



# The Boğaziçi Law Review

Volume II | No. 1 | Year 2024



# The Boğaziçi Law Review

Biannual Peer-Reviewed Academic Journal | Yılda İki Kez Yayınlanan Akademik Dergi

Volume II No. 1 Year 2024 | Cilt II Sayı 1 Yıl 2024

ISSN: 3023-4611

## Journal Boards | Dergi Kurulları

### Advisory Board | Danışma Kurulu

**Prof. Satvinder Juss** - King's College London

**Prof. Deryck Beyleveld** - Durham University

**Prof. Cevdet Yavuz** - Istanbul Medipol University

**Prof. Zekeriya Kurşat** - Istanbul University

**Prof. Mehmet Akif Aydın** - Istanbul Medipol University

**Prof. Sezer Çabri** - Istanbul Medeniyet University

**Prof. Bülent Kent** - Social Sciences University of Ankara

**Prof. Melikşah Yasin** - Istanbul University

**Assoc. Prof. Eda Şahin Şengül** - Boğaziçi University

**Dr. Vincenzo Bavoso** - The University of Manchester

### Proprietor | İmtiyaz Sahibi

**Prof. Dr. Mehmet Naci İnci**

### Editorial Board | Yayın Kurulu

**Assoc. Prof. Ali Emrah Bozbayındır** (Editor-in-chief)

**Dr. Serkan Kaya** (Editor)

**Dr. Hasan Basri Bülbül** (Editor)

**Assoc. Prof. Eda Şahin Şengül** (Language editor)

**Cansu Türkmen** (Editorial assistant)

**Sina Onur Andaç** (Editorial assistant)

### Contact Info | İletişim Bilgisi

Boğaziçi Üniversitesi Hukuk Fakültesi 34342 Bebek, İstanbul, Türkiye

+90 212 359 4770

bogazicilawreview.bogazici.edu.tr

blr@bogazici.edu.tr

# CONTENT | İçindekiler

## ARTICLES | Makaleler

### Research Article | Araştırma Makalesi

#### **Legal Challenges and Opportunities in Regulating Free and Open Source Software within the European Union**

*Avrupa Birliği'nde Özgür ve Açık Kaynak Kodlu Yazılımların Düzenlenmesindeki Yasal Zorluklar ve Fırsatlar*

Muhammed Furkan Akıncı ..... 1

### Research Article | Araştırma Makalesi

#### **Fikri Hakların Haksız Rekabet Hükümlerinde Korunması**

*Protection of Intellectual Rights through Unfair Competition*

Muhammet Emirhan Havan ..... 21

### Research Article | Araştırma Makalesi

#### **Mapping China's Online Consumer Dispute Resolution System**

*Çin'in Çevrimiçi Tüketici Uyuşmazlık Çözüm Sistemini Haritalandırmak*

Yi Lu ..... 48

### Research Article | Araştırma Makalesi

#### **Yasama Bağışıklıkları ve İnsan Haklarının Dengelenmesi: AIHM İçtihadına İlişkin Bir Değerlendirme**

*Balancing Parliamentary Immunities and Human Rights: An Evaluation of ECHR Jurisprudence*

Harun Muratoğulları ..... 64

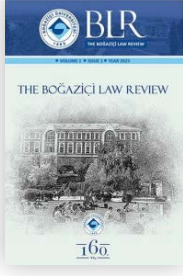
## Translation | Çeviri

### Translation | Çeviri

#### **Bilgisayarlara Yetkisiz veya Erişim Yetkisini Aşarak Girme Suçu Hakkında Bir Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi Kararı: Van Buren/Birleşik Devletler**

*A Decision of Supreme Court of the United States of America on the Crime of Accessing a Computer without Authorization or Exceeding Authorized Access*

Burak Taş ..... 93



# The Boğaziçi Law Review

ISSN: 3023-4611

Journal homepage: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr>

## Legal Challenges and Opportunities in Regulating Free and Open Source Software Within the European Union

*Avrupa Birliği'nde Özgür ve Açık Kaynak Kodlu Yazılımların Düzenlenmesinde Yasal Zorluklar ve Fırsatlar*

Muhammed Furkan Akıncı

**To cite this article:** Muhammed Furkan Akıncı, 'Legal Challenges and Opportunities in Regulating Free and Open Source Software within the European Union' (2024) 2(1) The Boğaziçi Law Review 1.

**Submission Date:** 10 April 2024

**Acceptance Date:** 24 August 2024

**Article Type:** Research Article



© 2024 Muhammed Furkan Akıncı. Published with license by Boğaziçi University Publishing



Published online: September 2024



Submit your article to this journal [↗](https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr)

Full Terms & Conditions of access and use can be found at  
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr>

# LEGAL CHALLENGES AND OPPORTUNITIES IN REGULATING FREE AND OPEN SOURCE SOFTWARE WITHIN THE EUROPEAN UNION

## AVRUPA BİRLİĞİ'NDE ÖZGÜR VE AÇIK KAYNAK KODLU YAZILIMLARIN DÜZENLENMESİNDE YASAL ZORLUKLAR VE FIRSATLAR

Muhammed Furkan Akıncı 

Dr., Assistant Professor, Boğaziçi University Faculty of Law, Department of IT Law.

### ABSTRACT

This paper investigates the intricate link that exists between Free and Open Source Software (FOSS) and the legal and regulatory framework that exists inside the European Union. The study illustrates the problems and possibilities given by this dynamic area by charting the growth of FOSS from its ideological roots to its current standing as a significant economic and technical force. The paper examines the policy steps taken by the European Union to encourage the use of FOSS in public administration, as well as the influence that new technologies, such as artificial intelligence, have had on the ecology of FOSS. In addition, it digs into the legal complications that surround FOSS, including concerns about licensing and the enforcement of copyright. In its conclusion, the paper provides policy proposals with the goal of fostering a sustainable and thriving FOSS ecosystem inside the European Union while maintaining a balance between the need for innovation and regulatory control.

**Keywords:** Free and Open Source Software, FOSS, European Union, eGovernment, Public Administration, Open Source Software Adoption, Cyber Resilience Act, Artificial Intelligence Act, Copyright.

### ÖZET

Bu kapsamlı çalışma, Özgür ve Açık Kaynak Kodlu Yazılımın (AKKY) ile Avrupa Birliği içinde var olan yasal ve düzenleyici çerçeve arasında var olan karmaşık bağlantıyı araştırmaktadır. Çalışma, AKKY'nin ideolojik köklerinden önemli bir ekonomik ve teknik güç olarak mevcut konumuna kadar büyümesinin haritasını çıkararak bu dinamik alanın sunduğu sorunları ve olasılıkları göstermektedir. Çalışma, Avrupa Birliği'nin kamu yönetiminde AKKY kullanımını teşvik etmek için attığı politika adımlarının yanı sıra yapay zekâ gibi yeni teknolojilerin AKKY ekolojisi üzerindeki etkisini incelemektedir. Buna ek olarak, lisanslama ve telif hakkının uygulanması ile ilgili endişeler de dahil olmak üzere AKKY'yi çevreleyen yasal komplikasyonları araştırmaktadır. Sonuç bölümünde ise, Avrupa Birliği içinde sürdürülebilir ve gelişen bir AKKY ekosistemini teşvik etmek ve aynı zamanda inovasyon ihtiyacı ile düzenleyici kontrol arasında bir denge sağlamak amacıyla politika önerileri sunulmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Açık Kaynak Kodlu Yazılım, Avrupa Birliği, eDevlet Girişimleri, İdari Otoritelerde Açık Kaynak Kod Kullanımı, Siber Direnç Yasası, Yapay Zekâ Yasası, Telif Hakkı.

## 1. INTRODUCTION

The incorporation of Free and Open Source Software (FOSS) into the digital and administrative systems of the European Union has resulted in significant economic and technical changes. According to research commissioned by the European Commission, FOSS makes a substantial contribution to the economy of the European Union. Estimates suggest that FOSS contributes between €65 and €95 billion to the EU economy each year.<sup>1</sup> Only in 2018, firms made an investment of almost €1 billion in FOSS initiatives, highlighting the significant economic opportunities associated with this paradigm. A modest 10% augmentation in donations to FOSS projects might potentially lead to an extra 0.4-0.6% expansion in gross domestic product for the European Union, demonstrating the economic advantage provided by FOSS.<sup>2</sup>

The origins of FOSS may be traced back to Richard Stallman's release of the GNU Manifesto in 1983 and the subsequent creation of the GNU General Public License (GPL).<sup>3</sup> Stallman's endeavors reached their peak with the establishment of the Free Software Foundation (FSF), which has played a crucial role in promoting the principles of software freedom and transparency.<sup>4</sup> The development of the Linux kernel by Linus Torvalds in 1991 greatly advanced the FOSS movement, leading to the creation of GNU/Linux, a significant achievement in the world of free and open-source software.<sup>5</sup> The development model of FOSS, which involves collaborative contributions from a wide group of developers, has created an atmosphere that promotes creativity and efficiency. The Open Source Initiative (OSI) and the FSF have defined the specific characteristics that define open-source and free software, respectively. These principles emphasize the significance of transparency, cooperative development, and the free distribution of software.<sup>6</sup>

The European Union's goal of a digital single market has prompted a radical overhaul of public administration. While the switch to electronic platforms has reduced costs, it has also shown the limitations of proprietary software in promoting interoperability and collaboration across government organizations. In response, the EU has deliberately used FOSS products to solve these obstacles and improve public service delivery. The EU's goal in embracing FOSS is to build a public sector that is more efficient, transparent, and focused on citizens. However, FOSS' quick expansion and increasing incorporation

---

<sup>1</sup> European Commission. Directorate General for Communications Networks, Content and Technology., *The Impact of Open Source Software and Hardware on Technological Independence, Competitiveness and Innovation in the EU Economy: Final Study Report*. (Publications Office 2021) 15 <<https://data.europa.eu/doi/10.2759/430161>> accessed 4 June 2024.

<sup>2</sup> *ibid.*

<sup>3</sup> 'The GNU Manifesto - GNU Project - Free Software Foundation' <<https://www.gnu.org/gnu/manifesto.html>> accessed 4 June 2024.

<sup>4</sup> Richard Stallman, *Free Software, Free Society: Selected Essays of Richard M. Stallman* (GNU Press 2006) 35; Ian Walden, 'Open Source as Philosophy, Methodology, and Commerce: Using Law with Attitude' in Amanda Brock (ed), *Open Source Law, Policy and Practice* (Oxford University Press 2022) 8

<sup>5</sup> JG MacKinnon, 'Review of The Linux Operating System: Debian GNU/Linux' (1999) 14 *Journal of Applied Econometrics* 443 1.

<sup>6</sup> Walden (n 4) 8-12.

with essential infrastructure have resulted in complicated legal and regulatory hurdles. The rise of AI and cybersecurity issues has exacerbated the need for a comprehensive and flexible legal framework. The EU's involvement in navigating this complicated terrain is critical to determining the future of FOSS and its influence on society. The relationship between FOSS and the legal environment is especially visible in the area of copyright and licensing. While FOSS has proved its worth in generating innovation and public benefit, its open-source nature has created new issues for established intellectual property regimes. As FOSS grows in significance, establishing a clear and enforceable legislative framework becomes more important for sustaining a sustainable and vibrant FOSS ecosystem inside the EU.

This paper explores the complex relationship between FOSS and the EU legal and regulatory environment. It commences by examining the foundational principles and historical development of the FOSS movement, including its governance structures and licensing models. Subsequently, it analyzes the EU's policy initiatives to promote FOSS adoption in public administration and the impact of emerging technologies, such as AI, on the FOSS landscape. The paper then delves into the legal challenges surrounding FOSS, focusing on copyright enforcement, licensing complexities, and the implications for the broader ecosystem. Finally, it concludes by discussing the policy implications and recommendations for fostering a sustainable FOSS ecosystem within the EU.

## **2. UNDERSTANDING THE FOSS ENVIRONMENT**

### **2.1. HISTORY AND PRINCIPLES**

The FOSS movement was first sparked by Richard Stallman's publication of the GNU Manifesto<sup>7</sup> and the subsequent start of his GNU Project in 1983. Stallman's commitment to creating a software environment that is both free and open originates from his disagreement with Symbolics regarding a Lisp machine.<sup>8</sup> Stallman desired to gain access to the Lisp computer constructed by Symbolics, which was built using MIT's code. Symbolics refused Stallman access and the utilization of MIT's code by Symbolics did not alter the result. Following this momentous encounter, Stallman established the Free Software Foundation. In 1989, he released the initial iteration of the GNU GPL. The General Public License<sup>9</sup> is considered one of the pioneering instances of FOSS licenses in the software industry. The key achievement of the free software movement is attributed to the contributions of Linus Torvalds in 1991. Stallman endeavored to create a completely unrestricted operating system, and by 1991, all components of the operating system were prepared except for the kernel. Linus, while studying as an undergraduate at the University of Helsinki, filled in the missing portion and developed what would later become recognized as the Linux kernel. The initial iteration of a liberated operating system has been successfully finalized, and it has

---

<sup>7</sup> 'The GNU Manifesto - GNU Project - Free Software Foundation' (n 3).

<sup>8</sup> Lisp machines are general-purpose computers designed to run Lisp as their main software language.

<sup>9</sup> 'GNU General Public License v1.0 - GNU Project - Free Software Foundation' <<https://www.gnu.org/licenses/old-licenses/gpl-1.0.html>> accessed 4 June 2024.

been designated as GNU/Linux.<sup>10</sup>

Furthermore, apart from the triumph of GNU/Linux, it was Linus who effectively harnessed the substantial and distinctive capabilities of the FOSS development paradigm. Eric Raymond coined the term *Linus's Law* to describe the phenomena that “*Given enough eyeballs, all bugs are shallow*”.<sup>11</sup> Raymond argues that including users as co-developers and beta testers provides FOSS development with a distinct momentum and potential, which sets it apart from the traditional closed-source paradigm. Raymond attempted to leverage the competitive advantage of FOSS development in order to entice additional developers to join the FOSS community. In order to achieve his objective, he subsequently established the Open Source Initiative.

The main objective of the initiative is to acquaint commercial enterprises with open source software. Raymond and Stallman are the most influential individuals in the FOSS movement. Their activities and initiatives had a significant impact on the development and trajectory of FOSS. Nevertheless, they hold contrasting perspectives. Stallman, upon establishing FSF, embraced a political ideology centered around the concept of free software. However, Raymond was astounded by the efficacy of the FOSS development paradigm and desired to incorporate this model into a multitude of projects. Stallman expressed apprehension regarding Raymond's pragmatic objectives and advocated for the original concept of free software. Raymond strongly advocated for his goals and contended that an open source software project has the capability to create digital rights management software that restricts software freedom. Despite their ideological differences, they only have minor disagreements in practice. Hence, it can be concluded that the divergence in viewpoints between FSF and OSI does not significantly affect the practical operation of the FOSS ecosystem.

Like ideological viewpoints, FOSS is defined by many explanations and principles worldwide, with no ultimate authority to determine the classification of a project as FOSS or non-FOSS.<sup>12</sup> The number of licenses is rapidly expanding, and upon closer examination, it becomes evident that the FSF and OSI hold the foremost authority in this realm. To comprehend the definition of a FOSS project or a FOSS public license, it is advisable to examine the viewpoints of these influential organizations. Principles of OSI and FSF are similar to each other, but according to the FSF, there are finer differences between the two organizations' understandings.<sup>13</sup> The first noticeable difference is terminology: while the FSF uses “*free software*”, the OSI prefers “*open source software*”. Although these terms are often considered synonyms, the FSF claims otherwise, highlighting two substantial differences. Firstly, the FSF argues that the OSI's principles are weaker and may allow licenses that do not permit modifying the source code and using the modified version privately. Secondly, the FSF points out that open source software sometimes includes technical measures in the source

---

<sup>10</sup> ‘Linus Torvalds Biography by The Linux Information Project’ <<https://www.lininfo.org/linus.html>> accessed 4 June 2024.

<sup>11</sup> Eric S Raymond, *The Cathedral & the Bazaar* by Eric S. Raymond (2001) Paperback, 9.

<sup>12</sup> Walden (n 4) 7.

<sup>13</sup> ‘Why Open Source Misses the Point of Free Software - GNU Project - Free Software Foundation’ <<https://www.gnu.org/philosophy/open-source-misses-the-point.html>> accessed 4 June 2024.



code that prohibit users from running a modified version of the program. For example, some Android products, despite being open source, contain technological measures that prevent the creation of modified versions. These differences stem from the organizations' distinct understandings of software freedom.

## 2.2. MOTIVATIONS AND GOVERNANCE

The diverse reasons that drive individuals in the FOSS ecosystem reflect a complex interplay of competing agendas, each linked with different personal and professional goals, which is different from classic copyright motivations.<sup>14</sup> The authors' inclination to participate in typically unpaid roles as co-authors or original authors is a distinctive characteristic of the FOSS ecosystem. These motives are not only important for understanding why contributors participate in FOSS projects, but they also influence the governance structures that are used inside these communities.

One prominent motivating factor is reputation. Authors engage in large-scale projects to establish their personal brand or strategically position themselves for more lucrative employment opportunities.<sup>15</sup> This is particularly noticeable when the FOSS project is established and well-known.<sup>16</sup> Furthermore, there is compelling evidence that participation in FOSS projects can serve as a valuable stepping stone to obtaining venture financing. This was proven by the founders of firms such as Sun, Netscape, and Red Hat, who demonstrated their abilities in the FOSS community before attaining great success.<sup>17</sup> On the other hand, empirical evidence reveals that for many contributors, intrinsic incentives take precedence over the pursuit of career possibilities or reputation.<sup>18</sup> These individuals are motivated mostly by the pleasure they get from working in the FOSS environment and interacting with its products.<sup>19</sup> This internal fulfillment, rather than external compensation, is frequently used as the major motivator for their continuing contributions to FOSS projects.<sup>20</sup> Another significant motivation is cognitive stimulation. The process of solving complex issues within a sophisticated software environment brings them a sense of gratification comparable to the satisfaction derived from solving intricate puzzles. This experience also enhances their ability to address similar issues in their professional occupations more effortlessly.<sup>21</sup> This

---

<sup>14</sup> Walden (n 4) 2.

<sup>15</sup> Josh Lerner and Jean Tirole, 'Some Simple Economics of Open Source' (2002) 50 *The Journal of Industrial Economics* 197, 21.

<sup>16</sup> Jürgen Bitzer, Wolfram Schrettl and Philipp JH Schröder, 'Intrinsic Motivation in Open Source Software Development' (2007) 35 *Journal of Comparative Economics* 160 17.

<sup>17</sup> Lerner and Tirole (n 15) 22.

<sup>18</sup> Guido Hertel, Sven Niedner and Stefanie Herrmann, 'Motivation of Software Developers in Open Source Projects: An Internet-Based Survey of Contributors to the Linux Kernel' (2003) 32 *Research Policy* 1159; Karim Lakhani and Robert G Wolf, 'Why Hackers Do What They Do: Understanding Motivation and Effort in Free/Open Source Software Projects' [2003] *SSRN Electronic Journal* <<http://www.ssrn.com/abstract=443040>> accessed 18 August 2024.

<sup>19</sup> Sonali K Shah, 'Motivation, Governance, and the Viability of Hybrid Forms in Open Source Software Development' (2006) 52 *Management Science* 1000, 26.

<sup>20</sup> Bitzer, Schrettl and Schröder (n 16) 17.

<sup>21</sup> Hertel, Niedner and Herrmann (n 18) 1176.

experience not only improves their capacity to solve comparable difficulties in their professional responsibilities with more ease, but it also indicates a significant beneficial association between professional FOSS activities and voluntary FOSS contributions during one's leisure time.<sup>22</sup> Raymond identifies another incentive for FOSS authors, namely ego gratification. He notes that Linus motivated his hacker/users by consistently stimulating and rewarding them, offering the satisfaction of being part of the action.<sup>23</sup> In typical settings, individuals with egoistic tendencies rarely choose to share their accomplishments with others. However, in the FOSS environment, Raymond asserts that an adept gatekeeper overseeing a project can optimize productivity even with self-centered developers, thanks to the rapid communication facilitated by the internet. A boundless supply of co-developers ultimately resolves issues at the individual level, allowing any coder to be substituted when the project manager has the ability to connect with anyone online. These different motivations not only drive individual engagement, but they also have a substantial impact on the governance structures that arise in FOSS projects.

Individuals' different motives for contributing to FOSS projects influence not just their individual engagement, but also the governance structures that emerge inside these communities. The organizational structures in the FOSS field are noticeably diverse, ranging from projects managed by a single developer to those supported by thousands of contributors,<sup>24</sup> including both volunteers and salaried contributors, non-profit organizations, and international corporations.<sup>25</sup> Furthermore, these initiatives use a variety of intellectual property management methodologies, ranging from completely open content development to a combination of private and open material.<sup>26</sup> Because contributors have a variety of goals—such as reputation-building, professional growth, or the intrinsic satisfaction of problem-solving—the governance models must accommodate and convey these variances. This link between individual goals and collective decision-making procedures is crucial for maintaining a healthy, productive community because it guarantees that the governance structure supports both the project's success and the contributors' continued engagement.

There are a lot of different jobs and titles for people who run FOSS projects, such as leader, administrator, first developer, manager, senior hacker, or moderator. Still, there isn't a proper job description, clear guidelines for professional growth, a single authority in charge,

---

<sup>22</sup> Jürgen Bitzer and Ingo Geishecker, 'Who Contributes Voluntarily to OSS? An Investigation among German IT Employees' (2010) 39 *Research Policy* 165; Sladjana Vujovic and John P Ulhøi, 'An Organizational Perspective on Free and Open Source Software Development' in Jürgen Bitzer and Philipp JH Schröder (eds), *The Economics of Open Source Software Development* (Elsevier 2006) 201.

<sup>23</sup> Raymond (n 11) 8.

<sup>24</sup> Greg Madey, Vincent Freeh and Renee Tynan, 'The Open Source Software Development Phenomenon: An Analysis Based on Social Network Theory' [2002] Eighth Americas Conference on Information Systems.

<sup>25</sup> Brian Fitzgerald, 'The Transformation of Open Source Software' (2006) 30 *MIS Quarterly* 587; Joel West and Siobhan O'Mahony, 'The Role of Participation Architecture in Growing Sponsored Open Source Communities' (2008) 15 *Industry & Innovation* 145.

<sup>26</sup> Dilan Aksoy-Yurdagul, 'The Impact of Open Source Software Commercialization on Firm Value' (2015) 22 *Industry and Innovation* 1.

or a list of skills.<sup>27</sup> Leaders with technical competence and strong community-building abilities have authority in the “*benevolent dictator*” (BD) paradigm, as Linus Torvalds did with the Linux Kernel, although dissidents can branch the project due to its open-source nature. To sustain unity and avoid splintering, this method must strike a balance between authority and community involvement.<sup>28</sup> Alternatively, many FOSS initiatives use a meritocracy, in which authority is obtained by contributions rather than prestige or financial investment.<sup>29</sup> This paradigm eliminates inefficiencies associated with centralized authority while relying on clear rules and common community goals. Effective meritocratic administration is dependent on the community’s capacity to manage contributions and foster collaboration, independent of external ties.<sup>30</sup>

The impact of developers’ physical closeness on the code source development process has been highlighted by software industry observers.<sup>31</sup> Additionally, early institutional affiliations and common technical backgrounds have a major impact on contributor participation. These variables provide many chances for engagement, reflecting the dynamic nature of FOSS communities in which contributor roles and standards are always evolving.<sup>32</sup>

The FOSS ecosystem’s governance structures are diverse, reflecting the many incentives that motivate its contributors. Individuals participate in FOSS projects for a variety of objectives, including reputation-building and cognitive stimulation, therefore governance systems must fit these various agendas.<sup>33</sup> The “*benevolent dictator*” paradigm, meritocracies, and decentralized networks are all strategies for aligning individual desires with community objectives. FOSS governance’s strength is its capacity to adapt and remain sensitive to these changing incentives, ensuring that the community remains productive and cohesive even as the landscape of contributors’ demands evolves. On the other hand, As FOSS grew, company involvement became more closely reflected with strategic business goals.<sup>34</sup> Companies are driven to FOSS projects not only for the freedom of intellectual property management, which allows them to avoid restrictive licensing costs and legal dangers, but also for the chance to improve product compatibility<sup>35</sup> and leverage communal creativity. These com-

---

<sup>27</sup> Clement Bert-Erboul and Nicholas Vonortas, ‘Personal and Social Proximity: Shaping Leadership in a Free Software Project’ (18 September 2018) 4

<sup>28</sup> Ross Gardler and Stephen R Walli, ‘Evolving Perspective on Community and Governance’ in Amanda Brock (ed), *Open Source Law, Policy and Practice* (Oxford University Press 2022) 54

<sup>29</sup> *ibid* 55.

<sup>30</sup> Siobhán O’Mahony and Fabrizio Ferraro, ‘The Emergence of Governance in an Open Source Community’ (2007) 50 *Academy of Management Journal* 1079.

<sup>31</sup> For detailed discussion see Robert E Kraut and others, ‘Understanding Effects of Proximity on Collaboration: Implications for Technologies to Support Remote Collaborative Work’, *Distributed work* (Boston Review 2002).

<sup>32</sup> Bert-Erboul and Vonortas (n 27) 26.

<sup>33</sup> Vujovic and Ulhøi (n 22) 203.

<sup>34</sup> Cristina Rossi and Andrea Bonaccorsi, ‘Intrinsic Motivations and Profit-Oriented Firms in Open Source Software: Do Firms Practise What They Preach?’ in Jürgen Bitzer and Philipp JH Schröder (eds), *The Economics of Open Source Software Development* (Elsevier 2006) 87–89.

<sup>35</sup> Wichmann T., ‘Firms’ Open Source Activities: Motivations and Policy Implications. Free/Libre and Open Source Software: Survey and Study’ (2002) 32-50.

panies profit from FOSS' collaborative character, which allows them to leverage community-driven developments and get access to a network of highly competent experts.<sup>36</sup> Thus, although individual contributors may be driven by personal aims, corporate engagement is frequently a planned strategy to capitalizing on the economic and competitive benefits that FOSS provides.<sup>37</sup>

As a result, the license chosen by a project is going to have a considerable influence on the type of community, and consequently the type of production model, that a project chooses, and it plays a surprisingly important role in community growth.<sup>38</sup> As previously stated, initial licenses were based on individual cooperative experiments; but, as more individuals and corporations were engaged, the licenses began to fall into broad categories, and the benefits of standardizing became evident. This observation prompts a more in-depth assessment of the numerous licenses now in use, their impact on FOSS community development and governance, and their larger implications for the ecosystem's sustainability and growth.

### 2.3. PUBLIC LICENSES

In the late 1980s, two alternative approaches to achieving the goals of FOSS philosophy emerged: permissive licensing and copyleft licensing, which represent the main differentiations among licenses.<sup>39</sup> Copyleft licenses are alternatively referred to as viral licenses or share-alike licenses. Typically, they compel subsequent developers to adhere to the same license when they release their changed software.<sup>40</sup> This procedure is referred to as connecting. By advocating for the original license, they guarantee the essential liberties in all subsequent iterations of the project.<sup>41</sup> An exemplary instance of this category of license is the GPL developed by the FSF. The GPL, currently in its third iteration, includes a specific clause that states: "*Whenever you distribute a covered work, the recipient is automatically granted a license from the original licensors to execute, alter, and distribute that work, in accordance with the terms of this License.*"<sup>42</sup> This article, due to its licensing terms, restricts the future user of the project from having any alternatives.<sup>43</sup> Users that utilize copyleft licenses typically endorse the concept of freely available software and perceive the exploitation of software as ethically objectionable.

---

<sup>36</sup> *ibid.*

<sup>37</sup> Aksoy-Yurdagul (n 26) 13.

<sup>38</sup> Gardler and Walli (n 28) 42; P McCoy Smith, 'Copyright, Contract, and Licensing in Open Source' in Amanda Brock (ed), *Open Source Law, Policy and Practice* (Oxford University Press 2022) 83

<sup>39</sup> Smith (n 38) 83.

<sup>40</sup> Lawrence E Rosen, *Open Source Licensing: Software Freedom and Intellectual Property Law* (Prentice Hall PTR 2005) 181.

<sup>41</sup> Aram Sinnreich, 'Copyleft and Copyright', *The Essential Guide to Intellectual Property* (Yale University Press 2019) 209

<sup>42</sup> 'The GNU General Public License v3.0 - GNU Project - Free Software Foundation' <<https://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.html>> accessed 4 June 2024.

<sup>43</sup> Malcolm Bain, 'Software Interactions and the GPL' (2010) 2 *International Free and Open Source Software Law Review* 168.

In contrast, permissive licenses do not require succeeding writers to adhere to the same license. By doing this, they permit the use of proprietary licensing models in altered versions of the FOSS project. This license structure has a tendency to appeal to a larger number of business users, and it is in line with the ideological perspective of the OSI about the FOSS environment. Notable instances of this license include the BSD Licenses, the MIT License, and the Apache License. The permissive license is sometimes referred to as an academic license since universities often apply this sort of license to their academic projects, enabling them to be exploited without significant restrictions.<sup>44</sup> For example, a portion of the Microsoft operating system and Apple's operating system kernel is derived from the BSD-licensed Free-BSD, which is created at the University of California, Berkeley.<sup>45</sup> An example of a permissive use clause may be found in the Apache License 2.0, which states: "*You have the right to include your own copyright statement in any modifications you make and you are allowed to impose additional or different terms and conditions.*"<sup>46</sup>

The distinctions between copyleft and permissive licenses are particularly relevant when considering the compatibility, both in terms of downward and upward, among various licenses. While there is no formal or legal definition of compatibility, it is often understood to indicate the ability of a license to be seamlessly integrated into another license within a larger software package. Put simply, this situation arises when components from other licensed FOSS projects are combined to create a separate or new FOSS project. The final project may be subject to a different license compared to previous projects. In order to use these projects, it is necessary for the two licenses to be compatible. Downward and upward compatibility imply that this issue is unidirectional. Regrettably, the reciprocity concept does not extend to the compatibility of FOSS licenses. For example, a project that is licensed by BSD may have been integrated into a bigger project that is licensed under GPL. This indicates that BSD is compatible with the GPL license in terms of upward compatibility. Conversely, it is not possible to convert a finished product licensed under GPL to a BSD license due to the lack of downward compatibility between GPL and BSD licenses. Indeed, the GPL lacks interoperability with other licenses. This is a prevalent problem associated with copyleft licensing. As previously stated in this chapter, copyleft licenses restrict the future usage of derivative works by mandating the same license.<sup>47</sup> Conversely, the permissive license grants users the freedom to modify their license. Consequently, permissive licenses exhibit greater compatibility with both other permissive licenses and copyleft licenses, whereas copyleft licenses typically only align with other copyleft licenses.<sup>48</sup> Regrettably, this statement cannot be applied universally as each case needs a thorough examination and assessment to address compatibility problems.

Another important aspect of FOSS licenses is the practice of dual-licensing. Dual licen-

---

<sup>44</sup> Smith (n 38) 84.

<sup>45</sup> 'BSD Overview' <<https://developer.apple.com/library/archive/documentation/Darwin/Conceptual/KernelProgramming/BSD/BSD.html>> accessed 4 June 2024.

<sup>46</sup> 'Apache License, Version 2.0' <<https://www.apache.org/licenses/LICENSE-2.0.html>> accessed 4 June 2024.

<sup>47</sup> Bain (n 43) 178; Smith (n 38) 87.

<sup>48</sup> Smith (n 38) 84–86.



sing within the FOSS ecosystem exemplifies the adaptability inherent in these licenses, functioning as a distinctive business model. Certain economic conditions, most notably a large user base, are required for dual licensing to be effective. A copyleft license facilitates this by generating significant network effects, in which the product gains value as its user base grows.<sup>49</sup> Typically, firms who own complete software ownership employ this kind of solution. They obtain a license for the program using one of the copyleft licenses and gain advantages from the growth of FOSS. Meanwhile, they provide the same software under a private license to other firms interested in integrating the program into their commercial products.<sup>50</sup> The sole owner of the program, whether a single individual or a corporate entity, can easily dually license it, since this allows them to avoid the need for unanimous agreement from numerous owners in order to implement a proprietary license. Second, the effectiveness of dual licensing depends on price discrimination. A software company that manages all rights to the product may license it according to market demand. For instance, MySQL is a program used for managing databases and is a prime illustration of dual licensing. MySQL is launching multiple editions of their database software concurrently, catering to both business customers with the enterprise edition and FOSS users with the community edition. Third, there does not appear to be any substantial requirements for copyright enforcement. High-end business users who are compelled to acquire a proprietary license do the same.<sup>51</sup> This dual-licensing approach not only demonstrates the flexibility of FOSS licenses, but it also emphasizes the economic and strategic factors that underpin their effective deployment.

Building on these, the European Union is rapidly realizing the strategic importance of profiting on the changing dynamics of FOSS.<sup>52</sup> As FOSS evolves from a philosophy-driven movement to an economically viable model, with businesses now leading the charge and up to 90%<sup>53</sup> and 40% of contributions are paid,<sup>54</sup> the EU sees an opportunity to capitalize on this trend to boost technological independence, competitiveness, and innovation in its economy. The EU is interested in leveraging the cost efficiencies and innovation possibilities that result from the combination between FOSS and proprietary software.<sup>55</sup> By promoting varied licensing schemes and encouraging enterprises to strategically reveal code, the EU hopes to promote an atmosphere in which FOSS becomes a cornerstone of its digital strategy. This strategy is consistent with the EU's wider aims of improving national innovation

---

<sup>49</sup> Mikko Valimaki, 'Dual Licensing in Open Source Software Industry' [2002] SSRN Electronic Journal 18.

<sup>50</sup> *ibid* 6.

<sup>51</sup> *ibid* 18.

<sup>52</sup> Recently, Türkiye also introduced an initiative by presidential decree for the integration of open-source software across all of its public institutions. <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/07/20230729-34.pdf>> accessed 4 June 2024.

<sup>53</sup> Dongyang Hu and others, 'Multi-Reviewing Pull-Requests: An Exploratory Study on GitHub OSS Projects' (2019) 115 *Information and Software Technology* 1.

<sup>54</sup> Michael Cusumano and others, 'Perspectives on Free and Open Source Software', *Script-ed*, vol 3 (2007) 1–22.

<sup>55</sup> Josh Lerner and Mark Schankerman, *The Comingled Code: Open Source and Economic Development* (The MIT Press 2010) 1 <<https://direct.mit.edu/books/monograph/3301/The-Comingled-CodeOpen-Source-and-Economic>> accessed 19 August 2024.

systems, encouraging inclusion through ecosystems and platforms, and enforcing competitive forces that benefit both the market and society.<sup>56</sup> As FOSS grows more linked with economic development and technical innovation, the EU is well positioned to capitalize on its potential, ensuring that FOSS plays an important role in determining the future of the European digital environment.

### 3. FOSS IN EUROPEAN UNION

#### 3.1. EU ADMINISTRATIVE POLICIES

The development of FOSS in European Union public administrations is based on the EU's initiatives to improve compatibility, save expenses, and promote technical advancement. The EU's single market enables unrestricted movement of individuals and companies across national boundaries, requiring streamlined interactions with several government agencies. Due to the emergence of digital technology, these exchanges have transitioned to electronic platforms, which has resulted in a decrease in administrative costs. However, it has also led to the creation of electronic barriers between public bodies. The presence of electronic obstacles impedes the effectiveness of the single market and collaboration across European public agencies, highlighting the need for a unified strategy to update governmental services.

The European Commission has been leading the effort to promote electronic interoperability within the Union. The notion of interoperability across governments was initially introduced in the 1993 Bangemann Report, which emphasized the possibilities of linked networks for public administration.<sup>57</sup> The Lisbon Agenda, initiated in 2000, has the objective of converting the European Union into the most competitive and dynamic economy based on information by the year 2010.<sup>58</sup> This ambitious objective prioritized eGovernment, acknowledging the potential of digital technology to improve public services. The use of open-source software in the public sector was supported by subsequent action plans, such as eEurope 2002 and eEurope 2005.<sup>59</sup> These plans emphasized the importance of open-source software in establishing interoperability and reducing reliance on proprietary solutions. The Europe 2020 Strategy underscored the importance of smart, sustainable, and

---

<sup>56</sup> Jon McPhedran Waitzer and Roshan Paul, 'Scaling Social Impact: When Everybody Contributes, Everybody Wins' (2011) 6 *Innovations: Technology, Governance, Globalization* 143; Georg von Krogh and others, 'Carrots and Rainbows: Motivation and Social Practice in Open Source Software Development' (2012) 36 *MIS Quarterly* 649.

<sup>57</sup> 'Report on Europe and the Global Information Society: Recommendations of the High-Level Group on the Information Society to the Corfu European Council. Bulletin of the European Union, Supplement No. 2/94. [Followup to the White Paper] (Commonly Called the Bangemann Report)' (1994) <<https://aei.pitt.edu/1199/>> accessed 4 June 2024.

<sup>58</sup> eEurope 2002 - An Information society for all - Draft Action Plan prepared by the European Commission for the European Council in Feira - 19-20 June 2000 2000.

<sup>59</sup> *ibid* 22.

inclusive growth for the future of the European Union.<sup>60</sup> The Digital Agenda for Europe aimed to establish a digital single market, emphasizing interoperability and the promotion of FOSS technologies. Building on this, the eGovernment Action Plan 2011-2015 advocated the use of FOSS to enhance governmental services and reduce expenses.<sup>61</sup>

Several significant initiatives were implemented to encourage the adoption of FOSS in public agencies. The establishment of the Open Source Observatory and Repository (OSOR) created a platform for the exchange and utilization of FOSS solutions across European public administrations. Additionally, the introduction of the European Union Public License (EUPL) provided a standardized open-source license, simplifying the legal framework for sharing and reusing software.<sup>62</sup> The impact of these initiatives has been considerable. Research indicates that FOSS has gained substantial traction in the public sector, with numerous successful implementations across Europe. For instance, the city of Munich's transition to FOSS for its IT infrastructure, known as the LiMux project, resulted in significant financial savings and enhanced flexibility.<sup>63</sup> Similarly, the French Gendarmerie Nationale's adoption of FOSS solutions led to reduced licensing costs and improved security.<sup>64</sup> Furthermore, FOSS has spurred innovation and progress in public service delivery. Open-source communities have played a crucial role in developing tailored solutions to meet the unique needs of public administrations. This collaborative approach has fostered a culture of openness and information sharing, aligning with the European Union's broader goals of promoting transparent governance and engaging citizens in decision-making processes.

To summarize, the widespread use of FOSS across multiple industries, particularly in the public domain, indicates a fundamental shift in both technology and governance norms. This shift is markedly different from the classic software economic model and the traditional copyright understanding of value. One can contend that European governments' strategic integration of FOSS is more than a technical decision; it is a deliberate policy choice that is consistent with greater aims of innovation and efficiency. The European Commission's policy, which emphasizes collaboration and co-development within the FOSS community, has been cited as a key driver of governmental reform. This strategy, which emphasizes shared information and resource efficiency, is expected to improve public service delivery

---

<sup>60</sup> 'Europe 2020: Commission Proposes New Economic Strategy in Europe.' (*European Commission - European Commission*) <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_10\\_225](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_10_225)> accessed 4 June 2024.

<sup>61</sup> 'COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS The European eGovernment Action Plan 2011-2015 Harnessing ICT to Promote Smart, Sustainable & Innovative Government' <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/HIS/?uri=CELEX%3A52010DC0743>> accessed 4 June 2024.

<sup>62</sup> 'EUPL [European Union Public Licence]' <<https://eupl.eu/>> accessed 4 June 2024.

<sup>63</sup> Gijs HILLENUS, 'City of Munich: "Migration to Sustainable Desktop Completed Successfully"' (28 May 2013) <<https://joinup.ec.europa.eu/collection/open-source-observatory-osor/news/city-munich-migration>> accessed 4 June 2024.

<sup>64</sup> Gijs HILLENUS, 'French Gendarmerie: "Open Source Desktop Lowers TCO by 40%"' (30 September 2013) <<https://joinup.ec.europa.eu/collection/open-source-observatory-osor/news/french-gendarmerie-open-sou>> accessed 4 June 2024.



while cultivating a culture of transparency and inclusion. Finally, one can claim that FOSS is not only transforming the technology environment, but also redefining governance principles, promoting a model of digital governance that is both adaptable and sensitive to social demands.

## 3.2. EU REGULATIONS SURROUNDING FOSS

### 3.2.1. AI ACT AND FOSS

The Artificial Intelligence Act (AI Act)<sup>65</sup> of the European Union is a significant regulation that seeks to regulate and, in specific instances, forbid the advancement, utilization, and dissemination of artificial intelligence (AI) systems and general-purpose AI models (GPAIMs), particularly when they have an influence on life, safety, or individual legal rights. The EU's position as a leader in technology regulation is anticipated to establish a standard for other nations. An area of disagreement during the legislative process was the control of AI technologies that rely on FOSS.

Critics argued that excluding FOSS AI models would hinder innovation and information exchange, while others raised concern about the potential security risks associated with the unrestricted dissemination of FOSS AI models.<sup>66</sup> The eventual AI Act has two exceptions for AI technology based on FOSS. The first exemption applies to AI systems published under FOSS licenses.<sup>67</sup> These systems are not subject to the AI Act's requirements unless they are deliberately advertised or deployed as high-risk AI systems or AI systems that interact directly with humans. The second exemption is a specific exception for GPAIMs, where the model's parameters, such as weights, model architecture, and model use information, must be made publicly accessible.<sup>68</sup> Nevertheless, GPAIMs that present systemic hazards, such as those with significant capacities to cause harm or those officially identified by the Commission, are not eligible for this exemption.

Through the AI Act, the European Union appears to be implicitly supporting some IP regimes, notably those that embrace the FOSS ideals. By including specific exclusions for FOSS in the rule, the EU not only recognizes the value of these models, but also calls for their compliance throughout the Union. This partiality towards FOSS creates serious concerns concerning the legal enforcement of intellectual property rights inside these projects, which will be discussed more in the next section. Furthermore, this method may establish a regulatory precedent that needs a more in-depth study of what constitutes FOSS—whether simply subscribing to a single license is acceptable, or if a broader definition and scope are necessary. One may argue that the EU's stance on supporting openness is an attempt to

---

<sup>65</sup> Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence [2024] OJ L, 2024/1689, 12.7.2024.

<sup>66</sup> Diego Calanzone and others, 'An Open Source Perspective on AI and Alignment with the EU AI Act' 6.

<sup>67</sup> Article 25(4) of the AI Act; Harry Law and Sébastien Krier, 'Open-Source Provisions for Large Models in the AI Act' <<https://www.repository.cam.ac.uk/handle/1810/354175>> accessed 4 June 2024; Calanzone and others (n 66) 6.

<sup>68</sup> Article 53(2) of the AI Act.

undermine the dominance of large technology corporations by advocating for widespread use of FOSS methods. This shows that the AI Act might also function as a political tool for encouraging an open culture, possibly as a counterpoint to the proprietary practices common in giant tech businesses.

### 3.2.2. CYBER RESILIENCE ACT AND FOSS

The Cyber Resilience Act (CRA)<sup>69</sup> proposed by the European Union aims to introduce additional cybersecurity standards for equipment and software sold in the EU market. The CRA is expected to significantly impact the FOSS ecosystem by shifting the responsibility of ensuring security from consumers to software developers.<sup>70</sup> The legislation applies to software manufacturers that make their code accessible in the European Union, encompassing both FOSS and proprietary software. FOSS developers and maintainers may be subject to the CRA's obligations, depending on their specific circumstances. Individual developers who occasionally receive donations are likely to be exempted, while those who consistently charge or receive recurring payments from commercial enterprises may be included.<sup>71</sup> Nonprofit foundations developing FOSS may need to comply with the CRA requirements, although there is a possibility of amendments that might exclude certain projects with a fully decentralized development structure.

The obligations of the CRA depend on the criticality of the software project, with critical software, both FOSS and closed source, being subject to more stringent requirements.<sup>72</sup> These obligations include risk assessments, documentation, conformity assessments, and vulnerability reporting. The assumptions made by the CRA about software manufacturers may not be applicable to FOSS developers, who might not know all the users of their product and may not be able to practically provide security fixes to downstream users.

The FOSS community has expressed concerns about the potential implications of the CRA on the development model and the disincentives it may create for open-source projects.<sup>73</sup> The Act's stance on donations, even from non-commercial sources, may inadvertently deter larger contributions. During the current draft phase of the CRA, it is essential for the EU to carefully consider the feedback from the FOSS developer community and explore ways to achieve cybersecurity objectives without imposing additional burdens on the open-source ecosystem. In a recent development, the European Cyber Resilience Act has undergone substantial revisions, providing relief to the open-source community.<sup>74</sup> The final text of the CRA, solidified on December 2023, introduces the concept of an “*open-source*

---

<sup>69</sup> Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on horizontal cybersecurity requirements for products with digital elements and amending Regulation (EU) 2019/1020

<sup>70</sup> Pier Giorgio Chiara, ‘The Cyber Resilience Act: The EU Commission’s Proposal for a Horizontal Regulation on Cybersecurity for Products with Digital Elements’ (2022) 3 *International Cybersecurity Law Review* 255.

<sup>71</sup> Recital 10 of the CRA Proposal.

<sup>72</sup> Filippo Bagni, ‘The Regulatory Sandbox and the Cybersecurity Challenge: From the Artificial Intelligence Act to the Cyber Resilience Act’ (2023) 5 *Rivista italiana di informatica e diritto* 201, 212.

<sup>73</sup> Polona Car and Stefano De Luca, ‘EU Cyber-Resilience Act’ (Committee on Industry, Research and Energy (ITRE) 2022) 9.

<sup>74</sup> Recital 10 of the CRA Proposal.

*steward*<sup>75</sup> This term refers to any legal entity dedicated to providing sustained support for the development of specific products with qualifying FOSS elements, ensuring their viability for commercial activities. The revised text demonstrates a clearer understanding of how FOSS operates and its value within the broader software development ecosystem. It explicitly states that the provision of FOSS products without monetization is not considered a commercial activity.<sup>76</sup> This marks a positive step forward for the FOSS community, but vigilance is required to ensure the implementation of the open-source steward concept aligns with the intent and realities of FOSS development.

The European Union's anticipated CRA establishes strict cybersecurity rules that might have a substantial influence on the FOSS ecosystem, notably by setting duties that may distinguish between entirely non-commercial FOSS projects and those with commercial features. Unlike the AI Act, the CRA takes a more stringent approach, possibly excluding FOSS projects with dual licenses or commercial aims from some exemptions. This begs the issue of whether this indicates an excessive openness culture, or if FOSS is simply becoming an inevitable reality in the software industry. Furthermore, it raises the question of whether copyright legislation is current enough to handle these transformations, particularly given that the EU lacks a completely coordinated approach to copyright, instead depending on a patchwork of solutions.<sup>77</sup>

### 3.3. LEGAL ENFORCEMENT OF FOSS IN EU

With the AI Act and the proposed Cyber Resilience Act making explicit references to FOSS, as well as the growing reliance on FOSS by EU public administrations to achieve compatibility and efficiency, the legal status of FOSS in the European Union has become more prominent, albeit uncertain. While these legislative measures acknowledge FOSS as an important element of the software environment, they also raise doubts regarding FOSS's definitive legal position inside the EU's regulatory framework. The lack of a consistent approach to copyright across the EU, along with a patchwork of state legislation, complicates the enforcement of legal rights and the settlement of issues regarding FOSS. As the EU integrates FOSS into its legal and administrative systems, the question arises as to whether FOSS will reach a clear and stable legal standing, or if it will continue to be susceptible to diverse interpretations and implementations across different jurisdictions.

Several noteworthy incidents that have occurred in France have brought to light the need of adhering to the standards that are associated with these permits. Three individuals who were responsible for the development of free software filed a lawsuit against the internet service provider Free in November of 2008, which was a judicial proceeding of great

---

<sup>75</sup> For compromised text see <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST\\_17000\\_2023\\_INIT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_17000_2023_INIT)> accessed 4 June 2024.

<sup>76</sup> Recital 10 of the CRA Proposal.

<sup>77</sup> Maria Lilla Montagnani and Maurizio Borghi, 'Promises and Pitfalls of the European Copyright Law Harmonization Process', *The European Union and the Culture Industries* (Routledge 2016) <<https://www.taylorfrancis.com/chapters/edit/10.4324/9781315616452-11/promises-pitfalls-european-copyright-law-harmonization-process-maria-lilla-montagnani-maurizio-borghi>> accessed 19 August 2024.

importance.<sup>78</sup> According to their allegations, Free had distributed their *Freebox* modem in a manner that was in violation of the GPL license. This case served as an illustration of the legal choices that developers have available to them in the event that license requirements are violated, despite the fact that the courts had not yet rendered a final verdict. Along the same lines, the CNRS was subjected to legal action by *Educaffix* about software transfer agreements that made use of software that was licensed under the GNU General Public License.<sup>79</sup> Concerns were expressed over the requirement of acquiring permits from third parties, as well as the awareness of the potentially damaging character of derivative works that are licensed under the GNU license. During a legal dispute that took place in 2009 between the National Association for Adult Education (AFPA) and EDU 4, the Court of Appeal of Paris declared that the GNU General Public License license was legitimate.<sup>80</sup> This decision was a significant one. Within the context of this decision, the significance of open and honest communication as well as adherence to the terms of FOSS licenses was remarked upon.

The legal framework for FOSS in Germany has been affected by a number of significant cases to a significant degree.<sup>81</sup> Within the context of the case of *Welte v. Sitecom*, the District Court of Munich I rendered a significant decision in the year 2004.<sup>82</sup> It was brought to the court's attention that a manufacturer and distributor of a W-LAN router had violated the GPLv2 license. The use of the GPLv2 was deemed by the court to not constitute a transfer of copyrights, but rather to serve as a way to ensure that the software is utilized and distributed in an authorized manner. The verdict of the court found that violations of the terms of the GPLv2 resulted in the immediate loss of rights that were given. These violations are classified as copyright infringements. Several subsequent decisions, such as *Welte v. D-Link*, in which the District Court of Frankfurt/Main supported grounds that were comparable to this one, further cemented this legal premise.<sup>83</sup> In a different case, *Welte v. Skype*, it was made clear that it was not sufficient to merely provide a link to a website in order to comply with the GPLv2 when it came to the distribution of software offline.<sup>84</sup> Additionally, the considerable legal repercussions that result from failing to comply with FOSS licenses in Germany were brought to light by these judicial rulings, which collectively established the legality of FOSS licenses in Germany.<sup>85</sup>

The repercussions of these tragedies are so widespread that they extend beyond national boundaries. It was repeatedly decided by the French courts, including a referral to the European Court of Justice, that violations of the GNU GPL should be viewed as business con-

---

<sup>78</sup> Till Jaeger, 'Enforcement of the GNU GPL in Germany and Europe' (2010) 1 JIPITEC <<http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-1-1-2010/2419>> accessed 4 June 2024.

<sup>79</sup> TGI Paris, 28 March 2007, *Educaffix c/ CNRS*, Gaz. Pal., n° 22, 22 January 2008, p. 35

<sup>80</sup> CA Paris, 16 September 2009, RG n° 01/24298, SA EDU 4 c/ Association AFPA.

<sup>81</sup> Jaeger (n 78) 35-36.

<sup>82</sup> LG München I, 2004-05-19, Case No. 21 O 6123/04.

<sup>83</sup> LG Frankfurt a.M., 2006-09-06, Case No. 2-6 O 224/06.

<sup>84</sup> Jaeger (n 78) 35-36.

<sup>85</sup> LG München I, 2007-07-12, Case No. 7 O 5245/07.

cerns rather than copyright infringements. This decision was made in the case of Entr’Overt against Orange.<sup>86</sup> In line with a more general acknowledgment that software licenses, and FOSS licenses in particular, are legally binding agreements that must be fulfilled in order to avoid legal penalties, this stance is compatible with such recognition.

It is clear from these examples that the legal framework around FOSS in the European Union is undergoing significant transformations. They stress the need of developers and organizations scrupulously adhering to license requirements in order to foster a FOSS ecosystem that is both legally compliant and cooperative.

## 4. CONCLUSION

The previous research has highlighted the varied character of the FOSS movement, revealing its progression from ideological foundations to a complex ecosystem driven by various impulses and managed by a multifaceted regulatory framework. The European Union’s deliberate acceptance of FOSS as a key component of its digital strategy demonstrates its ability to drive innovation, efficiency, and public service improvement.

However, incorporating FOSS into the legislative system, as demonstrated by the AI Act and the Cyber Resilience Act, creates difficulties that require careful consideration. While these policies try to address crucial concerns like AI safety and cybersecurity, they may impose unnecessary constraints on FOSS developers, particularly those working on smaller projects. This potential for legislative overreach might inhibit innovation and undermine the collaborative spirit inherent in FOSS.

Furthermore, the growing prominence of FOSS raises serious concerns regarding the effectiveness of current legal systems. The EU’s patchwork approach to copyright, along with the changing nature of FOSS license and distribution strategies, needs a thorough rethink of IP rights. The distinctions between various FOSS license arrangements, as well as the consequences for regulatory treatment, deserve additional elucidation.

To fully reap the benefits of FOSS while addressing these problems, a balanced strategy is required. Policymakers must strike a careful balance between legal requirements and the desire to promote an open and collaborative development environment. By doing so, the EU can cement its position as a worldwide leader in digital innovation while also ensuring that FOSS continues to thrive.

## BIBLIOGRAPHY

- Aksoy-Yurdagul D, ‘The Impact of Open Source Software Commercialization on Firm Value’ (2015) 22 *Industry and Innovation* 1
- ‘Apache License, Version 2.0’ <<https://www.apache.org/licenses/LICENSE-2.0.html>> accessed 4 June 2024
- Bagni F, ‘The Regulatory Sandbox and the Cybersecurity Challenge: From the Artificial Intelligence Act to the Cyber Resilience Act’ (2023) 5 *Rivista italiana di informatica e diritto* 201
- Bain M, ‘Software Interactions and the GPL’ (2010) 2 *International Free and Open Source Software Law*

---

<sup>86</sup> Cour de cassation - 5 octobre 2022 - Pourvoi n° 21-15.386.

## Review 168

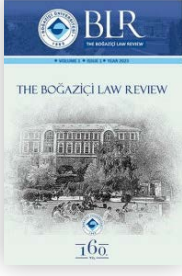
- Bert-Erboul C and Vonortas N, 'Personal and Social Proximity: Shaping Leadership in a Free Software Project' (18 September 2018) <<https://papers.ssrn.com/abstract=3251327>> accessed 16 July 2024
- Bitzer J and Geishecker I, 'Who Contributes Voluntarily to OSS? An Investigation among German IT Employees' (2010) 39 *Research Policy* 165
- Bitzer J, Schrettl W and Schröder PJH, 'Intrinsic Motivation in Open Source Software Development' (2007) 35 *Journal of Comparative Economics* 160
- 'BSD Overview' <<https://developer.apple.com/library/archive/documentation/Darwin/Conceptual/KernelProgramming/BSD/BSD.html>> accessed 4 June 2024
- Calanzone D and others, 'An Open Source Perspective on AI and Alignment with the EU AI Act'
- Car P and De Luca S, 'EU Cyber-Resilience Act' (Committee on Industry, Research and Energy (ITRE) 2022)
- Chiara PG, 'The Cyber Resilience Act: The EU Commission's Proposal for a Horizontal Regulation on Cybersecurity for Products with Digital Elements' (2022) 3 *International Cybersecurity Law Review* 255
- Cusumano M and others, 'Perspectives on Free and Open Source Software', *Script-ed*, vol 3 (2007)
- Dahlander L and Magnusson MG, 'Relationships between Open Source Software Companies and Communities: Observations from Nordic Firms' (2005) 34 *Research Policy* 481
- 'EURL [European Union Public Licence]' <<https://eupl.eu/>> accessed 4 June 2024
- 'Europe 2020: Commission Proposes New Economic Strategy in Europe.' (*European Commission - European Commission*) <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_10\\_225](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_10_225)> accessed 4 June 2024
- European Commission. Directorate General for Communications Networks, Content and Technology., *The Impact of Open Source Software and Hardware on Technological Independence, Competitiveness and Innovation in the EU Economy: Final Study Report*. (Publications Office 2021) <<https://data.europa.eu/doi/10.2759/430161>> accessed 4 June 2024
- Fitzgerald B, 'The Transformation of Open Source Software' (2006) 30 *MIS Quarterly* 587
- Gardler R and Walli SR, 'Evolving Perspective on Community and Governance' in Amanda Brock (ed), *Open Source Law, Policy and Practice* (Oxford University Press 2022) <<https://doi.org/10.1093/oso/9780198862345.003.0002>> accessed 4 June 2024
- 'GNU General Public License v1.0 - GNU Project - Free Software Foundation' <<https://www.gnu.org/licenses/old-licenses/gpl-1.0.html>> accessed 4 June 2024
- Hertel G, Niedner S and Herrmann S, 'Motivation of Software Developers in Open Source Projects: An Internet-Based Survey of Contributors to the Linux Kernel' (2003) 32 *Research Policy* 1159
- HILLENIUS G, 'City of Munich: "Migration to Sustainable Desktop Completed Successfully"' (28 May 2013) <<https://joinup.ec.europa.eu/collection/open-source-observatory-osor/news/city-munich-migration>> accessed 4 June 2024
- Hillenius G, 'French Gendarmerie: "Open Source Desktop Lowers TCO by 40%"' (30 September 2013) <<https://joinup.ec.europa.eu/collection/open-source-observatory-osor/news/french-gendarmerie-open-sou>> accessed 4 June 2024
- Hu D and others, 'Multi-Reviewing Pull-Requests: An Exploratory Study on GitHub OSS Projects' (2019) 115 *Information and Software Technology* 1
- Jaeger T, 'Enforcement of the GNU GPL in Germany and Europe' (2010) 1 *JIPITEC* <<http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-1-1-2010/2419>> accessed 4 June 2024
- Kraut RE and others, 'Understanding Effects of Proximity on Collaboration: Implications for Technologies



- to Support Remote Collaborative Work', *Distributed work* (Boston Review 2002)
- Lakhani K and Wolf RG, 'Why Hackers Do What They Do: Understanding Motivation and Effort in Free/Open Source Software Projects' [2003] SSRN Electronic Journal <<http://www.ssrn.com/abstract=443040>> accessed 18 August 2024
- Law H and Krier S, 'Open-Source Provisions for Large Models in the AI Act' <<https://www.repository.cam.ac.uk/handle/1810/354175>>
- Lerner J and Schankerman M, *The Comingled Code: Open Source and Economic Development* (The MIT Press 2010) <<https://direct.mit.edu/books/monograph/3301/The-Comingled-CodeOpen-Source-and-Economic>> accessed 19 August 2024
- Lerner J and Tirole J, 'Some Simple Economics of Open Source' (2002) 50 *The Journal of Industrial Economics* 197
- 'Linus Torvalds Biography by The Linux Information Project' <<https://www.linfo.org/linus.html>> accessed 4 June 2024
- MacKinnon JG, 'Review of The Linux Operating System: Debian GNU/Linux' (1999) 14 *Journal of Applied Econometrics* 443
- Madey G, Freeh V and Tynan R, 'The Open Source Software Development Phenomenon: An Analysis Based on Social Network Theory' [2002] Eighth Americas Conference on Information Systems
- Montagnani ML and Borghi M, 'Promises and Pitfalls of the European Copyright Law Harmonization Process', *The European Union and the Culture Industries* (Routledge 2016) <<https://www.taylorfrancis.com/chapters/edit/10.4324/9781315616452-11/promises-pitfalls-european-copyright-law-harmonization-process-maria-lill%C3%A0-montagnani-maurizio-borghi>> accessed 19 August 2024
- O'Mahony S and Ferraro F, 'The Emergence of Governance in an Open Source Community' (2007) 50 *Academy of Management Journal* 1079
- Raymond ES, *The Cathedral & the Bazaar by Eric S. Raymond (2001) Paperback*
- 'Report on Europe and the Global Information Society: Recommendations of the High-Level Group on the Information Society to the Corfu European Council. Bulletin of the European Union, Supplement No. 2/94. [Followup to the White Paper] (Commonly Called the Bangemann Report)' (1994) <<https://aei.pitt.edu/1199/>> accessed 4 June 2024
- Rosen LE, *Open Source Licensing: Software Freedom and Intellectual Property Law* (Prentice Hall PTR 2005)
- Rossi C and Bonaccorsi A, 'Intrinsic Motivations and Profit-Oriented Firms in Open Source Software: Do Firms Practise What They Preach?' in Jürgen Bitzer and Philipp JH Schröder (eds), *The Economics of Open Source Software Development* (Elsevier 2006)
- Shah SK, 'Motivation, Governance, and the Viability of Hybrid Forms in Open Source Software Development' (2006) 52 *Management Science* 1000
- Sinnreich A, 'Copyleft and Copyright', *The Essential Guide to Intellectual Property* (Yale University Press 2019) <<https://www.jstor.org/stable/j.ctvvc628g.13>> accessed 17 July 2024
- Smith PM, 'Copyright, Contract, and Licensing in Open Source' in Amanda Brock (ed), *Open Source Law, Policy and Practice* (Oxford University Press 2022) <<https://doi.org/10.1093/oso/9780198862345.003.0003>>
- Stallman R, *Free Software, Free Society: Selected Essays of Richard M. Stallman* (GNU Press 2006)
- 'The GNU General Public License v3.0 - GNU Project - Free Software Foundation' <<https://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.html>> accessed 4 June 2024
- 'The GNU Manifesto - GNU Project - Free Software Foundation' <<https://www.gnu.org/gnu/manifesto.html>> accessed 4 June 2024
- Valimaki M, 'Dual Licensing in Open Source Software Industry' [2002] SSRN Electronic Journal

- von Krogh G and others, 'Carrots and Rainbows: Motivation and Social Practice in Open Source Software Development' (2012) 36 MIS Quarterly 649
- Vujovic S and Ulhøi JP, 'An Organizational Perspective on Free and Open Source Software Development' in Jürgen Bitzer and Philipp JH Schröder (eds), *The Economics of Open Source Software Development* (Elsevier 2006)
- Waitzer JM and Paul R, 'Scaling Social Impact: When Everybody Contributes, Everybody Wins' (2011) 6 Innovations: Technology, Governance, Globalization 143
- Walden I, 'Open Source as Philosophy, Methodology, and Commerce: Using Law with Attitude' in Amanda Brock (ed), *Open Source Law, Policy and Practice* (Oxford University Press 2022) <<https://doi.org/10.1093/oso/9780198862345.003.0001>> accessed 4 June 2024
- West J and O'Mahony S, 'The Role of Participation Architecture in Growing Sponsored Open Source Communities' (2008) 15 Industry & Innovation 145
- 'Why Open Source Misses the Point of Free Software - GNU Project - Free Software Foundation' <<https://www.gnu.org/philosophy/open-source-misses-the-point.html>> accessed 4 June 2024
- Wichmann T., 'Firms' Open Source Activities: Motivations and Policy Implications. Free/Libre and Open Source Software: Survey and Study' (2002)





# The Boğaziçi Law Review

ISSN: 3023-4611

Journal homepage: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr>

## Fikri Hakların Haksız Rekabet Hükümlerinde Korunması

### *Protection of Intellectual Rights through Unfair Competition*

Muhammet Emirhan Havan

**To cite this article:** Muhammet Emirhan Havan, 'Fikri Hakların Haksız Rekabet Hükümlerinde Korunması' (2024) 2(1) The Boğaziçi Law Review 21.

**Submission Date:** 20 July 2023

**Acceptance Date:** 25 June 2024

**Article Type:** Research Article



© 2024 Muhammet Emirhan Havan. Published with license by Boğaziçi University Publishing



Published online: September 2024




Submit your article to this journal [↗](https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr)

Full Terms & Conditions of access and use can be found at  
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr>

# FİKRİ HAKLARIN HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİNDE KORUNMASI

## PROTECTION OF INTELLECTUAL RIGHTS THROUGH UNFAIR COMPETITION

Muhammet Emirhan Havan 

Fribourg Üniversitesi Doktora Öğrencisi.

### ÖZET

Fikri haklar şüphesiz bir ülkenin ekonomik düzeninde önemli bir role sahiptir. Bu yüzden fikri hakların koruma rejiminin dikkatli biçimde düzenlenmesi, bu haklardan gerek hak sahiplerinin gerek de kamunun en etkin biçimde yararlanmasına izin verir. Buna karşın bazen aynı fikri hakkı koruyan birden çok düzenleme ile karşılaşılabilir. Bunlardan biri de fikri hakları koruyan özel düzenlemeler yanında Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen haksız rekabet hükümleridir. Ancak fikri hakların haksız rekabet hükümlerinde korunması ise doktrinde tartışmalı olan bir husustur. Öğretide bir taraftan fikri hakları özel olarak koruyan düzenlemeler ile haksız rekabet hükümlerinin kümülatif olarak uygulanabileceği savunulurken, diğer bir taraftan bir görüş kümülatif korumayı reddetmektedir. En nihayetinde son bir görüş ise fikri haklara ilişkin özel düzenlemelerden gelen taleplerle haksız rekabetten gelen taleplerin yığılabileceğini, başka bir deyişle aynı anda istenebileceğini savunmaktadır. Bu görüşlerden hangisinin benimsenecek olduğu hak sahiplerinin korunma imkânlarını uygulamada da oldukça değiştirecektir. Bu makalede öncelikle ilgili görüşler açıklanacak daha sonra benimsenecek görüşe göre özel bazı durumlarda nasıl bir sonuca varılacağı hem karşılaştırmalı hukuktaki durum hem de yargı kararları ışığında tartışılacaktır. Bu minvalde öncelikle süresi dolmuş fikri hakların haksız rekabet hükümlerince korunup korunamayacağı değerlendirilecektir. Daha sonra tescilli olan ve tescilsiz hakların haksız rekabet kapsamında yeri ele alınacaktır. Bilindiği üzere hukukumuzda cezalandırıcı tazminat kavramı mevcut değildir, bu yüzden hükmedilecek tazminatın zararı geçmesi mümkün olmaz. Ancak Fikir ve Sanat Eserlerinin Korunması Hakkında Kanuna bakıldığında diğer hukuk alanlarından farklı olarak zararı aşabilen bir tazminata hükmedilmesine izin verildiği görülür. Bu durumun haksız rekabetten gelen koruma ile fikri hakların özel koruma rejimi arasındaki ilişkiye etkisi de makalede incelenecektir. Bu tartışmanın bütün etkileri sadece esasa uygulanacak hukuk ile sınırlı değildir. Bunun usul hukukuna da bazı etkileri vardır ve bu husus da bu makalede ayrıca ele alınacaktır. Son olarak kısaca fikri hakların korunması bakımından cezai yaptırımların haksız rekabet davası ile birlikte uygulanabilirliği ve bunun etkilerine değinilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** haksız rekabet, fikri haklar, kümülatif koruma, hakların yarışması, yığılma.

### ABSTRACT

Without a doubt, intellectual rights have a crucial role in countries' economic systems. Therefore, properly regulating the protection regime of intellectual rights permits right holders and public to exploit these rights effectively. However, several regulations protecting the same intellectual right may coexist. Provisions on unfair competition under the Turkish Commercial Code, along with special regulations protecting intellectual rights can constitute a good example for such situation. Yet, intellectual rights protection through unfair competition law is a doctrinally controversial issue. On the one hand, it is supported that special regime of intellectual property law and unfair competition law can be applied cumulatively. On the other hand, an opposing view finds cumulative application

inappropriate. A final opinion argues that claims that are derived from intellectual property law and those that are derived from unfair competition may be accumulated. Put differently, they can be claimed together. Adopting one of these opinions substantially modifies the protection options of right holders in practice. In this submission, first, pertinent opinions will be explained, and then possible results that may be occurred in some specific cases according to the adopted view will be discussed in light of comparative law and judicial decisions. In this context, it will be evaluated whether or not expired intellectual rights can be protected under unfair competition terms. Subsequently, the position of registered and unregistered rights within the unfair competition will be explored. The concept of punitive damages does not exist in Turkish law; hence, compensation cannot exceed amount of the damage. Nevertheless, differently from general principles, in the Turkish Law on Intellectual and Artistic Works, exceeding amounts of compensation above damage is allowed. The effect of this fact on the relationship between unfair competition and the special protection regime of intellectual rights will also be further examined in this article. The impacts of this discussion are not limited solely to the substantive law. It has some influence on procedural law matters as well, and it will be separately treated. Lastly, the applicability of criminal sanctions in terms of intellectual rights protection with unfair competition claims and its effects will be briefly touched.

**Keywords:** unfair competition, intellectual rights, cumulative protection, rights in concurrence, accumulation.

## **EXTENDED SUMMARY**

Protecting intellectual rights has a pivotal importance due to their role in modern economic systems. The current legal system in Türkiye provides several regulations in order to shelter right holders from unsolicited interventions in their intellectual rights. However, there are some ambiguities in their protection regime, especially when more than one rule applies. On the one hand, right holders have the option to invoke special provisions for intellectual rights, such as specific codes for their protections. On the other hand, they have unfair competition law claims regulated under Turkish Commercial Code. For example, when an unauthorized imitation was made, it seems that both special protection coming from the law on intellectual rights and unfair competition law may be equally applicable. Yet, the doctrine disagrees with the applicability of multiple protection regimes for an intellectual right. According to one view, it is right to have recourse to both options as long as their requirements are satisfied, i.e. the right holder should be able to resort to special protection regimes in the codes on intellectual property or unfair competition rules. This view argues that although the consequences of these two separate regimes are quite similar, their *raison d'être* and protected legal interest are distinct. Therefore, excluding the application of unfair competition law from intellectual right disputes would not be appropriate. The opposing view challenges this line of arguments, and claims that these two regimes cannot overlap. They support that if a special rule exists to protect intellectual rights, it must be the sole recourse for the right holder. The last opinion asserts that, even beyond cumulative protection, the claims arising from these regimes can be accumulated. In other words, these claims can be pursued together. The difference between this opinion and the first one is that the former grants two claims together to the right holder. In contrast, the latter allows only one claim with alternative legal premises.

The impact of adopting one of these views can drastically alter the situation of the right holders in various practical matters. Some intellectual rights are protected for only a limited time period. Upon elapse of these time periods, these rights lose their exclusivity effect, and subject matters of these rights become publicly available. Hence, the first controversy appears here: Is it possible to sue unauthorized users after termination of protection periods through unfair competition law, as there is no time limitation for an unfair competition law claim? At that point, even the authors who support cumulative protection do not praise such an extension, since it implies circumvention of the

purposes of limited protection regime in special codes. The second problem arises from registered and unregistered rights. In the case law of the Turkish Court of Cassation, it is observed that the court accepts that even a registered right may violate unfair competition rules. Moreover, the court decided that if there is a violation of registered right, the infringement will be deemed per se a violation of unfair competition. Lastly, the fact that a product, which supposed to be registered, is not registered does not impede right holders from seeking recourse to unfair competition law. As for rights that cannot be registered, resorting to unfair competition is criticized for creating a new right that is not foreseen by legal order. As of today, since unregistered designs are protected for a limited time, it can be argued that this period cannot be extended through unfair competition rules. Yet, the Court of Cassation accepted the application of the unfair competition rules for similar cases. Third, the applicability of the special compensation provision in Turkish Law on Intellectual and Artistic Works, which foresees a threefold compensation for the damages, although in Turkish law, in principle, it is not possible to render a punitive damages decision. The Court of Cassation has appeared to accept this special compensation besides an unfair competition claim.

For the procedural law dimension of this discussion, it is accepted that if there is a claim based on intellectual law regime, then the special court, instead of the commercial court, will be competent. Secondly, it is unclear if the judge can determine the legal basis of the dispute even if the parties did not rely on them, i.e. whether or not the judge is competent to decide compensation basing on unfair competition law even if the claimant has solely relied on intellectual property law. There are contradicting decisions on this matter; thus, it urges for a clarification. Lastly, the adopted view can determine who is able to form claimant party in a litigation. In unfair competition case, anyone whose commercial interest is adversely affected has the right to file a lawsuit; whereas, in intellectual property law, only the right holder can be the claimant.

Under this article the criminal aspect of this discussion has also been discussed, and it is supported that criminal sanctions can be useful complementary in unfair competition cases if its requirements are fulfilled.

## GİRİŞ

Ekonominin sağlıklı bir biçimde büyümesi ve gelişmesi girişimcilerin ürettikleri ürünlerin korunacağına güvenmeleri ile mümkün olur. Aksi halde ürettikleri ürünlerden bekledikleri iktisadi faydayı alamayacaklarından şüphelenen kişiler üretim yapmaya teşvik edilemezler. Bunun için her hukuk düzeni ekonomik yapı içindeki ürünlerin korunacağına dair güvenceler getirmeye çalışır. Hatta öyle ki bazen aynı menfaatin farklı boyutlardaki yansımaları korunmaya çalışılırken farkında olarak ya da olmayarak birden çok koruma rejimi getirilmiş olabilir. İlk bakışta aynı anda birden çok koruma rejiminden yararlanmakta bir sorun olmayacağı zannedilse de bu durum aslında birçok hukuki sorunu da yanında getirmektedir. Zira bu korumaların bir arada nasıl değerlendirileceği sorusu cevaplanmadan hukukun her zaman yapmaya çalıştığı menfaatler dengesini kurmak mümkün olmayacaktır. Bu yazıda fikri hakların korunmasında haksız rekabet hükümlerinin rolünün ne olduğu ve ne olması gerektiği ifade edilmeye çalışılacaktır.

Bu yazının ilk bölümünde fikri eserlerin korunmasında haksız rekabet hükümlerinin uygulanmasının neden tartışılmaya değer bir mesele olduğu hem ilgili mevzuat tanıtılarak hem de muhtemel menfaat dengeleri ifade edilerek mevzuatın nasıl uygulanması gerektiği hakkındaki doktrin görüşleri ele alınacaktır. İkinci bölümünde öğretilerdeki görüşlerin hakların kullanılmasına nasıl etki edebileceği, süresi dolmuş fikri hakların durumu, tescilli ve

tescilsiz hakların korunması, özel mevzuatta düzenlenmiş olan zararı aşan tazminat hakları, benimsenen görüşün usul hukukuna etkisi ve son olarak cezai hükümlerin uygulama alanı ile incelenecektir.

## 1. ÖĞRETİDE HAKSIZ REKABET VE FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU ARASINDAKİ İLİŞKİ

### 1.1. FİKRİ HAKLARIN KORUMA REJİMLERİ

Birden çok ışık kaynağının bir cisim aydınlatması her zaman birden çok gölge oluşmasına neden olmaz. Bazen gölgeler üst üste geldiği için farklı kaynaklardan ışık almasına rağmen cismin tek bir gölgesi varmış gibi gözükür. Bu basit ışık-gölge analizinde kullandığımız mantık aslında bu çalışmada kullanmak ve sorgulamak üzere olduğumuz hukuki tartışmanın özüne temas etmektedir. Zira hukukumuzda fikri haklar farklı “ışık kaynakları” yani farklı hukuki koruma rejimleri ile korunabilmekte ama bunların bir “gölge mi” yoksa birden çok “gölge” mi oluşturduğu; daha açık bir ifade ile hak sahibinin birden çok hukuki koruma rejiminden aynı anda yararlanmasının mümkün olup olmadığı doktrinde tartışmalı olan bir husustur.

Bu tartışmaların özüne girebilmek adına fikri hakların korunmasının mümkün olduğu mevzuatları incelemekte yarar vardır. Bunun için hem zamansal uygulama hem de konu bakımından farklılaşan mevzuat hükümlerimize bakabiliriz.

Tarihimizde fikri mülkiyet hukukunun korunması adına ilk olarak çıkartılan düzenleme “Encümen-i Daniş Nizamnamesi”dir.<sup>1</sup> Osmanlı’nın son dönemlerine denk gelen nizamname 1850 yılında çıkartılmıştır. Bunu 1857 yılında çıkartılan ve daha sonra 1870 tarihli “Telif ve Tercüme Nizamnamesi” tarafından tamamlanacak olan “Telif Nizamnamesi” izlemektedir.<sup>2</sup> Ancak bu nizamnameler yapacağımız hukuki tartışmanın esasına temas etmedikleri için ayrıca ayrıntılı olarak ele alınmayacaktır.

Cumhuriyet dönemine geldiğimizde ilk olarak fikri eserlerin ve sanat eserlerinin korunmasına yönelik olan 5 Aralık 1951 tarihli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu<sup>3</sup> görülmektedir. Bunu 24 Haziran 1995 tarihinde özellikle Avrupa Birliği ile uyum sürecinin de etkisi ile kabul edilmiş olan üç Kanun Hükmünde Kararname (KHK) takip edecektir. Bunlar sırasıyla Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (Tasarım KHK)<sup>4</sup>, Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (Marka KHK)<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Diren Çakmak, ‘Osmanlı Telif Hukuku İle İlgili Mevzuat’ (2007) Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi 191, 199.

<sup>2</sup> ibid 208, 211.

<sup>3</sup> Kanunun tam metnine ulaşmak için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5846&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=3> (Erişim Tarihi: 18.12.2021)

<sup>4</sup> Kanun Hükmünde Kararnamenin tam metnine ulaşmak için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/anasayfa/MevzuatFihrist-DetayIframe?MevzuatTur=4&MevzuatNo=554&MevzuatTertip=5> (Erişim Tarihi: 18.12.2021)

<sup>5</sup> Kanun Hükmünde Kararnamenin tam metnine ulaşmak için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=556&mevzuatTur=KHK&mevzuatTertip=5> (Erişim Tarihi: 18.12.2021)

ve Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (Patent KHK)<sup>6</sup> başlıkları altında çıkartılmıştır. 22 Aralık 2016 tarihinde ise bahsi geçen KHK'lar tek bir çatı altında, Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK)<sup>7</sup> bünyesinde toplanmışlardır.

Fark edildiği üzere halihazırda dahi elimizde iki tane koruma rejimi oluşmuş oldu ancak bunların yanına ayrıca bu çalışmanın da inceleme konusunu oluşturan Türk Ticaret Kanunumuzu (TTK) eklemek gerekecektir. Zira gerek 1956 tarihli Ticaret Kanunumuz gerek ise 2011 tarihli Ticaret Kanunumuz içinde haksız rekabet hükümleri bulunmaktadır. Haksız rekabet hükümlerinin sistematigi incelendiğinde ise kanun koyucunun öncelikle bir genel hüküm olarak da değerlendirebilecek olan TTK m. 54'ü sevk ettiği görülmektedir.<sup>8</sup> Buna göre piyasada aldatıcı veya dürüstlük kuralına aykırı olan ve rakipler, tedarik edenler veya müşteriler ile arasındaki ilişkileri etkileyen davranışlar yasaktır.<sup>9</sup> Kanun koyucu genel bir haksız rekabet yasağı koymakla kalmamış ayrıca bir de tahdidi olmayacak biçimde en çok karşılaşılan haksız rekabet fiillerini adeta bir özel hüküm gibi TTK m. 55'te sayma yoluna gitmiştir.<sup>10</sup> Bunların arasından TTK m. 55/1-a-4'te düzenlenen ve iltibas terimi ile de anılan karıştırılmaya yol açmak fiili bu çalışmanın merkezinde bulunmaktadır.

## 1.2. KORUMA REJİMLERİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Fikri hakların korunması hukukunda olduğu gibi başka hukuk alanlarında da aynı fiilin birden fazla düzenleme ile korunuyor olması durumu ile karşılaştırılabilir. Aslında başka hukuksal meselelerde de bu durum ile karşı karşıya kalınmış ve bazı çözüm önerileri geliştirilmiştir. Bu ihtimaller kısaca hükümlerin birbirini dışlaması, birbiri ile yığılması yahut yarışması şeklinde özetlenebilir.<sup>11</sup>

Şayet bir menfaat birden çok düzenleme ile korunuyorsa burada ortaya atılabilecek ilk yaklaşım bu iki hüküm arasında özel hüküm-genel hüküm ilişkisinin kurulması, akabinde de genel hükümle ayrışan yönleri bakımından özel hükmün münhasıran uygulanması olacaktır. Örneğin tam iki taraflı sözleşmelerde temerrüdün hükümleri, genel temerrüt

<sup>6</sup> Kanun Hükmünde Kararnamenin tam metnine ulaşmak için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=551&mevzuatTur=KHK&mevzuatTertip=5> (Erişim Tarihi: 18.12.2021)

<sup>7</sup> Kanununun tam metnine ulaşmak için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6769.pdf> (Erişim Tarihi: 24.12.2021)

<sup>8</sup> Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku* (17 basım, Vedat Kitapçılık 2018) 348–355; Hüseyin Ülgen ve diğerleri, *Ticari İşletme Hukuku* (6. basım, Vedat Kitapçılık 2019) 558–560. Haksız rekabet konusunda mehz kanunumuz olan İsviçre hukukundaki sistem için bkz. François Chaudet, *Droit suisse des affaires* (Helbing & Lichtenhahn Bruylant 2000) 585.

<sup>9</sup> Poroy ve Yasaman (n 8) 339.

<sup>10</sup> Doktrinde TTK m. 55 vd. maddelerinde sayılan bir fiilin işlenmiş olmasına rağmen TTK m. 54 şartlarının, örneğin piyasanın etkilenmiş olup olmadığı, incelenmesi gerektiği savunulmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesinin uygulaması da bu şekildedir. Dolayısı ile TTK m. 54 ile TTK m. 55 vd. maddeleri arasında özel hüküm-genel hüküm ilişkisi bulunmadığı savunulmaktadır. bkz. ibid 351–352.

<sup>11</sup> Cahit Suluk, 'Avrupa Birliği Hukuku ve Türk Hukukunda Tasarımların Kümülatif Olarak Korunması (Çoklu Koruma)' (2001) 1 Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi 43, 44–45.

hükümlerine göre özel hüküm teşkil edecektir.<sup>12</sup> Örneğin bir satış sözleşmesinde malın ayıplı teslim edilmesinde satış sözleşmesi hükümlerinde düzenlenen ayıba karşı tekeffül hükümleri ile genel sözleşmeye aykırılık hükümlerinin yarışması savunulabilir.<sup>13</sup> Keza örneğin haksız fiil hükümlerinden doğan talepler ile sözleşmesel sorumluluktan doğan talepler yarışmaktadır.<sup>14</sup> Son olarak da kanunun sunmuş olduğu imkânlardan aynı anda yararlanmak mevzu bahis olabilir. Buna usul hukuku bakımından taleplerin yığılması da denir. Örneğin haksız fiilden doğan zararın tazmininde maddi ve manevi tazminatın aynı anda istenebilmesi buna bir örnek teşkil edecektir.<sup>15</sup>

Fikri hakların korunması bakımından ise iki temel görüşün öne çıktığı gözlenmektedir. Bunlardan “kümülatif görüş” olarak da adlandırabileceğimiz ilk görüş, fikri hakkı ihlal edilen kişinin farklı hukuki korumaların sağladığı imkanları aynı anda talep edebileceğini savunmaktadır. Bu yaklaşıma karşı çıkan diğer görüş ise fikri hakların korunması bakımından kümülatif yaklaşımın doğru olmadığı, hakların eğer kendilerine has bir düzenlemeleri varsa sadece o düzenleme çerçevesinde korunması gerektiğini ileri sürmektedir. Görüşlerin ayrıntısına aşağıda inilecektir.

### 1.2.1. Kümülatif Görüş

Kümülatif görüşün savunucularına göre, şayet iltibas yaratan bir eylem varsa hakkı ihlal edilen kişi sadece, örneğin bir marka tecavüzü durumunda, SMK uyarınca markanın korunmasından yararlanmakla kalmayacak aynı zamanda haksız rekabet hükümlerine de başvurabilme hakkını elinde bulunduracaktır.<sup>16</sup> Yeter ki başvurmak istenilen hükümlerin şartları

<sup>12</sup> Tahir Çağa, ‘Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf Eder Mi?’ (1991) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 366, 370; Feyzan Hayal Şehirli Çelik, *Tasarımların haksız rekabet hükümlerine göre korunması: fikri mülkiyet-haksız rekabet hukuku ilişkisi odaklı bir inceleme* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2014) 82–83.

<sup>13</sup> 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu döneminde bu iki kurum arasındaki yarışma olup olmadığı hususunda iki görüş vardı. Bir görüşe göre ayıp nedeni ile genel hükümlere gidilebilmesi için ayıp hükümleri uyarınca muayene ve ihbar külfetinin yerine getirilmesi gerekiyordu. Bu görüşe “sınırlı yarışma görüşü” de deniyordu. İkinci görüşe göre muayene ve ihbar külfeti için süreler kaçırılmış olsa bile alıcı genel hükümlere gitme hakkını kaybetmiyordu. Bu görüşe de doktrinde “tam yarışma görüşü” deniyordu. 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu’nu madde 227/2’nin alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkını saklı tutulması ile ikinci görüşün öne çıkmış olduğunu söylemek mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Emre Esen, ‘Satış Sözleşmesinde Aliud Teslim’ (Master Thesis, TC Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı 2019) 9–10.

<sup>14</sup> Yeliz Karan, ‘Haksız Fiil Sorumluluğu İle Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması’, *Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan* (Filiz 2013) 726–727.

<sup>15</sup> M Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler. Cilt 2* (14. basım, Vedat Kitapçılık 2018) 284; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (7. basım, Onikilevha 2019) 226–228.

<sup>16</sup> Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Beta 1999) 33; Suluk, ‘Avrupa Birliği Hukuku ve Türk Hukukunda Tasarımların Kümülatif Olarak Korunması (Çoklu Koruma)’ (n 11) 45; Poroy ve Yasaman (n 8) 340, 342, 369; Hayri Bozgeyik ve Sefa Er, ‘Tasarımlar İçin Kümülatif Koruma’ (2019) 5 Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 19, 20, 23; İlhami Güneş, *Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları* (6. basım, Seçkin 2020) 35, 47, 51, 54; Feyzan Hayal Şehirli, ‘Türk Hukukunda Tasarımlara Yönelik Uygulamalar (Özellikle Tescilsiz Tasarımların Korunma Yolları)’ (2004) 5–6; Fatma Karaman Odabaşı, ‘Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabete Konu Olması’ (Doktora Tezi, TC Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı 2014) 51; Chaudet (n 8) 597; Şehirli Çelik (n 12) 108–109. Bununla beraber ŞEHİRALİ kümülatif görüşü desteklerken SMK’ya alınmamış olan 554 sayılı KHK m. 1/2 hükmüne dayanmıştır.



ayrı ayrı sağlanıyor olsun.<sup>17</sup>

Bu görüşü savunan kişilere göre her ne kadar sonuçları ve koruma konusu aynı gibi gözükse de aslında her mevzuatın koruduğu hukuki menfaat de birbirinden farklıdır.<sup>18</sup> FSEK hükümlerinin amacı eser sahiplerini korumaktır. SMK bir yandan ekonomik değeri olan fikri mülkiyet haklarını korurken diğer yandan teknolojik, sosyal ve ekonomik gelişime katkıda bulunmaya çalışmaktadır. Bunun yanında TTK'da düzenlenmiş olan haksız rekabet hükümleri ile amaçlanan ise ekonomik hayat aktörlerinin piyasada dürüst biçimde davranmasını sağlamak, aynı zamanda onları dürüstlük kuralına aykırı davranışlardan korumaktır.<sup>19</sup> Bu bakımdan haksız rekabet hükümlerinin piyasayı koruyucu toplumsal bir yönünün de olduğu söylenebilir.<sup>20</sup> Bu hali ile bakıldığında özellikle TTK hükümleri ile FSEK ve SMK hükümlerinin yönelmiş oldukları kanuni amacın birbirinden farklı olduğu görülür.<sup>21</sup> İşte bu yüzden kümülatif görüş savunucuları fikri hak sahibinin şartlarını sağladığı sürece bu düzenlemelerden herhangi birisine ya da hepsine birden başvurmasında bir sakınca görmemektedir.<sup>22</sup> Dolayısı ile haksız rekabet hükümleri bu hakların korunmasında ikincil değil birincil bir göreve sahip olacaklardır.

Kanun hükümlerine baktığımızda da kümülatif uygulamaya cevaz veren ifadelere yer verildiği görülmektedir. Örneğin SMK m. 58/3 tasarımlar için “*Bu Kanun kapsamında sağlanan tasarım koruması, 5/12/1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda aranan şartları taşıması hâlinde söz konusu Kanunla öngörülen korumaya halel getirmez.*” hükmünü ihtiva etmektedir. Aynı düzenleme eski dönemde 554 sayılı KHK'nın birinci maddesinde de bulunmaktaydı. Aslında bu hükümler haksız rekabet hükümlerine açıkça atıfta bulunmamaktadır. Ancak sadece bu duruma dayanarak bu hükümlerin haksız rekabet hükümlerinin uygulanmasını dışladığı çıkarımında bulunulamaz. Kaldı ki bu gibi kanun maddelerinin varlığı kanun koyucunun da kümülatif korumaya en azından fikir olarak karşı olmadığını göstermektedir.

Kümülatif görüşün Yargıtay kararlarında da benimsendiğini söylemek mümkündür.<sup>23</sup> Örnek vermek gerekirse davacı, paket ve kutu ambalajlarının ayniyet yaratacak kadar benzer biçimde kullanılması iddiası ile hem marka hakkına tecavüz hem de haksız rekabet talebinde bulunmuştur. Talebin reddi üzerine Yargıtay davacının hakkının 556 s. KHK m. 5 uyarınca koruma altında olduğunu ayrıca başkasının iş ürünlerinin iltibas yaratacak biçimde kulla-

<sup>17</sup> Selma Baktır, *Ticari İşletme Hukuku* (4. basım, Fakülteler Barış Kitabevi 2000) 136. Aslında burada yazar genel olarak kümülatif görüş uyarınca bir fikir beyan etmemiş, markanın korunması bahsinde şayet bir kötüleme varsa TTK'nın da şartları sağlveığı sürece uygulama alanı bulacağını söylemiştir. Ayrıca yazarın “...*yalnız bu (TTK) maddelerdeki koşulların gerçekleşmesi ile haksız rekabet davası açılabilir.*” ifadesinden TTK'nın tek başına uygulanabilir olduğu yerlerde haksız rekabet hükümlerinin uygulama alanı bulması gerektiğini düşündüğü de ifade edebilir.

<sup>18</sup> Tekinalp (n 16) 33; Poroy ve Yasaman (n 8) 339; Şehirli Çelik (n 12) 85.

<sup>19</sup> Jean Jacques Burst, *Concurrence Déloyale et Parasitisme* (Daloz 1993) 9; Chaudet (n 8) 577–578.

<sup>20</sup> Şehirli (n 16) 8; Harold G Fox, *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition* (2nd edn, The Carswell Company 1956) 688.

<sup>21</sup> Şehirli (n 16) 7; Karaman Odabaşı (n 16) 49, 51; Şehirli Çelik (n 12) 78.

<sup>22</sup> Bozgeyik ve Er (n 16) 31.

<sup>23</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2004/14760 E., 2005/12302 K., 14.12.2005 T. (naklen: Güneş (n 16) 39.).



nılmasının haksız rekabet teşkil edeceğini söylemiştir.<sup>24</sup> Yine başka bir Yargıtay kararında akrobatik lamba üreten bir üreticinin başka bir üretici tarafından ürünlerinin iltibasa yol açacak biçimde kullanılması iddiası ile dava açmıştır. Mahkeme burada da hem eski TTK m. 58 hem de FSEK m. 66'ya dayanarak davacının taleplerini kabul etmiştir.<sup>25</sup>

Avrupa Birliği düzenlemelerinde kümülatif uygulama doktrini geçerli olarak açıkça kabul edilmiştir.<sup>26</sup> Gerçekten de gerek 98/71/EC sayılı Yönerge m. 16<sup>27</sup> gerek de 6/2002 sayılı Tüzük m. 96<sup>28</sup> hükümlerinin lafzında sarih biçimde fikri mülkiyet hakları için sağlanan hukuki korumanın haksız rekabet hükümlerinin uygulanmasını engellemeyeceği ifade edilmiştir.

### 1.2.2. Kümülatif Korumayı Reddeden Görüş

Kümülatif görüşün isabetli olmadığını düşünenler fikri mülkiyet mevzuatı ile haksız rekabet hükümleri arasında adeta bir özel hüküm-genel hüküm ilişkisi kurmaktadırlar.<sup>29</sup> Bu yazarlara göre kendi özel mevzuatlarında korunan fikri ürünlerin haksız rekabet uyarınca da ayrıca korunması mümkün olmamalıdır.<sup>30</sup> Ayrıca fikri hakların dışında örneğin ticaret siciline tescil edilmiş bir ticaret unvanının haksız olarak kullanımında da haksız rekabet hükümlerine değil sadece özel hükümlere gidilebilmesi gerektiğini savunmuşlardır.<sup>31</sup> Bu görüş uyarınca haksız rekabet sadece özel kanunların uygulama kabiliyeti olmadığı yahut özel hükümlerin ilgili hakkı korumaktan aciz kaldığı yerlerde dürüstlük kuralı uyarınca devreye girer.<sup>32</sup> Başka bir deyişle haksız rekabet hükümlerinin sağladığı koruma sadece tali bir koruma yolu olarak değerlendirilir. Ayrıca eğer fikri mülkiyet hakkını koruyan özel düzen-

<sup>24</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2012/17179 E., 2014/704 K., 14.01.2014 T. (<https://www.kanunum.com/>) (Erişim tarihi: 20.06.2023).

<sup>25</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 1992/5613 E., 1993/6833 K., 26.10.1993 T. (<https://www.kanunum.com/>) (Erişim tarihi: 20.06.2023).

<sup>26</sup> Karaman Odabaşı (n 16) 53.

<sup>27</sup> Maddenin orijinali: “*Article 16 Relationship to other forms of protection: The provisions of this Directive shall be without prejudice to any provisions of Community law or of the law of the Member State concerned relating to unregistered design rights, trade marks or other distinctive signs, patents and utility models, typefaces, civil liability or unfair competition.*” Yönerge metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31998L0071> (Erişim Tarihi: 19.12.2021)

<sup>28</sup> Maddenin orijinali: “*Article 96 Relationship to other forms of protection under national law 1. The provisions of this Regulation shall be without prejudice to any provisions of Community law or of the law of the Member States concerned relating to unregistered designs, trademarks or other distinctive signs, patents and utility models, typefaces, civil liability and unfair competition.*” Tüzük metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002R0006&from=EN> (Erişim Tarihi: 19.12.2021)

<sup>29</sup> Bozgeyik ve Er (n 16) 31; Karaman Odabaşı (n 16) 62–63; Şehirli Çelik (n 12) 78. Özel hüküm genel hüküm ilişkisi kurulmasını ilgili kanun ve KHK maddelerinin lafzını değerlendirerek eleştiren görüş için bkz. ibid 85–86, 88. Yazara göre özel hüküm-genel hüküm ilişkisi kurulması mümkün olmamasına rağmen iki koruma düzeni arasında kesişimler olabilir. Bu durumlarda her iki rejimin de uygulanmasını sağlayan ve çelişkili olmayan sonuçlar doğuracak bir yorum metodu izlenmesi gerekir. Fakat genel anlamda fikri mülkiyet mevzuatı ile haksız rekabet hükümleri arasında özel hüküm-genel hüküm ilişkisi bulunmamaktadır bkz. ibid 116–117.

<sup>30</sup> Ülgen ve diğerleri (n 8) 574; Şehirli (n 16) 9.

<sup>31</sup> Ülgen ve diğerleri (n 8) 574.

<sup>32</sup> ibid 575.

lemenin sağladığı koruma kalkmışsa, bu durumda da haksız rekabet hükümlerine başvurulması mümkün olmaz.<sup>33</sup>

Karma görüş olarak da değerlendirilebilecek ama aksi görüşe daha yakın olduğu düşünüldüğü için burada değerlendireceğimiz bir başka görüşe göre haksız rekabet hükümlerinin fikri haklara uygulanması ilke olarak hatalı değildir. Ancak bu durum özel hüküm-genel hüküm ilişkisinin de tamamen kaldırıldığı anlamına gelmez. Zira bu görüşe göre böyle bir çıkarım iki düzenin koruma rejimlerine çizmiş oldukları sınırların anlamsızlaşması demek olur.<sup>34</sup>

Bu noktada az evvel ifade ettiğimiz görüş uyarınca haksız rekabet hükümlerinin özellikle de TTK m. 55/1-(a).4 hükmünün (en azından tescilli markalar bakımından) uygulama alanının oldukça daralacağı sorusu akla gelebilir. Ancak bu görüş uyarınca dahi haksız rekabet hükümlerinin tamamen anlamını kaybetmeyeceğinin altını çizmek gerekir. Nitekim *Total-Tuta* kararında Yargıtay tescilli markanın ihlal edilmediği ancak davaya konu olaylardan bir haksız rekabet ihlali olduğu tespitinde bulunmuştur.<sup>35</sup> Zira “Tuta” ve “Total” ifadeleri kağıt üstünde ortalama bir tüketicinin dahi kolayca farklı markalar olduklarını anlayabilecekleri tasarımlara sahiptirler. Bununla beraber Yargıtay aynı zamanda bu iki benzin istasyonu işletmesinin istasyonlarındaki renk kullanımı, mekânsal dizayn gibi unsurları incelemiş ve özellikle hızla giden bir arabadan istasyona bakan bir kişinin Tuta’ya ait bir istasyonun Total’e ait olduğunu zannetmesi riskinin bulunduğu karar vermiştir. Keza *Kent-Şölen* davasında da şekerleme firmalarının ambalajları arasındaki benzerlik Yargıtay önünde haksız rekabet hükümlerince tartışılmıştır.<sup>36</sup> Gerçi bu durum kümülatif uygulamayı reddeden görüşün tezleri ile çelişmemektedir zira gerek Marka KHK m. 5/2 gerek de SMK m. 4 uyarınca ambalajların tescil edilmesi mümkündür. Tescil edilmemiş ambalajların haksız rekabet hükümlerince korunması bu görüş bakımından da kabul edilir bir durumdur. Ancak yine de bu kararlar kümülatif görüşü reddeden yaklaşım kabul edilse dahi haksız rekabet hükümleri ile fikri mülkiyet korumasının aynı uyumsuzlukta tartışılmasının mümkün olduğunu göstermektedir.

### 1.2.3. Yığılma

Haksız rekabetten doğan haklar ile SMK veya FSEK (ya da tarihine göre KHK) hükümlerinden doğan hakların aynı anda talep edilip edilemeyeceği, başka bir deyişle bunlardan doğan taleplerin yığılmasının mümkün olup olmadığı tartışması yapılabilir.

Taleplerin yarışmasında davacının bir talebi vardır ancak bu talebin dayandığı birden çok

<sup>33</sup> Şehirli Çelik (n 12) 79. Yazar kümülatif görüşü reddeden görüşü değerlendirirken bu görüş uyarınca fikri mülkiyetinin koruma sağladığı ya da sağlamadığı özel hükümlerin kapsamına giren her durumda haksız rekabet korumasının uygulanamayacağını ifade etmektedir.

<sup>34</sup> Karaman Odabaşı (n 16) 53.

<sup>35</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2006/1114 E., 2007/8741 K., 07.06.2007 T. (<https://www.kanunum.com/>) (Erişim tarihi: 20.06.2023).

<sup>36</sup> Yargıtay 11.Hukuk Dairesi, 2009/13926 E., 2011/15089 K., 15.11.2011 T. Davanın şartlarına uygun bir örnek ile kümülatif ve kümülatif görüşü reddeden görüş arasında karşılaştırma için bkz. Şehirli Çelik (n 12) 80.

hukuki zemin vardır.<sup>37</sup> Davacı adeta tek bir talebine farklı kıyafetler giydirmektedir. Oysa yığılmada hukuki zeminler farklı olduğu gibi, bunlara dayanan talepler de birbirinden farklıdır, başka bir deyişle sayıca birden çoktur. Zira talepler aynı edime yönelik olmadıkları gibi aynı ekonomik menfaate de hizmet etmezler.<sup>38</sup>

Kümülatif görüşü savunan yazarlar özellikle tazminat talepleri bakımından yığılmanın mümkün olmadığı kanaatinde dirler.<sup>39</sup> Yani davacının ihlal edilen hakkından doğan tazminat haklarını farklı hukuki dayanakları öne sürerek talep etmesi mümkündür. Ama bu durum, davacının her hukuki dayanak için ayrı ayrı tazminata hak kazanacağı anlamına gelmez.<sup>40</sup> Gerçekten de Yargıtay *Clinic Family Health Book* kararında davacının tazminat talebini farklı mevzuat hükümlerine dayandırabileceğini ama mahkemenin her hüküm için ayrı ayrı tazminata hükmetmesinin yerinde olmayacağına karar vermiştir.<sup>41</sup> Mahkemeye göre her ne kadar davacı aynı eylemden doğan her hakkından dolayı ayrı ayrı talepte bulunulabilse dahi mahkemenin her hak için ayrı ayrı tazminata hükmetmesi hukuka aykırı olur. Zira burada haklar yığılmamakta sadece yarışmaktadır.

Buna karşın Yargıtay'ın *Galaxy* kararında markaya tecavüz ve haksız rekabet ihlali bakımından ayrı ayrı tazminatlara hükmedilmesini hukuka aykırı görmemiştir.<sup>42</sup> Doktrinde de her hakka tecavüz bakımından ayrı bir tazminatın başka bir deyişle yığılmanın mümkün olduğunu düşünen yazarlar vardır.<sup>43</sup>

Bununla beraber, dikkat edilmesi gereken bir başka husus da taleplerin farklı olması halinde bunların yığılmasının mümkün olmasıdır. Örneğin Yargıtay, endüstriyel tasarım hakkına tecavüz ve haksız rekabetin tespiti, durdurulması ve önlenmesi ile maddi ve manevi tazminatın talep edildiği bir davada tecavüz ve haksız rekabetin tespiti ve önlenmesi talebinin ayrı bir davaya konu olabilecek talepler olduğuna, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 110 uyarınca burada bir dava yığılması olduğuna, dolayısı ile de bu talepler yönünden de davacı yararına vekâlet ücreti takdir edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.<sup>44</sup> Aslında bu kararda da Yargıtay'ın tazminat talepleri için haksız rekabet ve tasarım hakkının ihlali için bir yığılma öngörmemiş olması kararın yukarıda bahsettiğimiz görüş ile tutarlı olduğunu göstermektedir. Zira burada yığılma biri haksız rekabet diğeri de tasarım hakkının ihlalin-den doğan iki tazminat hakkının arasında yapılmamaktadır. Tazminat talebi yanında tespit ve önleme talepleri kabul edilmiştir.

<sup>37</sup> ibid 92. Yarışan hakların farklı görünüşleri için ayrıca bkz. ibid 93.

<sup>38</sup> Şehirali Çelik (n 12) 93.

<sup>39</sup> Bozgeyik ve Er (n 16) 24; Güneş (n 16) 54; Suluk, 'Avrupa Birliği Hukuku ve Türk Hukukunda Tasarımların Kümülatif Olarak Korunması (Çoklu Koruma)' (n 11) 44 dpn. 5.

<sup>40</sup> Karaman Odabaşı (n 16) 54.

<sup>41</sup> Yargıtay 11. HD., 2005/5095 E., 2006/8411 K., 14.07.2006 T. (<https://www.kanunum.com/>) (Erişim tarihi: 20.06.2023). Kararın incelemesi için bkz. Şehirali Çelik (n 12) 100–102.

<sup>42</sup> Yargıtay, 11. Hukuk Dairesi, 2009/4769 E., 2010/11782 K., 22.11.2010 T. (naklen: Güneş (n 16) 54.). Kararın eleştirisi ve doktrindeki yaklaşımlar için bkz. Şehirali Çelik (n 12) 103.

<sup>43</sup> Yığılma görüşünü savunan yazarlar için bkz. Şehirali Çelik (n 12) 95.

<sup>44</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2016/9281 E., 2018/2849 K., 18.04.2018 T. (<https://www.kanunum.com/>) (Erişim tarihi: 20.06.2023). Usul hukuku bakımından dava yığılması ile haksız rekabet hükümlerinin fikri mülkiyet mevzuatı ile birlikte uygulanması arasındaki ilişki hususunda bkz. Şehirali Çelik (n 12) 118 vd..

Doktrinde bir görüş uyarınca tek bir ürünün olması muhakkak tek bir hukuka aykırı eylem olduğu anlamına gelmez. Bu görüşe göre eğer korunan unsurlar birbirinden ayrılabilirse bu durumda iki ayrı eylemden söz edilebileceği için taleplerin yığılması kabul edilmelidir. Ancak eğer aynı eylem ile tek bir unsura tecavüz edilmişse; bu durumda tecavüz eylemi farklı kanuni düzenlemeler ile nitelendirilebiliyor olsa da, tek bir talep olmalı ve yığılmadan söz edilmemelidir. Zira korunan unsur bir tanedir.<sup>45</sup>

Genel görüş uyarınca kümülatif görüş benimsense dahi bir tek ihlal dolayısı ile farklı kanuni dayanaklar üzerinden birden fazla defa tazminata hak kazanmak mümkün olmayacaktır. Kümülatif görüş uyarınca kişi örneğin SMK ya da TTK hükümlerinden birini tercih edecek, mahkeme de ona göre bir tazminata hükmedecektir. Başka bir deyişle, tek ihlal için farklı hükümlere dayanarak birden çok tazminat elde etme imkânı bulunmamaktadır. Aksinin kabulü zararı aşan bir tazminata hükmedilmesi anlamına geleceği için hukuk düzenince korunmaz.

## 2. KABUL EDİLEN GÖRÜŞÜN UYGULAMAYA ETKİSİ

### 2.1. KORUMA SÜRESİ DOLMUŞ FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ DURUMU

Haksız rekabet hükümlerinin sağladığı koruma rejiminin kümülatif olarak kullanılmasında temas edilmesi gereken bir diğer husus ise koruma süresi biten fikri mülkiyet haklarının durumunun ne olacağıdır. Zira bilindiği üzere TTK'da düzenlenmiş olan haksız rekabet hükümlerinin sağladığı koruma rejimi için TTK'da bir süre sınırı bulunmamaktadır. Oysa fikri mülkiyete konu haklar bakımından bir ayırım yapılması gerekmektedir. Zira kanun koyucu fikri mülkiyet haklarından bazılarının korunma süresinin kısıtlı olacağını öngörmüştür. Bunun nedeni de kanun koyucunun bir taraftan hak sahibine tekel hakkı verirken; diğer taraftan bu hakkın kamu tarafından kullanılma imkânının tamamen ortadan kalkmamasını istemesidir.<sup>46</sup>

İlk olarak SMK m. 23 uyarınca tescil edilen marka on yıl boyunca korunur.<sup>47</sup> Ancak on yıllık sürenin yenilenmesi mümkündür. Bu bakımdan haksız rekabetin koruması ile temelde bir ayırım yoktur. İki kanuni düzenleme de süresiz korumaya cevaz vermektedirler. Buna karşın aynı durum patent ve fikri mülkiyet hakları için geçerli olmayacaktır.

Bunun yanında FSEK m. 27 uyarınca eser sahibi ömrü boyunca eserden doğan haklardan istifade edebiliyor olsa da eser sahibinin ölümünden sonra eser üzerindeki haklar yetmiş yıl daha korunacak, daha sonra ise kamuya mal olmuş sayılacaktır.<sup>48</sup> Bu hüküm uyarınca her ne kadar eser sahibi ömrü boyunca korunmuş olsa da sağlanan koruma eser sahibinin ölümünden sonra sınırlı bir süre boyunca devam eder.<sup>49</sup> Bunun nedeni de bir

<sup>45</sup> Şehirali Çelik (n 12) 96, 100.

<sup>46</sup> Cahit Suluk, 'A Comparative Law Perspective of the Protection of Unregistered Industrial Products Under Turkish Unfair Competition Law' (2012) 43 International Review of Industrial Property and Copyright Law 825, 825.

<sup>47</sup> Cahit Suluk, Rauf Karasu ve Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. basım, Seçkin 2021) 219.

<sup>48</sup> ibid 111, 15–16.

<sup>49</sup> ibid 126.

süre sonra artık bu hakların kamuya mal olduğunun kabul edilmesidir.<sup>50</sup> Bu durumun en çarpıcı ve asıl tartışılmaya layık olan yönü ise patent hukukundadır. SMK m. 101 uyarınca; tescilli patenti yirmi yıl, faydalı modeli de on yıl boyunca korunmaktadır.<sup>51</sup> Keza tescilli bir tasarımın koruma süresi ise SMK m. 69 uyarınca beş yıllı sınırlıdır; ancak uzatmalarla beraber bu süre en çok yirmi beş yıla çıkabilecektir. Kanunumuz tescilsiz tasarımların da üç yıl boyunca korunacağını SMK m. 69/2’de ifade etmiş bulunmaktadır.<sup>52</sup> KHK düzeninde genel hükümler uyarınca korunan tescilsiz tasarımlar için bir koruma süresi kısıtlaması yok iken SMK’nın kabulünden sonra bir süre sınırı öngörülmesi, böylece tescilsiz tasarımların tescilli tasarımlardan daha uzun süre korunması ihtimalinin kaldırılması önemli bir değişikliktir.<sup>53</sup>

Bu değişiklik sebebiyle fikri mülkiyet hukuku kapsamında sadece belli bir zaman aralığı boyunca korunan hakların haksız rekabet hükümlerince süresiz olarak korunup korunamayacağı bir tartışma konusu haline gelmiştir.

Kanunun bu hakların korunmasını süreye bağlamış olmasının nedeni sadece hak sahibinin yararlandığı hakları kısıtlamak değildir; kanun aynı zamanda yapılış amacına da doğru bir dengede hizmet edebilmeye çalışmaktadır. Zira SMK sadece ürün sahibini korumak için değil aynı zamanda “*teknolojik, ekonomik ve sosyal ilerlemenin gerçekleştirilmesi*” amaçlarına hizmet etmek için de yazılmıştır. Bir ürün sahibine süre ile sınırlandırılmamış bir tekel hakkı vermek, o ürünün piyasaya mal olması ihtimalini ortadan kaldıracığı için SMK’daki süre kısıtlamaları kanunun amacı ile de tutarlıdır. Kısaca burada bahsedilen çatışma sadece iki ayrı kanundaki farklı sonuçlar doğrudan iki hükmün karşı karşıya gelmesi değil korunan iki farklı hukuki menfaatin birbirini dışlamasıdır. Bir yandan haksız rekabet dürüst rekabetin piyasada her zaman korunması gerektiği düşüncesiyle süre kısıtlaması olmadan koruma rejimi öngörürken diğer yandan SMK bahsettiği tekel hakkının zamansal sınırını çizerek piyasadaki teknolojik ve iktisadi gelişmelerin önünü kapatmamayı hedeflemektedir.

Kümülatif korumanın mümkün olmadığını düşünen yazarlar bakımından ise zaten bahsedilen çakışma olmayacağı için ayrıca incelenemeye değer özellikte bir durum bulunmamaktadır. Ancak kümülatif koruma görüşü bakımından bu durumun ayrıca incelenmesinde yarar vardır. Bu hususta kümülatif uygulamayı öneren yazarlar dahi şayet özel düzenlemede öngörülen süre dolmuşsa haksız rekabet marifetiyle adeta alternatif bir hak yaratarak bu süre

---

<sup>50</sup> ibid 16.

<sup>51</sup> ibid 287.

<sup>52</sup> ibid 234.

<sup>53</sup> Güneş (n 16) 40, 48.

sınırının kaldırılmasının doğru olmayacağı kanaatindedirler.<sup>54</sup>

Karşılaştırmalı hukukta da sürenin dolması dahil özel düzenlemeden yararlanma hakkını kaybeden ürünlerin haksız rekabetten yararlanıp yararlanmayacağı konusunda iki zıt yaklaşım olduğunu söyleyebiliriz. Müşterek hukuk ülkelerine göre eğer ürün bir şekilde koruma kapsamından çıkmışsa artık haksız rekabet hükümlerinin herhangi bir şekilde devreye girmesi mümkün olmamalıdır. Dolayısı müşterek hukuk ülkelerinde körü körüne taklit (*slavish imitation*) hukuka aykırı bulunmamaktadır.<sup>55</sup> İngiltere’de fikri mülkiyet korumasının yanında genel bir haksız rekabet davasına mahkemeler şüpheli yaklaşmaktadır.<sup>56</sup> Oysa medeni hukuk ülkelerinde (özellikle Fransa’da) emek ilkesinin öne çıktığı gözlenmektedir. Bundan dolayı eğer bir ürün, özel düzenleme korumasından yararlanılsın ya da yararlanılsın, piyasada üreticisinin emeği suiistimal edilecek biçimde kullanılıyorsa haksız rekabet hükümleri devreye girecektir.<sup>57</sup> Almanya’da da fikri mülkiyet hukukunca korunmayan bir haktan serbestçe yararlanma kural olsa bile haksız rekabet korumasının devreye girebileceği kabul edilmiştir.<sup>58</sup> İspanya’da koruma süresi dolmuş fikri mülkiyet hakları için körü körüne taklit üzerinden korumanın kabul edildiği mahkeme kararları vardır.<sup>59</sup> Hollanda hukukunda ise fikri mülkiyet hukukundan gelen koruması sona eren bir ürünün ayrıca karıştırılmaya yol açmıyorsa serbestçe kullanılabilmesi gerektiği savunulmuştur.<sup>60</sup>

<sup>54</sup> Tekinalp (n 16) 34; Suluk, Karasu ve Nal (n 47) 287. Bununla beraber süre bitmiş olmasına rağmen iltibas ve karşılaştırmanın varlığı halinde haksız rekabetin uygulama alanı bulabileceği yönünde görüş için bkz. ibid 16; Suluk, ‘A Comparative Law Perspective of the Protection of Unregistered Industrial Products Under Turkish Unfair Competition Law’ (n 46) 842–846. Ancak bu eserde yazar süreden ziyade KHK dönemi için tescilsiz tasarımların nasıl korunacağını izah etmeye çalışmıştır. Yazara göre özel korumadan yararlanmayan ürünlerin sadece taklit edilmesi tek başına bir haksız rekabet ihlali doğurmayacaktır. Bunun kabulü haksız rekabetin özel düzenlemelere alternatif haline gelmesi demek olur. Aynı şey süresi dolmuş fikri hakları için de geçerlidir zira sadece taklidin haksız rekabet teşkil ettiğini söylemek bu hakların süre ile kısıtlı olması ilkesi ile çelişecektir. Yazara göre körü körüne taklit de dahil ayrıca karışıklığa yol açmayan kullanımların haksız rekabet ihlali sayılmaması gerekir. Zira fikri mülkiyet hukukundan doğan boşluk serbest rekabetçi piyasa lehine doldurmalıdır. Ayrıca Güneş de kümülatif uygulamanın mümkün olması için tescilli hakkın koruma süresi içinde olması gerektiğini ifade etmiştir. İlgili görüş için bkz. Güneş (n 16) 35, 37, 38. Şehirali de süresi sona eren haklar için artık haksız rekabet hükümlerinin korumasının istisnai olması gerektiği, kuralın taklit serbestisi olduğunu düşünmektedir bkz. Şehirali Çelik (n 12) 112.

<sup>55</sup> Suluk, ‘A Comparative Law Perspective of the Protection of Unregistered Industrial Products Under Turkish Unfair Competition Law’ (n 46) 830.

<sup>56</sup> Davis, ‘United Kingdom’ in Frauke Henning-Bodewig (ed), *International handbook on unfair competition* (Beck [u.a] 2013) 601; Burton Ong, ‘Competition Law and The Common Law of Unfair Competition’ (Doktora Tezi, Oxford Üniversitesi 2011) 27–28 <<https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:0bcf048f-12a6-495d-a7ae-66b307d296df/files/ma691106870e6637dd11ad26361cf514d>> (Erişim tarihi: 10.02.2024); Gerald Dworkin, ‘Passing off and Unfair Competition: An Opportunity Missed’ (1981) 44 *The Modern Law Review* 564, 566.

<sup>57</sup> Suluk, ‘A Comparative Law Perspective of the Protection of Unregistered Industrial Products Under Turkish Unfair Competition Law’ (n 46) 831. Fransa mahkemelerinin özellikle paraziter rekabet ve haksız rekabet hükümlerini nasıl değerlendirdiğini görmek için bkz. Burst (n 19) 137–143.

<sup>58</sup> Brunhilde Steckler, ‘Unfair Trade Practices under German Law: “Slavish Imitation” of Commercial and Industrial Activities’ [1996] *European Intellectual Property Review* 390, 397.

<sup>59</sup> Bu kararlar ve eleştirisi için bkz. Luis Gimeno, ‘Trade Mark Infringement and Slavish Imitation in Spain’ [(1996) *European Intellectual Property Review* 464, 467. Yazar ayrıca bu yöndeki kararların İspanya Anayasasını serbest rekabete engel olması bakımından ihlal ettiği görüşündedir, bkz. ibid 467.

<sup>60</sup> Bartosz Sujecki, ‘Slavish Imitation and Trade Mark Protection: A Dutch Perspective’ 2011) *European Intellectual Property Review* 743, 744.



## 2.2. TESCİLLİ VE TESCİLSİZ HAKLARIN KULLANIMI BAKIMINDAN ÖZELLİKLİ DURUMLAR

### 2.2.1. Tescilli Hakların Haksız Rekabete Konu Olması Sorunu

Kümülatif koruma hükümleri değerlendirilirken dikkat edilmesi gereken bir başka husus da tescilli bir hakkın kullanımının yine de haksız rekabet oluşturup oluşturmayacağıdır. Bir başka deyişle bir şekilde tescil edilmiş bir hakkın kullanımını haksız rekabet fiilleri açısından acaba hukuka uygunluk sebebi teşkil edebilecek midir? İstanbul Bölge Adliye mahkemesi önüne gelen ve iltibasa dayanılan bir davada; davalı kendisinin de tescilli markası olduğunu savunma olarak ileri sürmüştür. Buna rağmen mahkeme davalının kullanımının iltibas yaratabilecek bir kullanım olduğunu, ortalama bir tüketicinin davalının tabelasını gördüğünde davacı ile davalı arasında organik bir bağ olduğunu zannedebileceğini bundan ötürü de 556 s. KHK m. 8/1-(b) anlamında karıştırılma ihtimali olduğunu tespit etmiştir. Mahkemeye göre bu kullanım aynı zamanda eski TTK m. 56 uyarınca haksız rekabet de teşkil etmektedir.<sup>61</sup>

Mağdur olan tarafın marka hakkının ihlal edilmesinin kendiliğinden haksız rekabet teşkil edip etmeyeceği de Yargıtay kararlarına konu olmuştur. Hereke halıları ile ilgili olan bir dava mahkeme “*marka ve coğrafi işaret hakkına tecavüz oluşturan her eylemin ayrıca haksız rekabet de oluşturduğu*” ifadesine gerekçesinde yer vererek marka ve coğrafi işaret gibi hakları ihlal edilen fiillerin *per se* haksız rekabet teşkil edeceğini karara bağlamış bulunmaktadır.<sup>62</sup>

Benzer biçimde, Benelux Fikri Mülkiyet Sözleşmesi m. 2.19 uyarınca marka olarak tescil edilebilecek bir işaret için bu tescil gerçekleştirilmeden herhangi bir talep ileri sürülemez. Fakat eğer bir marka hakkı tescil edilmişse madde 2.20 uyarınca marka korumasından bağımsız olarak genel hükümlerce de korunabileceği kabul edilmiştir.<sup>63</sup>

Davacının tescil edilmeye müsait olan bir ürününün tescilli olmaması halinde ise, Yargıtay kararları uyarınca, mahkemenin eğer talep edilmişse haksız rekabet hükümlerini değerlendirmeden karar vermesi hukuka uygun olmayacaktır. Kısaca mahkemeler tescilli bir hak olmadığı için başka bir inceleme yapılmadan haksız rekabetin olmadığı sonucuna ulaşamazlar. Örneğin davacının entegre devresinin izinsiz olarak kullanıldığından bahisle açtığı davada, ilk derece mahkemesinin tescilli bir entegre devre hakkı olmadığı gerekçesi ile davacının taleplerini reddetmesini; Yargıtay, talep edilmiş olmasına rağmen haksız rekabet hükümleri değerlendirilmeden karar verildiği için bozmuştur.<sup>64</sup> Başka bir olayda davacı, fay-

<sup>61</sup> İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. Hukuk Dairesi, 2017/889 E., 2018/1715 K., 18.07.2018 T. (<https://www.kanunum.com/>) (Erişim tarihi: 20.06.2023).

<sup>62</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2017/1974 E., 2019/87 K., 07.01.2019 T. (<https://www.kanunum.com/>) (Erişim tarihi: 20.06.2023). Bu kararda mahkemenin hem coğrafi işarete tecavüze hem de haksız rekabete dayanmış olması Yargıtay içtihadında kümülatif uygulamanın da varlığına bir örnek teşkil etmektedir. KHK kapsamında bir tecavüz eyleminin tek başına haksız rekabet oluşturmayacağı, TTK 54 vd. hükümleri uyarınca haksız rekabet incelemesinin yapılması gerektiği hakkında bkz. Şehirli Çelik (n 12) 87.

<sup>63</sup> ‘Benelux Convention on Intellectual Property (BCIP) | Benelux Office for Intellectual Property’ <<https://www.boip.int/en/document/benelux-convention-on-intellectual-property-bcip>> (Erişim tarihi: 10.02.2024). Bu konuda açıklamalar için bkz. Bartosz Sujecki (n 60) 744.

<sup>64</sup> Yargıtay 11 Hukuk Dairesi, 2010/5051 E., 2012/4970 K., 29.03.2012 T. (naklen: Güneş (n 16) 38–39.).



dalı model belgesine sahiptir ancak bu belgenin koruması 28.05.2001 tarihinden itibaren başlamaktadır. Ancak davacının dava ettiği fiil bu tarihten önce gerçekleşmiştir. Yargıtay verdiği kararda her ne kadar 551 sayılı KHK m. 82 altında tescilin korunmasından yararlanılmasının mümkün olmadığına hükmetse de davacının haksız rekabet hükümlerine dayanabileceğine karar vermiştir.<sup>65</sup>

### 2.2.2. Tescilsiz Hakların Haksız Rekabet Hükümlerince Korunması

Tescilsiz hakların haksız rekabet hükümlerince korunması kanunda bulunmayan yeni bir hak modelini ortaya çıkarttığı iddiası ile eleştirilebilir. Zira özel düzenlemeler uyarınca korunmayan ürünlerin haksız rekabet hükümleri uyarınca bir koruma alanına sokulması bazı görüşlere göre bir hakkı tescil ettirmenin anlamını ortadan kaldıracak, bazen tescilsiz hakların istifade ettiği korumanın tescilli haklardan bile fazla olmasına neden olacaktır.<sup>66</sup> Örneğin SMK kapsamında yapılan bir patent ya da tasarım tescili süre ile sınırlandırılmıştır. Oysa haksız rekabet korumasının bir süre sınırı bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, fikri mülkiyet mevzuatı ile haksız rekabet hükümlerinin amacının birbirinden ayrılması önemlidir. Haksız rekabet hükümleri serbest piyasayı koruduğuna göre, bunun bir süre sınırına tabi olmaması pek tabi anlaşılabilir. Oysa fikri mülkiyet hakları bir taraftan hakkın sahibine tekel hakkı vererek onu adeta ödüllendirirken; diğer taraftan bu tekel hakkının süresini daraltarak kamunun bu üründen yararlanma hakkını korumaya çalışmaktadır. Burada haksız rekabet hükümlerinin fikri mülkiyet haklarına uygulanmasının fikri mülkiyet hukukunda tesis edilmiş olan menfaat dengesini bozup bozmayacağı sorusu sorulabilir. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda burada zikredilen çekinceyi açıkça dile getirerek gerekçesinde şu satırlara yer vermiştir:

*“Haksız rekabetin önlenmesindeki amaç, serbest piyasa düzeninde, herkesin dürüstlük kuralları içerisinde hareket etmesini sağlamak suretiyle bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır. Dürüst ve bozulmamış rekabetin varlığı, piyasa katılımcılarının (tüketiciler, tacirler, rakipler) yanında, bireysel rekabet düzeninin korunmasını da gerektirir. Tacirlerin korunması ilkesi çerçevesinde koruma unsurlarından biri de emeğin ve yatırımların korunması olmakla birlikte, fikri mülkiyet hakları özelinde, bütün dünyada ve ülkemizde geçerli olan tescile bağlı ve süreyle sınırlı koruma ilkelerinin de göz ardı edilmemesi gerekir. Bu çerçevede, haksız rekabet hükümlerine dayanılarak anılan ilkeleri geçersiz kılacak veya zedeleyecek yorumlardan dikkatle kaçınılmalı ve bu noktada haksız rekabet hükümleri dar yorumlanmalı, konuya ilişkin özel hükümlerin ötesinde, mal veya hizmetlerle ilgili olarak tekel yaratılmamalı, ekonominin sağlıklı şekilde işlemesi için serbest rekabet ortamı özenle korunmalıdır.”<sup>67</sup>*

<sup>65</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2003/12443 E., 2004/7269 K., 29.06.2004 T. (naklen:ibid 37–38.).

<sup>66</sup> Suluk, ‘A Comparative Law Perspective of the Protection of Unregistered Industrial Products Under Turkish Unfair Competition Law’ (n 46) 843.

<sup>67</sup> Yargıtay, 11. Hukuk Dairesi 2021/89 E., 2021/3954 K. 22.04.2021 T. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/Yargitay-BilgiBankasiIstemciWeb/>) (Erişim tarihi: 20.06.2023).

Bu kararında Yargıtay'ın tescilsiz tasarımlar için kanunun öngördüğü rejimi haksız rekabet hükümleri ile esnetmek istemediğini söyleyebiliriz. Zira Yargıtay'a göre rekabet hükümleri ile tescilsiz ürünlere tescilli ürünlerden daha geniş bir koruma verilmesi doğru olmayacaktır.<sup>68</sup>

Burada özellikle tasarım bakımından ikili bir ayrıma gitmek gerekir. Zira 554 sayılı KHK döneminde madde 1/2 uyarınca tescilsiz tasarımların genel hükümlere tabi olacağı açıkça zikredilmişti.<sup>69</sup> Buradaki genel hükümlerin hem FSEK hem de TTK hükümlerini kapsadığı düşünülüyordu. Doktrinde bir görüş buna ek olarak sadece tescilsiz tasarımlar değil, sonradan hükümsüzlüğüne karar verilmiş tasarımlar için de haksız rekabet korumasının uygulanması gerektiğini savunuyordu. Bu görüş uyarınca adaletsiz sonuçların ortadan kaldırılması için tescilsiz tasarımların ve sonradan hükümsüz hale gelmiş (hatta bir şekilde tescil korumasından yararlanamayan bütün) tescillerin aynı şekilde ele alınması gerekiyordu. Aksi halde aslında en başından beri tescil edilmemesi gereken bir hak tescil edilip sonradan hükümsüzleştiği için haksız rekabetten yararlanma hakkını kaybedecekken aynı durumda olan ama tescil edilmeyen bir tasarım haksız rekabet hükümlerince korunacaktı. Anılan görüş uyarınca ya hem tescilli hem de tescilsiz tasarımları bu haktan yararlandırmak ya da ikisini de haksız rekabet hükümlerine dayanmaktan mahrum bırakmak gerekiyordu. Ancak Tasarım KHK m. 1/2 karşısında tescilsiz tasarımların haksız rekabet hükümlerince korunacağı açık olduğu için hükümsüzleşen tasarımlara da bu hakkın verilmesi daha uygun olacaktır.<sup>70</sup> Bu halde dahi haksız rekabet şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği ayrıca değerlendirilecektir. Yoksa tescil korumasının dışında kalmak doğrudan haksız rekabet hükümlerine başvuru hakkı tanımayacaktır.<sup>71</sup>

Bu tartışmanın bugün itibariyle önemini kaybettiği kanaatindeyiz. Zira bugün yürürlükte olan SMK m. 55/4 uyarınca tescilsiz tasarımların rejimi Kanunda ayrıca düzenlenmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla en azından tasarımlar bakımından Kanunun tescilsiz tasarımların korunması için bir süre öngördüğünü, bir üst başlıkta açıklanan nedenlerle, bu sürenin haksız rekabet hükümleri ile arkasından dolaşılamayacağını savunmak mümkündür. Aksinin kabulü halinde tescilsiz tasarımların, tescil edilmiş tasarımlardan dahi uzun bir süre boyunca korunması gündeme gelebilir ki bunun kanun koyucunun iradesini yansıtmadığı açıktır.

KHK döneminde verdiği bir kararda Yargıtay,<sup>72</sup> tescilsiz tasarıma dayalı olarak açılmış olan davada mahkemenin o dönemde Topluluk Tüzüğünde olan ancak henüz bizim mevzuatımıza geçmemiş olan tescilsiz tasarımların üç yıl boyunca korunacağı ilkesinin taraf

<sup>68</sup> Kararda Yargıtay şu ifadelerle yer vermiştir: “*Bunun dışında, orijinal tescilli tasarımlar için bile her beş yılda bir yenilenmek koşuluyla yirmi beş yıllık koruma sağladığı ve sürenin sonunda tasarım hakkının topluma intikal edeceği kabul edildiği halde, haksız rekabet hükümlerinden ve emeğin korunması ilkesinden hareketle sırf orijinal olmasından dolayı tescilsiz tasarımlara daha fazla hak bahşedildiği de iddia edilemez.*”.

<sup>69</sup> SMK öncesi dönem için KHK ile TTK arasında özel-genel hüküm ilişkisi kurulmasının mümkün olmadığı görüşü hakkında bkz. Şehirli Çelik (n 12) 81.

<sup>70</sup> ibid 90–91, 110 vd.

<sup>71</sup> ibid 111. Yazar bu görüşü içinde sürenin dolması nedeni ile koruma dışında kalmış tasarımların için farklı değerlendirme yapılması gerektiğini düşünmektedir.

<sup>72</sup> Yargıtay, 11. Hukuk Dairesi, 2007/7158 E. 2009/2111 K., 24.02.2009 T (naklen: Karaman Odabaşı (n 16) 153.).

menfaatleri arasındaki dengeyi tesis edeceği yönündeki gerekçe ile davacının talebini reddetmiştir. Karardan anlaşıldığı üzere ilk derece mahkemesi, tescilsiz bir tasarımın süre sınırı olmaksızın korunmasını doğru bulmamıştır. Ancak Yargıtay ise ilk derece mahkemesi kararını haksız rekabet korumasının süreye bağlı olmaması nedeniyle bozmuştur.

Yargıtay yine KHK döneminde verdiği başka bir kararında<sup>73</sup> soba tasarımlarının birbirine çok benzediği ve kendisinin üstün bir hakkı olduğundan bahisle haksız rekabet davası açan davacının taleplerini kabul etmiştir. Bununla beraber bu karar, doktrinde tescilsiz bir hakkın tescilli bir haktan bile daha geniş bir koruma alanı bahsetmiş olması gerekçesiyle eleştirilmiştir.<sup>74</sup>

Buna karşın Yargıtay başka bir kararında tescilsiz bir oturma grubu tasarımının aynen kopyalanması suretiyle haksız rekabet fiili işlendiği iddiasında her ne kadar talebi reddetse de bunu haksız rekabet hükümlerinin tescilsiz tasarımlara uygulanmayacağı gerekçesi ile yapmamıştır. Yüksek Mahkeme kararında söz konusu uyuşmazlıkta tasarımın ayırt edici özelliği olmadığı için haksız rekabet ihlali ortaya çıkartmaya müsait olmadığına hükmetmiştir.<sup>75</sup> Bu da eğer davaya konu tasarımın ayırt edici özelliği olsaydı mahkemenin haksız rekabet hükümleri ile tescilsiz bir tasarımı koruyabileceği ihtimalini akla getirmektedir. Ancak bu kararda da söz konusu tescilsiz tasarımın KHK kapsamında olduğunu hatırlamakta fayda vardır çünkü SMK ile tescilsiz tasarımların korunma rejimi değiştirilmiştir. Keza başka bir kararda da davacı tescilsiz moda tasarımının FSEK altında eser mahiyetinde olduğunu ve davalının eserini taklit etmesinin iltibas yarattığını iddia etmiş, ilk derece mahkemesi de talepleri kabul etmiş ve nihayetinde ilk derece mahkemesinin kararı Yargıtay tarafından onanmıştır.<sup>76</sup>

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında medeni hukuk ülkelerinde emek ilkesi görece daha çok öne çıktığı için haksız rekabetin sağlamış olduğu korumanın tescilsiz fikri haklara teşmiline de daha sıcak bakıldığı görülür.<sup>77</sup> Örneğin paketleme ve bira şişelerinin şeklinin tartışıldığı bir davada, Fransız Yargıtayı (*Cour de cassation*) davacının şişelerinin şekli herhangi bir fikri mülkiyet hakkı ile korunmasa bile bunlar arasındaki benzerliğin paraziter bir davranış olacağını kabul etmiştir.<sup>78</sup> Müşterek hukuk ülkelerinde ise üzerinden fikri mülki-

<sup>73</sup> Yargıtay, 11. Hukuk Dairesi, 1996/2680 E., 1996/3230 K., 09.05.1996 T (naklen: ibid 168.).

<sup>74</sup> Cahit Suluk, 'Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Tescilsiz Sınai Ürünlerin Haksız Rekabet Hükümleri İle Korunması' (2012) 18 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 157, 166.

<sup>75</sup> Yargıtay, 11. Hukuk Dairesi, 2018/3946 E., 2019/5412 K., 16.09.2019 T. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>) (Erişim tarihi: 20.06.2023). Bu kararda Bölge Adliye Mahkemesi ayrıca davada davalının davacının ürünlerini sattığına dair yeterince kanıt da bulunmadığını, ilk derece mahkemesinin bu gerekçe ile karar vermesi gerektiğine hükmetmiştir.

<sup>76</sup> Yargıtay, 11. Hukuk Dairesi 2017/5 E. , 2018/7634 K. 05.12.2018 T. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>). Bu kararında Yargıtay dava bakımından Fikir ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nin görevli olduğuna hükmetmiştir. Görev hususu ayrıca incelenecek olduğundan burada kararın bu yönü incelenmemiştir.

<sup>77</sup> Suluk, 'Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Tescilsiz Sınai Ürünlerin Haksız Rekabet Hükümleri İle Korunması' (n 74) 162.

<sup>78</sup> *Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 10 mai 2006, 04-15612, Inédit*, Nérrison, 'France' in Frauke Henning-Bodewig (ed), *International handbook on unfair competition* (Beck [u.a] 2013) 223.

yet koruması kalkmış olan bir ürünün taklidinin dahi mümkün olduğu, bu durumun rekabetçi piyasayı canlandırdığı anlayışı benimsenmiştir.<sup>79</sup> Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi kümülatif uygulamanın tescil edilememiş sınai haklar açısından geçerli olup olmadığını *Sears, Roebuck & Co. v. Stiffel Co.* kararında<sup>80</sup> tartışmıştır. Bu kararda mahkeme bir ürünün patentlenebilmesinin bazı katı şartlara bağlandığını ifade etmiştir. Bu şartlardan biri de yenilik şartıdır. Mahkemenin bu şartları sıkı biçimde incelenmesinin nedeni de patent hukukunun bir yandan ürün sahiplerine tekel hakları bahşederken diğer yandan da serbest ticareti korumaya çalışmasından kaynaklanmaktadır. Mahkemeye göre yenilik şartını sağlamayan bir ürünün haksız rekabet hükümleri uyarınca korunmasının talep edilmesi mümkün olmamalıdır. Zira patent federe devlet kanunları uyarınca ancak sınırlı bir süre için ve yenilik şartını taşıyan ürünlere verilmektedir. Yüksek mahkemeye göre (federe devletlerin de yasama faaliyetlerine müdahale etmemek adına) bu şartların anlamını ortadan kaldıracak bir karar verilmesi mümkün değildir.<sup>81</sup>

### 2.3. FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU'NDAKİ ÖZEL TAZMİNAT

Kümülatif koruma doktrini değerlendirilirken dikkat edilmesi gereken bir husus da FSEK m. 68'de düzenlenmiş olan<sup>82</sup> ve ihlal mağduruna uğramış olduğu zararı tazmin etmek için hak sahibi ile sözleşme yapılsaydı alınacak olan bedelin üç katına kadar tazminat elde etme

<sup>79</sup> Suluk, 'Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Tescilsiz Sınai Ürünlerin Haksız Rekabet Hükümleri İle Korunması' (n 74) 162; Karaman Odabaşı (n 16) 151. Taleplerin haksız rekabete dayandırıldığı *Pub Squash* davasında bazı hakimler rekabetin özgür kalmasının önemini ayrıca vurgulayarak davacının taleplerini reddetmişlerdir, bkz. *Cadbury Schweppes Pty Limited and others v The Pub Squash Co Pty Limited (New South Wales), Judgment* (Privy Council).

<sup>80</sup> 'Sears, Roebuck & Co. v. Stiffel Co., 376 U.S. 225 (1964)' (*Justia Law*) <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/225/>> (Erişim Tarihi: 10.02.2024)

<sup>81</sup> Ahmet T Keşli, 'Türk Hukukunda Bir Sorun: Tescil Edilmemiş ve Koruma Süresi Dolmuş Endüstriyel Ürünler ve Konuya İlişkin Bir Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi Kararı Takdimi' (2002) 2 Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi 17–26.

<sup>82</sup> İlgili maddenin ilk fıkrası şu şekildedir, "Eseri, icrayı, fonogramı veya yapımları hak sahiplerinden bu Kanuna uygun yazılı izni almadan, işleyen, çoğaltan, çoğaltılmış nüshaları yayan, temsil eden veya her türlü 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."

imkânı veren düzenlemedir.<sup>83</sup> Hukukumuzda müşterek hukuktan farklı olarak cezalandırıcı tazminat yoktur.<sup>84</sup> Tazminatın azami miktarı zarar ile sınırlandırılmış bulunmaktadır. Bununla beraber, FSEK m. 68 ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 58 uyarınca istisnai olarak hukukumuzda da zararı aşan tazminat talebi kabul edilmiştir. Buradaki sorun şudur; acaba haksız rekabete ya da sınıai mülkiyet haklarına dayanan kişi aynı zamanda bu talebinde kümülatif uygulamadan yararlanarak FSEK m. 68'e de dayanarak zararını aşan bir tazminata hak kazanabilecek midir? Zira ne TTK'da ne de SMK'da zararı aşan tazminat talebine izin veren bir düzenleme bulunmamaktadır.<sup>85</sup>

Yargıtay'ın bu konudaki uygulamasına bakıldığında haksız rekabet talepleri ile birlikte ileri sürülen FSEK ihlallerinden doğan üç katı tazminat taleplerini kabul ettiği görülmektedir. Örneğin yazılı eserde intihal bulunduğu talebi ile açılan davada; davacı FSEK'in 13, 71, 73, 74. maddelerine dayanmış, bunun yanında da ilgili fiilin haksız rekabet teşkil ettiğini ileri sürmüştür. Davacı, FSEK m. 66, 67 ve 68 hükümleri uyarınca üç kat tazminat da talep etmiştir. Ayrıca haksız rekabet hükümleri uyarınca da TTK m. 56, 57, 58 altında haksız rekabetin tespiti, menî ve kararın ilanı talebinde bulunmuştur. İlk derece mahkemesi talepleri kabul etmiş ve üç kat tazminata da hükmetmiştir. Yargıtay ise kararı mahkemenin sadece talep olmamasına rağmen FSEK m. 83 uyarınca hükmettiği tazminat bakımından, bir diğer deyişle HMK m. 26 uyarınca talebi aşan bir hüküm verdiği için bozmuştur.<sup>86</sup>

Hukuk Genel Kurulunun verdiği başka bir kararda ise davacı çeviri eser üzerinde lisans sahibi olduğu için haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle FSEK m. 68 uyarınca üç katı tazmi-

<sup>83</sup> Yargı kararlarında bakıldığında mahkemeler genellikle ihlali tespit ettiklerinde talep de edilmişse doğrudan farazi sözleşme bedelinin üç katı tazminatına hükmetmektedirler. Bununla beraber bir Yargıtay Kararı'nın muhalefet şerhine konu olduğu üzere FSEK m. 68'teki üç kat tazminat düzenlemesi yine de hakime bir takdir yetkisi bırakır. Yani hakim üç kat tazminata hükmetmek zorunda olmayıp durumun şartlarına göre daha düşük bir tazminata da hükmedebilir. İlgili muhalefet şerhi için bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2020/5930 E., 2021/4201 K., 28.04.2021 T. (<https://www.kanunum.com/>) (Erişim tarihi: 20.06.2023). Aynı yönde bir muhalefet şerhi için bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2020/6026 E., 2021/4207 K., 28.04.2021 T. (<https://www.kanunum.com/>) (Erişim tarihi: 20.06.2023), Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2018/4872 E., 2019/6467 K., 21.10.2019 T. (<https://www.kanunum.com/>) (Erişim tarihi: 20.06.2023). Kararlardaki muhalefet şerhlerinin dayanağı ise FSEK m. 68'in iptali için Anayasa mahkemesinde açılan iptal davasının reddidir. Bu kararda itirazda bulunanlar FSEK m. 68 Anayasa Mahkemesi önüne tazminat konusunda hakimin takdir yetkisini kaldırdığı, bundan dolayı da eşitlik ilkesine aykırı olduğunu iddia etmişler ancak mahkeme ilgili maddedeki üç kat tazminat unsurunun hakimin takdir yetkisini ortadan kaldırmadığı gerekçesi ile hükmü iptal etmemiştir. Anayasa Mahkemesinin gerekçesi de dikkate alındığında mevcut yargı içtihadının doğrudan üç kat tazminata karar vermesinin yerinde olmadığı ve mahkemelerin takdir yetkilerini kullanmadan tazminata karar vermelerinin aslında Anayasa'ya aykırı bir netice doğuracak nitelikte olduğunu söylemek mümkündür. İlgili AYM kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi, 2012/133 E., 2013/33 K., 28.2.2013 T. (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/07/20130712-13.htm>) (Erişim Tarihi: 7.01.2022).

<sup>84</sup> Oğuzman ve Öz (n 15) 114–115. Cezalandırıcı tazminat hakkında daha çok bilgi için bkz. Howard L Oleck, *Cases on Damages* (Bobbs-Merrill Company, Inc 1962) 62–91 <<https://libproxy.berkeley.edu/login?qurl=http%3A%2F%2Fwww.heinonline.org%2FHOL%2FPage%3Fhvele%3Dhein.beal%2Fcadamgs0001%26id%3D1%26size%3D2%26collection%3Dbeal%26index%3Dbeal>> (Erişim tarihi: 10.02.2024).

<sup>85</sup> Nomer Ertan'a göre TTK m. 56'da maddi tazminat olarak davalının elde etmesi muhtemel kazançta hükmedilmesinin kaynağı TBK m. 530 uyarınca gerçek olmayan vekaletsiz iş görmedir, bkz. Ülgen ve diğerleri (n 8) 608–610. Benzer görüş için bkz. Poroy ve Yasaman (n 8) 447.

<sup>86</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2014/11258 E., 2014/18187 K., 24.11.2014 T. (<https://www.kanunum.com/>) (Erişim tarihi: 20.06.2023).



nat talep etmiştir. Bunun yanında, kendisi eser sahibi olmadığından FSEK uyarınca manevi tazminat talep edemeyeceği için TTK m. 56 uyarınca manevi tazminat talep etmiş ve bu talebi kabul edilmiştir.<sup>87</sup>

Yine Yargıtay tarafından verilen başka bir kararda davacı, sahibi olduğu internet sitesinin tasarımının kendisinin izni olmadan kopyalandığı iddiası ile dava açmıştır. İlk derece mahkemesi internet sitesinin özgünlük taşıdığı ve FSEK anlamında bir ilim edebiyat eseri niteliğinde olduğunu tespit ederek telif hakkı ihlali olduğuna hükmetmiştir. Bu tespit uyarınca mahkeme telif hakkının ihlalinin aynı zamanda haksız rekabet teşkil ettiğini, bu yüzden davalıların FSEK m. 68 uyarınca rayiç bedelin üç katı kadar maddi ve ayrıca manevi tazminat ödemesine karar vermiştir.<sup>88</sup> Bu kararda ilginç olarak mahkeme adeta haksız rekabet tespiti ile FSEK'teki tazminat hükmünü birleştirerek kullanmış ve buna göre karar vermiştir.

Bu kararlar ışığında Yargıtay içtihadı uyarınca da eğer şartları mevcutsa hem haksız rekabet hükümlerine dayanılabileceği hem de FSEK altında varsayılan sözleşme bedelinin üç katına kadar tazminata hükmedebileceğinin kabul edildiğini tespit etmek mümkündür. Bu yaklaşım kümülatif uygulama görüşü ile tutarlıdır. Aksi görüşün kabulü durumunda eser sahiplerinin haksız rekabet hükümlerine başvurması mümkün olmayacaktır.

Bu hususta FSEK m. 83 ve m. 84 hükümlerinin ayrıca ele alınması gerekmektedir. FSEK m. 83 uyarınca “*bir eserin ad ve almeti ile çoğaltılmış şekillerinin*” karıştırmaya neden olacak biçimde bir eserde ya da çoğaltılmış nüshalarda kullanımı ve FSEK m. 84 uyarınca da bir vasıta tespit edilen veya ticari amaçlarla haklı olarak çoğaltılan ya da yayılan işaret, resim ve seslerin haksız olarak üçüncü kişilerce çoğaltılması veya yayınlanması haksız rekabet teşkil edecektir. Aslında bu sayılanlar zaten birer eser de değildirler, sadece eserle bağlantılı oldukları için FSEK içinde düzenlenmişlerdir.<sup>89</sup> Maddenin doğrudan haksız rekabet hükümlerine atıfta bulunması sayılan ihlallerin gerçekleşmesi durumunda FSEK hükümlerinin değil haksız rekabet hükümlerinin uygulanacağını gösterir. Bu sonuç bahsi geçen unsurların kendi başlarına eser teşkil etmemeleri ile de uyumludur. Bu durumda da FSEK m. 68/3 altında eser sahibine verilmiş olan rayiç bedel üzerinden üç kata kadar tazminat alma hakkına başvurmak mümkün olmayacak ve sadece TTK m. 56 vd. hükümler uyarınca tazminat istemek

<sup>87</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2017/70 E., 2019/518 K., 02.05.2019 T. (<https://www.kanunum.com/>) (Erişim tarihi: 20.06.2023). Bu kararda davalı taraf da temyiz talebinde sadece dava takip yetkisi eksikliği iddiasında bulunmuş olması Yargıtay'ın kümülatif uygulama bakımından ayrıca bir inceleme yapmamasına neden olmuş olabileceğini düşünüyoruz. Özel dairenin kararı için bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2014/3059 E., 2014/10666 K., 05.06.2014 T. (<https://www.kanunum.com/>) (Erişim tarihi: 20.06.2023).

<sup>88</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2016/7120 E., 2018/649 K., 25.01.2018 T. (<https://www.kanunum.com/>) (Erişim tarihi: 20.06.2023). “...davalıların eyleminin aynı zamanda TTK anlamında haksız rekabet oluşturduğu gerekçesiyle, davalılardan ..., ... ve Dim Medya A.Ş. haklarındaki davanın kabulüne, dava konusu <http://magazin.yenialanya.com> sitesinin 11/03/2013-28/06/2013 tarihleri arasında, [www.magazinsondakika.com](http://www.magazinsondakika.com) internet sitesinin ise 01/05/2013-28/07/2013 tarihleri arasındaki tasarım ve içerikleri nedeniyle FSEK 68/1 madde gereğince rayiç bedel takdiren 10.000 TL kabul edilerek ve takdiren 3 kat hesabyyla toplam 30.000 TL maddi tazminatın ve takdiren 10.000 TL manevi tazminatın dava tarihinden itibaren avans faizi ile birlikte adı geçen davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline...” Yargıtay ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur ancak bozma gerekçeleri ilk derece mahkemesini yukarıda belirtilen tespitlerine ilişkin değildir.

<sup>89</sup> Poroy ve Yasaman (n 8) 426.



gerekecektir.<sup>90</sup>

## 2.4. YAPILACAK DEĞERLENDİRMENİN USUL HUKUKUNA ETKİSİ

Kümülatif uygulamanın fikri hakların korunmasının esasına ilişkin etkileri olduğu gibi usul hukuku bakımından da önemli etkileri vardır. Bu çalışma altında tespit edilen birkaç usul hukuku meselesi aşağıda incelenecektir.

### 2.4.1. Görevli Mahkemenin Tespiti

Medeni usul hukukumuzda Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 1 uyarınca mahkemelerin görevi kamu düzenindedir. Dolayısıyla hâkim duruşmanın her aşamasında mahkemenin görevli olup olmadığını inceleyebilir. Hatta ilk derece yargılaması esnasında fark edilmemiş olan göreve aykırılıklar kanun yolunda tekrar resen incelenebilecektir.<sup>91</sup> Buna paralel olarak taraflar da göreve ilişkin itirazlarını yargılamanın her aşamasında ileri sürebilirler.<sup>92</sup>

Fikri hakların korunmasına geldiğimizde ise önümüze iki ihtimal çıkmaktadır. SMK m. 156 uyarınca bu kanundan çıkan uyuşmazlıkların görüleceği görevli mahkeme fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi ile fikri ve sınai haklar ceza mahkemesidir<sup>93</sup>. Benzer biçimde FSEK m. 76 da SMK m. 156 hükmüne gönderme yaparak bu kanundan çıkacak uyuşmazlıkların çözüm yerinin fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi ile fikri ve sınai haklar ceza mahkemesi olacağını ifade etmiş bulunmaktadır.<sup>94</sup>

Buna karşın TTK m. 4/1-(a), TTK altında düzenlenen hususlardan çıkacak davaların ticari dava niteliğinde olacağını söylemektedir. Buna göre haksız rekabet davaları mutlak ticari dava niteliğinde olacaklardır.<sup>95</sup> TTK m. 5 ise ticari davaların görüleceği görevli mahkemelerin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemeleri olacağını ifade etmektedir.<sup>96</sup> Haksız rekabet kurumu da TTK m. 54 vd. hükümlerinde düzenlendiğine göre haksız rekabet uyuşmazlıklarının görüleceği görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesi olmalıdır.<sup>97</sup>

Kümülatif koruma görüşünü benimsemeyen yazarlar için görevli mahkemenin tespiti bakımından bir sorun olmayacaktır zira her kanun münhasıran kendi alanına

<sup>90</sup> Ozan Ali Yıldız, ‘Telif Hukuku ve Haksız Rekabet Hukuku Çerçevesinde Eser Adlarının Korunması’ (2020) 26 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1371, 1378–1379.

<sup>91</sup> Pekcanitez, Atalay ve Özkes (n 15) 65.

<sup>92</sup> ibid 66.

<sup>93</sup> Sınai hakların KHK’larla düzenlendiği dönemde de 551 sayılı KHK m. 146, 554 sayılı KHK m. 58, 555 sayılı KHK m. 30, 556 sayılı KHK m. 71 uyarınca çıkan uyuşmazlıkların ihtisas mahkemesinde görülmesi ön görülmüştü. SMK geçici m. 6 uyarınca bu KHK hükümlerine dayanılarak ihtisas mahkemelerinde açılan davaların SMK m. 156 uyarınca kurulan mahkemeler olduğu kabul edildi ve davaların kaldıkları yerden yargılanmasına devam edilmesi sağlandı.

<sup>94</sup> Pekcanitez, Atalay ve Özkes (n 15) 48; Ülgen ve diğerleri (n 8) 132–133; Karaman Odabaşı (n 16) 77; Poroy ve Yasaman (n 8) 116, 117, 451.

<sup>95</sup> Karaman Odabaşı (n 16) 78; Ülgen ve diğerleri (n 8) 128; Poroy ve Yasaman (n 8) 115.

<sup>96</sup> Ülgen ve diğerleri (n 8) 125; Poroy ve Yasaman (n 8) 123.

<sup>97</sup> Ülgen ve diğerleri (n 8) 128; Poroy ve Yasaman (n 8) 450–451.

uygulanacağından mahkemelerin görev bakımından yetkileri birbiri ile çatışmaz. Oysa kümülatif koruma görüşünü benimseyen yazarlar bakımından görevli mahkemenin tespiti gerekir. Zira aynı dava içinde hem SMK yahut FSEK hem de TTK hükümlerine göre talepte bulunulmuşsa hangi mahkemenin görevli sayılacağına tespit edilmesi gerekecektir.

Yargıtay içtihatları incelendiğinde farklı çözümlere rastlamak mümkündür. Örneğin davacının ürün ambalajının iltibas oluşturacak biçimde kullanıldığından bahisle 9. Asliye Ticaret Mahkemesinde haksız rekabet davası açması üzerine davalı kendisinin de tescilli bir markası olduğu savunmasını yapmıştır. Temyize başvurulması ile dava önüne gelen Yargıtay savunmanın markaya dayandırılması nedeni ile görevli mahkemenin Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi olduğuna hükmetmiş ve ilk derece mahkemesinin görevsizlik kararı vermek yerine davanın esasını görerek verdiği kararı bozmuştur.<sup>98</sup> Başka bir kararda Yüksek Mahkeme davacının süresi dolmuş bir faydalı model belgesine dayanması üzerine koruma süresi dolan bir sınai hakkın fikri mülkiyet hukuku uyarınca korunamayacağına hükmetmiştir. Mahkemeye göre bu durumda sadece TTK'nın sunduğu haksız rekabet hükümlerinin sağladığı koruma rejimine başvurulabileceğine göre görevli mahkeme de asliye ticaret mahkemesi olmalıdır.<sup>99</sup> Koruma süresi dolan bir fikri hakkın ayrıca haksız rekabet hükümlerince korunup korunamayacağı ise ayrı bir tartışma konusudur. Bununla beraber doktrinde bir görüş uyarınca davanın açılmasından sonra tescilin hükümsüzlüğüne karar verilse dahi ihtisas mahkemesi görevsizlik kararı vermeyecek ve davayı haksız rekabet hükümlerince görmeye devam etmesi gerekir.<sup>100</sup>

Yargıtay bir kararında ihtisas mahkemelerinin haksız rekabetten doğan talepleri karara bağlayabileceğine hükmetmiştir. Karara konu olayda fikri ve sınai haklar mahkemesi FSEK m. 4/4 uyarınca ortada bir fikri eser olmadığını, bundan dolayı TTK'da düzenlenen haksız rekabet hükümlerinin uygulanacağından ve görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemeleri olduğundan bahisle görevsizlik kararı vermiştir. Temyiz başvurusu üzerine kararı inceleyen Yargıtay, eski TTK m. 55 vd. maddelerinin her halükarda ihtisas mahkemesinin görev alanı içine gireceğine, dolayısı ile dava konusu tescilli tasarımın FSEK m. 4/4 uyarınca güzel sanat eseri olmadığından bahisle görevsizlik kararı verilmesini hukuka aykırı bulmuştur.<sup>101</sup>

Bununla beraber ihtisas mahkemelerinin görevli olabilmesi için davacının talebinde SMK (ya da dava açma tarihine göre ilgili KHK) korumasından bahsetmesi yeterli olmayacaktır. Davacının ayrıca, taleplerini açıkça bu hükümlere dayandırması da aranacaktır. Davacının hakkının fikri mülkiyet ürünü teşkil ettiğini dile getirmesi ama davasını sadece haksız rekabet hükümlerine dayandırması durumunda Asliye Ticaret Mahkemesi görevli olacaktır.<sup>102</sup>

<sup>98</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2012/4348 E., 2013/3866 K., 04.03.2013 T. (<https://www.kanunum.com/>) (Erişim tarihi: 20.06.2023).

<sup>99</sup> Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, 2015/12551 E., 2016/891 K., 26.01.2016 T. (<https://www.kanunum.com/>) (Erişim tarihi: 20.06.2023)..

<sup>100</sup> Şehirli Çelik (n 12) 124. Yazar görüşünü alıntıladığı Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2004/14431 E., 2005/11869 K., 05.12.2005 T. numaralı kararı ile örneklendirmektedir.

<sup>101</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2015/4618 E., 2015/5706 K., 22.04.2015 T. (<https://www.kanunum.com/>) (Erişim tarihi: 20.06.2023)..

<sup>102</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2012/4857 E. 2012/6266 K., 18.04.2012 T (naklen: Karaman Odabaşı (n 16) 80.).

Kısaca davacı taleplerinde fikri mülkiyet mevzuatına dayanmışsa haksız rekabete ayrıca dayansa da dayanmasa da ihtisas mahkemesi görevli olacaktır. Ancak davacı eğer sadece haksız rekabet hükümlerine dayanmışsa bu durumda Asliye Ticaret Mahkemesi görevli mahkeme olarak kabul edilir.<sup>103</sup> Örneğin davacı tescilli markası olmasına rağmen sadece bir haksız rekabet fiili olan kötülemeye dayanmış olabilir. Bu durumda görevli mahkeme Asliye Ticaret Mahkemesi olacaktır.<sup>104</sup>

#### 2.4.2. Hâkimin Davayı Nitelendirme Yetkisi ve Taleple Bağlılık İlkesi

Haksız rekabetin fikri hakların korunması bahsinde karşımıza çıkabilecek bir diğer husus da hâkimin önüne gelen talebi değerlendirirken vereceği hükmün dayanağını belirlemede takdir yetkisinin ne kadar geniş olduğudur. HMK m. 25 uyarınca hâkimin taraflarca getirilmeyen bir vakayı değerlendirmesi mümkün değildir.<sup>105</sup> Buna karşın hâkim, önüne gelen taleplerin dayanacağı hukuk kuralını HMK m. 33 uyarınca resen tespit etmekle de mükelleftir. Bu durumda örneğin iltibas talebi ile mahkemeye başvurulduğunda acaba hâkimin resen haksız rekabet hükümlerine ya da SMK yahut FSEK hükümlerine dayanması mümkün müdür? Şayet davacı kendisi bir hukuk kuralına dayanmışsa hâkim bununla bağlı kalacak mıdır?

Yargıtay önüne gelen bir uyuşmazlıkta marka hakkına tecavüzdten dolayı haksız rekabet ileri sürülen açılan bir davada mahkemenin 556 sayılı KHK uyarınca ayrıca bir tazminata daha hükmetmesini hukuka aykırı bulmuştur.<sup>106</sup> Bununla beraber bu karar özelinde iki hususun da belirtilmesinde yarar vardır. İlk olarak bu davada kararı bozulan mahkeme ayrı bir tazminata hükmetmiştir. Başka bir deyişle haksız rekabet hükümlerinden doğan tazminat ile fikri mülkiyet hukukundan doğan tazminat hakkının yığılacağı yönde karar vermiştir. Ancak daha önce de açıklandığı gibi kümülatif uygulama görüşünü savunan yazarlar için dahi tazminat taleplerinin yığılması mümkün değildir. İkinci olarak mahkemenin dayanmaya çalıştığı 556 sayılı KHK uyuşmazlığa konu eylem tarihinde yürürlükte de değildir. Yani KHK'nın zaman bakımından uygulanması açısından da sorun vardır.

Başka bir kararda ise Yüksek Mahkeme, davacı her ne kadar davasını sadece TTK hükümlerine dayandırmış olsa da, hâkimin olaya uygulanacak hukuku resen araştırma ve belirleme görevine vurgu yapmıştır. Mahkemeye göre ilk derece mahkemesinin FSEK m. 84/1'i değerlendirmeden sadece TTK hükümlerini değerlendirerek davanın reddine karar vermesi

<sup>103</sup> Şehirali Çelik (n 12) 123–124.

<sup>104</sup> ibid 125–127.

<sup>105</sup> Pekcanitez, Atalay ve Özkes (n 15) 183–185.

<sup>106</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2005/5095 E., 2006/8411 K., 14.07.2006 T. (<https://www.kanunum.com/>) (Erişim tarihi: 20.06.2023). Mahkeme gerekçesinde ayrıca farklı taleplerin yarışma ilişkisi içinde olduğuna hükmetmiştir: “İlke olarak, aynı eylem sonucu bir kişinin birden fazla fikri ve sınai mülkiyet haklarına tecavüz edilmesi halinde, söz konusu tecavüzler esasen, BK'nun 41 ila 66. maddelerinde kaynağını bulan haksız fiil sorumluluğunun özel yasalarda düzenlenen halini oluşturduğundan; böyle bir durumda hak sahibi ihlal olunan her hakkı için ayrı ayrı talepte bulunabilir ise de, aynı eylemden dolayı ihlal olunan her hak için ayrı ayrı tazminata hükmedilemez. Başka bir deyişle, böyle bir durumda ihlal olunan haklar yarışır ancak talepler yığılmaz. Aksi halde, aynı zarardan dolayı haksız fiile ilişkin, zarar ve tazmin ilkelerine aykırı bir sonucun doğmasına yol açılmış olur. Bu nedenledir ki, hak sahibinin, belirlenecek tazminat miktarları üzerinde seçimlik hakkının olduğunu kabul etmek gerekir.”

hukuka uygun değildir.<sup>107</sup>

### 2.4.3. Dava Takip Yetkisini Belirlenmesi

Hukukumuzda bir kişinin bir hak dolayısı ile dava açabilmesi ve bunun mahkemece incelenebilmesi, onun talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisi olarak tanımlanan dava takip yetkisine sahip olmasına bağlıdır.<sup>108</sup> Dava takip yetkisi bir dava şartı olduğu için eksikliği yargılamanın her aşamasında taraflarca ileri sürülebilir ve mahkemece resen değerlendirilir.<sup>109</sup> Bu bakımdan dava açılırken dava takip yetkisinin mevcudiyetinin hassas biçimde değerlendirilmesi gerekir.

Haksız rekabet hükümlerinin fikri hakların korunması bakımından uygulanmasının bir başka sonucu da bu noktada ortaya çıkmaktadır. Zira gerek SMK gerek de FSEK hükümleri en nihayetinde ürünü korudukları için<sup>110</sup> bu kanunların koruma rejiminden doğan haklar ihlal edildiğinde ancak hak sahipleri ve SMK m. 158 uyarınca inhisari lisans alanlar dava açabilecektir.<sup>111</sup> Oysa haksız rekabet hükümleri sadece piyasa aktörlerini değil aynı zamanda piyasanın kendisini de korumaktadır. Ayrıca haksız rekabet davaları sadece rakipler arasında değil, müşterileri de kapsayacak biçimde geniş bir menfaat çevresini kapsamaktadır.<sup>112</sup> Dolayısıyla haksız rekabet davasını sadece ürün sahipleri değil TTK m. 56 uyarınca “müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan” herkes açabilecektir.<sup>113</sup>

Yargıtay, distribütörlük anlaşması uyarınca Türkiye’de otomobil satışı yapan bir kişi tarafından, yetkisiz bir başka kişinin işyeri ve iş evraklarının düzenleniş şekli ve çalışanların iş kıyafetleri üzerinden kendisini yetkili servis gibi göstermeye çalıştığı gerekçesiyle haksız rekabet hükümlerine dayanarak açtığı davada davacının aktif husumete sahip olduğu kararını vermiştir.<sup>114</sup>

## 2.5. CEZAI YAPTIRIMLARIN FİKRİ HAKLARIN KORUMASINDAKİ ÖNEMİ

Çalışmada bu kısma kadar fikri hakların ihlalinin özel hukuk sorumluluğu bakımından kapsamı ortaya konmaya çalışıldı. Ancak uygulamadan bilinen bir başka gerçek de fikri hak-

<sup>107</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 1983/2205 E., 1983/2172 K., 26.04.1983 T. (naklen: Şehirli Çelik (n 12) 128).

<sup>108</sup> Pekcanitez, Atalay ve Özkes (n 15) 147.

<sup>109</sup> ibid 148.

<sup>110</sup> Poroy ve Yasaman (n 8) 340. “*Fikri hakkın konusu fikri ürün iken, haksız rekabetin konusu, rekabet ilişkilerinin dürüstlük kuralı çerçevesinde düzenlenmesidir. Fikri hakkın amacı fikri ürünü ve bu ürünü yaratan kişiyi koruma iken, haksız rekabetin amacı emeğin korunması sonucunda dürüst rekabet ortamı yaratmaktır... Görüldüğü üzere, haksız rekabet, ticari ahlak ve dürüst rekabet ekseninde bir koruma amaçlarken, fikri hakların korunduğu husus, fikri üründür.*”

<sup>111</sup> Şehirli (n 16) 8.

<sup>112</sup> Ülgen ve diğerleri (n 8) 555–558; Poroy ve Yasaman (n 8) 345.

<sup>113</sup> Ülgen ve diğerleri (n 8) 610–612; Karaman Odabaşı (n 16) 49; Fahiman Tekil, *Ticari İşletme Hukuku* (3rd edn, 1997) 244; Chaudet (n 8) 604; Poroy ve Yasaman (n 8) 436; Mehmet Özdamar ve İbrahim Ermenek, ‘Haksız Rekabet Davaları ve Korunan Menfaat’ (2007) 7 Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi 43, 63.

<sup>114</sup> Yargıtay, 11. Hukuk Dairesi, 2002/553 E., 2002/753 K., 01.02.2002 T. (naklen: Güneş (n 16) 53–54).

lara tecavüz edenler için cezai hükümlerin varlığının ciddi bir caydırıcı unsur teşkil ettiğidir. Zira kişiler bazen bir ihlal yaptıklarında karşılaşılabilecekleri tazminat miktarını hesaplayarak özel hukuk yaptırımları bakımından risk almaktan korkmamaktadırlar. Oysa iş, ceza hukuku yaptırımlarına geldiğinde bu ihlali işlemekten çok daha fazla imtina etmektedirler. Aynı zamanda fikri hakların korunmasında bir kamu yararının da olması ceza yaptırımların neden getirildiğine yönelik bir gerekçe teşkil etmektedir.<sup>115</sup>

Fikri mülkiyet mevzuatımızda her ne kadar FSEK m. 71 vd.<sup>116</sup> ve sadece marka hakları için SMK m. 30 uyarınca cezai hükümlere yer verilmiş olsa da<sup>117</sup> tasarım ve patent ihlalleri için cezai yaptırım öngören bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durum bir eksiklik teşkil etse de uygulamada bu eksiklik kümülatif koruma doktrini ile aşılabılır. Zira TTK m. 62 ve m. 63 haksız rekabet faileri için bazı şartlar altında cezai sorumluluk öngörmüştür.<sup>118</sup> Dolayısıyla eğer kümülatif uygulama görüşü kabul edilirse mağdur örneğin bir patent hakkının ihlali durumunda doğrudan savcılığa haksız rekabet hükümleri uyarınca başvurarak tecavüzün sona erdirilmesini sağlayabilecektir.<sup>119</sup>

## SONUÇ

Ülkelerin gerek ekonomik gerek de teknolojik gelişmelerinin kaderi üreticilerin haklarının ne kadar ve ne ölçüde korunduğu ile yakından ilgilidir. Hukukun bir yandan üreten insanlara ürünleri üzerinde tekel hakları vererek onları üretimde bulunmaya teşvik ederken diğer yandan bu ürünlerin kullanımını bir şekilde kamu ile paylaşarak piyasanın gelişimine katkıda sağlaması gerekir. Her kanun, kendi özelinde bu dengeyi kurmak hususunda hassas bir hukuk mühendisliğine sahip olsa da farklı kanunların aynı anda uygulama alanı bulabilmesi kurulmuş olan hassas dengenin bir taraf lehine bozulabileceği endişesi yaratabilmektedir.

Fikri mülkiyet hukuku bakımından da ürünün bir taraftan kendi özel mevzuatı (FSEK ve SMK) ile korunması diğer taraftan özellikle itibas gibi haller için TTK'da düzenlenmiş olan haksız rekabet hükümleri ile korunması bu duruma bir örnektir. Yargıtay uygulaması ve tespit ettiğimiz üzere öğretilerdeki baskın görüş, iki koruma rejiminin de kümülatif olarak uygulanabileceği yönündedir. Gerçekten de her ne kadar sonuçları birbirine benzese de aslında TTK ile fikri mülkiyet düzenlemeleri birbirinden farklı menfaatleri muhafaza etmeye çalışmaktadır. TTK haksız rekabet hükümleri dürüst ve bozulmamış bir piyasa için Fransız mahkeme içtihatlarındaki ifadesi ile “oyunun kurallarına”<sup>120</sup> riayet edilmesini sağlamaya çalışmaktayken; özel düzenlemeler ürünün ve üreticinin kendisini korumaya çalışmaktadır.

<sup>115</sup> Önder Bayrak, *Uygulamada Fikri-Sinai Mülkiyet ve Haksız Rekabet Suçları: Açıklamalı-İçtihatlı* (Birinci baskı, Seçkin 2019) 36–37.

<sup>116</sup> ibid 316–318.

<sup>117</sup> ibid 41, 135.

<sup>118</sup> Poroy ve Yasaman (n 8) 453–454.

<sup>119</sup> Haksız rekabet hükümlerinin patent, tasarım ve faydalı model için uygulanabileceğine dair görüş için bkz. Bayrak (n 115) 76.

<sup>120</sup> “*que la concurrence ne saurait toutefois s'exercer sans respecter les règles du jeu*” Paris, 16 Fevrier 1989, J.C.P. 1990, E, 15706, obs. J.-J. Burst et J.-M. Mousseron (naklen: Burst (n 19) 138.).

Bununla beraber, haksız rekabet hükümlerinin de fikri mülkiyete ilişkin özel düzenlemelere alternatif bir sistem oluşturarak fikri mülkiyet hükümlerinin anlamını ortadan kaldırmaması gerektiği, öğretide altı çizilen bir husustur.

Kümülatif uygulama görüşü değerlendirilirken dikkat edilmesi gereken son husus da bu görüşün sadece hakkın esasına değil aynı zamanda usul hukukuna da etkilerinin bulunduğu.

Son olarak haksız rekabet maddelerinde bulunan cezai hükümlerinin de özellikle kendi özel hükümlerinde ceza yaptırımları tarafından korunmayan tasarım, patent ve faydalı modeller için işlevsel olabileceğinin altı çizilmelidir.

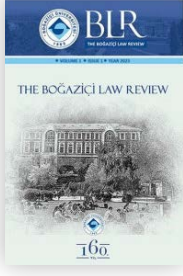
Bu değerlendirmeler ışığında ele alındığında gerçekten de piyasa ve ürün sahibi menfaatleri arasındaki denge ihlal edilmemek üzere ürünü üzerindeki hakkı ihlal edilen kişinin iki koruma rejiminden de doğrudan yaralanabileceği kabul edilmelidir.

## KAYNAKÇA

- Baktır S, *Ticari İşletme Hukuku* (4. basım, Fakülteler Barış Kitabevi 2000).
- Bartosz Sujecki, 'Slavish Imitation and Trade Mark Protection: A Dutch Perspective' [2011] *European Intellectual Property Review* 743.
- Bayrak Ö, *Uygulamada Fikri-Sinai Mülkiyet ve Haksız Rekabet Suçları: Açıklamalı-İçtihatlı* (Seçkin 2019).
- 'Benelux Convention on Intellectual Property (BCIP) | Benelux Office for Intellectual Property' <<https://www.boip.int/en/document/benelux-convention-on-intellectual-property-bcip>> (Erişim tarihi: 10.02.2024).
- Bozgeyik H ve Er S, 'Tasarımlar İçin Kümülatif Koruma' (2019) 5 *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 19.
- Brunhilde Steckler, 'Unfair Trade Practices under German Law: "Slavish Imitation" of Commercial and Industrial Activities' (1996) *European Intellectual Property Review* 390.
- Burst JJ, *Concurrence Déloyale et Parasitisme* (Daloz 1993).
- Çağa T, 'Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf Eder Mi?' (1991) *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 366.
- Çakmak D, 'Osmanlı Telif Hukuku İle İlgili Mevzuat' (2007) *Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi* 191.
- Chaudet F, *Droit suisse des affaires* (Helbing & Lichtenhahn Bruylant 2000).
- Davis, 'United Kingdom' in Frauke Henning-Bodewig (ed), *International handbook on unfair competition* (Beck [u.a] 2013).
- Dworkin G, 'Passing off and Unfair Competition: An Opportunity Missed' (1981) 44 *The Modern Law Review* 564.
- Esen E, 'Satış Sözleşmesinde Aliud Teslim' (Master Thesis, TC Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı 2019).
- Fox HG, *The Canadian Law of Trade Marks and Unfair Competition* (2nd edn, The Carswell Company 1956).
- Güneş İ, *Uygulamada Fikri ve Sinai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları* (6. basım, Seçkin 2020).
- Karaman Odabaşı F, 'Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabete Konu Olması' (Doktora Tezi, TC Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı 2014).



- Karan Y, 'Haksız Fiil Sorumluluğu İle Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması', *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan* (Filiz 2013).
- Keşli AT, 'Türk Hukukunda Bir Sorun: Tescil Edilmemiş ve Koruma Süresi Dolmuş Endüstriyel Ürünler ve Konuya İlişkin Bir Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi Kararı Takdimi' (2002) 2 Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi 15.
- Luis Gimeno, 'Trade Mark Infringement and Slavish Imitation in Spain' [1996] *European Intellectual Property Review* 464.
- Nérrison, 'France' in Frauke Henning-Bodewig (ed), *International handbook on unfair competition* (Beck [u.a.] 2013).
- Oğuzman MK ve Öz T, *Borçlar hukuku, genel hükümler. Cilt 2* (14. basım, Vedat Kitapçılık 2018).
- Oleck HL, *Cases on Damages* (Bobbs-Merrill Company, Inc 1962) <<https://libproxy.berkeley.edu/login?qurl=http%3A%2F%2Fwww.heinonline.org%2FHOL%2FPage%3Fhandle%3Dhein.beal%2Fcadamgs0001%26id%3D1%26size%3D2%26collection%3Dbeal%26index%3Dbeal>> (Erişim tarihi: 10.02.2024).
- Ong B, 'Competition Law and The Common Law of Unfair Competition' (Doktora Tezi, Oxford Üniversitesi 2011) <<https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:0bcf048f-12a6-495d-a7ae-66b307d296df/files/ma691106870e6637dd11ad26361cf514d>> (Erişim tarihi: 10.02.2024).
- Özdamar M ve Ermenek İ, 'Haksız Rekabet Davaları ve Korunan Menfaat' (2007) 7 Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi 43.
- Pekcanitez H, Atalay O ve Özekes M, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (7. basım, Onikilevha 2019).
- Poroy R ve Yasaman H, *Ticari işletme hukuku* (17. basım, Vedat Kitapçılık 2018).
- 'Sears, Roebuck & Co. v. Stiffel Co., 376 U.S. 225 (1964)' (*Justia Law*) <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/225/>> (Erişim tarihi: 10.02.2024).
- Şehirli Çelik FH, *Tasarımların haksız rekabet hükümlerine göre korunması: fikri mülkiyet-haksız rekabet hukuku ilişkisi odaklı bir inceleme* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2014).
- Şehirli FH, 'Türk Hukukunda Tasarımlara Yönelik Uygulamalar (Özellikle Tescilsiz Tasarımların Korunma Yolları) Türkiye'de Fikri ve Sınai Hakların Etkin Uygulanması Sempozyumu (2004).
- Suluk C, 'Avrupa Birliği Hukuku ve Türk Hukukunda Tasarımların Kümülatif Olarak Korunması (Çoklu Koruma)' (2001) 1 Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi 43.
- , 'Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Tescilsiz Sınai Ürünlerin Haksız Rekabet Hükümleri İle Korunması' (2012) 18 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 157.
- , 'A Comparative Law Perspective of the Protection of Unregistered Industrial Products Under Turkish Unfair Competition Law' (2012) 43 *International review of industrial property and copyright law* 825.
- Suluk C, Karasu R ve Nal T, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. basım, Seçkin 2021).
- Tekil F, *Ticari İşletme Hukuku* (3. basım, 1997).
- Tekinalp Ü, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Beta 1999).
- Ülgen H ve diğerleri, *Ticari İşletme Hukuku* (6. basım, Vedat Kitapçılık 2019)
- Yıldız OA, 'Telif Hukuku ve Haksız Rekabet Hukuku Çerçevesinde Eser Adlarının Korunması' (2020) 26 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1371.
- Cadbury Schweppes Pty Limited and others v The Pub Squash Co Pty Limited (New South Wales), Judgment* (Privy Council).
- Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 10 mai 2006, 04-15612, Inédit.*



# The Boğaziçi Law Review

ISSN: 3023-4611

Journal homepage: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr>

## Mapping China's Online Consumer Dispute Resolution System *Çin'in Çevrimiçi Tüketici Uyuşmazlık Çözüm Sistemini Haritalandırmak*

Yi Lu


**To cite this article:** Yi Lu, 'Mapping China's Online Consumer Dispute Resolution System' (2024) 2(1) The Boğaziçi Law Review 48.


**Submission Date:** 25 June 2024

**Acceptance Date:** 21 July 2024

**Article Type:** Research Article

 © 2024 Yi Lu. Published with license by Boğaziçi University Publishing

 Published online: September 2024

 Submit your article to this journal 

Full Terms & Conditions of access and use can be found at  
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr>

# MAPPING CHINA'S ONLINE CONSUMER DISPUTE RESOLUTION SYSTEM

## ÇİN'İN ÇEVİRİMİÇİ TÜKETİCİ UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM SİSTEMİNİ HARİTALANDIRMAK

Yi Lu 

Dr., Senior Lecturer, Peking University School of Transnational Law, Shenzhen, China.

### ABSTRACT

The Online Dispute Resolution (ODR) system has been designed as a method to achieve Alternative Dispute Resolution (ADR). According to the UNCTAD, ODR has had significant success in China. China has been especially active in promoting the utilization of ODR systems in resolving consumer disputes. Following a thorough analysis of the current mechanisms and practices of consumer ODR in China, this paper endeavours to present two arguments. Firstly, consumer ODR in China is more than a means of moving ADR online. On the one hand, the "Internet Plus" strategy has facilitated the digitalisation of the public sector, including the development of "Smart Courts" and "Digital Government" services. On the other hand, innovative mechanisms implemented by the private sector, such as Crowdsourced ODR and Platform ODR, have effectively provided alternative channels for resolving consumer disputes, in addition to the public channels. Secondly, this article identifies a number of challenges currently facing China's consumer ODR system. These challenges encompass both legal issues and cultural and linguistic diversity concerns.

**Keywords:** Online Dispute Resolution (ODR), Consumer Protection, Dispute Resolution, China Characteristics.

### ÖZET

Çevrim İçi Uyuşmazlık Çözümü (ODR) sistemi, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (ADR) yöntemine ulaşmak amacıyla tasarlanmıştır. UNCTAD'a göre, ODR sistemi Çin'de önemli bir başarı elde etmiştir. Çin, özellikle tüketici uyuşmazlıklarının çözümünde ODR sistemlerinin kullanımını teşvik etmektedir. Çin'deki tüketici ODR sisteminin mevcut mekanizmaları ve uygulamaları kapsamlı bir şekilde analiz edildikten sonra, bu makale iki argüman sunmayı amaçlamaktadır: İlk olarak, Çin'deki tüketici ODR sistemi, alternatif uyuşmazlık çözümlerini çevrim içi hale getirmekten daha fazlasıdır. Bir yandan "Internet Plus" stratejisi, kamu sektörünün dijitalleşmesini kolaylaştırmış, "Akıllı Mahkemeler" ve "Dijital Devlet" hizmetlerinin geliştirilmesine yol açmıştır. Öte yandan, özel sektör tarafından uygulanan yenilikçi mekanizmalar, Crowdsourced ODR (Kitle Kaynaklı ODR) ve Platform ODR gibi, kamu kanallarına ek olarak tüketici uyuşmazlıklarını çözmek için alternatif kanallar sağlamıştır. İkinci olarak, bu makale, Çin'in tüketici ODR sisteminin şu anda karşı karşıya olduğu bir dizi zorluğa işaret etmektedir. Bu zorluklar, hem yasal sorunları hem de kültürel ve dilsel çeşitlilikle ilgili sorunları kapsamaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Çevrim İçi Uyuşmazlık Çözümü (ODR), Tüketicinin Korunması, Uyuşmazlık Çözümü, Çin'in Özellikleri.

## 1. INTRODUCTION

As one of the largest consumer markets in the world, China has a complex consumer protection system. The rapid acceleration of economic and information and communications technology, coupled with the exponential growth of the e-commerce economy, has led to a surge in China's demand for ODR models. ODR has been promoted in a multitude of domains pertaining to consumer dispute resolution, including digital government affairs, non-litigation dispute resolution, and judicial trials in China.<sup>1</sup> This encompasses a range of services designed to protect consumer rights, including consumer rights protection service stations, green channels for rights protection, third-party dispute resolution mechanisms, and other means of negotiating with operators to resolve consumer rights disputes.<sup>2</sup> Moreover, China's historical tradition of "aversion to litigation"<sup>3</sup> has contributed to the development of ODR. As reported by UNCTAD, ODR has achieved considerable success in China due to the rapid advancement of technology.<sup>4</sup>

Since the beginning of the 21st century, ODR has undergone significant evolution in China. The internal dispute resolution mechanisms of e-commerce platforms represented the earliest and most developed ODR mechanisms. Subsequently, ODR mechanisms have evolved to include the intervention of a neutral third party, and finally to judicial intervention.<sup>5</sup> The advent of the Internet has led to the emergence of private ODR as the primary choice of consumers, in contrast to judicial ODR.<sup>6</sup> As of December 2023, the number of Internet users in China has reached 1.092 billion, representing an increase of 24.8 million from December 2022. The Internet penetration rate has reached 77.5%.<sup>7</sup> In comparison to traditional administrative mediation methods, the ODR mechanism exhibits a faster average processing time of 14 days and a success rate of settlement that is 11.25% higher.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> Han Xuanyao (韩焯尧), 'On China's Online Dispute Resolution Mechanism (ODR) (论中国的线上纠纷解决机制 (ODR))' 2021 (2) *Journal of Capital Normal University (Social Science Edition)* (首都师范大学学报(社会科学版)) 70, 73.

<sup>2</sup> Provisional Measures for the Handling of Complaints and Whistleblowing Reports on Market Regulation (Amended for the Second Time in 2022) (市场监督管理投诉举报处理暂行办法(2022第二次修正)) 2022, art 6.

<sup>3</sup> Benjamin L. Liebman, 'Ordinary Tort Litigation in China: Law versus Practical Justice?' 13 *Journal of Tort Law* 197 (2020) 222.

<sup>4</sup> 'Consumer Trust in the Digital Economy: The Case for Online Dispute Resolution' (2021) UNCTAD Research Paper No. 72 UNCTAD/SER.RP/2021/15 <[https://unctad.org/system/files/official-document/ser-rp-2021d15\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/ser-rp-2021d15_en.pdf)> accessed 18 July 2024.

<sup>5</sup> Li Wanlu (李婉露), 'Research on Online Dispute Resolution Mechanism from the Perspective of Consumer Rights Protection (消费者权益保护视角下的线上纠纷解决机制研究)' (2022) *China Foreign Affairs University (外交学院)* 13.

<sup>6</sup> Wang Qi (王琦), 'On the Connection Issues of China's Online E-commerce Dispute Resolution Mechanism (论我国电子商务纠纷在线解决机制的衔接问题)' (2023) *Nanchang University (南昌大学)* 16.

<sup>7</sup> 'The 53rd Statistical Report On China's Internet Development (第53次中国互联网络发展状况统计报告)' *China Internet Network Information Centre* (22 March 2024) 1 <<https://www.cnnic.net.cn/n4/2024/0322/c88-10964.html>> accessed 18 July 2024.

<sup>8</sup> 'Promoting online settlement of consumer disputes, The average processing time is accelerated by about 14 days' (推进消费纠纷在线解决 平均处理时长提速约14天) *Xinhua News* (15 March 2023) <[https://www.gov.cn/fuwu/2023-03/15/content\\_5746725.htm](https://www.gov.cn/fuwu/2023-03/15/content_5746725.htm)> accessed 18 July 2024.

ODR development has presented the following trends in China. Firstly, ODR platforms have undergone diversification, and greater alignment with legal requirements. Secondly, ODR methods are evolving in a consumer-friendly and innovative manner. Thirdly, ODR is being applied to a growing number of global e-commerce cases. Fourthly, ODR has influenced the reform of the traditional court system and the traditional litigation procedures.<sup>9</sup>

The year 2024 marks the 30th anniversary of the enactment of China's Consumer Rights Protection Law (CRPL)<sup>10</sup> and the promulgation of the Implementation Regulation of the CRPL (IRCRPL).<sup>11</sup> In this historical moment, this article aims to provide a comprehensive examination of China's consumer ODR, focusing on the following key areas. The initial step is to analyse the major participants in current consumer ODR practices. The second aspect to be addressed is the methods to be adopted in consumer ODR mechanisms. The third section of this article is devoted to an analysis of the efficacy of various ODR mechanisms in addressing consumer disputes. The final section will inquire into the challenges and opportunities currently facing China's consumer ODR sector.

## 2. FIVE PARTICIPANTS OF CONSUMER ODR

The objective of this section is to illustrate the manner in which the various participants interact and fulfil their respective roles within the context of consumer ODR mechanisms. In addition to the parties to the dispute, namely the consumers and the business operators, three other participants are illustrated in Chart 1 below: the neutral third parties, the technology, and the ODR platforms with different organizers. The subsequent sections will provide a more detailed analysis of each participant.

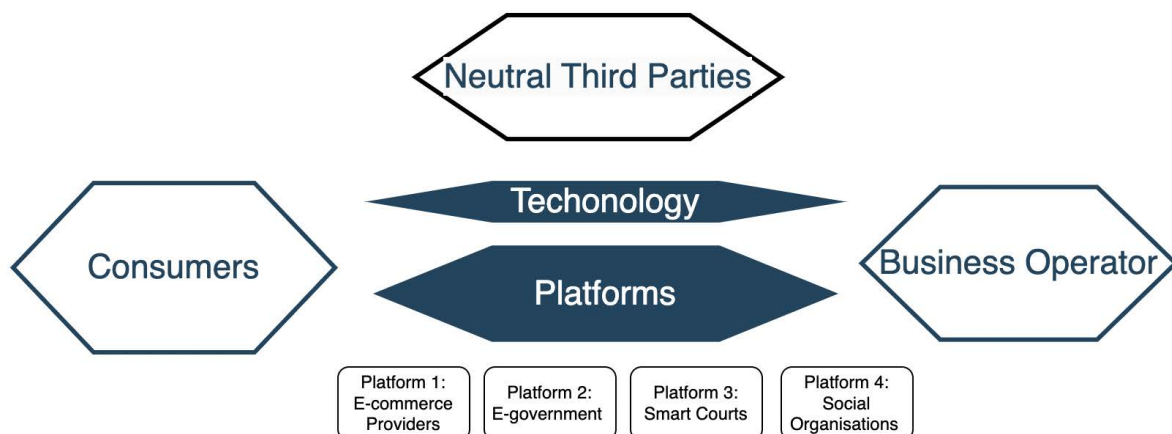


Chart 1: Participants of Consumer ODR in China

<sup>9</sup> Long Fei (龙飞), 'Overseas Comparison and Reference of Alternative Dispute Resolution Mechanism Legislation (替代性纠纷解决机制立法的域外比较与借鉴)' (2019) 1 *Journal of China University of Political Science and Law* (中国政法大学学报) 81, 84.

<sup>10</sup> Consumer Rights and Interests Protection Law of the People's Republic of China (Amended) (CRPL) (中华人民共和国消费者权益保护法) 2014.

<sup>11</sup> Implementing Regulation for the Law of the People's Republic of China on the Protection of Consumer Rights and Interests (中华人民共和国消费者权益保护法实施条例) 2024 (IRCRPL).

## 2.1. CONSUMERS AND BUSINESS OPERATORS

For ODR to be effective, it is essential that both parties be identifiable. According to the CRPL, consumers are persons who purchase and use goods or services for daily consumption.<sup>12</sup> Business operators are people who provide consumers with goods or services that they produce or sell.<sup>13</sup> One challenge is that it may be difficult to determine the identity of the defendant due to the concealment of network subjects. In addition, the growth of global e-commerce has made this task more complex.

## 2.2. NEUTRAL THIRD PARTIES

The third party comprises mediators, arbitrators, and judges, among others. They face distinct challenges when compared to ODR. Primarily, they must possess the technical ability to effectively manage online meetings, select the most appropriate communication tools, and guide the parties to focus on the disputed issues. Secondly, the techniques that third parties are accustomed to using in face-to-face conversations may prove challenging to apply in an ODR process. Thirdly, it is difficult to establish and maintain trust with all parties, particularly when the identity of the other party is anonymous.

## 2.3. TECHNOLOGY AS THE FOURTH PARTY

The role of technology in ODR is of great importance. Technology serves not only as a communication tool but also as a means of reconstructing the dispute resolution mechanism based on Internet thinking. For technology to be effective in ODR, it must be impartial and not biased toward one party in a dispute. Unfortunately, in the era of algorithms, technology has been used by business developers as a tool to take advantage of consumers. Due to technological barriers, consumers are unable to discover or challenge the impartiality of the technology. Furthermore, technology should be used in a way that minimizes costs and increases efficiency compared to traditional dispute resolution methods.

## 2.4. ODR PLATFORM AS THE FIFTH PARTY

ODR platforms are classified into the following categories:

### 2.4.1. ODR Platforms Organized by E-commerce Providers

The E-commerce Law (ECL)<sup>14</sup> permits E-commerce platform operators to establish an ODR mechanism, formulate and announce dispute resolution rules, and resolve disputes between e-commerce participants fairly and equitably in accordance with voluntary participation principle.<sup>15</sup> Alibaba has been the pioneer in developing two types of ODR mechanisms. The yellow parts of the diagram below indicate Alibaba-generated ODR mechanisms.

---

<sup>12</sup> CRPL art 2.

<sup>13</sup> CRPL art 3.

<sup>14</sup> E-commerce Law of the People's Republic of China (中华人民共和国电子商务法) 2019.

<sup>15</sup> ECL art 63.



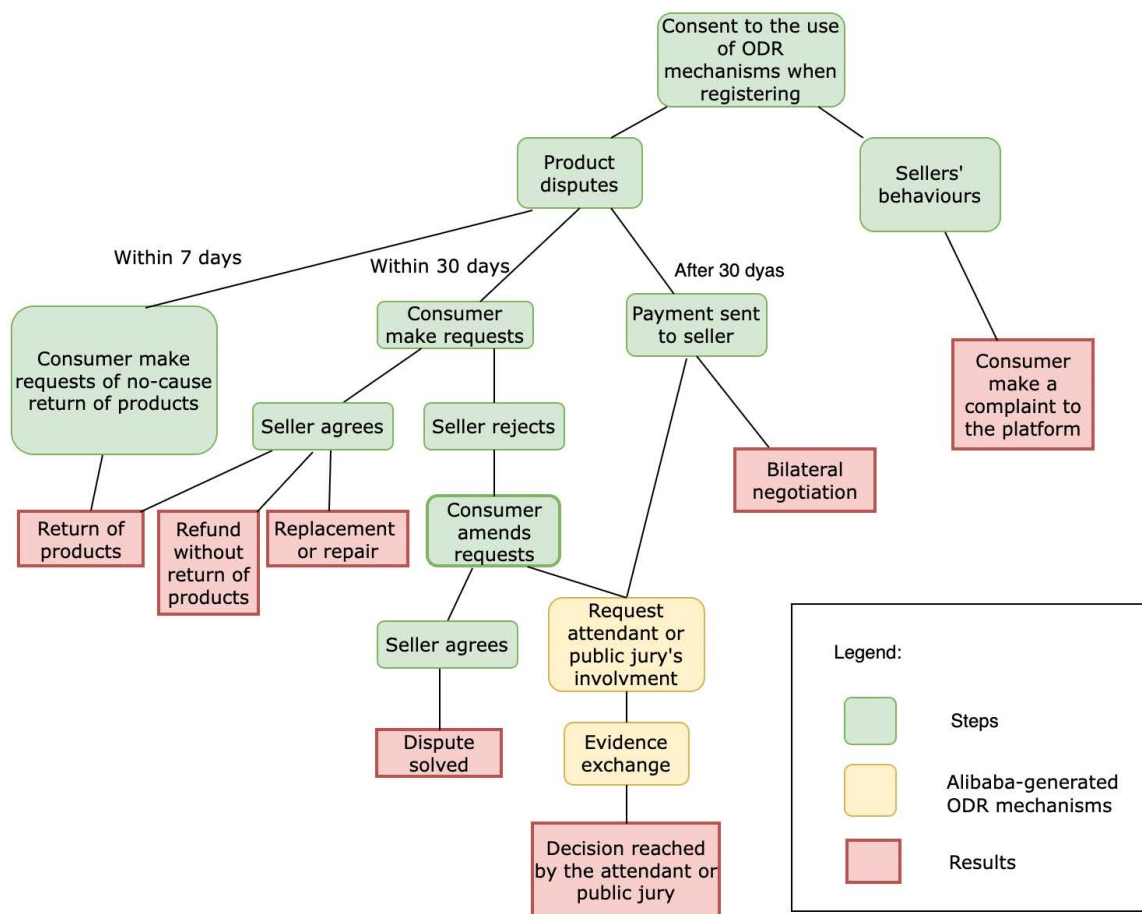


Chart 2: Full procedures for resolving customer disputes with Alibaba<sup>16</sup>

*Platform ODR with professional jury as the third party.* Alibaba has employed professional dispute adjudicators, designated as ‘attendants,’ to address customer-seller disputes in their respective professional capacity. This model has been the subject of criticism on the grounds that the power of the attendants has been abused for personal gain, and that a significant number of sellers have lodged complaints about the results of the handling.

*Crowdsourced ODR with public jury as the third party.* In order to address the issues that arise from the actions of attendants, Alibaba has introduced a public jury system to supplement the role of attendants. The public jury is comprised of Alibaba members who have been selected according to their credit score, membership period, and review quality assessment. This ensures that the jury members possess both strong judgment abilities and high moral standards. The public jury reaches a decision by voting. This model is also referred to as crowdsourced ODR (CODR), which is defined as the transfer of tasks that would otherwise be performed by dedicated personnel to a non-specific group of people to complete them on a voluntary basis.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> This chart is drawn based on Taobao Platform Dispute Resolution Rules (淘宝平台争议处理规则) 2023. Taobao is the largest mobile commerce platform in China and is owned by the Alibaba Group.

<sup>17</sup> Zhou Xiang (周翔), ‘Description and Explanation: Dispute Resolution Mechanism of Taobao—China’s Experience and Observation of ODR (描述与解释: 淘宝纠纷解决机制)’ 2021 24(140) Journal of SJTU (Philosophy and Social Science)(上海交通大学学报(哲学社会版)) 97, 102.

### 2.4.2. ODR Platforms Organized by the Government

The State Administration for Market Regulation (SAMR) has established the 12315 platform for collecting violations and facilitating mediation.

*The 12315 Platform.* The SAMR facilitates the establishment of ODR mechanisms through the national 12315 platform.<sup>18</sup> Currently, 114,000 businesses that have implemented ODR have utilized the national 12315 platform to resolve 3.09 million disputes with consumers.<sup>19</sup> The three-in-one model of enforcing ODR—guidance, supervision, and demonstration—has gradually established a new pattern of consumer rights protection co-governance. Shanghai has pioneered the real-time sharing of complaints with pilot ODR enterprises, with the efficiency of ODR operations ranking at the top in China. Fujian has effectively integrated the ODR mechanism with the dissemination of consumer complaints, resulting in a notable reduction in the number of complaints in key industries. Hainan has successfully implemented the ODR mechanism in the field of duty-free goods, addressing key issues such as the return and exchange of duty-free goods, airport pick-up, product quality, and packaging damage.<sup>20</sup>

### 2.4.3. ODR Platforms Organized by Courts

Some local courts have established ODR platforms, including one-stop ODR platforms and Internet courts.

*The 'Internet + Judicial' trial mechanism.* The 'Internet + Judicial' trial mechanism represents a significant reform of the multiple dispute resolution mechanism initiated by the Supreme People's Court (SPC) in 2004.<sup>21</sup> The Jilin Province Internet Court established in 2015<sup>22</sup> represents a significant advancement in the field of litigation, encompassing the entire process from online filing to online execution. This innovative approach represents a key milestone in the evolution of data-centred People's Court Informatization 4.0.<sup>23</sup> The Hangzhou Internet Court, on the other hand, has pioneered the use of digital technology in resolving disputes related to online payments, copyright, and transactions in 2017.<sup>24</sup> As of June 2019, the 'smart court' system that handles all cases online, discloses all proceedings

<sup>18</sup> 'SAMR is Promoting the Establishment of An ODR Mechanism (市场监管总局推进在线消费纠纷解决 (ODR) 机制建设)' CCTV News (22 March 2021) <<http://m.news.cctv.com/2021/03/22/ARTI3BYrgBXoPGUtZP0D-N0nW210322.shtml>> accessed 18 July 2024.

<sup>19</sup> Xinhua News (n 8).

<sup>20</sup> CCTV News (n 15).

<sup>21</sup> Second Five-Year Reform Outline of the People's Courts (2004-2008) (人民法院第二个五年改革纲要 (2004-2008)), 26 October 2005.

<sup>22</sup> 'Dialogue with the President of Jilin High Court: Why E-Court Takes Root in Jilin? (对话吉林高院院长: 电子法院缘何率先在吉林生根)' Jilin Court Website (5 November 2021) <<http://jlfy.e-court.gov.cn/article/detail/2015/11/id/1740982.shtml>> accessed 18 July 2024.

<sup>23</sup> Promoting the Transformation and Upgrading of Smart Court Construction in Jilin (推动吉林智慧法院建设转型升级) Jilin Court Website (24 June 2021) <<http://jlfy.e-court.gov.cn/article/detail/2021/06/id/6107968.shtml>> accessed 18 July 2024.

<sup>24</sup> China's first Internet court settled in Hangzhou (全国首家互联网法院落户杭州) The Paper (18 August 2017) <[https://www.thepaper.cn/newsDetail\\_forward\\_1767410](https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1767410)> accessed 18 July 2024.

in accordance with the law, and provides all-round intelligence services has been largely developed.<sup>25</sup>

#### 2.4.4. ODR Platforms Organized by Social Organisations

Social organisations are actively engaged in providing ODR services.

*China ODR Centre.* The organisation was established by the government in 2004 with the objective of resolving disputes related to e-commerce. Its services encompass online arbitration, online mediation, and online reconciliation. It is the inaugural provider in China to offer a comprehensive range of online dispute resolution mechanisms.<sup>26</sup> Unfortunately, its operations experienced a decline following 2005.

*ODRC of the CIETAC.* The China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) has established an Online Dispute Resolution Centre (ODRC),<sup>27</sup> which has been actively involving ODR. The centre's focus is on domain name disputes. The types of disputes it handles focus on domain name disputes, including cybersquatting disputes over domain names, generic URLs, wireless URLs and SMS URLs.<sup>28</sup> In addition, CIETAC has established an Asia-Pacific Economic Cooperation (APEC) ODR Service Platform to provide ODR services with a fully online process of negotiation, mediation and arbitration to resolve B2B cross-border commercial disputes, especially between micro, small and medium enterprises (MSMEs), in accordance with the APEC Collaborative Framework for ODR of Cross-Border B2B Disputes.<sup>29</sup>

### 3. METHODS OF CONSUMER ODR

Part II offers a static explanation of consumer ODR mechanisms. The objective of this part is to introduce prevalent methods that are utilized in China to achieve consumer ODR.

#### 3.1. ONLINE NEGOTIATION

It is possible for consumers to engage in direct online negotiations with business operators without the necessity of meeting in person. Once a dispute has been identified, the final step is to reach a dispute resolution agreement in order to resolve the dispute.

#### 3.2. ONLINE MEDIATION

Consumers and business operators have the option of engaging a neutral third party to facilitate mediation. The goal of this process is to reach a mutually agreeable resolution to the dispute in question. Third-party platform intervention can be divided into two distinct

---

<sup>25</sup> SPC (中华人民共和国最高人民法院) (ed), *Chinese Court and Internet Judiciary* (中国法院的互联网司法), (Beijing: People's Court Press (北京:人民法院出版社) 2019) 4.

<sup>26</sup> People.cn (人民网), 'The construction path of online settlement mechanism for online transaction disputes (网络交易纠纷在线解决机制的构建路径)' <<http://media.people.com.cn/n1/2017/0913/c414310-29533782.html>> accessed 18 July 2024.

<sup>27</sup> ODRC of the CIETAC <<http://odr.org.cn>> accessed 18 July 2024.

<sup>28</sup> CIETAC, <<http://www.cietac.org>> accessed 18 July 2024.

<sup>29</sup> APEC ODR SERVICE, <<https://casettle.odrcloud.cn/CIETAC.html>> accessed 18 July 2024.

models: the traditional third-party mediator management model and the government-authorized mediation model. The former refers to the traditional way of engaging a mutually trusted and respected party as a mediator, such as the China Consumers Association (CCA). The latter refers to the increasingly widespread use of third-party online platforms for online mediation. For example, Sina.com successfully operates a platform to collect consumer complaints and engage in online mediation.<sup>30</sup>

### 3.3. ONLINE ARBITRATION

Online arbitration refers to a process that employs information technology (IT) in conjunction with established arbitration procedures, thereby enabling a majority or even all the arbitration procedures to be completed online. Online arbitration may be divided into two categories according to whether the resulting award can be recognized and enforced by the court. These are binding online arbitration and non-binding online arbitration. The former is an extension of traditional arbitration in the online environment, whereas the latter represents one of the innovations of online dispute resolution mechanisms in the field of dispute resolution.

### 3.4. ONLINE LITIGATION

In online litigation, all court hearings and related litigation actions are conducted through electronic communication methods, including audio, video conferencing, online video conferencing, and network transmission methods, etc. Online litigation platforms may take the form of e-courts and Internet courts.<sup>31</sup> China's Internet Court adheres to the 'online hearing of online cases' approach, emphasizing the non-in-person nature of the litigation method and the Internet as a source of jurisdiction. In addition to emphasizing the non-in-person litigation method, the jurisdiction must also be Internet-based.<sup>32</sup>

## 4. EVALUATIONS OF THE CURRENT CONSUMER ODR

The intrinsic Internet and cross-border characteristics of ODR present a multitude of opportunities and challenges for its development. This section endeavours to analyse the opportunities and challenges that ODR will face in China as a consequence of the country's rapid economic and technological development.

### 4.1. ADVANTAGES

The advantages of ODR are unparalleled when compared to traditional dispute resolution mechanisms.

*Flexibility.* ODR permit parties to participate in the dispute resolution process any-

<sup>30</sup> Black Cat Complaints, Sina. Com, <<https://tousu.sina.com.cn>>, accessed 18 July 2024.

<sup>31</sup> Zhang Xingmei (张兴美), 'Conceptual Basis and Application Path of the Construction of Electronic Litigation System (电子诉讼制度建设的观念基础与适用路径)' 2019 (5) Political and Legal Forum (政法论坛) 117, 121.

<sup>32</sup> Hu Shihao (胡仕浩), He Fan (何帆) & Li Chengyun (李承运), 'Understanding and Application of the Provisions of the Supreme People's Court on Several Issues Concerning the Trial of Cases by Internet Courts (《最高人民法院关于互联网法院审理案件若干问题的规定》的理解与适用)', (2018) 4 People's Court News (人民法院报) 28, 30.

mously. This allows the parties to engage in dispute resolution even when there is a lack of trust and a willingness to have face-to-face contact. In addition, dispute resolution professionals have the flexibility to consider the social impact and needs of both parties and to choose a solution that is acceptable to both parties and to the general public who may face similar situations. In this way, ODR could reduce the rigidity of applying legal procedures.<sup>33</sup>

*Cost-benefit efficiency.* ODR strives to achieve efficiency while maintaining fairness. As the lag, complexity, and high cost of traditional dispute resolution mechanisms become increasingly inadequate in meeting the public needs for dispute resolution, ODR frees a significant number of people from the constraints of traditional procedures, thereby enhancing the efficiency of case handling. Because of its cost-saving and time-saving benefits, ODR has increasingly raised the level of satisfaction among deposed parties.<sup>34</sup>

*Sharing of resources.* ODR platforms can facilitate the reasonable allocation and resource sharing of legal and non-legal resources, official and private resources. First, ODR can actively mobilize the participation of social forces, such as private mediation organisations, administrative mediation organisations, industry experts, lawyers, psychologists, and social workers, to provide parties with more options of dispute resolution channels. Secondly, it has become evident that the dispute resolution functions of businesses and independent third parties can be optimally utilized. Thirdly, the advent of smart courts has become a significant component of ODR. The overarching six-in-one ODR construction objective of ‘online mediation, online case filing, online judicial confirmation, online court hearings, electronic supervision, and electronic service’<sup>35</sup> has facilitated the sharing of resources.

## 4.2. DEFECTS

The intrinsic qualities of technology and the nascent state of ODR legislation have resulted in a number of inherent defects in the current ODR mechanisms.<sup>36</sup>

*Lack of uniform standards.* Currently, only ODR mechanisms established by courts and the ODRC of CIETAC are accompanied by normative guidance. However, other ODR platforms develop in reliance on private entities, with their rules varying with regard to normative standards.

*Concerns about information security and confidentiality.* ODR systems automatically record and collect information on online disputes. Furthermore, the use of online communication channels has the potential to exacerbate existing levels of distrust between parties.

<sup>33</sup> Xu Qing yong (许庆永), ‘An Expression of Justice in Online Dispute Resolution (在线纠纷解决的正义表达)’ 2024 (2) *Journal of East China University of Political Science and Law* (华东政法大学学报) 83, 84.

<sup>34</sup> Chen Yifan (陈怡帆) & Nie Hongtao (聂洪涛), ‘China’s Dispute Resolution Mechanism in the Age of Digital Intelligence—From ADR to ODR (数智时代我国纠纷解决机制—从ADR到ODR)’ 2024 (4) *Technology Think Tank* (科技智囊) 54, 58.

<sup>35</sup> SPC, Provisions on Several Issues Concerning the Online Handling of Cases by People’s Courts (Draft for Comment) (关于人民法院在线办理案件若干问题的规定(征求意见稿)) 2021.

<sup>36</sup> Huang Mengyi (黄梦仪), ‘Operation Mechanism and Features of ODR (ODR的运行机制与特点)’ (19 January 2021) <<http://lti.ruc.edu.cn/sy/xwdt/wlfdsh/3cc7b32dd95a4d0c847368a49cf88bd6.htm>> accessed 18 July 2024.



*Weak efficacy.* The majority of agreements formed under this process are not legally binding, which is in stark contrast to the *res judicata* and enforceability of court judgments.

## 5. THE FUTURE OF CONSUMER ODR

The intrinsic Internet and cross-border characteristics of ODR present a multitude of opportunities and challenges for its development. This section endeavours to analyse the opportunities and challenges that ODR will face in China as a consequence of the country's rapid economic and technological development.

### 5.1. OPPORTUNITIES

#### 5.1.1. Cross-border E-commerce

ODR is inextricably linked to the advancement of cross-border e-commerce, which has demonstrated a sustained and robust growth trajectory. In the first quarter of 2024, the value of cross-border e-commerce imports and exports reached 577.6 billion yuan, representing a 9.6% increase compared to the same period in 2023.<sup>37</sup> In 2019, the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) and the China Silk Road Group entered into an agreement to facilitate ODR for consumers in Southeast Asia.<sup>38</sup> The agreement stipulates that the two parties will collaborate to develop an ODR mechanism tailored to cross-border e-commerce. Additionally, they will utilize blockchain technology to construct a platform for evidence storage and production for cross-border e-commerce.

#### 5.1.2. Application of Artificial Intelligence.

The rapid development of artificial intelligence (AI) has led to more opportunities for ODR. AI can assist in describing disputes using structured data and matching them with appropriate ODR methods based on the type of dispute. Additionally, advances in technology enable faster and more accurate predictions of dispute outcomes. Furthermore, technology can be utilized to guide consumers in future transactions by providing risk warnings, case references, legal opinions, and dispute resolution services.<sup>39</sup>

#### 5.1.3. The Consumer Protection Co-Governance Strategy

The recently implemented *Consumer Protection Co-Governance Strategy* will facilitate the advancement of consumer ADR. To enhance the system of socialism with Chinese characteristics, the CPC has recently prioritized *Co-Governance* in its policy goals. In 2022, President Xi Jinping has stressed the need to improve the *Social Co-Governance System* through the leadership of the Party, the responsibility of the government, the coordination of society,

<sup>37</sup> 'Developing Rapidly! China's Cross-border E-commerce Imports and Exports Increased by 9.6% In the First Quarter (发展迅速! 一季度我国跨境电商进出口增长9.6%)' CCTV News (17 April 2024) <<https://news.cctv.com/2024/04/17/ARTI87aoxh5JQUPFAH2VRMar240417.shtml>> accessed 18 July 2024.

<sup>38</sup> 'Partnership to Deliver Online Dispute Resolution to Consumers' UNCTAD (11 July 2019) <<https://unctad.org/news/partnership-deliver-online-dispute-resolution-consumers>> accessed 18 July 2024.

<sup>39</sup> Long Fei (龙飞) (n 9).



the participation of the public and the safeguarding of the rule of law.<sup>40</sup> In 2024, the newly promulgated IRCRPL mandates that *Consumer Protection Co-Governance* should involve business operators' compliance with the law, industry self-discipline, consumer participation, government supervision, and social supervision.<sup>41</sup>

China's co-governance strategy is characterized by the dominance of public powers, with the CPC leadership preceding government enforcement. Consequently, the quasi-government status of consumer associations can play a pivotal role in linking public powers and private participants. They are able to utilize administrative resources that are backed by state coercion, forming a powerful deterrent to the interests of both parties to the dispute, particularly the operators. Consumer associations may facilitate more effective information-sharing when private powers are unable to resolve disputes. This is particularly beneficial for non-judicial ADR award enforcement, as consumer associations can leverage the potential threat of administrative power to persuade operators to accept mediation plans when one party is unwilling to compromise due to its superior position.<sup>42</sup>

## 5.2. CHALLENGES

The current challenges facing the use of ODR in China can be classified into two distinct categories. This section presents an analysis of these issues from both a legal and a social science perspective.

### 5.2.1. Addressing Legal Issues in Implementing Consumer ODR

*Unguaranteed right to safety.* Unguaranteed right to safety. The current scope of the ODR mechanism mainly covers monetary disputes between consumers and operators. However, it does not cover violations of personal health and safety.

*Risk of lack of impartiality of third-party platforms.* Unfairness is mainly concentrated in non-judicial ODR, where the platform offers small profits to consumers in exchange for positive reviews by unfairly resolving disputes in order to remain attractive to consumers. Although a small number of consumers are actually protected in the process, the fundamental value of fairness and impartiality is at stake.<sup>43</sup>

*The application of artificial intelligence.* First, AI has a weak foundation due to the inadequacy, objectivity, and lack of structure of legal big data. The inadequacy of legal data is due to the fact that published judgments do not include all the judgment documents of completed cases, resulting in incomplete data analysis. Second, the emphasis on "algorithms" and machine evaluation can lead to errors in judgment. There is a risk of problems such as algorithmic black boxes, algorithmic divisiveness, and algorithmic dictatorship if all judicial decisions are left to algorithms. Third, the excessive pursuit of technological substi-

<sup>40</sup> Xi Jinping, *The Governance of China IV* (Beijing: Foreign Languages Press, 2022).

<sup>41</sup> CRPL art 3.

<sup>42</sup> Wu Weijun (吴卫军) & Wang Jianping (王建萍), 'Consumer Associations in the Perspective of Dispute Resolution-Analysis From An Empirical Perspective (纠纷解决视域中的消费者协会)' (2008) 4 *Journal of Yunnan University (Law Edition)* (云南大学学报 (法学版)) 90, 94.

<sup>43</sup> Li Wanlu (n 5).

tution can lead to technological obscurantism. The result of logical calculation deprives the parties of their right to know and their right to choose, and weakens the sense of participation in the process.<sup>44</sup>

*Determination of Arbitration Agreements for Online Transactions.* First, traditional arbitration agreements must be in writing. However, arbitration agreements are signed in online formats during online transactions and there is no guarantee that consumers actually know the content and effectiveness of the arbitration agreement. This leads to difficulties in determining the validity of an arbitration agreement.<sup>45</sup> Second, the parties to an arbitration agreement must have the full capacity to act in civil law. However, online operators establish contact with consumers through electronic data exchange, and they cannot guarantee that their consumers have full civil capacity. Third, a large number of consumer disputes are kept out of the courts through the use of standard arbitration clauses. Although consumers question the inequality created by standard arbitration clauses that make the dispute un-arbitrable, courts have upheld the validity of standard arbitration clauses.<sup>46</sup> Forcing consumers out of court and into arbitration would impose unreasonable costs on consumers.

*Difficulty in promoting small claims arbitration.* There is presently an absence of awareness among consumers as regards arbitration procedures for minor disputes. Although the CCA data indicates a rapid increase in consumer consultations and consumer complaints, small claim consumers tend to remain silent due to the high costs and procedural complexity involved, which ultimately results in the infringement of their rights. On the one hand, China lacks a mature system for the efficient resolution of small-claim disputes. On the other hand, although relevant systems have been explored and the system construction has been generally improved, there has been a lack of sufficient and effective explanations and publicity.<sup>47</sup>

*Legal enforceability of non-judicial ADR awards.* As previously discussed in Part IV, it is important to note that, with the exception of awards reached through judicial ADR mechanisms, all other ADR mechanisms provide non-legally binding outcomes. The enforcement of non-judicial ADR awards ultimately depends on the voluntariness and ethics of business operators. This creates a certain level of uncertainty and distrust among consumers regarding non-judicial ADR.

<sup>44</sup> Long Fei (龙飞), 'Application and Development of Artificial Intelligence in the Field of Dispute Resolution (人工智能在纠纷解决领域的应用与发展)' (2019) 37(1) *Legal Science (Journal of Northwest University of Political Science and Law)* (法律科学(西北政法大学学报)) 54, 55.

<sup>45</sup> Huang Hong (黄弘), 'Research on the Effectiveness of Online Consumer Arbitration Agreements (网络消费仲裁协议效力研究)' (2022) *South China University of Technology* (华南理工大学) 15.

<sup>46</sup> Beijing Fourth Intermediate People's Court (2019) Jing 04 Min Te No. 21 Civil Ruling (北京市第四中级人民法院 (2019) 京04 民特21 号民事裁定书) (dismissal of a claim of invalidity of a standard arbitration clause relating to shared housing); Beijing Fourth Intermediate People's Court (2020) Jing 04 Min Te No. 557 Civil Ruling. (北京市第四中级人民法院 (2020) 京04 民特557 号民事裁定书) (dismissal of claim of non-arbitrability of dispute over shared bicycles).

<sup>47</sup> Xu Yan (徐燕), 'Dilemmas and Solutions for Small-claim Arbitration (小额消费仲裁的困境与出路)' (2021) *Southwest University of Political Science and Law* (西南政法大学) 28.

*Design and construction of the top-level system for judicial ADR.* The current judicial ADR model is primarily a one-stop, all-encompassing approach. However, it lacks a more refined and categorical approach for consumer-related disputes, such as those pertaining to commercial, medical, financial securities, and intellectual property rights.<sup>48</sup>

### **5.2.2. Addressing Cultural and Linguistic Diversity Issues in Consumer ADR**

In light of the accelerated growth of online consumer markets and cross-border e-commerce, it is becoming increasingly clear that addressing cultural and linguistic diversity issues in ADR is of paramount importance.

#### **5.2.2.1. Cultural Diversity**

The dispute resolution process is influenced by a number of factors, including individualism and collectivism, high-context and low-context cultures. These factors affect the feelings and choices of the parties involved, which in turn affects the final outcome.<sup>49</sup> This assertion is particularly relevant in the context of international trade, where the diverse cultural and social backgrounds of participating parties and their varying interpretations of marketing and transitions present unique challenges.

#### **5.2.2.2. Linguistic Diversity**

It is of the utmost importance that the parties in dispute resolution communicate effectively. However, linguistic diversity can often present a challenge in this regard. This is not a technical issue, as it also arises in traditional dispute resolution mechanisms. This is particularly pertinent in cross-border e-commerce disputes. Fortunately, this problem can be effectively addressed through technology in ODR. Cross-border e-commerce platforms, mediation institutions, arbitration institutions, and ODR platforms typically offer technical support for the free switching between different languages, as well as automatic translation to facilitate online communication.<sup>50</sup>

## **6. CONCLUDING REMARKS**

In conjunction with the rapid growth of the Chinese economy and technology, consumer ODR in China has undergone considerable development. ODR has achieved considerable success in China due to the rapid advancement of technology, as reported by

---

<sup>48</sup> Fan Yu (范愉), 'Chinese Characteristics and Features of the Times in the Reform of Diversified Dispute Resolution Mechanisms (多元化纠纷解决机制改革的中国特色与时代特征)' (29 March 2021) <<https://www.chinacourt.org/article/detail/2021/03/id/5915355.shtml>> accessed 18 July 2024.

<sup>49</sup> Daniel Rainey, 'ODR and Culture', in Mohamed Abdel Wahab, Ethan Katsh & Daniel Rainey (eds.), *Online Dispute Resolution Theory and Practice* (Hague: Eleven International Publishing, 2013).

<sup>50</sup> Li Jiale (李佳乐), 'Research on the online dispute resolution mechanism of cross-border e-commerce under RCEP (RCEP下跨境电商在线争议解决机制研究)' (2023) 4 *Logistics Research (物流研究)* 68, 70.

UNCTAD.<sup>51</sup> Social enterprises have been actively providing avenues for consumer ODR, including e-commerce providers, government agencies, social organisations, and the judiciary. This article analyses the Chinese consumer ODR in the context of the information age and the use of artificial intelligence.

China has established a comprehensive system comprising non-judicial ODR and judicial ODR channels. The non-judicial ADR channels have been adopted with the greatest frequency, with a variety of options available for consumers, including negotiation, mediation, administrative appeals, and arbitration.

Despite the successful development of consumer ODR in China, the legal system is facing a number of challenges that are difficult to address in light of the vast need arising from China's large consumption market. These challenges include, but are not limited to, the determination of arbitration agreements, the promotion of small claims arbitrations, the enforcement of non-judicial ODR awards, and the design of an ODR system that addresses the specific needs of consumers. The recently implemented *Consumer Protection Co-Governance Strategy* is anticipated to facilitate the resolution of these issues. In conclusion, China has been striving to mobilize the collective efforts of society to develop consumer ODR, with the objective of safeguarding consumers from domestic and cross-border transactions.

## BIBLIOGRAPHY

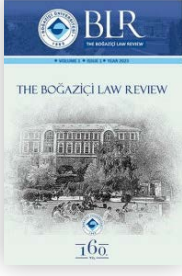
- Beijing Fourth Intermediate People's Court (2019) Jing 04 Min Te No. 21 Civil Ruling (北京市第四中级人民法院 (2019) 京04 民特21 号民事裁定书).
- Beijing Fourth Intermediate People's Court (2020) Jing 04 Min Te No. 557 Civil Ruling. (北京市第四中级人民法院 (2020) 京04 民特557 号民事裁定书).
- Benjamin L. Liebman, 'Ordinary Tort Litigation in China: Law versus Practical Justice?' 13 *Journal of Tort Law* 197 (2020) 222.
- Black Cat Complaints, Sina. Com, <<https://tousu.sina.com.cn>> accessed 18 July 2024.
- Chen Yifan (陈怡帆) & Nie Hongtao (聂洪涛), 'China's Dispute Resolution Mechanism in the Age of Digital Intelligence—From ADR to ODR (数智时代我国纠纷解决机制—从ADR 到ODR)' 2024 (4) *Technology Think Tank (科技智囊)* 54, 58.
- China's first Internet court settled in Hangzhou (全国首家互联网法院落户杭州) *The Paper* (18 August 2017) <[https://www.thepaper.cn/newsDetail\\_forward\\_1767410](https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1767410)> accessed 18 July 2024.
- Consumer Rights and Interests Protection Law of the People's Republic of China (Amended) (中华人民共和国消费者权益保护法) 2014.
- 'Consumer Trust in the Digital Economy: The Case for Online Dispute Resolution' (2021) UNCTAD Research Paper No. 72 UNCTAD/SER.RP/2021/15 <[https://unctad.org/system/files/official-document/ser-rp-2021d15\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/ser-rp-2021d15_en.pdf)> accessed 18 July 2024.
- Daniel Rainey, 'ODR and Culture', in Mohamed Abdel Wahab, Ethan Katsh & Daniel Rainey (eds.), *Online Dispute Resolution Theory and Practice* (Hague: Eleven International Publishing, 2013).
- 'Dialogue with the President of Jilin High Court: Why E-Court Takes Root in Jilin? (对话吉林高院院长: 电子法院缘何率先在吉林生根)' Jilin Court Website (5 November 2021) <<http://jlfy.e-court.gov.cn/>>

<sup>51</sup> 'Consumer Trust in the Digital Economy: The Case for Online Dispute Resolution' (2021) UNCTAD Research Paper No. 72 UNCTAD/SER.RP/2021/15 <[https://unctad.org/system/files/official-document/ser-rp-2021d15\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/ser-rp-2021d15_en.pdf)> accessed 18 July 2024.

- article/detail/2015/11/id/1740982.shtml> accessed 18 July 2024.
- Fan Yu (范愉), 'Chinese Characteristics and Features of the Times in the Reform of Diversified Dispute Resolution Mechanisms (多元化纠纷解决机制改革的中国特色与时代特征)' (29 March 2021) <<https://www.chinacourt.org/article/detail/2021/03/id/5915355.shtml>> accessed 18 July 2024.
- Han Xuanyao (韩焜尧), 'On China's Online Dispute Resolution Mechanism (ODR) (论中国的线上纠纷解决机制(ODR))' 2021 (2) Journal of Capital Normal University (Social Science Edition) (首都师范大学学报(社会科学版)), 70.
- Huang Mengyi (黄梦仪), 'Operation Mechanism and Features of ODR (ODR的运行机制与特点)' (19 January 2021) <<http://lti.ruc.edu.cn/sy/xwdt/wlfdsh/3cc7b32dd95a4d0c847368a49cf88bd6.htm>> accessed 18 July 2024.
- Hu Shihao (胡仕浩), He Fan (何帆) & Li Chengyun(李承运), 'Understanding and Application of the Provisions of the Supreme People's Court on Several Issues Concerning the Trial of Cases by Internet Courts (《最高人民法院关于互联网法院审理案件若干问题的规定》的理解与适用)', (2018) 4 People's Court News (人民法院报) 28.
- Huang Hong (黄弘), 'Research on the Effectiveness of Online Consumer Arbitration Agreements (网络消费仲裁协议效力研究)' (2022) South China University of Technology (华南理工大学).
- Implementing Regulation for the Law of the People's Republic of China on the Protection of Consumer Rights and Interests (中华人民共和国消费者权益保护法实施条例) 2024.
- Li Jiale (李佳乐), 'Research on the online dispute resolution mechanism of cross-border e-commerce under RCEP (RCEP下跨境电商在线争议解决机制研究)' (2023) 4 Logistics Research (物流研究) 68.
- Li Wanlu (李婉露), 'Research on Online Dispute Resolution Mechanism from the Perspective of Consumer Rights Protection (消费者权益保护视角下的线上纠纷解决机制研究)' (2022) China Foreign Affairs University (外交学院) 13.
- Long Fei (龙飞), 'Application and Development of Artificial Intelligence in the Field of Dispute Resolution (人工智能在纠纷解决领域的应用与发展)' (2019) 37(1) Legal Science (Journal of Northwest University of Political Science and Law) (法律科学(西北政法大学学报)) 54.
- Long Fei (龙飞), 'Overseas Comparison and Reference of Alternative Dispute Resolution Mechanism Legislation (替代性纠纷解决机制立法的域外比较与借鉴)' (2019) 1 Journal of China University of Political Science and Law (中国政法大学学报) 81.
- 'Promoting online settlement of consumer disputes, The average processing time is accelerated by about 14 days' (推进消费纠纷在线解决 平均处理时长提速约14天) Xinhua News (15 March 2023) <[https://www.gov.cn/fuwu/2023-03/15/content\\_5746725.htm](https://www.gov.cn/fuwu/2023-03/15/content_5746725.htm)> accessed 18 July 2024.
- Promoting the Transformation and Upgrading of Smart Court Construction in Jilin (推动吉林智慧法院建设转型升级) Jilin Court Website (24 June 2021) <<http://jlfy.e-court.gov.cn/article/detail/2021/06/id/6107968.shtml>> accessed 18 July 2024.
- Provisional Measures for the Handling of Complaints and Whistleblowing Reports on Market Regulation (Amended for the Second Time in 2022) (市场监督管理总局投诉举报处理暂行办法(2022第二次修正)) 2022 art 6.
- Provisions on Several Issues Concerning the Online Handling of Cases by People's Courts (Draft for Comment) (关于人民法院在线办理案件若干问题的规定(征求意见稿)) 2021.
- 'SAMR is Promoting the Establishment of An ODR Mechanism (市场监管总局推进在线消费纠纷解决(ODR)机制建设)' CCTV News (22 March 2021) <<http://m.news.cctv.com/2021/03/22/ARTI3BYrgBXoPGUtZP0DN0nW210322.shtml>> accessed 18 July 2024.
- Second Five-Year Reform Outline of the People's Courts (2004-2008) (人民法院第二个五年改革纲要(2004-2008)), 26 October 2005.

- SPC (中华人民共和国最高人民法院) (ed), *Chinese Court and Internet Judiciary* (中国法院的互联网司法), (Beijing: People's Court Press (北京:人民法院出版社) 2019).
- Taobao Platform Dispute Resolution Rules (淘宝平台争议处理规则) 2023.
- 'The 53rd Statistical Report On China's Internet Development (第53次中国互联网络发展状况统计报告)' China Internet Network Information Centre (22 March 2024) 1 <<https://www.cnnic.net.cn/n4/2024/0322/c88-10964.html>> accessed 18 July 2024.
- Wang Qi (王琦), 'On the Connection Issues of China's Online E-commerce Dispute Resolution Mechanism (论我国电子商务纠纷在线解决机制的衔接问题)' (2023) Nanchang University (南昌大学) 16.
- Wu Weijun (吴卫军) & Wang Jianping (王建萍), 'Consumer Associations in the Perspective of Dispute Resolution-Analysis From An Empirical Perspective (纠纷解决视域中的消费者协会)' (2008) 4 *Journal of Yunnan University (Law Edition)* (云南大学学报 (法学版)) 90.
- Xi Jinping, *The Governance of China IV* (Beijing: Foreign Languages Press 2022).
- Xu Qing yong (许庆永), 'An Expression of Justice in Online Dispute Resolution (在线纠纷解决的正义表达)' 2024 (2) *Journal of East China University of Political Science and Law* (华东政法大学学报) 83, 84.
- Xu Yan (徐燕), 'Dilemmas and Solutions for Small-claim Arbitration (小额消费仲裁的困境与出路)' (2021) *Southwest University of Political Science and Law* (西南政法大学).
- Zhang Xingmei (张兴美), 'Conceptual Basis and Application Path of the Construction of Electronic Litigation System (电子诉讼制度建设的观念基础与适用路径)' 2019 (5) *Political and Legal Forum* (政法论坛) 117.
- Zhou Xiang (周翔), 'Description and Explanation: Dispute Resolution Mechanism of Taobao—China's Experience and Observation of ODR (描述与解释: 淘宝纠纷解决机制)' 2021 24(140) *Journal of SJTU (Philosophy and Social Science)*(上海交通大学学报(哲学社会版)) 97.





# The Boğaziçi Law Review

ISSN: 3023-4611

Journal homepage: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr>

## Yasama Bağışıklıkları ve İnsan Haklarının Dengelenmesi: AİHM İctihadına İlişkin Bir Değerlendirme

*Balancing Parliamentary Immunities and Human Rights: An Evaluation of ECHR Jurisprudence*

Harun Muratoğulları

**To cite this article:** Harun Muratoğulları, 'Yasama Bağışıklıkları ve İnsan Haklarının Dengelenmesi: AİHM İctihadına İlişkin Bir Değerlendirme' (2024) 2(1) The Boğaziçi Law Review 64.

**Submission Date:** 15 May 2024

**Acceptance Date:** 9 August 2024

**Article Type:** Research Article



© 2024 Harun Muratoğulları. Published with license by Boğaziçi University Publishing



Published online: September 2024




Submit your article to this journal [↗](https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr)

Full Terms & Conditions of access and use can be found at  
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr>

# YASAMA BAĞIŞIKLIKLARI VE İNSAN HAKLARININ DENGELENMESİ: AİHM İÇTİHADINA İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME

## *BALANCING PARLIAMENTARY IMMUNITIES AND HUMAN RIGHTS: AN EVALUATION OF ECHR JURISPRUDENCE*

Harun Muratoğulları 

Dr. Öğr. Üyesi, Boğaziçi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı.

### ÖZ

Bu çalışma, parlamento üyelerine sağlanan milletvekili dokunulmazlıkları ve sorumsuzluklarının diğer bireylerin insan hakları üzerinde meydana getirdiği kısıtlamaları Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları ışığında mercek altına almaktadır. “Yasama bağışıklığı” terimi, ceza veya hukuk davaları ile ilgili takibatlarda parlamento üyelerine karşı hukuki işlem yapılmasını, soruşturma tedbirleri alınmasını ve/veya kolluk tedbirleri alınmasını geçici veya kalıcı olarak engelleyen güvencelerin genel adıdır. Parlamentonun bağımsızlığını güvence altına almasını ve etkin bir şekilde çalışmasını amaçlayan yasama bağışıklığı doktrini, Avrupa genelinde yüz yıllar içinde oluşan anayasal mirasın önemli bir bileşenidir. Temel düşünce, parlamento üyelerine, tüm insanlar için uygulanan medeni hukuk veya ceza hukuku sorumluluklarına karşı bir dereceye kadar koruma sağlanmasıdır. Bunun önemli bir sebebi, halkın seçilmiş temsilcilerinin demokratik yetkilerini düzgün bir şekilde kullanabilmeleri için belirli güvencelere ihtiyaç duymalarıdır. Bu güvenceler, yürütme organı, yargı veya siyasi muhalifler tarafından taciz edilme veya haksız suçlamalara maruz kalma riski olmaksızın var olmalıdır. Diğer yandan, demokratik ülkelerin karşılaştığı sorun, yasama bağışıklıklarının gerekliliği ile parlamenterlerin hesap verebilirliğini sağlama ve bireysel hakları koruma zorunluluğu arasında bir denge kurmaktır. Bu denge yasama faaliyeti ile ilgisi olmayan eylemleri hariç tutarken, toplumsal yarar açısından gerekli olduğu ölçüde muafiyetlerin kapsamını açıkça belirlemekten geçmektedir. Bu çalışma kapsamında incelediğimiz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı göstermektedir ki, Mahkeme nazarında yasama bağışıklığı kural olarak meşru ve demokratik bir anayasal araçtır. Öte yandan, Mahkeme, bağışıklığın, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde belirtilen mahkemeye erişim hakkı da dahil olmak üzere Sözleşme haklarının bir sınırlaması olduğunu kabul etmektedir. Mahkeme yasama sorumsuzluğu kavramına işlevsel bir yaklaşım getirmiştir. Bu yaklaşıma göre, sorumsuzluk, parlamento üyelerinin anayasal yükümlülüklerini özgürce yerine getirmesini sağlamaya gerçekten hizmet ettiği durumlarda mahkemeye erişim hakkında haklı ve orantılı bir kısıtlama meydana getirir. Sorumsuzluğun yasama görevinin doğrudan yerine getirilmesi sırasında gerçekleştirilen eylemlerle ilgili olması nedeniyle, Mahkeme bunun hak arama özgürlüğü üzerinde geçerli bir kısıtlama olduğunu düşünmektedir. Buna karşın, dokunulmazlık, parlamento tarafından verilen yetkiyle önemli bir bağ olmayan eylemleri ifade eder. Bu nedenle, genel olarak, fumus persecutionis gibi ek gerekçelerin mevcut olduğu durumlar haricinde, haklı bir sınırlama sayılmamalıdır.

**Anahtar Kelimeler:** Dokunulmazlık, yasama sorumsuzluğu, AİHM, parlamento, adil yargılanma hakkı, ifade özgürlüğü.

### ABSTRACT

This study examines the restrictions on human rights caused by legislative immunity granted to members of parliament in light of the case-law of the European Court of Human Rights. The term

“legislative immunity” refers to a guarantee that temporarily or permanently prevents legal action, investigative measures and/or law enforcement measures from being taken against members of parliament in criminal or civil proceedings. The main objectives of this guarantee are to safeguard the independence of Parliament and ensure its proper functioning. The doctrine of legislative immunity is an important component of the constitutional heritage built up over centuries across Europe. The basic idea is that members of parliament are afforded a degree of protection against civil or criminal liability applicable to all human beings. An important reason for this is that the elected representatives of the people need certain safeguards in order to properly exercise their democratic mandate. These safeguards must exist without the risk of harassment or false accusations by the executive branch, the judiciary or political opponents. On the other hand, the challenge for democratic countries is to balance the need for legislative immunities with the obligation to ensure parliamentarians’ accountability and protect individual rights. This balance lies in clearly defining the scope of exemptions to the extent necessary in the public interest, while excluding acts unrelated to legislative activity. The jurisprudence of the European Court of Human Rights analyzed in this study shows that, in the Court’s view, legislative immunity is in principle a legitimate and democratic constitutional instrument. On the other hand, the Court recognizes that immunity is a limitation of Convention rights, including the right of access to a court as set out in Article 6 of the European Convention on Human Rights. The Court has taken a functional approach to the concept of legislative irresponsibility. According to this approach, irresponsibility constitutes a justified and proportionate restriction on access to court where it genuinely serves to ensure that parliament can freely fulfil its constitutional obligations. As immunity relates to acts committed in the direct exercise of legislative functions, the Court considers it to be a valid restriction on the freedom to seek remedies. In contrast, immunity refers to acts which have no substantial connection with the mandate granted by parliament. Therefore, in general, it should not be considered a justified restriction, except where additional grounds exist, such as *fumus persecutionis*.

**Keywords:** Parliamentary irresponsibility, parliamentary immunity, ECHR, right to a fair trial, freedom of expression.

## EXTENDED SUMMARY

Legislative immunities encompass specific privileges and immunities that are deemed essential for safeguarding legislative bodies and their members from unwarranted interference. By doing so, they enable members to carry out their investigative, deliberative, and legislative responsibilities with optimal effectiveness. That said, the exact extent to which the courts have authority to adjudicate legislative immunities remains unresolved. Recent international case law demonstrates that the relative competence of legislative bodies and judicial bodies with regard to matters of privilege remains unresolved. National supreme tribunals in a growing number of nations have examined this issue in recent years.

The ability of elected representatives to freely express themselves in Parliament without the threat of being prosecuted is essential to the growth and development of democracies. It is possible that we might inquire as to whether or not such established idea need to be moderated. Since the French Constitution of 1791 and the Bill of Rights of 1689, the interaction between parliaments and the outside world has developed. In today’s world, parliaments are no longer solely or primarily concerned with protecting its members from the executive branch or the monarch. All the focus is currently being directed on reaffirming the complete freedom of speech that their members possess, as well as bringing this guarantee and freedom into harmony with the rights and liberties of other people.

Individuals encounter barriers due to legislative irresponsibility or immunity when attempting to take legal action against Members of Parliament, whether in civil or criminal proceedings. This can

give rise to criticism, especially in relation to the right to access a court (or the right to an efficient legal remedy), the right to safeguard one's reputation as a component of the right to privacy, or the prohibition of discriminatory practices. Generally speaking, the European Court of Human Rights acknowledges the broad application of legislative immunities, including absolute immunities, by member states of the Council of Europe. In most cases, the Court has acknowledged in its opinions that these immunities have justifiable purposes, including as maintaining the separation of powers among the legislative, executive, and judicial branches.

A body of case law has been built up by the European Court of Human Rights since the case of *A v. the United Kingdom*. This body of case law highlights the function that legislative immunities play and the significance they hold under the Convention. There is little doubt that the approach that the Court takes to legislative immunity is functional. The Court considers legislative immunities to be a limitation that must be evaluated in accordance with the well-known criteria of legitimate aim and proportionality. This is due to the fact that legislative immunities intrinsically interfered with the right of access to the courts, which is outlined in Article 6(1) of the Convention.

Taking into consideration the case of *A v. the United Kingdom*, the Court is of the opinion that an act or speech is entitled to complete protection when it is carried out as an essential component of parliamentary action (for example, voting or speaking in parliament). The 'proportionality threshold' is increased in accordance with the degree to which the speech or action in question deviates from the essential nature of parliamentary activity. This is despite the fact that the Court has not explicitly rejected the idea that acts or statements that occur outside of parliamentary debates can also be considered to be part of a member's parliamentary functions.

However, it is possible to conclude that the Court used a functional approach in matters relevant to Article 10 of the Convention, which is similar to the method outlined in Article 6. In circumstances other than legislative activity, membership in parliament confers no special treatment. However, a distinction arises between these two articles. Whereas the Court applies a relatively traditional, institutional understanding of legislative activity in Article 6 decisions, in Article 10 cases, it places a much greater emphasis on the political character of statements or their compatibility with the public interest, rather than the institutional characteristics of parliamentary membership.

## 1. GİRİŞ

Yasama bağımsızlığı fikrinin doğasına ilişkin bir araştırmaya başlamadan önce, bu fikrin temelini oluşturan kavramsallaştırma eyleminin anlaşılması gerekmektedir. Yasama bağımsızlığı, diğer tüm siyasi kavramlar gibi, daha geniş bir kavramsal ve tarihsel bağlamın yalnızca küçük bir bileşenidir; bizim durumumuzda bu bağlam parlamentarizmin ortaya çıkışı veya yeniden doğuşu olabilir. Siyasi alana tanınan böylesi bir güvence bu büyük bağlamın yalnızca küçük bir unsurudur. En temelde bağımsızlık, bir kişinin sahip olduğu bir özellik ya da durum ya da daha spesifik olarak, bir dış tehdide karşı koyma kapasitesidir. Bu yorumlama biçimi bir parlamentoyla ve "siyasi doğanın evrensel ve tikel özellikleriyle"<sup>1</sup> bağlantılı olarak ortaya çıktığında, bu süreci yasama bağımsızlığı olarak tanımlama imkanına sahip oluruz.

Carl Schmitt, *Parlamentar Demokrasinin Krizi* adlı ünlü eserinde, parlamentonun çalışma ve görevlerini yerine getirme kabiliyetinin korunmasının, kapsamlı bir açıklama sağlamanın karmaşıklığı göz önüne alındığında, özel bir dikkat gerektirdiğini ileri sürmektedir.<sup>2</sup> Kav-

<sup>1</sup> Peter J. Steinberger, *The Concept of Political Judgement* (The University of Chicago 1993) 7.

<sup>2</sup> Carl Schmitt, *The Crisis of Parliamentary Democracy* (MIT Press 2008)

ramsal bir çerçeve olarak yasama bağımsızlıkları, Montesquieu'nun *Esprit des Lois* (1748) adlı eserinde dokunulmazlık hukukunun temeli olarak gördüğü kuvvetler ayrılığının ön koşullarını oluşturmuş, seçilmiş temsilcilerin rolünü ve özerkliğini güçlendirmiş ve korumuş<sup>3</sup> ve insan hakları ile hukukun üstünlüğü ilkelerini güvence altına almıştır. Bu itibarla, yasama bağımsızlıkları ile ilişkili tüm kavramlar, monarşinin otoritesinin yerini halkın almasının ardından ortaya çıkan yeni demokratik sistemin tezahürleridir.<sup>4</sup>

Araştırmacılar bugüne kadar yasama bağımsızlıklarının etik, tarihsel ve hukuki boyutlarını ve nihayetinde sınırlarını ve çağdaş görünümünü kapsamlı bir şekilde tartışmışlardır. Bu nedenle, çalışmamız artık bu geleneksel yorumlara vurgu yapmak yerine, yasama bağımsızlığının uygulama tarafıyla insan hakları üzerinde meydana getirdiği kısıtlamaları ele almayı amaçlamaktadır. Biliyoruz ki, yasama bağımsızlığı kavramının altında yatan temel düşünce, parlamentonun yürütme ve yargı organlarından bağımsızlığını korumak suretiyle, seçmenlerini temsil etmek de dahil olmak üzere yasamaya dair tüm işlevlerini etkili bir şekilde yerine getirebilmesidir. Bu amaçla getirilen ek güvenceler bazen parlamentonun “ayrıcalıkları” (privileges) veya “bağımsızlıkları” (immunities) olarak anılsa da, aslında güvence kapsamına doğrudan dahil olan parlamento üyelerine fayda sağlamaktan ziyade, onların müdahale olmaksızın çalışmasını sağlayarak genel kamu yararını korumayı amaçlamaktadır.

Yine bağımsızlık doktrini, özellikle parlamento sınırları içerisinde yasa koyucuların ifade özgürlüğüne yönelik özel güvenceler ortaya koysa da, kapsamı bunun çok ötesinde ve diğer müdahale türlerine kadar uzanabilmektedir. Örneğin, Uluslararası Parlamentolar Birliği Komitesi'nin 2017 yılında yürüttüğü ve 41 farklı ülkeden 507 milletvekiline karşı işlenen insan hakları ihlallerini içeren şikayetlerine ilişkin araştırma sonuçları göstermiştir ki, adil yargılanma hakkı ihlali ve parlamento çalışmasının makul olmayan bir şekilde askıya alınması en yaygın iki ihlal biçimi olurken, ifade özgürlüğü ihlalleri üçüncü en yaygın vaka türü olarak gözlemlenmiştir. Yine bu vakaların büyük çoğunluğu muhalefet partilerine mensup milletvekillerine karşı gerçekleştirilmiş olup, 383 vaka ile toplam vakaların %76'sını oluşturmaktadır. Buna ek olarak, 10 bağımsız ve 114 iktidar partisi üyesi de söz konusu ihlallerde özne olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu rakamlar 2015 ve 2016 verileriyle karşılaştırılabilir nitelikte benzerlik taşımaktadır.<sup>5</sup>

Tarihsel arkaplanda yasama bağımsızlığı, tek bir birey kategorisinin avantajı için yaratılmış bir ayrıcalık olarak değil, yasama gücünü yürütmenin tecavüzlerinden korumayı amaçlayan

<sup>3</sup> Bernard Manin, *The Principles of Representative Government* (Cambridge University Press 1997)

<sup>4</sup> Diğer modern anayasacılık enstürmanları ile ilişkisine dayanarak, parlamento üyelerinin sahip olduğu bağımsızlıkların bir zamanlar kralın halka karşı kutsallığının sembolik bir temsili olduğu sonucuna varabiliriz. Monarşik kutsallık zaman içinde parlamento temsilcilerine aktarılmış gibidir. Milletvekilleri ve senatörler, geçmişte prenslerin ve kralların sahip olduğu ayrıcalıklara benzer şekilde, soruşturulmaya kovuşturulmaya ve en nihayeti cezalandırılmaya karşı korunmaktadır. Yine alternatif olarak, Roma döneminde tribünlere tanınan dokunulmazlık ile paralellik kurulabilir. Bu el değiştirme altında, Kantorowicz'in kralın ikili doğası ve hükümdarın ilahi otoritesinin egemen bedene aktarılması teorisi, yasama bağımsızlıklarının felsefi temelleri hakkındaki çalışmamıza kapsamlı bir yanıt sunabilir. Bkz. Ernst Kantorowicz, *The King's Two Bodies. Study in Medieval Political Theology* (Princeton University Press 1997)

<sup>5</sup> Detaylı bilgi için bkz. Inter-Parliamentary Union < [www.ipu.org/resources/publications/infographics/2017-12/violations-humanrights-mps-2017](http://www.ipu.org/resources/publications/infographics/2017-12/violations-humanrights-mps-2017) > Erişim tarihi: 8 Mart 2024

bir kamu düzeni önlemi olarak kabul edilmektedir.<sup>6</sup> Bu güvence, parlamentoların rolü ve yetkilerinin genellikle yoğun ve zaman zaman şiddetli engellemelere maruz kaldığı ve henüz parlamenter demokrasinin olgunlaşmadığı dönemlerde şüphesiz çok önemliydi. Fakat Parlamento üyelerine karşı siyasi dava açılma olasılığının eski dönemlere kıyasla önemli ölçüde azaldığı, iyi işleyen modern demokrasilerde bu kurum kendisinden olumsuz etkilenen diğer birey ya da yurttaşların insan hakları karşısında daha da fazla tartışılan bir konu haline gelmiştir. Artık yasama meclisi üyelerine getirilen bazı imtiyazlar veya bağışıklıklar, mahkemeler ve yasama organları arasında olduğu kadar bireysel haklar ve parlamento ayrıcalıkları arasında da süregelen ve hiçbir zaman tam olarak çözülemeyen anlaşmazlıklara neden olabilmektedir. Bu çerçevede, çağdaş insan haklarının ortaya çıkışı ve modern devlet yönetimlerinde hesap verebilirlik ve şeffaflık gibi demokratik ilkelerin ağırlık kazanması, yasama bağışıklıklarının meşruiyetini giderek sorgulatan bir dönüşümü meydana getirmiştir.

## 2. KAVRAMSAL AÇILIM

*The Scope of Parliamentary Privilege* isimli makalesinde David McGee'ye göre bağışıklıklar, Parlamente'nin bağımsızlığını dış denetimden korumaya hizmet eder ve üyelerine anayasal görevlerini yerine getirmeleri için gerekli yasal araçları ve güvenceyi sağlar.<sup>7</sup> Sonuç olarak amaç, yasama organını ve bileşenlerini yürütme, yargı ya da devlet yönetiminin diğer organlarının her türlü engelleme ya da müdahalesine karşı güçlendirmek ve korumaktır. Bu güvence, çağdaş demokratik yönetimin temel taşı olarak kabul edilen kuvvetler ayrılığı doktrininin doğrudan bir sonucudur. Kuvvetler ayrılığının kabaca tanımı James Madison, Alexander Hamilton ve John Jay tarafından *Federalist Papers*'da geliştirilmiştir. Bunlara göre, "yasama, yürütme ve yargı da dahil olmak üzere tüm gücün, ister bir, ister birkaç, isterse çok sayıda olsun ve ister kalıtsal, ister kendi kendini atayan, isterse de seçimle gelsin, aynı ellerde toplanmasının haklı olarak tiranlığın tam tanımı olarak telaffuz edilebileceğini" vurgulamışlardır.<sup>8</sup> Dolayısıyla, parlamenter ayrıcalıklar güçlerin düzenli bir şekilde ayrılmasını kolaylaştırarak yasama organının ve üyelerinin görevlerini kısıtlama olmaksızın yerine getirmelerini sağlar.

Yasama bağışıklıkları, parlamento üyelerine karşı cezai veya hukuki konularda yargısal işlem yapılmasını, soruşturma, kovuşturma ya da kolluk tedbirlerini geçici veya kalıcı olarak engellemek amaçlı kabul edilen anayasal güvencenin genel adıdır. Tüm anayasal sistemlerde

<sup>6</sup> Halk adına konuşmak ve onların çıkarlarını savunmak üzere seçilen kişilerin ifade özgürlüğünü koruma arzusu tarihin çok erken dönemlerinde kendini göstermiştir. Genel olarak, antik Roma'daki Tribünus plebis'in niteliği, yasama bağışıklıklarının ya da güvencelerinin bir tür habercisi olarak da değerlendirilebilir. Örneğin, MÖ 494'te plebleri koruma göreviyle kurulan bir makam olan tribünün kişiliği kutsal ilan edilmiş ve bir yasa (MÖ 449, Lex Valeria Horatia de tribunicia potestate) tribünleri ölüm cezası altında saldırılardan korumuştur. Bununla beraber söz konusu kanun ayrıca pleb tribünlerinin, aediles (tribünlerin yardımcıları) ve decemvirî'nin dokunulmazlığı (sacrosanctitas) ilkesini de kural olarak ortaya koymuştur. Bu kural aslında dini bir mabedin, kutsal sayılan eşyanın veya kişinin fiziksel olarak dokunulmaz (sacrosanctitas, kutsal) ilan edildiği dini bir ilke olan lex sacra'ta'ya (kutsal yasa) dayandırılmaktadır. Eşref Küçük, 'Roma Halkının İki Özgürlük Kalesi: "Provocatio ad populum" ve "Tribünus plebis"' (2015) 5(1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 130-132; Andrew Lintott, *The Constitution of the Roman Republic* (Oxford University Press 2003) 113.

<sup>7</sup> David McGee, 'The scope of Parliamentary Privilege' (2004) 84 *New Zealand Law Journal* 84.

<sup>8</sup> James Madison, Alexander Hamilton and John Jay, *The Federalist Papers* (Penguin Group 1987) 155.



bağışıklığın bu tanımı bir veya daha fazla unsuru ile beraber uygulanmaktadır. Erskine May yasama bağışıklıklarını “her bir Meclisin toplu olarak ve her bir Meclis üyesinin bireysel olarak sahip olduğu, onlar olmadan görevlerini yerine getiremeyecekleri ve diğer organların veya bireylerin sahip olduklarından daha fazla olan özel hakların toplamı” olarak tanımlamaktadır.<sup>9</sup> Bu şekilde genel bir tanım yapılabilse de bağışıklık rejimleri bireysel özellikleri ve kapsamı bakımından ülkeler arasında büyük farklılıklar barındırmaktadır. Bu farklılıklar hem bağışıklığın dışsal etkileri – kimin, neye karşı, ne kadar süreliğine ve ne tür eylemleri için korunduğu- hem de yasal çerçevesi ve hukuki niteliği ile ilgilidir. Bazı sistemlerde koruma parlamentoda ifade özgürlüğü ile sınırlıyken, diğer sistemlerde parlamenterler, üyesi oldukları meclisin önceden izni olmaksızın ciddi suçlar için bile ilke olarak cezai takibata tabi tutulamamaktadırlar.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, bağışıklığı sağlamak için farklı yasal çerçeveler benimsense de bu güvencenin genel amacı yasama organı üyelerinin “yürütme, mahkemeler veya siyasi muhalifler tarafından taciz edilme veya haksız suçlamalara maruz kalma korkusu olmadan demokratik görevlerini etkin bir şekilde yerine getirebilmelerini”<sup>10</sup> sağlamaktır. Tarihsel olarak, bu güvencelerin yasamayı özellikle yürütmeden korumak için getirildiği söylenebilir de parlamentonun bağımsızlığının, bazen kurumsal olarak yürütmeye bağlı olan veya siyasi amaçlı müdahalelerde araçsallaştırılabilen yargı erkine karşı da korunma altına alınması gerektiği kabul edilmektedir. Bu zaviyeden yasama bağışıklıklarının demokrasiyi zayıflatan bir araç olarak görülmesinden önce kuvvet ayrılığının önemli bir unsuru ve denge ve denetleme sisteminin destekleyici bir parçası olduğu konusunda fikir birliği vardır. Böyle düşünüldüğünde bağışıklığın parlamenterlerin kişisel bir ayrıcalığı değil, bir erk olarak yasama organlarına kurumsal şekilde tanınan bir güvence olduğu konusunda genel bir mutabakat olduğu görülmektedir.

Birçok hukuk sistemi Parlamento üyeleri için ikili bir koruma sağlamaktadır: İlki parlamenterlerin meclis kürsüsünden veya komisyonlarda yaptıkları açıklamalardan, tasarılar veya teklif ettikleri kararlar ve önergelerden, yazılı ve sözlü sorularından, gensoru önergelerinden, parlamentonun talebi üzerine hazırladıkları raporlar ve kullandıkları oylar nedeniyle veya bunları meclis dışında tekrarlamalarından dolayı soruşturulamamalarıdır.<sup>11</sup> Diğeriyse eylemleriyle ilgili olarak ait oldukları meclisin izni olmaksızın gözaltına alınmama veya cezai kovuşturmaya tabi tutulamamalarıdır.<sup>12</sup> Bu güvencelerden birincisi bağışıklık teorisinin daha çok Westminster modelini yansıtmakta ve yaygın olarak ifade özgürlüğü

<sup>9</sup> Erskine May, *Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament* (23rd edn, Lexis Nexis 2004) 75.

<sup>10</sup> European Commission for Democracy through Law, Venice Commission, *Report on the Scope And Lifting of Parliamentary Immunities* (2014) 4.

<sup>11</sup> Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (3. basım, Ekin 2019) 545.

<sup>12</sup> ibid 552.

ile ilişkilendirilmektedir.<sup>13</sup> Diğerleri ise parlamento üyelerine daha geniş bir koruma sağlayan Fransız modelinden türemiştir ki,<sup>14</sup> sadece yasama çalışmalarındaki ifade açıklamalarını değil aynı zamanda görevleri dışında kalan eylemlerinden dolayı yürütülmek istenen cezai takibatlara karşı da bir güvence içermektedir. Türk hukuku terminolojisinde bunların birincisi için yasama sorumsuzluğu, ikincisi için ise yasama dokunulmazlığı kavramları kullanılmaktadır. Benzer şekilde, çeşitli devletlerin hukuk sistemleri bu iki güvence türünü ayırtırmak için farklı kavramlar kullanılmaktadır. Örneğin sorumsuzluk için İspanya'da 'inviolabilidad', Fransa'da 'irresponsabilite', Portekiz'de 'irresponsabilidade', İtalya'da 'insindacabilita', Federal Almanya Cumhuriyeti'nde 'Indemnität' veya 'Verantwortungsfreiheit' veya Birleşik Krallık'ta 'privilege' ya da 'freedom of speech' ifadeleri kullanılırken; dokunulmazlık için İspanya'da 'inmunitad', Fransa'da 'inviolabilite', Portekiz'de 'inviolabilidade', İtalya'da 'inviolabilita' ya da 'improcedibilita', Federal Almanya Cumhuriyeti'nde 'Immunität', 'Unverletzlichkeit' (dokunulmazlık), 'Unverfolgbarkeit' (yasal işlemlerden muafiyet), 'auBerberufliche/auBerparlamentarische Immunität' (ekstra mesleki veya ekstra parlamenter dokunulmazlık) veya Birleşik Krallık'ta 'freedom from arrest' deyimleri tercih edilmiştir.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> İngiliz Avam Kamarası da asırlar öncesinden Krala karşı temel haklarını ve dokunulmazlıklarını kazanmak için uzun soluklu bir mücadele yürütmüştür. Bazı kaynaklar, yasama bağımsızlıklarının kökenlerini İngiliz Parlamento-su'nun 12 Ocak - 12 Şubat 1397 tarihleri arasındaki oturumunda, Avam Kamarası'nın İngiltere Kralı 2. Richard'ın sarayındaki skandal gelenekleri ve bunun yol açtığı aşırı mali yükleri kınayan bir yasa tasarısını kabul etmesine dayandırılmaktadır. Krala ve sarayına karşı bu yasa tasarısı ile eleştiren Avam Kamarası üyesi Thomas Haxey, vatana ihanet suçundan yargılanarak idama mahkûm edilir. Ancak Avam Kamarası tarafından yapılan baskılar sonucunda kraliyet affi sayesinde ceza infaz edilmez. Buna benzer müdahaleler zaman içerisinde Avam Kamarasında temsilcilerin Kraliyetin engellemesi ve alıkoyması olmadan tam bir özerklik ve özgürlük içinde tartışma ve müzakere etme hakkı sorununu ortaya çıkarmıştır. 1689 yılında Haklar Bildirgesi'nin yürürlüğe girmesiyle Parlamento'nun temel ayrıcalığı sayılan ifade özgürlüğü ilk kez açıkça teyit edilmiştir. Bildirgenin 9. Maddesine göre; "Parlamentodaki ifade özgürlüğü ve tartışmalar ya da görüşmeler, Parlamento dışında herhangi bir mahkemede ya da yerde suçlanmamalı ya da sorgulanmamalıdır". Görüldüğü üzere, 9. Madde sadece serbest tartışmanın korunmasıyla ilgili değil, aynı zamanda üyelerin disiplini, yabancıların dışarıda bırakılması, görüşülecek konuların sırasının belirlenmesi ve tartışmaların yayınlanması gibi konular da dahil olmak üzere, Meclisin kendi çalışmalarını kontrol etme konusundaki hakkını da ortaya koymuştur. May (n 9) 77-89.

<sup>14</sup> Fransa'da da 1789 Devrimi'nden sonra Parlamento üyelerinin kendi görevlerini yerine getirirken ifade ettikleri görüşlerden sorumlu olmamalarını sağlama ihtiyacı ilan edilmiştir. Bu sorumsuzluk Mirabeau'nun önerisi üzerine onaylanan 23 Haziran 1789 tarihli ünlü kararname ile tesis edilmiş, bunu 26 Haziran 1790 tarihli bir kararname ile Meclis üyelerinin kendi izinleri olmaksızın suçlanmasını önleyen ayrıcalığın ilan edilmesi izlemiştir. Birbirini takip eden reformlar neticesinde, bu ikinci tür dokunulmazlık kademeli olarak tipik bir kurum haline getirilmiş ve bağımsızlığın temelde ceza mahkemelerinin yargılamalarına yönelik olduğu ve yasama faaliyetleriyle ilgisi olmayanlar da dahil olmak üzere her türlü suçlamaya ilgili olduğu anlamında açıklığa kavuşturulmuştur. Bu dokunulmazlığı düzenleyen ilk anayasal kuralı ortaya koyan 1791 Anayasasında aynen şu hüküm bulunmaktadır: "[Ulusun temsilcileri] suç teşkil eden eylemlerden dolayı suçüstü halinde veya bir tutuklama emrine istinaden tutuklanabilir; ancak yasama organı bu durumdan gecikmeksizin haberdar edilir ve yasama organı suçlama yapılması gerektiğine karar verene kadar yargılamaya devam edilemez". Fransa'da İngiliz modelinden sadece kısmen alınan parlamenter ayrıcalıkların oldukça geniş kapsamı, ulusal egemenlik ilkesinin bir yansıması olan yetkilerin kullanılmasıyla Ulusal Meclis ve üyelerinin Devrim bağlamında edindikleri Devletin diğer organları üzerindeki üstünlük konumuyla yakından bağlantılı olduğu görülebilir.

<sup>15</sup> Parliamentary Immunity in the Member States of the European Community and in the European Parliament, European Parliament, Directorate General for Research, Working Papers No.4 (1993) 7.

İfade özgürlüğünü güvence altına alan sorumsuzluk, genellikle parlamento üyelerini parlamentoda veya yasama faaliyeti kapsamında olmak üzere Parlamento dışında yapılan açıklamalar veya parlamento oylaması ile ilgili tüm görüş açıklamalarını soruşturmalara karşı koruyan mutlak bir güvence sunmayı amaçlamaktadır. Bu koruma özünde kuvvetler ayrılığının bir gereği olarak Devlet gücünün diğer iki kanadının yasama organının işlemlerini kötü niyetle sorgulamasını engellemeyi amaçlamaktadır. Birçok sistemde yasama sorumsuzluğu sürekli, kaldırılmaz veya vazgeçilemez nitelikte sayılmaktadır.<sup>16</sup> Öte yandan dokunulmazlık, belirli bir sisteme bağlı olarak, parlamento üyelerinin sorumsuzluk kapsamı dışında kalan - dolayısıyla yasama yetkisinin kullanımı haricinde - eylem ve söylemleri için bazen tutuklama, kovuşturma ve soruşturma tedbirleri de dâhil olmak üzere adli kolluk veya yargısal işlemlere karşı geçici bir koruma getiren bir bağışıklık biçimidir. Bu güvence türünde parlamenterler, parlamento üyesi oldukları sırada yasama faaliyetleri kapsamı dışında kalan söz ve eylemleri için üyesi oldukları parlamentonun izin vermesi hâli dışında herhangi bir suç eyleminden kaynaklanan ve cezai sorumluluklarını doğuran işlemlere karşı korunur.<sup>17</sup>

Yasama meclislerinin kamu yararını gerçekleştirmek adına toplumu ilgilendiren sorunları korkusuzca tartışabilmesi ve sorgulayabilmesi için birinci tür koruma yani sorumsuzluk uzun zamandır mutlak bir gereklilik olarak kabul edilmektedir. Nitekim, Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) “Parlamenter Dokunulmazlığın Kapsamı ve Kaldırılmasına ilişkin Raporu”nda, yasama sorumsuzluğunun “genellikle sağlam temellere dayandığı” ve “reforma çok az ihtiyaç duyduğu”, dokunulmazlığın ise “iyi işleyen modern bir demokrasinin gerekli bir parçası olmadığı ve [...] demokrasiyi zayıflatacak, hukukun üstünlüğünü ihlal edecek ve adaletin işleyişini engelleyecek şekilde kötüye kullanılabileceği” sonucuna varmıştır<sup>18</sup>. Gerçekten de, yasama dokunulmazlıklarının parlamentoların demokratik bir sistemde anayasal işlevlerini yerine getirmelerinde önemli bir kurum olduğu konusunda anayasa hukukçuları arasında ve tüm hukuk sistemlerinde geniş bir mutabakat olsa da; dokunulmazlığın parlamento saflarında yolsuzluk, iftira ve karalamayı kolaylaştırdığı ve hatta zaman zaman vatandaşların insan haklarını ihlal ettiği iddia edilebilmektedir.

### 3. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ BAĞLAMINDA YASAMA BAĞIŞIKLIĞI

Bugüne kadar yasama bağışıklığı özelinde Sözleşme haklarının söz konusu olduğu temelde iki dava kategorisi ortaya çıkmıştır. İlk ve en önemli kategori, Sözleşme'nin 6(1) maddesi kapsamında mahkemeye erişim hakkı ile ilgilidir. Madde 6 ile ilgili yargı bağışıklığına ilişkin davalar da kendi arasında iki başlıkta incelenebilir. Birincisi, bireylerin bağışıklıktan yararlanan parlamentere karşı hukuki veya cezai hak arama hürriyetinden mahrum bırakılması durumudur. Bu mahrumiyet daha çok söz konusu ifadelerin yasama sorumsuzluğu ile korunduğu kişilik haklarına saldırı veya hakaret davalarında meydana gelebilir. İkinci ve çok daha az sıklıkla karşılaşılan, parlamenterlerin kendi haklarının veya kişiliklerine yönelik

<sup>16</sup> Gözler (n 11) 549-550.

<sup>17</sup> ibid 553-555.

<sup>18</sup> European Commission for Democracy through Law (n 10) para 98-99.

cezai suçlamaların mahkemede incelenmesini dokunulmazlık nedeniyle talep edememe durumlarıdır. Bu durum, bir parlamento üyesinin dokunulmazlıktan bireysel olarak feragat etme imkânı olmaksızın korunduğu ve parlamentonun söz konusu üyenin dokunulmazlığını kaldırmayı reddettiği durumlarda meydana gelmektedir. Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında mahkemeye erişim hakkına ilişkin davaların yanı sıra, milletvekili sorumsuzluğu bağlamında ikinci bir ana içtihat kategorisi, Sözleşme'nin ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddeyle ilgilidir. Buradaki temel mesele, parlamento üyelerinin parlamentodaki tartışmalar dışında görüşlerini ifade ederken sıradan vatandaşlardan daha geniş bir ifade özgürlüğüne sahip olup olmadıkları sorusudur.

### 3.1. ADİL YARGILANMA HAKKI KAPSAMINDA YASAMA BAĞIŞIKLIĞI

#### 3.1.1. Yasama Sorumsuzluğu

Yasama sorumsuzluğunda AİHM'nin genel tutumu yasama organlarının özerkliği ve işleyişi ile bundan etkilenen bireylerin insan haklarının korunması arasında denge kurulması ve bu güvencenin önemli ihlallerin cezasız kalmasına veya bireysel özgürlüklerin haksız yere kısıtlanmasına yol açmayacak şekilde sağlanmasıdır. Öncelikle altı çizilmesi gerekir ki, birçok ülkede ifade özgürlüğüne ilişkin getirilen ayrıcalık, itiraz edilen açıklamaların yapıldığı yerden ziyade parlamento yetkisinin kullanılmasıyla ilgilidir. Bu nedenle, parlamentoda söylenen sözler genellikle sorumsuzluk kapsamına girse de, örneğin parlamentoda yapılan bir basın toplantısında olduğu gibi, açıklamanın görevin yerine getirilmesiyle ilgisiz veya gereksiz olduğu düşünülüyorsa koruma kapsamı dışında kalabilir. Öte yandan, parlamento dışında yapılan açıklamalar yasama görevinin yerine getirilmesiyle ilgili görüldüğü sürece sorumsuzluk içinde yorumlanabilir. Parlamento içinde söylenen sözlerin parlamento dışında tekrarlanması buna bir örnektir. Dolayısıyla burada belirleyici olan kriter, "yasama yetkisinin kullanılması" teriminin yorumlanmasıdır. Fakat bu yorum sadece ülkeden ülkeye farklılık göstermekle kalmaz, aynı zamanda ülkelerdeki parlamentolar ve yargı uygulamaları bunu yeni koşullara uyarladıkça zaman içinde de gelişebilir.

AİHM'nin mahkemeye erişim hakkı ihlali iddiası altında yasama sorumsuzluğu hakkında verdiği öncü kararlardan birisi *A. v. Birleşik Krallık* başvurusunda ortaya çıkmıştır.<sup>19</sup> Başvuru, Bristol'de bir toplu konut derneğine ait bir binanın eski sakini olan A. tarafından kendisi hakkında 1996 yılında bir parlamento konuşmasında son derece incitici ifadelerde bulunan ve konuşmasında ismini ve evinin adresini açıklayan bir parlamento üyesine karşı yapılmıştır. Başvurucuya göre, isminin ve adresinin kendisine yöneltilen iddialarla birlikte yayınlanması kendisinde önemli olumsuz sonuçlar meydana getirmiştir. Ancak, mutlak nitelikteki yasama sorumsuzluğu nedeniyle başvurucunun milletvekiline karşı iftira veya hakaret suçlamasında bulunabileceği herhangi bir yasal başvuru yolu bulunmamaktadır.

AİHM'nin bu davada karşı karşıya kaldığı temel soru, başvurucunun hukuki yollara başvuramamasının Sözleşme'nin 6(1) fıkrası kapsamında mahkemeye erişim hakkının ihlalini

<sup>19</sup> *A. v. The United Kingdom* [2002] ECHR, Başvuru no 35373/97.

oluşturup oluşturmadığı ve kamu yararı açısından yasama sorumsuzluğunun mutlak bir şekilde uygulanmasının sınırlandırma için makul bir gerekçe ile orantılı müdahale teşkil edip etmediğidir. Mahkeme başvuru özelindeki bu soruya geçmeden önce yasama sorumsuzluğu ile ortaya çıkan bu sınırlandırmanın 6. madde kapsamında adil yargılanma hakkını ne düzeyde etkilediğini ele almıştır. Mahkeme yasama sorumsuzluğunun hakaret suçlamalarına karşı maddi bir savunma engeli olmasa da usule ilişkin bir engel teşkil etmesi nedeniyle 6. maddenin yine de konusuna girdiğini kaydetmiştir. Mahkeme, daha sonra kararının en önemli ayağını oluşturan amacın meşruiyeti ve orantılılık testini değerlendirmeye geçmiştir:

“Mahkemeye erişim hakkı mutlak değildir, sınırlamalara tabi olabilir. Bu sınırlamalar mahkemeye erişim hakkının doğası gereği Devlet tarafından düzenlenmesini gerektirdiğinden örtük şekilde mümkün olabilir. Bu bağlamda Sözleşmeciler Devletler belirli bir takdir marjına sahiptir, ancak Sözleşme'nin gerekliliklerine uyulup uyulmadığına ilişkin nihai karar Mahkeme'ye aittir. Mahkeme, uygulanan sınırlamaların, bireye bırakılan erişimi, hakkın özüne zarar verecek şekilde veya ölçüde kısıtlamadığından veya azaltmadığından emin olmalıdır. Ayrıca, bir sınırlama meşru bir amaç gütmüyorsa ve kullanılan araçlar ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi yoksa 6 § 1 maddesiyle uyumlu olmayacaktır.”<sup>20</sup>

Yargıçlar sonuç olarak Birleşik Krallık'taki hukuki düzenlemenin yasama sorumsuzluğunun mahkemeye erişim hakkına meşru ve orantılı bir sınırlama getirdiğine kanaat getirmiştir.<sup>21</sup> Yalnızca “gereklilik testine” dayanmak veya yasal metinleri yorumlamak yerine, kararın argümantasyonunda orantılılık analizine daha fazla vurgu yapılmıştır. Bu kararında Mahkeme, Birleşik Krallık Avam Kamarasına büyük önem atfetmiş olsa da bunu Parlamento'nun bağımsızlık konularında münhasır yetkiye sahip olması nedeniyle yapmamıştır. Bunun yerine, Parlamentoda ifade özgürlüğünün korunmasının önemi ile karşılaştırıldığında, bir bireyin özel hayatının gizliliği hakkı üzerindeki etkinin aşırı olmadığı argümanı ile sonuca ulaşmıştır. Basitçe ifade etmek gerekirse, parlamento bağımsızlığını korumanın önemi, ondan olumsuz etkilenen başvurusunun mahkemeye erişim ve mahremiyet haklarının ihlali nedeniyle ortaya çıkan zarardan daha fazla olmasıdır. Mahkeme bu çatışmayı, bağımsızlığın kapsamını belirleme meselesi olarak değil, bağımsızlık ve ondan etkilenen bireyin hakları arasında dengeleme meselesi olarak ele alarak çerçevlendirmiştir. Parlamentoda sarf edilen ifadeler için mutlak sorumsuzlukla ilgili olarak, AİHM, *A. v. Birleşik Krallık* başvurusundaki tutumunu şu ana kadar değiştirmemiştir. Mahkeme benzer bir şikâyete konu olan *Zollmann v. Birleşik Krallık* davasında da bu tutumu sürdürmüştür.<sup>22</sup> Ancak Mahkeme, İtalya'ya karşı yapılan bir dizi başvuruda parlamenterlerin parlamento dışında yaptıkları açıklamalara ilişkin sorumsuz sayılma konusunda daha farklı bir yaklaşım geliştirmiştir.

Bu davalardan ilki olarak Cordova - İtalya (No. 1) başvurusu karşımıza çıkmaktadır.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> ibid para 74.

<sup>21</sup> ibid para 83.

<sup>22</sup> *Zollmann v. the United Kingdom* [2003] ECHR, Başvuru no 62902/00.

<sup>23</sup> *Cordova v. Italy (No. 1)* [2003] ECHR, Başvuru no 40877/98.

Cordova başvurusu İtalya'da bir savcı ile eski Cumhurbaşkanı Francesco Cossiga arasındaki bir anlaşmazlığı ilgilendirmektedir. Cossiga, cumhurbaşkanlığı görevinin sona ermesinin ardından ömür boyu senatör olarak atanmıştır. Başvuran, Cossiga ile bazı ilişkileri olan bir kişi hakkında soruşturma yürütmüş, bunun üzerine Bay Cossiga başvurana hakaret içeren mektuplar ve hediyeler göndermiştir.<sup>24</sup> Başvuran, bu gönderilerin şeref ve itibarına zarar verdiğini düşünmüş ve gönderen hakkında şikâyette bulunmuş, bunun üzerine eski Cumhurbaşkanı hakkında kamu görevlisine hakaret suçundan dava açılmıştır. Ancak Senato, başvurana gönderilen mektup ve paketlerin Anayasa'nın 68(1) maddesi kapsamına girdiğine ve Bay Cossiga'nın bu nedenle yasama sorumsuzluğundan yararlanması gerektiğine karar vermiştir. Bölge mahkemesi, Senato'nun kararını daha fazla sorgulama yetkisi olmadığına karar vermiştir. Başvurucunun bölge mahkemesinin kararına karşı temyiz etme ve konuyu erkler arası çatışma olarak incelemesi için Anayasa Mahkemesine götürme talebi de reddedilmiştir. Bunun üzerine mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddiasıyla başvuru Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruda bulunmuştur.

Mahkeme yasama sorumsuzluğunun başvuranın Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamındaki haklarına orantısız bir sınırlama teşkil edip etmediği sorusunu ele almadan önce başvuranın mahkemeye erişiminin gerçekten engellenip engellenmediği sorusunu dikkate almıştır:

“...demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü dikkate alındığında, başvuranın ‘mahkemeye erişim hakkını’ güvence altına almak için yeterli görülmektedir. Bu bağlamda, erişim hakkının etkili olabilmesi için, bireyin haklarına müdahale eden bir eyleme itiraz etmek için açık ve pratik bir fırsata sahip olması gerektiği unutulmamalıdır.”<sup>25</sup>

Yasama sorumsuzluğunun mahkemeye erişim hakkına orantılı bir sınırlama teşkil edip etmediği temel sorusunda ise Mahkeme şu sonuca varmıştır:

“Her ne kadar [...] Bay Cossiga daha önceki bir soru önergesinde başvuranın soruşturmalarını eleştirmiş olsa da, Mahkeme, bir savcıya şahsen gönderilen oyuncakların eşlik ettiği ironik veya alaycı mektupların, doğası gereği, yasama işlevi kapsamına girdiği şeklinde yorumlanamayacağı görüşündedir. [...]

Mahkeme, bir yasama faaliyeti ile açık bir bağlantının bulunmamasının, ulaşıl-mak istenen amaç ile kullanılan araçlar arasındaki orantılılık kavramının dar bir yorumunun benimsemesinin gerektiği görüşündedir. Bu durum, özellikle erişim hakkına getirilen kısıtlamaların siyasi bir organın kararından kaynaklandığı hallerde geçerlidir.”<sup>26</sup>

AİHM, milletvekili sorumsuzluğunun modern demokrasilerde yaygın olarak kabul gören bir kavram olmasına rağmen, sorumsuzluk kurallarının üçüncü tarafların adil yargılanma hakkına bir müdahale olduğunu belirtmiştir. Amacı bakımından meşru olsa da bu müdaha-

<sup>24</sup> ibid para 11.

<sup>25</sup> ibid para 52.

<sup>26</sup> ibid para 62-63.



lenin söz konusu amaçla orantılı olması gerekir. Mahkeme sarf edilen sözlerin ya da yapılan açıklamaların yasama faaliyeti kapsamında olup olmadığından yola çıkarak müdahalenin orantılılığına karar vermektedir. Karara göre, yasama üyelerine bu sorumsuzlukla her türlü suç veya iftiraya izin vermek orantılılık testini karşılamaz. Mahkemeye erişim hakkına getirilen sınırlandırma, ancak üçüncü şahıslara yönelik eleştiri veya saldırının yasama işleviyle açıkça bağlantılı olması halinde orantılı sayılabilecektir. Bu kriter AİHM tarafından daha birçok davada kullanılmıştır.<sup>27</sup>

A., Zollmann, Cordova ve diğer İtalya'ya karşı başvurular birlikte değerlendirildiğinde, Mahkemenin yasama sorumsuzluğu konusundaki yaklaşımında tutarlı bir değerlendirme eğilimi ortaya çıkmaktadır. Bir yandan, tüm sözleşmecı devletlerde mevcut olan anayasal bir gelenek olarak parlamento tartışmalarının korunması gerektiğini ve bunun Sözleşme'nin 6. maddesindeki hakların meşru ve orantılı bir sınırlaması olarak kabul etmektedir. Mahkeme, milletvekili sorumsuzluğunun mahkemeye erişim hakkına yaptığı müdahalenin orantılılığına ilişkin analizinde, esas olarak yasama faaliyetine bağlantı kriterini geliştirmiş ve kullanmıştır. Milletvekilinin söz konusu söylemi ile yasama faaliyeti arasında açık bir bağlantı bulunmaması halinde, Mahkeme "ulaşılacak istenen amaç ile kullanılan araçlar arasındaki orantılılık kavramının dar bir yorumunu benimsemektedir. [...] Aksini düşünmek, hakaret içerdiği iddia edilen ifadelerin bir parlamenter tarafından yapılmış olması halinde, bireylerin mahkemeye erişim hakkını Sözleşme'nin 6 § 1 maddesiyle bağdaşmayacak şekilde kısıtlamak anlamına gelecektir."<sup>28</sup>

### 3.1.2. Yasama Dokunulmazlığı

Daha önce de belirtildiği üzere, yasama sorumsuzluğunun aksine, dokunulmazlığın sağladığı güvence genellikle geçici olarak parlamentonun görev süresi ile sınırlıdır ve parlamento tarafından uygulanmamasına karar verilebilir. Parlamenterlerin dokunulmazlık derecesi ülkeden ülkeye önemli ölçüde farklılık göstermektedir. Dokunulmazlık ile amaçlanan parlamentonun ön izni olmadan parlamenterlerin suç üstü hali hariç gözaltına alınamaması, haklarında arama veya telefon dinleme gibi soruşturma tedbirlerinin uygulanmaması ve daha da kapsamlı olarak cezai kovuşturmayla uğramamalarıdır.

Dokunulmazlığın geçerli olabilmesi için çoğu sistemde suç teşkil ettiği iddia edilen eylemin yasama faaliyeti ile herhangi bir bağlantısı olması dahi gerekmez. Yine de Avusturya gibi bazı ülkelerde eylemin dokunulmazlık kapsamına girebilmesi için yasama faaliyetiyle ilişkisi aranır.<sup>29</sup> Benzer şekilde, dokunulmazlığa ilişkin içtihat hukuku nispeten az olsa da AİHM'nin ilgili parlamenter aleyhindeki cezai takibatın amacının yasama faaliyetiyle ilişkisinin olmadığı veya yetersiz olduğu durumlarda mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılmasını kabul etmekte isteksiz olduğu görülmektedir. Bu noktada Mahkemenin Tsalkit-

<sup>27</sup> *Ielo v. Italy* [2005] ECHR, Başvuru no 23053/02; *De Jorio v. Italy* [2005] ECHR, Başvuru no 73936/01; *CGIL and Cofferati v. Italy* (No 1) [2009] ECHR, Başvuru no 46967/07; *CGIL and Cofferati v. Italy* (No 2) [2010] ECHR, Başvuru no 2/08; *Onorato v. Italy* [2011] ECHR, Başvuru no 26218/06.

<sup>28</sup> *Cordova v. Italy* (No. 1) [2003] ECHR, Başvuru no 40877/98, para 63.

<sup>29</sup> Avusturya Federal Anayasası, Madde 57 (2-3), Bkz. <[https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/ErV/ERV\\_1930\\_1/ERV\\_1930\\_1.html](https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/ErV/ERV_1930_1/ERV_1930_1.html)> Erişim tarihi: 17 Mart 2024.

zis v Yunanistan başvurusu hakkında verdiği karar önemli sayılabilir.<sup>30</sup> Bir inşaat müteahhidi, Kifissia belediye başkanına karşı yolsuzluk suçlamasında bulunmak istemiş ve Kasım 2001'de belediye başkanına karşı şantaj ve görevi kötüye kullanma şikâyetinde bulunmuştur. Ancak belediye başkanı bu arada 2000 yılındaki genel seçimlerde parlamento seçilerek dokunulmazlığın güvencesi altına girmiştir. AİHM, milletvekili dokunulmazlığının başvuranın Sözleşme'nin 6. maddesinden doğan haklarına orantılı bir sınırlama teşkil edip etmediğini değerlendirirken, öncelikle iddia edilen suç eyleminin eski belediye başkanının milletvekili seçilmesinden neredeyse üç yıl önce gerçekleşmiş olduğunun altını çizmiştir. Ayrıca Mahkeme, iddia edilen şantaj ve yolsuzluk suçu ile eski belediye başkanının yasama görevleri arasında bir bağlantı kurulamayacağını ve isnat edilen suçun özellikle ahlak dışı bir nitelik olma özelliği taşıdığını kaydetmiştir.

Mahkeme Cordova davasındaki görüşünün bir benzerini sürdürerek ilgili üyeye isnat edilen eylemin yasama işlevleri ile açık bir bağlantısının olmadığı durumda mahkemeye erişim hakkına getirilen sınırlandırma karşısında dokunulmazlık güvencesinin daha dar yorumlanması görüşünü kabul etmiştir. Ayrıca Yunan hükümetinin dokunulmazlık nedeniyle mahkemeye erişimin sınırlandırılmasının geçici etki meydana getirdiği savunmasına karşılık, Mahkeme parlamenterlerin süresiz olarak yeniden seçilebileceğini göz önünde bulundurarak bu argümanı orantısız sınırlandırma doğurabileceği düşüncesiyle reddetmiştir. Söz konusu üyenin uzun bir süre parlamento üyesi olarak kalması halinde, dokunulmazlığın bu halinin iddia edilen suçların kanıtlanmasını zorlaştıracak bir ertelemeye sebep olacağını da altını çizmiştir.

*Tsalkitzis* kararından sonra AİHM'nin dokunulmazlığın tartışıldığı başvurularda aynı temel kriteri, yani mahkemeye erişim hakkının orantılı sınırlandırıldığının kabul edilebilmesi için eylemin yasama faaliyetleriyle ilgili olması ölçütünü izlediği görülmektedir. Pek tabidir ki, iddia edilen suçun parlamenterlik görevinden önce işlenmiş olması halinde bu bağlantı söz konusu olamayacaktır. Buna ek olarak, dokunulmazlığın geçici niteliği onu başlı başına orantılı hale getirmemektedir, zira parlamenterlerin görev süresi yeniden seçilebilmeleri ihtimalinde ucu açık kalmaktadır.

Yasama sorumsuzluğu kapsamında incelediğimiz Cordova - İtalya (No. 1) kararı ışığında, AİHM'nin *Tsalkitzis* başvurusu ile ortaya koyduğu görüş esasında birbirine yakın ölçütlere dayanmaktadır. Zira Mahkeme dokunulmazlık altında da asıl hedeflenenin siyasi saikli açılan davaların önlenmesi ve parlamenterlerin yasama faaliyetine katılmalarının engellenmesinin güvencesini oluşturmaktır. İddia edilen suç eylemi, yasama faaliyetiyle açıkça bağlantılı olmadığı veya kovuşturmanın siyasi amaçlara alet edilmediği sürece söz konusu güvence, Mahkemenin orantılılık testini neredeyse hiçbir zaman geçemeyecektir.

Aynı yaklaşım yakın zamanda yine Yunanistan'a karşı verilen *Syngelidis* kararında da benimsenmiştir.<sup>31</sup> Bu davada, başvuran, parlamento üyesi olan eski eşi M.A. hakkında çocuğuna erişimini engellediği gerekçesiyle suç duyurusunda bulunmuştur. Yargılamaya başlamadan önce M.A.'nın dokunulmazlığının kaldırılması için parlamento bir talepte

<sup>30</sup> *Tsalkitzis v. Greece* [2006] ECHR, Başvuru no 11801/04.

<sup>31</sup> *Syngelidis v. Greece* [2010] ECHR, Başvuru no 24895/07.

bulunmuş ve bu talep Yunan Parlamentosu İç Tüzüğü'nde belirtilen dokunulmazlığın kaldırılmasını mümkün kılan durumlardan birinin mevcut olup olmadığını değerlendiren bir komite tarafından incelenmiştir. Sonuç olarak, parlamento M.A.'ya karşı açılan ceza davasının daha fazla ilerletilemeyeceği sonucuna vararak dokunulmazlığın kaldırılması talebini reddetmiştir.

AİHM, hem başvuran hem de Yunan hükümeti tarafından sunulan önemli yapısal argümanlarla karşı karşıya kalmıştır. Bir yandan hükümet, dokunulmazlığın mahkemeye erişim hakkına getirdiği sınırlamanın orantılı olduğunu, çünkü Yunan dokunulmazlık rejiminin parlamento üyelerine karşı hukuk davalarını değil ceza davalarını yasakladığını savunmuştur. Dolayısıyla, başvuran M.A. aleyhine bir hukuk davası açarak kendisine tazminat ödenmesini isteyebilir ve böylece bir başka önemli hukuk yolunu değerlendirebilirdi. Öte yandan başvuran, dokunulmazlığın ilke olarak AİHS'nin 6(1) maddesiyle uyumlu olabileceğini, ancak bunun Yunan parlamentosunun dokunulmazlığı kaldırma konusundaki takdir yetkisini kullanırken ilgili anayasal hükümleri doğru yorumlaması ve uygulaması ile mümkün olabileceğini ileri sürmüştür.<sup>32</sup> Başvuran tarafından sunulan bir araştırmaya göre, 1974 ve 2003 yılları arasında Yunan parlamentosu, dokunulmazlığın kaldırılması için yapılan 800 talepten sadece beşini kabul etmiş ve böylece üyelerini cezai kovuşturmalardan sistematik olarak korumuştur.<sup>33</sup> Taleplerin çok azının kabul edilmiş olması, somut dava koşulları ve Mahkemenin *Cordova* ve *Tsalikitzis* kararları ışığında, başvuran mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği görüşündedir. Ayrıca, başvuran dokunulmazlığın kendisi ve eski karısı arasında orantısız bir dengesizlik de yarattığını, çünkü eski karısının kendisine karşı ceza davası açmakta özgürken, bunun tersinin geçerli olmadığını ileri sürmüştür.

Mahkeme hükümet tarafından ileri sürülen başvuranın M.A. aleyhinde hukuk davası açabilme seçeneğinin AİHS'nin 6. maddesinin ceza davalarına ilişkin sınırlamasını dengelemek veya orantılı hale getirmek için yeterli olduğu yönündeki argümanını reddetmiştir.<sup>34</sup> Mahkemeye göre,

“İç hukuk düzeninin bir bireye davaya sivil taraf olarak katılma imkanı veren suç duyurusu gibi bir hukuk yolu sağladığı durumlarda, devlet, bu hukuk yolunu kullanan kişinin Madde 6.2'deki temel güvencelerden yararlanmasını sağlamakla yükümlüdür.”<sup>35</sup>

Başvuranın ileri sürdüğü argümanlarla ilgili olarak Mahkeme, *Cordova*'da ve sonraki içtihatlarında geliştirdiği ilkeleri yinelemiştir: parlamenterlerin suç teşkil ettiği iddia edilen davranışı ile yasama görevleri arasında açık bir bağlantı bulunmaması halinde orantılılığın dar yorumlanması gerektiği. M.A.'nın eylemi yasama çalışmalarlarıyla tamamen ilgisiz olup daha çok kişisel hayatı içinde gerçekleştiğinden ve böyle bir olayda başvuran ile M.A. arasında mahkemeye başvurma hakkı bağlamında bir dengesizlik yaratılmış olmasından yola çıkarak,

<sup>32</sup> ibid para 39.

<sup>33</sup> ibid para 39.

<sup>34</sup> ibid para 48.

<sup>35</sup> ibid para 45.

başvuranın AİHS'nin 6(1) maddesindeki hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Mahkemeye göre, Sözleşmecî devletlerin, parlamentoların anayasal işlevlerini her türlü haksız etkiden uzak bir şekilde yerine getirebilmelerini sağlamak için bir dokunulmazlık sistemi ile yasama organlarını korumaları ilke olarak meşrudur. Parlamentoda herhangi bir konuda tartışmalar yapmak veya düşünce açıklamalarında bulunmak bu açıdan yasama organının en temel, olmazsa olmaz işlevleri arasındadır. O halde bu işlevin mutlak dokunulmazlık yoluyla korunması, *A. v. Birleşik Krallık* davasında da ortaya konduğu üzere orantılıdır. Ancak bir üyenin eylemi bu temel işlevden ne kadar uzaklaşırsa, orantılılık kavramı o kadar dar yorumlanmalıdır. Buna göre, bir üyenin suç teşkil ettiği iddia edilen eyleminin parlamento çalışmalarlarıyla tamamen ilgisiz olduğu durumlarda, sanığın sadece bir parlamenter olması eylemden etkilenen bireyin mahkemeye erişim hakkını sınırlandırmak için yeterli bir neden olamaz. Örneğin, Mahkeme *Syngelidis* başvurusundaki kararında, eğer parlamento inandırıcı bir şekilde M.A.'nın kovuşturulmasının siyasi amaçlı olduğunu savunmuş olsaydı, suç teşkil ettiği iddia edilen davranışının özel niteliğine rağmen M.A.'nın dokunulmazlığının kabul edilebileceğini kabul etmiştir.

*Kart v. Türkiye* davası, bugüne kadar bir parlamenterin, dolayısıyla dokunulmazlıktan yararlanan kişinin, dokunulmazlık nedeniyle Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamındaki haklarının ihlal edildiğinden şikâyetçi olduğu tek davadır.<sup>36</sup> Dava, Atilla Kart'ın bir milletvekili olarak dokunulmazlığa tabi olması nedeniyle hakkında açılan ceza davasında kendisini savunmadığı yönündeki şikâyetiyle ilgilidir. Kart, 2002 yılında yapılan milletvekili seçimlerinde Cumhuriyet Halk Partisi üyesi olarak Türkiye Büyük Millet Meclisine seçilmiştir. Seçilmeden önce avukatlık yapmış ve mesleki faaliyetleri sırasında, biri avukata hakarettten, diğeri de kamu görevlisine hakarettten olmak üzere hakkında iki ayrı ceza davası açılmıştır. Ancak, seçilmesinin ardından, Türkiye Cumhuriyet Anayasası'nın 83. maddesi uyarınca hakkında başlatılan yargılamalar durmuştur. Başvuran, itibarını mahkemede savunabilmek için dokunulmazlığının kaldırılmasını talep etmiş, ancak bu talebi TBMM'nin yetkili komisyonu ve daha sonra da Genel Kurul tarafından reddedilmiştir. Başvuran, milletvekili olarak ilk döneminin sona ermesinin ardından yeniden seçilmiştir ancak dokunulmazlığının kaldırılmasını hâlâ sağlayamamıştır. Başvuran, dokunulmazlığının kaldırılmasını talep etmiş, ancak ilgili meclis komitesi, görev süresinin sonuna kadar aleyhindeki yargılamaların durdurulmasına karar vermiştir. Başvuran, bu karara adil yargılanma hakkına dayanarak itiraz etmiştir. Başvuranın dokunulmazlığının kaldırılması talebine ilişkin dosyalar, iki yılı aşkın bir süre boyunca, bir sonraki seçimlere kadar, hiç incelenmeden Meclis Genel Kurulunun gündeminde kalmıştır. Bay Kart, 22 Temmuz 2007 tarihinde yapılan parlamento seçimlerinde yeniden seçilmiştir. Ocak 2008'de Meclis Başkanı, dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyaların komisyonda beklemekte olduğunu kendisine bildirmiştir.

Başvuran, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrası (mahkemeye erişim hakkı) uyarınca, milletvekili dokunulmazlığının kaldırılmamasının, aleyhinde cezai kovuşturma başlatıl-

<sup>36</sup> *Kart v. Turkey* [2008] ECHR, Başvuru no 8917/05. Ayrıca bkz. Serkan Yolcu, 'Adil yargılanma hakkı karşısında yasama dokunulmazlığını yeniden düşünmek: Atilla Kart olayı üzerine bir deneme' (2011) 60(2) Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi 367-414

masını engellediğinden ve böylece adını temize çıkarma ve mahkemeye erişim fırsatından mahrum bırakıldığından şikâyetçi olmuştur. Mahkeme bu başvuru hakkında verdiği kararında, yasama bağımsızlıklarının sorumsuzluk ve dokunulmazlık olmak üzere iki bileşenden oluştuğunu, bu ikisinin farklı amaçlar güttüğünü ve farklı hukuki niteliklere sahip olduğunu ve başvuranın bunlardan sadece dokunulmazlığın uygulanmasına itiraz ettiğini kabul etmiştir. Mahkeme davayı esastan değerlendirmeden önce sözleşmeciler devletlerin Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin ve Avrupa Parlamentosunun dokunulmazlık sistemlerini karşılaştırmalı olarak ele almış ve çoğu devletin görev dışı dokunulmazlık da sağladığını tespit etmiştir. Mahkeme daha sonra ‘rolünün, parlamenter dokunulmazlık sisteminin Sözleşme’ye uygunluğu hakkında soyut bir şekilde karar vermek olmadığını, ancak bu davada [...] uygulanmasının Sözleşme’nin 6. maddesini ihlal edip etmediğini somut olarak tespit etmek olduğunu açıkça belirtmiştir.<sup>37</sup> Mahkeme, parlamentonun ve üyelerinin engelsiz işleyişini güvence altına alma amacı göz önüne alındığında, dokunulmazlığın ilke olarak meşru olduğuna karar vermiştir.

Daha sonra Mahkeme, Türkiye’deki yasama dokunulmazlığının hem ceza hem de hukuk davaları için geçerli olması ve bir üyenin seçilmesinden önce işlenen fiilleri de kapsamı bakımından alışılmadık derecede geniş olduğuna kanaat getirmiştir. Ayrıca, Türk hukukunda dokunulmazlığın kaldırılıp kaldırılmayacağına ilişkin kararın herhangi bir argümanla desteklenmesinin gerekmediğini ve bu davada da desteklenmediğini, bu karar için herhangi bir zaman sınırı bulunmadığını ve dokunulmazlığın kabul edilmesi halinde, bir ceza davasının başlayabilmesi veya devam edebilmesi için kaçınılmaz olarak uzun bir süre geçmesine neden olduğunu tespit etmiştir. Bu nedenlerle, Mahkeme üçe karşı dört oy gibi dar bir çoğunlukla da olsa Sözleşme’nin 6(1) maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Ancak bu karar Büyük Daire tarafından bozulmuştur. Bu kez çoğunluk (üçe karşı on üç oyla) kararını, başvuran aleyhindeki suçlamaların seçilmesinden önce yapıldığı, dolayısıyla başvuranın milletvekili olmasıyla ceza davasının karara bağlanmasının gecikebileceğinin farkında olduğu argümanına dayandırmıştır.<sup>38</sup> Mahkeme “bu bağlamda, dokunulmazlığın milletvekilinin yararına kişisel bir ayrıcalık olmadığını, aksine statüsüyle bağlantılı bir ayrıcalık olduğunu ve bu nedenle yararlanıcı tarafından feragat edilemeyeceğini” ifade etmiştir.<sup>39</sup> Buna ek olarak, Büyük Daire, dokunulmazlığın geçici niteliğinin, dokunulmazlığın 6. madde üzerindeki sınırlayıcı etkisini hafiflettiğini de tespit etmiştir.

Bu argümanların her ikisi de tartışmaya açık görülebilir. Nitekim, Yargıç Power’ın muhalefet şerhinde doğru bir şekilde gözlemlediği üzere, ilk argüman, başvuranın Sözleşme haklarından birini (Sözleşme’ye Ek 1 No.lu Protokol’ün 3. maddesi kapsamında korunan milletvekili seçilme hakkı) kullanmayı tercih etmesinin, bir diğerinden, yani 6. madde kapsamındaki mahkemeye erişim hakkından feragat ettiği anlamına gelmektedir. Halbuki her iki hak da aynı anda var olup aralarında denge gözetilmesini gerektirmektedir. İkinci argüman, Mahkeme’nin *Tsalkitzis* davasındaki kendi kararıyla tutarsız olmakla kalmayıp,

<sup>37</sup> *Kart v. Turkey* (n 36) para. 72.

<sup>38</sup> *ibid* para 106.

<sup>39</sup> *ibid* para 97.



sadece mahkemeye erişimi değil, aynı zamanda makul bir süre içinde duruşma yapılmasını da güvence altına alan Sözleşme'nin 6. maddesinin zamansal yönü açısından da zayıf kalmaktadır.<sup>40</sup> Son olarak, dokunulmazlığın kaldırılmamasına ilişkin kararın esasen mahkemeye erişimle ilgili olmadığı yönündeki tez, ancak yargısal küçük hesaplar olarak tanımlanabilir ve Mahkemenin dokunulmazlığa ilişkin önceki içtihadıyla çelişmektedir. Sonuç olarak, *Syngelidis* davasından iki aydan biraz daha uzun bir süre önce verilen Kart davasındaki ikinci karar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin parlamenter dokunulmazlık ve Sözleşme'nin 6. maddesine ilişkin içtihadıyla farklılaşan bir görünüm arz etmektedir.

### 3.2. SERBEST SEÇİM HAKKI KAPSAMINDA YASAMA DOKUNULMAZLIĞI

AİHM, yakın zamanda milletvekili dokunulmazlıklarının uygulanmasının değil, uygulanmamasının şikâyet konusu olduğu bir başvuruyla karşı karşıya gelmiştir.<sup>41</sup> Türkiye'ye karşı yapılmış bu başvuru, siyasi faaliyetleri ve konuşmalarıyla ilgili cezai kovuşturmayla uğrayan ve özgürlüğü kısıtlanan muhalif siyasetçi Selahattin Demirtaş ile ilgilidir. Büyük Daire, Demirtaş'ın ifade özgürlüğü hakkının çeşitli sebepler nedeniyle ihlal edildiğine karar vermiştir. Bunlar arasında 20 Mayıs 2016 tarihinde yapılan anayasa değişikliği ile milletvekili dokunulmazlığının kaldırılması, ardından 4 Kasım 2016 tarihinde tutuklanması ve yargılanmadan önce tutukluluğunun devam etmesi yer almaktadır. Ayrıca, hakkındaki cezai kovuşturmalar siyasi konuşmalarından elde edilen delillere dayandırılmıştır. Büyük Daire, bu eylemlerin, özellikle Sözleşme'nin gerektirdiği gibi öngörülebilirlik eksikliği nedeniyle hukukilik standardını karşılamadığı sonucuna varmıştır. Kararda dikkate alınması gereken pek çok içtihadi husus bulunmaktadır. Dava, Mahkemenin milletvekillerinin dokunulmazlıklarını kaldıran anayasa değişikliğinin Sözleşme'ye uygun olup olmadığını ve Demirtaş'ın özgürlüğünden mahrum bırakılmaya devam edilmesinin gizli siyasi amaçlara, yani bir muhalefet lideri olarak susturulmasına hizmet edip etmediğini incelemesiyle ilgilidir.

Çalışmamızın konusu bakımından burada kararın sadece önemli bir içtihadi bileşenine bakmak istiyoruz. Araştırmamız açısından özellikle ilgi çekici olan nokta, Türk mahkemelelerinin Demirtaş'ın tutukluluğunun devamına makul bir şekilde itiraz edilmiş olmasına rağmen yasama dokunulmazlığının uygulanabilirliğini incelemeyen karar vermiş olmasıdır.<sup>42</sup> Mahkeme, kararında bu başvuruyu özellikle seçilme hakkının seçildikten sonra üye olarak kalma hakkını da koruyan 1 No.lu Protokolün 3. maddesi ışığında analiz etmiştir:

“Gerçekten demokratik bir sistem kavramının özünde yer alan ve 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesi ile güvence altına alınan haklar, seçilmiş temsilcilerin veya seçmenlerinin her an keyfi olarak bu haklardan mahrum bırakılabilmeleri halinde, sadece hayali olacaktır. Ayrıca Mahkeme, 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinin, bireyin seçilme ve seçildikten sonra parlamento üyesi olma hakkını güvence altına aldığına sürekli olarak karar verdiğini yineler. Bu bağlamda

<sup>40</sup> ibid. Bu tespit, Yargıç Bronello ve diğer iki Yargıç'ın karşı oy yazılarında da yapılmıştır.

<sup>41</sup> *Selahattin Demirtaş v. Turkey (No. 2)* [2020] ECHR, Başvuru no 14305/17.

<sup>42</sup> ibid para 261-263.



Mahkeme, Türkiye de dahil olmak üzere Sözleşmeciler Devletlerin çoğunda mevcut olan milletvekili dokunulmazlığı kuralının bu güvence açısından hayati önem taşıdığını belirtmektedir.”<sup>43</sup>

Bu bağlamda Mahkeme, ulusal mahkemeler tarafından usule ilişkin dikkat edilmesi gereken bu güvencenin altını çizmiştir:

“Eğer bir Devlet kovuşturma ve özgürlükten yoksun bırakılmaya karşı milletvekili dokunulmazlığı öngörüyorsa, yerel mahkemeler öncelikle ilgili milletvekilinin suçlandığı eylemlerden dolayı milletvekili dokunulmazlığı hakkına sahip olmadığından emin olmalıdır.”<sup>44</sup>

Yani Mahkeme, yerel mahkemelerin Demirtaş’ın kovuşturmayaya yol açan ifadeleri nedeniyle milletvekili dokunulmazlığı hakkına sahip olup olmadığını tespit etme yönündeki usul yükümlülüğünün ihlal edildiğini tespit etmiştir.<sup>45</sup> Bunun yapılmaması, 1 No.lu Protokol’ün 3. maddesini ihlal etmiştir. Mahkeme, benzer bir usul güvencesinin Sözleşme’nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesinden de kaynaklanacağını belirtmiştir. Nitekim söz konusu başvuruda özgürlükten mahrum bırakılmaya sebep olan eylemler çoğunlukla ilgili milletvekillinin siyasi konuşmalarıdır. Mahkemeye göre bu güvenceye uygun bir usulün izlenmemesi, ilgili insan haklarının ihlal edildiği sonucuna varılmasına yol açabilir.

Mahkeme, anayasa değişikliğinin resmi gerekçesini incelemiş ve dokunulmazlıkların, ülkedeki barış sürecinin bozulmasının ardından belirli bir grup parlamenterin siyasi söylemlerine misilleme olarak kaldırıldığı sonucuna varmıştır.<sup>46</sup> Ayrıca, Büyük Daire, anayasa değişikliğinin hemen ardından cezai soruşturmalarda muhalif Kürt milletvekilleriyle sınırlı olduğu göz önüne alındığında, fiili durumun bu olduğunu gözlemlemiştir. Sonuç olarak, Büyük Daire, bugüne kadar, iktidar koalisyonuna bağlı tek bir milletvekilinin bu değişikliklerle bağlantılı olarak kovuşturulduğunu gösteren hiçbir kanıt bulunmadığını tespit etmiştir. Mahkeme daha sonra, Venedik Komisyonunun bu anayasa değişikliğinin *ad hominem* niteliğinin “anayasa değişikliği prosedürünün kötüye kullanılması” anlamına geldiği yönündeki tespitine katılmıştır.<sup>47</sup> Mahkeme, anayasa değişikliğinin hem öngörülebilirlik hem de yasaların belirli kişileri hedef alması yasağı kriterlerini karşılamadığına karar vermiştir.<sup>48</sup> Mahkemeye göre değişiklik sonrası dokunulmazlık rejiminin uygulanmasının öngörülemezliği, Demirtaş’ın ifade özgürlüğüne bir müdahaleye yol açmış ve bu nedenle müdahale öngörülemediği için yasal hükümlere uygun olarak kabul edilememiştir. Büyük Daire, “başvurucunun meşru bir şekilde siyasi ifade dokunulmazlığı ve anayasal usul güvenceleri sağlayan mevcut anayasal yasal çerçeveden yararlanmayı bekleyebileceği” için, Demirtaş’ın yargılama öncesi tutukluluğunun yasallık testini karşılamaması nedeniyle Sözleşme’nin 10.

<sup>43</sup> ibid para 386.

<sup>44</sup> ibid para 394.

<sup>45</sup> ibid para 397-398.

<sup>46</sup> ibid para 268.

<sup>47</sup> ibid para 269.

<sup>48</sup> ibid para 269-270.

maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.<sup>49</sup>

Mahkemenin muhakemesi bakımından bu kararı özellikle daha da önemli kılan husus milletvekili dokunulmazlıklarının uygulanmamasının milletvekilinin insan haklarının ihlali ile ilişkilendirildiği bir tartışmanın yapılmış olmasındadır. Burada söz konusu olan insan hakları, milletvekilinin yerine getirdiği özel işlev nedeniyle sahip olduğu (1 No.lu Protokolün 3. maddesi, Serbest Seçim Hakkı'nın edilgen boyutu) veya kendisi için özel bir öneme sahip olduğu ve bu nedenle genel kamuya kıyasla daha yoğun bir şekilde uygulanan haklardır (10. madde, İfade Özgürlüğü). Bu açıdan bakıldığında, söz konusu olan öncelikle milletvekilinin kendi özel çıkarı değil, demokratik bir toplumda yasama faaliyetinin özgür ve kesintisiz bir şekilde yerine getirilmesi ve nihayetinde yasama kurumunun düzgün bir şekilde işlemesi ile gerçekleşecek genel ya da kamusal çıkarıdır. Kararda da belirtildiği gibi, “gerçekten de Mahkeme, milletvekili dokunulmazlığının bireysel olarak milletvekillerine değil, Parlamento kurumunun düzgün çalışmasını güvence altına almak için tanınan bir ayrıcalık olduğunu yineler.”<sup>50</sup> Her halükarda, bu özgürlüğün ve bu güvencenin ve bir bütün olarak parlamento kurumunun düzgün işleyişinin korunmasının, parlamenterlik işlevini yerine getiren insanlar aracılığıyla somut bir şekilde gerçekleştirilmesi kaçınılmaz görünmektedir. Bu noktada Mahkemeye, Avrupa Konseyine üye bir devlette parlamenter dokunulmazlıklar mevcut olduğunda, ulusal mahkemeler tarafından bunlara saygı gösterilmesi ve bunların uygulanabilirliğinin doğrulanması gerektiğinin altını çizmektedir. Bu dava, Mahkemenin 1 No.lu Protokolün 3. maddesi uyarınca, seçilmiş bir milletvekilinin tutuklu yargılanmasının ve dolayısıyla dokunulmazlığının ihlalinin parlamenter görevlerini yerine getirmesi üzerindeki etkileri bakımında ele aldığı ilk karar olması hasebiyle ayrıca önemlidir.

### 3.3. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KAPSAMINDA YASAMA SORUMSUZLUĞU

Parlamenter demokrasinin özü, parlamentoda özgür, açık ve korkusuz bir tartışma ortamının varlığıyla açıklanabilir. Parlamento gibi müzakereci bir organ içinde ifade özgürlüğü kritik önem taşır. Üyelerin Mecliste kendilerini özgürce ifade edebilmeleri için, orada söyledikleri herhangi bir şey nedeniyle cezalandırılacakları endişesinden emin kılınmaları gerekir. AİHM, parlamenterlerin ifade özgürlüğü ayrıcalığına ilişkin kararlarının her birinde, bu ayrıcalığın Parlamentonun işlevlerinin etkin bir şekilde yerine getirilmesini kolaylaştıran kritik niteliğini kabul etmiştir. Bu kararlarda ifade özgürlüğünün Parlamentonun etkin bir şekilde çalışması için mutlak bir gereklilik olduğunun altı sürekli çizilmektedir. Fakat, parlamenterlere sağlanan yasama bağımsızlıkları, ifade özgürlüğünün sınırlarına ilişkin önemli bir soruyu gündeme getirmektedir. Bu güvence, parlamenterlere kendilerini istedikleri gibi ifade edebilecekleri sınırsız bir ayrıcalık mı sağlar? İfade özgürlüğünün korunması, yasama işlemleri dışında yapılan bağlantılı veya tekrarlanan ifadelerle ne kadar uzanır? Mahkemenin içtihat külliyatı Sözleşme'nin 6. maddesinde düzenlenen mahkemeye erişim hakkına kıyasla önemli ölçüde daha dar ve az yol göstericidir.

<sup>49</sup> ibid para 270.

<sup>50</sup> ibid para 394.

### 3.3.1. Parlamento Dışında Yapılan Açıklamalar

AIHM'nin *Castells v. İspanya* kararı, yasama organı üyelerinin parlamento dışındaki ifade özgürlükleri bakımında önemli kararlardan biridir.<sup>51</sup> Bu davada başvuru, İspanyol yasalarına göre önemli düzeyde hapis cezası ya da para cezası ile sonuçlanabilen hükümete karşı hakaret etmek suçuyla karşı karşıya kalmıştır. Castells, İspanya'nın San Sebastián kıyı belediyesinde avukatlık yaparken, Bask Bölgesi'nin bağımsızlığını savunan bir siyasi parti olan Herri Batasuna listesinden senatör seçilir. Castells'in Bask Bölgesi ile ilgili makalelerinden biri Haziran 1979'da haftalık Punto y Hora de Euzkaldia dergisinde yer alır. Castells son derece tartışmalı makalesine, hükümet yetkililerinin Bask Bölgesi'nde hayatı tehdit eden çok sayıda terör saldırısının faillerini tespit etmekte ve yargılamakta yükümlülüklerini yerine getirmediğini, bu eylemlerin arkasındaki tek olası suçlunun Hükümet, iktidar partisi ve onların çalışanları olduğunu öne sürmüştür. Bu yazı sebebiyle Castells hakkında İtalya Ceza Kanunu'nun "Hükümete ağır hakaret eden, haksız yere suçlayan veya tehdit eden..." kişiler için uzun süreli hapis cezası öngören 161. maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle ceza davası açılır. Yüksek Mahkeme Ceza Dairesi, Castells'i milletvekili dokunulmazlığını kaldırıp hükümet yetkililerine ve devlet memurlarına ağır hakaretlerde bulunmaktan suçlu bulmuş ve bir yıl bir gün hapis cezasına çarptırılmıştır. Soruşturma sonucunda Castells'in makalede yer alan siyasi eleştirilerinin kabul edilebilir sınırları aştığı ve hükümetin itibarını zedelediği tespit edilmiştir.

Castells, söz konusu kararın, temyiz başvurusu sırasında ifadelerinin doğruluğuna ilişkin kanıt sunma fırsatını reddetmek suretiyle masumiyet karinesini ihlal ettiğini iddia etmiştir. Ayrıca, İspanya Anayasası'nın 23. maddesi uyarınca siyasi işlere katılma ve senatör olarak kamu görevlerini yerine getirme yetkisine sahip olduğunu ileri sürmüştü de Anayasa Mahkemesi Castells'in başvurusunu reddetmiştir. Bunun üzerine Castells, AIHS'nin 10. maddesinde belirtilen ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiği iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna başvuruda bulunmuştur. Mahkeme ilk olarak, ceza yargılamasının ve hapis cezasının ifade özgürlüğüne tartışmasız bir şekilde müdahale oluşturduğunu tespit etmiştir. Daha sonra, bu müdahalenin "hukuk tarafından düzenlenmiş" olup olmadığını, 10. maddenin 2. paragrafında belirtilen meşru gerekçelerden bir veya daha fazlasını gerçekleştirmek için uygulanıp uygulanmadığını ve bunun söz konusu hedef(ler)e ulaşmak için "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığını tespit etmeye çalışmıştır.<sup>52</sup>

Castells, ceza davasının İspanya Ceza Kanunu'nun 161. ve 162. maddelerine uygunluğuna itiraz etmemekle birlikte, Yüksek Mahkemenin devlete hakaret suçuyla bağlantılı olarak kullanılan ifadelerin gerçekliklerinin ispatı üzerinden yapılacak bir savunmanın bu tür davalarda kabul edilemez olduğuna dair yorumunun amacı aşan bir değerlendirme olduğunu ileri sürmüştür. Buna karşılık cevap olarak Hükümet, ifadelerinin gerçekliğinin bir savunma olarak kabul edilmesine Ceza Kanunu'nun 461. maddesi uyarınca izin verildiğini, ancak bunun sadece sanığın tüm devleti değil, kamu görevlilerini görevleri sırasında aşağılamakla suçlandığı durumlarda mümkün olduğunu belirtmiştir. AIHM, 461. maddenin

<sup>51</sup> *Castells v. Spain* [1992] ECHR, Başvuru no 11798/85.

<sup>52</sup> *ibid* para 34.

dilini göz önünde bulundurarak, hükümetin yorumunun haklı olduğuna karar vermiş ve müdahalenin hukuk (kanun) tarafından düzenlendiği sonucuna varmıştır.

Cezai işlemin ve ardından verilen hapis cezasının meşru bir amaca hizmet edip etmediği sorusuna yanıt olarak hükümet, Anayasa Mahkemesinin itiraz edilen makalenin demokratik kurumları itibarsızlaştırma çabalarının ulusal güvenliği tehlikeye atabileceği yönündeki görüşüne atıfta bulunmuştur. Makalenin yayınlandığı 1979 yılında İspanya'da hakim olan karmaşık ortam göz önüne alındığında, AİHM Castells aleyhine açılan davanın sadece başkalarının itibarını korumak için değil aynı zamanda kargaşayı önlemek için de başlatıldığı konusunda hükümetle hemfikir olmuştur.

Mahkeme, müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığı değerlendirilmesinde, ifade özgürlüğünün “sadece zararsız veya kayıtsız kabul edilen ‘bilgi’ veya ‘fikirler’ için değil; aynı zamanda rencide edici, şok edici veya rahatsız edici olanlar için de geçerli olduğu”nun altını çizmiştir. Mahkeme, seçmenlerin çıkarlarını savunan ve onları temsil eden seçilmiş yetkililer için bu ayrıcalığın önemini özellikle vurgulamıştır.<sup>53</sup> Bu nedenle Mahkeme, başvuran gibi muhalefeti temsil eden bir parlamento üyesinin ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerin mahkemelerin ‘azami özenle’ incelemesi gerektirdiğine karar vermiştir.<sup>54</sup>

“[...] İfade özgürlüğü herkes için önemli olmakla birlikte, halkın seçilmiş bir temsilcisi için özellikle önemlidir. Seçmenlerini temsil eder, onların kaygılarına dikkat çeker ve çıkarlarını savunur. Dolayısıyla, başvuran gibi bir muhalefet milletvekilinin ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleler Mahkeme'nin en azami özenle incelemesini gerektirir.”<sup>55</sup>

Ayrıca, Mahkeme, siyasi görüşleri ifade etme özgürlüğünün mutlak olmamasına rağmen, “kabul edilebilir eleştirinin sınırlarının hükümet açısından bireysel bir vatandaş veya siyasetçiye göre daha geniş olduğunu” vurgulamıştır.<sup>56</sup> Buna ek olarak, “hâkim konumu nedeniyle, özellikle de muhaliflerinden veya medyadan gelen haksız eleştirilere ve saldırılara yanıt vermek için alternatif yöntemler mevcut olduğundan, hükümetin cezai kovuşturmayla başvurma konusunda itidalli davranması gerektiğini” ileri sürmüştür.<sup>57</sup>

Davayı incelerken Mahkeme, Castells'in Bask Bölgesi'nde meydana gelen cinayetlerle ilgili iddialarını doğrulamak amacıyla iyi niyetle delil sunmaya yönelik sayısız başarısız çabasının da altını çizmiştir. Mahkemeye göre, İspanya Yüksek Mahkemesi yargılama sırasında söz konusu ifadelerle ilgili başvuranın tanıklığını kabul etmiş olsaydı, ceza yargılamasının sonucunun değişebileceğini de ileri sürmüştür. Mahkeme, söz konusu müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olmadığı sonucuna varmış ve Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiştir.

<sup>53</sup> ibid para 42.

<sup>54</sup> ibid para 42.

<sup>55</sup> ibid para 46.

<sup>56</sup> ibid para 46.

<sup>57</sup> ibid para 46.

Mahkeme, parlamentonun yürütme organını kontrol etmekteki rolünü vurgular şekilde, bir parlamento üyesi olan başvurucunun “hükümeti eleştirme hakkını” kabul etmiş<sup>58</sup> ve “izin verilen eleştiri sınırlarının Hükümet söz konusu olduğunda, özel bir vatandaş veya hatta bir siyasetçi söz konusu olduğundan daha geniş olduğunu” belirtmiştir.<sup>59</sup> Mahkeme, hükümeti, özellikle parlamentoda baskın bir konuma sahip kolektif bir siyasi kurum olarak görüp, bu kurumsal konumun hükümetin ‘ağır ifadelerle’ bile olsa sorgulanmasını haklı kıldığını belirtmiştir.<sup>60</sup> Mahkemeye göre parlamento demokratik yönetişimin ve siyasi sorumluluğun ana aracıdır. Yürütme organını denetleyen ve dengeleyen parlamento işlevinin yerine getirilmesidir.

### 3.3.2. Söyleyenin Statüsü mü, yoksa Söylemin İçeriği mi?

Yasama sorumsuzluğu genellikle mutlak olsa da milletvekillerinin parlamento içinde bile belirli konuları veya sorunları ele alamadığı durumlar olabilir. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi tarafından hazırlanan bir rapora göre, bazı ülkeler sorumsuzluk hükmünün kapsamını hakaret, iftira, nefret söylemi, ayrımcı ifadeler, tehditler ve suç işlemeye veya şiddete tahriki hariç tutacak şekilde sınırlandırmıştır. Bazı ülkeler ayrıca korumanın kapsamını devlet başkanını aşağılamak, yargıçları eleştirmek, devlet sırlarını ifşa etmek veya eleştirel açıklamalar yapmak gibi vatana ihanet olarak kabul edilen eylemlerle sınırlandırmıştır.<sup>61</sup> Dolayısıyla söylemin içeriği ve toplumsal fayda anlamında sahip olduğu önem, yasama sorumsuzluğunun ve parlamenterlerin kural olarak daha geniş olduğu düşünülen ifade özgürlüğünün kapsamı bakımından belirleyici olabilmektedir.

Bu noktada AİHM'nin *Féret v. Belgium* başvurusu hakkında verdiği karar önem arz etmektedir.<sup>62</sup> Olayın yaşandığı dönemde başvuran, “Front National-Nationaal Front” siyasi partisinin başkanlığını yürütmekte ve Belçika Temsilciler Meclisi üyesi olarak görev yapmaktadır. Seçim kampanyası sürecinde partisi tarafından dağıtılan broşürler ve posterler, yabancılar hakkında nefret, ayrımcılık ve şiddetin teşvik edildiğine dair çok sayıda şikayete neden olmuştur. Bu broşürler, Avrupalı olmayan göçmen topluluklarını olumsuz bir şekilde tasvir ederek, suç işlemeye meyilli oldukları ve Belçika'da yaşamaktan elde ettikleri avantajları sömürdüklerini içermektedir. Ayrıca, bu topluluklarla alay etmeye çalışarak yabancılara karşı şüphe, dışlanma ve hatta düşmanlık duygularını körüklediği iddia edilmiştir. Bunun üzerine, başvurucunun milletvekili dokunulmazlığı savcının talebi üzerine kaldırılıp, söz konusu broşürlerin yazarı, genel yayın yönetmeni ve web sitesinin sahibi olması nedeniyle hakkında cezai takibat başlatılmıştır. Bu takibatın neticesinde başvurana, 10 ay ertelenmiş hapis cezasının yanı sıra, göçmenlerin entegrasyonunu hedefleyen 250 saatlik kamu hizmeti cezası verilmiştir. Ayrıca on yıl süreyle meslektan men edilmiştir. Yerel mahkeme, başvuranın davranışının parlamenter faaliyeti kapsamına girmediğini tespit edip; broşürlerin ırk,

<sup>58</sup> ibid para 43.

<sup>59</sup> ibid para 46.

<sup>60</sup> ibid para 42.

<sup>61</sup> Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Parliamentary immunity: Challenges to the scope of the privileges and immunities enjoyed by members of the Parliamentary Assembly, 23 May 2016, para 11.

<sup>62</sup> *Féret v. Belgium* [1992] ECHR, Başvuru no 15615/07.

renk veya ulusal ya da etnik kökene dayalı ayrımcılığı, ayrımı, nefreti ve hatta şiddeti açıkça ve kasıtlı olarak teşvik ettiğini kaydetmiştir.

AİHM'ye göre, siyasetçilerin kendilerini kamuoyu önünde ifade ederken hoşgörüsüzlüğü teşvik edebilecek açıklamalar yapmaktan kaçınmaları son derece önemlidir. Yönetme yetkisine sahip bir konumda bulduklarından, parlamenterler demokrasiyi ve ilkelerini savunuculuğu anlamında kayda değer bir rol oynayabilirler. Vatandaş olmayanların ötekileştirilmesini teşvik etmek, bu kişilerin haklarına yönelik temelsiz bir ihlal teşkil etmektedir. Mahkemeye göre, siyasi partiler seçim kampanyası yürütebilmek için şüphesiz geniş bir ifade özgürlüğüne ihtiyaç duyarlar. Buna karşılık, bu kampanyalarda ırkçı veya yabancı düşmanlığını körükleyen ifadelerin kullanılması, seçim ortamında hoşgörüsüzlüğü artırarak toplumda zararlı sonuçlar ortaya çıkarır.<sup>63</sup> Bu çerçevede başvuruya konu olan metinlerin analizi, başvuranın kullandığı dilin açık bir şekilde ırkçı olması ve düşmanlığı ve ayrımcılığı kışkırttığını ortaya koymuştur. AİHM, yerel mahkemelerin başvuran hakkında ifade özgürlüğünün ihlaline ilişkin ileri sürdüğü gerekçeleri, kamu düzeninin ve başkalarının, özellikle de göçmen topluluğunun haklarının korunmasına yönelik acil toplumsal gereklilik ışığında yerinde ve yeterli bulmuştur.

Bu karar, Mahkemenin parlamenterlerin ifade özgürlüğü konusundaki tutumuna ilgi çekici bir boyut getirmektedir. Parlamenter olma statüsü bir kişinin sorumluluklarını azaltmaz. Aslında, onlara çok basit bir şekilde daha fazla ifade özgürlüğü vermekten ziyade, daha güçlü bir özen yükümlülüğü getirmektedir. Milletvekilleri de dahil olmak üzere siyasetçilerin amaçları iktidar mevkilerine ulaşmak olduğundan, demokratik ilkeleri koruma konusunda son derece dikkatli olma sorumlulukları vardır. Yabancıların dışlanması savunmak, bireylerin haklarının ciddi bir ihlali olarak kabul edilebilir. Bu nedenle Mahkeme, Belçika mahkemesi tarafından başvuranın ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamanın Sözleşme'yi ihlal etmediğine karar vermiştir. Siyasetçiler tarafından kampanyaları sırasında yapılanlar da dahil olmak üzere nefret söylemi ve ayrımcılığa teşvik, Sözleşme'nin 10. maddesi tarafından güvence altına alınmamaktadır. Mahkemeye göre, nefret söylemi, yasama bağımsızlığı veya ifade özgürlüğünün korunması sınırları içerisine dahil edilemez, zira böyle bir şey bu ilkelerin kötüye kullanılması veya yanlış anlaşılması anlamına gelecektir. Bu nedenle, yasama sorumsuzluğu hafifletici bir durum veya sınırsız güvence olarak işlev göremez.

AİHM'nin parlamenterlerin ifade özgürlüğüne getirdiği bu yaklaşım, güvencenin ifadenin içeriği ile beraber değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmektedir. Yasama sorumsuzluğunu gerçek anlamda makul ve gerekli kılan, onun toplumsal düzeyde meydana getirdiği genel faydadır. O halde, kamusal yararı ve toplumsal bir meseleyi ilgilendiren meselede yapılan açıklama, sahibi parlamenter sifata sahip olmasa da geniş korumadan yararlanabilecektir. Örneğin Mahkeme'nin *Jerusalem v. Austria* başvurusu özelinde verdiği karar bu argümanı doğrulamaktadır. Bu davada başvuran bir parlamento üyesi değil, Viyana Belediye Meclisinin seçilmiş bir üyesidir ve açıklamaları belediye meclis önünde yapılan açıklamalardır.<sup>64</sup> Aslında Meclisin Eyalet Parlamentosu olarak değil, yerel bir meclis olması hususu

<sup>63</sup> ibid para 76.

<sup>64</sup> *Jerusalem v. Austria* [1992] ECHR, Başvuru no 26958/95.



nazara alındığında, böyle bir meclisin üyelerinin ifade özgürlüklerinin de mutlak sorumsuzluk altında güvence altına alınması beklenemez. Ama yine de Mahkeme, bu tür ifadelerin mümkün olan en sıkı korumayı gerektirdiğini belirtmiştir. Parlamento dokunulmazlığının başvuranın ifadelerine uygulanabilirliğine bakılmaksızın, Mahkeme, bu ifadelerin, katılımcıların kamusal ifade özgürlüğünü ve kamu yararını korumak açısından Parlamento'ya makul ölçüde benzer bir ortamda sunulduğu sonucuna varmaktadır. Mahkemenin de belirttiği üzere, Parlamento ve benzeri kurumlar, demokrasilerde siyasi söylem için vazgeçilmez forumlardır. Bu bakış açısıyla, ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleyi makul kılmak için elde kayda değer gerekçeler olması aranabilir.<sup>65</sup> Davada Mahkeme, başvuranın söz konusu açıklamaları tekrar yapmasını engelleme kararı alan yerel mahkemelerin başvuranın ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir.

Yukarıda incelediğimiz AİHM'nin *Castells* kararındaki parlamenterlerin ifade özgürlüğü sınırlamalarının daha dar olması ve yerel otoritelerin azami ihtimam göstermesi görüşü söylemin sahibinin parlamenter statüsünden mi, yoksa söylemin siyasi olması ve kamuyu ilgilendirme niteliğinden mi kaynaklanmaktadır? Bu soruya verilebilecek cevap, aslında bir önceki genel başlık olan yasama bağımsızlıklarının mahkemeye erişim hakkına getirdiği sınırlandırmadaki orantılılık değerlendirmesinde genel hatlarıyla ortaya çıkmıştı. Öncelikle belirtelim ki, *Castells* kararının yasa koyucuların diğer vatandaşlardan daha fazla ifade özgürlüğüne sahip olduğu iddiasını destekleyip desteklemediği tartışmalıdır. Daha yakın tarihli AİHM içtihatları, Mahkemenin karar verme ölçütünün bireyin yasa koyucu veya halkın diğer bir temsilcisi olarak konumundan ziyade, söz konusu ifadenin kamusal siyasi söylem açısından taşıdığı önemi olduğunu ima etmektedir.

*Keller v. Hungary* başvurusu bu açıdan ele alınabilir.<sup>66</sup> Davada başvuran bir parlamento üyesidir. Bir parlamento oturumu sırasında başvuran, sorumlu bakanın babasının Hungarista hareketine (Nazilerle ilişkili aşırı sağcı bir hareket) üyeliğinin, ulusal güvenlikle ilgili bir konunun, yani aşırı sağcı örgütlerin faaliyetlerinin soruşturulmamasına katkıda bulunmuş olabileceği iddiasıyla Başbakan'ı sorgulamıştır. Başvuran, ilgili Bakanın ismini verememiştir. Bununla birlikte, ertesi gün, ulusal bir gazete, başvuranın alıntılı olduğu ve söz konusu bakanın kimliğinin açıklandığı bir makale yayınlamıştır (E.D.). Birkaç gün sonra, başvuran, bir televizyon programına verdiği röportajda, Mecliste yaptığı açıklamanın aslında E.D. ve babasıyla ilgili olduğunu doğrulamıştır. Başvurucu, Bakan E.D. ve babası tarafından "kişilik haklarının" ihlal edildiği gerekçesiyle dava edilmiştir.

İlk derece mahkemesi, Bakan'ın davranışını babasınıninkinden ayırarak Bakan lehine karar vermiştir. Mahkeme, başvurucunun desteklenmeyen beyanlarının, yaklaşan seçimler öncesinde davacının siyasi duruşuna ve itibarına zarar verdiğini tespit ederek, başvurucunun manevi zarar ve masraflar için tazminat ödemesine, masrafları yine kendisine ait olmak üzere kararın gazetede yayınlanmasına ve içeriğinin televizyonda yayınlanmasına hükmedilmiştir. Kararı temyiz eden başvuru karşısında, Bölge mahkemesi, ilk derece mahkemesinin ihtilafli ifadenin olgusal bir beyan olduğu yönündeki tespitine katıldıktan sonra

<sup>65</sup> ibid para 40.

<sup>66</sup> *Keller v. Hungary* [2006] ECHR, Başvuru no 33352/02.

başvuranın itirazını reddetmiştir. Bölge mahkemesi, başvuranın, E.D.’nin kişisel çıkarları nedeniyle özellikle ulusal güvenlik soruşturması yürütmekle ilgili resmi yükümlülüklerini ihlal ettiğini ortaya koymak için yeterli kanıt sunmadığına karar vermiştir.

AİHM, başvuranın ifade özgürlüğü hakkına yapılan müdahalenin yasal olduğu ve başkalarının itibar ve haklarını koruduğu sonucuna varmıştır. Müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığı konusunda Mahkeme, başvuranın ifadesinin olgulara dayanabilir bir iddia ve kanıtlanmaya elverişli olduğu, ancak başvuranın iddiasını ispat etmediği konusunda yerel mahkemelerle hemfikir olmuştur. Mahkeme, başvuranın ifadesinin, davacıyı kişisel nedenlerle görevini kasten ihmal etmekle suçlayarak, bunun arkasında da özellikle davacının bir Nazi hareketine mensup olduğu iddia edilen babasına olan sadakati olabileceğini ima etmesi nedeniyle, yüksek rütbeli bir yönetici olarak davacının dürüstlüğüne olan kamu güvenini zedeleyebileceği konusunda yerel mahkemelerle hemfikirdir.

Mahkeme, madde 10(2)’nin başkalarının itibarını korumasının, bir siyasetçinin diğeri tarafından kınandığı durumlarda, özellikle de bu eleştiri Parlamento gibi ayrıcalıklı bir yerde yapılmışsa, siyasetçiler için de geçerli olduğunu belirtmiştir. Ancak, başvuran kendisini Parlamentodaki rakibine saldırmakla sınırlanmamıştır. Başvuranın hedefinin kimliği daha sonra kamuya açık bir yayında yaptığı açıklamanın ardından ortaya çıkmıştır. Bu tür kamuya açık imalar artık parlamento söylemine tanınan ayrıcalıklardan yararlanamamaktadır. Ayrıca, başvuran hakkında (ceza mahkemesi yerine) hukuk mahkemesinde dava açılmış ve basında düzeltme yapılmasını sağlamaya ve o zamanki brüt aylık kazancının iki katından daha az bir miktarda tazminat ödemeye mahkum edilmesi, davanın koşullarına göre ağır bir müdahale oluşturmaz. Mahkeme, yerel mahkemelerin başvuran aleyhindeki kararının ve uygulanan yaptırımların izlenen meşru amaçla orantısız olmadığına ve yerel mahkemeler tarafından bu tedbirleri desteklemek için sunulan gerekçelerin ilgili ve yeterli olduğuna karar vermiştir. Dolayısıyla, başvuranın ifade özgürlüğünü kullanmasına yapılan müdahale, başkalarının itibar ve haklarının korunması için demokratik bir toplumda gerekli olduğu kabul edilebilip açıkça dayanaktan yoksun bulunmuştur. Bu karardan da anlaşıldığı üzere Mahkeme, parlamento üyeleri tarafından yapılsa bile siyasi motivasyon taşımayan ifadeleri, açıkça siyasi olan ifadelere göre daha az korumaya layık görmektedir.

*Keller* kararından çıkan sonuç parlamenterlerin yasama sorumsuzluğundan faydalanabilmesi için söylemin toplumsal yarar açısından taşıdığı öneme işaret etse de AİHM’nin bu kararıyla çelişir görünen ve önemli zararlara yol açan ya da kamu yararı açısından çok az değeri olan ifadeler söz konusu olduğunda bile güvencenin korunması gerektiğini ileri sürdüğü kararları vardır. Bunun örneklerinden biri, *A. v. Birleşik Krallık* davasıdır.<sup>67</sup> Bu olay sırasında, bir parlamento üyesi, başvuranı, özellikle de ismini anarak, kamuoyu önünde küçümseyen açıklamalarda bulunmuş, başvuranın “bozucu” ve “insanlarla kaynaşamayan” birisi olduğunu ifade etmiştir.

Mahkeme, başvuranın, milletvekilinin söyleminde kendisine yöneltilen suçlamaların, belediyenin konut politikasına ilişkin bir tartışma çerçevesinde açıkça asılsız ve ilgisiz olduğu yönündeki iddialarına katılmış, Milletvekilinin başvuranın ismini ve adresini tek-

<sup>67</sup> *A. v. The United Kingdom* [2002] ECHR, Başvuru no 35373/97.

rar tekrar zikretmesini talihsiz bir durum olarak değerlendirmiştir. Mahkeme, milletvekilinin başvuran ve çocuklarıyla ilgili sözlerinin olumsuz yansımalarının olmasının da anlaşılır olduğunu kabul etmiştir. Ancak, tüm bu tespitlere rağmen, Mahkemenin söz konusu milletvekili sorumsuzluğunda orantılılığa ilişkin vardığı sonuç mutlak bir güvencenin sağlanması gerektiği şeklinde olmuştur. Mahkemeye göre sorumsuzluğa her davanın kendine özgü koşullarına bağlı olan istisnalar getirmek, ondan beklenen yararı önemli ölçüde tehlikeye atacaktır.<sup>68</sup>

## 4. SONUÇ

Demokratik rejimlerin temel bir bileşeni olan yasama bağımsızlığı, parlamenterlerin yasama faaliyetlerinden kaynaklanan davalara karşı koruyan bir anayasal güvencedir. Yasama organlarının bağımsızlığı ve bütünlüğü, temsilcilerin korkutma veya misilleme endişesi duymadan görevlerini yerine getirebilmelerini garanti eden bu güvenceler sayesinde korunmaktadır. Ancak bağımsızlıkların kapsamı ve uygulanması sıklıkla insan hakları üzerindeki etkilerine ilişkin tartışmalara yol açmakta ve demokratik kurumların savunulması ile adalet ve hesap verebilirliğin güvence altına alınması arasında nasıl bir denge kurulacağına ilişkin sorunlar ortaya çıkarmaktadır.

*A. v. Birleşik Krallık* davasından bu yana, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme kapsamında yasama bağımsızlıklarının rolü ve önemine işaret eden bir içtihat külliyatı geliştirmiştir. Mahkemenin yasama bağımsızlıklarına yaklaşımı açıkça işlevseldir. Yasama bağımsızlıkları doğası gereği Sözleşme'nin 6(1) maddesi uyarınca mahkemelere erişim hakkıyla çatıştığından, Mahkeme bunu meşru amaç ve orantılılık gibi iyi bilinen kriterlere uygun olarak değerlendirilmesi gereken bir sınırlama olarak görmektedir. AİHM, yasama dokunulmazlığının meşruiyetini belirlerken, orantılılığın ve meşru bir amacın önemini defalarca vurgulamıştır. Mahkemenin kararları, yasama bağımsızlığı ve bireysel hakların rekabet halindeki hedeflerini dengelemeye yönelik incelikli bir yaklaşım sergilemektedir.

Mahkeme'nin bakış açısına göre, bir eylem veya ifade parlamentonun faaliyetlerinin temel bir parçası olarak gerçekleştirildiğinde (parlamentoda oylama veya konuşma gibi), *A. v. Birleşik Krallık* davasında görüldüğü gibi, tam bir korumayı hak eder. Mahkeme, parlamento tartışmaları dışındaki eylem veya ifadelerin de bir üyenin parlamenter işlevlerinin bir parçası olarak değerlendirilebileceğini açıkça reddetmiş olmasa da, 'orantılılık eşiği'nin, söz konusu ifade veya eylemin parlamenter faaliyetin temel niteliğinden sapma derecesine göre artacağı yaklaşımını benimsemiştir.

Bununla birlikte, Mahkemenin Sözleşme'nin 10. maddesiyle ilgili konularda, 6. maddeyle ilgili olarak belirtilen yaklaşımla karşılaştırılabilir işlevsel bir yaklaşım uyguladığı sonucuna varılabilir. Yasama faaliyetini ilgilendirmeyen durumlarda, parlamento üyeliği herhangi bir ayrıcalıklı muamele sağlamamaktadır. Ne var ki, bu iki madde bünyesinde bir farklılık ortaya çıkmaktadır. Mahkeme 6. maddeye ilişkin kararlarda nispeten geleneksel, kurumsal bir yasama faaliyeti anlayışını uygularken, 10. madde ile ilgili konularda ise, parlamento üyeliğinin kurumsal özelliklerinin aksine, beyanların siyasi karakterine veya top-

<sup>68</sup> ibid para 88.

lumsal çıkarla uyumuna çok daha fazla önem atfetmektedir.

AİHM'nin insan hakları ve yasama dokunulmazlıkları arasında bir denge kurma stratejisi takdire şayan olmakla birlikte, eleştiriye de kapalı değildir. Orantılılık ilkesi, AİHM kararları için önemli olmakla birlikte, yine de biraz belirsizdir. Neyin orantılı bir bağımsızlık uygulaması teşkil ettiğinin belirlenmesi sıklıkla öznel yargılar gerektirmekte ve bu da davalar arasında farklı sonuçlara yol açmaktadır. Örneğin, *A. v. Birleşik Krallık* ve *Cordova v. İtalya (No. 1)* davalarındaki farklı sonuçlar, tutarlı bir orantılılık testinin uygulanmasının zorluğunu göstermektedir. Bu belirsizlik, parlamenter dokunulmazlıklara ilişkin açık ve tutarlı kriterlerin geliştirilmesini engelleyerek öngörülemez hukuki sonuçlara yol açabilir.

*A. v. Birleşik Krallık* (2002) başvurusunda Mahkeme, ilgili parlamentere sağlanan sorumsuzluğun parlamentoda ifade özgürlüğünü korumak için orantılı olduğuna karar vererek yasama sorumsuzluğunu onaylamıştır. Ancak Mahkeme, sorumsuzluğun bireylerin adalete erişimini orantısız bir şekilde kısıtlamak için kullanılmaması gerektiğini vurgulamıştır. Öte yandan, yasama işlevlerinin sürdürülmesi ile adalete erişimin sağlanması arasındaki bu dengenin kurulması zor olabilir ve sıklıkla çelişkili yorumlara açıktır. AİHM, *Cordova v. İtalya (No. 1)* davasında başvuranın 8. madde kapsamındaki haklarının ihlal edildiğine ve sorumsuzluğun geniş bir şekilde kullanılmasının makul olmadığına karar vermiştir. Yasama sorumsuzluğu, başvuruya konu olayda bir yargıcın bir parlamento üyesine karşı iftira davası açmasını engellemiştir. Mahkeme, sorumsuzluğun milletvekilini sorumluluktan muaf tutacak kadar ileri gitmesi nedeniyle başvuranın özel hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine, sorumsuzluğun kapsamının gereğinden fazla geniş olduğuna ve parlamento işleriyle ilgisi bulunmadığına hükmederek bu düzeydeki bir güvenceyi haksız bulmuştur.

Bu örneklerdeki farklı sonuçlar, orantılılık değerlendirmelerinin ne kadar değişken olabileceğini göstermektedir. *A. v. Birleşik Krallık* başvurusunda Mahkeme, yasama sorumsuzluğunun bağlamı ve amacının, kişisel haklara getirilen sınırlamayı haklı kıldığını tespit etmiştir. Bununla birlikte, *Cordova v. İtalya (No. 1)* başvurusunda Mahkeme, sorumsuzluğun uygulanmasının çok ileri gittiğine ve parlamenter yetkilerin savunulması ile bireysel haklar arasında bir denge kurmayı ihmal ettiğine inanmıştır. Buradan çıkarılabilecek önemli bir sonuç, yasama bağımsızlıkları ve insan hakları hukukunun, farklı yorumlara ve uygulamalara yol açan öznellik ve bağlama özgü analizlerin bir sonucu olarak bulanık ve sıklıkla öngörülemez incelemeye tabi kılınabildikleridir.

Mahkemenin orantılılık testini ele alma şekli, belirsizliğe yol açabilecek şekilde vaka bazında inceleme yapılmasını gerektirmektedir. Bu belirsizlik, yasama bağımsızlığını ve insan hakları güvencelerini tehlikeye atabilecek mahiyette açık ve tutarlı kurallar oluşturulmasını zorlaştırmaktadır. Orantılılığın subjektif yönü bu hayati ihtiyaçların dengelenmesinde önemli bir sorun teşkil etmektedir. Bu sorun, milletvekili bağımsızlıklarının kaldırılmasına ilişkin süreçleri siyasi manipülasyona açık hale getirmektedir. Bağımsızlıkların uygulanmasına dair kararlar, objektif hukuki kriterlerden ziyade siyasi saiklerden etkilenebilmekte ve sürecin bütünlüğünü tehlikeye atabilmektedir. Bu gözlemimiz, yasama bağımsızlıkları ile insan haklarının korunması arasındaki dengenin sağlanmasında sürecin siyasi müdahalelerden uzak bir şekilde sürdürülmesi için güçlü ve tarafsız ölçütlerin geliştirilmesinin önemini

vurgulamaktadır. AİHM'nin yasama bağımsızlıkları ve insan hakları korumalarına ilişkin içtihadı, bu çatışan menfaatler arasında bir uzlaşma sağlamaya yönelik kapsamlı bir çabayı gerektirmektedir. Mahkemenin orantılılık, meşru amaç ve yargısal incelemeye yaptığı vurgu kritik olmakla birlikte; özellikle orantılılık ölçütündeki muğlaklık, yargının aşırıya kaçma riski ve siyasi manipülasyon olasılıklarını ortaya çıkarmaktadır.

Sonuç olarak, insan hakları ve yasama bağımsızlıkları arasındaki etkileşimin doğasında bir karmaşıklık vardır. Parlamentoların bağımsızlığı ve insan haklarının etkili şekilde korunmaları, bağımsızlıkların seçici bir şekilde uygulanması ve güçlü hesap verebilirlik mekanizmalarının incelikli bir stratejiye bağlanması ile mümkündür. AİHM'nin içtihadı aydınlatıcı bir rehberlik sağlasa da, hukukun bu karmaşık alanında ihtiyatlı ve ölçülü olunması gerektiğini vurgulamak isteriz.

## KAYNAKÇA

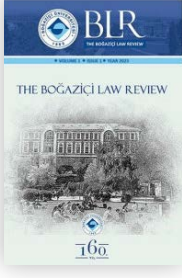
- European Commission for Democracy through Law, Venice Commission, Report on the Scope And Lifting of Parliamentary Immunities (Vennice 2014).
- Gözler K, *Türk Anayasa Hukuku* (3. basım, Ekin 2019).
- Kantorowicz E, *The King's Two Bodies. Study in Medieval Political Theology* (Princeton University Press 1997).
- Küçük E, 'Roma Halkının İki Özgürlük Kalesi: "Provocatio ad populum" ve "Tribunus plebis"' (2015) 5(1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 127.
- Lintott A, *The Constitution of the Roman Republic* (Oxford University Press 2003).
- Madison J, A Hamilton and J Jay, *The Federalist Papers* (Penguin Group 1987).
- Manin B, *The Principles of Representative Government* (Cambridge University Press 1997).
- May E, *Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament* (23rd edn, Lexis Nexis 2004).
- McGee D, 'The scope of Parliamentary Privilege' (2004) 84 New Zealand Law Journal.
- Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Parliamentary immunity: Challenges to the scope of the privileges and immunities enjoyed by members of the Parliamentary Assembly, 23 May 2016.
- Parliamentary Immunity in the Member States of the European Community and in the European Parliament, European Parliament, Directorate General for Research, Working Papers No.4 (1993).
- Schmitt C, *The Crisis of Parliamentary Democracy* (MIT Press 2008).
- Steinberger P J, *The Concept of Political Judgement* (The University of Chicago 1993).
- Yolcu S, 'Adil yargılanma hakkı karşısında yasama dokunulmazlığını yeniden düşünmek: Atilla Kart olayı üzerine bir deneme' (2011) 60(2) Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi 367.

## KARARLAR

- A. v. The United Kingdom [2002] ECHR, Başvuru no 35373/97.
- Castells v. Spain [1992] ECHR, Başvuru no 11798/85.
- CGIL and Cofferati v. Italy (No 1) [2009] ECHR, Başvuru no 46967/07.
- CGIL and Cofferati v. Italy (No 2) [2010] ECHR, Başvuru no 2/08.
- Cordova v. Italy (No. 1) [2003] ECHR, Başvuru no 40877/98.
- Cordova v. Italy (No. 1) [2003] ECHR, Başvuru no 40877/98.
- De Jorio v. Italy [2005] ECHR, Başvuru no 73936/01.
- Féret v. Belgium [1992] ECHR, Başvuru no 15615/07.

- Ielo v. Italy [2005] ECHR, Başvuru no 23053/02.  
Jerusalem v. Austria [1992] ECHR, Başvuru no 26958/95.  
Kart v. Turkey [2008] ECHR, Başvuru no 8917/05.  
Keller v. Hungary [2006] ECHR, Başvuru no 33352/02.  
Onorato v. Italy [2011] ECHR, Başvuru no 26218/06.  
Selahattin Demirtaş v. Turkey (No. 2) [2020] ECHR, Başvuru no 14305/17.  
Syngelidis v. Greece [2010] ECHR, Başvuru no 24895/07.  
Tsalkitzis v. Greece [2006] ECHR, Başvuru no 11801/04.  
Zollmann v. the United Kingdom [2003] ECHR, Başvuru no 62902/00.





# The Boğaziçi Law Review

ISSN: 3023-4611

Journal homepage: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr>

## **Bilgisayarlara Yetkisiz veya Erişim Yetkisini Aşarak Girme Suçu Hakkında Bir Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi Kararı: Van Buren/Birleşik Devletler**

*A Decision of Supreme Court of the United States of America on the Crime of Accessing a Computer without Authorization or Exceeding Authorized Access*

Burak Taş

**To cite this article:** US Supreme Court, ‘Van Buren v. Birleşik Devletler (Bilgisayarlara Yetkisiz veya Erişim Yetkisini Aşarak Girme Suçu Hakkında Bir Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi Kararı)’, Burak Taş (çev.), (2024) 2(1) The Boğaziçi Law Review 93.

**Submission Date:** 21 February 2024

**Acceptance Date:** 28 July 2024

**Article Type:** Translation



© 2024 Burak Taş. Published with license by Boğaziçi University Publishing



Published online: September 2024



Submit your article to this journal [↗](https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr)

Full Terms & Conditions of access and use can be found at  
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/blr>

# BİLGİSAYARLARA YETKİSİZ VEYA ERİŞİM YETKİSİNİ AŞARAK GİRME SUÇU HAKKINDA BİR AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ YÜKSEK MAHKEMESİ KARARI: VAN BUREN/ BİRLEŞİK DEVLETLER

*SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, VAN BUREN v. UNITED STATES (2021) (A DECISION OF SUPREME COURT OF THE UNITED STATES OF AMERICA ON THE CRIME OF ACCESSING A COMPUTER WITHOUT AUTHORIZATION OR EXCEEDING AUTHORIZED ACCESS)*

Burak Taş 

Araştırma Görevlisi Doktor, Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

*Orijinal Dil: İngilizce*

*Yayınlayan: US Supreme Court (Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi)*

## AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ YÜKSEK MAHKEMESİ

### VAN BUREN V. BİRLEŞİK DEVLETLER<sup>1</sup>

#### AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ İSTİNAF MAHKEMESİ 11. DAİRESİNE YAPILAN TEMYİZ BAŞVURU YAZISI ÜZERİNE

##### Kısa Karar

Sayı. 19-783. Tartışıldı. 30.11.2020 Karar Verildi. 3 Haziran 2021

Eski Georgia polis çavuşu Nathan Van Buren, devriye arabasındaki bilgisayarını kullanarak, para karşılığında belirli bir plaka numarası hakkında bilgi almak üzere bir kolluk kuvveti veri tabanına erişmiştir. Her ne kadar Van Buren arama yapmak için kendi geçerli kimlik bilgilerini kullanmış olsa da bu davranışı, görevin ifası dışı amaçlarla veri tabanı bilgilerinin elde edilmesine karşı departman politikasını ihlal etmiştir. Van Buren'in haberi olmadan, yaptığı eylemler Federal Soruşturma Bürosu'nun bir operasyonunun parçasıydı. Van Buren, 1986 tarihli Bilgisayar Dolandırıcılığı ve Kötüye Kullanımı Yasası'nı (CFAA) ihlal etmekle suçlandı; bu yasa, "bir bilgisayara yetkisi olmadan kasıtlı olarak erişen veya yetkisini aşan" kişileri cezai sorumluluğa tabi tutmaktadır. 18 U. S. C. §1030(a)(2). "Erişim yetkisinin aşılması" terimi "bir bilgisayara yetki dahilinde erişmek ve bu erişimi bilgisayarda erişimcinin elde etmeye veya değiştirmeye yetkili olmadığı bilgileri elde etmek veya değiştirmek için kullanmak" anlamına gelecek şekilde tanımlanmıştır. §1030(e)(6). Jüri Van Buren'i suçlu bulmuş ve Bölge Mahkemesi onu 18 ay hapis cezasına çarptırmıştır.

<sup>1</sup> <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/593/19-783/case.pdf>

Van Buren, 11. Daire'ye istinaf başvurusunda bulunarak, "erişim yetkisini aşma" klozunun, sahip oldukları erişimi kötüye kullananlar için değil, yalnızca bilgisayar erişim yetkilerinin kapsamadığı bilgileri elde edenler için geçerli olduğunu savunmuştur. 11. Daire içtihadına uygun olarak, Kurul, Van Buren'in CFAA'yı ihlal ettiğine karar verdi.

Karar: Bir kişi, bilgisayara yetkisi kapsamında eriştiğinde ancak daha sonra bilgisayarın belirli alanlarında - dosyalar, klasörler veya veritabanları gibi - kendisine yasak olan bilgileri elde ettiğinde "erişim yetkisini aşar".

(1) Taraflar, Van Buren'in "yetkisi kapsamında bilgisayara eriştiği" ve "bilgisayardaki bilgileri elde ettiği" konusunda hemfikirler. Taraflar, Van Buren'in bu bilgileri "elde etme hakkına sahip olup olmadığı" konusunda anlaşmazlık içinde dilerler. Van Buren, "bu şekilde"<sup>2</sup> kelimesinin bir atıf terimi mahiyetinde amaca hizmet ettiğini ve bu sebeple ihtilafli ifadenin "belirtildiği şekilde" ilgili bilgileri edinme hakkına sahip olup olmadığını sorduğunu iddia etmektedir. Başvurucu ayrıca, tanımlayıcı hükümde halihazırda belirtilen tek bilgi edinme yönteminin kişinin erişim yetkisine sahip olduğu bir bilgisayar olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla, "bu şekilde elde etme yetkisi yoktur" ifadesi açıkça kişinin erişim yetkisi olan bir bilgisayarı kullanarak elde etmesine izin verilmeyen bilgiye atıfta bulunmaktadır. Hükümet, "bu şekilde" ifadesinin daha geniş kapsamlı olduğunu, "elde etme hakkına sahip değildir" ifadesinin, kişinin elde ettiği belirli şekil veya koşullarda elde etmesine izin verilmeyen bilgilere atıfta bulunduğunu savunmaktadır. Hükümete göre, kişinin bilgi edinme hakkına sahip olduğu şekil veya koşullar, kişinin bilgiye erişim hakkına ilişkin "özel ve açık" olarak bildirilen sınırlamalarla tanımlanır. Van Buren'in "bu şekilde" ifadesi, "bu şekilde" ifadesini aynı şekilde kullanan diğer federal kanunların da yansıttığı gibi, terimin bir referans terimi olarak düz anlamı ile en iyi şekilde uyum sağlamaktadır.

(2) Hükümet, Van Buren'in kanaatinin "bu şekilde" ifadesini lüzumsuz hale getirdiğini iddia etmektedir. Hükümet, "bu şekilde" ifadesinin ancak bir kişinin bilgi edinme hakkını niteleyebilecek tüm koşulları içermesi halinde değerli bir katkı sağlayacağı konusunda ısrar etmektedir. Mahkeme bu görüşe katılmamaktadır çünkü "bu şekilde" ifadesi olmadan kanun, bir kişinin bilgi edinme hakkına ilişkin her türlü sınırlamayı içerecek şekilde yorumlanabilir.

(3) Karşıt görüş, Van Buren'in "bu şekilde" tanımını kabul etmekte, ancak Hükümetin vardığı sonuca "yetkili/hak sahibi olma" kelimesiyle ulaşmaktadır. Karşıt görüşe göre, "yetkili/hak sahibi olma" terimi, erişimin uygun olup olmadığının "duruma/koşullara bağlı" bir analizini gerektirmektedir. Ancak "yetkili/hak sahibi olma" terimi "elde etmek için" ifadesiyle değiştirilmiştir. Bu ifade de okuyucuyu, erişim hakkı sahibinin hakkı üzerindeki belirli bir sınırlamayı dik-

<sup>2</sup> Çevirmen notu: Kararda, ilgili kanun metninde yer alan "entitled so to obtain" ifadesindeki "so" kelimesine çok sık yer verilmektedir. Çeviri metninde "so" kelimesinin cümlenin anlamına lafzi bir katkı sağlaması beklenmektedir. Bu kapsamda "so" ifadesinin Türkçe karşılığı olarak metinde, kanun metnindeki klozlara referans verme işlevi taşıması misyonuyla "bu şekilde" ifadesinin kullanımı tercih edilmiştir.

kate almaya yönlendirmektedir: bilgiyi “daha önce belirtilen şekilde” elde etme hakkı. Daha önce de açıklandığı üzere, daha önce belirtilen şekilde erişim yetkisi olan bir bilgisayarı kullanmaktır. Karşıt görüşün yorumunu temellendirebilmesi için kanundan “bu şekilde” kelimesinin çıkarılarak değiştirilmesi gerekecektir.

(4) Hükümet; “genel ifadeyle”, “erişim yetkisini aşmak” ifadesinin, Van Buren’in kişisel amaçlar için plaka bilgilerini elde ettiğinde kolluk kuvvetleri veri tabanına “erişim yetkisini aştığı” anlamına geleceğini iddia etmektedir. Burada sorun Van Buren’in erişim yetkisini aşıp aşmadığı değil, *CFAA’nın bu ifadeyi tanımladığı şekilde* aşip aşmadığıdır. Daha sonra gerekçelendirileceği üzere bu yetki aşılmamıştır. “Erişim yetkisinin aşılması” ile bilgisayar kullanıcısının erişim haklarının olmadığı sistemin bir bölümüne girme eylemini bir tutmak da tanımlanan terimin anlamına aykırı olmayacaktır.

(b) Kanunun yapısı da Hükümetin görüşüne karşı çıkmaktadır. Fıkra (a)(2), hukuka aykırı olarak bilgi edinmenin iki farklı yolunu belirtmektedir: Birincisi, bir kişinin “bilgisayara yetkisi olmadan erişmesi”, §1030(a)(2), ve ikincisi, bir kişinin bilgisayara “yetkili olarak” erişerek “erişim yetkisini aşması” ve ardından “elde etmeye hakkı olduğu” bilgileri elde etmesi, §§1030(a)(2), (e)(6). Van Buren, “yetkisiz” klozunun bilgisayarların kendilerini dışarıdaki bilgisayar korsanlarından koruduğunu, “erişim yetkisinin aşılması” klozunun ise sözde içerideki bilgisayar korsanlarını hedef alarak bilgisayarlardaki belirli bilgiler için tamamlayıcı koruma sağladığını iddia etmektedir. Van Buren’in yorumuna göre, her iki madde kapsamındaki sorumluluk da “bir kapının ya açık ya da kapalı olması kıstasından (*gates-up-or-down inquiry*)” kaynaklanmaktadır. Bir kişi bir bilgisayar sistemine erişebilir ya da erişemez ve sistem içindeki belirli alanlara erişebilir ya da erişemez. Bu, hükümleri tutarlı bir şekilde ele almakta ve bilgisayar bağlamında erişimin giriş olarak anlaşılmasıyla uyum sağlamaktadır. Buna karşın, Hükümet ilk “yetkisiz” ifadesini yukarıdan aşağıya bir sorgulama olarak ve ikinci “erişim yetkisini aşma” ifadesini koşullara bağlı olarak yorumlamayı önermektedir. Bu da fıkra (a)(2)’nin sistematığı ve yapısı ile tutarsız bir yorumdur. Hükümetin yorumu, kanunun neden bilgisayarın kendisine değil de bilgisayar bilgilerine uygunsuz bir saikle erişilmesini yasakladığını cevapsız bırakmaktadır.

Hükümet için bir başka yapısal sorun da şudur: §1030(a)(2) aynı zamanda hukuki sorumluluk doğurur, §1030(g), kanun “zarar” ve “kayıp” kavramlarını tanımlayarak bir hukuk davasında davacının neleri elde edebileceğini belirtir. §§1030(e)(8), (11). Her iki terim de bilgisayar verilerine veya sistemlerine yönelik teknolojik zararlara odaklanmaktadır. Bu tür hükümler bilgisayar korsanlığının olağan sonuçlarından kaçınmayı amaçlayan bir programda anlamlıdır ancak çalışanların bilgisayarlarını kullanarak izinli bir şekilde eriştikleri hassas bilgilerin “kötüye kullanımını” düzeltmek için uygun değildir.

(c) Hükümetin, emsal kararların ve yasal geçmişin kendi yorumunu desteklediği yönündeki iddiaları kolayca bertaraf edilebilir. Bu Mahkeme’nin *Musacchio v. Bir-*

*leşik Devletler*, 577 U. S. 237, davasındaki kararı buradaki konuyu ele almamıştır ve Mahkeme bu davadaki herhangi bir hükmü takip etmek zorunda değildir. Yasal geçmişe gelince, Hükümet 1984 tarihli Kanunun ilk halinde “erişim yetkisini aşma” ifadesinin öncülünün -“bilgisayara yetkiyle eriştikten sonra, bu erişimin sağladığı imkânı yetkinin kapsamadığı amaçlar için kullanan” herhangi bir kişiyi kapsadığını- kendi yorumunu desteklediğini iddia etmektedir. Ancak Kongre’nin CFAA’da “amaç” ile ilgili herhangi bir referansı kaldırmış olması, kanunun amaca dayalı sınırlamaları kapsayacak şekilde yorumlanmasını engellemektedir.

(d) Hükümetin “erişim yetkisini aşma” klozunu yorumlaması, sıradan bilgisayar faaliyetlerine olağanüstü düzeyde cezai yaptırım getirecektir. Örneğin, işverenler genellikle bilgisayarların ve elektronik cihazların sadece iş amaçlı kullanılabilceğini belirtmektedir. Hükümetin yorumuna göre, iş bilgisayarını kullanarak kişisel bir e-posta gönderen veya haberleri okuyan bir çalışan CFAA’yı ihlal etmiş olur. Hükümet, diğer hükümlerin soruşturulma yetkisini sınırlayabileceğini düşünmektedir, ancak suçlama uygulaması ve politikası aksini göstermektedir. Hükümetin yaklaşımı ayrıca cezai sorumluluğun değerlendirilmesine keyfilik katacaktır, çünkü Van Buren’inki gibi bir davranışın CFAA’yı ihlal edip etmediği, işverenin ihlal ettiği politikayı nasıl ifade ettiğine (“kullanım” veya “erişim” kısıtlaması olarak) bağlı olacaktır.

940 F. 3d 1192, bozuldu ve geri gönderildi.

Hâkim BARRETT; hâkim BREYER, SOTOMAYOR, KAGAN, GORSUCH ve KAVANAUGH’un katıldığı Mahkeme görüşünü sunmuştur. Hâkim THOMAS, ROBERTS, C. ve ALITO’nun katıldığı bir muhalefet şerhi sunmuştur.

## **AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ YÜKSEK MAHKEMESİ**

### **NATHAN VAN BURE V. BİRLEŞİK DEVLETLER**

#### **AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ İSTİNAF MAHKEMESİ 11. DAİRESİNE YAPILAN TEMYİZ BAŞVURU YAZISI ÜZERİNE**

##### **Mahkeme Kararı**

Sayı. 19-783.

3 Haziran 2021

Hâkim BARRETT Mahkeme’nin görüşünü sunmuştur.

Eski bir polis çavuşu olan Nathan Van Buren, para karşılığında kolluk kuvvetlerine ait bir bilgisayar veri tabanında plaka araması yapmıştır. Van Buren’in davranışı, kendisine veri tabanı bilgilerine yalnızca kolluk görevinin ifası amaçları için erişim yetkisi veren departman politikasını açıkça ihlal etmiştir. Van Buren’in aynı zamanda 1986 tarihli Bilgisayar Dolandırıcılığı ve Kötüye Kullanımı Kanununu (CFAA) da ihlal edip etmediğine karar vermeliyiz; bu kanun “bilgisayara yetkisiz olarak erişmeyi ve bu erişimi, erişenin elde etmeye veya değiştirmeye yet-

kili olmadığı bilgileri elde etmek veya değiştirmek için kullanmayı” hukuka aykırı kılmaktadır.

Ancak Van Buren bu fiili işlememiştir. Söz konusu hüküm, bilgisayar erişim yetkilerinin kapsamı dışındaki dosya, klasör veya veri tabanları gibi bilgisayarın belirli alanlarından bilgi edinenleri kapsamaktadır. Van Buren gibi, halihazırda erişebilecekleri bilgileri uygunsuz saiklerle elde edenleri kapsamaz.

## I

### A

1980’lerin şafağında yaşanan teknolojik gelişmeler, bilgisayarları ülke çapında okullara, ofislere ve evlere taşıdı. Ancak kamu ve özel sektörler gelişim ve yenilik için bilgisayarın gücünden yararlanırken, sözde bilgisayar korsanları bilgisayarları yasadışı amaçlar için kullanmanın yollarını aradılar. Kamuoyunun dikkatini çeken bir dizi bilgisayar korsanlığının ardından, geleneksel hırsızlık ve izinsiz giriş kanunlarının, bilgisayar sahiplerini geleneksel anlamda mülkiyetten mahrum bırakmayan siber suçları ele almak için uygun olmadığı anlaşıldı.

Kongre, birkaç Eyaletin öncülüğünü takip ederek, 1984 tarihli Kapsamlı Suç Kontrol Kanunu’nun bir parçası olarak ilk federal bilgisayar suçları kanununu yürürlüğe koyarak yanıt vermiştir. §2102(a), 98 Stat. 2190-2192. Birkaç yıl sonra Kongre, bu davanın konusu olan hükümleri içeren CFAA’yı kabul etmiştir. Kanun, “bilgisayara kasıtlı olarak yetkisiz erişim sağlayan ya da erişim yetkisini aşan” ve böylece bilgisayar verilerini elde eden herkesi cezai sorumluluğa tabi tutmaktadır. 18 U. S. C. §1030(a)(2). “Erişim yetkisini aşmak” terimini “bilgisayara yetkiyle erişmek ve bu erişimi bilgisayarda erişenin elde etmeye veya değiştirmeye yetkili olmadığı bilgileri elde etmek veya değiştirmek için kullanmak” şeklinde tanımlamaktadır. §1030(e)(6).

Başlangıçta, fıkra (a)(2)’nin öngördüğü yasak, yalnızca belirli finansal bilgilere erişimi kapsamaktaydı. O zamandan beri, “Eyaletler arası veya dış ticaret ya da iletişimde kullanılan veya bunları etkileyen” herhangi bir bilgisayardaki herhangi bir bilgiyi kapsayacak şekilde genişletilmiştir. §1030(e)(2)(B). Sonuç olarak, yasak artık - en azından - internete bağlanan tüm bilgisayarlardaki tüm veriler için geçerlidir. §§1030(a)(2)(C), (e)(2)(B).

§1030(a)(2)’yi ihlal edenler, para ve kabahat cezalarından 10 yıl kadar hapse kadar değişen cezalarla karşı karşıya kalmaktadırlar. §1030(c)(2). Ayrıca bu kişiler, CFAA ihlallerinden zarar gören veya kayba uğrayan kişilerin tazminat ve hakkaniyete uygun giderim için dava açmalarına olanak tanıyan CFAA’nın özel dava nedeni kapsamında hukuki sorumluluk riskiyle de karşı karşıyadırlar. §1030(g).

## B

Bu dava Van Buren’in Georgia’da polis çavuşu olarak görev yaptığı döneme dayanmaktadır. Görevi sırasında Van Buren’in yolu Andrew Albo adında bir kişiyle kesişmiştir. Van Buren’in departmanının şef yardımcısı, Albo’nun “çok dengesiz” olduğunu düşünmüş ve departmandaki memurları onunla dikkatli bir şekilde ilgilenmeleri konusunda uyarmıştır. Bu uyarıya rağmen Van Buren, Albo ile dostane bir ilişki geliştirmişti, veyahut Van Buren



borç istemek için Albo'ya gittiğinde böyle düşünmüştü. Van Buren'in haberi olmadan Albo bu talebi gizlice kaydetmiş ve yerel şerifin ofisine götürerek Van Buren'in kendisinden nakit para için "haraç almaya" çalıştığından şikayet etmiştir.

Kayda alınan konuşma Federal Soruşturma Bürosu'na (FBI) ulaşmış ve büro Van Buren'in para için ne kadar ileri gidebileceğini görmek için bir operasyon hazırlamıştır. Adımlar basitti: Albo, Van Buren'den eyalet emniyetinin bilgisayar veri tabanında, Albo'nun yerel bir striptiz kulübünde tanıştığı bir kadına ait olduğu iddia edilen bir plakayı aramasını isteyecekti. Yasal sorunlara yabancı olmayan Albo, Van Buren'e kadının aslında gizli bir memur olmadığından emin olmak istediğini söyleyecekti. Arama karşılığında Albo, Van Buren'e yaklaşık 5.000 dolar ödeyecekti.

Her şey plana göre gitmiş, Van Buren devriye arabasındaki bilgisayarını kullanarak geçerli kimlik bilgileriyle emniyet veri tabanına erişmiştir. Veri tabanında Albo'nun verdiği plakayı aramıştır. FBI tarafından oluşturulmuş plaka girişini elde ettikten sonra Van Buren, Albo'ya paylaşacak bilgileri olduğunu söylemiştir.

Federal Hükümet daha sonra Van Buren'i, Albo için plakayı aramasının 18 U. S. C. §1030(a)(2)'nin "erişim yetkisini aşma" klotunu ihlal ettiği gerekçesiyle CFAA'yı ağır bir biçimde ihlal etmekle suçlamıştır.<sup>3</sup> Duruşmadaki kanıtlar, Van Buren'in veritabanını "herhangi bir şahsi kullanım" olarak tanımlanan "uygunsuz bir saik" için kullanmamak üzere eğitildiğini göstermiştir. Dolayısıyla Van Buren, aramanın departman politikasını ihlal ettiğini bilmekteydi. İlâveten Hükümete göre, departman politikasının söz konusu ihlali, CFAA'yı da ihlal etmiştir. Bu görüşle tutarlı olarak Hükümet, jüriye Van Buren'in veri tabanına "görevin kapsamı dışı bir amaçla" erişmesinin, CFAA'nın "işin veya politikanın yasakladığı" bir şekilde bir bilgisayar ağını "kullanma" kavramını ihlal ettiğini söylemiştir. Jüri Van Buren'i suçlu bulmuş ve Bölge Mahkemesi Van Buren'i 18 ay hapis cezasına çarptırmıştır.

Van Buren, 11. Daire'ye istinaf başvurusunda bulunarak, "erişim yetkisini aşma" klotunun yalnızca bilgisayar erişimlerinin kapsamadığı bilgileri elde edenler için geçerli olduğunu, halihazırda sahip olduğu erişimi kötüye kullananlar için geçerli olmadığını savundu. Bazı Daireler bu maddeyi Van Buren'in yorumladığı şekilde görürken, 11. Daire daha geniş bir görüş benimseyenler arasında yer almaktadır.<sup>4</sup> Kurul, kendi Daire içtihadıyla tutarlı şekilde Van Buren'in veritabanına "geçersiz bir nedenle" erişerek CFAA'yı ihlal ettiğine karar vermiştir. 940 F. 3d 1192, 1208 (2019). CFAA'nın "erişim yetkisini aşan" koluz özelindeki sorumluluğun kapsamına ilişkin yetki ayrılığını çözmek için temyiz başvurusunu kabul ettik. 590 U. S. \_\_\_\_ (2020).

<sup>3</sup> Van Buren ayrıca dürüst hizmet dolandırıcılığı ile suçlanmış ve mahkûm edilmiştir. Buradaki meseleyle doğrudan ilgili olmayan ayrı bir kararda, Amerika Birleşik Devletleri İstinaf Mahkemesi On Birinci Daire, Van Buren'in dürüst hizmet dolandırıcılığı mahkûmiyetini, *McDonnell v. Birleşik Devletler*, 579 U. S. 550 (2016) kararına aykırı olduğu gerekçesiyle bozmuştur.

<sup>4</sup> Krş. *Royal Truck & Trailer Sales & Serv., Inc. v. Kraft*, 974 F. 3d 756 (CA6 2020); *United States v. Valle*, 807 F. 3d 508 (CA2 2015); *WEC Carolina Energy Solutions LLC v. Miller*, 687 F. 3d 199 (CA4 2012); *United States v. Nosal*, 676 F. 3d 854 (CA9 2012) (en banc), with *United States v. Rodriguez*, 628 F. 3d 1258 (CA11 2010); *United States v. John*, 597 F. 3d 263 (CA5 2010); *International Airport Centers, L.L.C. v. Citrin*, 440 F. 3d 418 (CA7 2006); *EF Cultural Travel BV v. Explorica, Inc.*, 274 F. 3d 577 (CA1 2001).

## II

### A

#### 1

Hem Van Buren hem de Hükümet, kendi yorumlarını desteklemek için bir dizi politika argümanı öne sürmektedir. Ancak biz her zaman olduğu gibi kanun metninden başlıyoruz. Burada, en ilgili metin “erişim yetkisini aşmak” ifadesidir; bu ifade “bilgisayara yetkiyle erişmek ve bu erişimi, bilgisayarda bulunan ve erişenin elde etmeye yetkili olmadığı bilgileri elde etmek için kullanmak” anlamına gelmektedir. §1030(e)(6).

Taraflar, Van Buren’in devriye arabasındaki bilgisayarını ve geçerli kimlik bilgilerini kullanarak veritabanına giriş yaptığında “yetkisi olan bir bilgisayara eriştiği” konusunda hemfikirdir. Taraflar ayrıca Van Buren’in Albo’nun plaka kaydını ele geçirdiğinde “bilgisayardaki bilgileri elde ettiği” konusunda da hemfikirdirler. Anlaşmazlık Van Buren’in bu kaydı “elde etmeye yetkili” olup olmadığı hususuna dayanmaktadır.

“Yetki verme (*entitle*)”, “bir şeye unvan, hak vermek veya bir şey üzerinde hak iddia etmek” anlamına gelir. Taraflar Van Buren’e emniyetin bilgisayar veri tabanından plaka bilgilerini edinme hakkı verildiği, yani “edinme hakkına sahip olduğu” konusunda hemfikirdir. Ancak Van Buren, kanunun gerektirdiği gibi plaka bilgilerini “elde etme hakkını” haiz miydi?

Van Buren bu soruya olumlu cevap vermektedir. Kanunda yer verilen “bu şekilde” ifadesinin, “belirtildiği gibi” veya “açıklanan şekilde veya tarzda” anlamına gelen bir atıf (referans) terimi olarak kullanıldığını belirtmektedir. Dolayısıyla, ihtilafı olan “elde etme hakkına sahip” ifadesi, kişinin ilgili bilgiyi “belirtildiği şekilde” elde etme hakkına sahip olup olmadığını sormaktadır. Tanımlayıcı hükümde halihazırda belirtilen tek bilgi edinme şeklinin ise “[kişinin] başka bir şekilde erişim yetkisine sahip olduğu bir bilgisayar aracılığıyla” olduğu düzenlenmektedir. Bunları bir araya getiren Van Buren, “elde etme yetkisi yoktur” şeklindeki ihtilafı ifadenin açıkça kişinin erişim yetkisi olan bir bilgisayarı kullanarak elde etmesine izin verilmeyen bilgilere atıfta bulunduğunu iddia etmektedir. Bu yoruma göre, bir kişinin bir bilgisayarda depolanan bilgilere erişimi varsa - örneğin, kişinin izin verilebilir bir şekilde bilgi alabileceği Y klasöründe - o zaman bu bilgileri yasaklanmış bir amaç için alıp almadığına bakılmaksızın, bu bilgileri elde ederek CFAA’yı ihlal etmez. Ancak bilgi bunun yerine kişinin erişiminin olmadığı yasaklı X klasöründe bulunuyorsa, kişi bu bilgiyi elde ederek CFAA’yı ihlal etmiş olacaktır.

Hükümet, kanunun “bu şekilde” kelimesini referans anlamında kullandığını kabul etmekte, ancak bu ifadenin daha geniş kapsamlı olduğunu savunmaktadır. “Bu şekilde elde etme hakkına sahip değildir” ifadesini, kişinin elde ettiği belirli şekil veya koşullarda elde etmesine izin verilmeyen bilgilere atıfta bulunduğu şeklinde yorumlamaktadır. Hükümete göre, bir kişinin bilgi edinme hakkına sahip olduğu şekil veya koşullar, kişinin bilgiye erişim hakkına ilişkin “özel ve açık” olarak bildirilen sınırlamalarla tanımlanır. Hükümetin görüşüne göre, bir çalışan yasal bir amaçla, örneğin bir iş toplantısına hazırlanmak gibi, sabahları Y Klasöründen yasal olarak bilgi çekebilir. Ancak aynı bilgiyi öğleden sonra yasak-

lanmış bir amaçla, örneğin rakip bir işverene sunmak üzere bir özgeçmiş hazırlamaya yardımcı olmak gibi, Y Klasöründen bilgi çektiğinde yasal olmayan bir davranışta bulunmuş olur.

Hükümetin yorumu ilk bakışta cazip görünse de kurnazlıktan ibarettir. Hükümet, “bu şekilde” ifadesinin bir “tarz veya duruma” atıfta bulunduğunu vurgularken, aynı zamanda tanımın söz konusu tarz veya durumun halihazırda “belirtilmiş”, “ileri sürülmüş” veya “tarif edilmiş/tanımlanmış” olması gerektiği yönündeki talimatını da görmezden gelmektedir. Hükümetin yaklaşımına göre, bir kişinin davranışını yasadışı kılan durum kanunun başlarında tanımlanmamıştır. Bunun yerine, “bu şekilde” Birleşik Devletler Kanunu’nun herhangi bir yerinde, bir eyalet kanununda, özel bir anlaşmada veya başka herhangi bir yerde ortaya çıkan duruma dayalı herhangi bir sınırı kapsamaktadır. Hükümet, bu tür bir sınırın “özellikle ve açıkça” belirtilmiş, “açık” ve “yetkinin kendisinde içkin” olması gerektiğini öne sürerek yorumunu sınırlamaya çalışsa da, Hükümet bu koruyucu sınırlamalar için herhangi bir metinsel temel tanımlamamaktadır.

Van Buren’in “bu şekilde” ifadesine verdiği anlam ile ilgili açıklaması -“bu şekilde” ifadesinin §1030(e)(6) metninde daha önce belirtilen “şekil veya duruma” atıfta bulunduğu Hükümetin açıklamasından daha makul görünmektedir. “Bu şekilde” ifadesi, herhangi bir yerde belirtilen herhangi bir sınırlama ile sabit bir anlam taşıyacak ve birden çok anlamı ifade edecek nitelikte bir terim (*free-floating term that provides a hook*) değildir. “Önceki” metinde belirtilen, tanımlanabilir bir önermeye atıfta bulunur; aslında, “bu şekilde” tipik olarak “halihazırda kullanılan bir kelime veya ifadeyi” “temsil” eder, böylece tekrarlama ihtiyacını ortadan kaldırır. Sayısız federal yasa bu olağan kullanımı örneklemektedir. Van Buren ile aynı fikirdeyiz: “Elde etme hakkına sahip değildir” ifadesi, bir kişinin erişim yetkisine sahip olduğu bir bilgisayarı kullanarak elde etme hakkına sahip olmadığı bilgilere atıfta bulunacak şekilde okunmalıdır.<sup>5</sup>

## 2

Hükümetin temel karşı argümanı, Van Buren’in yorumunun “bu şekilde” kelimesini gereksiz kıldığıdır. Tanımı hatırlamak gerekirse: “bilgisayara yetkisiz olarak erişmek ve bu erişimi, bilgisayarda bulunan ve erişenin elde etmeye yetkili olmadığı bilgileri elde etmek için kullanmak.” §1030(e)(6) Hükümete göre, “bu şekilde” ifadesi, yalnızca daha önce belirtilen, kişinin yetkiyle eriştiği bir bilgisayarı kullanarak bilgi edinme yöntemine atıfta bulunuyorsa, cümleye hiçbir şey katmamaktadır. Hükümete göre Van Buren’in yorumunda önemli olan, kişinin elde etmeye hakkı olmadığı bilgileri elde etmesidir ve bu nokta “bu şekilde” ifadesi silinse dahi ortaya konabilir. Buna karşın Hükümet, “bu şekilde” ifadesinin,

<sup>5</sup> Karşı görüş, bu yorumu “mülkiyet hukukunun temel ilkeleri” ve özellikle de “başka bir kişinin mülkünü kullanma hakkının duruma özgü olduğuna dair bilinen kural” ile tutarsız olduğu gerekçesiyle eleştirmektedir. (Hâkim THOMAS’ın görüşü). Ancak ortak hukuk ilkeleri, Kongre “ortak hukuk terimlerini kullanmadan ortak hukuk suçuna benzer bir suç” belirlediğinde değil, “yalnızca Kongre bir ortak hukuk terimi kullandığında” kanun metnine ithal edilmelidir. *Carter v. Birleşik Devletler*, 530 U. S. 255, 265 (2000). Genel hukuka güvenmek burada özellikle tavsiye edilmez çünkü Kongre’yi CFAA’yı yürürlüğe koymaya teşvik eden, önceden var olan hukukun bilgisayar suçlarını yakalamadaki başarısızlığıydı.

bir kişinin bilgi edinme hakkını niteleyebilecek tüm koşulları içermesi halinde değerli bir katkı sağlayacağı konusunda ısrar etmektedir. Hükümet, kendi yorumunda “bu şekilde” ifadesinin bir fonksiyon icra ettiği için, bu ifadenin gereksiz olduğuna yönelik karşı kuralın kendi yorumunun kazanacağı anlamına geldiğini iddia etmektedir. Bkz. Sudan Cumhuriyeti / Harrison, 587 U. S. \_\_\_, \_\_\_ (2019)

Ancak bu madde Hükümete yardımcı olmamaktadır çünkü Van Buren’in yorumu “bu şekilde” ifadesini gereksiz kılmamaktadır. Van Buren’in işaret ettiği gibi, “bu şekilde” ifadesi olmadan, kanun bireylerin dijital olmayan formda bilgi edinme haklarını CFAA sorumluluğuna karşı bir savunma olarak kullanmalarına izin verecektir. Bilgisayarını kullanarak öğrenme hakkına sahip olmadığı kısıtlı personel dosyalarını indiren bir kişi örneğinde böyle bir kişi, personel dosyalarına başka bir yöntemle (örneğin, insan kaynaklarından dosyaların basılı kopyalarını talep ederek) erişme hakkına sahip olsaydı, bu bilgileri “edinme hakkına” sahip olduğunu iddia edebilirdi. “Bu şekilde” ifadesi ile CFAA bu savunma teorisini geçersiz kılmaktadır. Kanun, bir kişinin bilgisayarda ne yaptığıyla ilgilidir; bilgisayar korsanının koridorda yürüyüp fiziksel bir kopyasını alabilecek olması, elektronik bir personel dosyasına izinsiz girmesini (hacklenmesini) mazur göstermez.

Bu açıklama önemlidir çünkü bu tür bir bilgilenme hakkının geçerli olduğunun altını çizmektedir: bilgisayar kullanarak bilgiye erişme hakkı. Yukarıdaki örnekte de görüldüğü gibi bu durum sorumluluğu genişletebilir. Ancak sorumluluğu da daraltmaktadır. “Bu şekilde” ifadesi olmadan kanun, kişinin bilgi edinme hakkına ilişkin her türlü sınırlamayı içerecek şekilde okunabilir. Karşı görüşün kanunu ele alışı bunun nedenini göstermektedir.

### 3

Karşı görüş, Van Buren’in “bu şekilde” tanımını kabul etmekle birlikte, Hükümetin vardığı sonuca “yetkili/hak sahibi/hakkı olmak” kelimesiyle ulaşmaktadır. Muhalefet, bir kişinin bir şeyi yapmaya “hakkı” olduğunu, ancak “uygun temeller/gerekçeler” mevcut olduğunda iddia etmektedir. (Hâkim THOMAS’ın görüşü) Karşı görüş, bir kişinin bilgi edinmeye “hakkı” olup olmadığına karar vermenin, bu nedenle erişimin uygun olup olmadığına dair “duruma bağlı” bir analiz gerektirdiğini belirtmektedir. Bu değerlendirme, Hükümetinki gibi, kanunun kapsamını herhangi bir yerde ortaya çıkabilecek durum temelli herhangi bir sınırlamaya genişletecektir.

Karşı görüşün “yetkili/hak sahibi/hakkı olmak” ifadesine yaklaşımı soyut olarak iyi görünmekle birlikte bağlam içinde zayıf niteliktedir. Kanun, “erişim sahibinin elde etme hakkına sahip olmadığı bilgilerden” bahsetmemektedir. Yasa “erişenin elde etme hakkına sahip olmadığı bilgiler”den bahsetmektedir. 18 U. S. C. §1030(e)(6) O halde “yetkili/hak sahibi/hakkı olmak” ifadesi tek başına okuyucuyu erişim sahibinin bilgi edinme hakkının tüm kapsamını değerlendirmeye davet etmez. “Elde etmek için” ifadesi, okuyucuyu erişim hakkı üzerindeki belirli bir sınırlamayı dikkate almaya yönlendirmektedir: “Daha önce belirtilen şekilde” bilgi edinme hakkı. İlaveten, daha önce de açıklandığı üzere, daha önce belirtilen şekilde erişim yetkisi olan bir bilgisayarı kullanmaktır. Bu nedenle, Van Buren’in “bu şekilde” ifadesini yorumlama biçimini beğenmemekteyken karşı görüş, Hükümet gibi,

“bu şekilde” ifadesine herhangi bir sınırlayıcı işlev vermeyi reddetmektedir.<sup>6</sup>

Karşı görüş her iki yorumu aynı anda kabul edemez. Van Buren’in “bu şekilde” ifadesini yorumlamasını kabul etmenin sonucu “yetkili/hak sahibi olma” ifadesinin kapsamının daraltılmasıdır. Esasında, karşı görüşün verdiği örnekler de bunu zımnen kabul etmektedir: Hepsi de “bu şekilde” ifadesini atlayarak “yetkili/hak sahibi olma” ifadesine tam kapsamını vermektedir. Bunun işe yaraması için kanunu yeniden yazmak zorunda olan bir yaklaşım, Hükümetin yaklaşımından daha az ikna edicidir.

#### 4

Hükümet, “erişim yetkisini aşmak” ifadesinin “yaygın kullanım” olarak tanımladığı anlamına dayanmaktadır. Hükümete göre, İngilizce dilini sıradan bir şekilde konuşan herhangi biri, Van Buren’in kişisel amaçları için plaka bilgilerini elde ettiğinde veri tabanına “erişim yetkisini aştığını” düşünecektir.

Eğer elimizdeki tek şey “erişim yetkisini aşmak” ifadesi olsaydı, Hükümet ve karşı görüş haklı olabilirdi. Ancak her ikisi de CFAA’nın “erişim yetkisini aşmak” ifadesinin açık tanımından yola çıkmaktadır. “Bir kanun bir terimin açık bir tanımını içerdiğinde”, “bir terimin olağan anlamından farklı olsa bile bu tanıma takip etmeliyiz.” *Tanzin v. Tanvir*, 592 U. S. \_\_\_, \_\_\_ (2020) Dolayısıyla, ilgili soru Van Buren’in erişim yetkisini aşıp aşmadığı değil, CFAA’nın bu ifadeyi tanımladığı şekilde erişim yetkisini aşıp aşmadığıdır. Ve daha önce de açıkladığımız gibi, kanuni tanım Van Buren’in yorumunu desteklemektedir.

Dahası, bu yorum, “uygun şekilde bilgilendirilmiş” bir dil kullanıcısının “erişim yetkisini aşmak” ifadesinin anlamını nasıl anlayacağını gayet iyi biçimde yansıtır. Kanunları yorumlarken, mahkemeler “teknik anlamlar” taşıyan terimlere dikkat ederler. “Erişim” bu terimlerden biridir ve bilgisayarlarla ilgili bir kanunu yorumlarken önemli olan “bilgisayım-sal anlamda” uzun süredir “yerleşik” bir anlam taşımaktadır. Bilgisayar bağlamında “erişim” terimi, bir bilgisayar “sisteminin kendisine” veya dosyalar, klasörler veya veri tabanları gibi belirli bir “bilgisayar sisteminin bir bölümüne” girme eylemini ifade eder. Dolayısıyla, “erişim yetkisinin aşılması” ile, bilgisayar kullanıcısının erişim ayrıcalıkları olmayan bir sistem bölümüne girme anlamını eşleştirmek bu anlamla tutarlıdır.<sup>7</sup> Hükümet ve karşı görüşün daha geniş yorumu ne mümkün olan tek ne de en doğal yorumdur.

## B

Kanunun dili Hükümetin pozisyonu için “sorun yaratırken”, “kanunun yapısına daha

<sup>6</sup> Aynı sebepten ötürü, muhalefet şerhi, bizim yorumumuzun kanuna “olası her koşulda” ifadesini eklediğini iddia ederken yanılmaktadır. Bizim yorumumuz bunun yerine “bu şekilde elde etmek için” ifadesini, kanun tarafından tanımlanan izin verilen bilgi erişiminin tek “durumunu” içerecek şekilde yorumlamaktadır: Kişinin bilgisayarını kullanarak bilgiyi elde etmek.

<sup>7</sup> Karşı görüş, yorumumuzun “tanımladığı terimin olağan anlamına aykırı” bir hükmü değerlendirerek “karşı kari-neyi” ihlal ettiği yönünde garip bir suçlamada bulunmaktadır. Ancak bunun gibi bir kanun “teknik bir konuyu ele aldığı anda, özel bir anlam çıkarması beklenir.” Bu ilkeyle tutarlı olarak, yorumumuz bilgisayar bağlamında “erişimin” özel anlamını takip etmektedir. Bu yorum, örneğin “köpek kelimesinin tüm atları kapsadığı kabul edilir” diyen bir tanım hükmünün aksine “erişim yetkisinin aşılması” ifadesinin anlamına “aykırı” olmaktan uzaktır.

geniş bir bakış, bize duraksamamız için daha fazla neden veriyor.” *Romag Fasteners, Inc. v. Fossil Group, Inc.*, 590 U. S. \_\_\_, \_\_\_-\_\_\_ (2020)

Fıkra (a)(2)’nin “yetkisiz” ve “erişim yetkisini aşan” klozları arasındaki etkileşim bilhassa dikkat çekicidir. Bu maddeler yasadışı bilgi edinmenin iki farklı yolunu belirtmektedir. İlk olarak, bir kişi “bir bilgisayara yetkisi olmadan eriştiğinde” hükmü ihlal etmiş olur. §1030(a)(2). İkinci olarak, bir kişi bir bilgisayara “yetkiyle” erişerek ve daha sonra “elde etme hakkına sahip olmadığı” bilgileri elde ederek “erişim yetkisini aştığında” hükmü ihlal eder. §§1030(a)(2), (e)(6). Van Buren’in yorumu, hükmün parçalarını “uyumlu bir bütün haline” getirmektedir. *Roberts v. SeaLand Services, Inc.*, 566 U. S. 93, 100 (2012) Ancak Hükümetin yorumu ise böyle değildir.

Van Buren’in görüşü ile başlamak gerekirse; Van Buren’in iddiasına göre “izinsiz” ibaresi, “herhangi bir izin olmaksızın bir bilgisayara erişen” sözde dış bilgisayar korsanlarını hedef alarak bilgisayarların kendilerini korumaktadır. *LVRC Holdings LLC v. Brekka*, 581 F. 3d 1127, 1133 (CA9 2009); ayrıca bakınız *Pulte Homes, Inc. v. Laborers’ Int’l Union of North Am.*, 648 F. 3d 295, 304 (CA6 2011). Van Buren, “erişim yetkisini aşan” klozunu bilgisayarlardaki belirli bilgiler için tamamlayıcı koruma sağlamak üzere değerlendirmektedir. Van Buren’e göre bu madde, içeriden bilgisayar korsanları olarak adlandırılan, bir bilgisayara izinle erişen ancak daha sonra “bilgisayarın yetkinin kapsamadığı bir alanına girerek yetkili erişim parametrelerini aşan kişileri” hedef almaktadır. *United States v. Valle*, 807 F. 3d 508, 524 (CA2 2015).

Van Buren’in fıkra (a)(2) açıklaması, “yetkisiz” ve “erişim yetkisini aşan” hükümlerini tutarlı bir şekilde ele aldığı için yasal yapıyı anlamlandırmaktadır. Van Buren’in yorumuna göre, her iki fıkra kapsamındaki sorumluluk, bir bilgisayar sistemine ya erişilebileceği ya da erişilemeyeceği ve sistem içindeki belirli alanlara ya erişilebileceği ya da erişilemeyeceği şeklindeki kapının açık ya da kapalı olması yaklaşımından kaynaklanmaktadır.<sup>8</sup> Ve her iki maddeyi de “kapının açık ya da kapalı olması” yaklaşımını benimseyecek şekilde okumak, bilgisayar bağlamında erişimin giriş olarak anlaşılmasıyla uyumludur.<sup>9</sup>

Hükümetin pozisyonunun başka bir yapısal sorunu daha vardır. Van Buren’in suçlandığı hüküm olan §1030(a)(2)’yi ihlal etmenin hukuki sorumluluk da doğurduğunu hatırlamak gerekir. Bkz. §1030(g). “Zarar” ve “kayıbı” tanımlayan hükümler, bir hukuk davasında davacının neleri geri alabileceğini belirtir. Kanuna göre “zarar”, “verilerin, bir programın, bir sistemin ya da bilginin bütünlüğünün ya da kullanılabilirliğinin bozulması” anlamına

<sup>8</sup> Mevcut amaçlar doğrultusunda, bu sorgulamanın yalnızca erişim üzerindeki teknolojik (veya “kod tabanlı”) sınırlamalara mı yoksa bunun yerine sözleşmelerde veya ilkelere yer alan sınırlamalara da bakıp bakmadığına değinmemize gerek yoktur.

<sup>9</sup> Van Buren’in açık-kapalı kapı yorumu CFAA’nın şifre ticareti yasağıyla da uyumludur. “Erişim yetkisini aşan” tanımıyla birlikte 1986 yılında yürürlüğe giren şifre kaçakçılığı hükmü, “bilgisayara yetkisiz olarak erişilebilecek herhangi bir şifre veya benzer bilginin” satışını yasaklamaktadır. §1030(a)(6). Dolayısıyla hüküm, diğer kapsam temelli kısıtlamalardan ziyade kullanıcının kimlik bilgilerinin bir bilgisayarın erişim kapısından geçmesine izin verip vermediğine bağlı olan “belirli bir yetkilendirme türünü, yani kimlik doğrulamayı” öngörmektedir. (“yetkilendirmeyi” “kimlik doğrulama aşamasını tamamlayan kullanıcıların, yetkilerine dayanarak belirli kaynaklara erişim kazandıkları veya erişimlerinin reddedildiği bir süreç” olarak tanımlamaktadır).



gelmektedir. §1030(e)(8). “Kayıp” terimi de aynı şekilde bilgisayar verilerine, programlarına, sistemlerine veya bilgi hizmetlerine verilen zararın sebep olduğu maliyetlerle ilgilidir. §1030(e)(11). Dolayısıyla, “zarar” ve “kayıp” terimlerinin tanımları, yetkisiz kullanıcıların bilgisayar sistemleri ve veriler üzerinde neden olduğu teknolojik zararlara –örneğin dosyaların bozulması- odaklanmaktadır. “Zarar” ve “kayıp” bu şekilde sınırlandırılması, “bilgisayar korsanlığının tipik sonuçlarını önlemeyi amaçlayan” bir programda anlamlıdır. Bununla birlikte, terimin tanımları, çalışanların bilgisayarlarını kullanarak izin verilebilir bir şekilde erişebilecekleri hassas bilgilerin “kötüye kullanımını” gidermek için uygun değildir. Bu ayrıma Van Buren’in durumu örnek teşkil eder: Plakayı sorgulama, verilerin “bütünlüğünü veya kullanılabilirliğini” bozmamış veya veritabanı sisteminin kendisine başka bir şekilde zarar vermemiştir.

## C

Metinden ve yapısından hareket eden Hükümet, içtihatların ve yasal geçmişin kendi yorumunu desteklediğini iddia etmektedir. Bu argümanlar kolayca bertaraf edilebilir.

Emsal kararlara gelince, Hükümet bu Mahkemenin *Musacchio v. Birleşik Devletler*, 577 U. S. 237 (2016) kararının kendi yorumunu desteklediğini ileri sürmektedir. Söz konusu kararda Mahkeme, bilgilendirme hatası (*instructional error*) için inceleme standardını ele alırken, §1030(a)(2)’yi “(1) yetkisiz erişim elde etmeyi; ve (2) yetkiyle erişim elde etmeyi ancak daha sonra bu erişimi uygunsuz şekilde kullanmayı” yasaklamak olarak tanımlamıştır. Kanunun bu şekilde özetlenmesi Hükümet için pek bir şey ifade etmemektedir. İlk olarak, Musacchio “şu anda söz konusu olan noktayı” ele almamıştır ve Hükümetin lehine çözmüştür, bu nedenle davadaki herhangi bir görüşü “takip etmek zorunda değiliz”. *Central Va. Community College v. Katz*, 546 U. S. 356, 363 (2006). Ancak her halükarda, Van Buren’in yorumu, Hükümetin yorumu kadar, “kişinin erişimini uygunsuz bir şekilde kullanmayı” içermektedir. Bir kişinin bilgisayar erişiminin sağladığı fırsatı bilgisayar içinden yasaklanmış bilgileri elde etmek için kullanması açıkça “uygunsuzdur”.

Kanuni geçmişe gelince, Hükümet orijinal 1984 Kanununun mevcut versiyona ilişkin yorumunu desteklediğini iddia etmektedir. “Erişim yetkisini aşma” maddesinin bir öncülü olarak, 1984 Kanunu, “bilgisayara yetkili olarak eriştikten sonra, bu erişimin sağladığı imkânı bu yetkinin kapsamadığı amaçlar için kullanan” herhangi bir kişiyi kapsamış ve böylece içeriden birinin bilgisayar erişiminin amacına açıkça atıfta bulunmuştur. 18 U.S.C. §1030(a)(2)

Hükümete göre bu durum, “erişim yetkisini aşma” tanımını yaparken amaçtan bahsetmeyen değiştirilmiş CFAA’nın, Van Buren gibi bilgisayar erişimini yetkisiz bir amaç için kullanan içeriden kişileri de kapsadığını doğrulamaktadır.<sup>10</sup> Hükümetin argümanı işleri tam

<sup>10</sup> Hükümet Kongre’nin bu değişikliği §1030(a)(2)’nin “sadece dilini netleştirmek için” yaptığında ısrar ederken, karşı görüş farklı bir düşünceye sahiptir. Muhalefet şerhine göre, 1986 değişikliği aslında hükmü “genişleterek” sadece amaca dayalı olanları değil bilgisayar erişimine getirilen “zaman ve şekil” kısıtlamalarını da kapsar hale getirmiştir. Karşı görüşün Kongre’nin §1030(a)(2)’nin “amaç” referansını neden kaldırdığına dair farklı açıklamaları, “erişim yetkisini aşma” tanımının duruma özgü bir yaklaşımı desteklediğini kabul etmeyi gerektirmektedir. Karşı görüşün önermesini daha önce tartışılan metinsel ve yapısal nedenlerle reddediyoruz.

olarak tersine çevirmektedir. “Kongre mevzuatı değiştirdiğinde, mahkemeler değişikliğin gerçek ve önemli bir etkiye sahip olmasını amaçladığını varsaymalıdır.” *Ross v. Blake*, 578 U. S. 632, 641-642 (2016). Kongre’nin kanunda amaca yapılan atfı kaldırmayı tercih etmesi, kanunun “tam da bu kavramı kapsayacak şekilde” okunmasını engellemektedir. Dolayısıyla, yasal geçmiş Hükümetin pozisyonuna yardımcı olmaktan ziyade zarar vermektedir.

### III

Üstüne üstlük, Hükümetin kanun yorumu, sıradan bilgisayar faaliyetine olağanüstü ölçüde cezai yaptırımlar getirecektir. Van Buren, Hükümetin yorumunun geniş kapsamlı sonuçlarını sanık lehine yorum (lenity) kuralını veya anayasal kaçınmayı tetikleyen bir durum olarak çerçevelemektedir. Biz böyle görmüyoruz: Metin, bağlam ve yapı, Van Buren’in yorumunu desteklediğinden, bu kanunların hiçbiri devrede değildir. Yine de ortaya çıkan sonuç, Hükümetin yorumunun mantıksızlığının altını çizmektedir. Bu, “zaten kremayla kaplanmış olan bir pastanın üzerindeki ekstra krema”dır. *Yates v. United States*, 574 U. S. 528, 557 (2015) (Hâkim KAGAN, karşı görüş).

Eğer “erişim yetkisini aşma” klozu bilgisayar kullanım politikasının her ihlalini suç sayıyorsa, o zaman kanunlara uyan milyonlarca vatandaş suçlu olacaktır. İşyerini ele alacak olursak, işverenler genellikle bilgisayarların ve elektronik cihazların sadece iş amaçlı kullanılabileceğini belirtirler. Dolayısıyla, Hükümetin kanunu yorumlamasına göre, iş bilgisayarını kullanarak kişisel bir e-posta gönderen veya haberleri okuyan bir çalışan, CFAA’yı ihlal etmiş olur. Ya da interneti düşünmek gerekirse “korunan bilgisayarlardan” “bilgi” sağlayan birçok web sitesi, hizmet ve veri tabanı, §1030(a)(2)(C), bir kullanıcının erişimine yalnızca belirli hizmet koşullarına uymayı kabul etmesi halinde izin vermektedir. “Erişim yetkisini aşma” klozu işverenlerin bilgisayarlarındaki duruma dayalı erişim kısıtlamalarının ihlallerini kapsıyorsa, web sitesi sağlayıcılarının bilgisayarlarındaki bu tür kısıtlamaların ihlallerini de neden kapsamadığını anlamak zor olacaktır. Gerçekten de çok sayıda tarafsız müdahil (*amici*), Hükümetin fıkra (a) (2)’ye dair yorumunun bir çevrimiçi randevu profilini süslemekten Facebook’ta takma ad kullanmaya kadar her şeyi suç haline getireceğini açıklamaktadır.<sup>11</sup>

Bu noktalara cevaben Hükümet, kanundaki diğer terimlerin, özellikle de “yetkilendirme” ve “kullanma” terimlerinin, kovuşturma yetkisini “pekala” kamufle etmeye hizmet edebileceğini ileri sürmektedir. (“araçsal” kullanım; “bireyselleştirilmiş” ve “oldukça spesifik” yetkilendirme). Yine de Hükümet bu tür sınırlamaları onaylamaktan uzak durmaktadır. (“yetkilendirme” kavramı “mantıksal olarak geçerli olmayabilir”); (“kullanım”, “genellikle daha geniş bir tanıma sahip olsa da” daha “sınırlı” bir şekilde okunabilir); (mens rea gerekliliği bazı durumlarda sorumluluğu “engellenebilir”). Van Buren, kanunu bu tür sınırlamalar içerecek şekilde okuduğu herhangi bir önceki örneğe de atıfta bulunmuyor, aksine, okumadığı örneklere atıfta bulunuyor. (Hükümetin “oldukça önemsiz zarara” neden olan hizmet

<sup>11</sup> Bakınız tarafsız müdahil sıfatıyla Orin Kerr ‘in raporu 10-11; Tarafsız müdahil sıfatıyla Technology Companies’in raporu 6, n. 3, 11; ayrıca bakınız tarafsız müdahil sıfatıyla Reporters Committee for the Freedom of the Press ve diğerleri’nin raporu 10-13 (gazetecilik faaliyetleri); Tarafsız müdahil sıfatıyla Kyratso Karahalios ve diğerleri’nin raporu 11-17 (çevrimiçi sivil haklar test ve araştırmaları).

şartları ihlallerine dayalı bir CFAA kovuşturması başlatabileceğini belirten Adalet Bakanlığı ifadesini tartışırken). Hükümetin mevcut CFAA suçlama politikası, Van Buren'in endişelerinin neden "varsayımsal" olmaktan uzak olduğunu göstermektedir: Politika, "sanığın yalnızca bir internet hizmet sağlayıcısı veya web sitesi ile yapılan bir sözleşmede veya hizmet şartında yer alan bir erişim kısıtlamasını ihlal ederek erişim yetkisini aşması halinde" federal kovuşturmanın "garanti edilmeyebileceğini" - yasaklanmayacağını değil - talimat vermektedir.<sup>12</sup> Hükümet, kasıt şartının bir başka emniyet supabı işlevi gördüğünde ısrar etse de bu şart, bilgisayarlarını kasıtlı olarak "işlerinin veya politikalarının yasakladığı" bir şekilde, örneğin spor skorlarını kontrol ederek veya işyerinde fatura ödeyerek kullananlar için hiçbir şey yapmayacaktır.

Son bir gözlem: Hükümetin yaklaşımı cezai sorumluluğun değerlendirilmesine keyfilik katacaktır. Hükümet, olması gerektiği gibi, "izin verilen erişimi aşan" hükmün yalnızca yasa dışı bilgi "erişimini" yasakladığını, sonraki bilgi "kötüye kullanımını" yasaklamadığını kabul etmektedir (kanun "sonraki bilgi kötüye kullanımını" kapsamamaktadır). Ancak Hükümetin okumasına göre bu ikisi arasındaki çizgi ince olabilir. Erişim üzerindeki amaca dayalı sınırlamalar genellikle bilginin kötüye kullanımına yönelik olarak tasarlandığından, erişim ya da kullanım kısıtlamaları olarak ifade edilebilirler. Örneğin, bir polis departmanı gizli bir veritabanının görevin ifası dışı bir amaçla kullanılmasını yasaklayabilirken (erişim kısıtlaması), bir diğeri veritabanındaki bilgilerin görevin ifası dışı bir amaçla kullanılmasını yasaklayabilir (kullanım kısıtlaması). Van Buren'inki gibi davranışlar her iki şekilde de nitelendirilebilir ve bir işveren ikisi arasında pek bir fark görmeyebilir. Ancak Hükümetin yorumuna göre, bu davranış ancak işverenin politikayı bir erişim kısıtlaması olarak ifade etmesi halinde CFAA'yı ihlal edecektir. Özel tarafların taslak hazırlama uygulamaları tarafından kontrol edilen ince bir ayrıma bu kadar çok dayanan bir yorumun en makul olan olduğunu ileri sürmek zordur.

#### IV

Özetle, bir kişi bilgisayara yetkiyle eriştiğinde ancak daha sonra bilgisayarın belirli alanlarında - dosyalar, klasörler veya veritabanları gibi - kendisine yasak olan bilgileri elde ettiğinde "erişim yetkisini aşmış" olur. Taraflar Van Buren'in kolluk kuvvetleri veri tabanı sistemine yetkiyle eriştiği konusunda hemfikirdir. Tek sorun Van Buren'in plaka bilgilerini almak için sistemi kullanıp kullanamayacağıdır. Her iki taraf da bunu yapabileceği konusunda hemfikirdir. Buna göre Van Buren, veri tabanından uygunsuz bir amaçla bilgi elde etmiş olsa bile, CFAA'nın bu ifadeyi tanımladığı gibi veri tabanına "erişimde yetkiyi aşmamıştır". Bu nedenle, On Birinci Daire'nin aksi yöndeki kararını bozuyor ve davayı bu görüşle tutarlı yeni işlemler için geri gönderiyoruz.

*Bu şekilde hükmedilmiştir.*

<sup>12</sup> Hükümet, "tarihsel olarak" Van Buren'in korktuğu sıradan ihlalleri değil, sadece Van Buren'inki gibi "temel davranışları" kovuşturduğunu iddia etse de Van Buren ve avukatlarının aktardığı aksi örnekler bu güvenceden şüphe duymak için bir neden vermektedir.

*Hâkim THOMAS'ın Muhalefet Şerhi*

**AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ YÜKSEK MAHKEMESİ**  
**BAŞVURUCU NATHAN VAN BUREN V. BİRLEŞİK DEVLETLER**  
**AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ İSTİNAF MAHKEMESİ 11.**  
**DAİRESİNE YAPILAN TEMYİZ BAŞVURU YAZISI ÜZERİNE**

Sayı. 19-783.

3 Haziran 2021

Baş hâkimin ve hâkim ALITO'nun da katıldığı Hâkim THOMAS'ın muhalefet şerhi.

Hem müşterek hukuk hem de yazılı hukuk, başkalarına ait bir mülkü kullanırken rıza kapsamını aşanları uzun süredir cezalandırmaktadır. Örneğin bir vale, park etmek için bir kişinin arabasını alabilir, ancak onu gezintiye çıkaramaz. Bilgisayar Dolandırıcılığı ve Suistimali Kanunu bu ilkeyi bilgisayar ve bilgileri de kapsayacak şekilde genişletmektedir. Kanun, başka bir kişiye ait bir bilgisayarı kullanırken rıza kapsamının aşılmasını yasaklamaktadır. Özellikle, bir bilgisayara “kasıtlı olarak yetkisi olmadan erişen veya yetkisini aşan ve böylece o bilgisayardan bilgi elde eden” herkesi cezalandırır. 18 U. S. C. §1030(a)(2).

Bir polis memuru olarak Nathan Van Buren'in bir devlet veri tabanından plaka bilgilerini alma izni sadece görevinin ifası amaçları için bulunmaktaydı. Van Buren, birkaç bin dolar karşılığında veri tabanını potansiyel bir gizli soruşturmacının maskesini düşürmek için kullandığında bu sınırlamayı göz ardı etmiştir.

Buradaki soru açıktır: İngilizce dilinin sıradan bir okuyucusu, Van Buren'in veri tabanını açıkça yasaklanmış koşullarda kullanırken veri tabanına “izin verilen erişimi aştığını” anlar mıydı? Benim görüşüme göre cevap evettir. Bu verileri elde etmesine izin veren gerekli ön koşul mevcut değildi.

Mahkeme, “erişim yetkisini aşan” ifadesinin Van Buren'in davranışını kolayca kapsadığına itiraz etmemektedir. Bunun yerine, kanunun bu ifade için bir tanım içerdiğini ve “bir terimin olağan anlamından farklı olsa bile bu tanıma uymamız gerektiğini” belirtmektedir. *Tanzin v. Tanvir*, 592 U. S. \_\_\_, \_\_\_ (2020) Bununla birlikte, çoğunluk görüşü için sorun, metnin, mülkiyet hukukunun olağan ilkelerinin ve kanuni tarihin, tanımlayıcı hükmün tanımladığı terimle oldukça tutarlı olduğunu ortaya koymasıdır.

**I**

**A**

Kanun, “yetkiyi aşan erişimi” “bilgisayara yetkiyle erişmek ve bu erişimi bilgisayarda erişiminin elde etmeye veya değiştirmeye yetkili olmadığı bilgileri elde etmek veya değiştirmek için kullanmak” olarak tanımlamaktadır. §1030(e)(6). Bu istinaf başvurusunun amaçları doğrultusunda, Van Buren'in bir devlet veri tabanına giriş yapma yetkisine sahip olduğu ve girişini bu veri tabanından sahte plaka bilgileri elde etmek için kullandığı kabul edilmek-

tedir. Dolayısıyla, bu davanın Van Buren'in sahte plaka bilgilerini "elde etmeye yetkili" olup olmadığına bağlı olduğu konusunda çoğunluğa katılıyorum. Ayrıca "bu şekilde" ifadesinin Van Buren'in bu bilgileri tanımda daha önce belirtilen yollarla elde etme hakkına sahip olup olmadığını sorduğuna da katılıyorum: (1) bir bilgisayara yetkiyle erişmek ve (2) bu erişimi bilgisayardaki bilgileri elde etmek için kullanmak. Başka bir deyişle, Van Buren'in davranışı ancak veri tabanına erişim yetkisini kullanarak söz konusu plaka bilgisini elde etme hakkına sahip olması halinde yasaldır.

Ancak Van Buren'in davranışı yasal değildi. Bir kişinin bir şeyi yapma yetkisi yalnızca bu şeyi yapma "hakkına" sahip olduğunda geçerlidir. Van Buren'in belirli plaka bilgilerini elde etmek için bilgisayarı kullanmaya hiçbir zaman "hakkı" olmamıştır. Herkes onun bu bilgileri geçerli bir görevin ifası amacı için değil, kişisel kazanç için elde ettiğini kabul etmektedir. Ve kanunu uygulamaya yönelik geçerli bir amacı olmaksızın, bu bilgileri elde etmek için bilgisayarı kullanması yasaktı.

## B

Çoğunluk, bu tanımlayıcı hükmün alternatif bir okumasını önermektedir: Bir kişi en az bir durumda bilgi edinmek için bilgisayar kullanma hakkına sahip olduğu sürece, kişi verileri bu durum dışında elde etse bile bu kanun uygulanmaz. Aslında çoğunluk, kanunu yalnızca bir kişinin "herhangi bir olası koşul altında" bilgi edinme hakkına sahip olmadığı durumlarda geçerli olacak şekilde okumaktadır. Bu yorum bir dizi nedenden dolayı hatalıdır.

## I

Her şeyden önce bu yorum, metnin düz anlamına aykırıdır. Yetkiler zorunlu olarak koşullara bağlıdır; bir kişi ancak "uygun gerekçeler" veya olaylar mevcut olduğunda bir şey yapma hakkına sahiptir. "Bu şekilde" ifadesine odaklanan çoğunluk, "yetkili/hak sahibi olma" terimini analiz etmekten büyük ölçüde kaçınarak, başlangıçta tek bir cümleyle Van Buren'in bu plaka bilgilerini alma hakkına sahip olduğu sonucuna varmıştır. Ancak "yetkili/hak sahibi olma" ifadesinin düz anlamı, tam tersi bir sonuca zorlamaktadır. Van Buren'in görevin ifası amacı olmadığı için, "uygun gerekçeler" mevcut değildi. Bunu yaptığında verileri elde etme hakkına da sahip değildi.

Birkaç gerçek hayat senaryosu bu noktayı açıklamaktadır. Bir yangın durumunda alarmı çalıştırma hakkına sahip olan bir çalışan, hazırlıksız olduğu bir toplantıyı ertelemek gibi başka bir amaçla alarmı çalıştırma hakkına sahip değildir. Bir restoran müşterisinden araba alan bir vale - §1030(e)(6)'daki ifadenin lafzına başvurursak – "arabaya erişme" ve arabayı park etmek ve geri almak için "bu erişimi kullanma" "yetkisine/hakkına" sahiptir. Ancak araçla gezmek için "bu erişimi kullanma" "hakkına" sahip değildir. Bkz. örneğin, Ind. Code §35-43-4-3 (2020) ("mülk bir motorlu araçsa" "başkasının mülkü üzerinde bilerek veya kasıtlı olarak yetkisiz kontrol uygulamak" için suç teşkil eden cezai hal); *In re Clayton*, 778 N. E. 2d 404, 405 (Ind. 2002) (bu kanunu, aksi takdirde erişim hakkı olan bir kişinin mülkünün kötüye kullanılmasını kapsayacak şekilde yorumlayarak). Bu kanuna daha yakın bir örnek vermek gerekirse, bir araba kiralama şirketi çalışanı, kiralık bir arabanın GPS konum geçmişini gösteren "bir bilgisayara erişme" ve çalıntı ihbarı yapılması halinde arabanın yerini

tespit etmek için “bu erişimi kullanma” “hakkına” sahip olabilir. Ancak eski kız arkadaşını takip etmek için “bu erişimi kullanmaya” “hakkı olduğunu” söylemek doğal olmayacaktır.

Çoğunluk gerçek bir yanıt vermemektedir. “Yetkili/Hak sahibi” ifadesinin “bu şekilde” ile değiştirildiğini ve bu nedenle mahkemelerin bir kişinin bilgi edinmek için bilgisayar kullanma hakkına sahip olup olmadığını değerlendirmesi gerektiğini belirtmektedir. Ancak bir kişi bilgi edinme hakkına sahip değilse, bu zorunlu olarak “bilgisayar kullanarak bilgiye erişme hakkı” olmadığı sonucunu doğurur. Van Buren’in bu bilgiyi elde etmeye tamamen yetkili olduğu çünkü bir yetkiyi sağlamak için gerekli olan ön koşul –bir kolluk kuvveti amacı- mevcut değildi.

## 2

İlaveten, çoğunluğun yorumu mülkiyet hukukunun temel ilkeleriyle çelişmektedir. Şimdiye kadar, bir bilgisayarda bulunan bilgilerin “mülk” olduğu iyice yerleşmiştir. Örneğin, bilgisayarda depolanan bir filmin fikri mülkiyet olduğundan kimsenin şüphesi yoktur. Federal ve eyalet kanunları genel olarak “mülkiyeti” bilgisayar verilerini içerecek şekilde tanımlamaktadır. Örneğin, 12 U. S. C. §5433; N. Y. Penal Law Ann. §155.00 (Batı 2010). Ve çoğunluk dahi bu kanunun mülkiyeti korumak için tasarlandığını kabul etmektedir. Yine de yorumunu, başka bir kişinin mülkünü kullanma hakkının duruma özgü olduğuna dair bilinen kuralla bağdaştıramamaktadır.

İzinsiz giriş örneğinde, bir kişi araziye girme yetkisine sahipse ve bu girişi bir amaç için kullanma hakkına sahipse ancak bunu başka bir amaç için yaparsa, izinsiz girmiş olur. İkinci Haksız Fiil Düzenlemesinin açıkladığı üzere, “araziye girmek için şartlı veya kısıtlı bir rıza, yalnızca şarta veya kısıtlamaya uyulduğu sürece bunu yapmak için bir hak yaratır.” §168, p. 311 (1964). Söz konusu düzenleme yararlı bir örnek içermektedir:

“3. A, komşusu B’ye A’nın arazisine girmesi ve B’nin kendi kullanımı için A’nın kaynağından su çekmesi için izin verir. A, C’nin A’nın arazisine girmesine ve kaynaktan su çekmesine özellikle izin vermemiştir. C’nin kışkırtmasıyla B, A’nın arazisine girer ve C için kaynaktan su çeker. B’nin girişi haneye tecavüzdür.”

Arazi için doğru olan bilgisayar bağlamında da doğrudur; bir şirket bir çalışanına bilgisayarı belirli bir amaç için kullanma izni verirse, çalışanın bilgisayarı başka amaçlar için kullanma yetkisi yoktur.

Hırsızlık suçundaki yaygın anlayışı da göz önünde bulunduralım. Bir mülkü sınırlı bir amaç için elinde bulundurma yetkisine sahip olan bir kişi, bu mülk üzerinde “yasadışı kontrol uyguladığı” anda hırsızlık suçunu işlemiş olur; bu da “rıza veya yetki aşıldığında” gerçekleşir. ALI, Model Ceza Kanunu §223.2(1), s. 162, 168 (1980). Yine §1030(e)(6)’daki lafza göre, bir polis memuru departmanın banka hesabına “erişim” yetkisine sahip olabilir ve bu erişimi kolluk harcamalarını karşılamak için “kullanabilir”, ancak yine de bu erişimi kendi cebini doldurmak için “kullanırsa” zimmete para geçirmekten suçludur. Başka koşullar altında hesaptan para “alma hakkına” sahip olduğu için aklanmayacaktır.

Ya da kefaleti ele aldığımızda bir kefil, “kefil olunan şeyi kullanma yetkisi olmamasına rağmen onu kullandığında veya belirli bir şekilde kullanma yetkisi olmasına rağmen onu



farklı bir şekilde kullandığında” -birçok yargı alanında suç olarak kabul edilen- hakkı olmadığı mülkiyete tecavüz suçu (*conversion*) işlemiş olur. 8 C. J. S., Bailments §43, s. 480-481 (2017) Bir bilgisayar teknisyeni, çöken bir sabit diskteki verileri kurtarmak için bir ünlünün bilgisayarına erişme yetkisine sahip olabilir, ancak erişimini bu bilgisayarda depolanan fotoğrafları kopyalamak ve basına sızdırmak için kullanamaz.

Çoğunluk, yorumunu bu bilinen ilkeyle bağdaştırmak için hiçbir girişimde bulunmamaktadır. Bunun yerine, Kongre’nin bu kanuna herhangi bir müşterek hukuk terimi dahil etmediğini belirterek bu bağlamı ortadan kaldırmaktadır. Ancak kanunda diğer mülkiyet bağlamında yaygın olarak kullanılan “aşma” ve “yetki” gibi kelimeler kullanılmaktadır. Ve çoğunluk, Kongre’nin etmesi gerektiğini düşündüğü herhangi belirli mülkiyet hukuku terimlerini asla tanımlamamaktadır.

Çoğunluk daha sonra, mülkiyet hukukunun önceden var olan kavramlarına güvenmenin “tavsiye edilmez” olduğunu, çünkü Kongre’nin bu kanunu “önceden var olan yasanın bilgisayar suçlarını yakalamadaki başarısızlığı” ışığında çıkardığını söylüyor. Ancak önceden var olan yasanın yetersiz görülmesinin nedenleri çoğunluğun görüşünü zayıflatmaktadır. Birincisi, eyalet kanunları Van Buren’inki gibi davranışları kapsamak için kullanılıyordu, ancak bunu yapmak “önemli ölçüde yaratıcılık gerektiriyordu”, çünkü bu yasalar tipik olarak ya “fiziksel” girişi (bilgisayarlara pek uymuyordu) ya da mağduru “mülkünden mahrum bırakmayı” (bir kişinin verileri “yalnızca kopyaladığı” veya yasak “kişisel kullanımlar” yaptığı durumlarda pek uymuyordu) gerektiriyordu. İkinci olarak, “kapsamı daha sınırlı” olan federal kanunlar için uyum daha da garipti. Kongre bu kanunu, mülkiyeti kullanma hakkının duruma özgü olduğuna dair yerleşik ilkeyi ortadan kaldırmak için değil, bunun yerine mahrumiyet ve fiziksel giriş gerekliliklerini ortadan kaldırmak için çıkarmıştır.

Yorumunu mülkiyet hukukunun yerleşik ilkeleriyle bağdaştıramayan çoğunluk, yorumunun kanundaki “bir bilgisayara yetkisiz erişimi” yasaklayan ayrı bir maddeyle daha uyumlu olduğunu iddia etmektedir. §1030(a)(2). Çoğunluğun anlatımına göre, bu madde “bilgisayar sistemine ya erişilebilir ya da erişilemez” şeklinde kapının ya açık ya da kapalı olduğu yönünde bir sorgulama gerektirmektedir, dolayısıyla aynı cümledeki “erişim yetkisini aşan” klozunu da aynı yaklaşımı içerecek şekilde okumak mantıklıdır.

İki maddenin uyumlu bir şekilde okunması gerektiğine katılıyorum, ancak kapıların tek bir durumda açık olduğuna inanmak için hiçbir neden yoktur; bu kapıların süresiz olarak açık kalması gerektiği anlamını taşımaz. Hassas savunma bilgileriyle çalışan birisi, ofisten uzaktayken işvereni tarafından kendisine verilen dizüstü bilgisayarda oturum açma yetkisine sahip olabilir. Ancak işvereni ağ bağlantılarına güvenilemeyecek bir ülkeye seyahat ederken oturum açmaması talimatını verirse, yine de oturum açarsa bilgisayara yetkisi olmadan erişmiş olur. Her iki madde için de kapıların açık mı yoksa kapalı mı olduğunu anlamak için kapıların hareket etmesine neden olan koşulların göz önünde bulundurulması gerekir.

Aslında, benim okumam her iki maddeyi de mülkiyet hukukunun yerleşik kavramlarıyla uyumlu hale getirmektedir. Mülkiyet hukuku genellikle hem hukuka aykırı girişe hem de girişten sonra hukuka aykırı kullanıma karşı koruma sağlar. Örneğin, İkinci Haksız Fiil Düzenlemesi §214, Comment e, at 408-409; 8 C. J. S., Bailments §43, at 480-481. Aynı

durum burada da geçerlidir. Polis departmanı, memurların uygunsuz bir amaçla giriş yapmasını yasaklayarak bilgileri koruyabilir, ancak bir memurun vardiyasının başında uygun bir niyetle giriş yapması ve saatler sonra hala sistemdeyken, ödeme karşılığında plaka araması yapması durumunda bu pek işe yaramayacaktır. Kongre, hem “yetkisiz” hem de “erişim yetkisini aşan” klozlarını dâhil ederek, uygunsuz girişin yanı sıra uygun girişten sonra kötüye kullanıma karşı da koruma sağlamıştır.

### 3

Çoğunluğun yorumu -suçluluğun bir yasağın tek bir istisnası olup olmadığına bağlı olduğu- aynı zamanda garip sonuçlara yol açmaktadır. Bu yoruma göre, müşterilerin satın alma geçmişini elde etmesi yasak olan bir kredi kartı şirketi çalışanı, işvereni kendisine bir hesap, olası dolandırıcılık faaliyeti için işaretlendiğinde satın alma geçmişi verilerini elde edebileceğini ve aktarabileceğini söylemediği sürece, eski karısı hakkında bu verileri elde ettiğinde Kanunu ihlal etmiş olur. Aynı durum, yeniden çalışmaya başlamadan dakikalar önce bilgisayarındaki tüm dosyaları silen kişi için de geçerlidir. *Royal Truck & Trailer Sales & Serv., Inc. v. Kraft*, 974 F. 3d 756, 758 (CA6 2020). Bir çalışan, varsayımsal bir durumda her bir dosyayı elde edebildiği veya değiştirebildiği sürece, dokunulmazdır. Ancak, bir tur solitaire oynayan kişi, dikkatinin dağılmasından endişe eden işvereni Windows’taki “oyunlar” klasörüne erişimi kategorik olarak yasakladığında, çoğunluğun yorumuna göre suçludur. Tek bir istisnanın varlığı ya da yokluğu üzerine “bu kadar çok bel bağlamak” garip bir yorumdur.

Çoğunluğun yorumu, kanundaki diğer maddelere uygulandığında özellikle gariptir. Bölüm 1030(a)(1), “elde edilen bilgilerin Birleşik Devletler’in zararına veya herhangi bir yabancı ülkenin yararına kullanılabileceğine inanmak için bir nedene sahip olarak kısıtlı verileri” elde etmek için “erişim yetkisini aşmayı” ve bu verileri saklamayı veya dağıtmayı yasaklamaktadır. “Kısıtlı veriler” terimi, “(1) atom silahlarının tasarımı, üretimi veya kullanımına ilişkin tüm verileri” içerecek şekilde tanımlanmıştır. 42 U. S. C. §2014(y). Çoğunluğun yorumuna göre, bir bilim adamı, en azından bir durumda atom silahlarının planlarını elde edebildiği sürece, bu verileri düşman bir ulusun nükleer cephanelik kurmasına yardımcı olmak gibi uygunsuz bir amaçla elde etmesi halinde dokunulmaz olacaktır. 1984’ten beri büyük ölçüde benzer biçimde yürürlükte olan bu hükmün, çoğunluğun yorumuna göre ne gibi bir gücü olduğunu anlamak zordur.

### 4

Hangi yorumun kanuna daha iyi uyduğu konusunda herhangi bir şüphe kalırsa, tanımlanan terim bunu çözecektir. Bir tanımın birden fazla yoruma açık olduğu durumlarda, tanımlanan terimin açık anlamına en iyi uyan yorum normal olarak kontrol edilir. Bkz. örneğin, *Bond v. Birleşik Devletler*, 572 U. S. 844, 861 (2014) (“tanımlanmış bir terimin olağan anlamı” dikkate alınır); (Hâkim Scalia, karara katılmaktadır) (mahkemeler “tanımlanan bir belirsizliği çözmek amacıyla tanımlanan terimin olağan anlamını kullanabilir”). Çünkü bir hükmün, tanımladığı terimin olağan anlamına aykırı olarak okunmasına karşı “bir karine vardır”. (“Tanımın anlamı neredeyse her zaman tanımlanan kelimenin olağan anlamıyla yakından ilişkilidir”).

Çoğunluk bunun yerine, tanımda varsayılan belirsizliği tanımlanan teriminin anlamına aykırı bir şekilde çözmektedir. Tanımın “tercih edilen” bir yorumunu benimsemekte ve ardından tanımlanan terimin bu “tercih edilen” görüşle “tutarlı” bir şekilde yorumlanıp yorumlanamayacağını sormaktadır. Ancak “Kongre’nin bir terimi olağan ve geleneksel anlamına aykırı bir şekilde tanımladığına inanmamızı sağlamak için en güçlü kanıtlar gerekir.” *Babbitt v. Sweet Home Chapter, Communities for Great Ore.*, 515 U. S. 687, 719 (1995) (Hâkim Scalia, karşı görüşte). Çoğunluk böyle bir kanıt tanımlamamaktadır. Çoğunluğun söylediği en fazla şey, benim “erişim yetkisini aşan” ifadesini yorumlamamın “zorunlu olarak” en iyisi olmadığıdır çünkü “erişim” teknik bir anlama sahip olabilir: Bilgisayar sisteme veya bilgisayar sisteminin bir bölümüne girmek. Ancak “erişim” ne anlama gelirse gelsin, “yetki” – “hak” gibi- duruma bağlıdır. Çoğunluğun “erişim” yorumu bu noktayı doğrulamaktadır. Çoğunluğun atıfta bulunduğu tanımlar sadece girişe değil, belirli verileri elde etmek için girişi kullanmaya atıfta bulunmaktadır. Bu, bir kişinin bilgisayara girdikten sonra bilgisayarı “kullanmasını” düzenleyen buradaki tanımla uyumludur. §1030(e)(6). Burada, mülkiyet hukukunun diğer bağlamlarında olduğu gibi, bir kişinin mülke erişimini kullanma yetkisi duruma bağlıdır. Çoğunluğun “erişim” terimine odaklanması -“yetki” ve “hak” terimlerinin pahasına- argümanına yardımcı olmak yerine zarar vermektedir.

## II

Metnin ve mülkiyet hukukunun yerleşik kavramlarının açıkça ortaya koyduğu şeyi, yasal tarih de pekiştirmektedir. Bu Kanunun orijinal metni, bilgisayara yetkilendirme ile erişmeyi ve daha sonra “bu erişimin sağladığı imkânı, bu yetkilendirmenin kapsamadığı amaçlar için kullanmayı” açıkça yasaklamıştır. Dolayısıyla Kanun, tıpkı Van Buren’in burada tartışmasız bir şekilde yaptığı gibi, kişiler bilgisayarları uygunsuz nedenlerle kullandığında uygulanmaktaydı.

Çoğunluk bunu inkâr etmemektedir. Bunun yerine, Kongre’nin 1986 yılında metni değiştirerek bugünkü tanımına getirdiğini belirtmekte ve Mahkeme’nin Kongre’nin “amaç” terimini çıkarma kararının uygunsuz bir amaç için bilgi edinmeye karşı herhangi bir yasağı zorunlu olarak ortadan kaldırdığını varsayabileceğini söylemektedir.

Ancak çoğunluk bu geçmişten bu kadar kolay kaçamaz. Doğru, kanun daha önce “amaç” terimini içeriyordu ve şimdi içermiyor, ancak çoğunluk bu değişikliğin kanunu nasıl etkilediğini dikkate almıyor. Genellikle, bir kelimenin silinmesi bir hükmün kapsamını daraltmak yerine genişletir. Eğer bir şehir bir parktaki tabelayı “tasmasız köpek giremez” yerine “köpek giremez” olarak değiştirirse, kimse artık tasmasız köpeklere izin verildiğini düşünmez. Aynı durum özel olanın genel olanla değiştirilmesi halinde de geçerlidir (“köpekler giremez” ibaresinin “evcil hayvanlar giremez” olarak değiştirilmesi gibi).

Kongre’nin bu kanunda yaptığı değişiklik de benzer şekilde kanunu genişletmiştir. Orijinal metin, bir bilgisayara yetkilendirme ile erişilmesini ve ardından “bu erişimin sağladığı imkânın söz konusu yetkilendirmenin kapsamadığı amaçlar için kullanılmasını” yasaklamaktaydı. “Amaç” terimi bu maddeyi amaca dayalı kısıtlamalarla sınırlandırmaktaydı. Doğal olarak zaman ve şekil kısıtlamaları gibi diğer kısıtlamaları içermemekteydi. Kongre, spesifik, sınırlı “amaçlar” terimini daha geniş, daha genel bir ifade olan “yetkisi olmayan”

ile değiştirerek, bu diğer kısıtlama türlerine de güç kazandırmıştır. Güvenli olmayan ağlara sahip düşmanca bir yabancı ülkedeyken oturum açmama talimatını ihlal eden çalışanla ilgili önceki örneği düşünün. İş e-postalarını kontrol etmek gibi uygun bir amaçla giriş yaptığı sürece orijinal metin onu kapsamayacaktır. Yeni metin onu kapsayacaktır çünkü veri elde etme ya da değiştirme yetkisi bağlama bağlıdır. Amacı masumdur ancak kullanım zamanı ya da şekli masum değildir.

### III

Çoğunluk, son olarak politika argümanlarıyla bitirmiştir. Bu argümanların gerek olmadığını öne sürmektedir. (“halihazırda kremayla kaplanmış bir pastanın üzerine ekstra krema”). Yine de bu argümanlara uzun uzun vurgu yapmıştır. Ne olursa olsun, çoğunluğun bu politika argümanlarına dayanması hatalıdır.

“Olağanüstü sayıda sıradan bilgisayar faaliyetini” suç haline getirmekten endişe duyan çoğunluk, günümüzde insanların bilgisayarları kullanma şeklinin ‘Hükümetin yorumunun mantıksızlığının altını çizdiğini” söylüyor. Ancak kanunlar, “Kongre’nin kanunu yürürlüğe koyduğu zamanki olağan anlamlarına” göre okunur. *Wisconsin Central Ltd. v. Birleşik Devletler*, 585 U. S. \_\_\_, \_\_\_ (2018). Çoğunluğun 1980’lerde neyin makul olduğunu belirlemek için bilgisayarların günümüzdeki kullanımına güvenmesi, yanlış bir şekilde 1984 yılında Kongre’nin bilgisayarların 2021 yılında nasıl kullanılacağını farkında olduğunu varsaymaktadır.

Ayrıca, benim yorumumun otomatik olarak bu kadar çok davranışı kapsayacağını da hemen varsaymazdım. Birçok hüküm kanunun kapsamını makul bir şekilde daraltmaktadır. Örneğin, kanun, bir kişinin “kasıtlı olarak ... erişim yetkisini aşması” gerektiğine dair *mens rea* şartını içermektedir. §1030(a)(2). Dolayısıyla, bir kişi bilgisayarı belirli bir şekilde kullanmasına izin verildiğine inanıyorsa, örneğin bu tür bir davranış yaygın olduğu ve hoş görüldüğü için kanun uygulanmayabilir. Cf. Restatement (Second) of Contracts §223(2) (1979) (yerleşik bir “işlem seyrinin” belirli sözleşme bağlamlarında yazılı sınırlamaları nasıl silebileceğini tartışmaktadır). Kanun ayrıca sadece “bilgisayardaki bilgilerin elde edilmesi veya değiştirilmesi” ile ilgilidir, §1030(e)(6), uzaktaki bir sunucuda (yani farklı bir bilgisayarda) depolanan spor skorlarını kontrol etmek için interneti kullanmakla değil. Çoğunluk, birçok hükmün bu kanunun odak noktasını makul bir şekilde daralttığını inkâr etmemektedir. Sadece hükümeti bu noktayı daha güçlü bir şekilde tartışmadığı için suçlamaktadır. Hükümetin zararsız davranışları suçlamaya başlayabileceği ve mahkemelerin kanunu bu davranışları kapsayacak şekilde yorumlayabileceği yönündeki varsayımsal endişeye bu kadar ağırlık vermezdim.

Çoğunluğun argümanı da çok fazla şey kanıtlamaktadır. Federal Kanun’un büyük bir kısmı yaygın faaliyetleri suç saymaktadır. Ağırlaştırıcı faktörlerin yokluğunda, bu kanunu ihlal etmenin cezası kabahat için öngörülen yaptırımdır. §1030(c)(2)(A). Dolayısıyla bu kanun, madencilik suçu işleyenleri, federal yasaların National Mall’dan tek bir kum tanesini kaldıran bir kişiyi cezalandırdığı kadar sert bir şekilde cezalandırmaktadır, 40 U. S. C. §8103(b); bir Hükümet binasındaki lambayı kırmak veya bir atın federal arazide ot yemesine izin vermek, 18 U. S. C. §1857. Cezai yaptırımları tetikleyen federal kanun ve

düzenlemelerin sayısı birkaç yüz bine kadar çıkabilir. Bu kadar çok davranışın suç sayılmasından rahatsızlık duymak anlaşılabilir bir durumdur, ancak bu rahatsızlık bize kanunları değiştirme yetkisi vermez.

\*\*\*

Sonuçta kanun, 1984'ten bu yana teknolojide meydana gelen değişiklikler nedeniyle geniş bir davranış yelpazesini kapsayabilir ya da kapsamayabilir. Ancak metin bir şeyi açıkça ortaya koymaktadır: Bir polis veritabanını, bu kullanımın açıkça yasaklandığı durumlarda bilgi edinmek için kullanmak suçtur. Saygılarımla karara muhalifim.