**"...**

**II- İTİRAZIN GEREKÇESİ**

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

'5846 sayılı Yasanın 41. maddesinin 12. fıkrasının ilk cümlesinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na aykırı olduğu inancıyla mahkememizce resen Yüksek Mahkemenize başvurma gereği ortaya çıkmıştır. Mahkememize göre belirtilen yasa hükmü aşağıdaki gerekçe ile Anayasamıza aykırıdır;

Mahkememizin 2006/177 Esas sayılı dosyasında, davacılar Şenol Filiz ve Birol Yayla 28.10.2004 tarihli dava dilekçesi ile, kendilerine ait müzik eserlerinin, davalıya ait FLASH TV isimli televizyon kanalında yayınlanan bir programda izinsiz olarak fon müziği biçiminde kullanıldıklarından bahisle, eser hakkına tecavüzün men ve refi ile bu kullanım nedeniyle maddi ve manevi tazminat ödenmesini talep ve dava etmektedirler. Davanın yapılan yargılaması sırasında, davalı vekili tarafından verilen 10.02.2005 tarihli dilekçede, davacıların MESAM meslek birliği üyesi olmaları ve yetki belgesi vermeleri nedeniyle dava açma haklarının bulunmadığı iddiasıyla aktif husumet itirazında bulunulmuştur.

Dosya içerisinde bulunan MESAM meslek birliğinin cevabi yazısında 'davacılar 31.10.1996 tarihinden beri meslek birliğine üye oldukları, yetki belgesi verdikleri ve davacılara ait tüm eserlerin MESAM meslek birliği koruması altında bulunduğu' bildirilmektedir.

5846 sayılı Yasanın 43. maddesinin 5. fıkrası şu biçimdedir; 'Meslek birliklerinin temsil ettikleri eser, icra, fonogram ve yapımlar ile üyelerine ilişkin bildirim zorunluluğu, tarifelerin belirlenmesi, duyurulması, müzakere edilmesi, sözleşme yapılması, uzlaşmazlıkların halli ve diğer hususlarda bu Kanunun 41 inci maddesinin dört ilâ onüçüncü fıkraları uygulanır. Ancak yayın ve/veya iletim yapan kuruluşlar bakımından 41 inci maddenin altıncı fıkrasının son cümlesinin uygulanması zorunlu değildir.'

5846 sayılı Yasanın 41. maddesi ise şu biçimdedir;

Madde 41- (Değişik: 3/3/2004-5101/11 md.)

Girişi ücretli veya ücretsiz umuma açık mahaller; eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların kullanım ve/veya iletimine ilişkin 52 nci maddeye uygun sözleşme yaparak hak sahiplerinden veya üyesi oldukları meslek birliklerinden izin alır ve sözleşmelerde yazılı malî hak ödemelerini bu madde hükümlerine göre yaparlar.

Eser, icra, fonogram, yapım ve yayınları kullanan ve/veya ileten umuma açık mahaller; mahallin bulunduğu bölgenin özelliği, mahallin nitelik ve niceliği, fikrî mülkiyete konu eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların mahalde sunulan ürün veya hizmetin ayrılmaz bir parçası ve ürün veya hizmete katkısı olup olmadığı ve benzeri hususlar dikkate alınmak suretiyle sınıflandırılır veya sınıflandırma dışı bırakılır.

Faaliyet gösterdikleri sektörlerde; eser sahipleri ve/veya bağlantılı hak sahiplerli meslek birlikleri, yapılan sınıflandırmaya bağlı olarak eser, icra, fonogram; yapım ve yayınların kullanımından ve/veya iletiminden kaynaklanan ödemelere ilişkin tarifeleri tespit ederler. Meslek birlikleri ile umuma açık mahaller arasındaki sözleşmeler, bu tarife bedelleri veya taraflarca yapılabilecek müzakereler sonucu belirlenecek bedeller üzerinden yapılır.

Tarifelere ilişkin sözleşmelerde takvim yılı esas alınır ve bu tarifeler takvim yılı başından itibaren geçerli olur.

Bu madde hükümlerinin uygulanmasını teminen:

1. Meslek birlikleri temsil ettikleri eser, icra, fonogram ve yapımlar ile üyelerine ilişkin bilgileri, Bakanlığa bildirmek zorundadırlar. Bu bildirimler her üç ayda bir güncellenir ve Bakanlıkça oluşturulan ortak bir veri tabanı üzerinden ilgili taraflara açılır.

2. Eser sahipleri alanında kurulmuş meslek birlikleri veya bağlantılı hak sahipleri alanında kurulmuş meslek birlikleri veya aynı sektörlerde faaliyet gösteren meslek birlikleri, bir araya gelerek protokole bağlamak suretiyle ortak tarifeler belirleyebilirler. Ortak tarifeler protokole taraf meslek birlikleri açısından bağlayıcıdır.

Meslek birlikleri, tarifeler veya ortak tarifeleri her takvim yılının dokuzuncu ayında kullanıcıları temsil eden ve kanunla kurulmuş kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile Bakanlığa bildirirler ve kamuoyuna duyururlar. Umuma açık mahaller, müzakere ve sözleşme yapılmasına ilişkin verecekleri bağlayıcı nitelikteki yetki belgeleri ile üye oldukları meslek kuruluşları aracılığıyla da tarifeleri veya ortak tarifeleri müzakere edebilir ve sözleşme yapabilirler. Ancak, tarifelerin götürü usulde tespit edilmesi halinde umuma açık mahaller sadece meslek kuruluşları aracılığı ile müzakere edebilir ve sözleşme yapabilirler.

Onuncu ayda umuma açık mahaller veya meslek kuruluşları ile meslek birlikleri arasında tarifeler veya ortak tarifeler üzerinde uzlaşma sağlanamaması ve sözleşme yapılamaması halinde, en geç bu ayın sonuna kadar, meslek birlikleri ve/veya meslek kuruluşları tarafından bu tarifelerin Bakanlıkça oluşturulacak uzlaştırma komisyonunda müzakere edilmesi talep edilebilir.

Uzlaştırma komisyonu, taraflardan birinin talebi ve Bakanlığın uygun görmesi halinde, tarifeleri müzakere etmek üzere, Bakanlık tarafından talep tarihinden itibaren onbeş gün içinde oluşturulur. Komisyon Bakanlıktan bir, Rekabet Kurumundan iki temsilci ve ilgili meslek birlikleri ile kullanıcıları temsil eden meslek kuruluşlarının birer temsilcisinden oluşur.

Bakanlık temsilcisi aynı zamanda komisyon başkanıdır. Aynı usulle, komisyon üye sayısı kadar yedek üye seçilir. Komisyonun sekreterya hizmetleri Bakanlık ilgili birimi tarafından yürütülür.

Komisyon, oluşturulduğu tarihten itibaren onbeş gün içinde, raporunu hazırlayarak, Bakanlığa ve taraflara bildirir. Umuma açık mahaller ve meslek birlikleri, Komisyon raporunun açıklandığı tarihten itibaren onbeş gün içinde, meslek birliklerinin açıklamış oldukları tarifeleri veya müzakereler neticesinde mutabakata vardıkları tarifeleri sözleşmeye bağlayabilirler.

Meslek birliklerince belirlenen tarife veya ortak tarifeler üzerinden sözleşmenin yapılmaması halinde, taraflar yargı yoluna başvurabilirler. Yargılama sürecinde, bir önceki yıl sözleşme yapmış olan mahaller, ilgili meslek birlikleri aksini bildirmedikçe, dava konusu tarifenin 1/4'ünü dava sonuçlanıncaya kadar her üç ayda bir meslek birlikleri adına açılmış banka hesabına yatırmak suretiyle eser, icra, fonogram, yapım ve yayınları kullanabilir ve/veya iletebilirler. Bir önceki yıl sözleşme yapmamış umuma açık mahaller ile ilk defa sözleşme yapacak umuma açık mahallerin bu fıkrada öngörüldüğü şekilde eser, icra, fonogram, yapım ve yayınları kullanabilmeleri ve/veya iletebilmeleri ise ilgili meslek birliklerinin iznine bağlıdır. Dava sonuçlanıncaya kadar bu şekilde ödenen miktar, mahkeme kararıyla tespit edilen tarife bedelinden mahsup edilir.

Tarifelerin tespit edilmesinde ve uzlaşmazlıkların hallinde, bu Kanunun 42/A maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan, tarife tespitine ilişkin esaslar dikkate alınır. Mahallerde kullanılan ve/veya iletimi yapılan eser, icra, fonogram, yapım ve yayınlar üzerinde hak sahibi olan gerçek veya tüzel kişiler, bunların kullanımına ve/veya iletimine ilişkin ödemelerin yapılmasını ancak yetki verdikleri meslek birlikleri aracılığı ile talep edebilirler. Sinema eserleri bakımından bu fıkranın uygulanması zorunlu değildir.

Sınıflandırma, uzlaştırma komisyonuna başvuru halinde Bakanlıkça alınacak ücretler ve uzlaştırma komisyonunun çalışması ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelik ile belirlenir.

Bu madde toplam 13 fıkradan oluşmaktadır. 5846 sayılı Yasanın 43. maddesinin 5. fıkrasında 'Meslek birliklerinin temsil ettikleri eser, icra, fonogram ve yapımlar ile üyelerine ilişkin bildirim zorunluluğu, tarifelerin belirlenmesi, duyurulması, müzakere edilmesi, sözleşme yapılması, uzlaşmazlıkların halli ve diğer hususlarda bu Kanunun 41 inci maddesinin dört ilâ onüçüncü fıkraları uygulanır' hükmü bulunduğuna göre somut davada davacıların dava açma hakkı bulunup bulunmadığı hususunda da 41. maddenin 12. fıkrasına yapılan yollama nedeniyle 12. fıkra hükmünün uygulama yeri bulunmaktadır. Bu fıkranın ilk cümlesi gereği, meslek birliğine üye olan eser sahibi, 'eserinin kullanımına ve/veya iletimine ilişkin ödemelerin yapılmasını ancak yetki verdiği meslek birliği aracılığı' ile talep edebilecektir. Bir başka anlatımla meslek birliğine üye olan eser sahibi, 5846 sayılı Yasanın 41. maddesinin 12. fıkrasının ilk cümlesi hükmü nedeniyle yetki verdiği eser yönünden bizzat dava açma hakkına sahip değildir.

Şüphesiz eser sahiplerinin ve bağlantılı hak sahiplerinin korunması gerekli ve zorunlu olup Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 'Sanatın ve Sanatçının Korunması' başlıklı 64. maddesinin bir gereğidir. Esasen mahkememizin de aralarında bulunduğu Fikri ve Sınai Haklar Mahkemeleri de fikri mülkiyet haklarının etkin bir biçimde korunabilmesi amacıyla kurulmuştur. Bununla birlikte yargılamada uygulanan yasaların evrensel hukuk ilkeleri ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na uygun olması ve adil yargılama yapılması da adalet duygusunun, normlar hiyerarşisinin ve İnsan Hakları Evrensel Sözleşmesi'nin 'Adil Yargılanma Hakkı' ile ilgili 10. maddesinin bir gereğidir.

Anayasa'mızın Hak Arama Hürriyeti başlıklı 36. maddesi şu biçimdedir;

Madde 36 - Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.

Somut davada davacıların MESAM meslek birliğine üye olmaları ve yetki belgesi vermiş olmaları nedeniyle davacı eser sahiplerinin eserlerinin kullanılmış ya da iletimi yapılmış olması durumunda buna ilişkin ödemelerin yapılmasını bizzat talep edememeleri, bu davanın ancak üyesi bulundukları meslek birliği olan MESAM meslek birliği tarafından açılabileceğinin kabulü nedeniyle davanın buna göre sonuçlandırılması ihtimali mevcuttur. Bu durumda davacılar Türk Mahkemeleri önünde bizzat dava açamayacak, dava ancak MESAM meslek birliği tarafından açılabilecektir. Bunun, bireylerin hak arama hürriyetini kısıtladığı açıktır. Bu nedenle 5846 sayılı Yasa'nın 41. maddesinin 12. fıkrasının 'Mahallerde kullanılan ve/veya iletimi yapılan eser, icra, fonogram, yapım ve yayınlar üzerinde hak sahibi olan gerçek veya tüzel kişiler, bunların kullanımına ve/veya iletimine ilişkin ödemelerin yapılmasını ancak yetki verdikleri meslek birlikleri aracılığı ile talep edebilirler' biçimindeki ilk cümlesinin Anayasamızın, 'Hak Arama Hürriyeti' başlıklı 36. maddesine aykırı olduğu düşüncesiyle dava, Yüksek Mahkemenizin vereceği karara kadar geri bırakılmış ve belirtilen yasa hükmünün, Anayasa'nın 152. maddesi ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesi uyarınca iptaline karar verilmesi istemi ile mahkememizin 2006/177 esas sayılı dava dosyasının tasdikli bir örneği ekte sunulmuştur.

Takdir ve gereği arz olunur.'"