürürlüğe girmiştir. Türkiye protokolü 2013 yılında imzalamış olsa da henüz onaylamamıştır. 16. protokolün giriş kısmında talilik prensibine vurgu yapılmış; “Mahkeme’nin istişari görüş verme yetkisinin genişletilmesinin, Mahkeme ile ulusal makamlar arasındaki etkileşimi daha da artıracığını ve böylece ikincillik ilkesine uygun olarak Sözleşme’nin uygulanmasını güçlendireceğini göz önünde bulundurarak;” ifadeleri kullanılmıştır. Hakikaten de aslolan iç hukuk korumasıdır. İç hukukta yeterli ve etkili bir koruma sağlanması asıl amaçtır.

16. protokolün en büyük getirisi, taraf devletlerin yüksek mahkemelerine, AİHM’ye istişari mütalaa/danışma görüşü alma talebiyle başvurma yetkisi tanınmıştır.²³ Bu durumun yerel mahkemeler ve AİHM arasındaki diyalogu arttırması ve geliştirmesi beklenmektedir. Protokolün 1. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir; “Bir Yüksek Sözleşmeci Tarafın 10. madde uyarınca belirlenen en yüksek mahkemeleri ve yargı mercileri, Sözleşme’de veya protokollerinde tanımlanan hak ve özgürlüklerin yorumlanması veya uygulanmasına ilişkin ilke sorunları hakkında Mahkeme’den istişari mütalaa

23 Aslında söz konusu yetki yeni sayılmaz nitekim 2. No’lu protokol (1963) ile o zaman için Komisyon ve Divan şeklindeki ikili yapıda Divan’a, elbette şimdiki düzenlemeden ayrılan birçok yönü olmakla beraber, istişari görüş sunma yetkisini tanımıştı. Fakat, 16. Protokol ile bu yetkinin kapsamı nispeten değişmiş ve genişletilmiştir.

vermesini talep edebilir. Talepte bulunan mahkeme veya mahkeme heyeti, yalnızca önünde görülmekte olan bir dava bağlamında istişari görüş isteyebilir. Talepte bulunan mahkeme veya hakem heyeti, talebinin gerekçelerini belirtir ve görülmekte olan davanın ilgili hukuki ve fiili arka planını sunar.”²⁴ Görüş isteyen mahkeme sadece derdest bir dava ile ilgili olarak görüş isteyebilir. Soyut norm denetimine ilişkin bir husus söz konusu olmayacaktır.²⁵

Protokolün devamı maddelerinden yorumla usule ilişkin şunlar söylenebilir; istişari mütalaa talebinin kabul edilip edilmemesine karar verecek olan beş yargıçlı bir heyet Büyük Daire’den oluşturulur. Söz konusu heyetin, kabul etmeme kararı gerekçeli olmalıdır. Eğer başvuruyu kabul ederse, Büyük Daire istişari mütalaa verir. İstişari mütalaa talebinde bulunan taraf devletin Mahkeme’deki yargıcı hem kabule karar veren heyet hem de Büyük Daire’de yer alır.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri ve talepte bulunan yerel mahkeme yahut taraf devlet yazılı olarak görüş bildirme ve duruşmalara katılma hakkına sahiptir. Yargıçların hepsi aynı kanaatte değilse, farklı mütalaa sunma hakkını haizdirler. İstişari görüş, talepte bulunan Mahkeme’ye bildirilir. Yazılı olarak da yayınlanır. Büyük Dairenin sunduğu görüş tavsiye niteliğindedir, bağlayıcı değildir. İstişari görüşün bağlayıcı olmaması bu düzenlemenin getiriliş amacıyla çelişkili görülüp eleştirilmektedir. Nihayet düzenlemenin amacı iş yükünün azalması, gelen başvuruların düşürülmesi ise, görüş bağlayıcı olmadığı takdirde başvuru sayısında azalmaya etki etmeye bilecektir. Diğer bir eleştiri konusu da protokolde taraf devlet mahkemeleri açısından bağlayıcı olmadığı vurgulanmış olsa da Mahkeme’nin kendi görüşü ile bağlı olup olmadığı hususu açık bırakılmış, düzenlenmemiştir.²⁶ Bağlayıcılık konusundaki eleştirilere Mahkeme’nin protokole ilişkin açıklayıcı raporunda açıklama getirilmiştir. Mahkeme, bu düzenleme ile amaçlanan yerel mahkemeler ve AİHM arasındaki diyalogun geliştirilmesi

24 Protocol No. 16 to the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 2013, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/protocol_16_eng.

25 Hakan Kolçak ve Ünal Gençtürk, “Danışma Görüşü Başvurusu: İHAS’a Ek 16 Nolu Protokol Üzerine Kapsamlı Bir Değerlendirme”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 30, Sayı 3 (2022), s.1642.

26 Evrim Elvin Dalkılıç, “İlk İstişari Görüşünün Ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ‘Yeni’ Yetkisinin Kısa İncelemesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi* 36, Sayı 2 (2019), s.161, https://ayam.anayasa.gov.tr/media/6370/05_elvin_evrim_dalkilic.pdf.

olduğunu, görüş talep eden mahkemenin önündeki davaya uygularken görüş ile davanın ilişkisi ölçüsünde kullanabileceğini belirtmiştir.²⁷ Dolayısıyla aslında istişari görüşün etkililiğinin ölçüsü, görüş talep eden yerel mahkeme hakimlerinin bu görüşe uyup uymadıkları hususudur.²⁸

Sonuç olarak 16.protokolle gelen bu düzenleme yerel mahkemeler ve AİHM arasındaki diyalogun gelişmesi sayesinde, Sözleşme'nin ulusal hukuk sistemleri üzerindeki etkisini artıracak faydalı bir araç haline gelebilir. Ayrıca, belirli alanlarda AİHM içtihadının netleştirilmesine ve hatta içtihadın geliştirilmesine yardımcı olabilir.²⁹

2) Üst Düzey Toplantılar

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Avrupa genelinde insan haklarının korunmasını sağlama konusundaki önemi yadsınamayacak kadar açık olsa da son yıllarda, bekleyen davaların birikmesi ve Mahkeme'nin etkililiğine dair endişeler, Avrupa Konseyini reform sürecine katkı amacıyla, bir dizi Üst Düzey Konferans başlatmaya itmiştir. Söz konusu konferanslar başlıklarında da taşıdıkları kavram gibi Mahkeme'nin geleceği üzerine çalışmaların, tartışmaların, çözüm arayışlarının söz konusu olduğu konferanslardır.

Bu önemli konferanslardan ilki 2010 yılında Interlaken'de gerçekleştirilmiştir. Birincil amacı, gelecekteki tartışmalar için gündemi oluşturarak ve iyileştirilmesi gereken kilit alanları belirleyerek, yeni reform sürecini başlatmaktır. Bir yıl sonra 2011 yılında İzmir konferansı düzenlenmiş ve Mahkemenin verimliliğini artırmak, daha güçlü ulusal çareleri teşvik etmek gibi konular bu konferansta gündeme gelmiştir. İzmir Konferansından sonra, 2012 yılında, koruma mekanizması sistemi için uzun vadeli çözümleri araştırmak amacıyla Brighton konferansı düzenlenmiş, Mahkemenin yapısı ve işlevindeki olası değişiklikler, bu konferansta tartışılan temel konular arasında yer almıştır.

27 Explanatory Report-Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Explanatory Report, erişim 01 Ocak 2024, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/protocol_16_explanatory_report_eng.

28 Sezer, s. 123.

29 Ada Paprocka ve Michał Ziolkowski, "Advisory Opinions under Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights", *European Constitutional Law Review* 11, Sayı 2 (Eylül 2015), s.292, <https://doi.org/10.1017/S1574019615000176>.

2015 yılında düzenlenen Brüksel konferansı, Sözleşme sisteminin korunmasına ve meşruiyetine ilişkin endişelerin ele alınmasını konu edinmiştir. “Brüksel Deklarasyonu” sadece sistemin değerini teyit etmekle kalmayıp, aynı zamanda ulusal uygulamanın iyileştirilmesi ve kararların etkin bir şekilde uygulanması ihtiyacını da vurgulamıştır. En son konferans olan Kopenhag, 2018’de gerçekleştirilmiş olup, ana odak noktası, sistemin etkinliğini artırmak için pratik önlemlerin neler olabileceği konusu olmuştur. Söz konusu konferansların hepsinin sonunda, konferansla aynı adı taşıyan deklarasyonlar yayınlanmıştır. Çalışmamızın devamında söz konusu üst düzey konferanslar ve yayınlanan deklarasyonlar incelenecek ve katkıları üzerinde durulacaktır.

a. Interlaken Üst Düzey Konferansı ve Interlaken Deklarasyonu

18-20 Ekim 2010 tarihleri arasında İsviçre’nin Interlaken kentinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) Geleceği Üzerine toplanmıştır. Mahkeme’nin artan iş yükü ve etkililiği konusundaki endişeler daha belirgin hale geldiğinden, bu konferans Mahkeme için önemli bir dönüm noktası olmuştur. Interlaken Konferansı, gelecekteki tartışmalar için gündemi belirlemek ve iyileştirilmesi gereken önemli noktaları belirlemek amacıyla bir platform sağlamıştır.

Konferansta odaklanılan temel alanlar şöyle sıralanabilir;

Artan dava birikimi; Konferansta, başvuru sayısının giderek arttığı, işlemlerdeki gecikmeler ve Mahkeme’nin etkinliği üzerindeki potansiyel etkilere ilişkin endişeler dile getirilmiştir.

Ulusal Uygulama; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) üye devletler tarafından güçlü bir şekilde uygulanmasının önemine vurgu yapıldı. Bu sadece Mahkeme’nin iş yükünü azaltmakla kalmayacak, aynı zamanda insan haklarının ulusal düzeyde daha güçlü bir şekilde korunmasını da sağlayacaktır. İkincilik ilkesi gereği zaten asıl korumanın ulusal koruma olduğu çok açıktır.³⁰ Sözleşmeciler devletler, hukukun üstünlüğü ve insan haklarının ilk savunma hattını oluştururlar ve Sözleşme ihlallerinin giderilmesi

30 Alastair Mowbray, “The Interlaken Declaration—The Beginning of a New Era for the European Court of Human Rights?”, *Human Rights Law Review* 10, Sayı 3 (2010), s.525.

için etkili iç hukuk yollarının mevcut olmasını sağlamak ve Mahkeme kararlarının düzgün bir şekilde uygulanmasını garanti etmek onların görevidir. Ancak, Strazburg'a ulaşan çok sayıda mükerrer davanın varlığı bile, ikincilik ilkesinin yeterince işlemediğini göstermektedir.³¹ İşte bu ilkenin etkililiğini arttırmak amacı da Konferansın temel gündemlerinden biri olmuştur.

Mahkeme'nin Etkinliği ve İşleyişi: Görüşmelerde Mahkeme'nin iç süreçlerini düzene sokmanın, dava yönetimini iyileştirmenin ve ulusal makamlarla iletişimi geliştirmenin yolları araştırılmıştır.

Interlaken Konferansı, sonucunda, AİHM'nin geleceğine ilişkin temel ilkeleri ortaya koyan dönüm noktası niteliğindeki "Interlaken Deklarasyonu" nun kabul edilmiştir. Deklarasyonda, AİHS'nin Avrupa çapında insan haklarının korunmasındaki hayati rolü, Mahkeme'nin iş yükünü azaltmak için Sözleşme'nin ulusal düzeyde daha iyi uygulanmasına duyulan ihtiyaç, Mahkeme'nin etkinliğinin ve işleyişinin iyileştirilmesinin önemi vurgulanmıştır. Deklarasyon, AİHM'nin karşılaştığı zorlukları ele almak üzere çeşitli somut girişimlerin de önünü açmıştır. Örneğin, haksız başvuruları filtrelemek için daha katı kabul edilebilirlik kriterlerinin getirilmesi, ulusal uygulamayı desteklemek ve ulusal hukuk yollarını iyileştirmek için pilot projelerin geliştirilmesi, Mahkeme ve ulusal makamlar arasındaki diyalog ve işbirliğinin güçlendirilmesi gibi.³²

Interlaken Konferansı, başarılarına rağmen bazı sınırlamalar ve zorlukların da altını çizmiştir. Öncelikli olarak usule ilişkin reformlara odaklanılmış ve fakat Sözleşme haklarına ilişkin esaslı konulara daha az ilgi gösterilmiştir. Konferansın sınırlanması açısından yerinde bir tutum olarak kabul edilebilir. Bir zorluk olarak, Reformların hayata geçirilmesinin zaman alacağı oldukça açıktır. Bu konuda, taraf devletlerin sürekli siyasi kararlılığını gerekmektedir. Konferans boyunca karşılaşılan diğer bir zorluk da önceliklerin belirlenmesi konusunda yaşanmıştır. Gerçekten, verimlilik ile insan haklarının korunmasına ilişkin yüksek standartların muhafaza edilmesi

31 H. Keller, A. Fischer, ve D. Kuhne, "Debating the Future of the European Court of Human Rights after the Interlaken Conference: Two Innovative Proposals", *European Journal of International Law* 21, Sayı 4 (01 Kasım 2010), s.1031.

32 High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights Interlaken Declaration, Şubat 2010, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/2010_interlaken_finaldeclaration_eng.

arasında doğru dengeyi bulmak hassas ve zor bir görevdir. Mahkemenin verimliliğini arttırmak iş yükünü azaltmak için insan haklarına ilişkin yüksek standartlardan taviz verilemeyeceğine göre bu dengenin korunması oldukça zorlu bir durumdur.

Sonuç olarak; Interlaken Üst Düzey Konferansı, AİHS'nin tarihinde önemli bir dönüm noktası olmuştur. Zorlukları kabul ederek ve yapıcı bir reform süreci başlatarak, Avrupa çapında insan haklarını korumak için daha donanımlı, daha verimli ve etkili bir Mahkeme için zemin hazırlamıştır. Ancak reforma doğru devam eden yolculuk, AİHM'nin hayati misyonunda kalıcı etkinliğini sağlamak için tüm paydaşların sürekli bağlılığını ve işbirliğini gerektirmektedir. “Temel ilke, Sözleşme’deki hakların ulusal düzeyde güvence altına alınmasının Devletlere, bireysel başvuruların (veya istisnai olarak Devletlerarası davaların) incelenmesi yoluyla Devletlerin yükümlülüklerine gerçekten riayet etmelerinin sağlanmasının ise Mahkeme’ye ait olduğudur.”³³

b. İzmir Üst Düzey Konferansı ve Deklarasyonu

2010 yılında düzenlenen Interlaken Konferansı'nın ivmesi üzerine inşa edilen 27-28 Ekim 2011 tarihli İzmir Üst Düzey Konferansı özellikle iki önemli konuya odaklanmıştır. Bunlardan ilki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) etkinliğinin artırılması, ikincisi, üye devletlerde insan hakları ihlallerine karşı daha güçlü ulusal hukuk yollarının teşvik edilmesidir.

Mahkemenin etkililiği üzerinde durulmuş, Mahkeme'nin iç süreçleriyle ilgili düzenlemeye gitmenin ve gün geçtikçe artan başvuru birikimini azaltmanın yolları araştırılmıştır. Önemine göre bazı davaların ayrıştırılıp, önceliklendirilmesi için filtreleme prosedürlerinin iyileştirilmesi üzerinde durulmuştur.³⁴ Pilot projelerin ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin kullanımının artırılması gerekliliği de gündeme gelmiştir.

33 Memorandum of the President of the Court with a view to Preparing the Interlaken Conference, 03 Temmuz 2009, 4, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Speech_20090703_Costa_Interlaken_ENG.

34 High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights-İzmir Declaration, Nisan 2011, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/2011_izmir_finaldeclaration_eng.

Ulusal çözüm yolları konusunda, insan haklarının korunması ve ihlallerin önlenmesi için sağlam ulusal sistemlere duyulan ihtiyaç ve bu hususun önemi vurgulanmıştır. Bu kapsamda, taraf devletlerin Sözleşme ihlalleri için etkili iç hukuk yolları sağlamaya teşvik edilmesi, ulusal yargıçlar ve hukukçuların Sözleşme hakkında farkındalığının artırılması ve Mahkeme ile ulusal makamlar arasındaki diyalog ve iş birliğinin güçlendirilmesi konuları ele alınmıştır.

Konferansın sonucu olarak kabul edilen, İzmir Deklarasyonu, Interlaken ilkelerini yeniden teyit eden ve daha somut girişimlerin ana hatlarını belirleyen bir metin olarak karşımıza çıkmaktadır.

Deklarasyonda, tek yargıç sisteminin filtreleme konusunda iyi sonuçlar verdiği memnuniyetle dile getirilmiştir. Bunun yanında Mahkeme'nin kabul ettiği pilot karar uygulamasının içtüzüğe geçirilmesinden duyulan memnuniyet de bildirilmiştir.³⁵ Pilot karar uygulamasının iş yükünün azalmasında oynayacağı rolün önemi de vurgulanmıştır.³⁶

Kabul etmek gerekir ki Konferansların başarısı yanında bazı zorlukları ve sınırlamaları da mevcuttur. İzmir deklarasyonunda da tıpkı Interlaken de olduğu gibi, olumlu etkilerinin yanında devam eden bazı zorlukların da altı çizilmiştir. Bunların başlıcalarından biri yavaş uygulama konusudur. Alınan kararlar ve amaçlanan bazı hususlar doğası gereği hemen sonuç alınamayabilen süreçlerdir. Örneğin, tavsiyelerin etkili ulusal yasal çerçevelere dönüştürülmesi, üye devletlerden sürekli siyasi irade ve kaynak tahsisi gerektirmektedir. Bu durum da her zaman istikrarla ilerleyen bir süreç sayılmaz. Ulusal hukuk yollarının tüm insan hakları ihlalleri için gerçekten yeterli ve erişilebilir çözümler sunmasını sağlamak karmaşık bir görev olmaya devam etmektedir.

Sonuç olarak, İzmir üst düzey konferansı, AİHM'nin reform sürecinde önemli bir adım olmuştur. Verimliliğin artırılması ve ulusal hukuk yollarının

35 High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights-İzmir Declaration, s.4-5.

36 Reforming the European Court of Human Rights: Interlaken, Izmir, Brighton and Beyond- A compilation of instruments and texts relating to the ongoing reform of ECHR, (Directorate General Human Rights and Rule of Law Council of Europe, 2014), s.65, <https://rm.coe.int/reforming-the-european-convention-on-human-rights-interlaken-izmir-bri/1680695a9d>.

teşvik edilmesine odaklanarak, Avrupa’da insan haklarının korunmasına yönelik daha sürdürülebilir ve iş birliğine dayalı bir yaklaşımı teşvik etmiştir. Bununla birlikte, reform yolunda devam eden süreç, AİHM’nin insan haklarının etkili ve erişilebilir bir garantörü olarak kalmasını sağlamak için tüm paydaşların çabalarını sürdürmesini gerektirmektedir.

c. Brighton Üst Düzey Konferansı ve Deklarasyonu

Interlaken ve İzmir konferanslarının ardından, 15-16 Ekim 2012 tarihlerinde düzenlenen Brighton Üst Düzey Konferansı, AİHM’nin geleceğine daha derinlemesine bakarak, karşılaştığı zorlukları ele almak için uzun vadeli çözümleri araştırmış, odak noktasını, usule ilişkin reformlardan, değişen insan hakları ihtiyaçları bağlamında Mahkeme’nin yapısı ve işlevine ilişkin daha temel sorulara kaydırmıştır.

Brighton konferansı önceki iki konferansta olduğu gibi benzer amaç ve çalışmaların çoğunu tekrar etmiş, bu konferansta da etkililik ve mahkemenin rolü üzerinde durulmuştur. Fakat özellikle bu konferansı diğerlerinden ayıran özellik, ikincilik ilkesine ve takdir marjı doktrinine dikkate değer derecede vurgu yapmasıdır. “İkincilik, Sözleşme sisteminin üzerine inşa edildiği temel bir ilkedir ve Sözleşme’nin 1. Maddesi (Taraf Devletlere kendi yetki alanlarındaki herkes için temel hak ve özgürlükleri güvence altına alma konusunda birincil sorumluluk yükler) ile 35(1) Maddesinde (Mahkeme ancak tüm iç hukuk yolları tüketildikten sonra devreye girmelidir) açıkça belirtilmiştir.”³⁷

Taraf devletler ve Mahkeme arasında ikincilik prensibine dair gerilim denebilecek, özellikle Birleşik Krallığın önderliğini yaptığı bir tartışma söz konusudur. Nitekim bazı, taraf devletler, egemenlik prensibini ve ikincilik ilkesini gerekçe göstererek AİHM’yi tabir yerindeyse kısıtlamak istemektedir. Özellikle Birleşik Krallık’ta bu husus oldukça tartışmalıdır³⁸ ve

37 Report of Committee on Legal Affairs and Human Rights-The Future of the European Court of Human Rights and the Brighton Declaration, (Committee on Legal Affairs and Human Rights, 03 Aralık 2012), http://assembly.coe.int/Committee-Docs/2012/ajdoc42_2012.pdf.

38 Birleşik Krallık, Aralık 2021 yılında insan haklarına ilişkin bir dizi reform seçeneği hakkında görüşlerin alındığı bir istişare belgesi yayınlamıştır. Söz konusu istişare belgesi boyunca Hükümet, değişiklik planlarını gerçekleştirmek için ikiz ilkeler olan ikincilik ve takdir marjını kullanmaktadır. Belge bu ilkelere dar bir bakış açısı

Brighton konferansı bu konunun gündeme geldiği en önemli platform olmuştur. Sadece Birleşik Krallık değil, örneğin Danimarka da 2017 yılında Avrupa Konseyi başkanlığını üstlendiğinde, ülkenin öncelikleri arasında “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararları aracılığıyla üye devletler ve halkları için kritik öneme sahip politika alanları üzerinde giderek daha fazla etkiye sahip olmasından kaynaklanan zorluklar” ışığında “ikincillik ilkesini ve onun işlevsel aracı olan takdir marjını dikkate alma ihtiyacını” vurgulamıştır.³⁹ Konferansta öne çıkan eleştiri, AİHM’nin ulusal mahkeme sistemleri tarafından görülen ve karara bağlanan davaların Strazburg’da yeniden görüldüğü bir ‘dördüncü derece’ mahkemesi haline gelmekte olduğuydu. “Dördüncü derece mahkeme sistemi uygulaması” Sözleşme’nin, hakların etkili bir şekilde hayata geçirilmesinin güvence altına alınmasında ulusal makamlara birincil rolün verilmesi kuralına zarar vermektedir ve taraf devletlere göre, bunun önüne geçmenin yolu, halihazırdakinden daha geniş bir takdir marjı yetkisinin devletlere tanınmasıdır.⁴⁰

Eski AİHM başkanı Robert Spano da söz konusu tartışmaya ilişkin taraf devletlerin yaklaşımına dair çarpıcı bir tespit yapmaktadır. Buna göre, “pek çok ulusal yargıç ve uygulayıcı, Sözleşme’yi parçası oldukları, kendilerinin de dahil oldukları bir sistemle oluşturulmuş kabul etmeyip, uluslararası bir normlar bütünü olarak görüyor. Aslında kendilerini sistemin dışında tutarak bakıyor, bu nedenle bağımsız olarak Sözleşme haklarını geliştirmeleri istendiğinde tereddüt ediyorlar. Hatta, bazı politikacılar, mahkeme sistemini, kendi iradesini Avrupa halklarına empoze eden bir sistem olarak görüp, kendilerinin uluslararası yargıçlar tarafından tehdit edildiğini düşünüyorlar.”⁴¹ Gerçekten de bu ifadeler sorunun tam da kökenine değinmektedir. Bazı taraf devletler, sözleşme sistemini kabul ettiği halde

siyla yaklaşmakta ve bunları çoğunlukla AİHM’yi kısıtlamaya ve aşırıya kaçmaya karşı korumaya yönelik araçlar olarak tasvir etmektedir. Söz konusu istişare belgesi için bkz; <https://www.gov.uk/government/consultations/human-rights-act-reform-a-modern-bill-of-rights/human-rights-act-reform-a-modern-bill-of-rights-consultation> (erişim tarihi 03.01.2024).

39 Antoine Buysse, “Invoking Subsidiarity to Weaken ECHR Protection in the UK”, Haziran 2022, <https://www.echrblog.com/2022/06/invoking-subsidiarity-to-weaken-echr.html>.

40 Cram, s. 478.

41 Robert Spano, “The Future of the European Court of Human Rights—Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law”, *Human Rights Law Review* 18, Sayı 3 (2018), s.485-486.

sistemi ve değerleri özümsemediklerinde ve sistemin dışındaymış gibi yaklaştıklarında, AİHM sistemi tarafından tehdit edildikleri kanaatine varıp, Sözleşme sistemine karşı direnç geliştirmeye başlamaktadırlar. Bu durum da insan haklarının korunması anlamında negatif sonuçlar doğurmaktadır.

Görüldüğü gibi taraf devletler, ikincillik prensibini ileri sürerek Mahkeme'nin müdahalesini daraltma amacı gütmektedirler. Mahkemenin bu konuya yaklaşımı, Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komitesi'nin Brighton Deklarasyonu raporundan⁴² da çıkarımla yorumlanabilir. Raporda, ikincillik ve takdir marjına yapılan yasal atıflar, Mahkeme'nin denetim yetkisini ortadan kaldırmak için kullanılamaz ifadeleri yer almıştır. Ayrıca Mahkeme'ye göre, Strazburg'a ulaşan mükerrer davaların sayısı, ikincillik ilkesinin her zaman etkili bir şekilde işlemediğini ve ulusal düzeyde etkili koruyucu mekanizmaların var olduğu varsayımının yersiz olabileceğini göstermektedir, vurgusu da yapılmıştır. Kanımızca Mahkeme'nin de vurguladığı gibi, iç hukukta yeterli ve etkili bir koruma sağlanmış olsa birbirinin tekrarı şekilde ve özellikle hep belirli konularda ihlal başvuruları gelmeye devam etmezdi. Dolayısıyla taraf devletlerin yapısal sorunları çözmeleri ve gerekirse yasama yoluyla bu ihlallerin önüne geçecek düzenlemeler yapmaları gerekmektedir. Elbette, Mahkeme'nin yetkisi ikincildir yani birincil ve asıl olan ulusal korumadır fakat bu gerekçe gösterilerek kişilerin başvuru hakları ya da insan haklarının temel prensipleri göz ardı edilemeyecektir.

Brighton Deklarasyonunda diğer en önemli vurgulardan biri de kararların icrası hususudur. "Her Taraf Devlet, taraf olduğu her davada Mahkemenin nihai kararlarına uymayı taahhüt etmiştir. Bakanlar Komitesi, denetimi aracılığıyla, daha geniş sistemik sorunların çözümüne yönelik genel önlemlerin uygulanması da dahil olmak üzere, Mahkemenin kararlarının uygun şekilde uygulanmasını sağlar. Bakanlar Komitesi, bir Taraf Devlet tarafından alınan önlemlerin bir ihlali çözüp çözmediğini etkili ve adil bir şekilde değerlendirmelidir. Bakanlar Komitesi, Sözleşme'nin 46. maddesi kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmeyen bir Taraf Devlet hakkında etkili önlemler alabilmelidir. Bakanlar Komitesi, ulusal düzeyde sistemik bir konuyu açığa çıkaran ihlallere özellikle dikkat etmeli ve Taraf Devletlerin pilot kararları hızlı ve etkili bir şekilde uygulamasını sağlamalıdır.

42 Report of Committee on Legal Affairs and Human Rights-The Future of the European Court of Human Rights and the Brighton Declaration, s.9-10.

Bakanlar Komitesi, giderek artan sayıda kararın infazını denetlemektedir. Mahkeme, önünde bekleyen potansiyel olarak sağlam temellere dayanan başvurular üzerinde çalışırken, Bakanlar Komitesi'nin iş hacminin daha da artması beklenebilir.⁴³ Buna ek olarak, ihlal prosedürünün de kararların icrası konusunda etkili bir yol olduğunun altı çizilmiştir.

Sonuç olarak Brighton Konferansının en önemli çıktıları, ikincillik prensibine yapılan önemli vurgu ve kararların icrasına ilişkin çalışmalar olmuştur. İnsan haklarını korumada birincil yetkinin taraf devletlerde olduğunun altı çizilmiş ve bununla ilişkili olarak devletlerin takdir marjından bahsedilmiştir. Kararların icrası konusunda taraf devletlerin sorumluluğuna değinilmiş, bu konunun denetimi konusunda Bakanlar Komitesinin yetkisi vurgulanmış, kararların icra edilmemesi halinde Bakanlar Komitesi'nin elindeki araç olan ihlal prosedürü uygulamasından bahsedilmiştir.

d. Brüksel Üst Düzey Konferansı ve Deklarasyonu

20-21 Mart 2015 tarihlerinde düzenlenen Brüksel Üst Düzey Konferansı, AİHS'nin reform sürecinin diğer bir ayağını oluşturmaktadır. Konferans ve ardından yayınlanan Deklarasyonda bundan önceki konferanslardan da etkisiyle gözlemlenen olumlu sonuçların memnuniyetle karşılandığı vurgulanmıştır. Brüksel konferansının odak noktası kararların icrası konusu olmuştur. Mahkeme kararlarının uygulanmamasından kaynaklanan mükerrer başvurulara, Mahkemenin potansiyel olarak iyi niyetli kararları değerlendirmek ve karara bağlamak için harcadığı süreye vurgu yapılmıştır. Bakanlar Komitesi denetimi altındaki kararların sayısının giderek artması ve ortaya çıkan sorunların boyutu, niteliği veya maliyeti nedeniyle Taraf Devletlerin belirli kararları uygulamadaki zorluklara değinilmiştir. Mahkemenin, sağlam temellere dayanan ve tekrarlanan davalardan oluşan yığılmayı azaltmasına ve özellikle ciddi insan hakları ihlalleriyle ilgili olanlar olmak üzere, potansiyel olarak sağlam temellere dayanan yeni davalar hakkında makul bir süre içinde karar vermesine olanak sağlamaya devam etmesi için ek önlemler alınması gerekliliği üzerinde durulmuştur.⁴⁴

43 Report of Committee on Legal Affairs and Human Rights-The Future of the European Court of Human Rights and the Brighton Declaration.

44 High-Level Conference on the 'Implementation of the European Convention on Human Rights, Our Shared Responsibility'-Brussels Declaration, Mart 2015.

Konferans, Sözleşme sisteminin uzun vadeli sürdürülebilirliğini ve güvenilirliğini sağlamak amacıyla kararların infazının etkin denetiminin önemini altını çizerek, Bakanlar Komitesini şunları yapmaya teşvik etmiştir;

- geçici kararlar da dahil olmak üzere elindeki tüm araçları kademe-
li olarak kullanma ve koşullar sağlandığında ve gerekirse Sözleşme'nin 46.
maddesinde öngörülen prosedürlerin kullanılmasını değerlendirme;

- bu bağlamda, infaz edilmeme durumlarıyla başa çıkmak için, teknik
desteğine uygun siyasi gücün eklenmesi de dahil olmak üzere mevcut kay-
nakları ve araçları geliştirme;

- başta Mahkeme, Parlamenterler Meclisi ve İnsan Hakları Komiseri
olmak üzere, Avrupa Konseyi'nin diğer paydaşlarıyla, kendi yetkileri çerçve-
sinde, güçlendirilmiş işbirliğinin geliştirilmesini teşvik etmek;

- sürecin hükümetler arası niteliğini yeniden teyit ederken, başkan-
lık ve toplantıların uzunluğu ve sıklığı dahil ancak bunlarla sınırlı olmamak
üzere, İnsan Hakları toplantılarının verimliliğini daha da artırma olanakla-
rını araştırmak.⁴⁵

Görüldüğü üzere Brüksel deklarasyonunda başat konu, kararların icra-
sında temel rol sahibi olan taraf devletler ve Bakanlar Komitesi'nin yetki ve so-
rumlulukları hususu olmuştur. Deklarasyon metninin sonundaki Aksiyon Pla-
nıyla da Taraf Devletlere, bu Aksiyon Planının ışığında, kararların infaz sürecini
iyileştirmeye yönelik olası yeni tedbirleri benimsemeleri ve Bakanlar Komite-
sine bu konuda bilgi vermeleri çağrısında bulunmuştur. Tüm Taraf Devletleri,
Kararların İcra Dairesiyle birlikte, bekleyen davaları incelemeye, kapatılabile-
cek olanları ve geri kalan önemli sorunları belirlemeye ve bu analize dayana-
rak, bekleyen davaların birikmiş listesini değerlendirmeye davet etmiştir.

e. Kopenhag Üst Düzey Konferansı ve Deklarasyonu

8-9 Ekim 2018 tarihlerinde düzenlenen Kopenhag Üst Düzey Konfe-
ransı, AİHM'nin reform sürecinin bir devamı niteliğindedir. Önceki konfe-
ransların üzerine inşa edilen bu konferansta, sistemin etkinliğini artırmaya
yönelik pratik tedbirlere, özellikle de birikmiş davalar gibi kritik bir mesele-
nin ele alınmasına odaklanılmıştır.

45 High-Level Conference on the 'Implementation of the European Convention on Hu-
man Rights, Our Shared Responsibility'-Brussels Declaration.

Konferansta ortak sorumluluk (shared responsibility) kavramı vurgulanmıştır. Bu kavramla, taraf devletler ve AİHM arasında insan haklarının korunması bağlamında ortak sorumluluğun mevcudiyeti açıklanmaya çalışılmaktadır. İnsan hakları ihlalleriyle başa çıkmanın en etkili yolunun ulusal düzeyde olduğunu ve ulusal düzeyde hak sahiplerinin ve karar vericilerin Sözleşme standartlarının desteklenmesinde öncülük yapmalarının teşvik edilmesinin insan hakları konusunda büyük kazanımlar sağlayacağı vurgulanmıştır.⁴⁶

Dikkate değer sonuçlara rağmen, Mahkemenin dava yükünün hâlâ ciddi endişelere yol açtığı hususu da konferansın temel meseleleri arasında yer almıştır. Bu konudaki en büyük zorluk, Dairelerde birikmiş olan çok sayıda davanın azaltılmasında yatmaktadır. Mahkemenin bu tür davalara ilişkin mevcut yıllık çıktısı göz önüne alındığında, bu birkaç yıl sürebilir.

Danimarka konferans öncesinde hazırladığı bir taslakta taraf devletlerin takdir marjını genişleten yaklaşımları ele almıştır. Fakat Konferansta bu hususa değinilmiş olsa da Kopenhag Deklarasyonunda istenilen düzeyde değerlendirilmemiştir.⁴⁷ Genel olarak, Kopenhag Konferansı da diğer konferanslarda olduğu gibi Mahkeme'nin iş yükü sorununu temel mesele olarak incelemiştir. Konferansın yeni bir şey söylemediği iddia edilmiş ve akademik çevrelerce eleştirilmiştir.⁴⁸

Sonuç

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi özellikle 11.Protokolle beraber tam zamanlı çalışan tek bir mahkeme halini aldığından beri günümüze kadar gelen süreçte çok fazla bireysel başvuru almış bu sebeple de Mahkeme'nin iş yükü fazlasıyla artmıştır. Bu durumun Mahkeme'nin etkili bir şekilde çalışmasına engel olacağı endişesi Mahkeme'yi reform sürecini başlatmaya itmiştir. İş yükünün azaltılması, Mahkeme'nin etkililiğinin artırılmasıyla

46 The High Level Conference-Copenhagen Declaration, Nisan 2018, <https://rm.coe.int/copenhagen-declaration/16807b915c>.

47 Geir Ulfstein, "Copenhagen – Much Ado about Little?", *EJIL: Talk!*, 14 Nisan 2018, <https://www.ejiltalk.org/copenhagen-much-ado-about-little/>.

48 Lize R. Glas, "From Interlaken to Copenhagen: What Has Become of the Proposals Aiming to Reform the Functioning of the European Court of Human Rights?", *Human Rights Law Review* 20, Sayı 1 (2020), s.128.

ters orantılı olduğundan, iş yükünün azaltılmasıyla etkililiğin artırılması amaçlanmıştır. Bu kapsamda 14, 15 ve 16. No'lu protokoller ile getirilen birçok yeni düzenleme ve gelişme, Mahkeme'nin iş yükünü azaltmak amacını gütmüştür. Örneğin 15.Protokolle, Mahkeme'ye bireysel başvuru yapma süresi 6 aydan 4 aya düşürülmüş, 16.Protokolle ise taraf devletlerin üst derece mahkemelerine, AİHM'den istisari görüş alma imkanı tanınmıştır. Yine reform sürecinin parçası olan Mahkeme'nin Geleceğine İlişkin Üst Düzey Konferanslarda da ana konu her zaman Mahkeme'nin iş yükünü azaltmak ve etkililiği arttırmak için neler yapılabileceği konusu olmuştur.

AİHM'nin etkililiğinin artırılması için yapılacak tek şey Mahkeme'nin iş yükünü azaltılması konusu olamaz, ancak iş yükünün azalmasının altında yatabilecek sebepler asıl önemli olandır. Örneğin, iç hukukta yani ulusal düzeyde Mahkeme içtihatları ve insan hakları prensipleri benimsenerek uygulanmaya başlandığında, ikincillik prensibinin de gereği olarak ihlaller ulusal düzeyde çözümlenecek ve telafi edilecek böylece AİHM'ye başvuru yapmaya gerek olmayacaktır. Hatta öyle ki böyle bir durumda önleyici etkinin de sonucu olarak ihlallerin daha en başta oluşmasının bile önüne geçilebilir. Zaten insan haklarının korunmasında AİHM ve taraf devletler ortak sorumluluğa sahiptir hatta taraf devletler bu konuda asıl yetkili ve görevli olan öznedir.

Mahkeme'nin geleceğini konu edinen söz konusu konferanslarda, Mahkeme'nin altında ezildiği iş yükünden kurtarılması ve bu yükün azaltılması için çalışmalar yapılırken, uluslararası düzenin süjesi olan bireyin biraz göz ardı edildiğine dair bazı çevrelerce eleştiriler olmuştur. İş yüküne odaklanılması sonucu, insan haklarını korumanın ve öncelemenin gerekliliği üzerinde yeterince durulmadığı iddia edilmiştir. Kanaatimize göre, Mahkeme, iş yükünün azaltılarak gelecekte sadece ilke kararlar veren bir Mahkeme halini alma amacı gütmektedir ki normal şartlarda bu durum yerinde ve hatta ideal görülebilir. Ancak bunun için, tüm taraf devletlerde insan hakları idealinin var olması ve bu konuda devletlerin insan hakları idealini gerçekleştirme konusunda istekli olmaları gerekir. Zaten taraf devletler insan haklarının gelişmesi ve korunması adına hareket ettiklerinde AİHM'ye gerek bile duyulmayacak sadece bazı tartışmalı konularda görüşüne başvuru- lan, bazı temel sorunlarda içtihat belirleyen bir Mahkeme halini alacaktır.

Fakat halihazırda AİHM'ye gelen onca başvurudan da anlaşıldığı gibi taraf devletler insan haklarını koruma konusunda henüz tam anlamıyla yeterli görünmemektedir. Dolayısıyla birey halen, sadece taraf devletin korumasına değil, AİHM'nin de korumasına ihtiyaç duymaktadır. Bu sebeple kanaatimizce, AİHM'nin sadece ilke kararlar veren bir Mahkeme haline gelmesi için henüz önünde uzun bir yol olduğu kanaatindeyiz. Bunun için de tüm bu reform sürecinde, kazanımları olumlu karşılamanın yanında, bireyin göz ardı edilmemesi, iş yükünü azaltmak uğruna insan haklarını koruma amacının özünden taviz verilmemesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Kaynakça

- Ali Rıza, Çoban. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Koruma Mekanizmasında Reform: 14. Protokol Mahkemenin İş Yükü Derdine Deva Olur Mu?” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 54, Sayı 2 (2005).
- Altıparmak, Kerem. “The European System for the Protection of Human Rights in Crisis: The End of the Road?” *Journal of European Criminal Law* 3, Sayı 4 (Eylül 2009).
- Arslan, Cengizhan. “AİHM Çalışma Sisteminde Yapılan Bir Reform: Derhal ve Baştileştirilmiş İletişim Prosedürü.” *İnsan Hakları Dergisi*, Sayı 12 (Ekim 2023).
- Avdulaj, Desart, Indrit Shtupi, ve Aldo Shkëmbi. “Protocol No. 14 Innovations for the Operation of the European Court of Human Rights”. *Academic Journal of Interdisciplinary Studies*, 10 Mart 2016.
- Aybay, Rona. “AİHM’in İş Yükünün Azaltılması İçin Bir Öneri: ‘Zorunlu Uzlaştırma’”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 67 (2006).
- Bayraktar, Fethullah. “Rusya’nın Avrupa Konseyi Üyelüğünden Çıkarılması ya da ‘Militan İnsan Hakları’ Üzerine Bir Değerlendirme”. *Adalet Dergisi*, Sayı 68 (2022).
- Buyse, Antoine. “Invoking Subsidiarity to Weaken ECHR Protection in the UK”, Haziran 2022. <https://www.echrblog.com/2022/06/invoking-subsidiarity-to-weaken-echr.html>.
- Cengiz, Serkan. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İcrası*. 1.Bası Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Cram, Ian. “Protocol 15 and Articles 10 and 11 ECHR—the Partial Triumph of Political Incumbency Post-Brighton?” *International and Comparative Law Quarterly* 67, Sayı 3 (Temmuz 2018).
- Dalkılıç, Evrim Elvin. “İlk İstisnai Görüşünün Ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ‘Yeni’ Yetkisinin Kısa İncelemesi”. *Anayasa Yargısı Dergisi* 36, Sayı 2 (2019).
- ECHR-Analysis of Statistics 2022, Ocak 2023. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/stats_analysis_2022_eng.
- Explanatory Report-Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Protocol_15_explanatory_report.
- Explanatory Report-Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/protocol_16_explanatory_report_eng.
- Faruk, Bilir. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Yapısı Ve 14 Nolu Protokol”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 55, Sayı 1 (2006).
- Gemalmaz, Burak. “AİHM Yargısında Yeni Dönem: Protokol No. 14’le Getirilen Yeni Kabul Edilebilirlik Ölçütünün Uygulanmasına Eleştirel Bakış”. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 31, Sayı 1 (2011).

- Glas, Lize R. "From Interlaken to Copenhagen: What Has Become of the Proposals Aiming to Reform the Functioning of the European Court of Human Rights?" *Human Rights Law Review* 20, Sayı 1 (2020).
- High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights: Brighton Declaration, Eylül 2012. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/2012_brighton_finaldeclaration_eng.
- High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights Interlaken Declaration, Şubat 2010. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/2010_interlaken_finaldeclaration_eng.
- High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights-İzmir Declaration, Nisan 2011. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/2011_izmir_finaldeclaration_eng.
- High-Level Conference on the 'Implementation of the European Convention on Human Rights, Our Shared Responsibility'-Brussels Declaration, Mart 2015.
- Keller, H., A. Fischer, ve D. Kuhne. "Debating the Future of the European Court of Human Rights after the Interlaken Conference: Two Innovative Proposals". *European Journal of International Law* 21, Sayı 4 (01 Kasım 2010).
- Kolçak, Hakan, ve Ünal Gençtürk. "DANIŞMA GÖRÜŞÜ BAŞVURUSU: İHAS'A EK 16 NOLU PROTOKOL ÜZERİNE KAPSAMLI BİR DEĞERLENDİRME". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 30, Sayı 3 (2022).
- Memorandum of the President of the Court with a view to Preparing the Interlaken Conference, 03 Temmuz 2009. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Speech_20090703_Costa_Interlaken_ENG.
- Mowbray, Alastair. "The Interlaken Declaration—The Beginning of a New Era for the European Court of Human Rights?" *Human Rights Law Review* 10, Sayı 3 (2010).
- Paprocka, Ada, ve Michał Ziółkowski. "Advisory Opinions under Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights". *European Constitutional Law Review* 11, Sayı 2 (Eylül 2015).
- Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, restructuring the control machinery established thereby, 1994. <https://rm.coe.int/168007cda9>.
- Protocol No. 14 To The Convention For The Protection of Human Right and Fundamental Freedoms, Amending The Control System of The Convention, 2004. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/library_collection_p14_ets194e_eng.
- Protocol No. 15 amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 2013. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/protocol_15_eng.
- Protocol No. 16 to the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 2013. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/protocol_16_eng.

- Reforming the European Court of Human Rights: Interlaken, Izmir, Brighton and Beyond- A compilation of instruments and texts relating to the ongoing reform of ECHR. Directorate General Human Rights and Rule of Law Council of Europe, 2014. <https://rm.coe.int/reforming-the-european-convention-on-human-rights-interlaken-izmir-bri/1680695a9d>.
- Report of Committee on Legal Affairs and Human Rights-The Future of the European Court of Human Rights and the Brighton Declaration. Committee on Legal Affairs and Human Rights, 03 Aralık 2012. http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2012/ajdoc42_2012.pdf.
- Sezer, Abdullah. "İhas'a Ek 15 Ve 16 No.lu Protokollere İlişkin Genel Gözlemler". *Anayasa Hukuku Dergisi* 4, Sayı 8 (2015).
- Spano, Robert. "The Future of the European Court of Human Rights—Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law". *Human Rights Law Review* 18, Sayı 3 (2018).
- The Council of Europe. "Our Member States". <https://www.coe.int/en/web/about-us/our-member-states>.
- The High-Level Conference-Copenhagen Declaration, Nisan 2018. <https://rm.coe.int/copenhagen-declaration/16807b915c>.
- Ulfstein, Geir. "Copenhagen – Much Ado about Little?" *EJIL: Talk!* (blog), 14 Nisan 2018. <https://www.ejiltalk.org/copenhagen-much-ado-about-little/>.



Fikir ve Sanat Eserleri Hakkında Lisans Sözleşmelerine İlişkin Bazı Meseleler

Ar. Gör. Betül BOZKIR*

Özet

Eser sahibinin, organizasyon veya maddi imkansızlıklar sebebiyle eserini kendisinin kullanması, basması, temsil etmesi çoğu zaman mümkün olmayabilir. Bu gibi hallerde eser sahibinin, bunları yapma imkanı olan kimselere eser üzerindeki mali haklarını kullanma yetkisi tanınması gündeme gelmektedir. Eser sahibinin fikir ve sanat eserleri üzerindeki mali hakları çeşitli sözleşmelere ve tasarruflara konu edilebilmektedir. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında mali hakların devri mümkün olduğu gibi yalnızca mali hakkı kullanma yetkisi de bir başkasına bırakılabilir. Mali hakkın yalnızca kullanma yetkisinin sözleşmeyle bir başkasına bırakılması lisans (ruhsat) sözleşmelerine vücut vermektedir. Bu husus Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.48/2' de, “*mali hakları sadece kullanma salahiyeti de bir başkasına bırakılabilir. (Ruhsat)*” şeklinde düzenlenmiştir. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında ruhsat ibaresi kullanılmakla birlikte doktrinde bu sözleşme çoğunlukla lisans sözleşmesi kavramıyla ele alınmaktadır.

Lisans sözleşmelerine ilişkin doktrinde en tartışmalı olan meselelerin başında sözleşmenin hukuki niteliği gelmektedir. Bu tartışma lisans sözleşmesinin lisans alana hangi hakları verdiğinin tespit edilmesi ve lisans alan kimsenin lisans hakkına müdahale edilmesi halinde doğrudan doğruya harekete geçip geçemeyeceğine ve dava açıp açamayacağına ilişkin tartışmalar bakımından da oldukça önem arz etmektedir. Lisans sözleşmesi ile

* İbn Haldun Üniversitesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi, betulbozkir@ihu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1954-3043.

lisans hakkı elde eden lisans alan kişinin, bu yetkisini kullanmasını engelleyen müdahalelere karşı, doğrudan doğruya hareket edip edemeyeceği hususuna ilişkin, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda, Sınai Mülkiyet Kanunu m.158 de marka lisans sahipleri hakkında öngörölmüş olduğu gibi lisans hakkı sahibinin dava hakkına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla doktrindeki görüşler de bu açıdan oldukça geniş bir yelpaze göstermektedir.

İşbu çalışmada lisans sözleşmesi yukarda bahsedilen hususlar kapsamında ele alınarak konuya ilişkin doktrinde yer alan görüşler ve yargı kararları çerçevesinde incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Lisans Sözleşmesi, Fikir ve Sanat Eserleri, Mali Hak, Basit Lisans, Münhasır Lisans.

Some Issues with Licence Agreements Relating to Intellectual and Artistic Works

Abstract

It may often not be possible for the author to use, print or represent his work himself due to organizational or material impossibilities. In such cases, the author may authorize others who have the means to do so to exercise their financial rights over the work. The author's financial rights on intellectual and artistic works may be subject to various contracts and disposals. Within the scope of the Law on Intellectual and Artistic Works, the transfer of financial rights is possible, and only the authorization to use the financial right can be left to another person. Leaving only the authority to use the financial right to another person through a contract gives rise to license (license) agreements. This issue is regulated in Article 48/2 of the Law on Intellectual and Artistic Works as 'the sole authorization to use the financial rights may be left to another person (license)'. Although the term 'license' is used within the scope of the Law on Intellectual and Artistic Works, in the doctrine, this agreement is mostly handled with the concept of license agreement.

One of the most controversial issues in the doctrine regarding license agreements is the legal nature of the agreement. This discussion is also very important in terms of determining which rights the license agreement grants to the licensee and whether the licensee can take direct action and file a lawsuit in case of interference with the license right. There is no explicit provision in the Law on Intellectual and Artistic Works regarding the right of action of the licensee, as stipulated for trademark licensees in Article 158 of the Industrial Property Law, regarding whether the licensee, who

obtains a license right under the license agreement, can act directly against the interferences that prevent the licensee from exercising this right. Therefore, the opinions in the doctrine show a wide range in this respect.

In this study, the license agreement will be examined within the scope of the above-mentioned issues and will be examined within the framework of the opinions in the doctrine and judicial decisions on the subject.

Keywords: License Agreement, Intellectual and Artistic Works, Financial Right, Simple License, Exclusive License.

Extended Summary

The license agreement is a *sui generis* agreement that authorizes the licensee to use the financial right subject to the license within the limits set forth in the license agreement. The absolute financial right subject to the license continues to remain in the assets of the author, and only the authority to use it passes to the licensee. In this study, some issues that are important in terms of license agreements regarding the use of financial rights on intellectual and artistic works will be discussed.

The first important issue is the determination of the legal nature of the license right. The determination of the legal nature of the license right is most important in terms of determining whether the licensee can sue personally in case of infringement of the right. From this point of view, if the license right is considered as a right in rem, it will be concluded that the licensee will be able to file a lawsuit in case of infringement of the right itself, without the need for the licensor, due to the fact that rights in rem can be asserted by the owner of the right against anyone. However, if it is argued that the license right is not a right in rem, then it will be accepted that the licensee cannot directly sue in case of infringement of the right. In this case, it will be claimed that the licensee must be authorized by the licensor in order to file such a lawsuit.

One of the important issues in this matter is the necessity to distinguish between the license right and the license agreement. The legal nature of the license agreement and the legal nature of the right subject to the license agreement are two different issues. The financial rights that are the subject of the license agreement are absolute rights and can be asserted

against anyone due to these characteristics. However, it is not this absolute financial right that is transferred by the license agreement; only the authority to use this financial right within the framework of the license agreement is transferred.

The legal nature of the license agreement is one of the most controversial issues in the doctrine. Some authors refer to the distinction between simple and exclusive license agreements in determining the legal nature of the agreement. However, in our opinion, it is not very accurate to make such a distinction at the point of determining the legal nature of the agreement. This is because the difference between simple and exclusive license agreements arises from the difference in the authority granted to the licensee. There are two main opinions in the doctrine regarding the legal nature of the license agreement. The first one considers the license agreement as a dispositive transaction, while the second one considers it as an obligatory transaction. This discussion in the doctrine regarding the legal nature of the license agreement is not only theoretically important, but also extremely important in terms of determining the licensee's relationship with the licensor and third parties. In both cases, whether it is a simple or exclusive license, in our opinion, the license agreement is an obligatory transaction.

Another important issue that we will address is whether the licensee can take direct action in case of interference with its rights. There is no explicit provision in the Law on Intellectual and Artistic Works regarding whether the licensee, who obtains a license right through a license agreement, can act directly against the interferences that prevent the licensee from exercising this right, as it is regulated in the Industrial Property Law for trademark licensees. Therefore, the opinions in the doctrine show a wide range in this respect. In our opinion, it is a correct approach to distinguish between simple and exclusive licenses in determining whether the licensee has the right to sue. This is because there are significant differences between the powers granted to the licensee by simple and exclusive licenses. At this point, it may be considered as a correct approach to accept that the person who has the exclusive license right may file a lawsuit directly in case of interference with his right. However, since the simple licensee has accepted that the right subject to the license may be used by both the licensor and third parties, it is not possible to interfere directly.

In a decision of the 11th Civil Chamber of the Court of Cassation dated 11.03.1999, it was stated that “... a full license is the allocation of some or all of the author’s powers of use or exploitation, which are specific to the financial right, to the licensee by separating them from the financial right. It differs from a simple license in that the same license cannot be granted to others. If a full license is granted, the license holder is *de facto* no different from the owner of the financial right. However, the Code does not stipulate whether the license holder may request the refusal of infringement. In the doctrine, since the license is accepted as a dispositive act, all license holders may file a lawsuit for the prevention of infringement and compensation, just like the authors and the owners of the neighboring rights to use or benefit from the financial rights. In fact, they may even be liable to the owner of the financial right or the author for the damages that may arise if they do not file a lawsuit...” and accepts that the full license holder also has the right to sue against infringements that prevent the use of the right. Finally, the article focuses on the issue of whether the licensee can file a lawsuit pursuant to Article 68 of the Code. In the doctrine, it is argued that the copyright claim under Article 68/1 of The Law on Intellectual and Artistic Works can only be filed by the author, and that the licensee has the right to sue only for damages. In its earlier decisions, the Court of Cassation accepted that at least the full license holder could claim royalty compensation. In its recent decisions, it accepts that only the owner of the financial right can claim royalty compensation and the licensee cannot make such a claim.

I. Lisans Hakkı Kavramı ve Hukuki Niteliği

Eser sahibinin, organizasyon veya maddi imkansızlıklar sebebiyle eserini kendisinin kullanması, basması, temsil etmesi çoğu zaman mümkün olmayabilir. Bundan dolayı eser sahibinin bunları yapma imkanı olan kimselelere eser üzerindeki mali haklarını kullanma yetkisi tanınması gündeme gelmektedir. FSEK m.48 kapsamında ruhsat olarak ifade edilen bu işlem uluslararası hukuk dilinde lisans olarak adlandırılmaktadır¹.

1 Nuşin Ayiter, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1981, s.210.

Lisans hakkı lisans sözleşmesi kapsamında lisans alan kimsenin sahip olduğu faydalanma yetkisini ifade etmek için kullanılmaktadır². Her lisans sözleşmesi esasında gayri maddi bir malın kullandırılması esasına dayanır³. Ancak burada sözleşmeye konu edilen fikir ve sanat eseri üzerindeki gayri maddi hak lisans alan kişinin malvarlığına geçmemekte, lisans verenin mülkiyetinde kalmaya devam etmektedir⁴. Lisans alan kişi sadece lisans sözleşmesiyle kendisine tanınan yetki çerçevesinde bu mali hakkı kullanma imkânına kavuşmaktadır⁵.

Lisans hakkının hukuki niteliğinin ne olduğu hususunda doktrinde farklı görüşler yer almaktadır. Lisans hakkının hukuki niteliğinin belirlenmesi lisans sözleşmesi kapsamında hem taraflar (lisans alan ve lisans veren) arasındaki ilişkinin hem de tarafların üçüncü kişilerle olan ilişkilerini belirlemek noktasında büyük bir önem arz etmektedir⁶. Lisans hakkının hukuki niteliğine ilişkin görüşler temelde iki eksen etrafında şekillenmektedir. Bu görüşlerden birisi Alman Hukukunda diğeri ise İsviçre Hukukunda baskın olan görüştür⁷. Bunlardan ilki lisans hakkının, lisans alan kimseye aynı nitelikte bir hak sağladığı düşüncesine dayanırken, ikincisi ise lisans hakkını şahsi nitelikte bir hak olarak ifade etmektedir⁸. Bu iki görüş de kendi içerisinde lisans sözleşmesinin basit veya inhisari olmasına göre alt görüşlere ayrılmaktadır.

2 Ömer Arbek, *Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005, s.53.

3 Ayiter, s.211.

4 Ernst E. Hirsch, *Fikir ve Sınai Haklar*. Ankara: Ankara Basımevi, 1948, s.223; Ayiter, s.210; Fırat Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2008, s.560; Şafak N. Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*. 3. Bası. Ankara: Yetkin Yayınları, 2009, s.303-304; Savaş Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s.252-253; Levent Yavuz/Alıca Türkay/ Fethi Merdivan, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu Cilt I. 2*. Bası. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014, s.1495; H. Kübra Ercoşkun Şenol, "Mali Hakları veya Kullanım Haklarını Devralanların Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Korunması", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3/1(2013), s.50.

5 Ayiter, s. 210-211.

6 Saibe Oktay Özdemir, *Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması*. İstanbul, 2004, s.18; Arbek, s.54.

7 Şirin Aydıncık, *Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri*. İstanbul: Arıkan Yayınları, 2006, s.78.

8 Arbek, s.54.

Lisans hakkının hukuki niteliğine ilişkin en eski görüş aynı hak görüşüdür. Mehzaz hukuk sistemlerinden Alman Hukukunda hakim olan görüş münhasır lisansın aynı hak niteliğinde olduğu yönündedir. Alman Hukukunda eser üzerindeki hakların devredilme imkanı bulunmamaktadır. Eser sahibinin hakları üzerinde sadece lisans işlemleri yapmasına izin verilmiştir⁹. Bundan dolayı Alman hukukunda lisans hakkının aynı hak niteliğinde olduğu görüşü benimsenmiştir¹⁰.

Aynı hak görüşü kendi içerisinde ikiye ayrılır. Bu görüşü savunan yazarların bir kısmı tüm lisans haklarını aynı hak olarak nitelendirirken, görüşü savunan diğer bir kısım yazarlar ise sadece inhisari (tam) lisans hakkının aynı hak niteliğinde olduğunu ileri sürmektedir¹¹. Tüm lisans haklarının basit-inhisari ayrımı yapılmaksızın aynı hak niteliğinde olduğunu kabul etmek, lisans alan kimsenin hem yeni lisans alan kimselere karşı hem de lisans hakkına tecavüz edilmesi halinde, hakkına tecavüz eden 3. kişilere karşı korunması bakımından bizzat kendisinin dava açarak lisans hakkını koruyabilmesine imkan sağlamaktadır¹². Aynı hak niteliğine ilişkin alt görüşlerden diğeri ise sadece inhisari lisans veren lisans sözleşmesinden doğan lisans hakkının aynı nitelikte olduğunu kabul etmektedir. Bu görüşe göre ancak inhisari lisans sahipleri hakka müdahale söz konusu olduğunda bizzat dava açabilir, basit lisans sahiplerinin ise lisans haklarına tecavüz edilmesi halinde bizzat dava açma imkanı bulunmamaktadır¹³.

Lisans hakkının hukuki niteliğine ilişkin doktrinde ileri sürülen bir diğer görüş ise hakkın şahsi hak niteliğinde olduğuna yönelik görüştür. Bu görüş mehzaz hukuk sistemlerinden İsviçre Hukuku kaynaklıdır¹⁴. Alman Hukukundan farklı olarak İsviçre Hukukunda eser sahibinin mali haklarını devredebilmesi imkanı mevcuttur. Buna karşılık İsviçre Fikri Haklar Yasasında lisans sözleşmesinden hiç bahsedilmemiştir. Ancak İsviçre

9 Ali Demirbaş, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015, s.273.

10 Aydıncık, s.79.

11 Arbek, s.54.

12 Arbek, s.55-56.

13 Arbek, s.56.

14 Ahmet M. Kılıçoğlu, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*. 2. Bası. Ankara: Turhan Yayıncılık, 2013, s.320.

Doktrinde, yasalarında düzenlenmemiş olsa bile eser sahibinin mali haklarına ilişkin lisans sözleşmesi yapabileceği kabul edilmektedir¹⁵. İsviçre Hukukunda 2007 tarihinde getirilen düzenleme ile de kanuna (Telif Hakları ve Bağlantılı Haklara İlişkin Federal Yasa) bir fıkra eklenmiş (Art.62 Abs. 3 URG) ve münhasır lisans sahiplerinin bizzat dava açma hakkı hüküm altına alınmıştır¹⁶.

Bu görüş hem Türk doktrinde hem İsviçre doktrinin de çoğunlukta olan görüştür¹⁷. Bu görüş esas itibariyle fikri hakların nitelikleri itibariyle bölünemeyeceği görüşüne dayanmaktadır. Bu görüş de kendi içerisinde alt görüşlere ayrılmaktadır. Bunlardan ilki tüm lisans haklarını şahsi nitelikte hak olarak ifade ederken, ikincisi ise sadece basit lisans hakkının şahsi nitelikte hak olduğu görüşüdür¹⁸. Doktrinde Arbek, lisans hakkının hukuki niteliği açısından basit lisans ile inhisari lisans arasında ayırım yapılmaması gerektiğini savunarak, bu ayırımın hakkın hukuki niteliğiyle alakalı bir durum olmadığını, bu ayırımın sadece lisans alana verilen yetkinin kapsamını belirleme noktasında işlevsel olduğunu dile getirmektedir¹⁹. Benzer bir şekilde Kılıçoğlu da lisans sözleşmesinin hukuki niteliğini, bu sözleşmenin lisans alana tanıdığı yetkiye göre değerlendirmenin doğru bir yaklaşım olmadığını dile getirmektedir²⁰.

Şahsi hak görüşünün görünümünden bir diğeri ise kuvvetlendirilmiş şahsi hak görüşüdür²¹. Bu görüşe göre lisans hakkı ister basit ister inhisari olsun şahsi hak niteliğindedir, ancak tescil edilmesi halinde hukuki niteliği açısından kuvvetlendirilmiş şahsi hakka dönüşmektedir²². Öğretide Arbek, hakkın sicile tescil edilmiş olmasının lisans alan açısından yalnızca aleniyeti sağlamak ve ek güvence yaratması bakımından bir anlamı olduğunu, bunun dışında tescil edilmiş olmasının hakkın hukuki niteliği yönünden herhangi bir anlam ifade etmediğini dile getirmektedir²³.

15 Aydıncık, s.78; Demirbaş, s.273.

16 Demirbaş, s.274.

17 Arbek, s.56.

18 Arbek, s.57.

19 Arbek, s.57.

20 Kılıçoğlu, s.320.

21 Kılıçoğlu, s.322.

22 Arbek, s.57-58.

23 Arbek, s.58.

Lisans hakkının hukuki niteliği ele alınırken lisans hakkı ile fikri hak arasındaki ilişkiyi de ele almak önem arz etmektedir. Lisans sözleşmesi ile lisans veren fikri hak sahibi, lisans alana fikri hakkı devretmiş olmaz yalnızca fikri hakkın kendisine bahsetmiş olduğu mali yetkilerin tamamının veya bir kısmının kullanılmasını lisans alana devretmiş olmaktadır²⁴. Lisans sözleşmesiyle yalnızca kullanma yetkisi tanınmaktadır, mali hak devredilmekte, eser sahibinde kalmaktadır²⁵. Bu anlamda lisans sözleşmesinin mali hakkın devrine ilişkin devir sözleşmesiyle karıştırılmaması gerekir.

Lisans hakkının hukuki niteliğinin belirlenmesi en çok hakka tecavüz edilmesi halinde lisans alan kimsenin bizzat dava açıp açamayacağı hususunun tespiti açısından önem arz etmektedir²⁶. Bu açıdan bakıldığında lisans hakkı aynı hak olarak nitelendirilirse, aynı hakların hakkın sahibi tarafından herkese karşı ileri sürülebilmesi özelliğinden ötürü, hakka tecavüz edilmesi halinde lisans alan kişi lisans verene gereksinim duymadan bizzat kendisi dava açabilecek sonucuna ulaşılacaktır. Ancak lisans hakkının aynı hak niteliğinde olmadığı savunulursa bu durumda lisans alanın, hakka tecavüz edilmesi halinde doğrudan doğruya dava açamayacağı kabul edilmiş olacaktır. Bu durumda lisans alanın böyle bir dava açabilmesi için lisans veren tarafından kendisine yetki verilmiş olması gerekecektir²⁷.

Türk Hukukunda aynı hak görüşüne karşı çıkan yazarlar eşya hukumuz sistemi içinde aynı hakların kanunda aksi gösterilmediği müddetçe ancak eşya üzerinde söz konusu olabileceğini, aynı haktan söz edilebilmesi için ya eşya söz konusu olması gerektiğini ya da eşya olmasa bile malvarlığı değerinin aynı hakkın konusunu oluşturabileceğinin açıkça düzenlenmiş olması gerektiğini, gayrimaddi hak olarak kabul edilen fikir ve sanat eserlerinin eşya kavramı dışında kaldığını ifade ederek Türk hukuku açısından lisans hakkının aynı hak niteliğinde olduğunu savunma imkanının bulunmadığı sonucuna varmaktadırlar²⁸. Doktrinde Aydınçık lisansın verdiği hakkın aynı hak olup olmadığından ziyade mutlak-nispi hak olup olmadığının tartışılması gerektiğini ifade etmektedir²⁹.

24 Arbek, s.60; Erel, s.304; Kılıçoğlu, s.318.

25 Öztan, s.560; Erel, s.303-304.

26 Arbek, s.62.

27 Arbek, s.62.

28 Aydınçık, s.80-81.

29 Aydınçık, s.81.

Doktrinde Oktay Özdemir lisans sözleşmesinden doğan hak ile lisans sözleşmesine konu teşkil eden hakkın niteliğinin birbirinden bağımsız olduğunu ifade ederek, lisansa konu olan mali hakkın mutlak hak niteliğinde olmasına rağmen, lisans sözleşmesinde bu hakkın kendisinin değil kullanımının devrinin söz konusu olduğunu, eser üzerindeki hakkın mutlak nitelikte olmasının lisans sözleşmesinin hukuki niteliği üzerinde etkili olmayacağını belirterek söz konusu kullanım hakkının her zaman şahsi hak niteliğinde olduğunu savunmaktadır³⁰.

II. Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi

1. Genel Olarak

Lisans sözleşmesi birçok değişken unsur ve yapıyı içeriğinde barındırdığından dolayı homojen olmayan bir sözleşmedir. Bundan ötürü tüm yönlerini kapsayan ortak bir tanım yapılması oldukça zordur³¹. Bu sözleşme fikri hakların sahibine bahşetmiş olduğu kullanma yetkilerinin tamamının veya bir kısmının başkalarına bir bedel karşılığında ya da bedelsiz olarak devredilmesine imkân sağlayan bir sözleşmedir³². Bu anlamda hakkın devredilmesi söz konusu değildir, yalnızca hakkın kullanımı belli bir süreliğine bir başkasına bırakılmaktadır³³.

FSEK madde 52 uyarınca, “*Mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır*” denilerek mali hakları konu edinen tüm sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması şartı ve sözleşmenin konusu olan hakların da ayrı ayrı gösterilmesi şartı getirilmiştir³⁴. Bu nedenle lisans sözleşmelerinin de yazılı şekilde yapılması zorunludur. Yine sözleşme kapsamında ne tür bir kullanım hakkı tanındığının da açıkça belirtilmesi gerekir. Bu anlamda genel ifadeler kullanılarak mali hakta lisans tanınmaz, aksi halde yapılan işlem geçersiz olacaktır³⁵.

30 Oktay Özdemir, s.23.

31 Arbek, s.65.

32 Oktay Özdemir, s.30; Arbek, s.66; Burak Ongan, *Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukuki Durumu*. Ankara, 2007, s.17.

33 Ayiter, s.211.

34 HGK E.2019/474, K.2020/26, T. 16.1.2020: “FSEK’in 52. Maddesi gereğince eserle ilgili mali haklara dair, gerek sözleşmeler gerekse tasarruf muamelelerinin yazılı şekilde yapılması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır. Buna göre mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı biçimde yapılması ve mali hakların ayrı ayrı gösterilmesi ispat değil, geçerlilik şartıdır” (www.lexpera.com).

35 Yavuz/Türkay/Merdivan, s.1496.

Eser sahibi eseri üzerinde sahip olduğu mali hakkın kullanılmasını içerik ve süre bakımından farklılık arz eden çeşitli yetkilere ayırmak suretiyle bölerek farklı farklı kişilere kullanma yetkisini tahsis edebilir³⁶.

Lisans tanınması ile birlikte mali hakka ilişkin kullanma ve yararlanma yetkilerinin tamamının veya bir kısmının mali haktan ayrılarak lisans alan kimseye bırakılması söz konusu olmaktadır³⁷. Lisans sözleşmesi yapılması, mali hakkın başkalarına devredilmesi yönünde herhangi bir engel teşkil etmemektedir.

2. Lisans Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Lisans sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin açıklamalara geçmeden önce üzerinde durulması gereken önemli bir ayrım mevcuttur. Lisans sözleşmesinin hukuki niteliği ile lisans sözleşmesine konu edilen hakkın hukuki niteliği birbirinden farklı şeylerdir. Lisans sözleşmesinin konusunu oluşturan mali haklar mutlak hak niteliğindedir ve bu özelliklerinden dolayı herkese karşı ileri sürülebilmektedir. Oysa lisans sözleşmesiyle devredilen bu mutlak nitelikteki mali hak değildir, yalnızca bu mali hakkı lisans sözleşmesi çerçevesinde kullanma yetkisi devredilmektedir.

Lisans sözleşmesinin hukuki niteliğine yönelik öğretilerde iki temel görüş mevcuttur. Bunlardan ilki lisans sözleşmesini bir tasarruf işlemi olarak kabul etmektedir, ikincisi ise borçlandırıcı işlem olarak görmektedir³⁸.

Lisans sözleşmesini, doktrindeki bazı yazarlar tasarruf işlemi olarak nitelendirmekte³⁹, bu sözleşmenin hukuki niteliğini alacağın temlikine benzetmektedir⁴⁰. Bu yazarlara göre sözleşmenin kurulmasıyla birlikte, sözleşmeye konu olan mali yetkilerin kullanım hakkı doğrudan doğruya lisans alana intikal etmektedir⁴¹. Doktrinde Erel, basit-münhasır lisans ayrımı yapmaksızın her iki lisans sözleşmesinin de tasarruf işlemi olduğunu kabul

36 Erel, s.304.

37 Erel, s.304.

38 Aydıncık, s.77; Arbek, s.76; Bozbel, s.253,254.

39 Halil Arslanlı, *Fikri Hukuk Dersleri II*. İstanbul, 1954,s.175; Aydıncık, s.79; Erel, s.306; Yavuz/Türkay/Merdivan, s.1495.

40 Aydıncık, s.79.

41 Arslanlı, s.175; Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*. 3. Bası. İstanbul, 2004, s.219; Arbek, s.76; Aydıncık, s.73; Öztan, s.560-565; Erel, s.304; Bozbel, s.255.

etmektedir⁴². Erel bu durumda söz konusu tasarruf işleminin (lisans sözleşmesi) mali hakkın başkalarına devredilmesi yönünde engel teşkil etmediğini tıpkı sınırlı aynı hakla kayıtlanmış olan şeylerin devrinde olduğu gibi mali hakkında üzerindeki lisanslarla birlikte devrolmuş olacağını dile getirmektedir⁴³. Bu görüşü savunanlara göre lisans verenin lisans sözleşmesini yaptığı esnada tasarruf yetkisine sahip bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla lisans sözleşmesinin kurulduğu esnada eserin meydana gelmiş olması şarttır. Henüz meydana gelmemiş bir esere ilişkin yapılan lisans sözleşmesi batıldır. Yargıtay da bu görüştedir⁴⁴.

Lisans sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin öğretide yer alan bir diğer görüş bu sözleşmenin borçlandırıcı işlem olduğu yönündedir⁴⁵. Lisans alan kimse mali hakkın sahibi olmaz⁴⁶. Lisans veren bu sözleşmeyle lisans konusunu lisans alana devretme hususunda bir taahhüt altına girmektedir. Bu görüşü savunan yazarlara göre lisans verenin, lisans sözleşmesiyle taahhütte bulunurken tasarruf yetkisine sahip bulunması gerekmemektedir. Dolayısıyla bu görüşü savunan yazarlara göre lisans sözleşmesinin kurulduğu esnada eserin meydana gelmiş olması şart değildir. Bu açıdan bir yazarın henüz yazmadığı bir romanın sinema eseri olarak çekilmesi hususunda lisans verme taahhüdünde bulunabileceği dile getirilmektedir.

Lisans sözleşmesinin tasarruf ya da borçlandırıcı işlem olarak nitelendirilmesi özellikle lisans alan kimsenin bu hakkını kimlere karşı ileri sürebileceği noktasında büyük bir önem arz etmektedir.

Lisans sözleşmesinin nispi nitelikte borçlandırıcı bir işlem olduğunun kabul edilmesi lisans sözleşmesinden doğan lisans hakkının lisans alan tarafından sadece lisans sözleşmesinin tarafı olan lisans veren kişiye karşı ileri sürülebileceğinin kabulü anlamına gelecektir. Dolayısıyla bu durumda

42 Erel, s.30.

43 Erel, s.304.

44 Bkz. HGK, E.2019/474, 2020/26, T. 16.01.2020: “FSEK kapsamında ancak tamamlanmış eserler üzerindeki mali haklarda tasarruf işlemi yapılmasına cevaz verilmiş olup, henüz vücuda getirilmemiş yahut tamamlanmamış eserler üzerindeki mali haklar veya kullanma ruhsatları üzerinde tasarrufi işlem yapılması batıl sayılmıştır (FSEK m.48). Ancak bu bir kimsenin ileride vücuda getirilecek eserlerle ilgili taahhüt işlemleri, yani borçlanma işlemleri yapmasına mani değildir.” (www.lexpera.com).

45 Hirsch, 1948, s.223; Ayiter, s.211; Arbek, s.77; Bozbel, s.257; Kılıçoğlu, s.320; Demirbaş, s.275.

46 Hirsch, 1948, s.223.

lisans hakkının sadece sözleşmenin tarafları açısından hüküm ve sonuç doğuracağı, üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği kabul edilmiş olur. Bu durumda lisans verenin mamaleki içerisinde yer alan mali hakkını bir başkasına devretmesi halinde, lisans alan kimse lisans hakkını, mali hakkı devralan yeni malike karşı ileri süremeyecektir. Bu durumda yalnızca lisans veren eski malike karşı sözleşmeden doğan haklarını ileri sürebilecektir, lisans alanın üçüncü kişilere karşı bir dava ve talep hakkının olmadığı kabul edilmiş olacaktır⁴⁷.

Lisans sözleşmesinin tasarruf işlemi olduğunun kabul edilmesi halinde ise tıpkı sınırlı aynı haklarda olduğu gibi lisans alan kişi lisans hakkını sadece lisans verene karşı değil, üçüncü kişilere karşı da ileri sürebilecektir⁴⁸. Bu da lisans alan kişinin elde ettiği lisans hakkının mutlak hak olduğu sonucuna gidilmesine neden olmaktadır⁴⁹. Burada da FSEK de münhasır lisans sözleşmelerine ilişkin olarak intifa hakkına yollamayı gerekçe olarak gösteren yazarlar lisans alanın lisans hakkını tıpkı aynı haklarda olduğu gibi mali hakkı devralan, iktisap eden yeni maliklere karşı da ileri sürebilmesinin istenmiş olduğunu dile getirmektedir⁵⁰. Bu anlamda söz konusu lisans sözleşmesi mali hakkı sınırlandıran, yoğunluğunu kısıtlayan bir tasarruf işlemi olarak kabul edilmekte, bu açıdan söz konusu lisans sözleşmesinin, mali hakkın bir başka üçüncü kişiye devrine engel yaratmadığı ancak söz konusu mali hakkın üzerindeki bu sınırlandırmayla birlikte devredilmiş olduğu kabul edilmektedir⁵¹. Dolayısıyla burada tıpkı bir aynı hak gibi düşünüldüğünden sadece lisans verene karşı değil sonraki maliklere karşı da lisans hakkı ileri sürülebilecektir.

Lisans sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin doktrinde yer alan bu tartışma sadece teorik anlamda önem arz etmemekte aynı zamanda lisans alanın lisans veren ile ve üçüncü kişilerle olan ilişkisinin tespiti açısından da son derece önem arz etmektedir⁵². Bu tartışma özellikle sınai haklarla karşılaştırıldığında fikir ve sanat eserleri açısından çok daha büyük bir önem taşımaktadır. Çünkü sınai haklara ilişkin mevzuat kapsamında hem lisans hakkının tescili

47 Bozbel, s.254.

48 Bozbel, s.254.

49 Aydınçık, s.77.

50 Erel, s.306.

51 Bozbel, s.255.

52 Aydınçık, s.77.

imkanı hem de lisans alanın dava açma hakkı özel olarak düzenlenmiştir⁵³. Oysa Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda lisans alanın dava açma hakkına sahip olup olmadığı konusu aynı açıklıkta gösterilmiş değildir⁵⁴.

3. Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesinin Özellikleri

a. Sui Generis Sözleşme Olması

Lisans sözleşmesinin isimli-isimsiz sözleşme türlerinden hangisine girdiğini tespit etmek noktasında cevaplandırılması gereken ilk soru bu sözleşmenin Borçlar Hukuku alanında düzenlenmiş sözleşme tiplerinden birine girip girmediğinin tespit edilmesidir. Lisans sözleşmesinin isimli mi isimsiz bir sözleşme mi olduğunun tespit edilmesi özellikle sözleşmenin yorumu ve sözleşmedeki boşlukların doldurulması gibi hususlar bakımından son derece önemlidir⁵⁵. Bu açıdan lisans sözleşmesinin kanunda düzenlenmiş olan sözleşmelerden hiçbirisine girmediği kabul edilmektedir⁵⁶. Bu açıdan lisans sözleşmesi öğretide çoğunlukla isimsiz sözleşme tiplerinden sui generis sözleşme olarak nitelendirilmektedir⁵⁷.

Fikir ve Sanat Eserlerine ilişkin lisans sözleşmesi, Borçlar Kanunu kapsamında düzenlenmiş bir sözleşme olmasa da Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda kısmen de olsa bu sözleşmeye ilişkin hükümlere yer verilmiştir

53 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 158. maddesinde lisans alanın dava açması ve buna ilişkin şartlar özel olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre: "Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa inhisari lisansa sahip olan kişi, üçüncü bir kişi tarafından sınai mülkiyet hakkına tecavüz edilmesi durumunda, hak sahibinin bu Kanun uyarınca açabileceği davaları, kendi adına açabilir. İnhisari olmayan lisans alan, sınai mülkiyet hakkına tecavüz dolayısıyla dava açma hakkı sözleşmede açıkça sınırlandırılmamışsa, yapacağı bildirimle, gereken davayı açmasını hak sahibinden ister. Hak sahibinin, bu talebi kabul etmemesi veya bildirim tarihinden itibaren üç ay içinde talep edilen davayı açmaması hâlinde, lisans alan, yaptığı bildirimde ekleyerek, kendi adına ve kendi menfaatlerinin gerektirdiği ölçüde dava açabilir. Bu fıkra uyarınca dava açan lisans alanın, dava açtığını hak sahibine bildirmesi gerekir. Lisans alan, ciddi bir zarar tehlikesinin varlığı hâlinde ve söz konusu sürenin geçmesinden önce, ihtiyati tedbire karar verilmesini mahkemeden talep edebilir. Mahkemenin tedbir kararı verdiği hâllerde talepte bulunan lisans sahibi dava açmaya da yetkilidir. Bu hâlde ikinci fıkradaki şartlar yargılama devam ederken tamamlanır".

54 Demirbaş, s.273.

55 Aydınçık, s.71.

56 Ayiter, s.211; Oktay Özdemir, s.52; Arbek, s.80; Aydınçık, s.71; Erel, s.306.

57 Ahmet Fevzi Kibar, "Fikir ve Sanat Eserlerinde Lisans Sözleşmesi", *Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1/2 (2020), s.103.

(FSEK m.48/II, m.56). FSEK m.56, münhasır lisans sözleşmelerine intifa hakkına ilişkin hükümlerin, basit lisans sözleşmelerine ise hasılat kirasına ilişkin hükümlerin uygulanacağını düzenleme altına almıştır. Bu düzenlemeden dolayı doktrinde bazı yazarlar lisans sözleşmesinin isimsiz sözleşme niteliğinde olmadığını kabul etmektedir⁵⁸. Bunun aksi yönde olan görüş ise lisans sözleşmesinin Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda kısmen düzenlenmiş olmasının bu sözleşmeyi isimsiz sözleşme olarak nitelendirmeye engel olmayacağını düşünmektedir⁵⁹.

Kanaatimizce de FSEK te yer alan kısmi düzenleme bu sözleşmenin kanunda düzenlenmiş isimli sözleşmeler arasında yer aldığını kabul etmek için yeterli değildir. Zira bir sözleşmenin kanunda düzenlenmiş olduğundan söz edilebilmesi için sözleşmenin asli unsurlarıyla birlikte detaylı olarak düzenlenmiş olması gerekir.

b. Sürekli Borç İlişkisi Doğuran Bir Sözleşme Olması

Lisans sözleşmesi varlığını devam ettirdiği sürece tarafların hak ve yükümlülükleri de devam etmektedir. Lisans sözleşmesinde tarafların sözleşmeden bekledikleri menfaatin bir kerede gerçekleşmemesinden, sözleşme devam ettiği müddetçe tarafların birbirleri aleyhine davranışlardan kaçınma yükümlülüğü altında olması gibi nedenlerden ötürü lisans sözleşmesi sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmedir⁶⁰.

Lisans sözleşmesinin süreli borç niteliği taşıması taraflar arasında özel bir güven ilişkisinin mevcut olmasını da zorunlu kılmaktadır⁶¹.

c. Kural Olarak İvazlı ve Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme Olması

Lisans sözleşmesi kural olarak her iki tarafa da borç yükleyen ivazlı bir sözleşmedir⁶². Bu açıdan lisans veren lisans sözleşmesi ile fikri hakkın kullanımını lisans alana devrederken, lisans alan kişi de bunun karşılığında bir bedel ödeme borcu altına girmektedir⁶³. Lisans veren eser sahibi maliki

58 Arbek, s.80; Aydınçık, s.71.

59 Ayiter, s.211; Oktay Özdemir, s.53; Aydınçık, s.71.

60 Arbek, s.82; Aydınçık, s.74; Bozbel, s.252; Kibar, s.102.

61 Arbek, s.82; Aydınçık, s.74.

62 Arbek, s.81; Aydınçık, s.75; Bozbel, s.252.

63 Aydınçık, s.75.

olduğu mali haktan lisans alanı yararlandırma borcu altına girerken, lisans alan ise bunun karşılığında bir lisans bedeli ödeme borcu altına girer⁶⁴.

Lisansa konu edilen mali hak eser sahibinde kalmaktadır ancak bu hakkı kullanma ve semerelerinden yararlanma yetkisi sözleşme süresi boyunca lisans alan kişiye intikal etmiş olmaktadır⁶⁵.

Kural lisans sözleşmesinin ivazlı olmasıdır ancak bu kural mutlak değildir. Dolayısıyla ivazsız olarak da lisans sözleşmesi tesis edilebilir⁶⁶. Ancak ivaz yokluğu lisans sözleşmesini tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme haline getirmez⁶⁷.

İvaz genellikle belli bir miktar para olmaktadır. Ancak lisans bedeli olarak para yerine başka edimlerin kararlaştırılması da mümkündür⁶⁸.

4. Fikri Haklara İlişkin Lisansın Görünüm Biçimleri

a. Basit Lisans

Basit lisans sözleşmelerinde lisans veren, lisans alana lisans konusu hakkı kullanma noktasında yetki vermektedir. Ancak basit lisans, lisans alana inhisari bir yetki vermemektedir⁶⁹. Lisans veren başkalarıyla da aynı konuda lisans sözleşmesi yapma hakkını kendisinde saklı tutmaktadır⁷⁰. Basit lisans sözleşmesinde lisans verenin bu lisansı başkasına tanınması mümkün olduğu gibi bizzat kendisinin kullanması da mümkündür⁷¹. FESK m.56/II uyarınca, “*kanun veya sözleşmeden aksi anlaşılmadıkça her ruhsat basit sayılır*”.

Münhasır lisanstan farklı olarak basit lisans hakkı sahibinin, savunma (men) hakkı yoktur. Bu nedenle basit lisans sahibi eser sahibinin kullanma yetkisinden men edemeyeceği gibi bir başka kimsenin kullanma yetkisini de engelleyemez⁷².

64 Bozbel, s.252.

65 Bozbel, s.253.

66 Ayiter, s.211; Arbek, s.81; Aydınçık, s.47; Yavuz/Türkey/Merdivan, s.1497; Ercoskun Şenol, s.50.

67 Aydınçık, s.75.

68 Aydınçık, s.75.

69 Hirsch, 1948, s.223.

70 Ayiter, s.212; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*. 28. Bası. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2022, s.328.

71 Ayiter, s.211; Aydınçık, s.61.

72 Öztan, s.563.

b. Münhasır Lisans (Tam Lisans)

FSEK m.56/1 uyarınca, “*Ruhsat; mali hak sahibinin başkalarına da aynı ruhsatı vermesine mani değilse (basit ruhsat), yalnız bir kimseye mahsus olduğu takdirde (tam ruhsat) tır*”. Münhasır lisans sözleşmesinde lisans veren lisans konusu hakkı kullanma yetkisini münhasıran bir kişiye tahsis etmektedir⁷³. Burada lisans alan kimse lisans verenin lisans konusu hakkı başka kişilere de tanınmasının önüne geçebilmektedir. Münhasır lisans sözleşmesiyle hakkın kullanımı yetkisinin devredilmesi halinde mali hak sahibi aynı hakkı bir başka kimseye tanıyamaz⁷⁴. Lisans alan kişi münhasır lisansta sahip olduğu kullanma yetkisini tek başına kullanır⁷⁵. Münhasır lisans sözleşmesi mevcutsa, lisans veren aynı lisansı başkasına tanıyamayacağı gibi kendisinin de kullanması mümkün değildir. Mali hak sahibi kullanma yetkisini devretmekle beraber aynı yetkiyi kendisinde de saklı tutuyorsa bu durumda artık münhasır (tam) lisanstan söz edilmesi mümkün olmaz, bu durumda söz konusu ruhsat basit ruhsata dönüşür⁷⁶.

c. Zorunlu Lisans

Kural olarak lisans hakkı tanınması eser sahibinin kendi rızasıyla yaptığı lisans sözleşmesiyle tanınmaktadır. Ancak bazı durumlarda istisnai olarak eser sahibinin rızasına bakılmaksızın da mali hakkı kullanma yetkisinin devri söz konusu olabilmektedir. Bu durum müşterek veya iştirak halindeki eser sahipliği durumlarında gündeme gelebilmektedir. Birden fazla eser sahibinin olduğu durumlarda eserin tümü üzerindeki tasarruf işlemleri için bütün ortakların oybirliği gerekir. Eser sahiplerinden biri haklı bir sebep olmaksızın buna iştirak etmezse bu durumda kanun koyucu mahkemeye başvurmak suretiyle bu müsaadenin mahkeme tarafından verilebileceğini hüküm altına almıştır⁷⁷.

FSEK m.9/f.2 uyarınca, “*Aksi kararlaştırılmış olmadıkça, eseri birlikte vücuda getirenlerden her biri bütün eserin değiştirilmesi veya yayımlanması için*

73 Hirsch, 1948, s.227; Yavuz/Türkey/Merdivan, s.1500.

74 Öztan, s.562.

75 Erel, s.305.

76 Öztan, s.562; Yavuz/Türkey/Merdivan, s.1500.

77 Erel, s.308.

diğerlerinin iştirakini isteyebilir. Diğer taraf muhik bir sebep olmaksızın iştirak etmezse, mahkemece müsaade verilebilir. Aynı hüküm mali hakların kullanılmasında da uygulanır.”

Benzer bir düzenleme FSEK m.10/f.2 de: “Birliğe adi şirket hakkındaki hükümler uygulanır. Eser sahiplerinden biri, birlikte yapılacak bir muamele-ye muhik bir sebep olmaksızın müsaade etmezse, bu müsaade mahkemece verilebilir...” şeklinde yer almaktadır.

III. Lisans Sözleşmesinin Kurulması ve Şekli

Lisans sözleşmesinin kurulması da diğer sözleşmelerde olduğu gibi Borçlar Kanunu’nda düzenlenen genel hükümlere tabidir⁷⁸. Bu anlamda tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının var olması gerekir⁷⁹. Sözleşmenin kurulması için fikir-sanat eserinin lisans alana teslim edilmiş olması şart değildir. Fikir-sanat eserinin lisans alana teslimi, lisans verenin lisans sözleşmesinden doğan bir yükümlülüğüdür⁸⁰.

Borç doğuran sözleşmelerde kural olarak şekil serbestliği ilkesi geçerlidir. Türk Borçlar Kanunu m.12/1 uyarınca, “sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir”. Konuya fikir ve sanat eserleri açısından baktığımızda ise FSEK 52.madde uyarınca, “mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır”. Bu şekil şartı ispat şekli değil geçerlilik şeklidir. Zira TBK m.12/2 uyarınca, kanunda bir sözleşme için öngörülmüş olan bir şekil var ise bu şekil geçerlilik şeklidir.

Mali haklara ilişkin tüm sözleşmeler açısından FSEK m.52 uyarınca yazılı şekil şartı arandığından bu şart mali hakların devri sözleşmesinde olduğu gibi mali hakkı kullanma yetkisi veren lisans sözleşmelerinde de aranacaktır⁸¹. Bu madde kapsamında sözleşme açısından adi yazılı şekilde yapılması yeterli olacaktır, resmi şekilde yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Sözleşmede aranan bir diğer şart sözleşmenin konusunu oluşturan hakların ayrı ayrı gösterilmesidir⁸².

78 Arbek, s.145.

79 Arbek, s.145; Aydınçık, s.94.

80 Aydınçık, s.94.

81 Aydınçık, s.94.

82 Aydınçık, s.95.

FSEK m.52 uyarınca aranan geçerlilik şartı söz konusu mali hakların ayrı ayrı gösterilmesidir. Ancak bu mali hakları kullanma yetkisinin mutlaka içerik, yer, süre bakımından sınırlandırılması sözleşmenin geçerliliği bakımından aranmamalıdır⁸³.

IV. Lisans Konusu Hakkın Eser Sahibi ve Üçüncü Kişilere Karşı İleri Sürülmesi

1. Lisans Sahibinin Dava Hakkı

Doktrinde Arslanlı, ister tam ister basit lisans olsun, lisans alan kişinin edinmiş olduğu kullanma hakkına tecavüz edilmesi durumunda, men ve ref ile tazminat davası açma hakkından yararlanacağını savunmaktadır⁸⁴. Dolayısıyla basit lisans sahibi kişi de kendi menfaatlerini koruyucu mahiyette men, ref ve tazminat davası açabilir⁸⁵.

Burada basit lisans söz konusu olduğunda, basit lisans alan yalnızca hakkın basit ruhsat tanınan kısmına ilişkin yetkileri kullanabilir. Basit ruhsat tanınan kısım dışında kalan yetkiler ise eser sahibine ait olduğundan bunlara ilişkin dava hakkı da eser sahibine aittir⁸⁶. Lisans alan kişiler kendi edindikleri yetki dışındaki yetkilere tecavüz oluşturan eylemleri ise engelleme hakkına sahip değildir. Ruhsat verilmesi durumunda ruhsata konu teşkil eden mali hak eser sahibinin malvarlığında kalmaya devam ettiğinden eser sahibinin de dava açma hakkı bulunmaktadır⁸⁷.

Doktrinde Hirsch, 1943 tarihli eserinde FSEK m.56/III hükmüne paralel olan ön tasarı metninde yer alan hükme ilişkin yaptığı değerlendirmede basit ve tam ruhsat ayrımı yaparak basit lisans sahibinin nisbi bir talep hakkına, tam ruhsat sahibinin ise aynı hakkı andıran bir talep hakkına sahip olduğunu ifade etmiştir⁸⁸. Ancak yazar eserinin 1948 basımında ise tam/basit lisans ayrımı yapmaksızın lisans sözleşmesinin borçlandırıcı niteliğine dikkat çekerek lisans sahibinin doğrudan doğruya harekete geçemeyeceğini, durumu eser sahibine bildirmesi gerektiğini açıkça dile getirmiştir⁸⁹.

83 Aydınçık, s.100.

84 Arslanlı, s.175.

85 Yavuz/Türkey/Merdivan, s.1504.

86 Yavuz/Türkey/Merdivan, s.1504.

87 Yavuz/Türkey/Merdivan, s.1504.

88 Ernst E. Hirsch, *Hukuki Bakımdan Fikri Say Cilt II*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1943, s.228; Bu konu hakkında ayrıca bkz. Demirbaş, 278.

89 Hirsch, 1948, s.223.

Doktrinde Ayiter ister basit ister tam lisans olsun, her iki durumda da lisans hakkının nisbi karakterde olmasından ötürü, hakkı kullanmayı engelleyen bir tecavüz söz konusu olduğunda, davanın lisans veren tarafından açılması gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre, taraflar lisans alan kişiye daha sağlam bir hukuki koruma sağlamak istiyorsa aralarındaki lisans sözleşmesinde, tecavüzlere karşı dava açma hususunda lisans verene yetki tanıyacak bir hüküm tesis edebilirler, sözleşmeye koyacakları bir hükümle tecavüz halinde dava açma mükellefiyetini lisans alana bırakabilirler⁹⁰.

Öztan ise basit ve tam lisans arasında bir ayrım yaparak, basit lisans sahibinin ne eser sahibinin ne de bir başkasının kullanma yetkisini engelleyemeyeceğini, tam lisansın aksine, basit lisans alanın savunma(men) hakkının bulunmadığını dile getirmektedir⁹¹.

Aydıncık da basit ve tam lisans arasında bir ayrım yapılması gerektiğini dile getirmektedir. Tam lisans alanın hakkın kullanımını engelleyen müdahalelere karşı dava açma hakkının mevcut olduğunu, basit lisans alanın ise bu müdahalelere karşı doğrudan dava hakkı bulunmadığını dile getirmektedir⁹². Yazara göre basit lisansta dava açma hakkı sadece eser sahibine ait iken münhasır lisansta hem eser sahibi hem lisans alan dava açabilir⁹³.

Erel, lisans alan kişinin sahip olduğu yetkileri gerek mali hak sahibine gerek üçüncü şahıslara karşı ileri sürebileceğini, kullanımı engelleyen müdahaleleri bizzat men edebileceğini ifade etmektedir⁹⁴.

Bozbel, lisans sözleşmesinin her iki türünde de lisans alanın şahsi bir hak iktisap ettiğini, şahsi haklarında üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğinden bahisle lisans alanın tecavüzün önlenmesi ve tazminat davalarını açamayacağını savunmaktadır⁹⁵. Yazar bununla birlikte lisans sözleşmesine konulacak bir hükümle tecavüzlere karşı dava açması için lisans alana yetki verilebileceğini, bunun önünde herhangi bir engel olmadığını dile getirmektedir⁹⁶.

90 Ayiter, s.213.

91 Öztan, s.563.

92 Aydıncık, s.158.

93 Aydıncık, s.158.

94 Erel, s.304.

95 Bozbel, s.257.

96 Bozbel, s.257.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 11.03.1999 tarihinde vermiş olduğu bir kararında⁹⁷, “...tam ruhsat, eser sahibinin mali hakka özgü olan kullanma veya yararlanma yetkilerinden bir kısmının veya tamamının mali haktan ayrılarak ruhsat sahibine tahsis edilmesidir. Aynı ruhsatın başkalarına verilememesi nedeniyle de Basit Ruhsattan ayrılır. Tam ruhsat verilmişse, ruhsat sahibinin fiilen mali hak sahibinden farkı yoktur. Ancak FSEK ruhsat sahibinin tecavüzün ref’ini talep edip edemeyeceği hususunda bir hüküm getirmemiştir. Doktrinde Ruhsat, tasarruf işlemi olarak kabul edildiğine ve tüm ruhsat sahibinin eser sahibi ve komşu hak sahibinin sahip olduğu mali hakları kullanma veya yararlanma sahipleri gibi tecavüzün önlenmesi ve tazminat davası açabilirler. Hatta açmadığı takdirde doğacak zarardan mali hak sahibine veya eser sahibine karşı sorumlu olabilirler...” diyerek tam lisans sahibinin de hakkın kullanımına engel olan tecavüzlere karşı dava açma hakkına sahip olduğunu kabul etmektedir.

2. Lisans Sahibinin FSEK m.68 Uyarınca Dava Açıp Açamayacağı

FSEK m.68/1 uyarınca, “eseri, icrayı, fonogramı veya yapımları hak sahiplerinden bu Kanuna uygun yazılı izni almadan, işleyen, çoğaltan, çoğaltılmış nüshaları yayan, temsil eden veya hertürlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletenlerden, izni alınmamış hak sahipleri sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebilir”. Bu talep doktrinde telif tazminatı olarak ifade edilmektedir.

Doktrinde FSEK m.68/1 de yer alan telif tazminatı talebinin yalnızca eser sahibi tarafından yapılabileceği lisans hakkı sahibinin yalnızca tazminat davası açma hakkının bulunduğu savunulmaktadır⁹⁸. Yargıtay eski tarihli kararlarında en azından tam ruhsat sahibinin telif tazminatı talep edebileceğini kabul etmekteydi. Son dönem kararlarında ise sadece mali hak sahibinin telif tazminatı talep edebileceğini lisans alan kişinin bu talepte bulunamayacağını kabul etmektedir⁹⁹.

97 11. HD, E.1998/9958, K.1999/3423, T. 11.03.1999 (www.legalbank.net).

98 Arslanlı, s.209.

99 Bkz. 11.HD, E. 2006/6776, K. 2007/14566, T. 20.11.2007: “...Davacı, FSEK’nun 68. maddesine dayalı olarak tecavüzün ref’i ve tazminata karar verilmesini istemiştir. Bu

Merdivan, bu şekilde keskin bir ayırım yapmak yerine lisans alanın m.68 de yer alan telif tazminatını talep edip edemeyeceğinin verilen lisansın içeriğine bakılarak tespit edilmesi gerektiğini dile getirmektedir. Bu anlamda basit ruhsat sahibinin, devraldığı yetki kapsamındaki bir yetkinin kullanılması sebebiyle telif tazminatı talep etmesi mümkün değildir, aksi halde lisans sahibi edindiğinden fazla yetkiyi kullanmış olur¹⁰⁰. Yazara göre tam ruhsat tanınan kimse içinde aynı şekilde lisans içeriğine bakılarak karar verilmesi gerekecektir. Eğer lisans sözleşmesi, lisans konusu mali hakkı kullanma yetkisinin tamamını lisans alana veriyorsa bu durumda lisans alan telif tazminatı talebinde bulunabilmeli, buna karşın lisans sözleşmesiyle söz konusu mali hakkı kullanma yetkisi tamamen değil de kısıtlı olarak tanınmışsa bu durumda telif tazminatı talebinde bulunamamalıdır¹⁰¹. Bu anlamda tam lisansla mali haklara ilişkin kısıtlı yetki tanınmış olan lisans alan kişiye telif tazminatı verilmemesi, FSEK m.70/II uyarınca maddi tazminat isteme yetkisi verilmesi daha uygun olacaktır¹⁰².

Sonuç

Lisans sözleşmesi lisans alana lisansa konu oluşturan mali hakkı lisans sözleşmesinde tanınan sınırlar dahilinde kullanma yetkisi tanıyan sui generis bir sözleşme niteliğindedir. Lisans konusu mutlak nitelikteki mali hak eser sahibinin malvarlığında kalmaya devam etmekte yalnızca kullanma yetkisi lisans alana geçmektedir.

Lisans sözleşmesinin hukuki niteliği doktrinde oldukça tartışmalı olan konulardan birisidir. Bazı yazarlar hukuki niteliğini belirleme konusunda basit ve münhasır lisans sözleşmesi ayırımına başvurmaktadır. Ancak kanaatimizce sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesi noktasında böyle bir ayırım yapılması çok isabetli değildir. Zira basit ve münhasır lisans sözleşmesi arasındaki fark lisans alana verilen yetkinin farklı olmasından kaynaklanmaktadır.

maddede uyarınca talep hakkı eser sahibine veya eser sahibinden mali hakları devralan kişiye aittir. Ruhsat verilmesi yoluyla mali hakları kullanma yetkisine sahip olan kişi ise zararının karşılanmasını sadece FSEK'nun 70/2. maddesi uyarınca açacağı maddi tazminat davasında isteyebilir..." (www.lexpera.com).

100 Yavuz/Türkay/Merdivan, s.1506.

101 Yavuz/Türkay/Merdivan, s.1507.

102 Yavuz/Türkay/Merdivan, s.1507.

Her iki durumda da ister basit ister münhasır lisans olsun kanaatimizce lisans sözleşmesi borçlandırıcı bir işlemdir.

Lisans sözleşmesi ile lisans hakkı elde eden lisans alan kişinin, bu yetkisini kullanmasını engelleyen müdahalelere karşı doğrudan doğruya hareket edip edemeyeceği hususuna ilişkin ise Sınai Mülkiyet Kanunu'nda marka lisans sahipleri hakkında düzenlenmiş olduğu şekilde açık bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla doktrindeki görüşler de bu açıdan oldukça geniş bir yelpaze göstermektedir. Lisans alanın dava açma hakkına sahip olup olmadığı hususu tespitinde basit ve münhasır lisans arasında ayırım yapmak kanaatimizce de doğru bir yaklaşımdır. Zira basit ve münhasır lisansın lisans alana verdiği yetkiler arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Bu noktada münhasır lisans hakkına sahip olan kişinin hakkına müdahale edilmesi halinde doğrudan doğruya dava açabileceğini kabul etmek isabetli bir yaklaşım olarak görülebilir. Ancak basit lisans sahibi en başında lisans konusu hakkın hem lisans veren hem de üçüncü kişiler tarafından da kullanılabilceğini kabul etmiş olduğundan doğrudan doğruya müdahalede bulunma imkânı bulunmamaktadır. Tarafların lisans sözleşmesine koyacakları hükümlerle lisans alana müdahale halinde dava açabileceğine ilişkin bir yetkinin tanınması yönünde hiçbir engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir hükme yer verildiğinde en başından bu tartışmaların önüne geçilmesi mümkün olacaktır.

Kaynakça

- Arbek, Ömer. *Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.
- Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*. 28. Bası. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2022.
- Arslanlı, Halil. *Fikri Hukuk Dersleri II*. İstanbul, 1954.
- Aydıncık, Şirin. *Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri*. İstanbul: Arkan Yayıncılık, 2006.
- Ayiter, Nuşin. *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri*. Ankara: Sevinç Matbası, 1981.
- Bozbel, Savaş. *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Demirbaş, Ali. *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Ercoşkun Şenol, H. Kübra. “Mali Hakları veya Kullanım Hakkını Devralanların Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Korunması”. *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3/1 (2013): 45-64.
- Erel, Şafak N. *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*. 3. Bası. Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.
- Hirsch, Ernst E. *Hukuki Bakımdan Fikri Say, Cilt II*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1943.
- Hirsch, Ernst E. *Fikri ve Sınai Haklar*. Ankara: Ankara Basımevi, 1948. Kılıçoğlu, Ahmet M. *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*. 2. Bası. Ankara: Turhan Yayıncılık, 2013.
- Kibar, Ahmet Fevzi. “Fikir ve Sanat Eserlerinde Lisans Sözleşmesi”. *NKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1/2 (2020): 93-131.
- Oktay Özdemir, Saibe. *Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması*. İstanbul, 2004.
- Öztan, Fırat. *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2008.
- Suluk, Cahit / Karasu, Rauf / Nal, Temel. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. 7. Bası. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Tekinalp, Ünal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. 3. Bası. İstanbul, 2004.
- Tüysüz, Mustafa. *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2007.
- Yavuz, Levent / Türkay, Alica / Merdivan, Fethi. *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Cilt I. 2*. Bası. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.



Veri Tabanlarına Sağlanan Hukuki Koruma

Av. Emine GÖĞÜŞ*

Özet

Bulduğumuz yüzyılın bilişim çağı olarak adlandırılmasına binaen çağın en değer atfedilen unsurlarından birinin de veriler olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır. Verileri bir araya getiren veri tabanları da önemi ile doğru orantılı şekilde yaygın olarak üretilmekte ve kullanılmaktadır. Veri tabanları, içindeki verilerden bağımsız derlemelerdir. Dolayısıyla bu derlemelerin de arka planındaki fikri güç yahut yatırım için bir koruma mekanizması öngörülmesi ehemmiyetlidir. Hukukumuzda, veri tabanları için FSEK kapsamında öngörülen koruma mekanizmaları, uluslararası fikri mülkiyet hukuku metin ve mevzuatlarını müteakiben getirilmiştir. Bu hukuki korumanın neler olduğu ve kapsamı bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

Anahtar kelimeler: Fikir ve Sanat eserleri, Veri Tabanı, Hukuki Koruma, Özgünlük Taşıyan Veri Tabanları, Özgünlük Taşımayan Veri Tabanları.

* İbn Haldun Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Özel Hukuk Doktora Öğrencisi. Bu çalışma, İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölümü, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı bilgisi dahilinde yayınlanmıştır.



Legal Protection of Databases

Abstract

Since the current century is called the information age, it would not be wrong to state that one of the most valued elements of the age is data. Databases that bring data together are also widely designed and consumed in direct proportion to their importance. Databases are compilations independent of the data in them. Therefore, it is important to provide a protection mechanism for the intellectual effort or investment behind these compilations. In Turkish law, the protection mechanisms foreseen for databases within the scope of Code on Intellectual and Artistic Works numbered 5856 have been introduced following the international intellectual property law texts and legislations. The subject of this study is the nature and scope of the legal protection set forth for the databases.

Keywords: Database, Databases with Originality, Databases without Originality, Intellectual and Artistic Works, Legal Protection.

Extended Summary

In line with the EU Directive 96/9 on the Legal Protection of Databases, the legal protection foreseen for databases in the Code on Intellectual and Artistic Works numbered 5856 is provided with a binary distinction as databases that contain the exclusivity of the owner and databases that do not contain the exclusivity of the owner. While the first type of original databases are granted copyright protection, the second type of non-original databases are granted *sui generis* legal protection. Unlike the WIPO Intellectual Property Agreement, the Berne Convention and TRIPs, the fact that protection is also provided for non-original databases is important in terms of providing a certain amount of labor and capital.

In order to provide copyright protection for original databases, the database must meet the criteria of having a specific content, being created for a specific purpose and within a specific plan, and also being independently accessible.

The criterion of having a specific content is the presence of selected and compiled data or materials in the database. These data may be articles, poems, paintings, in short, works of science, literature, fine arts, or other data and materials that do not qualify as works.

The condition of being created for a specific purpose and within a specific plan corresponds to the fact that the database is the product of intellectual creativity. Selection of data is the process of choosing which data will be presented within the determined purpose. Compilation is the choice of how the selected data will be presented to people (users). This selection and compilation must be original.

The criterion of being independently accessible means that whatever form the database is in, the data must be in a format that can be accessed by its users in a virtual, electronic, physical, etc. environment.

Within the scope of Art. 6/11 of the Code, databases that contain the exclusivity of their owner are subject to the general period stipulated for the protection of the work in the Code. Pursuant to Article 27 of Code, this protection lasts for as long as the copyright owner lives and for seventy years after the death of the copyright owner. If the first copyright owner is a legal person, a seventy-year protection period will be in question as of the date of the publicization of the database. The protection provided to the database cannot be extended to the content of the database. If the materials in the content of the database are in the nature of a copyright, they already benefit from the copyright protection in the Code of Intellectual and Artistic Works. When the unfair use of data and materials that are not in the nature of a copyright work comes to the fore, the owner of the database does not have the opportunity to apply to the legal remedies in Articles 66 et seq. of the Code against these infringements.

Databases that do not contain the originality of the owner of the work are databases that, although they are not the product of creativity, there is a serious labor or investment in their design, and therefore a *sui generis*

protection is granted. The reason for granting legal protection to databases that contain originality is that the designed system itself is an intellectual product in its own right, as it is presented for the benefit of others. For databases that do not carry the originality of their owner, the Law grants the owner of the database the right to bring criminal proceedings against the infringer as stipulated in Article 72/3 of the Code in cases where a significant part or all of the content is permanently or temporarily transferred to another medium by any means, or a significant part or all of the content is distributed, sold, rented or transmitted to the public by any means.

Although the conditions under which the legal protection afforded to databases will be suspended, i.e. the exceptions to the protection, are specified in Directive No. 96/9, they are not specified in the Code. According to the Directive, if the database has been made public, a significant part or all of its content may be transferred to another medium or reused for personal use, education, training, scientific research, public security, judicial or administrative purposes, even without the permission of the database producer. It would be appropriate to provide similar exemptions in Code of Intellectual and Artistic Works in order to ensure harmonization with EU law.

Although the legal protection of databases was included in our legislation in 1995 within the scope of the EU harmonization process, the provisions on databases in the Law on Intellectual and Artistic Works are not in full compliance with the EU Directive.

At this point, introducing a definition for databases in the definition article 1B, preserving the distinctions in Article 6/11 and Additional Article 8 of the Code on Intellectual and Artistic Works, and clearly stipulating the exceptions to the protection of non-original databases as in the Directive will improve our legislation.

Giriş

İlmi ve toplumsal birikimin aktarılması adına, üretilen bilginin derlenmesi ve faydalanacak kitleye takdim edilmesi yüzyıllardır süregelen bir uygulamadır. Bilgi toplumuna geçişle beraber verilerin sistematik olarak bir araya getirilmesi veri tabanlarının önemini artırmıştır. İlerleme, her bir kullanıcının o bilgiyi yeniden üretmesi yükünden kurtarılarak mevcut üretilmiş

bilginin üzerine inşa suretiyle gerçekleşmektedir¹. Fakat bunun için öncelikle, üretilmiş bilginin kullanıcıları tarafından erişilebilir olması gerekir. Veri tabanları sayesinde belirli bir amaç dahilinde derlenmiş verilere ulaşım kolaylaşmaktadır. Dijital dönüşümle birlikte ise fiziki ortamın yanında dijital ve sanal veri tabanları müzik uygulamalarından, yemek sitelerinden, içtihat ve akademik bilgi bankalarına kadar ciddi bir yer tutmakta, veriler ve veri tabanları münhasıran insan yapımı olmaktan çıkarak ve doğrudan insan etkisinin bulunmadığı makine vb. yöntemlerle de üretilmektedir².

Veri tabanı; eser, veri ve materyallerin belirli bir amaca göre ve hususi bir plan dahilinde seçilmesi ve derlenmesiyle tasarlanmış sistem üzerinden bir araç vasıtasıyla erişilebilen derleme ve koleksiyon olarak tanımlanmıştır³. Erişime yarar vasıta elektronik, mekanik ya da başka bir teknolojiyle donanmış olabilir⁴. Veri tabanları, başkaları tarafından üretilen verileri bünyesinde barındırdığı için veri tabanının işlevi bu verileri sistematik bir şekilde derlemiş olmasında, verilerin ulaşılabilirliğini kolaylaştırmasında ortaya çıkmaktadır.

Her ne kadar günümüzde veri tabanları dijital dönüşüm neticesinde çoğunlukla elektronik ortamlar üzerinden kullandığımız programlar olarak karşımıza çıksa da teknik anlamda veri tabanları elektronik ortamdaki veri tabanları ile matbu veri tabanları olarak ikiye ayrılmaktadır⁵. Bilgisayar teknolojilerinin kullanılmaya başlanmasından önce tanımda yer verilen

- 1 Ernst E. Hirsch, *Hukuki Bakımdan Fikri Say*, (İstanbul: İktisadi Yürüyüş Matbaası ve Neşriyat Yurdu, 1943), s. 53-54.
- 2 Marie-Astrid Huemer, Briefing - Revision of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases, European Parliament, 2021, s. 3, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/694232/EPRS_BRI\(2021\)694232_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/694232/EPRS_BRI(2021)694232_EN.pdf)
- 3 Cahit Suluk/Ali Orhan, *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku*, (Denizli: Arıkan, 2005), s. 166; Mustafa Ateş, "Veri Tabanlarının Hukuki Koruması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 55, S. 1, (2006), s. 48, Jurix: <https://www-jurix-com-tr-offcampus.ihu.edu.tr/article/13284>, Erişim: 22.12.2023, s. 49; Fırat Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2008), s. 183; Savaş Bozbel, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012), s. 74; Levent Yavuz/Türkey Alica/Fethi Merdivan, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu Cilt I*, (Ankara: Seçkin: 2014), s. 173; Güneş, s. 99; Cahit Suluk/Temel Nal, (Rauf Karasu), *Fikri Mülkiyet Hukuku*, (Ankara: Seçkin: 2023), s. 105; Mustafa Ateş, *Fikri Hukukta Eser*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2007), s. 334.
- 4 Ateş, Veri Tabanları, s. 49.
- 5 Ateş, Veri Tabanları, s. 48; Suluk/Nal, s. 106; Yavuz Selim Şener, *Fikri Mülkiyet Hukukunda Dijital Veri Tabanlarının Korunması*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), s. 11.

bilgileri belirli bir metot dahilinde toplayıp depolamaya yarayan basılı nüfus kütükleri, siciller, rehberler vb. veri tabanları matbu formdaki veri tabanlarıdır⁶. Elektronik veri tabanları ise çevrimiçi ağa bağlı (online), bir ağa bağlı olmayan (offline) veri tabanları, CD, flash disk, hard disk gibi bir araçta teecessüm eden veri tabanları ya da bulut ortamdaki veri tabanları şeklinde tezahür edebilirler⁷.

Veri tabanları, mevzuatımıza ilk kez 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun⁸ (FSEK) 6. maddesine 4630 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile eklenen bent ile girmiştir⁹. Veri tabanları uluslararası hukuki metinlerden 1886 tarihli Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi'nde, 1994 tarihli Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması'nda (TRIPs), 1996 tarihli WIPO Telif Hakları Anlaşması'nda ve 1996 Veri Tabanlarının Hukuki Korumasına Dair AB Direktifi'nde düzenlenmiştir¹⁰.

Türkiye'nin 1995 yılında AB ile Gümrük Birliği Anlaşmasını imzalaması ve 1999 tarihli Helsinki Zirvesi'nde aday ülke olarak ilan edilmesinden sonra, AB müktesebatına uyum süreci kapsamında fikri mülkiyet mevzuatını da AB fikri mülkiyet mevzuatına uyumlaştırma yükümlülüğü doğmuştur. Bu kapsamda Türkiye, 1995, 2001 ve 2004 yıllarında FSEK'te birtakım değişiklik ve yenilikler gerçekleştirmiş¹¹ ve Bern Sözleşmesi'ne¹² taraf olmuştur.

6 Ateş, Veri Tabanları, s. 49.

7 Suluk/ Nal, s. 106; İlhami Güneş, "Uygulamada Hususiyet İçeren Veri Tabanlarının Koruması ve Sui Generis Koruma", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 13, S. 142, (2018), s. 100, Jurix: file:///C:/Users/90546/Zotero/storage/474XU8VH/12800.html, Erişim: 22.12.2023. Veri tabanı ifadesi öğretide Beşiroğlu tarafından "bütün bilgisayar kullanıcılarının yararlanmasına olanak sağlayacak bir biçimde düzenlenmiş, çeşitli bilgi topluluklarının bir unsuru ya da tamamı olan bir bilgi külliyyümünü, bir başka anlatımla edebiyat, sanat ve müzik eserleri ya da diğer eser derlemeleri ya da metin, ses, resim, sayı, olaylar ve veriler gibi diğer malzemelerin derlemelerini içeren bütünü" şeklinde oldukça zengin örneklerle açıklanmıştır. Bkz: Akın Beşiroğlu, *Fikir Hukuku Dersleri*, (Denizli: Arıkan, 2006), s. 155. Bununla birlikte veri tabanlarının salt bilgisayar yolu ile erişilebilir olması gerekmeyp elektronik olmayan ya da bilgisayar harici elektronik erişime müsait veri tabanları da mevcuttur. Bkz: Suluk/Orhan, s. 166.

8 RG. 13.12.1951 tarih ve 7981 sayılı.

9 Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun, RG. 03.03.2001 tarih 24335 sayılı.

10 Daniel J. Gervais, "The Protection of Databases," *Chicago-Kent Law Review*, C. 82, S. 3, (2007), s. 1111; Ateş, Veri Tabanları, s. 51.

11 İktisadi Kalkınma Vakfı, *Açılan Müzakere Fasıllarında Ne Durumdayız?*, (İstanbul: Dünya Yayıncılık, 2016), s. 100; Öztan, s. 183.

12 Antlaşmanın tam metni için bkz: <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/283693>

1. Uluslararası Anlaşmalarda ve Mevzuatta Veri Tabanlarına İlişkin Düzenlemeler

Fikri mülkiyete dair temel ilkeleri uyumlaştırmak için imzalan ilk uluslararası antlaşma olan¹³ Bern Sözleşmesi'nin 2. maddesinin 5. fıkrası hükmünde doğrudan veri tabanı ibaresi kullanılmamıştır fakat “*Ansiklopediler ve antolojiler gibi içeriği seçme ve düzenlemelerden oluşan ve fikir yaratıcılığı sonucu olan edebiyat ve sanat eserleri derlemeleri, bu gibi derlemelerin bölümlerini oluşturan her eser üzerindeki haklar saklı kalmak kaydıyla korunur.*” ifadeleri nedeniyle¹⁴ seçme ve düzenlemesi itibarıyla özgün olan veri tabanlarının da Bern Sözleşmesi kapsamında korunacağı öğretilmiş¹⁵.

Fikri mülkiyet düzleminde veri tabanından ilk kez bahsedilen uluslararası antlaşma olan¹⁶ TRIPs¹⁷'in 10. maddesinin 2. fıkrasında “*İçindekilerin seçimi veya düzenlemesi nedeniyle fikri eser oluşturan, makinada okunabilecek şekilde veya başka şekillerde olan, veri derlemeleri veya diğer malzemeler aynı şekilde korunacaktır. Veri veya malzemenin kendisini kapsamayan bu koruma, verinin veya malzemenin kendisinde mevcut telif haklarına zarar vermeyecektir.*” ifadeleriyle veri tabanlarına yasal bir zemin oluşturulmuştur.

WIPO Fikri Haklar Anlaşması'nın¹⁸ 5. maddesinde ise veri tabanı “*Hangi biçimde olursa olsun, içeriğinin seçimi ya da düzenlenmesi fikri bir yaratıcılık içeren veri ya da diğer öğelerin derlenmesi, yaratıcı düşünce olarak korunur. Bu koruma, derleme içindeki veri ya da materyaller üzerindeki mevcut telif haklarına halel getirmeyecektir ve veri ya da materyaller için genişletilmeyecektir.*” ifadeleri ile korumaya tabi tutulmuştur.

13 Caterina Sganga, “Database Protection”, *Encyclopedia of Law and Data Science*, Editör: G.Comandé, (Edward Elgar, 2023), s.98-104, s. 98, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4579420>, Erişim Tarihi: 22.05.2024.

14 Maddenin orijinal hali için bkz: Collections of literary or artistic works such as encyclopaedias and anthologies which, by reason of the selection and arrangement of their contents, constitute intellectual creations shall be protected as such, without prejudice to the copyright in each of the works forming part of such collections.

15 Gervais, s. 1111; Ateş, Veri Tabanları, s. 52.

16 Sganga, s. 99.

17 Antlaşmanın tam metni için bkz: <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/305736>

18 Antlaşma metni için bkz: <https://www.wipo.int/wipolex/en/text/295157>

96/9 sayılı AB Veri Tabanlarının Hukuki Korumasına İlişkin AB Direktifinin¹⁹ 3. maddesinde de “İçeriklerinin seçimi veya düzenlenmesi nedeniyle sahibinin kendi fikri yaratıcılığı oluşturan veri tabanları telif hakkı ile korunacaktır. Bu korumaya uygunluklarını belirlemek için başka hiçbir kriter uygulanmayacaktır.

Bu Direktifte öngörülen veri tabanlarının telif hakkı koruması, içeriklerini kapsamayacak ve bu içeriklerin kendilerinde mevcut olan haklara hanel getirmeyecektir.” hükmüyle veri tabanlarına sağlanan hukuki koruma açıklığa kavuşturulmuştur.

2. Türk Hukukunda Veri Tabanlarına İlişkin Düzenlemeler

FSEK’te “Tanımlar” kenar başlıklı 1B maddesinde veri tabanına ilişkin bir tanım bulunmamaktadır. Veri tabanına ilişkin ilk bahis 6. maddenin 11. bendinde yer almaktadır. İlgili fıkra “*Belli bir maksada göre ve hususi bir plan dahilinde verilerin ve materyallerin seçilip derlenmesi sonucu ortaya çıkan ve bir araç ile okunabilir veya diğer biçimdeki veri tabanları (Ancak, burada sağlanan koruma, veri tabanı içinde bulunan veri ve materyalin korunması için genişletilemez)*

İstifade edilen eserin sahibinin haklarına zarar getirmemek şartıyla oluşturulan ve İşliyenin hususiyetini taşıyan işlenmeler, bu kanuna göre eser sayılır.” şeklindedir.

Veri tabanının düzenlendiği diğer bir madde ise Ek Madde 8’dir. Madde aşağıdaki gibidir:

“Bir veri tabanının içeriğinin oluşturulmasına, doğrulanmasına veya sunumuna nitelik ve nicelik açısından esaslı bir nispet dahilinde yatırım yapan veri tabanı yapımcısı, ayrıca, veri tabanının içeriğinin önemli bir kısmının veya tamamının;

a) Herhangi bir araç ile herhangi bir şekilde sürekli veya geçici olarak başka bir ortama aktarılması,

b) Herhangi bir yolla dağıtılması, satılması, kiralanması veya topluma iletilmesi,

19 Direktif metni için bkz: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A01996L0009-20190606>

Hususlarında bu Kanunda sayılan istisnalar ile kamu güvenliği, idarî ve yargı işlemlerinin gerektirdiği istisnalar dışında izin vermek veya yasaklamak hakkına sahiptir.

Veri tabanı yapımına sağlanan koruma aleniyet tarihinden itibaren onbeş yıldır.

Veri tabanının içeriğinde esaslı bir değişiklik meydana getiren ve yeni bir yatırım gerektiren, nitelik ve nicelik açısından yapılan her türlü ekleme, çıkarma veya değişiklik sonucu bu yeni yatırımdan doğan veri tabanı kendi koruma koşullarına hak kazanır.

Bu maddede tanınmış hakları ihlâl edenler hakkında bu Kanunun 72 nci maddesinin (3) numaralı bendi hükümleri uygulanır.”

Öncelikle, veri tabanına ilişkin FSEK’teki mevcut düzenleme, kanun sistematiği açısından eleştirilmektedir²⁰. Öğretide Ateş, 1B maddesinin (d) bendindeki derlemelere ilişkin tanımın esasen veri tabanını tanımlamaya çalıştığını fakat eksik olması nedeniyle veri tabanı tanımı olarak da kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir²¹. Kanaatimizce de tanımlar maddesi olan 1B maddesinde veri tabanına ilişkin bir tanımın verilmesi veri tabanlarının ekonomik, teknik ve hukuki önemine binaen isabetli olabilirdi.

Kanun’un 6. maddesinin kenar başlığı “İşlenmeler ve derlemeler”dir. Bilindiği üzere fikir ve sanat eserleri dört gruba ayrılmış olup bunlar ilim ve edebiyat eserleri, musiki eserleri, güzel sanat eserleri ve sinema eserleridir²². İşlenme ve derlemeler bu dört gruptan ayrı olarak Kanun sistematiğinde yer almaktadırlar.

İşlenmeler, başka bir eserden faydalanarak meydana getirilirler fakat faydalandıkları eser gibi müstakil değildirler. İşleyenin hususiyetini taşırlar²³. Derleme ise özgün eser üzerindeki haklar saklı kalmak kaydıyla ansiklopediler, antolojiler gibi içeriği seçme ve düzenlemelerden oluşan ve fikri bir yaratıcılık ürünü olarak ifade edilmiştir²⁴. Kanun koyucu “İşlenmeler

20 Şener, s. 62-63.

21 Ateş, Veri Tabanları, s. 57-58.

22 Nüşin Ayiter, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri*, (Ankara: S Yayınları, 1981), s. 45; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Sımai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2013), s. 135; Ateş, *Fikri Hukukta Eser*, s. 120-121.

23 Yavuz (Alica/Merdivan), s. 163.

24 Yavuz (Alica/Merdivan), s. 163.

ve derlemeler” başlıklı FSEK 6. maddede diğer bir “eser”den istifade edilerek vücuda getirilme ifadesini kullanmış olmasına rağmen maddenin 11. fıkrasında veri ve materyal kavramlarını kullanmıştır. Yani Kanun, eser niteliği taşımayan verilerin derlenmesi durumunu da korumaktadır²⁵. Başka bir ifade ile, veri tabanları, içinde bulunan verilerin eser niteliğini taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın hukuk düzenince koruma bahşedilmiş derlemelerdir²⁶.

Eser, bilgi ya da materyalleri barındıran veri tabanları tek başlarına eser niteliğini haiz değildir. Diğer bir anlatımla ileride de detaylandırılacağı üzere belirli koşulları taşımaları durumunda veri tabanlarına eser koruması sağlanmakta ise de bu durum her veri tabanı için söz konusu değildir. Nitekim yukarıda da belirtildiği gibi nelerin eser olduğu Kanunda sayılmış ancak veri tabanları bu kapsama dahil edilmemiştir. Bununla beraber FSEK’in 6. maddesinde “işlenme ve derlemeler” kenar başlığıyla ayrı bir kategori oluşturulmuş ve veri tabanları bu maddenin 11. fıkrasında özel olarak zikredilmekle yasal bir koruma statüsüne tabi tutulmuşlardır. Bu koruma orijinal veri tabanlarına özgü eser korumasıdır. Ek madde 8’de de orijinal olmayan veri tabanlarına yönelik düzenlemeler yapılmış ve eser korumasından farklı bir koruma ihdas edilmiştir.

3. Veri Tabanına Sağlanan Koruma

Veri tabanlarının korunmasına yönelik ihtiyacın hasıl olmasıyla beraber uluslararası fikri mülkiyet metinlerinde veri tabanlarının yer almaya başladığı *Uluslararası Anlaşmalarda ve Mevzuatta Veri Tabanlarına İlişkin Düzenlemeler* başlığı altında ele alınmıştır. Kıta Avrupası ülkeleri, veri tabanlarına koruma sağlanabilmesi için veri tabanlarında fikri yaratıcılık, diğer deyişle orijinallik kriterini arama eğilimindedir²⁷. Orijinallik taşıyan veri tabanları sahibinin/yaratıcısının hususiyetini barındırır ve bu veri tabanlarını, tasarımları ve kullanıma sunumlarında özellik arz eden unsurları bünyesinde içerir²⁸. Diğer tür veri tabanları ise verilerin seçiminde ve derlenmesinde sahibinin hususiyetini taşımayan veri tabanlarıdır²⁹. Anglo-Sakson,

25 Suluk/Nal, s. 105.

26 Ateş, Veri Tabanları, s. 49; Yavuz (Alica/Merdivan), s. 173.

27 Sganga, s. 100.

28 Ateş, Veri Tabanları, s. 49-50.

29 Güneş, s. 100.

özellikle İngiliz hukuk sisteminde “beceri, emek ve öğrenme”, diğer deyişle “alın teri” standardının kabul edilmesi, seçilip derlenmesinde orijinallik bulunmayan veri tabanlarının da korunmasını gündeme getirmiştir³⁰.

96/9 sayılı Direktif, ne formda olursa olsun, bağımsız eser, veri ya da materyallerin sistematik ya da metodolojik bir yolla düzenlendiği ve bireysel erişimi sağlayan veri tabanlarının korunacağını hüküm altına almıştır (m. 1/2). Direktif, veri tabanlarına yönelik geleneksel eser korumasının yanı sıra emeğin korunması standardına dayalı olarak getirilen bir *sui generis* koruma öngörmektedir³¹. Yani AB mevzuatı hem sahibinin³² hususiyetini taşıyan veri tabanlarını hem de sahibinin hususiyetini taşımayan veri tabanlarını farklı mekanizmalarla korumaktadır³³. Sahibinin hususiyetini taşıyan orijinal veri tabanlarına eser koruması sağlanırken yaratıcılık içermeyen fakat bir emek ve sermaye sarf edilen veri tabanlarına *sui generis* bir koruma öngörülmüştür³⁴. Bunun aksine WIPO ve TRIPs gibi fikri mülkiyet hukuku metinleri yalnızca hususiyet taşıyan eser niteliğindeki veri tabanlarına hukuki koruma sağlamaktadır³⁵. Türk doktrininde Suluk ve Or-

30 Sganga, s. 100.

31 Gemma Minero Alejandre, “Overview of Databases Protection, after Two Decades of Discussions and Regulations. An International Approach.” *Humanités Numériques*, Alexandra Bensamoun (.), Les Éditions Mare Et Martin, Paris, 2015; Suluk/Orhan, s. 268.

32 Bern Sözleşmesi’ndeki eser sahibi kavramını 96/9 sayılı AB Direktifinde kişisel fikri yaratıcılığın karşıladığı ifade edilmektedir. Bkz: Gervais, s. 1121.

33 Ihsu Erdem Ari, “Blockchain as a database—proposal for a new test for the criterion of ‘independence’ in the legal definition of a database for the purposes of copyright and the *sui generis* right”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, C. 19, S. 6, (2024), s. 522.

34 Lionel M. Lavenue, “Database Rights and Technical Data Rights: the Expansion of Intellectual Property for the Protection of Databases,” *Santa Clara Law Review*, C. 38, S. 1, (1997), s. 42; Ateş, Veri Tabanları, s. 55. Direktifte veri tabanlarına yönelik telif koruması ve *sui generis* koruma olmak üzere iki tür koruma öngörülmüş olmasına rağmen oldukça tartışılan Ryanair kararında Avrupa Birliği Adalet Divanı, Ryanair isimli havayolları şirketinin ne telif koruması ne *de sui generis* koruma şartlarını taşımayan veri tabanı için web sitesinde kullanıcılara sunduğu hüküm ve koşullarda getirdiği kısıtlamaları geçerli bulmuştur. Bkz: C- 30-14, ECJ, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62014CJ0030&from=EN>.

35 Ateş, Veri Tabanları, s. 51. 1996 yılında WIPO Diplomatik Konferansı’nda hususiyet taşımayan fakat ekonomik, teknik, insan gücü ve diğer kaynakların sarf edilmesiyle ciddi bir yatırım barındıran veri tabanlarına *sui generis* bir fikri koruma sağlanması yönünde taslak oluşturulduğu fakat bu tasarının ciddi eleştirilere maruz kalması nedeniyle kabul edilemediği ifade edilmiştir. Bkz: Gervais, s.1118-1119.

han ise veri tabanlarına sağlanan hukuki korumanın *i.müstakil eser şeklinde koruma*, *ii. işlenme eser olarak koruma* ve *iii. sui generis koruma* olarak üç türde olduğunu ifade etmişlerdir³⁶.

Direktifte veri tabanı sahibine veri tabanı üzerinde, çoğaltma, işleme, yayma, kamuya arz etme vb. yetkiler münhasıran tanınmıştır³⁷.

Ülkemiz hukuku, AB hukuku ile uyumlu olarak her iki türdeki veri tabanı için de koruma sağlamaktadır. Veri tabanları için öngörülen hukuki koruma mekanizması, korunan veri tabanı türüne göre farklılık arz etmektedir³⁸. FSEK'in 6. maddesinin 11. fıkrası hükmünde belirli bir amaca göre ve özel bir plan dahilinde verilerin seçilip derlenmesinden bahsedilmiştir. Ek madde 8'de ise veri tabanının içeriğinin oluşturulması, doğrulanması veya sunumuna esaslı bir ölçüde yatırım yapmadan bahsedilmiştir. Öğreti, FSEK m. 6/11 hükmünün özgünlük/hususiyet taşıyan veri tabanlarını düzenlendiği konusunda hemfikiridir³⁹. Ek madde 8'deki koruma ise seçilip derlenmesinde bir orijinallik bulunmayan fakat alın teri teorisi kapsamında yapılan yatırımı karşılıksız bırakmayan bir korumayı kapsamaktadır ki bu da özgünlük taşımayan veri tabanları için getirilen bir mekanizmadır⁴⁰.

36 Suluk/Orhan, s. 268. Yazarlara göre şayet bir veri tabanı hem kendisi hem de barındırdığı verilerle birlikte başlı başına müstakil bir eser niteliğindeyse, doğrudan doğruya bir eser olarak korunacak, söz gelimi işlenme derleme eserler kategorisinde ya da Ek madde 8'deki *sui generis* korumaya göre korunmasına gerek kalmayacaktır. Yazarlar bu durumda eser korumasının veri tabanının içindeki verilere de teşmil edileceğini savunmaktadır. Nitekim FSEK m. 6/11'de veri tabanlarına eser koruması sağlanmakla birlikte bunların içeriği veri tabanı koruması kapsamına dahil değildir. Bir başka görüşe göre de veri tabanları asıl eserden bağımsız oldukları için işlenme olarak değerlendirilmemelidir, derlemelerin içeriğinin eser mahiyetinde olması fakat veri tabanlarının içeriğinin eserlerden oluşabileceği gibi veri ve materyallerden oluşması mümkün olduğundan derleme de sayılmamalı, veri tabanları bağımsız eser olarak korunmalıdır. Bkz: Engin Erdil, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler*, (İstanbul: Beta, 2003), s. 76.

37 Ateş, Veri Tabanları, s. 55.

38 Şener, s. 11.

39 Şener, s. 8; Onur Sarı, "Yapay Zekânın Türk Fikri Mülkiyet Hukuku'na Göre Korunması", *İzmir Barosu Dergisi*, C. 85, S. 1, (2020), s. 105; Halil Çonkar, "Dijital Tek Pazarda Telif Hakkı ve Bağlantılı Haklar", içinde *Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu Özel Hukuk - Acquis Communautaire'in Alınması - Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler*, editör Arslan Kaya ve diğerleri, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınevi, 2020), s. 686 dn.6.

40 Şener, s. 8.

3.1. Özgünlük Taşıyan Veri Tabanlarına Sağlanan Hukuki Koruma

İçeriğinin seçilmesi ve düzenlenmesi fikri bir yaratıcılığa dayanan ve çeşitli vasıtalarla erişilebilir olan eser⁴¹, veri, materyalleri içeren derlemelerin özgünlük taşıyan veri tabanı olduğu ifade edilmektedir⁴². FSEK 6. madde 11. fıkra hükmüne göre sahibinin hususiyetini taşıyan veri tabanları, içeriğinde derlediği eser sahibinin haklarına zarar vermemek şartıyla⁴³ eser sayılır⁴⁴. FSEK'e 1995 yılında eklenen m. 6/11 hükmündeki "hususiyet" in, verilerin tasnifi ve biçimlendirilmesinde aranması gerektiği, içeriklerinin düzenlenmesi ya da seçim nedenine göre eser sahibinin fikirsal yaratıcılığının ürünü olarak ortaya çıktığı ifade edilmektedir⁴⁵.

Erişilebilir olma ifadesi ise 2001 yılında eklenmiştir. Erişilebilirlik, aracın formu fark etmeksizin verilere bireysel olarak erişebilme şeklinde yorumlanmalıdır⁴⁶.

Buna göre veri tabanları

- Veri ve materyalleri derleme (koleksiyon ya da bağımsız materyallerden oluşan bir içeriğin varlığı)
- Belirli bir maksada göre ve özel bir plan dahilinde oluşturulma (sistematik ya da metodolojik bir yöntemle oluşturulma)
- Bağımsız olarak erişilebilir olma özelliklerini taşımaları⁴⁷.

41 *İşlenmeler ve derlemeler* kenar başlıklı FSEK 6. maddenin 6. ve 7. bentlerinde eser derlemelerinin düzenlendiği, bunların telif korumasından faydalanmadığı, veri tabanlarının düzenlendiği 11. bentte ise veri ve materyaller denilmesi dolayısıyla ancak veri ve materyaller ifadesinin geniş yorumlanması halinde eser derlemelerine veri tabanı koruması sağlanabileceği görüşü için bkz: Şener, s. 30-31.

42 Ateş, *Veri Tabanları*, s. 60-61. Fikri yaratıcılık unsurunun veri tabanının bütününde değil, içeriğinin seçilip derlenmesinde aranması gerektiği yönünde bkz: Şener, s. 17.

43 Zarar vermeme şartının madde metnine eklenmesi, asıl esere zarar verilmesi halinde eser sahipliğinden kaynaklanan hakların zaten devreye gireceği, bu yüzden zarar vermeme kriterinin işleme olarak addedilmeye şart oluşturulmaması gerekçesiyle öğretide Kılıçoğlu tarafından eleştirilmektedir. bkz: Kılıçoğlu, s. 153.

44 "İşliyenin hususiyetini taşıyan işlemlerin bu Kanun'a göre eser addolunduğu hakkında bkz: Hirsch, s. 57. Bkz: Ateş, *Fikri Hukukta Eser*, s. 360.

45 Beşiroğlu, s. 158; Nal/Suluk, s. 181; Güneş, s. 100.

46 Nal/Suluk, s. 181.

47 Gervais, s. 1120-1121; Ateş, *Veri Tabanları*, s. 61-69; Şener, s. 29.

3.1.1. Unsurları

3.1.1.1. Bir İçeriğe Sahip Olma

Veri tabanının her şeyden önce içinde derlediği verilerin, bir içeriğinin bulunması gerekir. Bu veriler değinildiği üzere münferiden eser niteliğinde olan makale, şiir, resim, kısacası ilim, edebiyat, güzel sanat eseri olabileceği gibi eser niteliğini haiz bulunmayan diğer veri ve materyaller de olabilir⁴⁸.

Derleme olmaları nedeniyle veri tabanlarının içeriğinde barındırdığı her bir verinin/ögenin/materyalin bağımsız olması, bir diğerinden bağımsız olarak salt veri tabanı yoluyla erişilebilir olması gerekir⁴⁹.

Yine içerikteki verilerin aynı türden olmaları da gerekmez. Bir veri tabanında eser niteliğini haiz unsurların yanında eser niteliğinde olmayan unsurlar da bulunabilir⁵⁰. Bu unsurlar ilim, edebiyat, güzel sanat, musiki, sinema türünden olabilecekleri gibi bunların dışında bir türden de olabilir. Örneğin bir romanın okuyucularına kılavuzluk etmek üzere hazırlanan bir veri tabanında romanın geçtiği mekanlara dair resimleri, fotoğrafları, bu mekan ya da olayları konu alan şiirleri, romanda bahsi geçen besteleri kategorileştirerek bünyesinde barındıran bir veri tabanı oluşturulması mümkündür. Ayrıca belirtmek gerekir ki veri tabanının içerisinde eser (başkalarına ait fikri ürün) barındırması halinde, eser sahibinden eserinin veri tabanında yer alması için izin alınması gerekir⁵¹.

Eğer bir veri tabanı bünyesinde yalnızca eser statüsüne tabi unsurlar barındırıyorsa bu veri tabanı derleme eser kapsamında değerlendirilmektedir⁵². Bunun geniş anlamda veri tabanı olmakla beraber “*belli bir maksada göre ve hususi bir plan dahilinde seçme ve toplama eserler tertibi*” teşkil etmesi nedeniyle FSEK m. 6/7 kapsamına daha uygun düştüğünün altı çizilmiştir⁵³.

Peki, içinde birden fazla eser, veri ya da materyal bulunduran her derleme veri tabanı olarak nitelendirilebilecek midir? Diğer bir deyişle veri tabanının derlediği unsurların nicelik olarak asgari bir sınırı var mıdır? Bu konuda, seçkilerin bir veri tabanı olabilmesi için ilgili alandaki verilerin büyük

48 Ateş, Veri Tabanları, s. 61.

49 Gervais, 1120; Ateş, s. 61.

50 Ateş, Veri Tabanları, s. 61.

51 Yavuz (Alıca/Merdivan), s. 173.

52 Ateş, Veri Tabanları, s. 62.

53 Ateş, Veri Tabanları, s. 62.

bir kısmını derlemiş olması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁴. Nitekim Bern Sözleşmesi ve WIPO Fikri Mülkiyet Anlaşması'nda yer almayan, yeni nesil bir koruma türü olan *sui generis* hak teorisinin temelinde hususiyet bulunmadığı için korunmaya değer görülen şey çaba/sermayedir⁵⁵. Bu nedenle belli bir konudaki verileri kategorize ederek insanlığın kullanımına sunan seçkinin gerçek bir fayda sağlayabilmesi kapsamına, kapsamı da gösterilen çabaya ve içerikle ilgili verilerin fazlalığına bağlıdır.

3.1.1.2. İçeriğin Seçilip Derlenmesinde Hususiyet Bulunması

Yukarıda ele alınan uluslararası metinlerde de belirtildiği üzere, özgün veri tabanlarında esas unsur, seçilmesinin ya da derlenmesinin fikri bir yaratıcılığın ürünü olmasıdır. Yani hususiyet, verilerin seçilmesinde ya da derlenmesinde kullanılan yöntemde ortaya çıkmaktadır. Bu yaratıcılığın veri tabanının kendisinde değil, mezkûr uluslararası metinlerin tamamında olduğu gibi derlemeye konu verilerin seçilmesi ve ya derlenmesi unsurunda aranması gerekir⁵⁶. İçeriğin seçilmesi, veri tabanının hizmet ettiği amaç doğrultusunda hangi öğeleri barındıracağına ilişkin yapıla seçme ve seçilen öğeleri temin etme, kullanıma hazır hale getirme süreçlerini kapsar⁵⁷. Derleme ise seçilen eserlerin hangi ölçüt ve metodolojiye göre bir araya getirilip sunulacağına ilişkin süreci ifade eder⁵⁸.

Bir derlemenin veri tabanı sayılabilmesi için ele alınan ilk kriterde, sunulan verinin nicelik itibarıyla alana dair verileri büyük ölçüde barındırması gerektiği ifade edilmişti. Bununla birlikte, örneğin Avrupa ülkelerinde fikri mülkiyet hukukuna dair verilmiş tüm mahkeme kararlarını barındıran bir veri tabanı, alandaki tüm yazını barındırmasına rağmen özgün kabul edilmemektedir. Çünkü, toplanan verilerin belirli bir düşüncenin ürünü olan bir yöntemle oluşturulmuş olması gerekir. Yukarıdaki örnek üzerinden gidilecek olursa, oluşturulan veri tabanının dava türlerine göre ayırmak

54 Ateş, Veri Tabanları, s. 64.

55 Suluk/Orhan, s. 267; Ateş, Veri Tabanları, s. 64.

56 Suluk/Orhan, s. 269; Ateş, Veri Tabanları, s. 65. Özgün veri tabanı olarak addedilebilme için içeriğin seçilip derlenmesinde hususiyet koşulu aranmaktadır. Fakat gerek telif korumasına tâbi özgün veri tabanlarında gerekse de *sui generis* korumaya tâbi özgün olmayan veri tabanlarında düzenlemenin sistematik olması gerekmektedir. Diğer bir deyişle bir veri tabanından söz edebilmek için içeriğe erişimde kolaylık sağlayan yöntemlerin kullanılmış olması gerekir. Bkz: Şener, s. 33.

57 Şener, s. 38.

58 Şener, s. 39.

suretiyle, dava değerine göre, oy birliği ile verilen kararlara göre ayrılarak dan seçerek ya da ülkelere göre sınıflandırarak yahut kronolojik bir sıralamayla a göre oluşturulması gibi durumlarda, veri tabanına hususiyet sağlanacaktır.

Acaba hususiyetin verilerin hem seçilmesi hem derlenmesinde mi aranması gerekir yoksa bunlardan yalnızca birinde hususi bir planın bulunması, veri tabanının özgün sayılması için yeterli midir?

Verilerin seçilmesi, belirlenen maksat dahilinde hangi verilerin sunulacağına dair yapılan seçme işlemidir. Derleme ise seçilen verilerin kullanıcıya ne şekilde sunulacağına dair yapılan tercihtir. Uluslararası metinlerde seçme ve derleme işlemleri arasında veya bağlacı kullanılmıştır. FSEK m. 6/11'de ise seçilip derleme şeklinde bir ifade tercih edilmiştir. Her ne kadar AB Direktifinde hususiyetin seçme ya da derlemenin birinde olması veri tabanının özgün olması için yeterliyse de yürürlükteki Türk mevzuatı açısından bu yorumu yapmak madde lafzında hem seçilme hem de derleme eylemlerinin bir arada kullanılmış olması nedeniyle mümkün değildir. Bu durum kanun koyucunun dikkatsizliğinden kaynaklanıyor olabilir. Nitekim pozitif düzenleme, AB Direktifi ile uyumlu da değildir fakat kanunda bir değişiklik yapılmadığı takdirde bir veri tabanının özgün sayılması için verilerin hem seçilmesinin hem de derlenmesinin bir yaratıcılık ile gerçekleşmesi gerekir⁵⁹. Öğretide, iki kriterden yalnızca birinde bile hususiyet bulunması halinde veri tabanının korunması gerektiğini ifade eden görüşler de bulunmaktadır⁶⁰.

3.1.1.3. Bağımsız Olarak Erişilebilir Olma

Veri tabanının ne formda olduğunun hukuki koruma statüsünü değiştirmedeği ifade edilmişti. Bununla birlikte verilerin sanal, elektronik, fiziki vb. bir ortamda bulunması ve kullanıcıları tarafından münferiden erişilebilir bir formata sahip olması gerekir⁶¹. Veri tabanı içeriğindeki eser, veri ve materyaller tek başına bir değer ifade ediyor olmalı ve veri tabanından biri eksildiğinde diğerinin bilgilendirici özelliğine halel gelmemelidir⁶².

59 Ateş, Veri Tabanları, s. 68.

60 Ateş, Veri Tabanları, s. 69; Şener, s. 38.

61 Ateş, Veri Tabanları, s. 69-70.

62 Romain Meys, "Data Mining Under the Directive on Copyright and Related Rights in the Digital Single Market: Are European Database Protection Rules Still Threatening

Dolayısıyla örneğin içerisinde yargı içtihatlarının, mevzuatın, makale ve kitapların derlendiği bir hukuk veri tabanında kullanıcının aradığı bir yargı kararına diğer metinlerden ayırt edilebilir şekilde erişebilmesi, veri tabanı açısından aranan bağımsızlık unsurunu karşılayacaktır⁶³. Erişilebilirlik, bir veri tabanı kullanıcısının veri tabanında aradığı içeriğe makul bir süre içerisinde ulaşabilmesini gerektirir⁶⁴. Elektronik veri tabanlarında arama çubuğu vasıtasıyla, matbu veri tabanlarında ise fihrist, kılavuz, içindekiler tablosu gibi vasıtasıyla erişilebilirlik temin edilebilir⁶⁵.

3.1.2. Özgün Veri Tabanlarına Sağlanan Hukuki Korumanın Kapsamı

Özgünlük taşıyan veri tabanlarına FSEK kapsamında eser koruması sağlanmaktadır⁶⁶. Nitekim bu özgünlük, diğer bir deyişle sahibinin hususiyeti, eser sayılmanın alameti farikası olan “kişisel ve fikri yaratım”ın⁶⁷ kendisidir. Fakat FSEK m. 6/11’de açıkça belirtildiği üzere veri tabanına

the Development of Artificial Intelligence?”, GRUR International, C. 69, S. 5, (2020), s. 458; Şener, s. 29. Yazarlar veri tabanının bağımsız eser, veri ve materyallerden oluşması unsuru ile tek tek erişim unsurunu birbirinden ayrı değerlendirmektedir.

63 Bağımsızlık unsurunun veri tabanındaki diğer verilere bağlı olmama yönünde yorumlanmasının isabetli olmadığına dair bkz: Şener, s. 30.

64 Şener, s. 34.

65 Meys, s. 459.

66 Ateş, s. 72. Nitekim Yargıtay’ın bir kararında bu husus net bir şekilde ortaya koyulmuştur: “FSEK.nun 1/B ve 6/11. maddesine göre, veri tabanları derleme eser olarak kabul edilmiştir. Bir veri tabanının derleme eser sayılmasını sağlayan asıl unsur veri ve materyallerin seçilme ve derleme biçimidir. Nitekim FSEK.nun 6/11. maddesine göre, belli bir maksada göre ve hususi bir plan dâhilinde verilerin ve materyallerin seçilip derlenmesi sonucu ortaya çıkan ve bir araç ile okunabilir veya diğer biçimdeki veri tabanları derleme eser olarak korunur. Ancak, burada sağlanan koruma veri tabanı içinde bulunan veri materyallerin korunması için genişletilemez. Veri tabanında kullanılan veriler ve materyaller herhangi bir şekilde elde edilmiş herkesin kullanımına açık bilgiler olabileceği gibi FSEK’nda sayılan eser türlerinden birisine de dâhil olabilirler.

Kullanılan verilerin FSEK’na korunan eser türlerinden birisini oluşturması halinde, veri tabanı üzerinde hak sahipliğinin kazanılması için istifade edilen eserin sahibinin haklarına zarar getirmemek şartıyla oluşturulması ve derleyenin hususiyetini taşıması gereklidir. Veri tabanları üzerinde derleme eser sahipliği için zorunlu olan hususiyet şartı ise, kullanılan verilerin ve materyallerin seçilip derlenmesi biçimidir. Sonuçta asıl olan koruma, koşulları oluştuğunda veri ve materyallerin FSEK.nun 6/11. maddesi anlamında seçilip derlenmesi yoluyla oluşturulan “veri tabanı üzerindeki derleme eser sahipliğidir” Yargıtay, 11. HD. 2005/3506 E. 2006/4425 K. 13.04.2006.

67 Mustafa Aksu, *Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması*, (İstanbul: Beta, 2016), s. 69.

sağlanan koruma, veri tabanının bünyesindeki eser, veri ya da materyallere kısacası veri tabanının içeriğine teşmil edilemez⁶⁸. Veri tabanındaki eserler zaten FSEK'teki eser korumasından faydalanmaktadır. Eser niteliğinde olmayan veri ve materyallerin haksız kullanımı gündeme geldiğinde (içeriğin kopyalanması, yeniden yayınlanması, çoğaltılması gibi) veri tabanı sahibinin bu tecavüzlere karşı FSEK'in 66. maddesi ve devamında hukuki çarelere başvurma imkânı bulunmamaktadır⁶⁹.

FSEK'in 6. maddesinin 11. fıkrası kapsamında sahibinin hususiyetini taşıyan veri tabanları, FSEK'te eserin korunması için öngörülen genel süreye tabidir. Bu koruma, FSEK'in 27. maddesinin 1. fıkrası hükmü gereği eser sahibi yaşadığı müddetçe ve eser sahibinin ölümünden sonra yetmiş yıllık süreye tabidir⁷⁰. İlk eser sahibinin tüzel kişi olması durumunda ise veri tabanının alenileşmesi (kullanıma arzı) tarihinden itibaren yetmiş yıllık bir koruma süresi söz konusu olacaktır (m. 27/4).

3.2. Özgünlük Taşımayan Veri Tabanlarına Sağlanan Hukuki Koruma

Günümüzde veri tabanları ekseriyetle elektronik formdadır ve bunların büyük çoğunluğunun orijinalikten yoksun olması nedeniyle telif koruması söz konusu olmamaktadır⁷¹. Sahibinin hususiyetini taşımayan veri tabanları, bir yaratıcılığın ürünü olmamasına rağmen tasarımı ciddi bir emek ya da yatırımın bulunduğu, bu nedenle kendine özgü (*sui generis*) bir koruma tanınan veri tabanlarıdır⁷². Özgün olsun ya da olmasın, veri tabanından söz edilebilmesi için gerekli olan *i. bir içeriğe sahip olma*, *ii. belirli bir maksada göre ve hususi bir plan dahilinde oluşturulmuş olma*, *iii. bağımsız olarak erişilebilir olma* kriterlerinin varlığı şarttır⁷³. Özgünlük taşıyan veri tabanlarına hukuki koruma sağlanmasının nedeni, tasarlanan sistemin

68 Öztan, s. 183; Bozbel, s. 74; Yavuz (Alica/Merdivan), s. 173; Ateş, Veri Tabanları, s. 70. Nitekim derleme eserlerde asıl eserle derleme arasında bir ilişki bulunması gerekme-
yip veri tabanlarında ise asıl esere bağlılık şartı hiçbir surette bulunmamaktadır. Bkz: Mustafa Ateş, *Fikri Hukukta Eser Sahipliği*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2012), s. 171.

69 Ateş, Veri Tabanları, s. 70.

70 Suluk/Orhan, s. 268.

71 Meys, s. 459.

72 Gervais, s. 1120; Güneş, s. 100;

73 Şener, s. 29.

kendisinin bir hususiyet taşıması, başkalarının yararına sunulması itibariyle kendi başına fikri bir ürün olmasıdır⁷⁴. Özgünlük taşımayan veri tabanlarına sağlanan koruma ise alın teri teorisine dayanmaktadır. Yani burada her ne kadar orijinal, yaratıcı, hususiyet taşıyan bir yön bulunmasa da sisteme dahil edilen verilerin seçilmesi, veri tabanının amacına uygunluğunun ve alaka düzeyinin doğrulanması ve ne şekilde sunulacağı hususunda emek harcanmaktadır⁷⁵. Normalde uzun uğraşlar sonucu erişilebilen veriler, *sui generis* korumaya konu veri tabanının metodu sayesinde veriye ulaşımı kolaylaştırmakta, bunu yaparken de bilhassa tasarlayanın kendisinin uzun uğraş ve sermaye sarf etmesiyle vücut bulmaktadır⁷⁶. Telif koruması doğrudan eser sahibine tanınırken *sui generis* koruma ilgili yatırımı yapma riskini alan, inisiyatif alan kişiye⁷⁷ tanınmaktadır. Sahibinin hususiyetini taşımayan veri tabanlarına sağlanan hukuki koruma, Türk hukukunda kaynağını FSEK Ek madde 8'den almaktadır.

FSEK Ek madde 8 de 96/9 sayılı Direktife uyum sağlamak maksadıyla Kanun'a 2004 yılında eklenmiştir. İçeriğinin seçilmesi ve düzenlenmesinde sahibinin hususiyeti bulunmayan fakat veri tabanı yapımcısının ekonomik, kültürel ve emek sermayesine dayanan veri tabanları, özgün olmamalarına rağmen mezkûr yatırım nedeniyle kendine özgü bir korumaya kavuşturulmuşlardır⁷⁸. Koruma sayesinde veri tabanı yapımcısı veri tabanının tamamı ya da bir kısmı üzerinde tekel yetkisine sahip olur⁷⁹.

Bu korumadan faydalanabilmesi için veri tabanının içeriğinin oluşturulmasında, sunumunda ve doğrulanmasında veri tabanı yapımcısı tarafından esaslı bir yatırım yapılmış olması gerekmektedir⁸⁰. Yatırım yalnızca ekonomik veçhesiyle düşünülmemeli, veri tabanı için harcanan mesai, yapılan çalışmalarda sarf edilen insan gücü gibi hususlar da yatırım olarak değerlendirilmelidir⁸¹.

74 Ateş, Veri Tabanları, s. 49-50.

75 Meys, s. 460.

76 Suluk/Orhan, s. 266; Ateş, Veri Tabanları, s. 50.

77 Gervais, s. 1122.

78 Nal/Suluk, s. 181; Güneş, s. 100

79 Güneş, s. 101.

80 Güneş, s. 101; Ateş, Veri Tabanları, s. 74.

81 Lavenue, s. 44, 48; Ateş, Veri Tabanları, s. 74.

İçerik kavramı veri tabanı için üzerinde sürekli durulan bir kavramdır. Çalışmamızda da sık sık kullanılan içerik kelimesi veri tabanının sağladığı materyallerin içeriği olmayıp bizzat veri tabanının sunduklarıdır. Dolayısıyla veri tabanının içeriğinin oluşturulması da içindeki materyallerin oluşturulması olmayıp halihazırda mevcut olan bu materyallerin veri tabanı içerisine seçilmesi ve toplanmasıdır⁸². Yatırımın da verinin değil veri tabanının üretilmesine yapılması gerekir⁸³.

3.2.1. Özgün Olmayan Veri Tabanlarına Sağlanan Hukuki Korumanın Kapsamı

Kanun, sahibinin hususiyetini taşımayan veri tabanları için veri tabanını sahibine

- İçeriğin önemli bir kısmının veya tamamının herhangi bir araç ile herhangi bir şekilde sürekli veya geçici olarak başka bir ortama aktarılması,
- İçeriğin önemli bir kısmının veya tamamının herhangi bir yolla dağıtılması, satılması, kiralınması veya topluma iletilmesi

halinde FSEK m. 72/3'te öngörülen tecavüzü gerçekleştiren hakkında ceza takibatta bulunma hakkını tanımıştır.

İçeriğin önemli bir kısmından kastın ne olduğu Kanun'da belirtilmemiştir. Önemli bir kısım, nicelik olarak veri tabanının bütününe göre yapılacak bir değerlendirme ile somut olaya göre tespit edilebilecektir⁸⁴. Fakat örneğin başka bir ortama aktarılan, dağıtılan, satılan, kiralanan veri tabanı içeriği kısmı, esasen veri tabanının yüzdelik olarak çok büyük bir dilimine tekkabül etmese fakat yatırımın büyük bir kısmının bu dilime yapılmış olsa, bu durumda da nitelik olarak içeriğin önemli bir kısmı ihlal edilmiş olacaktır⁸⁵.

Başka ortama aktarma, veri tabanı içeriğinin tamamının ya da önemli bir kısmının kopyalanarak USB belleğe, hard diske, CD'ye aktarılması ya da yazıcı ile çıktısının alınması şeklinde somutlaştırılabilir⁸⁶. İçeriğin önemli

82 Gervais, s. 1132; Ateş, Veri Tabanları, s. 74.

83 Ateş, Veri Tabanları, s. 74.

84 ATAD, C- 203/02, para. 70, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-203/02>, Erişim: 31.12.2023; Lavenue, s. 53; Ateş, Veri Tabanları, s. 77.

85 Lavenue, s. 53; Ateş, Veri Tabanları, s. 78.

86 Şener, s. 132; Meys, s. 461.

bir kısmının veya tamamının herhangi bir yolla dağıtılması, satılması, kiralanması veya topluma iletilmesi ise yeniden kullanım (re-utilisation) olarak adlandırılmakta ve *sui generis* veri tabanı sahibine bu eylemleri yasaklama hakkı vermektedir⁸⁷.

FSEK m. 66 vd. maddelerindeki hakların sahihinin hususiyetini taşımayan veri tabanı sahipleri için geçerli olmadığı öğretide savunulur⁸⁸. Bu halde veri tabanı yapımcısı ancak genel hükümlere başvurarak hak talep edebilecektir. Sahiplikten bahsetmişken 96/9 sayılı Direktifte özgün veri tabanlarında eser sahibi veri tabanını meydana getiren kişidir. Bu kişi Direktif m. 4 uyarınca gerçek kişiler olup üye ülkelerin hukukunun cevaz vermesi halinde tüzel kişiler de eser sahibi statüsünü kazanabilecektir⁸⁹.

Sahibinin hususiyetini taşımayan veri tabanları FSEK Ek madde 8 kapsamında alenileşmesinden itibaren 15 yıl süre ile korumadan faydalanacaktır⁹⁰. Bununla birlikte veri tabanları zaman içerisinde güncellenmektedir. Yapılan değişikliklerin, ekleme ve çıkarmaların veri tabanı için esaslı bir değişiklik getirmesi ve büyük bir yatırım sonucu ortaya çıkması halinde koruma süresi güncellenmenin alenileşmesinden itibaren yeniden başlayacaktır⁹¹.

3.3. Korumanın İstisnaları

Veri tabanlarına sağlanan hukuki korumanın hangi hallerde susacağı, yani korumanın istisnaları 96/9 sayılı Direktifte belirtilmiş olmakla beraber FSEK'te gösterilmemiştir⁹². Direktife göre veri tabanının kamuya sunulmuş yani alenileşmiş olması halinde içeriğinin önemli bir kısmının ya da tamamının veri tabanı yapımcısının izni olmasa bile şahsi kullanım, eğitim-öğretim, bilimsel araştırmalar için başka bir ortama aktarılabilir ya da yeniden kullanılabilir⁹³. Fakat kişisel kullanım yalnızca elektronik

87 Şener, s. 133.

88 Ateş, Veri Tabanları, s. 80.

89 Ateş, *Eser Sahipliği*, s. 20.

90 Güneş, s. 102.

91 Güneş, s. 102; Ateş, s. 81.

92 Ateş, Veri Tabanları, s. 79.

93 Gervais, s. 1124; Sganga, s. 103; Ateş, Veri Tabanları, s. 79. “*Yapı İşleri birim Fiyat ve Tarifeleri 2001 başlıklı kitabın 5846 sayılı FSEK 6/11 maddesi uyarınca belli bir maksada göre ve hususi bir plan dahilinde verilerin ve materyallerin seçilip derlenmesi sonucu ortaya çıkan veri tabanı niteliğinde olmasına karşın somutu uyumsuzlukta, davalı işyerinde yapılan çoğaltmanın müşterinin siparişi üzerine bir nüsha ile sınırlı olmasına ve davalının*

olmayan veri tabanları için istisna tutulmuştur. Elektronik veri tabanlarının kişisel kullanım amacıyla da olsa başka bir ortama aktarılması ya da yeniden kullanılması ihlal oluşturacaktır.

Bir diğer istisna ise kamu güvenliği, adli ya da idari bir amaç için veri tabanlarının kullanılmasıdır⁹⁴.

96/9 sayılı Direktifte, *Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin (AB) 2019/790 sayılı Dijital Tek Pazarda Telif Hakları ve Bağlantılı Haklara İlişkin ve 96/9/EC ve 2001/29/EC sayılı Direktifleri Tadil Eden Direktifiyle*⁹⁵ yapılan değişiklikle birlikte özgün veri tabanlarını korumaya yönelik yasaklanan eylemlerin istisnalarını içeren madde olan 6. Maddenin (b) bendine “2019/790 sayılı Direktifle öngörülen istisnalar ve sınırlamalar saklı kalmak kaydıyla” ibaresi eklenmiştir. 2019/790 sayılı Direktifin 3. maddesinin 1. fıkrası ile araştırma kuruluşları ve kültürel miras kurumlarına, bunların hukuka uygun olarak erişim sağladıkları eser ve materyalleri bilimsel araştırma ve metin ve veri madenciliği amacıyla çoğaltabilmeleri ve başka ortama aktarabilmeleri imkânı getirilmiştir.

Özgün olmayan veri tabanlarına sağlanan *sui generis* korumaya istisna getiren 9. maddenin (b) bendine de aynı şekilde “2019/790 sayılı Direktifle öngörülen istisnalar ve sınırlamalar saklı kalmak kaydıyla” ibaresi ilave edilmiştir. Getirilen istisnalar *i. materyallerin metin ve veri madenciliği için kullanılması, ii. eserlerin ve diğer materyallerin dijital ve sınır aşan öğretim faaliyetlerinde kullanılması ve iii. kültürel mirasın korunması* olmak üzere üç durumu kapsamaktadır⁹⁶.

FSEK’te de benzer muafiyetlerin öngörülmesi AB hukukuna uyumun sağlanması ve veri tabanı sahipleriyle veri kullanıcıları arasındaki menfaat dengesinin sağlanması adına isabetli olacaktır.

anılan kitabı sipariş almadan, önceden çoğaltarak satışa sunduğunun da iddia ve ispat edilememiş bulunmasına göre davacı vekilinin temyiz itirazları yerinde değildir.” Yargıtay 11. H.D. 2007/957 E. 2008/2343 E. 28.02.2008 sayılı kararı.

94 Güneş, s. 102; Gervais, s. 1124; Ateş, Veri Tabanları, s. 79.

95 Direktif metni için bkz: Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32019L0790>

96 Çonkar, s. 686.

4. Teknolojik Gelişmelerin Veri Tabanlarına Sağlanan Hukuki Koruma Alanında Doğurduğu Yeni Sorular

Öğrenme yetisi olan ve bu sayede analiz ettiği verileri değerlendirerek tahmin, içerik, öneri ve karar gibi çıktılar üretebilen bir teknoloji olan yapay zekanın⁹⁷ gelişimi için ciddi miktarda veriye ihtiyaç duyulmaktadır. Yapay zekâ veri madenciliği yaparken öncelikle hazırlık sürecinde birçok kaynaktan ilgili bulduğu verileri tanımlamakta ve gerekirse kopyalamakta, devamında elde ettiği veriler arasındaki korelasyonu değerlendirmekte ve sonuç çıktısını ortaya koymaya yönelik yeniden düzenleme adımlarını takip etmektedir⁹⁸. Veri madenciliği konusunda veri tabanı korumasına getirilen istisnalara *Korumanın İstisnaları* başlığında değinildiği üzere AB kanun koyucusu kâr amacı gütmeyen araştırmalar için veri tabanı madenciliğine özel istisnalar getirmiştir. Öte yandan bu istisnaların yapay zekâ endüstrisinin gelişimi için yeterli olmadığı ve kapsamının genişletilmesi gerektiği savunulmaktadır⁹⁹.

Bir diğer soru da yapay zekâ üretimi veri tabanlarının hukuki korumaya tabi olup olmadığıdır. 96/9 sayılı AB direktifinin 3. maddesinde veri tabanı sahibinin gerçek kişi ya da kişiler topluluğu olabileceği belirtilmiş, üye devletlerin mevzuatlarında öngörmeleri durumunda tüzel kişilerin de veri tabanı sahibi olabilecekleri ifade edilmiştir. Hukuki anlamda kişiliği olmayan yapay zekânın mevcut düzenlemeler karşısında veri tabanı sahipliği tartışmalıdır¹⁰⁰. Önceleri makine tarafından üretilen veri tabanlarına hukuki koruma sağlanmaması yönünde benimsenen yaklaşım Alman Federal Mahkemesi'nin Autobahnmaut kararıyla *sui generis* koruma

97 Avrupa Birliği Yapay Zekâ Kanunu metni bkz: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138-FNL-COR01_EN.pdf

98 Meys, s. 456.

99 2019/970 sayılı Direktifle veri tabanlarına sağlanan korumanın istisnaları genişlemişse de asıl kuralın kişisel olmayan verilerin serbest dolaşımı olması ve herkes tarafından erişilebilir olması nedeniyle istisnaların kapsamının halen yetersiz olduğu öne sürülmektedir. Günümüzde yapay zekânın da veri üretimindeki büyük rolü göz önüne alınarak istisnaların yalnızca kâr amacı gütmeyen kuruluşlara değil yapay zekâ geliştiren KOBİ'ler ve start-up'lara da uygulanması tavsiye edilmektedir. bkz: Meys, s. 473.

100 bkz: Firas Massadeh ve diğerleri, "The Legal Protection of Artificial Intelligence Generated Work: The Argument for Sui Generis Over Copyright", *Corporate Law & Governance Review*, C. 6, S. 1, (2024), s.53.

sağlanabileceği şeklinde yumuşamaya başlamıştır¹⁰¹. Yapay zekanın eser sahipliği konusundaki tartışmalarda fikrî yaratıcılığın insana özgü olması nedeniyle yapay zekâ üretimi çıktılarına eser koruması verilemeyeceğini savunan romantik ekolün yanında yapay zeka vasıtasıyla bilgi endüstrisinin gelişimi ve yatırımları desteklemek için gerekirse yapay zekaya kişilik tanınmasını savunan, bu kapsamda bir *sui generis* koruma daha öngörülebileceğini ifade eden reformist ekol ve yapay zekânın meydana getirdiği fikrî ürünler üzerinde düzenlemeleri yapan kişilere eser sahipliği ya da hak sahipliği verilmesini savunan modernist ekol de bulunmaktadır¹⁰².

Blokszinciri veri tabanının veri tabanı korumasından faydalanıp faydalanamayacağı meselesinde ise teknik dizaynın birbirine bağlı bloklardan üzerine kurulu olması nedeniyle bağımsızlık unsurunun sağlanamayacağı, bu nedenle mevcut hukuki rejimlere göre veri tabanı koruması kapsamında kalamayacağı savunulmaktadır¹⁰³.

Sonuç

FSEK'te veri tabanları için öngörülen hukuki koruma, 96/9 sayılı Direktif doğrultusunda sahibinin hususiyetini taşıyan ve sahibinin hususiyetini taşımayan veri tabanları olarak ikili bir ayrım ile sağlanmaktadır. İlk türdeki özgün veri tabanlarına eser koruması sağlanırken özgün olmayan ikinci türdeki veri tabanlarına *sui generis* nitelikte bir hukuki koruma bahşedilmiştir. WIPO Fikri Mülkiyet Anlaşması, Bern Sözleşmesi ve TRIPs'teki düzenlemenin aksine özgün olmayan veri tabanları için de bir koruma öngörülmüş olması belirli bir emek ve sermayenin karşılığının sağlanması açısından önemlidir. Veri tabanlarına ilişkin hukuki koruma mevzuatımıza AB'ye uyum süreci kapsamında 1995 yılında dahil edilmişse de Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki veri tabanlarına ilişkin hükümler AB Direktifi ile birebir uyumlu değildir.

101 bkz: Huemer, s. 6; Matthias Leistner, "Big Data and the EU Database Directive 96/9/EC: Current Law and Potential for Reform", SSRN, s. 18, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3245937#paper-citations-widget, Erişim: 31.06.2024.

102 Ekoller için bkz: Hasan Kadir Yılmaztekin, *Yapay Zekanın Eser Sahipliği*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), s. 217-221.

103 Ari, s. 539.

Bu noktada 1B tanım maddesinde veri tabanlarına yönelik bir tanım getirilmesi, FSEK m. 6/11 ve Ek madde 8'deki ayrımların korunması, özgün olmayan veri tabanlarının koruma istisnalarının 96/9 sayılı Direktifteki (2019/270 sayılı Direktifteki istisnalar dikkate alınarak) gibi açıkça hüküm altına alınması mevzuatımızı geliştirecektir.

Veri tabanı direktifinin ve FSEK'e bu Direktif doğrultusunda kazandırılan hükümlerin 90'lı yılların teknolojik durumu göz önüne alınarak ihdas edilmiş olması, bu mevzuatı günümüzde veri tabanlarıyla ilişkili birtakım sorulara cevap vermeye elverişsiz bırakmaktadır. Teknoloji alanındaki dönüşüm hukuk alanındaki revizyonları zorunlu kılmaktadır. Veri tabanlarının kullanıcılarının, veri madenciliği gibi nedenlerle makineler ya da yapay zekâ olması yahut doğrudan veri tabanını yapay zekâ teknolojilerinin üretmesi durumunda, veri tabanının içeriğinin yeniden kullanılması ve eser sahipliği gibi güncel sorulara cevap verecek nitelikte bir mevzuat revizyonu gereklidir.

Kaynakça

- Aksu, Mustafa. *Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması*. İstanbul: Beta, 2016.
- Alejandre, Gemma Minero. "Overview of Databases Protection, after Two Decades of Discussions and Regulations. An International Approach." *Humanités Numériques* içinde, yazar Arnaud Latil Alexandra Bensamoun. Paris: Mare & Martin, 2015.
- Ari, Ihsu Erdem. "Blockchain as a database—proposal for a new test for the criterion of 'independence' in the legal definition of a database for the purposes of copyright and the sui generis right." *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, C. 19. S. 6. (2024).
- Ateş, Mustafa. "Veri Tabanlarının Hukuki Koruması." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006.
- Ateş, Mustafa. *Fikri Hukukta Eser*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2007.
- Ateş, Mustafa. *Fikri Hukukta Eser Sahipliği*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.
- Ayiter, Nüşin. *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri*. Ankara: S Yayınları, 1981 .
- Beşiroğlu, Akın. *Fikir Hukuku Dersleri*. Denizli: Arıkan, 2006.
- Bozbel, Savaş. *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Çonkar, Halil. "Dijital Tek Pazarda Telif Hakkı ve Bağlantılı Haklar." *Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna Uyumu Özel Hukuk - Acquis Communautaire'in Alınması - Açıklamalar, Değerlendirmeler, Öneriler* içinde, yazar Arslan Kaya, Baki İlkey Engin, Ali Paşlı, Şehriban İpek Aşıkoğlu ve Elif Oğuz Şenesen, 683-714. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınevi, 2020.
- Erdil, Engin. *Fikir ve Sanat eserleri Hukukunda İşlenme Eserler*. İstanbul: Beta, 2003.
- Gervais, Daniel J. "The Protection of Databases." *Chicago-Kent Law Review*, 2007.
- Güneş, İlhami. "Uygulamada Hususiyet İçeren Veri Tabanlarının Korunması ve Sui Generis Koruma." *Terazi Hukuk Dergisi*, 2018.
- Hirsch, Ernst E. *Hukuki Bakımdan Fikri Say*. İstanbul: İktisadi Yürüyüş Matbaası ve Neşriyat Yurdu, 1943.
- Huemer, Marie-Astrid. Briefing - Revision of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases. European Parliament, 2021.
- İktisadi Kalkınma Vakfı. *Açılan Müzakere Fasıllarında Ne Durumdayız?* İstanbul: Dünya Yayıncılık, 2016.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2013.
- Lavenue, Lionel M. "Database Rights and Technical Data Rights: the Expansion of Intellectual Property for the Protection of Databases." *Santa Clara Law Review*, 1997.

- Massadeh, Firas , Fayez Alnusair, Mahdi Massadeh Ali Abdel, ve Mahmoud Ismail . “The Legal Protection of Artificial Intelligence generated Work: The Argument for Sui Generis Over Copyright.” *Corporate Law & Governance Review*, 2024.
- Merdivan, Levent Yavuz/Türkay Alica/Fethi, Levent Yavuz, Türkay Alica, ve Fethi Merdivan. *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu Cilt I*. Ankara: Seçkin, 2014.
- Meys, Romain. “Data Mining Under the Directive on Copyright and Related Rights in the Digital Single Market: Are European Database Protection Rules Still Threatening the Development of Artificial Intelligence?” *GRUR International*, 2020: 457-473.
- Öztan, Fırat. *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2008.
- Sarı, Onur. “Yapay Zekânın Türk Fikri Mülkiyet Hukuku’na Göre Korunması.” *İzmir Barosu Dergisi*, 2020.
- Sganga, Caterina. “Database Protection.” *Encyclopedia of Law and Data Science* içinde, yazar G.Comandé, 98-104. Edward Elgar, 2023.
- Suluk, Cahit, Rauf Karası, ve Temel Nal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2023.
- Suluk, Cahit, ve Ali Orhan. *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku*. Denizli: Arıkan, 2005.
- Şener, Yavuz Selim. *Fikri Mülkiyet Hukukunda Dijital Veri Tabanlarının Korunması*. Ankara: Adalet Yayınevi , 2013.
- Yavuz, Levent, Türkay Alica, ve Fethi Merdivan. *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu Cilt I*. Ankara: Seçkin, 2014.
- Yılmaztekin, Hasan Kadir. *Yapay Zekanın Eser Sahipliği*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.

Filistin Halkının Kendi Kaderini Tayin Hakkını Kullanması Bağlamında Filistin'in Tanınması Sorunu*

Anvar Alisherovich KHASANOV**

(Çevirmen) Evra Gül OKAN***

Özet. Makalede, modern uluslararası hukukta Filistin'in tanınması sorunu incelenmektedir. Filistin'deki çatışma konusunda kabul edilen uluslararası belgeler ve Birleşmiş Milletler'in kararları analiz edilmektedir. Yazar, uluslararası belgelerin analizine dayanarak, Filistin'in devlet olmanın tüm kriterlerini karşıladığını, ancak İsrail işgalinin yaşanabilir bir Filistin devletinin kurulmasını engellediği sonucuna varmaktadır. Filistin sorununun çözümüne yönelik yapılan çeşitli çabalara rağmen, barış süreci bir çıkmaz içindedir. Bu durum, işgalci gücün yasal yükümlülüklerini ihlal ederek işgal altındaki bölgelerdeki fiili durumunu sağlamlaştırma politikasından ve uygulamasından kaynaklanmaktadır. Bugün Filistin, 138'den fazla devlet tarafından tanınmış olup, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kendi kaderini tayin hakkını kararlarla defalarca teyit etmiştir. Uluslararası barış ve güvenliğe tehdit oluşturan bu uzlaşmaz çatışmanın sona erdirilmesi için uluslararası toplumun çabalarını yoğunlaştırması büyük önem arz etmektedir.

* Bu makalenin orijinali “Актуальные проблемы российского права” (Rus Hukukunun Güncel Sorunları) isimli derginin 164 ila 173. sayfaları aralığında, Ekim 2023 tarihinde açık erişimli olarak yayınlanmıştır. Telif hakkı: ©Хасанов А. А., 2023. Bu çeviri için makalenin yazarı olan Anvar Alisherovich Khasanov'dan izin alınmıştır.

** Khasanov, Anvar Alisherovich, The Institute of Legislation and Comparative Law Under the Government of the Russian Federation - Araştırma enstitüsünde doktora adayı, Bol'shaya Cheremushkinskaya Ulitsa, 34, Moscow, Rusya, 117218 anv.khasanov@gmail.com

*** Çevirmen: İbn Haldun Üniversitesi, Haydar Aliyev Avrasya Çalışmaları Uygulama ve Araştırma Merkezi, Stajyer Araştırmacı; evragul.okan@stu.ihu.edu.tr; ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-5818-2524>.

Anahtar Kelimeler: Filistin'in tanınması; Kudüs'ün statüsü; kendi kaderini tayin hakkı; Filistin'deki çatışma; yeni devletlerin tanınması; Orta-doğu çatışmaları; uluslararası hukukun genel ilkeleri; devlet olma kriterleri; işgal altındaki topraklar; kısmen tanınan devletler.

Alıntı için: *Khasanov A. A. Filistin Halkının Kendi Kaderini Tayin Hakkını Kullanması Bağlamında Filistin'in Tanınması Sorunu // Rus Hukukunun Güncel Sorunları. – 2023. – C. 18. – No 11. – Sayfa 164–173. – DOI: 10.17803/1994-1471.2023.156.11.164-173.*

The Problem of Recognition of Palestine in the context of the Palestinian People's Realization of the Right to Self-Determination

Anvar A. Khasanov, Postgraduate Student, the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation
Bolshaya Cheremushkinskaya St., d. 34, Moscow, Russia, 117218
anv.khasanov@gmail.com

Abstract. The paper examines the problem of recognition of Palestine in modern international law. International documents and United Nations resolutions adopted on the issue of the conflict in Palestine are analyzed. The author, based on an analysis of international documents, concludes that Palestine meets all the criteria for statehood, but the Israeli occupation prevents the creation of a viable Palestinian state. Despite various efforts being made to reach a solution to the Palestinian issue, the peace process has reached a deadlock. This is facilitated by the policy and practice of the occupying power to consolidate the de facto position of the occupied territories in violation of its legal obligations. To date, Palestine is recognized by more than 138 states and the UN General Assembly has repeatedly confirmed the right to self-determination through resolutions. The efforts of the international community must be intensified to put an end to this irreconcilable conflict, which poses a threat to international peace and security.

Keywords: recognition of Palestine; status of Jerusalem; right to self-determination; conflict in Palestine; recognition of new states; Middle East conflict; international law principles; criteria for statehood; occupied territories; partially recognized states.

Cite as: Khasanov AA. The Problem of Recognition of Palestine in the context of the Palestinian People's Realization of the Right to Self-Determination. *Aktual'nye problemy rossijskogo prava*. 2023;18(11):164-173. (In Russ.). DOI: 10.17803/1994-1471.2023.156.11.164-173.

Filistin'deki çatışma, Birleşmiş Milletler tarafından 1947'den beri, yani neredeyse kuruluşunun ilk yıllarından itibaren hem uluslararası hem de insan hakları açısından ele alınmıştır. O tarihten bu yana Birleşmiş Milletler Genel Kurulu ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından düzinelerce karar kabul edilmiş olup, bunların çoğu bugüne dek uygulanmamıştır. Onlarca yıldır uluslararası toplum, Filistin halkının kendi kaderini tayin etme ve kendi bağımsız devletini kurma hakkını tanımaktadır.

Birleşmiş Milletler, yarım yüzyılı aşkın bir süredir bu bölgede barışı yeniden sağlamaya çalışmaktadır. BM Genel Kurulu, işgal altındaki Filistin toprakları, mülteciler, Kudüs'ün hukuki statüsü ve benzeri konular da dahil olmak üzere Filistin'deki çatışmalarla ilgili meseleleri her yıl ele almıştır. BM belgelerine bu bölgedeki gelişmelerin tüm tarihi yansıtılmıştır.¹

Filistin halkı, eski medeniyetin mirasçısı olarak, bağımsızlık mücadelesine yirminci yüzyılın başlarında başlamıştır. Osmanlı İmparatorluğu'nun çöküşünden sonra Milletler Cemiyeti, Filistin'i Birleşik Krallık'ın manda yönetimine vermiştir. Birleşik Krallık Hükümeti'nin, Filistin topraklarında bir 'Yahudi milli yurdu'² kurulmasına ilişkin çelişkili taahhütlerde bulunması sonucunda, daha sonrasında BM tarafından ele alınan bir çatışmaya sebep olmuştur.³

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, çeşitli seçeneklerin değerlendirilmesinden sonra, 29 Kasım 1947'de Kudüs için uluslararası statüye sahip bir Arap ve Yahudi devleti kurulmasını öngören 181 (II) sayılı kararı kabul etmiştir. Bu kararın öngördüğü bölünme planı barış getirmediği gibi, Orta Doğu'da şiddet bir savaş haline gelmiştir. İsrail bağımsızlığını ilan etti

1 Blischenko, V. I., Solntseva, M. M. Bölgesel Çatışmalar ve Uluslararası Hukuk (XX. yüzyılın ikinci yarısı- XXI. yüzyılın başları): ders kitabı. M.: Gorodets, 2005. S. 202.

2 Mak-Magon A.G. Mak-Magon-Hüseyin Yazışmaları 1915-1916 tarihlerinde ve Filistin Sorunu: Belgeler ve Materyaller (Önsöz). M.: Rospen, 2008. S. 5.

3 Filistin sorununun kökenleri ve tarihi, 1917-1988 tarihleri. BM Çalışması // URL: <https://www.un.org/unispal/ru/origins-and-evolution-of-the-palestine-problem/part-i-1917-1947/> (erişim tarihi: 15.03.2023).

ve sonraki savaşlar sonucunda Filistin'in, Genel Kurul'un bölünme kararıyla belirlenen topraklarından önemli ölçüde daha büyük bir bölümünü işgal etmiştir.⁴

Filistin sorunu, komşu Arap devletlerine yayılmıştır ve Orta Doğu'da çatışmaya dönüşmüştür. Arap-İsrail çatışması, uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden tehlikeli bir gerilim kaynağı olarak uluslararası toplumun dikkatini çekmektedir. Orta Doğu'daki çatışmayı sadece bölgesel bir nitelik taşıyan yerel bir çatışma olarak değil, uluslararası düzeyde bir sorun olarak değerlendirmek gerekmektedir. Ünlü uluslararası avukat I. P. Blishchenko'nun ifade ettiği gibi, bu sorun belirgin bir ölçekte uluslararası hukuk boyutuna sahiptir.⁵

8 Aralık 1970'te Genel Kurul, Filistin halkının kendi kaderini tayin hakkını tanımış ve bu devredilemez hakkın, Orta Doğu'da adil ve kalıcı bir barışın tesisi için vazgeçilmez bir unsur olduğunu belirtmiştir.⁶

BM, Filistin halkının kendi kaderini tayin etme, bağımsızlık, sömürgecilik ve yabancı egemenlikten kurtulma haklarını, olası tüm imkanlarla gerçekleştirebilmesini⁷ ve yasa dışı bir şekilde yerlerinden edilip sürgüne gönderildikleri evlerine ve mülklerine geri dönme haklarını defalarca doğrulamıştır.⁸

4 29.11.1947 tarihli A/RES/181 (II). Filistin'in Gelecekteki Hükümeti // URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/040/42/IMG/NR004042.pdf?OpenElement> (erişim tarihi: 15.03.2023).

5 *Blishchenko I. P., Kudryavtsev V. D.* İsrail saldırıganlığı ve uluslararası hukuk. M. : Uluslararası İlişkiler, 1970. S. 3.

6 Genel Kurul'un 08.12.1970 tarihli A/RES/2672 (XXV) sayılı Kararı. BM Orta Doğu'daki Filistinli Mülteciler için Yardım ve Çalışma Ajansı // URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/352/01/IMG/NR035201.pdf?OpenElement> (erişim tarihi 15.03.2023).

7 *Davydkov R. M.* Filistin sorunu: BM belgeleri, uluslararası örgütler ve konferanslar. M., 1984. S. 181; GK Kararı: 12/06/1971 tarihli A/RES/2787 (XXVI). Halkların kendi kaderini tayin hakkının evrensel olarak gerçekleştirilmesinin ve sömürge ülkeler ve halklara bağımsızlıklarının erken verilmesinin insan haklarının etkili bir şekilde garanti altına alınması ve gözetilmesi açısından önemi // URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/331/11/IMG/NR033111.pdf?OpenElement> (erişim tarihi: 03/15/2023).

8 GK Kararı: 22 Kasım 1974 tarihli A/RES/3236 (XXIX) Filistin Sorunu // URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/741/56/IMG/NR074156.pdf?OpenElement> (erişim tarihi 15.03.2023).

Filistin Kurtuluş Örgütü'ne (FKÖ - kısaltmasıyla anılacaktır), BM'nin düzenlediği uluslararası konferanslara katılmak için Genel Kurul tarafından gözlemci statüsü verilmiştir.⁹ Daha sonra bu statü BM'nin tüm organlarında geçerli hale gelmiştir.¹⁰ Genel Kurul daha sonra Filistin Devleti'nin ilanını tanımış ve 1967'den itibaren işgal edilmiş toprakların kurtarılması gerektiğini doğrulamıştır. Filistin'e ayrıca, Genel Kurul ve uluslararası konferanslara katılım konusunda ek haklar ve ayrıcalıklar verilmiştir.¹¹

29 Ağustos 1983'te Cenevre'de Filistin sorunuyla ilgili uluslararası bir konferans düzenlenmiştir. Konferansta, Filistin halkının kendi kaderini tayin etme ve kendi bağımsız devletini kurma hakkını kullanması, İsrail'in 1967'den beri işgal ettiği topraklardan, Kudüs de dahil olmak üzere, çekilmesi, yerleşmelerin kurulmasının sona erdirilmesi, Kudüs'ün statüsünü değiştirmeye yönelik yasal ve idari tedbirlerin geçersiz sayılması ve ayrıca bölgedeki tüm devletlerin güvenli ve uluslararası kabul görmüş sınırlar içerisinde var olmasına yönelik yönergeler kabul edilmiştir.¹²

13 Haziran 1980'de Avrupa Ekonomik Topluluğu'na üye dokuz ülkenin dışişleri bakanları, Venedik'te yayımladıkları bir bildiriye "Filistin halkının kendi kaderini tayin hakkını tam olarak kullanma hakkına sahip olması ve İsrail'in 1967 ihtilafından bu yana tuttuğu toprakların işgaline son vermesi gerektiği hatırlatılmıştır... AET ülkeleri, yerleşimlerin ve ayrıca demografik ve mülkiyet değişikliklerinin uluslararası hukuk açısından yasadışı olduğunu düşünmektedir."¹³

9 GK Kararı: 22.11.1974 tarihli A/RES/3237 (XXIX) Filistin Kurtuluş Örgütü için gözlemci statüsü // URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/741/57/IMG/NR074157.pdf?OpenElement> (erişim tarihi 15.03.2023).

10 Filistin Sorunu ve Birleşmiş Milletler. New York, 2008. S. 26. URL: <https://www.un.org/unispal/ru/2017/08/29/questionofpalestineandun/> (erişim tarihi 15.03.2023).

11 GK Kararı: 07.07.1998 tarihli A/RES/52/250. Filistin'in BM'ye Katılımı // URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N98/773/13/PDF/N9877313.pdf?OpenElement> (erişim tarihi 15.03.2023).

12 A/38/497 12.10.1983. Filistin Halkının Devredilemez Haklarının Kullanılması Komitesi Başkanının Genel Sekretere hitaben yazdığı 10.12.1983 tarihli mektup // URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/GL0/214/58/PDF/GL021458.pdf?OpenElement> (erişim tarihi 15.03.2023).

13 20.06.1980 tarihli A/35/299, S/14009. İtalya'nın BM Daimi Temsilcisi'nin Genel Sekreter'e hitaben yazdığı 16.06.1980 tarihli mektup // URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/GL0/121/71/PDF/GL012171>.

Afrika Birliği Örgütü Bakanlar Konseyi, 21-26 Haziran 1993 tarihleri arasında Kahire'de, "İsrail'in saldırganlığının kurbanları olan Filistin halkını ve Arap ülkelerini tam olarak desteklediğini" ve ayrıca "Filistin halkının, tek yasal temsilcisi olan FKÖ liderliğinde, işgal altındaki topraklarına dönme ve ayrılmaz ulusal haklarını gerçekleştirme amacındaki meşru mücadelesini desteklediğini" açıklamıştır.¹⁴

Tüm bu ulusal ve uluslararası düzeyde alınan kararlar, Filistin halkının kendi kaderini tayin etme hakkını tam olarak desteklemektedir.

Bugün uluslararası toplum, Orta Doğu çözümünün, 22 Kasım 1967 tarihli ve 242 sayılı, 22 Ekim 1973 tarihli ve 338 sayılı, 19 Kasım 2003¹⁵ tarihli ve 1515 sayılı kararlar da dahil olmak üzere ilgili tüm kararların uygulanmasına dayanması gerektiği yönünde bir yaklaşım geliştirmiş olup, bu çerçevede aşağıdaki temel ilkeleri benimsemiştir:

- "İsrail'in işgal altındaki Filistin topraklarından, Kudüs dahil olmak üzere, çekilmesi;

- Bölgedeki tüm devletlerin güvenli ve uluslararası kabul görmüş sınırlar içinde barış ve güvenlik önlemlerinin garanti altına alınması;

- Filistinli mülteciler sorununun 11.12.1948 tarih ve 194 sayılı Genel Kurul kararı uyarınca çözülmesi; 1967'den bu yana işgal edilen bölgelerdeki yerleşimlerin tasfiyesi;

- Kutsal mekanlara giriş özgürlüğünün garanti altına alınması;¹⁶

- Filistin halkının devredilemez haklarının, öncelikle kendi kaderini tayin ve bağımsız bir devlet kurma hakkının güvence altına alınması".¹⁷

[pdf?OpenElement](#) (erişim tarihi: 15.03.2023).

14 19.08.1993 tarihli A/48/322. Birleşmiş Milletler ve Afrika Birliği Örgütü arasında işbirliği // URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/458/72/IMG/N9345872.pdf?OpenElement> (erişim tarihi: 15.03.2023).

15 GK Kararı: 27.08.2009 tarihli S/RES/1884 (2009). Orta Doğu'daki durum // URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/496/62/PDF/N0949662.pdf?OpenElement> (erişim tarihi 15.03.2023).

16 GK Kararı: 22.03.1993 tarihli A/RES/47/64. Filistin Sorunu // URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/168/07/IMG/N9316807.pdf?OpenElement> (erişim tarihi: 15.03.2023).

17 GK Kararı: 30.11.2011 tarihli A/RES/66/17. Filistin konusunun barışçıl çözümü // URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/459/86/PDF/N1145986.pdf?OpenElement> (erişim tarihi 15.03.2023).

Rusya'nın Filistin-İsrail çatışmasına ilişkin tutumu şu şekildedir: Çatışmanın barışçıl çözümü için İsrail ve Filistin olmak üzere iki devletin uluslararası tanınmış sınırlar içinde bir arada yaşaması prensibine dayanmalıdır. Doğu Kudüs, gelecekteki Filistin devletinin başkenti olarak düşünülürken, Batı Kudüs ise İsrail Devleti'nin başkenti olarak kabul edilmelidir. Uluslararası hukuku ihlal eden İsrail'in işgali, insan hakları ihlalleri, arazi el koymaları, Filistin yapılarının yıkılması sona erdirilmelidir. Filistin-İsrail çözümü-ne ilişkin tanınmış arabulucular ise Rusya, ABD, AB ve BM'dir.

Filistin-İsrail çatışmasını çözmeye yönelik yapılan çeşitli çabalara rağmen, barış süreci bir çıkmaz içindedir. Bu durum, işgalci devletin "yol haritası"¹⁸ planı, BM kararları ve uluslararası hukuk ilkeleri kapsamındaki yasal yükümlülüklerini ihlal ederek işgal altındaki bölgelerdeki fiili durumunu sağlamlaştırma politikasından ve uygulamasından kaynaklanmaktadır.

23 Eylül 2011'de Filistin Devlet Başkanı Mahmud Abbas, BM'ye Filistin'in üyeliği için başvuruda bulunarak, ülkenin barışsever bir devlet olduğunu ve Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda yer alan yükümlülükleri kabul ettiğini açıkladı.¹⁹

Birleşmiş Milletler'in yeni üyeleri kabul etme sürecinde, Genel Kurul'un önceden belirlenmiş komiteleri tarafından aday ülkelerin BM Antlaşması'nın 4. maddesinde belirtilen belirli kriterlere uygunluğu değerlendirilir.

1933 tarihli Devletlerin Hak ve Görevlerine ilişkin Montevideo Sözleşmesi'ne göre, bir devlet uluslararası hukuka sahip bir kişi olarak kabul edilebilmesi için kalıcı bir nüfusa, belirli bir toprak bölgesine, bir hükümete ve diğer devletlerle ilişki kurma yeteneğine sahip olmalıdır.

İlk iki kriterle ilgili olarak, Filistin bu kriterleri karşılamaktadır. Net olarak belirlenmiş sınırların olmaması, bir devletin kurulmasına engel teşkil etmemektedir. Gazze Şeridi'nde HAMAS'ın fiilen iktidar organı olması, Filistin topraklarının kontrolü konusunda soruları ortaya çıkarmaktadır.

18 19.11.2003 tarihli S/RES/1515. Filistin sorunu dahil Ortadoğu'daki durum // URL: <http://www.un.org/russian/documen/scresol/res2003/res1515.htm> (erişim tarihi 15.03.2023).

19 23.09.2011 tarihli A/66/371 S/2011/592. Filistin'in BM üyeliği başvurusu / URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/512/60/PDF/N1151260.pdf?OpenElement> (erişim tarihi 15.03.2023).

Filistin hükümeti, işgal altında olduğu için topraklarının tam kontrolünü sağlayamamaktadır. Ancak işgal, egemenliğin yabancı bir devlete devredilmesi anlamına da gelmemektedir.

Filistin aynı zamanda bir hükümete sahip olma ve diğer devletlerle ilişki kurma kriterlerini de karşılamaktadır. Dünya Bankası, Uluslararası Para Fonu ve Filistinlilere Uluslararası Yardım Koordinasyonu Özel Komitesi raporlarına göre, Filistin Hükümeti'nin fonksiyonları bir devletin işleyişi için yeterli görülmüştür.²⁰

Filistin, Bağlantısızlar Hareketi, İslam İşbirliği Teşkilatı ve Batı Asya Ekonomik ve Sosyal Komisyon üyesidir. 31 Ekim 2011'de UNESCO Genel Konferansı, Filistin'i örgütün bir üyesi olarak tanıma yönünde oy kullanmıştır ve bu, Filistin'in uluslararası tanınma çabalarında önemli bir dönüm noktası olmuştur. Ayrıca 2015 yılında, Filistin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin üyesi olmuştur. Eylül 2018'de, Filistin 2019 için "77 Grubu"nun başkanlığına seçilmiştir. Bu kapsamda, Filistin, açıklamalar yapma, öneriler sunma ve düzeltmeler yapma yetkisine sahiptir.

BM Antlaşması'nda yer alan yükümlülükleri yerine getirme istekliliği ve bu yükümlülükleri yerine getirme taahhüdü kriterleri, ayrıca aday devletin "barışsever" bir devlet olup olmadığını değerlendiren kriterler göz önünde bulundurulduğunda Filistin'in bu kriterlere uygun olduğu saptanmıştır. İsrail'in Birleşmiş Milletlere katıldığı zaman, İsrail'in BM Antlaşması'na olan taahhütlerini yerine getireceği konusunda söz vermesi, İsrail'in tanınması için yeterli temel olmuştur. Filistin, çatışmanın adil bir çözümünü sağlama konusundaki bağlılığı nedeniyle barışseverdir.²¹

Devlet olmanın temel özelliklerini incelediğimizde, Filistin'in bir devletin tüm niteliklerine sahip olduğu sonucuna varabiliriz. Filistin, devletin temelini oluşturan hükümeti, parlamentosu, güvenlik güçleri ve yargı sistemini oluşturmuştur.

20 A/67/364-S/2012/701. Genel Sekreter Raporu "Filistin sorununun barışçıl çözümü" //URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/S07/26/pdf/N12S0726.pdf?OpenElement> (erişim tarihi 15.03.2023).

21 11.11.2011 tarihli S/2011/705. Filistin'in BM üyeliği başvurusuna ilişkin Yeni Üyelerin Kabulü Komitesi Raporu // URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/S85/S7/PDF/N11S85S7.pdf?OpenElement?OpenElement> (erişim tarihi: 15.03.2023).

20 Nisan 2014 tarihinde Filistin, bir dizi uluslararası anlaşmaya katılma belgelerini BM Genel Sekreteri'ne göndermiştir. Bunlar arasında yedi temel insan hakları sözleşmesi ve bir isteğe bağlı protokol yer almaktadır: Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi, Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme, Çocuk Hakları Sözleşmesi, Çocuk Haklarına İlişkin İhtiyari Protokol, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin Çocukların Silahlı Çatışmalara Dâhil Olmasına Dair İhtiyari Protokolü, ve diğerleri. Bu durum aynı zamanda, Filistin'in uluslararası faaliyetlerinde bağımsız bir devlete özgü olan hakları giderek daha fazla uyguladığını göstermektedir.

26 Kasım 2012'de Genel Kurul, Filistin'e BM'de gözlemci devlet statüsü verilmesine karar vermiştir.

Bu şekilde, 138'den fazla ülke Filistin'i tanımıştır, ancak bugüne kadar Filistin'in bağımsız bir devlet olma statüsüne ilişkin nihai çözüm sorunu çözülmemiştir ve Filistin halkının kendi kaderini tayin hakkı uygulanmamıştır.

Ulusların kendi kaderini tayin etme hakkıyla ilgili uluslararası yasal belgeler, hiçbir ulusun kendini bağımsız devlet olarak tanınmasını kendi kaderini tayin hakkı ile açık ve kesin bir şekilde ilişkilendirmediği halde, Filistinli Arap halkının kendi kaderini tayin hakkını ve bağımsız bir Filistin devletinin kurulma hakkını, Genel Kurul'un 26 Kasım 2012 tarihli 67/19 sayılı "Birleşmiş Milletler' de Filistin'in Statüsü" kararında daha önce kabul edilen kararlara atıfta bulunarak Filistin halkının kendi kaderini tayin etme hakkını, kendi bağımsız Filistin devletini kurma hakkını tasdik etmiştir. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Kararı 1514 olarak da bilinen Sömürge Ülkelerine ve Halklarına Bağımsızlık Verilmesine İlişkin Bildirge' sinde, ulusların yabancı boyunduruğa boyun eğmesinin ve egemenliğe tabi tutulmasının ve sömürülmesinin temel insan haklarını olumsuz etkilediğini, BM Antlaşması'yla çeliştiğini ve dünya çapında işbirliği ve barışın tesisini engellediği belirtilmektedir.

Bir yandan BM'nin Filistin'i fiilen tanıdığı, diğer yandan ise ABD, İngiltere, Kanada, çoğu AB ülkesi ve Japonya gibi uluslararası arenada önemli siyasi aktörler olan 50'den fazla devletin Filistin'i tanımaması durumu devam etmektedir. Paradoksal bir durum ortaya çıkmıştır: bir yandan Filistin'i tanıyan devlet sayısı, BM Genel Kurulu'nda çoğunluk oyu alarak örgüte üye olarak kabul edilebilecek kadar yeterli; diğer yandan, Güvenlik Konseyi'nin birkaç daimî üyesi, özellikle de ABD, Filistin'i uluslararası hukukun bir öznesi olarak tanımamaktadır. Bu, uluslararası ilişkilerin mevcut gelişme düzeyinde yeni bir devletin tam yasal olarak tanınmasının, BM üyeliği ile gerçekleştiğini göstermektedir. Bu nedenle, Filistin bağımsız bir devlet olarak kurulmuştur- uluslararası hukukun tam yetkili bir öznesidir. Ancak BM'ye tam üyelik sürecinin tamamlanmamış olması, daimî Güvenlik Konseyi üyelerinden tanınmasını artırma gerekliliğini devam ettirmektedir. Filistin'in uluslararası hukuki statüsünü güçlendirmek için, tanınmanın reddine yönelik hükümetlerin tutumunu değiştirmeyi hedefleyen çeşitli siyasi önlemler kullanılmalıdır. Sivil toplum kuruluşlarının kamuoyu üzerinde etki yaratma yeteneğini kullanmak önemli bir kaynak olabilmektedir.

2014'ün sonlarında Avrupa Dış İlişkiler Konseyi, Avrupa Parlamentosu'na Filistin devletinin tanınması çağrısında bulunmuştur. Avrupa Birliği ülkelerinin önde gelen sivil toplum liderleri, Avrupa Parlamentosu'nun Filistin devletini tanınması için beş neden belirlemiştir. Bu nedenler yasal bir nitelik taşımamakla birlikte, mevcut durumun anormal olduğunu giderek daha fazla işaret etmektedir. Tanıma, sembolik olmanın ötesinde, güvenlik durumunun iyileştirilmesine yardımcı olabilecek bir dizi pratik avantaj sağlamaktadır. Avrupa Parlamentosu'nun Filistin devletini tanınması için belirtilen beş neden şunlardır: 1) AB'nin çatışmayı çözme pozisyonu, İsrail ve Filistin'in iki devlet olarak bir arada yaşaması çözümüne dayanmaktadır; 2) AB, Filistin devletinin oluşturulmasını desteklemek için yaklaşık 2,5 milyar Euro yatırım yapmıştır; 3) Filistin'in tanınması, müzakerelerin yeniden başlatılması için bir teşvik olmaktadır ve AB'nin politikalarını işgali reddeden ilkelere ve normlara uyacak şekilde yeniden yapılandırma yükümlülüğünü beraberinde getirmektedir; 4) Filistin'in tanınması, işgale karşı bir eylem olarak görülmektedir, İsrail'e karşı değil; çünkü İsrail'in güvenlik ve varlık perspektifleri, uluslararası olarak tanınmış sınırlar içinde yanındaki Filistin devletinin varlığına bağlı bulunmaktadır;

5) Filistinlilerin kendi bağımsız devletlerini kurma isteklerini desteklemek, çatışmayı hafifletici bir etki yaratmaktadır ve diplomasinin önemini teyit etmektedir. Tanıma, Filistinlilerin silahlı direnişi yerine politik bir alternatif olarak görülmektedir.²²

Filistin'in bağımsızlığının tanınmasını genişletmek için uzun vadeli bir strateji belirlemek önemlidir. Bu strateji, değişen siyasi, ekonomik ve diplomatik koşulları göz önünde bulundurmalıdır. Bu şekilde Filistin, değişim uyum sağlayabilir ve tanınma fırsatlarından en iyi şekilde yararlanabilir. Kamu desteği ve iç ve dış birlikler, Filistin'in bağımsızlık mücadelesini küresel bir platforma taşıyabilir. Uluslararası kuruluşlarla iş birliği yapmak, uluslararası mahkemelere başvurmak ve yabancı devletlerle yakın çalışma grupları oluşturmak, Filistin'in haklarını savunabilir ve uluslararası arena da konumunu güçlendirebilir. İsrail'in meydana gelen diplomatik krizi, barış görüşmelerinde kullanarak aynı anda Filistin topraklarını ilhak etme politikası, Filistin'in ulusal egemenliğinin reddedilmesine yol açmaktadır. Bu durum, Filistinlilerin ayrımcılığa ve istikrarsızlığa maruz kalmasına neden olurken, işgal altındaki bölgelerde hukuk sisteminin ikili bir yapıya dönüşmesine yol açmaktadır. Filistinlilere İsrail vatandaşlarıyla eşit haklar ve uluslararası insani hukuk koruması sağlanmamaktadır. İsrail, hukuki olarak sistematik bir ayrımcılık rejimi başlatmıştır. Batı Şeria'nın bazı bölgelerinde Filistinliler ve Yahudiler yan yana yaşamakta, ancak yasalar onlara çok farklı haklar tanımaktadır. İsrail'in eylemleri, Filistinlilerin kendi kaderlerini tayin etme haklarını gerçekleştirme çabalarını baltalamaktadır. Sonuç olarak, işgal altındaki bölgelerde, ancak işgalin sona erdirilmesiyle çözülebilecek sistematik bir ırk ayrımcılığı modeli devam etmektedir. Gazze Şeridi'ni işgal altındaki diğer Filistin topraklarından izole etme girişimleri, yaşanabilir, bitişik bir Filistin Devleti'nin kurulmasını engellemekte ve Filistin yönetimini yeniden yapılandırma ihtiyacını ortaya çıkarmaktadır. Uluslararası toplum ve Filistin-İsrail çatışmasının ana aktörleri, işgalin sona erdirilmesi ve Filistin topraklarının tam kontrolünün yeniden sağlanması için birlikte çalışmalıdır. İsrail'in uluslararası hukukta sorumlu tutularak, yasadışı toprak gaspının ve ırk ayrımcılığının önlenmesi için çabalar yoğunlaştırılmalıdır.

22 Five Reasons to Recognise a Palestinian State / // URL: https://ecfr.eu/article/commentary_five_reasons_to_recognise_a_palestinian_state360/ (erişim tarihi: 15.03.2023).

İsrail'in yasadışı yerleşim faaliyetleri, uluslararası toplum tarafından tanınmamalıdır. Uluslararası arabulucular dördlüsü, İsrail'in taahhütlerini yerine getirmesine, özellikle işgalci bir devlet olarak Dördüncü Cenevre Sözleşmesi ve diğer ilgili uluslararası hukuk normlarına uygun olarak, destek sağlamaya devam etmelidir. Anlamlı bir diplomatik sürecin eksikliği, iki devletin çözümünü gerçekleştirme olasılığını azaltmakta ve her iki tarafta da şiddetin artmasına yol açabilmektedir.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi ve Uluslararası Adalet Divanı gibi BM'nin ana organları ve Uluslararası kuruluşlar, Filistin-İsrail çatışmasına ilişkin uluslararası hukuk çerçevesinde birçok kez açıklamalarda bulunmuştur. AB kurumları ayrıca işgal altındaki Filistin topraklarına uluslararası insani hukukun ve insan hakları hukukunun uygulanabilir olduğunu açıklamıştır. Filistinliler, haklarını savunmak ve İsrail'in yasadışı eylemlerinden sorumlu tutulmasını sağlamak için Uluslararası Ceza Mahkemesi gibi uluslararası hesap verebilirlik mekanizmalarına başvurmuştur. Ancak, bazı ülkeler bu süreçleri görmezden gelmiştir ve hatta bazı durumlarda aktif olarak engellemiştir (örneğin ABD ve İngiltere). Uluslararası toplumun sessizliği ve İsrail'e karşı bir hesap verme mekanizmasının olmaması, barış sürecini tehlikeye atmaktadır ve Filistin topraklarının işgal edilmesine zemin hazırlamaktadır. Uluslararası normların ihlali ve uluslararası kuruluşların İsrail'e yaptırım uygulamaması, bu kurumlara olan güveni zedeleyecektir ve bölgedeki nüfusu radikalleştirecektir. Filistin'in tanınması sorunu ayrıca, Filistin'deki iki ana grup olan Fetih ve Hamas arasındaki anlaşmazlıklarla da ilişkilidir. Bazı ülkeler, siyasi farklılıklar nedeniyle Filistin'i tanımak istememektedirler. Bu nedenle, Filistin hareketinin birleşik bir platformda bir araya gelmesi ve çıkarlarını temsil etmesi gerekmektedir.

Filistin'in işgalinin sona erdirilmesi konusunda gerçekçi bir perspektifin olmaması, Filistinlilerin stratejik vizyonunu büyük ölçüde diplomatik destek üzerine odaklanmaya yönlendirmiştir. Ancak, Filistin'in diplomatik yolla bağımsızlık elde edemeyeceği inancı, alternatif işgalden kurtulma stratejilerine yönelik halk desteğinin artmasına yol açacaktır. Boykot, «Boykot, Tecrit ve Yaptırımlar» (BDS) hareketi, bu eğilimin bariz bir örneğidir.²³

23 Boykot, yabancılaşma, yaptırımlar (BDS - Boykot, Tecrit ve Yaptırımlar) özgürlük, adalet ve eşitlik için Filistinli bir harektir. Şu anda BDS, dünya çapında sendikaları,

Diğer bir seçenek ise, bölgedeki şiddet ve silahlı direnişin yeniden yükselmesine yönelik destek artışı olabilir.

BM Güvenlik Konseyi üyeleri Aralık 2016'da 2334 sayılı kararı desteklemiştir.²⁴ Bu kararda, tüm devletlerin İsrail Devleti'nin toprakları ile 1967'den beri işgal altındaki topraklar arasında ilişkilerinde ayırım yapılması çağrısında bulunulmuştur. Bu bağlamda, tüm devletler İsrail'le ikili ilişkilerinde yerleşim faaliyetlerini tanımayarak farklı bir yaklaşım benimsemelidir.

Uluslararası Adalet Divanı'nın işgal altındaki Filistin topraklarında inşa edilen duvarın hukuki sonuçlarına ilişkin kararında belirttiği gibi, İsrail'in ihlal ettiği yükümlülükler arasında erga omnes²⁵ (herkese doğru) yükümlülükler de bulunmaktadır. Bu tür yükümlülükler, hukuki nitelikleri ve önemleri nedeniyle tüm devletleri etkilemektedir. Özellikle, işgal altındaki Filistin topraklarında yasadışı durumun tanınmaması, yardım veya destekten kaçınılması ve Filistin halkının kendi kaderini tayin etme hakkının gerçekleşmesine engel olan herhangi bir engelin ortadan kaldırılması yükümlülüklerini içermektedir.

Güvenlik Konseyi'nin uluslararası barış ve güvenliği koruma konusunda ana sorumluluğuyla devletlere önlemlere uyma konusunda özel görevler yükleyebilmesine karşın, siyasi nedenlerle daimî üyelerin bu tür önlemleri kabul etmesi pek muhtemel değildir. Ayrıca, İsrail'in eylemleri uluslararası barış ve güvenliğe tehdit oluşturduğunda, İsrail'e yaptırım uygulama olasılığı da düşüktür. Bununla birlikte, Genel Kurul, BM Antlaşması'nın 14. maddesi uyarınca çeşitli durumlarda 'barışçıl çözümler' önerebilir.

Eğer Güvenlik Konseyi, daimî üyeler arasında ortaya çıkabilecek anlaşmazlıklar sonucunda uluslararası barış ve güvenliğin korunması şeklindeki temel işlevini yerine getiremezse, Genel Kurul, BM üyelerine kolektif önlemler alma konusunda tavsiyelerde bulunma hakkına sahiptir. Örneğin,

akademik birlikleri ve kitle hareketlerini bir araya getiren aktif bir küresel harekettir.
URL: <https://bdsmovement.net/>.

24 GK Kararı S/RES/2334 (2016) // URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/463/93/PDF/N1646393.pdf?OpenElement> (erişim tarihi 15.03.2023).

25 A/ES-10/273. Uluslararası Adalet Divanı'nın, işgal altındaki Filistin topraklarında duvar inşasının hukuki sonuçları hakkında verdiği karar // URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/consultative-opinions/advisory-opinions-2004-ru.pdf> (erişim tarihi: 15.03.2023)

İsrail'in işgal altındaki Filistin topraklarında bulunmasının hukuki meşruiyetini ve diğer devletler üzerindeki hukuki etkilerini daha fazla açıklığa kavuşturmak için Uluslararası Adalet Divanı'ndan görüş talep edilebilir; benzer şekilde, 21 Haziran 1971 tarihli Güney Afrika'nın Namibya ile ilgili olduğu gibi.

Sonuç olarak, küresel topluluğun öncelikli görevi, Filistin işgalinin sona erdirilmesi için İsrail'in uluslararası hukuka ve BM kararlarına uygun hareket etmesini sağlamaktır. İsrail'in Filistin devletinin kurulmasını reddetmesi, Genel Kurul'un Filistin hakkındaki 181 sayılı kararını ihlal etmektedir; zira bu karar, İsrail'e devlet olma hakkını veren tek uluslararası belgedir. Bu karar, İsrail'in BM'ye üyelik şartıdır ve başlangıçtan itibaren bu şart ihlal edilmektedir. Filistin Devleti, BM Güvenlik Konseyi'nden işgalin derhal sona erdirilmesini ve Filistin sorunu ile ilgili tüm ilgili kararların uygulanmasını talep etme hakkına sahiptir. Ancak, İsrail BM kararlarını ve uluslararası hukukun genel kabul görmüş ilkelerini defalarca ihlal etmektedir ve bu nedenle onu sorumlu tutmak için bir mekanizmanın oluşturulması gerekmektedir. Başkenti Kudüs olan bağımsız, coğrafi olarak bütünleşmiş bir Filistin devletinin kabul edilmesi, Orta Doğu'da barışı sağlamak için gereken unsurlardan biridir.

Kaynakça

1. *Blishchenko, V. I., Solntseva, M. M.* Bölgesel Çatışmalar ve Uluslararası Hukuk (XX. yüzyılın ikinci yarısı- XXI. yüzyılın başları): ders kitabı. M.: Gorodets, 2005. - 496 s.
2. *Blishchenko I. P., Kudryavtsev V. D.* İsrail saldırganlığı ve uluslararası hukuk. - M.: Uluslararası İlişkiler, 1970. - 80 s.
3. Filistin Sorunu ve Birleşmiş Milletler. - New York, 2008. - 130 s. URL: <https://www.un.org/unispal/ru/2017/08/29/questionofpalestineandun/> (erişim tarihi: 15.07.2023).
4. *Davydkov R. M.* Filistin sorunu: BM belgeleri, uluslararası örgütler ve konferanslar. - M., 1984. - 240 s.
5. Filistin sorununun kökenleri ve tarihi, 1917-1988 tarihleri. BM Çalışması // URL: <https://www.un.org/unispal/ru/origins-and-evolution-of-the-palestine-problem/> (erişim tarihi: 30.07.2023).
6. *Mak-Magon A.G.* Mak-Magon-Hüseyn Yazışmaları 1915-1916 tarihlerinde ve Filistin Sorunu: Belgeler ve Materyaller (Önsöz). - M.: Rospen, 2008.
7. Kudüs'ün Durumu. BM. - New York, 1997.- 49 s. - URL: <https://www.un.org/unispal/ru/2017/08/25/the-status-of-jerusalem/> (erişim tarihi: 15.03.2023).

Materyal 27 Ağustos 2023 tarihinde Editör tarafından teslim alınmıştır.

Kaynakça (Transliterasyon)

1. Blishchenko V. I., Solntseva M. M. Regionalnye konflikty i mezhdunarodnoe pravo (vtoraya polovina XX — nachalo XXI veka): ucheb. posobie. — M.: Gorodets, 2005. — 496 s.
2. Blishchenko I. P., Kudryavtsev V. D. Agressiya Izrailiya i mezhdunarodnoe pravo. — M.: Mezhdunarodnye otnosheniya, 1970. — 80 s.
3. Vopros o Palestine i Organizatsiya Obedinennykh Natsiy. — Nyu-York, 2008. — 130 s. — URL: <https://www.un.org/unispal/ru/2017/08/29/questionofpalestineandun/> (data obrashcheniya: 15.07.2023).
4. Davydkov R. M. Palestinskaya problema: dokumenty OON, mezhdunarodnykh organizatsiy i konferentsiy. — M., 1984. — 240 s.
5. Istoki i istoriya problemy Palestiny, 1917–1988 gody. Issledovanie OON // URL: <https://www.un.org/unispal/ru/origins-and-evolution-of-the-palestine-problem/> (data obrashcheniya: 30.07.2023).
6. Mak-Magon A. G. Perepiska Mak-Magona — Khuseyna 1915–1916 gg. i vopros o Palestine: dokumenty i materialy (Predislovie). — M.: Rospen, 2008.
7. Status Ierusalima. OON. — Nyu-York, 1997. — 49 s. — URL: <https://www.un.org/unispal/ru/2017/08/25/the-status-of-jerusalem/> the-status-of-jerusalem/ (data obrashcheniya: 15.03.2023).



