

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

**FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNUNUN 71. MADDESİNDE
DÜZENLENEN MANEVİ, MALİ VEYA BAĞLANTILI HAKLARA
TECAVÜZ SUÇU**

Yüksek Lisans Tezi

MEHMET REŞAT YAVUZ

İstanbul, 2010

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

**FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNUNUN 71. MADDESİNDE
DÜZENLENEN MANEVİ, MALİ VEYA BAĞLANTILI HAKLARA
TECAVÜZ SUÇU**

Yüksek Lisans Tezi

MEHMET REŞAT YAVUZ

Danışman: DOÇ. DR. AHMET CANER YENİDÜNYA

İstanbul, 2010

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

HUKUK Anabilim Dalı KAMU HUKUKU Bilim Dalı Yüksek Lisans öğrencisi
MEHMET REŞAT YAVUZ'ın FIKIR VE SANAT ESERLERİ KANUNUN 71.
MADDESİNDE DÜZENLENEN MANEVİ, MALİ VEYA BAĞLANTILI HAKLARA
TECAVÜZ SUÇU adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 07.06.2010 tarih
ve 2010-10/23 sayılı kararıyla ile oluşturulan jüri tarafından oy birliği Levçeliği ile
Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Tez Savunma Tarihi : 1.11.2010

1) Tez Danışmanı : DOÇ. DR. A. CANER YENİDÜNYA

2) Jüri Üyesi : YRD. DOÇ.DR. YUSUF YAŞAR

3) Jüri Üyesi : YRD. DOÇ.DR. MURAT BALCI



ÖZET

2005 yılında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesi, sonrasında 5846 sayılı kanunla yapılan değişiklikle birlikte 5846 sayılı kanunda düzenlenen "Manevi, Mali veya Bağlantılı haklara tecavüz suçu" gerek kapsamı, gerekse sonuçları açısından birtakım değişikliklere uğramıştır.

Çalışmanın ilk bölümünde suçun konusu olan Manevi, Mali ve Bağlantılı haklar kavramı tanımlanmış. İkinci bölümde, inceleme konusu suçun unsurları olan tipiklik, maddi unsur, manevi unsur ve hukuka aykırılık unsuru incelenmiştir. Üçüncü bölümde ise inceleme konusu suçun özel görünüş şekilleri, cezayı ortadan kaldıran sebep olan etkin pişmanlık, soruşturma ve kovuşturma usulü ve yaptırım ele alınmıştır.



ABSTRACT

After The Turkish Penal Code No: 5237 entry in force in 2005 with the amendment numbered 5846 with law no 5846 held in the law, " infringement of the moral, financial, and/or related rights crime " has undergone some changes not only in terms of its results but also in terms of its scope.

In the first part of the dissertation the moral, the financial, and/or related rights concept which is the subject of the crime is defined. In the second part of the dissertation, the typicalness element, the objective element, the subjective element and the element of contradiction of law which are the elements of the crime are reviewed. In the third part of the dissertation the special forms of crime, the effective repentance which remove the crime, investigation and prosecution procedures and sanctions are discussed.

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	VII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ESER KAVRAMI, ESER SAHİPLİĞİ, ESER SAHİBİNİN HAKLARI İLE BAĞLANTILI HAKLAR

1. ESER KAVRAMI.....	2
1.1 Genel Olarak	2
1.1.1 Yaratıcı Sahibinin Özelliğini Taşıma	2
1.1.2 Kanunda Belirtilen Eser Türlerinden Birine Dahil Olma	3
1.2 Eser Çeşitleri.....	3
1.2.1 İlim ve Edebiyat Eserleri	3
1.2.1.1 Dil ve Yazı İle İfade Olunan Eserler	4
1.2.1.2 Bilgisayar Programları	4
1.2.1.3 Her Nevi Rakslar, Yazılı Koreografi Eserleri, Pantomimaller ve Buna Benzer Sözsüz Sahne Eserleri.....	5
1.2.1.4 Bedii Vasfı Bulunmayan Her Nevi Teknik Ve İlmi Mahiyette Fotoğraf Eserleriyle, Her Nevi Haritalar, Planlar, Projeler, Krokiler, Resimler, Coğrafya ve Topoğrafyaya Ait Maket ve Benzerleri, Her Çeşit Mimarlık ve Şehircilik Tasarım ve Projeleri, Mimari Maketler, Endüstri, Çevre ve Sahne Tasarım ve Projeleri	5
1.2.2 Müzik Eserleri.....	6
1.2.3 Güzel Sanat Eserleri.....	6
1.2.4 Sinema Eserleri	7
1.2.5 İşlenmeler ve Derlemeler	8
1.2.5.1 İşlenme Eser Çeşitleri	10
1.2.5.1.1 Tercümelemler	10

1.2.5.1.2	Roman, hikaye, şiir ve tiyatro piyesi gibi eserlerden birinin bu sayılan nevilerden bir başkasına çevrilmesi.....	10
1.2.5.1.3	Müzik, güzel sanatlar, bilim ve edebiyat eserlerinin film haline sokulması veya filme alınmaya ve radyo ve televizyon ile yayıma uygun bir şekle sokulması	11
1.2.5.1.4	Müzik aranjman ve düzenlemeleri.....	11
1.2.5.1.5	Güzel Sanat Eserlerinin Bir Şekilden Diğer Şekillere Sokulması	11
1.2.5.1.6	Külliyyatlar	11
1.2.5.1.7	Seçme ve Toplama Eserler	12
1.2.5.1.8	Henüz Yayımlanmamış Olan Bir Eserin Bilimsel Araştırma ve Çalışma Neticesinde Yayımlanmaya Elverişli Hale Getirilmesi	12
1.2.5.1.9	Başkasına Ait Bir Eserin Açıklaması Veya Şerhi Yahut Kısaltılması	12
1.2.5.1.10	Bilgisayar Programının Uyarlanması, Düzenlenmesi veya Herhangi Bir Değişim Yapılması	13
1.2.5.1.11	Veri Tabanları	13
1.3	ESER SAHİPLİĞİ	13
1.3.1	Genel Olarak	13
1.3.2	Müşterek Eser Sahipliği.....	14
1.3.3	İştirak Eser Sahipliği	15
1.3.4	Eser Sahipliği Hakkında Karineler	15
2.	ESER SAHİBİNİN HAKLARI	16
2.1	Manevi Haklar	16
2.1.1	Eseri Kamuya Sunma Hakkı	16
2.1.2	Eser Sahibi Olarak Tanıtılma Hakkı.....	17
2.1.3	Eserde Değişiklik Yapılmasını Men Etme Hakkı.....	18
2.1.4	Eserine Ulaşabilme Hakkı	19
2.2	Mali Haklar	19
2.2.1	Genel Olarak.....	19
2.2.2	İşleme Hakkı.....	20

2.2.3	Çoğaltma Hakkı	21
2.2.4	Yayma Hakkı	22
2.2.5	Temsil Hakkı	22
2.2.6	İşaret, Ses ve/veya Görüntü Nakline Yarayan Araçlarla Kamuya Sunma Hakkı	23
2.2.7	Pay ve Takip Hakkı	24
3.	ESER SAHİBİNİN HAKLARI İLE BAĞLANTILI HAKLAR	25
3.1	Bağlantılı Hak Kavramı	25
3.2	Komşu Haklar	25
3.2.1	İcracı Sanatçılar ve Hakları	26
3.2.2	Fonogram Yapımcıları ve Hakları	28
3.2.3	Radyo ve Televizyon Kuruluşları	29
3.3	Film Yapımcıları ve Hakları	30

İKİNCİ BÖLÜM

MANEVİ, MALİ VEYA BAĞLANTILI HAKLARA TECAVÜZSUÇU

1.	Genel Olarak	32
2.	Korunan Hukuki Yarar	35
3.	Suçun Unsurları	36
3.1	Tipiklik	36
3.2	Maddi Unsurlar	36
3.2.1	Fiil	37
3.2.1.1	Manevi Haklara Tecavüz Suçu	38
3.2.1.1.1	İzinsiz Olarak Eserin, İcranın, Fonogramın veya Yapımın Değiştirilmesi (FSEK M.71/B.1)	38
3.2.1.1.2	Başkasına Ait Esere Kendi Eseri Olarak Ad Koymak (FSEK M.71/B.2)	41
3.2.1.1.3	Eserden Kaynak Göstermeksizin İktibasta Bulunmak (FSEK M.71/B.3)	45
3.2.1.1.4	Alenileşmemiş Bir Eserin İçeriği Hakkında Kamuya Açıklamada Bulunmak(FSEK M.71/B.4)	50

3.2.1.1.5	Eserle İlgili Olarak Yetersiz, Yanlış veya Aldatıcı Mahiyette Kaynak Gösterme (FSEK M.71/B.5)	52
3.2.1.1.6	Bir Eseri, İcrayı, Fonogramı veya Yapımı, Tanınmış Bir Başkasının Adını Kullanarak Çoğaltma, Dağıtma, Yayma veya Yayımlama (FSEK M.71/B.6).....	54
3.2.1.2	Mali veya Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçu	56
3.2.1.2.1	Eserin İzinsiz İşlenmesi	56
3.2.1.2.2	Eserin İzinsiz Çoğaltılması	59
3.2.1.2.3	Eseri İzinsiz Olarak Dağıtmak	61
3.2.1.2.4	Eseri İzinsiz Olarak Temsil Etmek	63
3.2.1.2.5	Eseri Her Türlü İşaret, Ses veya Görüntü Nakline Yarayan Araçlarla Umuma İletmek	66
3.2.1.2.6	Hukuka Aykırı Olarak İşlenen veya Çoğaltılan Eserleri Satışa Arz Etmek, Satmak, Kiralamak veya Ödünç Vermek Suretiyle ya da Sair Şekilde Yayımlamak.....	67
3.2.1.2.7	Hukuka Aykırı Olarak İşlenen veya Çoğaltılan eserleri Ticari Amaçla Satın Almak	70
3.2.1.2.8	Hukuka Aykırı Olarak İşlenen veya Çoğaltılan Eserleri İthal veya İhraç Etmek	70
3.2.1.2.9	Hukuka Aykırı Olarak İşlenen veya Çoğaltılan Eserleri Kişisel Amaç Dışında Elinde Bulundurmak ya da Depolamak	71
3.2.2	Fail	71
3.2.3	Mağdur	73
3.2.4	Daha Ağır Cezayı Gerektiren Nitelikli Unsurlar	73
3.3	Manevi Unsur	74
3.4	Hukuka Aykırılık Unsuru	74

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ HALLERİ, YARGILAMA USULÜ VE YAPTIRIM

1.	Suçun Özel Görünüş Halleri	83
----	----------------------------------	----

1.1 Teşebbüs	83
1.2 İştirak	84
1.3 İçtima	85
2. Cezayı kaldıran veya azaltan şahsi sebep olarak Etkin Pişmanlık.....	88
3. Soruşturma ve Kovuşturma	89
3.1 Soruşturma Aşaması	89
3.2 Kovuşturma Aşaması	93
3.2.1 Görev ve İspat	93
3.2.2 Uzlaşma ve Şikayetten Vazgeçme	94
4. Yaptırım	96
4.1 Genel olarak.....	96
4.2 Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması	98
4.3 Hükmün İlanı ve Maliye Bakanlığı'na Bildirim	99
SONUÇ	101
KAYNAKÇA.....	102

KISALTMALAR

AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
Bak.	Bakınız
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
CD	Ceza Dairesi
CGK	Ceza Genel Kurulu
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
ÇKK	Çocuk Koruma Kanunu
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	Esas Numarası
EÜHFD	Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FMR	Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
FSEK	Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
FSHD	Fikri ve Sınai Haklar Dergisi
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HSYK	Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu
HD	Hukuk Dairesi
İBD	İstanbul Barosu Dergisi
K.	Karar Numarası
MK	Medeni kanun
S.	Sayı
s.	Sayfa
SBE	Sosyal Bilimler Enstitüsü
T.	Tarih
TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	Türk Ceza Kanunu
TMK	Türk Medeni Kanunu
TV	Televizyon
vd.	Ve devamı

GİRİŞ

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 71. maddesinde düzenlenen suç tipi ile eser, icra, fonogram ve yapımlar üzerinde hak sahibi olan kişilere ceza davaları ile korunma imkanı sağlanmaktadır.

Aynı zamanda hukuk davası yoluyla haklarını koruyabilecek olan hak sahibi kişilere cezai korumanın getirilmesinin amacı, hem sözkonusu hakların taşıdığı önem sonucu ihlalleri ile kamu düzeninin sarsılması hem de ihlalin haksız fiil niteliği taşımasıdır.

Yürürlüğe girdiği 1952 yılından bu yana çeşitli kereler değişikliğe uğrayan kanunda en son olarak 5728 sayılı kanun ile değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklik ile esas olarak 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa uyum sağlama amaçlanmış, bunun yanında cezai hükümler yeni bir sistematığe sokulmuştur.

Çalışmada Manevi, Mali veya Bağlantılı haklara tecavüz suçu hakkında açıklamalar yapılırken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve daha sonra bu kanunda yapılan değişiklikler ile getirilen yeniliklere de değinilmeye çalışılmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ESER KAVRAMI, ESER SAHİPLİĞİ, ESER SAHİBİNİN HAKLARI İLE BAĞLANTILI HAKLAR

1. ESER KAVRAMI

1.1 Genel Olarak

Tanımlar başlıklı FSEK 1/B. maddesine göre eser; “*Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini...ifade eder*”.

Buna göre bir fikir ve sanat ürününün eser olarak nitelendirilebilmesi için iki unsur içermesi gerekmektedir; İlk olarak yaratıcı sahibinin özelliğini taşımalı, ikinci olarak da kanunda belirtilen eser türlerinden birine dahil olmalıdır¹.

1.1.1 Yaratıcı Sahibinin Özelliğini Taşıma

Bir ürünün eser sayılabilmesi için kendisini yaratan kişinin, o ürünü yaratmak için yaptığı çalışmayı ve yaratıcı ruhunu taşıması, kısaca özgün olması gerekmektedir².

Bu unsur sayesinde alelade bir ürün ile bir sanat eseri arasındaki fark tespit edilebilecektir³. Ancak bu unsur dar yorumlanmamalıdır. Bir eserin asgari de olsa bir

¹ Doktrinde bu konuda farklı görüşler vardır. Tekinalp'e göre bir ürünün eser olarak kabul edilmesi için ; eser sahibinin hususiyetini taşıma, sahibinin hususiyetini yansıtacak düzeyde şekillenmiş olma, ürünün FSEK'de sayılan eser türlerinden birine dahil olma ve fikri çabanın ürünü olma şartları gerekmektedir; Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku 4. Bası, İstanbul : Arıkan Yayıncılık, 2005, s. 97 vd., Öztan'a göre ise;bir insan tarafından yaratılmış olma, fikri/estetik muhtevaya sahip olma, üçüncü kişilerce algılanabilecek nitelikte olma, ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eseri vasfı taşıma, sahibinin hususiyetlerini taşıma, belli bir yaratma derecesini aşma şartları bütün eser tiplerinde varlığı mutlaka gerekli şartlardır; Fırat Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara: Turhan Yayınevi, 2008, s. 81 vd.

² Tekinalp, s. 98 vd., Öztan, s. 92 vd., Şafak N. Erel, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara: İmaj yayınları, 1998, s. 33 - 34, Yargıtay HGK'nun 2003/4-260 E., 2003/271 K., T. 02.04.2003; “...bir fikir ürününün eser olarak kabul edilebilmesi için baskın görüşe göre FSEK madde 1/1'de sayılan eserler içinde yer alması (objektif koşul) ve sahibinin hususiyetini taşıması başka bir anlatımla "özgün olma" "yaratıcı özellik taşıması" (subjektif koşul)'un bulunması gerekmektedir...”

³ Öztan, s. 93.

farklılık ve özgünlük taşıması gerekmektedir de bu konudaki ölçü objektif değil subjektif olmalıdır. Kısaca eserin kalitesi yönünden bir şart mevcut değildir⁴.

1.1.2 Kanunda Belirtilen Eser Türlerinden Birine Dahil Olma

FSEK'e göre fikir ve sanat ürününün eser sayılabilmesi için “*ilim ve edebiyat*”, “*musiki*”, “*güzel sanat*” ve “*sinema*” eserleri kategorilerinden birine girmesi gerekmektedir.

Bu eser kategorileri dışında yeni bir eser grubu meydana getirilemez⁵.

1.2 Eser Çeşitleri

1.2.1 İlim ve Edebiyat Eserleri

FSEK'in 2. maddesinde, örnekleme olarak, üç bent halinde düzenlenmiştir. Birinci bent; “Herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserler ve her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları”, ikinci bent; “Her nevi rakıslar, yazılı koreografi eserleri, pandomimalar ve buna benzer sözsüz sahne eserleri”, üçüncü bent; “Bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleriyle, her nevi haritalar, planlar, projeler, krokiler, resimler, coğrafya ve topoğrafyaya ait maket ve benzerleri, herçeşit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri, mimari maketler, endüstri, çevre ve sahne tasarım ve projeleri” şeklindedir.

⁴ Öztan, s. 92-98, 101, Tekinalp, s. 100.

⁵ “*Sınırlı Sayı*” (numerus clausus) ilkesi. Ancak bu ilke yalnızca eser kategorilerine ilişkindir. Bu kategoriler içinde örnek olarak sayılmayan ancak dört kategoriden birinin özelliklerini taşıyan yeni bir eser türü yine eser sayılacaktır. Erel, s. 36, Tekinalp, s. 106.

1.2.1.1 Dil ve Yazı ile İfade Olunan Eserler

Fikir ve sanat ürününün dil ve yazı ile ortaya konulduğu eserlerdir. Yazıdan yalnızca harfler anlaşılmayacaktır. Şekil, rakam veya formül olarak ifade olunan fikir ve sanat ürünleri de eser olarak korunacaktır⁶.

Eserde kullanılan dilin niteliği veya hangi vasıta ile ifade edildiği önem taşımaz. Eser niteliği taşıyan bir fikir ve sanat ürünü ölü bir dil veya eser sahibinin kendi oluşturduğu bir dil kullanıldığı takdirde dahi eser olarak korunacaktır⁷.

Klasik örnek olan roman, şiir, tiyatro gibi edebi eserlerin yanında, şartları sağladıkları takdirde bir makama sunulan dilekçeler, reklam metni⁸, sözlükler, genel işlem şartları, mektuplar, mülakatlar da yazılı eser olarak, konferanslar, dersler, özel konuşmalar, skeçler gibi sözlü eserler de sözlü eser olarak korunacaklardır⁹.

1.2.1.2 Bilgisayar programları

FSEK 1/B-g maddesinde, bilgisayar programı; “Bir bilgisayar sisteminin özel bir işlem veya görev yapmasını sağlayacak bir şekilde düzene konulmuş bilgisayar emir dizgesini ve bu emir dizgesinin oluşum ve gelişimini sağlayacak hazırlık çalışmalarının tanımı” şeklinde tanımlanmıştır.

4110 sayılı kanun değişikliği ile bilgisayar programları, bir ilim ve sanat eseri türleri arasında, dil ve yazı ile ifade olunan eser çeşidi olarak eklenmiştir. Maddeye göre bilgisayar programları yanında bir sonraki aşamasında program doğurması şartıyla bunların hazırlık tasarımları da eser niteliğindedir. Hazırlık tasarımı program haline gelmediği takdirde eser sayılması mümkün olmayacaktır¹⁰.

⁶ Tekinalp, s. 107.

⁷ Erel, s. 39, Tekinalp, s. 107.

⁸ Mustafa Ateş, Fikri Hukukta Eser, Ankara, 2007, s. 136, Arslan Kaya, “Reklamın Fikri Mülkiyet Hukuku İçindeki Yeri”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul: Beta Yayınları, 2002, s. 459 - 478.

⁹ Öztan, s. 112-118, Tekinalp, s. 107.

¹⁰ Mustafa Topaloğlu, Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması, İstanbul: Türkiye Bilişim Vakfı Yayınları, 1997, s. 19 vd., Şafak N. Erel, “Fikri Hukukta Bilgisayar Programlarının

FSEK 2/son maddesine göre bir bilgisayar programının herhangi bir ögesine temel oluşturan düşünce ve ilkeler, arayüzüne temel oluşturan düşünce ve ilkeler de dahil olmak üzere, eser sayılmayacaklardır.

1.2.1.3 Her Nevi Raks, Yazılı Koreografi Eserleri, Pantomim ve Buna Benzer Sözsüz Sahne Eserleri

Düşüncelerin, duyguların, yüz ve vücut hareketleriyle anlatıldığı sözsüz sahne eserleri olan raks, koreografik eser ve pantomim maddede örnek olarak sayılmış, “buna benzer” ifadesi ile sınırlı sayı ilkesinin geçerli olmadığı vurgulanmıştır¹¹.

Sözsüz sahne eserinin sahnelendiği yerin önemi olmadığı gibi teknik bir vasıta ile tespitinin de yapılmasına gerek yoktur¹².

Önceden tasarlanmayan, kendiliğinden gelişen sportif ve akrobatik hareketler ise eser niteliği taşımaz¹³.

1.2.1.4 Bedii Vasfı Bulunmayan Her Nevi Teknik ve İlmi Mahiyette Fotoğraf Eserleriyle, Her Nevi Haritalar, Planlar, Projeler, Krokiler, Resimler, Coğrafya ve Topoğrafyaya Ait Maket ve Benzerleri, Her Çeşit Mimarlık ve Şehircilik Tasarım ve Projeleri, Mimari Maketler, Endüstri, Çevre ve Sahne Tasarım ve Projeleri

FSEK 2/3. maddesinde örnek olarak sayılan eserlerin ortak özellikleri; estetik özellikleri bulunmaması yani güzel sanat eseri olmamaları ve öğretici, eğitici, açıklayıcı ve uygulamaya imkan sağlayıcı olmalarıdır. Eserler bilimsel veya teknik niteliktedirler. Bu nitelikte olmayan eserler korunamazlar¹⁴.

Korunması”, Prof.Dr. İlhan Öztrak’a Armağan, Ankara, 1994, AÜSBFD, C. 49, S.1-2, Ocak-Haziran 1994, s.142 vd., Tekinalp, s. 109, 110.

¹¹Öztan, s. 120, Tekinalp, s. 111.

¹² Erel, s. 42, Öztan, s. 121.

¹³ Öztan, s. 121, Tekinalp, s. 113.

¹⁴Öztan, s. 123, Tekinalp, s. 114.

Ayrıca yukarıda¹⁵ açıklandığı üzere bir bilgisayar programının herhangi bir ögesine temel oluşturan düşünce ve ilkeler, arayüzüne temel oluşturan düşünce ve ilkeler de dahil olmak üzere, eser sayılacaklardır.

1.2.2 Müzik Eserleri

FSEK 3. maddesine göre müzik (musiki) eseri, her nevi sözlü ve sözsüz bestelerdir. Müzik eserleri bir düşünceyi duyguyu, sesle ifade eden ve duyma yoluyla algılanan ürünlerdir. Müzik eserlerinde korumanın konusu da, sadece işitme duyusuna hitap eden ve eserin ifade aracı olan sestir. Müzik eserinde görme duyusuna da hitap eden unsurlar varsa, ayrıca korunacaktır¹⁶. Eser olan müziğin kendisidir, icrası değildir¹⁷.

Müziğin, sahibinin hususiyetini taşıması onu eser yapan ayırıcı özelliğidir¹⁸.

Müziğin hangi şekilde elde edildiği ya da notaya bağlanıp bağlanmadığı gibi hususlar önemli değildir¹⁹.

Sözsüz müzik eserlerinde besteler, sözlü müzik eserlerinde ise beste ve güfteler eser olarak korunurlar. Edebi bir hususiyeti olması halinde güfte de bağımsız bir eser olarak korunur. Bu halde güfte, “dil ile ifade olunan” bir ilim veya edebiyat eseridir²⁰. Buna karşılık, müzik eseri güfteli veya güftesiz bestedir. Bir başka deyişle sadece güfte müzik eseri değildir, dolayısıyla da müzik eseri olarak korunmayacaktır²¹.

1.2.3 Güzel Sanat Eserleri

FSEK 4. maddeye göre, estetik değeri olan; Yağlı ve sulu boya tablolar, her türlü resimler, desenler, pasteller, gravürler, güzel yazılar ve tezhipler, kazıma, oyma,

¹⁵ Bölüm 1.2.1.1.2.

¹⁶ Erel, s. 44.

¹⁷ Erel, s. 44, Tekinap, s. 115.

¹⁸ Öztan, s. 129, Tekinalp, s. 116.

¹⁹ Erel, s. 44, Öztan, s. 128, 129, Tekinalp, s. 115.

²⁰ Ahmet Kılıçoğlu, Sınai Haklara Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara, 2006, s. 130., Ateş, s. 208 vd.

²¹ Özge Erbek, Müzik Eserlerinin Umuma Açık Mahallerde Kullanılması, DEÜHFD, Cilt: 9, Özel Sayı, 2007, s. 851.

kakma veya benzeri usullerle maden, taş, ağaç veya diğer maddelerle çizilen veya tespit edilen eserler, kaligrafi, serigrafi, heykeller, kabartmalar ve oymalar, mimarlık eserleri, el işleri ve küçük sanat eserleri, minyatürler ve süsleme sanatı ürünleri ile tekstil, moda tasarımları, fotoğrafik eserler ve slaytlar, grafik eserler, karikatür eserleri ve her türlü tipler güzel sanat eserleridir.

Güzel sanat eseri olmanın ilk şartı estetik değere sahip olmasıdır. Bir kavram olarak “Estetik” ise toplumun bütünü tarafından kabul gören güzellik ifadesidir²². Estetik değere sahip olan her türlü tipler güzel sanat eseri olabilir. Bundan dolayı güzel sanat eserinin ne şekilde yapıldığı önem taşımaz²³.

Maddedeki sayım örnek kabilindendir²⁴. Bu sayılanlar dışındaki eserlerde güzel sanat eseri olabilecektir. Maddede sayılan eserler estetik niteliği taşımadıkları takdirde ise güzel sanat eseri sayılmayacaklardır²⁵.

1.2.4 Sinema Eserleri

FSEK 5. maddeye göre sinema eserleri; her çeşit estetik, bilimsel, öğretici veya teknik mahiyette olan veya günlük olayları tespit eden filmler veya sinema filmleri gibi, tespit edildiği materyale bakılmaksızın, elektronik veya mekanik veya benzeri araçlarla gösterilebilen, sesli veya sessiz, birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisidir.

Bu tanıma göre öncelikle birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisinin bulunması gerekmektedir. Resimler tek başlarına ifade ettiklerinden farklı bir anlam vermeleri ve bunun için birbirleri ile ilişkili ve belli bir sıra içinde olmaları gerekmektedir.

²² Ramazan Uslu, Türk Fikir ve Sanat Hukukunda “Eser” Kavramı, Ankara: Seçkin yayıncılık, 2003.

²³ Öztan, s. 134.

²⁴ Erel, s. 46.

²⁵ Yargıtay 11. HD’nin 1988/4668 E., 1989/1821 K., T. 21.03.1989 ; “...5846 s. FSEK’nun 4. maddesinin 5 nci fıkrasına göre, fotoğrafın Güzel Sanat eseri sayılabilmesi için bedii vasfı haiz olması gerekir. Bu itibarla bir fotoğraf üzerinde FSEK’na göre hak iddia edilmesi halinde öncelikle o fotoğrafın bedii vasfı haiz olup olmadığının tespiti gerekir... mahkemece yapılacak iş, Davacının hak iddia ettiği dava konusu iki fotoğrafın bedii vasfı haiz olup olmadığı, binnetice güzel sanat eseri sayılıp sayılmayacağının tespiti yolunda bu işlerden anlayanlar arasından seçilecek 3 kişilik bilirkişi heyetinden rapor alınarak, sonucuna göre bir karara varmaktan ibarettir.” Aynı yönde Yargıtay 11. HD’nin 2004/1469 E., 2004/10641 K., T. 01.11.2004, Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası veri Tabanı (05.01.2010).

Bu görüntü dizisi belli bir şekil içinde olmalıdır. Bu şekil sinema eserinin kalıcılığını ve gösterimini mümkün kılabilen nitelikte olmalıdır. Gösterimi mümkün olmayan bir görüntü dizisi sinema eseri sayılamayacaktır²⁶.

Bu niteliklere sahip görüntü dizisi onu yaratan kişinin fikri çabasının bir ürünü olmalıdır. Tek başına görüntüler dizisi eser sayılamaz. Eserin belli bir düzeye gelmesi ve sahibinin hususiyetini taşıması gerekmektedir²⁷. Bu özelliği taşımayan eserler sinema eseri sayılmazlar²⁸.

1.2.5 İşlenmeler ve Derlemeler

FSEK 6. maddeye göre bir eserden yararlanılarak oluşturulan ve bu esere göre bağımsız bir nitelik taşımayan fikir ve sanat ürünleri işlenmedir.

Maddede çeşitli eser türleri sayılmış ancak işlenme, eserlerin sayılanlarla sınırlı olmadığı belirtilmiştir.

İşlenme eserin ilk unsuru; işlenen bir eserin mevcut olmasıdır. İşlenen eserin FSEK hükümlerine göre eser niteliği taşıması gereklidir. Ancak korunup korunmaması önem taşımaz²⁹.

²⁶ Mustafa Ateş, Fikir ve Sanat Eserleri üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara: Seçkin yayınları, 2003, s. 71, Öztan, s. 146, 147, Tekinalp, 118, 119.

²⁷ Yargıtay 11. HD'nin 2005/354 E., 2006/915 K., T. 03.02.2006 ; "...Kural olarak telif ücretine hak kazanılması için eserin tamamlanmış ve teslim edilmiş olması gerekir. Bazı hallerde, eser tamamlanmamış olsa bile şayet belli bir düzeye gelmiş ve sahibinin hususiyetini taşıyorsa, bu taktirde FSEK 1/B. ve 5. maddesi anlamında "eser" olarak kabul edileceğinden; eser sahiplerinden olan yönetmen de telif ücretine hak kazanacaktır... davacının çekimlerini yaptığı ve tamamlanmamış olan üçüncü bölüm incelenerek; belli bir düzeye gelip gelmediği ve bu düzey itibariyle yönetmen davacının hususiyetini taşıyıp taşımadığı saptandıktan sonra bu bölüm için telif ücretine hükmedilmesi gereklidir..." <http://www.kazanci.com> (06.01.2010)

²⁸ Öztan, s. 148, Yalçın Tosun, Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009, s. 77, 163, 215-216; Ayrıca Yargıtay Futbol maçlarının eser sayıldığı görüşünderken; Yargıtay 11. HD., E., 1999/4188, K., 1999/5854, T. 28.6.1999; <http://www.kazanci.com> (06.01.2010), görüş değiştirerek E., 2005/13440 K., 2005/12765 T. 23.12.2005 kararı ile Futbol Maçlarının naklen yayınının eser olarak sınıflandırılması için hususiyet taşımadığını belirtmiştir. <http://www.legalbank.net/>(06.01.2010)

²⁹ Öztan, s. 160.

İşlenme eserin diğer unsuru ise işlemenin işleyenin hususiyetini taşımasıdır. Buradaki hususiyet, bir fikir ve sanat ürününün eser sayılabilmesi için aranan hususiyetten farklı değildir³⁰.

İşlenme eser asıl eserden bağımsız bir nitelik taşımamalıdır. Asıl eserin yapısını bozmayacak ve işlenme sebebiyle yapılması zorunlu olan değişiklikler dışında bir değişiklik yapılamayacaktır³¹.

FSEK 15/2. maddeye göre işlenme eser ile asıl eser arasındaki ilişkinin belirtilmesi şarttır. Bu ilişki, oluşturulan eserin işlenme olduğunun gösterilmesi ve asıl eser sahibinin belirtilmesi şeklinde gerçekleşecektir³².

İşlenmenin oluşması için asıl eser sahibinin onayı şart değildir³³. Asıl eser sahibinin onayı, işlenmeyi çoğaltmak ve/veya ticari olarak değerlendirilmek söz konusu olduğunda gerekmektedir³⁴.

FSEK 6/son maddesine göre işlenme eserler asıl eser sahibinin haklarına zarar vermemek ve işleyenin hususiyetini taşıma şartıyla eser sayılacaktır. Ancak doktrinde asıl eser sahibinin haklarına zarar vermemek şartının işlenme eserin eser sayılmasına değil, işleyenin, asıl eser sahibine karşı hukuki ve cezai sorumluluğuna ilişkin olduğu, işlenme eserin, eserin meydana gelmesiyle, kendiliğinden oluştuğu kabul edilmektedir³⁵.

İşlenme eser hem asıl eserin taşıdığı niteliği kaybetmeyecek, hem de işleyenin hususiyetini yansıtacaktır. İşlenme eser işleyenin fikri çabası sonucu meydana gelmiş olmalıdır³⁶.

³⁰Erel, s. 55, Öztan, s. 163.

³¹Erel, s. 54, Öztan, s. 163.

³²Öztan, s. 171.

³³Öztan, s. 170.

³⁴Tekinalp, s. 125, 126, 127.

³⁵Kılıçoğlu, s. 142, Öztan, s. 170, Tekinalp, s. 127.

³⁶Uslu, s. 152, Tekinalp, s. 126 – 127.

FSEK 1/B maddesine göre; Özgün eser üzerindeki haklar saklı kalmak kaydıyla, ansiklopediler ve antolojiler gibi içeriği seçme ve düzenlemelerden oluşan ve bir düşünce yaratıcılığı sonucu oluşan eserler derlemedir.

Derlemeler de işlenme eserler gibi sahibinin hususiyetini taşıyacaktı³⁷.

Derleme ile işlenme arasındaki fark; işlenme eserde asıl esere bağıllık şartı bulunmaktayken, derlemelerde böyle bir şart aranmamasıdır³⁸.

1.2.5.1 İşlenme Eser Çeşitleri

FSEK 6. maddede örnekleme olarak işlenme eser çeşitleri sayılmıştır. Madde metninde “başlıcaları” denilmek suretiyle belirtildiği gibi işlenme eserler sayılanlarla sınırlı değildir. Madde gösterilen işlenme eser örnekleri ise şunlardır:

1.2.5.1.1 Tercümele

Yazılı veya sözlü bir bilim ve/veya sanat eserinin ifade edildiği dilden başka bir dilde ifade edilmesi, tercümedir.

1.2.5.1.2 Roman, Hikaye, Şiir ve Tiyatro Piyesi Gibi Eserlerden Birinin

Bu Sayılan Nevilerden Bir Başkasına Çevrilmesi

Asıl eserin hususiyetini korumak kaydıyla; roman, hikaye, şiir ve tiyatro oyunu türleri, kendi içlerinde başka bir türe çevrilebilir.

³⁷ Tekinalp, s. 127.

³⁸ Ünal Tekinalp, “Derleme Eser, Düşünce Yaratıcılığı ve Bunun “Hususiyet” Üzerindeki Etkisi”, FMR 2005/1, s. 71., Derlemenin işlenme eser niteliğinde olduğu yolunda; Ateş, Fikir ve Sanat Eserleri üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 74.

1.2.5.1.3 Müzik, Güzel Sanatlar, Bilim ve Edebiyat Eserlerinin Film

Haline Sokulması veya Filme Alınmaya ve Radyo ve Televizyon İle Yayına Uygun

Bir Şekle Sokulması

Bu halde eser kendi türü içinde başka bir alttüre çevrilememekte, tamamen başka bir türe çevrilmektedir³⁹. Bu tür ise kanunun ifadesiyle; film veya filme alınmaya ve radyo ve TV ile yayına uygun bir şekildir. Bir romanın filme çekilmesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

1.2.5.1.4 Müzik Aranjman ve Düzenlemeleri

Aranjman; bestesi daha önceden yapılmış bir melodinin stilini muhafaza etmek şartıyla çeşitli enstrümanlara dağıtılarak yeniden düzenlenmesi ve bu sırada parçanın akışı ve armonizasyonunun yeniden yazılması, kısaca mevcut melodiye müzikal bir çeşitlilik kazandırmak anlamına gelmektedir⁴⁰.

1.2.5.1.5 Güzel Sanat Eserlerinin Bir Şekilden Diğer Şekillere Sokulması

Bir güzel sanat eserinin başka bir güzel sanat eseri türü haline getirilmesi halidir. Bir heykelin resmedilmesi, bu işleme türüne örnek olarak gösterilebilir. Yukarıda⁴¹ incelenen işleme eser türleri dışında kalan hallerde bu işleme türü sözkonusu olacaktır.

1.2.5.1.6 Külliyatlar

Külliyat; kanunun ifadesiyle, bir eser sahibinin bütün ve aynı cinsten olan eserlerinin bir araya konulması halidir. İşleme eser olarak kabul edilen, külliyata konu

³⁹Öztan, s. 174.

⁴⁰<http://tr.wikipedia.org/wiki/Aranjman> (23.09.2010)

⁴¹Bölüm; 1.2.5.1.2. ve 1.2.5.1.3.

olan eserler değil, bunların bir araya gelmiş hali olan külliyyattır. Külliyyatın oluşması için hususiyet aranmamaktadır⁴².

Külliyyatta korunan külliyyatın kendisidir. Külliyyatı oluşturan kişi külliyyat oluşturulması anlamında hak sahibi olmaz. Yalnızca oluşturduğu külliyyata ilişkin hak sahibidir. Başka birinin aynı eser sahibi eserlerine ilişkin külliyyat oluşturmaya engel olamaz⁴³.

1.2.5.1.7 Seçme ve Toplama Eserler

Ansiklopedi, antoloji, yıllıklar gibi belli bir amaca göre ve plan içerisinde eserlerin seçilerek düzenlemesi durumunda işleme eser sözkonusu olacaktır.

Seçme ve toplama eserin oluşması için öncelikle; seçilen ve toplanan şeylerin eser niteliğinde olması gerekir. Eser vasfı taşımayan fikir ve sanat ürünlerinden seçme ve toplama eser oluşturulamayacaktır. Bu duruma örnek olarak gazete ve magazinler gösterilebilir⁴⁴.

1.2.5.1.8 Henüz Yayımlanmamış Olan Bir Eserin Bilimsel Araştırma ve Çalışma Neticesinde Yayımlanmaya Elverişli Hale Getirilmesi

Bu halde henüz yayımlanmamış olan bir eser bilimsel bir araştırma ve çalışma sonucunda yayımlanmaya elverişli hale getirilmektedir. Bilinmeyen bir eserin bulunarak yayımlanması işleme değildir⁴⁵.

1.2.5.1.9 Başkasına Ait Bir Eserin Açıklaması veya Şerhi Yahut

Kısaltılması

Bir eserin açıklanması veya şerhi; “ondaki fikirleri daha geniş ve etraflı olarak yeni bir kalıba dökmektir”⁴⁶.

⁴²Öztan, s. 175.

⁴³Tekinalp, s. 128.

⁴⁴Öztan, s. 177, Tekinalp, s. 128.

⁴⁵Tekinalp, s. 129.

Bir eserin kısaltmasının işlenme eser niteliğinde sayılması için işleyenin hususiyetini taşıması gerekmektedir. Niteliği olmayan sadece nicelik açısından gerçekleştirilen kısaltmaların işlenme eser sayılması mümkün değildir⁴⁷.

1.2.5.1.10 Bilgisayar Programının Uyarlanması, Düzenlenmesi veya

Herhangi Bir Değişim Yapılması

Uyarlama; Bir bilgisayar programının yazıldığı yazım dilinden başka bir dile dönüştürülmesi, ya da programın kaynak kodundan objektif koda çevrilmesi yahut tersinin yapılmasıdır. Düzenleme; bilgisayar dilinde bağımsız programların veya program parçalarının birbirlerine bağlanması anlamına gelir. Herhangi bir değişiklik ise; FSEK 38. maddede yer alan ve kişisel kullanma için gerekli olan değişikliği aşan değişiklikleri kapsar⁴⁸.

1.2.5.1.11 Veri Tabanları

Veri; herhangi bir durumu, şartları veya değerleri ifade eden rakamlardan, alfabetik karakterlerden veya sembollerden oluşan ve bilgisayarda kullanılan bilgiler veya faktörler anlamına gelir⁴⁹. Veri tabanı ise; “herhangi bir şekilde kullanılmaya ve güncelleştirilmeye müsait olacak şekilde dosyalanmış veriler kümesidir”⁵⁰.

1.3 ESER SAHİPLİĞİ

1.3.1 Genel Olarak

FSEK 1/B. maddesine göre eser sahibi; eseri meydana getiren kişidir. Yine FSEK 8/1. maddesine göre eserin sahibi onu meydana getirendir. Yine FSEK 8/2. maddeye göre, bir işlemenin ve derlemenin sahibi, asıl eser sahibinin hakları saklı kalmak şartıyla onu işleyendir.

⁴⁶Nuşin Ayiter, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, 2. Bası, Ankara, 1981, s. 71.

⁴⁷Ayiter, s. 71, Öztan, s. 182.

⁴⁸Tekinalp, s. 130.

⁴⁹Tekinalp, s. 130.

⁵⁰Tekinalp, s. 130.

Eser yaratmak için fiil ehliyeti gerekmez, çünkü eser yaratma maddi fiildir, hukuki işlem niteliği taşımaz⁵¹.

Eser sahipliği ancak gerçek kişiler açısından mümkündür. Tüzel kişiler eser sahibi olamazlar⁵².

1.3.2 Müşterek Eser Sahipliği

FSEK 9. maddeye göre; birden fazla kişinin birlikte meydana getirdiği eser, kısımlara ayrılabilirse bunlardan her biri oluşturdukları kısmın sahibi sayılırlar. Bu durumda müşterek eser sahipliği sözkonusudur⁵³. Bu halde eserin kısımları bağımsız olabilmelidir. Bu bağımsız kısımların eserin bütünlüğünde ne derece önemli oldukları ve bu kısımların ayrılmasının eserin bütünlüğüne etkisi önem taşımaz⁵⁴.

Her biri eseri oluşturan kısımlar üzerinde ayrı ayrı hak sahibi olsalar da, müşterek eserin tamamı üzerindeki haklar eser sahiplerinin hepsine aittir. Bu haklar kural olarak birlikte kullanılacaktır. FSEK 9/2. maddeye göre eser sahiplerinden biri haklı bir sebep olmamasına rağmen karar alınmasına engel oluyorsa mahkeme bu konuda karar verir⁵⁵.

⁵¹ Öztan, s. 235, Tekinalp, s. 139.

⁵² Madde 4630 sayılı kanunla getirilmiş, 5101 sayılı kanunla da değişikliğe uğramıştır. 4630 sayılı kanunla; “eser sahibi eseri meydana getiren gerçek kişiyi ifade eder” şeklinde düzenlenmişken, anılan değişiklikle “gerçek” ibaresi metinden çıkarılmıştır. Doktrinde 4630 sayılı kanun değişikliğinden önce de, eser sahibinin gerçek kişi olduğu, tüzel kişilerin fikri bir faaliyeti olmayacağı için eser sahibi de olamayacakları kabul edilmekteydi. Bkz. Ersnt E. Hirsch, Hukuki Bakımdan Fikri Say, İkinci Cilt, İstanbul, 1943, s. 73-74; Ersnt E. Hirsch, Fikri ve Sınai Haklar , Ankara, 1948, s. 168-169; Halil Arslanlı, Fikri Hukuk Dersleri II, Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul, 1954, s. 61; Mustafa Reşit Belgesay Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul, 1956, s. 34-35; Ayiter, s. 90-91; Duygun Yarsuvat, Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, İstanbul, 1984, s. 78-79; Erel, s. 69-70., Öztan, s. 83, 234. Bununla birlikte, “İlk eser sahibi tüzel kişi ise, koruma süresi aleniyet tarihinden itibaren 70 yıldır” biçimindeki FSEK 27/4. madde halen yürürlüktedir. Bu konuda bkz. Tekinalp, s. 134.

⁵³ Öztan, s. 267, Tekinalp, s. 139.

⁵⁴ Ayiter, s. 99, Erel, s. 64, Öztan, s. 270.

⁵⁵ Öztan, s. 271, Tekinalp, s. 140.

1.3.3 İştirak Eser Sahipliği

FSEK 10. maddeye göre, birden fazla kimsenin iştirakiyle meydana getirilen eser ayrılmaz bir bütün oluşturuyorsa, eserin sahibi, onu meydana getirenlerin birliğidir. Bu durumda iştirak halinde eser sahipliği sözkonusudur⁵⁶.

İştirak halinde eser sahipliği adi şirket hükümlerine tabidir. Esere ilişkin hakların oybirliğiyle kullanılması gerekmektedir. FSEK 10/2. maddeye göre eser sahiplerinden biri haklı bir sebep olmamasına rağmen karar alınmasına engel oluyorsa mahkeme bu konuda karar verir⁵⁷. Ancak şahsa bağlı haklar olan esere ilişkin manevi haklar, diğer eser sahiplerinin haklarına tecavüz etmediği sürece tek başına kullanılabilir⁵⁸.

FSEK 8/3. maddesine göre sinema eserlerinde; yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı ve diyalog yazarı eserin birlikte sahibidirler. Canlandırma tekniğiyle yapılmış sinema eserlerinde, animatör de eserin birlikte sahipleri arasındadır⁵⁹.

1.3.4 Eser Sahipliği Hakkında Karineler

Eser, üzerinde sahibinin ismi gösterilip gösterilmemesine göre ikiye ayrılır.

Eserde, adı veya tanınmış müstearı kullanılan kimse FSEK 11. madde gereğince belirtilen eserde kural olarak o eserin sahibidir. Yine FSEK 11/2. madde gereğince kamuya açık yerlerde veya radyo-TV aracılığıyla verilen konferans veya temsillerde olağan bir şekilde eser sahibi olarak tanıtılan kimse o eserin sahibi sayılacaktır.

Eserde, sahibinin adı belirtilmemişse, FSEK 12. madde gereğince eseri yayımlayan, o da belli değilse, eseri çoğaltan, eser sahibine ait hak ve yetkileri kendi

⁵⁶Öztan, s. 258, Tekinalp, s. 139.

⁵⁷Öztan, s. 263, Tekinalp, s. 140.

⁵⁸Ayiter, s. 102, Erel, s. 62, Öztan, s. 264.

⁵⁹Öztan, s. 255.

adına kullanacaktır. Konferans ve temsillerde eser sahibinin belli olmaması halinde ise, konferansı verene veya temsili icra ettiren eser sahibinin hak ve yetkilerine sahiptir.

2. ESER SAHİBİNİN HAKLARI

2.1 Manevi Haklar

Eser sahibinin manevi hakları FSEK 14, 15, 16 ve 17. maddelerinde sayılmıştır. Sınırlı sayı ilkesinin⁶⁰ geçerli olduğu manevi haklar; eseri kamuya sunma hakkı, eser sahibi olarak tanıtılma hakkı, eserde değişiklik yapılmasını men etme hakkı ve sahibinin eserine ulaşma hakkıdır.

Süresiz olarak korunan, mirasa konu olamayan ve devredilemeyen manevi hakları kullanma yetkisi ise eser sahibinin isteğine göre veya kanun gereği devredilebilir⁶¹.

FSEK 19. maddeye göre; eser sahibi tarafından belirlenen kişi veya kişiler, eser sahibi tarafından tayin edilen vasiyeti tenfiz memuru, sağ kalan eş ile çocuklar ve mansup mirasçılar, ebeveynler, kardeşler manevi hakları kanunda belirtilen şartlar altında kullanabilirler. Ayrıca FSEK 19/son maddeye göre Kültür Bakanlığı ülke kültür bakımından önemli gördüğü eserler üzerindeki manevi hakları koruma süresi içinde kendi adına kullanabilecektir⁶².

2.1.1 Eseri Kamuya Sunma Hakkı

FSEK 14. maddeye göre bir eserin kamuya sunulup sunulmayacağını, sunulacaksa sunulma şeklini ve zamanını belirleme yetkisi münhasıran eser sahibine aittir.

⁶⁰Öztaş, s. 285, Tekinalp, s. 150, 151.

⁶¹Tekinalp, s. 151, 152, 166.

⁶²Erel, s. 241, 242, Öztaş, s. 288 – 292, Tekinalp, s. 166 – 168.

Eserin eser sahibinin kontrolü dışında kalan çevreye sunulması halinde eser kamuya sunulmuş sayılacaktır⁶³.

Kamuya sunma sadece bir kere gerçekleşen bir hukuki fiildir. Gerçekleştikten sonra geri alınması mümkün değildir⁶⁴.

Eseri kamuya sunma hakkının ne sınırı ne de istisnası vardır. FSEK 46. maddede yer alan “Devletin Faydalanma Selahiyeti” dahi bu hakka istisna oluşturmaz⁶⁵.

Doktrinde eserin ilk defa kamuya sunulması; ilk kamuya sunma olarak nitelendirilmiş, bundan sonraki gerçekleşen kamuya sunulmanın mali haklar çerçevesinde değerlendirileceği ileri sürülmüştür⁶⁶. Bu durumda bir yazılı eserin yeni izinsiz baskılarının yapılması halinde eser sahibi kamuya sunma hakkını ileri süremeyecek, ancak mali haklarını kullanabilecektir⁶⁷.

2.1.2 Eser Sahibi Olarak Tanıtılma Hakkı

FSEK 15. maddeye göre; eseri adı ile veya adsız olarak kamuya sunma veya yayımlama hakkı eser sahibine aittir.

Eserde eser sahibinin gösterilip gösterilmeyeceği, gösterilecekse bunun nasıl olacağı konusunda karar vermedek hak sahibi eser sahibidir⁶⁸.

Eserin, sahibi isteğiyle anonim yayınlanmış olması eser sahibinin adının belirtilmesini talep etme hakkına engel teşkil etmez. Ancak bu durumda, öncelikle kişinin eser sahibi olduğunu ispatlaması gerekir⁶⁹.

Eser sahibinin, sahibi olmadığı eserin sahibi olarak gösterildiği hallerde eser sahibi FSEK 15. madde hükmüne göre değil, TMK hükümlerine göre korunacaktır⁷⁰.

⁶³Öztan, s. 294.

⁶⁴Tekinalp, s. 153, 154, 155.

⁶⁵Tekinalp, s. 156.

⁶⁶Tekinalp, s. 153.

⁶⁷Öztan, s. 299.

⁶⁸Öztan, s. 306.

⁶⁹Tekinalp, s. 156.

FSEK 15/2. maddeye göre; “Birgüzel sanat eserinden çoğaltma ile elde edilen kopyelerle bir işlenmenin aslı veya çoğaltılmış nüshaları üzerinde asıl eser sahibinin ad veya alametinin, kararlaştırılan veya adet olan şekilde belirtilmesi ve vücuda getirilen eserin bir kopye veya işlenme olduğunun açıkça gösterilmesi şarttır.” Bu maddeyle güzel sanat eserinin orijinaliyle ile kopyasının ya da işlenmiş halinin karıştırılmasının önlenmesi amaçlanmıştır⁷¹.

Eserde, eser sahibinin adının belirtilmesi, her eser tipi için farklı şekillerde olur. Bu konu mimari eserler için özel olarak FSEK 15/4. maddede düzenlenmiştir. Buna göre; “Eser niteliğindeki mimari yapılarda, yazılı istem üzerine eserin görülen bir yerine eser sahibinin uygun göreceği malzeme ile silinmeyecek biçimde eser sahibinin adı yazılır.” Bu madde alelade mimari yapılar hakkında değil, eser niteliği taşıyan mimari yapılar üzerinde uygulanacaktır. Mimari yapının eser niteliği taşıyıp taşımadığı ise objektif olarak belirlenecektir⁷².

2.1.3 Eserde Değişiklik Yapılmasını Men Etme Hakkı

FSEK 16/1. maddeye göre ; Eser sahibinin izni olmadıkça eserde veya eser sahibinin adında kısaltmalar, ekleme ve başka değiştirmeler yapılamaz.

Maddenin ikinci fıkrasında ise eser sahibinin izni olmadan eserde yapılabilecek değişiklikler sayılmıştır. Buna göre; “Kanunun veya eser sahibinin müsaadesiyle bir eseri işliyen, umuma arzeden, çoğaltan, yayımlıyan, temsil eden veya başka bir suretle yayan kimse; işleme, çoğaltma, temsil veya yayım tekniği icabı zaruri görülen değiştirmeleri eser sahibinin hususi bir izni olmaksızın da yapabilir.”

Maddenin üçüncü fıkrasında ise eserde yapılacak değişikliğin sınırı belirlenmektedir. Buna göre; “Eser sahibi, kayıtsız ve şartsız olarak yazılı izin vermiş olsa bile şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her

⁷⁰Özta, s. 306, Tekinalp, s. 157, karşı görüş; Ayiter, s. 119, 120, Erel, s. 121.

⁷¹Özta, s. 313.

⁷²Erel, s. 120.

türlü değıştirilmeleri menedebilir. Menetme yetkisinden bu hususta sözleşme yapılmış olsa bile vazgeçmek hükümsüzdür.”

Kullanım ihtiyaçlarını karşılamak üzere inşa edilmiş mimari eserler söz konusu olduğunda, eserde değışiklik yapılmasını önleme yetkisi diğer güzel sanat eserlerinden daha esnek yorumlanmalıdır⁷³.

2.1.4 Eserine Ulaşabilme Hakkı

FSEK 17. maddede yer alan hükümle, eser sahibine, artık bir başkasının mülkiyetinde veya zilyetliğinde bulunan bir eserin aslının kendisine geçici olarak verilmesiniveya yararlanmasına izin verilmesini isteme hakkı tanınmaktadır⁷⁴.

Eser sahibine tanınan bu hak ancak “gerekli durumlarda” kullanılabilecektir. “Gerekli durum” kavramı ise geniş yorumlanmalıdır. Eser sahibinin eserin aslından yararlanma amacının ticari olup olmaması önem taşımaz⁷⁵.

Eserin aslına ulaşabilme hakkı yalnızca eserin aslıyla sınırlı kabul edilmeyecektir. Gerekli durumlarda eser sahibi eserin orijinalinin yanı sıra, çoğaltılmış nüshasına da ulaşabilme hakkına da sahiptir⁷⁶.

FSEK 17/2. maddeye göre eserin aslının sahibi olan kişi, eser sahibi ile yapmış olduğu sözleşme şartlarına göre; eseri bozmamak, yoketmemek ve eser sahibinin haklarına zarar vermemek üzere eser üzerinde tasarrufta bulunabilecektir.

2.2 Mali Haklar

2.2.1 Genel olarak

Mali haklar, eser sahibinin eser sahipliğinden doğan ve eserden ekonomik yönden yararlanma ve bunun şeklini belirleme imkanı sunan haklardır⁷⁷.

⁷³Öztan, s. 325, 326, Tekinalp, s. 159.

⁷⁴Tekinalp, s. 162.

⁷⁵Tekinalp, s. 163.

⁷⁶Erel, s. 131, Öztan, s. 339, 340.

Mali hakların konusu eserdir.

Mali hakların ilk sahibi eser sahibidir.

Mali haklar mirasa konu olabilirler, devredilebilirler, rehnedilebilir, hapis hakkına cebri icraya konu olabilirler⁷⁸.

Mali haklarda sınırlı sayı ilkesi geçerlidir⁷⁹.

Mali haklar birbirinden bağımsızdır.

2.2.2 İşleme Hakkı

FSEK 21. madde; "Bir eserden, onu işlemek suretiyle faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir." şeklindedir.

İşleme hakkı mutlak değildir, kamu yararı gerekçesiyle bir kısım sınırlamalar getirilmiştir.

FSEK 34/1. maddeye göre; resmen yayınlanan veya ilan olunan kanun, tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge ve kazai kararların işlenmesi eser sahibinin iznine tabi olmadığı gibi, FSEK 34/3. maddeye göre de; Eğitim ve öğretim amacıyla tahsis edilmek şartıyla, yayınlamış musiki, ilim ve edebiyat eserlerinden ve alenileşmiş güzel sanat eserlerinden amacın haklı göstereceği ölçüde iktibaslar yapılarak seçme ve toplama eserlerin meydana getirilmesi yani işlenmesi de serbesttir.

FSEK 38/2. maddeye göre; düşünüldüğü amaca uygun kullanımı için gerekli olduğu durumlarda ve sözleşmede belirleyici hükümlerin yokluğu halinde bilgisayar programının onu hukuki yollardan edinen kişi tarafından işlenmesi serbesttir.

⁷⁷Tekinalp, s. 168.

⁷⁸Tekinalp, s. 172.

⁷⁹Ayiter, s. 125, Erel, s. 134, Tekinalp, s. 169, 170.

2.2.3 Çoğaltma Hakkı

Çoğaltma hakkının düzenlendiğı FSEK 22/1. madde; “Bir eserin aslını veya kopyalarını, herhangi bir şekil veya yöntemle, tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak çoğaltma hakkı münhasıran eser sahibine aittir.” şeklindedir.

Çoğaltma; bir eserin maddi bir varlığa bağlanarak aynen tekrarlanmasıdır⁸⁰.

oğaltmanın ne şekilde yapıldığı, kaç nüsha çıkartıldığı önemli olmadığı gibi hangi amaçla yapıldığı da önem taşımaz⁸¹. Tek bir nüsha çıkartıldığı halde dahi çoğaltma vardır.

FSEK 22/2. maddeye göre; Bir mimari eserin plan, proje veya krokisi aynen kullanılarak, ikinci bir eser inşa edildiğı halde de çoğaltma vardır⁸².

FSEK 22/3. maddeye göre; “oğaltma hakkı, bilgisayar programının geçici çoğaltılmasını gerektirdiğı ölçüde, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiillerini de kapsar.”

FSEK 22/2. maddede yer alan çoğaltma teknikleri örnek olarak sayılmıştır⁸³. Bu sebeple maddede yer almayan yeni teknikler kullanılarak yapılan çoğaltmalar da maddenin kapsamında değerlendirilecektir⁸⁴.

Çoğaltma hakkı, diğ er mali haklardan bağımsız bir haktır⁸⁵.

⁸⁰ Ayiter, s. 128, Öztan, s. 355, 358.

⁸¹ Öztan, s. 356, 357.

⁸² Öztan, s. 358, 359.

⁸³ FSEK 22/2. madde şu şekildedir; “Eserlerin aslından ikinci bir kopyasının çıkarılması ya da eserin işaret, ses ve görüntü nakil ve tekrarına yarayan, bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca kayıt edilmesi, her türlü ses ve müzik kayıtları ile mimarlık eserlerine ait plan, proje ve krokilerin uygulanması da çoğaltma sayılır. Aynı kural, kabartma ve delikli kalıplar hakkında da geçerlidir.”

⁸⁴ Öztan, s. 361.

⁸⁵ Öztan, s. 355.

2.2.4 Yayma Hakkı

Yayma hakkının düzenlendiği FSEK 23/1. madde; “ Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak hakkı münhasıran eser sahibine aittir.” şeklindedir.

Eserin çoğaltılması, eseri yayıma hazırlayan bir aşama olmasına rağmen, çoğaltmanın yayma ile sonuçlanması şart değildir⁸⁶. Ancak çoğaltma hakkının devri kural olarak yayma hakkının da devrini içerir. İstisna olan aksi durum ancak sözleşmede yer alacak açık bir hükümden ya da somut olayın şartlarından anlaşılabilecektir⁸⁷.

Yaymanın ticari amaçlı olup olmadığı önemli değildir⁸⁸.

Yaymanın hangi şekilde yapılacağı FSEK 23/1. maddede ; “kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkartmak veya diğer yollarla”, denilmek suretiyle belirtilmiştir.

2.2.5 Temsil Hakkı

Temsil hakkının düzenlendiği FSEK 24/1. madde; “ Bir eserden, doğrudan doğruya yahut işaret, ses veya resim nakline yarıyan aletlerle umumi mahallerde okumak, çalmak, oynamak ve göstermek gibi temsil suretiyle faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir.” şeklindedir.

Temsil hakkı yalnızca eser sahibine tanınmış bir haktır⁸⁹.

Temsilin ne şekilde olacağı; doğrudan doğruya yahut işaret, ses veya resim nakline yarıyan aletlerle kamuya açık yerlerde okumak, oynamak, çalmak veya göstermek, denilmek suretiyle örnekleme yoluyla gösterilmiştir. Ancak temsil sadece maddede yer alan örneklerle sınırlı değildir⁹⁰.

⁸⁶Özta, s. 362, Tekinalp, s. 173.

⁸⁷Tekinalp, s. 173, 175.

⁸⁸İlhami Güneş, Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2008, s, 112.

⁸⁹Komşu hak sahiplerine yer verilmemenin, onların hak sahibi olmadığı anlamına gelmeyeceğine dair; Tekinalp, s. 109, Erel, s. 131.

⁹⁰Ayiter, s. 136, 137, Erel, s. 1520, Özta, s. 377.

FSEK 24/3. maddede göre temsil hakkı ancak eser sahibinin ya da eser sahibi bir meslek birliğine üye olması halinde, üye olduğu meslek birliğinin, yetki belgesinde belirtilen esaslar çerçevesinde, yazılı izni ile kullanılabilir.

2.2.6 İşaret, Ses ve/veya Görüntü Nakline Yarayan Araçlarla Kamuya

Sunma Hakkı

FSEK 25/1. madde; “ Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayınlanması ve yayınlanan eserlerin bu kuruluşların yayınlarından alınarak başka yayın kuruluşları tarafından yeniden yayınlanması suretiyle umuma iletilmesi hakkı münhasıran eser sahibine aittir.” şeklindedir.

Buna göre eser sahibi; eserin veya çoğaltılmış nüshalarının, telli veya telsiz yayın yapan kuruluşları vasıtasıyla veya işaret, ses ve veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayınlanması, yayınlanan eserlerin bu kuruluşların yayınlarından alınarak başka yayın kuruluşları tarafından yeniden yayınlanmak suretiyle kamuya sunma hakkına tek başına sahiptir.

FSEK 25/2. maddeye göre ; “ eserin aslı yada çoğaltılmış nüshalarının telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılması veya sunulması ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda eserine erişimini sağlamak suretiyle umuma iletilmesine izin vermek veya yasaklamak” hakkı da eser sahibine aittir.

Temsil hakkıyla ilgili sınırlamalar, temsil hakkının bir türü olduğu için, işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla kamuya sunma hakkı için de geçerli olacaktır⁹¹.

⁹¹Erel, s. 159.

2.2.7 Pay ve Takip Hakkı

FSEK 45/1. madde; “ Mimarî eserler hariç olmak üzere, bu Kanunun 4 üncü maddesinde sayılan güzel sanat eserlerinin asılları ile eser sahibinin kendisinin sınırlı sayıda meydana getirdiği veya eser sahibinin kontrolünde ve izniyle meydana getirilmiş ve eser sahibi tarafından imzalanmış veya başka bir şekilde işaretlenmiş olmaları nedeniyle özgün eser olduğu kabul edilen kopyaları, 2 nci maddenin (1) numaralı bendinde ve 3 üncü maddede sayılıp da yazarlarla bestecilerin el yazısıyla yazılmış eserlerinin asıllarından biri, eser sahibi veya mirasçıları tarafından bir defa satıldıktan sonra, koruma süresi içinde, bir sergide veya açık arttırmada yahut bu gibi eşyayı satan bir mağazada veya başka şekillerde satış konusu olarak el değiştirdikçe, bu satış bedeli ile bir önceki satış bedeli arasında açık bir nispetsizlik bulunması halinde, her satışta, satışı gerçekleştiren gerçek veya tüzel kişi, bedel farkından münasip bir payı eser sahibine, o ölmüşse miras hükümlerine göre ikinci dereceye kadar (ve bu derece dahil) yasal mirasçılarına ve eşine, bunlar da yoksa ilgili alan meslek birliğine Bakanlar Kurulunca çıkarılacak bir kararname ile belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde ödemekle yükümlüdür.” şeklindedir.

Buna göre FSEK 4. maddede sayılan mimari eser dışındaki güzel sanat eserleri takip hakkından yararlanacaktır.

Eser sahibinin takip hakkı kazanabilmesi için, eserin orijinalinin ve özgün sayılabilecek kopyalarının satışı gerçekleşmelidir. Eser, eser sahibi veya mirasçıları tarafından satış dışında bir tasarrufla üçüncü şahsın eline geçtiği takdirde takip hakkı doğmaz.

Takip hakkının kullanılabilmesi için, eserin aslı satış yoluyla devredildikten sonra, bir daha ki satışların, bir sergide veya açık arttırmada veya bu gibi eşyayı satan bir mağazada veya başka şekillerde gerçekleşmesi gerekir.

Takip hakkı ancak koruma süresi içerisinde kullanılabilir. Bu süre eserin alenileştiği veya alenileşmiş sayılacağı tarihten başlayacaktır. Eser sahibinin ölümü

halinde, süre ölüm tarihinden başlayacaktır. Koruma süresi ise eser sahibinin yaşadığı sürece ve ölümünden sonra 70 yıl boyunca devam eder.

Takip hakkı ancak eserin ilk satışı ile bir sonraki satışları arasında açık orantısızlık bulunması halinde talep edilebilecektir.

Ödenecek pay oranına ilişkin kararname 2006 yılında yayınlanmıştır⁹².

FSEK 45/5. maddeye göre takip hakkından doğan alacak beş yılda zamanaşımına uğrayacaktır.

3. ESER SAHİBİNİN HAKLARI İLE BAĞLANTILI HAKLAR

3.1 Bağlantılı Hak Kavramı

FSEK 1/B/j maddede yer alan tanıma göre, bağlantılı haklar ; “Eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla komşu hak sahipleri ile filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcılarının sahip oldukları haklar..”dır.

Bağlantılı haklar fikri haklara yakın, benzer veya komşu olarak kabul edilen bazı hak konuları düşünülerek benimsenen, icracı sanatçılar, fonogram yapımcıları, radyo televizyon kuruluşları ve film yapımcılarının kendi ürünleri üzerindeki hakları ifade eder⁹³.

Bağlantılı haklar, komşu haklar ve film yapımcılarının hakları olarak ikiye ayrılır.

3.2 Komşu Haklar

FSEK 80/1. madde ; “Eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla ve eser sahibinin izniyle bir eseri özgün bir biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden sanatçıların, bir icra ürünü olan

⁹²<http://rega.basbakanlik.gov.tr/eskiler/2006/09/20060927-3.htm> (01.10.2010)

⁹³Erel, s. 164.

veya sair sesleri ilk defa tespit eden fonogram yapımcıları ile radyo-televizyon kuruluşlarının aşağıda belirtilen komşu hakları vardır.” şeklindedir.

Buna göre icracı sanatçılar, fonogram yapımcıları, radyo - TV kuruluşları komşu hak sahipleridir.

3.2.1 İcracı Sanatçılar ve Hakları

Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliği’nin 4/b. maddesine göre icracı sanatçılar; “Sanat eserleri ile folklor eserlerini özgün biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden oyuncular, ses sanatçıları, müzisyenler, dansçılar ve diğer kişiler” dir.

İcranın gerçekleşmesi için öncelikle bir eserin varolması gerekir. İcracı sanatçı bu eseri yorumlayarak icra eder. Bundan dolayı eser niteliği taşımayan sirk gösterileri, buz hokeyi, salon ve futbol karşılaşmalarında yer alan kimseler icracı sanatçı sayılmazlar⁹⁴.

İcra üçüncü kişiler için algılanabilir olmalıdır. Yalnız olarak veya bir başkasına sunma olmaksızın birlikte, topluca yapılan icralar kanunun korumasından faydalanamazlar⁹⁵.

Yalnızca gerçek kişiler icracı sanatçı olabilirler⁹⁶.

İcranın korunma sebebi sanatsal bir faaliyet olmasıdır. Sadece teknik olarak icraya katkıda bulunanlar icracı sanatçı sayılamazlar⁹⁷.

İcracı sanatçının gerçekleştirdiği icranın özgün olması gerekmektedir. Alelade icralar korumadan faydalanamazlar.

⁹⁴ Ateş, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 215, Tekinalp, s. 257, 258.

⁹⁵ Arkan, s. 51, Öztan, s. 712.

⁹⁶ Azra Arkan, Mukayeseli Hukuk, Uluslararası Düzenlemeler ve Türk Fikri Hukuk Alanında Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar (İcracı Sanatçıların, Fonogram Yapımcılarının, Radyo/Televizyon Kuruluşlarının ve Film Yapımcılarının Hakları ve Korunmaları), İstanbul, 2005, s. 44., Öztan, s. 714.

⁹⁷ Arkan, s. 44, 45.

Sınırlı sayı ilkesinin geçerli olduğu icracı sanatçıların mali ve manevi hakları mutlak hak niteliği taşımaktadırlar⁹⁸.

İracı sanatçıların manevi hakları; icra sahibi olarak tanıtılmayı talep hakkı ve icranın kendi itibarını ve şerefini zedeleyebilecek şekilde tahrif edilmesini ve bozulmasını önlemesini talep hakkıdır.

FSEK 80/1/A-2 maddesi ; “..iracı sanatçı, bu icranın tespit edilmesine, bu tespitin çoğaltılmasına, satılmasına, dağıtılmasına, kiralanmasına ve ödünç verilmesine, işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletimine ve yeniden iletimine ve temsiline izin verme veya yasaklama hususunda münhasıran hak sahibidir. İracı sanatçıların ancak yazılı izni halinde bu haklar bir başkası tarafından kullanılabilir.” şeklindedir. Maddeyle icracı sanatçıya tanınan hak mali haktır.

Buna göre icracı sanatçı, icranın tespit ettirilmesi, tespit edilmiş icranın satılması, dağıtılması, kiralanması, ödünç verilmesi, işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla kamuya sunulması ve temsiline izin verme veya yasaklama hakkına sahiptir.

FSEK 80/1/A-3 maddesi ; “İracı sanatçı, yurt içinde henüz satışa çıkmamış veya başka yollarla dağıtılmamış tespit edilmiş icralarının, aslı veya çoğaltılmış nüshalarının satış yoluyla veya diğer yollarla dağıtılması hususunda izin verme veya yasaklama hakkına sahiptir.” şeklindedir. Maddeyle icracı sanatçıya tanınan hak mali haktır.

FSEK 80/1/A-5 maddesine göre icracı sanatçılar mali haklarını yapımcılara sözleşmeyle devredebilirler.

⁹⁸Öztan s. 715, Tekinalp, s. 258, 259.

3.2.2 Fonogram Yapımcıları ve Hakları

FSEK 1/B-f maddesine göre fonogram; “Sinema eseri gibi görsel-işitsel eserler içindeki ses tespitleri hariç olmak üzere, bir icrada yer alan seslerin veya diğer seslerin veya ses temsillerinin tespit edildiği ses taşıyıcısı fiziki ortamı.. ifade eder.”

Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliği’nin 4/c. maddesine göre fonogram yapımcısı; “Ses taşıyıcısı yapımcısı, sözlü ya da sözsüz tüm seslerin ilk tespitini yapan, bu durumun hukuksal sorumluluğunu üstlenen gerçek ya da tüzel kişiyi ifade eder.”

Buna göre hem gerçek hem tüzel kişiler fonogram yapımcısı olabilir.

Fonogram yapımcısı, bir ses icrasını ilk kez tespit etmelidir. İlk kayıttan sonraki çoğaltmaları yapan fonogram yapımcısı sayılmaz⁹⁹.

Fonogram yapımcısı, yapım için gerekli organizasyonu ve teknolojiyi sağlamalıdır. Ancak tespit yapıldığı teknolojinin eski veya olmasının önemi yoktur¹⁰⁰.

FSEK 13/3. maddesi ; “..seslerin ilk tespitini gerçekleştiren fonogram yapımcıları, hak ihdas etmek amacı taşımaksızın, sahip oldukları hakların ihlâl edilmemesi, hak sahipliklerinin belirlenmesinde ispat kolaylığı sağlanması ve malî haklara ilişkin yararlanma yetkilerinin takip edilmesi maksadıyla, sinema ve müzik eserlerini içeren yapımlarının kayıt ve tescilini yaptırırlar.” şeklindedir.

Fonogram yapımcısına yalnızca mali haklar tanınmıştır. İcracı sanatçıdan farklı olarak manevi hak tanınmamıştır.

Fonogram yapımcısının mali hakları mutlak hak niteliğindedir.

FSEK 80/1/B. maddesi ;

⁹⁹Öztan, s. 729.

¹⁰⁰Öztan, s. 731.

“ (1)Eser sahibinin ve icracı sanatçının izni ile yapılan tespitin, doğrudan veya dolaylı olarak çoğaltılması, dağıtılması, satılması, kiralanması ve kamuya ödünç verilmesi hususlarında izin verme veya yasaklama hakları münhasıran fonogram yapımcısına aittir. Yapımcılar tespitlerinin işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletimine ve yeniden iletimine izin verme hususunda münhasıran hak sahibidir.

(2) Fonogram yapımcısı, yurt içinde henüz satışa çıkmamış veya başka yollarla dağıtılmamış tespitlerinin aslının veya çoğaltılmış nüshalarının satış yoluyla veya diğer yollarla dağıtılması hususunda izin verme ve yasaklama hakkına sahiptir.

(3) Fonogram yapımcısı, icraların tespitlerinin telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılmasına veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda tespitlerine ulaşılmasını sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkına sahiptir. Umuma iletim yoluyla tespitlerin dağıtım ve sunulması yapımcının yayma hakkını ihlal etmez.” şeklindedir.

İcracı sanatçılarda olduğu gibi açık bir düzenleme olmamasına rağmen fonogram yapımcısı mali haklarını devredebilir¹⁰¹.

3.2.3 Radyo ve Televizyon Kuruluşları

FSEK 80/1/C. maddesi ile radyo ve televizyon kuruluşları, yapmış oldukları yayınlar üzerinde hak sahibi sayılmışlardır.

Hakkın konusu radyo veya televizyonla yapılan yayındır.

Yayının mutlaka eser olması gerekmemektedir. Herhangi bir program, haber bülteni, canlı yayınlarda FSEK 80. madde anlamında yayındır. Eğer yayın eser niteliği de taşıyorsa, ayrıca korunacaktır¹⁰².

¹⁰¹Özta, s. 735.

¹⁰² Eylem Apaydın, Fikir Haklarına Komşu Haklar, FMR, C.1, S.4, 2001 s. 96, Özta, s. 738, Tekinalp, s. 265, aksi görüş; Arkan, s. 175.

Radyo ve televizyon kuruluşları, gerçekleştirdikleri yayınlar üzerinde mali hak sahibidirler. Herhangi bir manevi hakları bulunmamaktadır. Mali hakları ise FSEK 80/1/C. maddesine göre şu şekilde sıralanabilir;

(1) Yayınlarının tespit edilmesine, diğer yayın kuruluşlarınca eş zamanlı iletimine, gecikmeli iletimine, yeniden iletimine, uydu veya kablo ile dağıtımına izin verme veya yasaklama,

(2) Özel kullanımlar hariç olmak üzere, yayınlarının herhangi bir teknik veya yöntemle, doğrudan veya dolaylı bir şekilde çoğaltılmasına ve dağıtımına izin verme veya yasaklama,

(3) Yayınlarının umuma açık mahallerde iletiminin sağlanmasına izin verme veya yasaklama,

(4) Tespit edilmiş yayınlarının, gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda yayınlarına ulaşılmasını sağlamak suretiyle umuma iletimine izin verme,

(5) Haberleşme uyduları üzerindeki veya kendilerine yöneltilmiş olan yayın sinyallerinin diğer bir yayın kuruluşu veya kablo operatörü veya diğer üçüncü kişiler tarafından umuma iletilmesi ve şifreli yayınlarının çözülmesine ilişkin izin verme veya yasaklamadır.

3.3 Film Yapımcıları ve Hakları

Film yapımcısı; bir sinema eserini, sermayesi ve örgütlenme gücü ve yeteneğiyle meydana getirerek, filme (şerit üzerine) tespit eden gerçek veya tüzel kişidir¹⁰³.

Bir sinema eserinde olağan şekilde adı bulunan gerçek veya tüzel kişi, aksine kanıt bulunmadıkça, filmin ilk tespitini gerçekleştiren yapımcı olarak kabul edilir.

¹⁰³Arkan, s. 204, Tekinalp, s. 265.

Korumanın konusu ilk tespittir. İlk tespit filmin negatifinin elde edilmesiyle gerçekleşmiş olur¹⁰⁴.

Sınırlı sayı ilkesininin geçerli olduğu mali haklar FSEK 80/2. maddede şu şekilde sıralanmıştır;

“(1) Eser sahibinin ve icracı sanatçının izni ile yapılan tespitin, doğrudan veya dolaylı olarak çoğaltılması, dağıtılması, satılması, kiralınması ve kamuya ödünç verilmesi hususlarında izin verme veya yasaklama hakları münhasıran film yapımcısına aittir. Yapımcılar tespitlerinin işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletimine ve yeniden iletimine izin verme hususunda münhasıran hak sahibidir.

(2) Film yapımcısı, yurt içinde henüz satışa çıkmamış veya başka yollarla dağıtılmamış film tespitlerinin aslının veya çoğaltılmış nüshalarının satış yoluyla veya diğer yollarla dağıtılması hususunda izin verme ve yasaklama hakkına sahiptir.

(3) Film yapımcısı, film tespitlerinin telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılmasına veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda tespitlerine ulaşılmasını sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkına sahiptir. Umuma iletim yoluyla tespitlerin dağıtım ve sunulması yapımcının yayma hakkını ihlal etmez.”

Film yapımcısının izninin yazılı olması zorunludur.

¹⁰⁴Özta, s. 747.

İKİNCİ BÖLÜM

MANEVİ, MALİ VEYA BAĞLANTILI HAKLARA TECAVÜZSUÇU

1. Genel Olarak

Manevi, Mali veya Bağlantılı haklara tecavüz suçu, 5728 sayılı kanunla değişik 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun “Hukuk ve Ceza davaları” başlıklı beşinci bölümünün “Ceza davalarını” düzenleyen B kısmında yer alan ilk suç olarak 71. maddede düzenlenmiştir. Madde metni şu şekildedir;

“Bu Kanunda koruma altına alınan fikir ve sanat eserleriyle ilgili manevi, mali veya bağlantılı hakları ihlal ederek:

1. Bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın işleyen, temsil eden, çoğaltan, değiştiren, dağıtan, her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma ileten, yayımlayan ya da hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri satışa arz eden, satan, kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yayan, ticarî amaçla satın alan, ithal veya ihraç eden, kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran ya da depolayan kişi hakkında bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adlî para cezasına hükmolunur.

2. Başkasına ait esere, kendi eseri olarak ad koyan kişi altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezasıyla cezalandırılır. Bu fiilin dağıtmak veya yayımlamak suretiyle işlenmesi hâlinde, hapis cezasının üst sınırı beş yıl olup, adlî para cezasına hükmolunamaz.

3. Bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunan kişi altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezasıyla cezalandırılır.

4. Hak sahibi kişilerin izni olmaksızın, alenileşmemiş bir eserin muhtevası hakkında kamuya açıklamada bulunan kişi, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

5. Bir eserle ilgili olarak yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak gösteren kişi, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

6. Bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı, tanınmış bir başkasının adını kullanarak çoğaltan, dağıtan, yayan veya yayımlayan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılır.

Bu Kanunun ek 4 üncü maddesinin birinci fıkrasında bahsi geçen fiilleri yetkisiz olarak işleyenler ile bu Kanunda tanınmış hakları ihlâl etmeye devam eden bilgi içerik sağlayıcılar hakkında, fiilleri daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

Hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı satışa arz eden, satan veya satın alan kişi, kovuşturma evresinden önce bunları kimden temin ettiğini bildirerek yakalanmalarını sağladığı takdirde, hakkında verilecek cezadan indirim yapılabileceği gibi ceza vermekten de vazgeçilebilir.”

Söz konusu madde ile fikri mülkiyet haklarının ihlali halinde hak sahiplerine sağlanan hukuki korumanın yanı sıra cezai koruma da düzenlenmesi, sözkonusu ihlalin kendi başına “haksız eylem” olmalarından da kaynaklanmaktadır¹⁰⁵.

5728 sayılı kanun öncesinde manevi hak ihlalleri ile mali hak ihlalleri ve bağlantılı hak ihlalleri farklı maddelerde düzenlenmişken sözkonusu kanun değişikliği ile bu suçlar tek bir maddede olarak toplanmış ve özellikle cezai yaptırımlar yönünden esaslı değişiklikler yapılmıştır. Yapılan değişikliklerin ana amacı 5846 sayılı Kanunu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile uyumlu hale getirmektir¹⁰⁶.

Kanun değişikliği ile getirilen yenilikleri özetlemek gerekirse;

¹⁰⁵ İlhami Güneş, 5728 Sayılı Yasa Sonrası Mali, Manevi Hak ve Bağlantılı Hak İhlalleri, Legal FSHD C. 44, s. 14, 2008, s. 342.

¹⁰⁶ Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss56.pdf> (04.02.2010), s. 25 vd., 5252 sayılı “Türk Ceza Kanununun Yürürlük Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun”un geçici 1. maddesine göre ; “Diğer kanunların, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapıncaya ve en geç 31 Aralık 2008 tarihine kadar uygulanır.”

5728 sayılı yasa öncesinde manevi haklara tecavüz ve mali haklara tecavüz ayrımı esas alınmışken, sözkonusu yasa değişikliği ile; koruma altına alınan malî ve manevi haklara tecavüz fiillerinin iç içe bir nitelik taşıması ve aynı fiilin iki ayrı suç olarak nitelendirilmesinin suç politikası ilkeleriyle bağdaşmayacağı gerekçesiyle sözkonusu fiiller, her bir fiil ayrı ayrı bir suç oluşturmak kaydıyla, tek bir maddede toplanmıştır.

Yeni metinde “eser sahibinin mali haklarına tecavüz” ve “eser sahibinin manevi haklarına tecavüz” ayrımından vazgeçilerek, bağlantılı hak sahiplerinin aynı tipte haklarına tecavüz halleri de eklenerek tek bir maddede suç tanımlaması yapılmıştır.

Önceki düzenlemede suç konusu olarak yalnızca “eser” belirtilmişken, 5728 sayılı yasa ile “icra”, “fonogram” ve “yapım” da koruma altına alınmış, bunun sonucu olarak da sözkonusu hakların sahiplerine de cezai koruma sağlanmış, ancak bağlantılı hak sahiplerinden radyo - TV yayıncıları koruma dışında bırakılmıştır.

5728 sayılı yasa öncesi 71., 72. ve 73. maddelerde suçun manevi unsuru olarak kasıt düzenlenmişken, yasa değişikliği ile kasıt ibaresi maddede yer almamıştır. Bunun sebebi 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK ile ceza sorumluluğunun esasını oluşturan kusurlulukta, kast (TCK m.21) ve taksirli (TCK m.22) hareketin cezalandırılacağı öngörülmesidir. TCK 22/1. maddede yer alan; “Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hâllerde cezalandırılır.” şeklindeki düzenlemeye paralel olarak, gereksiz hale gelen “kasıt” kelimesi madde metninden çıkartılmıştır.

5728 sayılı yasa değişikliğinden önce failliği özel olarak düzenleyen ve tüzel kişiler hakkında da cezai sorumluluk öngören FSEK 74.madde yürürlükten kaldırılmıştır.Bu durumda 5237 sayılı TCK’da yer alan faillîğe ilişkin genel düzenleme maddede yer alan suçlar içinde geçerli olacaktır.

5728 sayılı yasa ile bazı suçların cezalarının alt ve üst sınırlarının değiştirilmiş, aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere genel olarak cezaların indirilmesi yoluna gidilmiştir.

5728 sayılı yasa değişikliğinden önce FSEK 75/son maddesinde yer alan tekerrüre ilişkin özel düzenleme yeni metinde yer almamıştır. Bu durumda 5237 sayılı TCK’nın 58. maddesinde yer alan genel düzenleme bu maddede yer alan suçlar içinde uygulanacaktır.

5728 sayılı yasa değişikliğinden önce FSEK 72/1. maddede düzenlenen suç tipi Anayasa’nın 38/8. maddesinde yer alan ; “Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz.” hükmüne aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle yeni metinde yer almamıştır.

5728 sayılı yasa değişikliği ile; 5237 sayılı TCK’daki düzenlemeye paralel olarak, FSEK 71/son madde hükmü ile etkin pişmanlık haline yer verilmiştir.

2. Korunan Hukuki Yarar

Suçla korunan hukuksal değer ; eser sahibinin ve bağlantılı hak sahiplerinin mali hakları ile eser sahibi ve bağlantılı hak sahiplerinden yalnızca icracı sanatçının manevi haklarıdır.

Mali açıdan suç kabul edilen fiiller; hak sahibi saydığı kişilerin üzerinde hak sahibi oldukları ve bir malvarlığı unsuru olan eser, icra, fonogram veya yapımdan doğan mali hakları azaltmaya veya tamamen yok etmeye yönelik fiillerdir. Suç işlendiği takdirde, hak sahibi mali hakkından istediği ölçüde veya hiç yararlanamayacaktır. Bu nedenle mali haklara tecavüz eden fiiller malvarlığına aleyhine işlenen suçlar kategorisine girmektedir¹⁰⁷.

Manevi haklara tecavüz halinde oluşan suçlarda ise; eser ya da icra üzerinde manevi hakkı bulunan hak sahibinin manevi hakkını ihlal eden bir eylemin varlığı

¹⁰⁷Engin Erdil, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu şerhi, 3. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009, s. 1431, Teknail Özderiyol, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda düzenlenen Suçlar, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2006, s. 128. YÖK Ulusal Tez Merkezi Veri Tabanı, (05.01.2010).

sözkonusudur. Bu nedenle manevi haklara tecavüz eden fiiller kişiler aleyhine işlenen suçlar kategorisine girmektedir¹⁰⁸.

3. Suçun Unsurları

3.1 Tipiklik

“Tipiklik suç sayılan fiilin ceza normundaki soyut tasviridir”¹⁰⁹. Suçtan söz edilebilmesi için, öncelikle suça konu fiilin kanunda cezai yaptırıma bağlanmış olması gerekir.

Buna göre, bir fiilin suç sayılması, söz konusu fiilin ceza kanundaki tarife yani model veya tipe uygun olması şartına bağlıdır.

3.2 Maddi Unsurlar

Suçun varlığı için kanunda öngörülmüş tipe uygun bir fiilin bulunması aynı zamanda suçun maddi unsurunu meydana getirir.

Maddi unsurlar üç öğreden oluşur; hareket, netice ve hareketle netice arasındaki nedensellik bağı.

Hareket ; failin dış dünyada değişiklik meydana getirmeye yönelmiş olumlu veya olumsuz, icrai ya da ihmali davranışdır.

Netice; hareket sonucu dış dünyada bir değişiklik olmasıdır.

Nedensellik bağı; failin cezalandırılabilmesi için failin hareketi ortaya çıkan netice arasındaki ilişkidir. Ortaya çıkan netice failin fiilinden kaynaklanmış olmalıdır. Nedensellik bağı doğal bir olgudur¹¹⁰.

¹⁰⁸Erdil, s. 1453, Özderiyol, s. 91.

¹⁰⁹Mehmet Emin Artuk - Ahmet Gökçen - Ahmet Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. baskı., Ankara: Turhan Kitabevi, 2009, s. 229.

¹¹⁰Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 236.

3.2.1 Fiil

Fiil, kanunda yazılı suçun tanımına uyan insan hareketidir. Ceza hukukunun önem verdiği hareket, kanunun suç saydığı bir neticeye yönelmiş olan harekettir. Suç ancak bir hareket neticesinde gerçekleşir. Hareketsiz suç olmaz. Kişinin iç dünyasındaki düşüncesi dış dünyaya yansımakça ceza hukuku anlamında hareket kavramından bahsedilemez. Hareket iradi ve neticeyi gerçekleştirmeye yönelen bir hareket olmalıdır¹¹¹.

Suçlar fiilin niteliğine göre ayrıma tutulmaktadır. Bu ayrım;

Hareketin sayısına göre; tek hareketli, birden fazla hareketli, seçimlik hareketli ve itiyadi,

hareketin şekline göre; icrai, ihmali, ihmal suretiyle icrai,

hareketin önemine göre; serbest, bağlı,

icranın süreklilik arzedip arzetmemesine göre; ani, mütemadi

hareketin sonucuna göre ; sırf hareket suçları, neticeli suçlar şeklindedir¹¹².

İnceleme konusu manevi, mali, bağlantılı haklara tecavüz suçu hareketin ne şekilde veya araçlarla olacağı konusunda kesin bir sınır çizilmediğinden dolayı *serbest hareketli* bir suçtur¹¹³. Hareketlerden birinin yapılması ile netice de meydana geleceği için, aynı zamanda seçimlik hareketli suçtur¹¹⁴. Hareketin yapılmasıyla suç tipinin ihlali gerçekleştiğinden *hareketsuçu*dur. Suçun tamamlanması için zararın oluşması aranmamaktadır. Hareketin yapılması yeterlidir. Bu nedenle, suç *tehlike suçu* niteliğindedir.

¹¹¹Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 237 vd.

¹¹²Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 256 vd.

¹¹³Erdil, s. 1402 vd., Ahmet Caner Yenidünya, 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda düzenlenen Manevi ve Mali Haklara Tecavüz Suçları, EÜHFD, 2006, Cilt X, Sayı: 3-4, s. 261.

¹¹⁴Yenidünya, s. 261.

3.2.1.1 Manevi Haklara Tecavüz Suçu

3.2.1.1.1 İzinsiz Olarak Eserin, İcranın, Fonogramın veya Yapımın

Değiştirilmesi (FSEK m.71/b.1)

FSEK 16. maddesine göre, eser sahibi eserde değişiklik yapılmasını men etme hakkına sahiptir¹¹⁵.

Yine FSEK 80/1/A. maddesine göre, icracı sanatçılarda icranın kendi itibarını ve şerefini zedeleyebilecek şekilde tahrif edilmesini ve bozulmasını önlemesini talep hakkına sahiptirler¹¹⁶.

Söz konusu hak sahiplerinin yukarıda belirtilen manevi haklarına yönelik tecavüzün cezai yaptırımı olarak FSEK 71/1. maddesinde inceleme konusu suç düzenlenmiştir.

Her ne kadar madde metninde fonogram ve yapımda yer almışsa da, bunların hak sahiplerinin manevi hakkı bulunmadığından manevi hak ihlali söz konusu olmayacaktır¹¹⁷.

Eserin ya da icranın değiştirilmesi eser ya da icranın bütünlüğüne, dolayısıyla eser sahibinin ya da icracı sanatçının manevi hakkına yönelik bir ihlaldir. Mali haklara ilişkin bir sonuç doğurmaz¹¹⁸.

Cezai yaptırıma bağlanan fiil, eseri ya da icrayı, hak sahibinin yazılı izni olmaksızın değiştirmektedir.

Değişiklik yapmak, biçim ve/veya içeriğin “farklılığa uğratılmasıdır”¹¹⁹.

¹¹⁵Bak; Birinci Bölüm 2.1.3.

¹¹⁶Arkan, s. 64-69, ayrıca Bak. Birinci Bölüm 3.2.1.

¹¹⁷Özkan, s. 733, 748.

¹¹⁸Güneş, 5728 Sayılı Yasa Sonrası Mali, Manevi Hak ve Bağlantılı Hak İhlalleri, s. 349.

¹¹⁹Erdil, s. 1435.

Eser ya da icrada değişikliğin ne şekilde olacağı konusunda herhangi bir sınırlama yoktur. FSEK'in 16. maddesine göre eserde kısaltma, eklemeler ve başka değiştirmeler yapılması eseri değiştirmektir.

Bir esere zarar veren müdahaleler doğrudan olabileceği gibi dolaylı da olabilir. Bir eserin içinden bir kısmının alınması, acemice veya orijinal halinden farklı boyutlarda çoğaltılması, bir müzik eseri farklı bir tarzda çalıp söyleme¹²⁰, mimari projeyi izinsiz olarak uygulama projesine dönüştürme¹²¹, doğrudan müdahaleye örnek hallerdir. Bu halde eserin varlığı etkilenmektedir. Dolaylı müdahalede ise eser o hale getirilmektedir ki, kendisinde bir değişiklik olmadığı halde bu durum eseri etkilemektedir. Bu durumda niteliğine ve/veya ruhuna aykırı olarak sunulması ve kullanılması sonucu eser başka bir görünüme bürünmektedir¹²².

FSEK 17/2. maddede düzenlenen, eserin bozulması, imhası ya da tahribi fiilleri de eserde değişiklik yapılması kapsamındadır¹²³.

¹²⁰Yargıtay HGK'nın 1981/4-70 E., 1983/123 K., T. 11.02.1983 ; "...Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 14- 16. maddeleri hükümlerinde belirtilen hallerde ve özellikle eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozucu değişmelere maruz bırakılması veya eserin başka herhangi bir suretle -mesela, bir müzik eserinin mahiyetine aykırı olarak, başka bir müzik aleti ile ve o eserin hususiyetini bozacak bir tarzda icra edilmesi... gibi- özelliğinin haleldar edilmesi, manevi tazminat talebine olanak sağlar..." <http://www.kazanci.com> (12.03.2010)

¹²¹Yargıtay 15. HD'nin 1992/490 E., 1992/1984 K., T. 15.04.1992; "...Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 16/son madde ve fıkrasına göre, eser sahibi (yüklenici) kayıtsız ve şartsız izin vermiş olsa bile şeref ve itibarın yahut eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirmelere muhalefet hakkını muhafaza eder... davacı tarafından yapılarak davalıya teslim olunan projelerin davalı banka tarafından uygulama projesine dönüştürülmesi sebebiyle yasada açıklanan anlam ve amaca göre eserin manevi tazminatı gerektirecek nitelikte "mahiyet ve hususiyetinin" bozulup-bozulmadığı hususunda rapor alınması ve oluşacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken, hükmün bu kısmının yanılğı ile onanmış olduğu anlaşıldığından Dairemizin 11.11.1991 gün ve 1991/1793-5364 sayılı onama kararının manevi tazminata ilişkin bu kısmının kaldırılarak usul ve yasaya aykırı kararın bozulması gerekmiştir..." <http://www.kazanci.com> (12.03.2010)

¹²²Öztan, s. 320.

¹²³Yargıtay 11. HD'nin 2001/143 E., 2001/2548 K., T. 29.03.2001; "...Taraflar arasındaki uyuşmazlık, eserin teknik ve estetik yönden yapılan değişikliklerin davacının maddi ve manevi haklarını, 'ihlal edip etmediği ve eserin eski hale getirilmesinin mümkün olup olmadığı, bu durumun da malikin haklarını önemli şekilde ihlal edip etmeyeceği noktasında toplanmaktadır. "Güzel sanat eseri, haksız ve eser sahibinin rızası olmaksızın değiştirilmişse, eski halin iadesi mümkünse ve değişikliğin izalesi ammenin ve malikin menfaatlerini esaslı suretle haleldar etmiyorsa, eser eski hale getirilir, aksi halde eser sahibi özgün eserdeki değişikliğin kendisi tarafından tanıtılmasını veya eserdeki adının kaldırılmasını veya değiştirilmesini isteyebilir. 4110 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce mimari eserleri istisna eden bu hüküm, bugün, anılan hükümleri kapsamı içine almıştır. Kanun, değişikliklerin tam olarak kaldırılmasını şartlara bağlamıştır. Bunlardan biri, yani eski halin iadesinin mümkün olması, kanunun öngördüğü bir şart

Burada tartışılması gereken bir konuda eser sahibinin adında değişiklik yapılmasının eserin değiştirilmesi sayılıp sayılamayacağıdır.

Kanunun metninde yalnızca “eser, icra fonogram ve yapımı değiştirmek” suçun maddi unsuru olarak sayılmış, eser, icra, fonogram veya yapım sahibinin adında değişiklik yapılmasından bahsedilmemiştir. FSEK 15/1. maddede ayrıca düzenlenmiş olan eser sahibinin adına yönelik koruma cezai anlamda da FSEK 71/2-3-4-5. maddelerde de yer almıştır. Eser sahibinin adını korumaya yönelik özel düzenlemeler karşısında ayrıca FSEK 71/1. maddede yer alan suç oluşmayacaktır¹²⁴.

Mimari eserlerde değişiklik yapılması hali ise daha farklı olarak yorumlanmalıdır.

Kullanım ihtiyacını karşılamak üzere yapılmış mimari eserlerdeki eser sahibinin eserde değişiklik yapılmasını men etme hakkı, diğer güzel sanat eserlerinden daha esnek yorumlanmalıdır¹²⁵. Mimari eserlerde kullanım amacı, yapının fonksiyonunun yerine getirmesi, eserin estetik yönünden önce gelmektedir. Bu nedenle eser sahibinin eserde değişiklik yapılmasını men etme hakkının mimari eserlerde sıkı sıkıya uygulanması adil olmayan sonuçlara yol açabilecektir. Bu açıdan eser sahibinin eserde değişiklik yapılmasını men etme hakkının TMK’nın 2. maddesinde yer alan iyiniyet kurallarına göre yorumlanması gerekmektedir¹²⁶.

olmayıp, eşyanın tabiatından doğmaktadır. (...) ikinci şart ise, kendi içinde bir ikameye imkan bırakmaktadır. Değişikliğin kaldırılması (izalesi) ya ammenin, ya da malikin menfaatlerini esaslı suretle haleldar etmiyorsa eser eski hale getirilir. Kamu’nun veya malikin menfaatleri eski hale getirilmesi halinde esaslı surette zarara uğrayacaksa, değişikliğin kaldırılması, yani eski hale getirilmesi haklı görülemez" (Bkz. Prof. Dr. Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, 1999 Baskı, Sayfa 297). Mahkeme gerekçesinde ve hükme esas alınan bilirkişi raporlarında, malikin hakları yönünden yasada öngörülen bu ilkeler üzerinde durulmamıştır. Yukarıda açıklanan ilkeler gözetilmek suretiyle yeniden bilirkişi raporu alınarak tazminat ve eski hale getirme talepleri yönünden hasıl olacak sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru değildir..." <http://www.kazanci.com> (12.03.2010)

¹²⁴ Erdil, s. 1436, Aksi kanaatte; Özderiyol, s. 117, doktrinde FSEK 16. madde de eser sahibinin adının sayılması, 15. maddedeki düzenlenme karşısında “lüzumsuz bir tekrar” olarak değerlendirilmiştir. Bak. Öztan, s. 316.

¹²⁵ Erel, s. 125- 130, Tekinalp, s. 159.

¹²⁶ Yargıtay 11. HD’nin 2004/9774 E., 2004/9844 K., T. 14.10.2004; “...5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 16’ncı maddesi uyarınca, eser sahibinin izni olmadıkça eserde değişiklik yapılması olanaklı değildir. Ancak, mahkemece yapılan keşif sonucu, davacı şirketin onaylı tadilat projesi almadan onaylı kendi projesinin şeklini, boyutlarını, görünümünü değiştirerek inşaatın bodrum ve zemin katında

Kural olarak eser sahibi, mimari eserin varlık sebebinin bir takım ihtiyaçları karşılamak olduğunu, sanatsal yönünün ikinci planda kaldığını bilerek eseri inşa etmektedir. Bundan dolayı eser sahibi, yapı sahibine, mülkiyet hakkı ve imar mevzuatı çerçevesinde eseri değiştirmek konusunda, mesleki şeref ve itibarını gözetmek kaydıyla yetki vermiş sayılacaktır¹²⁷.

Benzer şekilde FSEK 17/2. maddede yer alan eser sahibinin, eserin bozulmasını ve yok edilmesini önleme hakkı da mimari eserler yönünden farklı yorumlanmalıdır.

Gerekli durumlarda yapı sahibi, eser sahibinden izin almaksızın, mimari eseri yıkma hakkı bulunmaktadır. Aksini kabul etmek hayatın gerçekleriyle bağdaşmayacağı gibi menfaatler dengesini eser sahibi lehine bozacaktır¹²⁸.

3.2.1.1.2 Başkasına Ait Esere Kendi Eseri Olarak Ad Koymak (FSEK

m.71/b.2)

Eser sahibinin ya da icracı sanatçının, eser veya icra üzerinde adının belirtilmesini istemesi en doğal hakkıdır. FSEK 15. maddede düzenlenen “adın belirtilmesini” ve FSEK 80/1/A/1. maddede yer alan icracı sanatçılara tanınan “icralarının sahibi olarak tanıtılmalarını” talep hakkı eser ya da hak sahibince bizzat ya da devredilmesi halinde mali hakları devralan tarafından kullanılabilecek bir haktır¹²⁹.

5728 sayılı kanun değişikliği öncesinde FSEK 71/3. maddede ; “Başkasının eserini kendi eseri veya kendisinin eserini başkasının eseri olarak gösteren veya 15 inci

uygulama yaptığı, bilirkişi raporu ile belirlenmiş olup, esasen bu husus, belediye tarafından da 27.10.1998 tarihli tespit de tutanak altına alınmıştır... O halde davacı şirketin yukarıdaki açıklamalar ışığında MK.’nın 2’nci maddesine aykırı davrandığının ve 5846 Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 16/2’nci maddesi uyarınca, zaruri görülen değiştirmelerin eser sahibinin izni olmaksızın da yapılabileceğinin kabulü gerekir...” (Erdil, s. 1438)

¹²⁷Erel, s. 126.

¹²⁸Ateş, Fikir ve Sanat Eserleri üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 152, Toplum hafızasında yer etmiş binalar ile eski eserler mevzuatına göre korunan binaların bu duruma istisna sayılacağı hakkında; Tekinalp, s. 159.

¹²⁹Levent Akın, Fikri Haklara Yönelik Tecavüzler Karşı Hukuk Davaları, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Ankara, 2000, s. 113.

maddenin ikinci fıkrası hükmüne aykırı hareket eden” şeklinde düzenlenen suç tipi, değişiklik sonrasında yalnızca, başkasına ait esere kendi eseri olarak ad koymak suçu olarak inceleme konusu maddede yer alırken, kendi eserini başkasının eseri olarak göstermek FSEK 71/6. maddede ayrı bir suç olarak düzenlenmiş, FSEK 15/2. maddeye aykırılık halinden özel olarak sözedilmemiştir.

FSEK 15/2. madde ; “Bir güzel sanat eserinden çoğaltma ile elde edilen kopyelerle bir işlenmenin aslı veya çoğaltılmış nüshaları üzerinde asıl eser sahibinin ad veya alametinin, kararlaştırılan veya adet olan şekilde belirtilmesi ve vücuda getirilen eserin bir kopye veya işlenme olduğunun açıkça gösterilmesi şarttır.” şeklindedir.

5728 sayılı kanun öncesinde ; “..15 inci maddenin ikinci fıkrası hükmüne aykırı hareket eden...” şeklindeki düzenlemeyle cezai yaptırıma tabi tutulan maddeye aykırılık halinin, kanun değişikliği sonrasında cezai yaptırıma tabi olup olmadığı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır.

FSEK 15/2. maddeye aykırılık iki şekilde gerçekleşebilir; ilki asıl eser sahibini ad veya alametinin gösterilmemesi, ikincisi oluşturulan eserin kopya veya işlenme olduğunun açıkça gösterilmemesidir¹³⁰.

FSEK 15/2. maddesinde yer alan, güzel sanat eserlerinin kopyaları veya işlenme asıl ya da kopyalarına maddeye aykırı olarak asıl eser sahibi belirtilmeden, kendi eseriymiş gibi ad konulduğu takdirde FSEK 71/2. maddesinde düzenlenen, başkasına ait esere kendi eseri olarak ad koymak suçunun, tanınmış bir başkasının adı konularak çoğaltıldığı takdirde ise FSEK 71/6. maddesinde düzenlenen, bir eseri, icrayı, fonogramı ve yapımı, tanınmış bir başkasının adını kullanarak çoğaltma, dağıtma, yayma veya yayımlama suçunun gerçekleşeceği şüphesizdir¹³¹.

¹³⁰Yenidünya, s. 250.

¹³¹Erel, s. 120.

Bundan başka işlenme eserin, işlenme olduğu ve asıl eser sahibi belirtilmeksizin kamuya sunulması halinde ise intihal sözkonusu olacak, yine eser sahibi FSEK 71/2., 3. maddelerindeki cezai korumadan yararlanacaktır¹³².

Ancak yukarıda belirtilen hallerin sözkonusu olmadığı, güzel sanat eserleri ve işlenme eserleri kendi eseri olarak göstermeksizin, yalnızca FSEK 15/2. maddeye aykırı olarak, asıl eser sahibinin ad veya alametinin ve/veya oluşturulan eserin kopya olduğunun belirtilmediği hallerin cezai yaptırıma bağlandığını gösterir bir düzenleme bulunmamaktadır.

Böyle bir durumda eser sahibi FSEK 15/3. maddeye göre eser sahibi tespit davasına başvurabilir. Ancak bu dava intihal halini kapsamaz¹³³.

Bu açıklamalar sonrasında, 5728 sayılı kanun değişikliği ile, eser sahibinin adının belirtilmesini hakkına sağlanan cezai korumanın azaltıldığı ve yukarıda belirtilen FSEK 15/2. maddede yer alan haklardan, yalnızca, güzel sanat eserinin asıl sahibinin ad ya da alametinin ve/veya eserin kopya olduğunun belirtilmesi zorunluluğuna aykırı hareket edilmesi halinin suç olmaktan çıkarıldığı anlaşılmaktadır¹³⁴.

5728 sayılı kanunun gerekçesinde¹³⁵, FSEK 71/3. maddeyle birlikte; “intihal fiilleri” olarak tanımlanan suçta yasaklanan fiil; failin başkasına ait esere kendi eseri olarak ad koymasdır. Bu halde fail başkasının eserini kendi eseriymiş gibi göstermektedir. Başkası tarafından meydana getirilmiş bir eseri kendi eseriymiş gibi tanıtmaktadır.

Bu suçla eser sahibinin ve icracı sanatçının adı koruma altına alınmıştır.

¹³²Erel, s. 120, Öztan, s. 313.

¹³³Tekinalp, s. 292, Aksi görüş; Ayiter, s. 119, Erel, s. 121.

¹³⁴Aksi görüş, Erdil, s. 1444. Ayrıca yazar FSEK 15/4. maddede yer alan eser niteliğindeki mimari yapılarda, yazılı istem üzerine eserin görülen bir yerine eser sahibinin uygun göreceği malzeme ile silinmeyecek biçimde eser sahibinin adının yazılmaması halinde de FSEK 71/2. maddede yer alan suç oluşacağını savunmaktadır.

¹³⁵ “...Maddenin (4) ve (5) numaralı bentlerinde çeşitli intihal fiilleri bağımsız suçlar olarak tanımlanmıştır.” <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss56.pdf> (22.03.2010)

Yazılı, ses kaydı veya dijital ortamda sunulan eserlerin üzerine sahiplerinin yazılmaması¹³⁶, radyo, televizyon gibi umuma iletim araçlarıyla yayım sözkonusu ise ses veya görüntü içeriğinde eser sahibinin isminin belirtilmemesi, sinema eserlerinde eser sahibinin ismi filmin jeneriğinde belirtilmemesi, resim, fotoğraf, heykel ve küçük sanat eserleri gibi parça halindeki eserlerde eser sahibinin adının uygun bir yerinde yazılmaması, bir tiyatro eserinin temsilinde, eser sahibinin tanıtım broşüründe ya da afişlerde yer almaması halinde suç oluşacaktır¹³⁷.

Sanal ortamda sunulan veya sanal ortama aktarılan bir eserde, sahibinin adı gösterilmemesi¹³⁸, eserin tercümesi halinde eser sahibinin ve çevirenin adının belirtilmemesi¹³⁹, birden fazla kişinin birlikte meydana getirdikleri eserde, eserleri oluşturan her bir kimsenin adının belirtilmemesi ya da eksik belirtilmesi hallerinde suç oluşacaktır¹⁴⁰.

¹³⁶ Yargıtay 11. HD'nin 2000/6431 E., 2000/7566 K., T. 09.10.2000; "... Bir eserden çoğaltma yolu ile yararlanma hakkı sadece ve munhasıran eser sahibine ait olduğu gibi FSEK 15 nci maddesi uyarınca eser sahibi olarak tanıtılma hakkı da eser sahibinin vazgeçemeyeceği manevi haklardan olup, davalının, davacıya ait Ney Metodu isimli eserini, fotokopi yapmak ve bunun üzerine kendi adını yazmak suretiyle davacının mali ve manevi haklarını ihlal ettiği, davalı eyleminin FSEK 71 ve 72 nci maddelerde yazılı suçları oluşturduğu." <http://www.kazanci.com>, (15.03.2010)

¹³⁷ Erdil, s. 1443, 1444.

¹³⁸ Veysel Başpınar, Doğan Kocabey, İnternette Fikri Hakların Korunması, Ankara; Yetkin Yayınevi, 2007, s. 103 – 104.

¹³⁹ Yargıtay 11. HD'nin 2000/10536 E., 2001/1632 K., T. 26.02.2001; "...Davalı şirket tarafından düzenlenen sohbet toplantısında davacının tercüme ettiği eserin davacının ismi yazılmaksızın kitapçık şeklinde bastırılarak dağıtıldığı ve eserin davacı tarafından tercüme edildiğine dair bir açıklamanın yapılmadığı, bu şekildeki eylemin FSEK'nun 16/3 ncü maddesine aykırılık teşkil ettiği ve davacının kişilik haklarına saldırı niteliği taşıdığı." <http://www.diaport.com.tr>, (15.03.2010)

¹⁴⁰ Yargıtay 7. CD'nin, 1988/2260 E. 1988/1964 K. T. 01.03.1988 "...Suça konu olan "Bir Destanın Kahramanı Atatürk ve İlkeleri" adlı eserin ilk kez yayımlandığı 1981 yılı baskısında yazar olarak Ö.L.T.ve F.B. isimlerinin gösterilmiş olmasına karşın, aynı eserin "Atatürk ve İlkeleri" adı altında baskı yılı gösterilmeksizin ve yazarı F.B. olarak ikinci kez neşredildiği anlaşılmaktadır. Bu durum muvacehesinde sözü edilen eserin 5846 sayılı Kanunun 9. maddesi kapsamı içinde ve kısımlara ayrılması mümkün olan birden fazla kimselerin birlikte vücuda getirdiği, ortak, bağlı ya da toplu bir eser niteliği taşıyıp taşımadığı araştırılmadan ve aynı Yasanın 11. maddesi uyarınca yayımlanmış eser nüshalarında eser sahibi olarak adını kullanan kimsenin aksi sabit oluncaya kadar o eserin sahibi olarak öngörüldüğü gözetilerek ve de aynı Kanunun 15. maddesinin son fıkrası uyarınca eserin kimin tarafından vücuda getirildiğinin ihtilaflı olması halinde gerçek eser sahibinin hakkının tespit edilmesini mahkemeden talep edebileceği ve fakat böyle bir iddia mahkemece karara bağlanmadan önce hiç kimsenin eserin hassen kendisine ait olduğunu ileri süremeyeceği gibi eser üzerinde dilediğince tasarruf edebilmesinin mümkün olamayacağı da dikkate alınarak sanığın hukuki durumunun buna göre tayin ve takdiri gerekirken yazılı olduğu gibi olayın hukuki mahiyette bulunduğundan beraate hükmolunması yasaya aykırıdır..." (Ahmet

3.2.1.1.3 Eserden Kaynak Göstermeksizin İktibasta Bulunmak (FSEK

m.71/b.3)

Yukarıda¹⁴¹ açıklandığı üzere; 5728 sayılı kanun değişikliği öncesinde hiç kaynak göstermemek ile yetersiz, yanlış veya aldatıcı kaynak göstermek arasında fark gözetilmeden tek bir madde içinde suç düzenlenmişken, 5728 sayılı kanun değişikliği ile sözkonusu fiiller ayrı suç olarak kabul edilmiştir.

FSEK 71/3. maddede kaynak göstermeksizin iktibasta bulunmak suçu, FSEK 71/5. maddede yetersiz, yanlış veya aldatıcı kaynak göstermek suçu düzenlenmiştir. 5728 sayılı kanun öncesi düzenlemede FSEK “32, 33, 34, 35, 36, 37, 39 ve 40 ıncı maddelerdeki hallerde” denilmek suretiyle yalnızca sözkonusu maddelerde belirtilen iktibas hallerine ilişkin cezai koruma öngörülmüşken, 5728 sayılı kanun değişikliği ile genel bir düzenleme getirilmiştir.

Bu suç açısından cezai yaptırım altına alınan fiil iktibas olunan eserin kaynak olarak gösterilmemesidir.

İktibas, alenileşmiş bir eserden bazı cümle, paragraf, motif, tını, ezgi ya da parçanın kaynak gösterilerek başka bir esere aynen alınmasıdır¹⁴².

İktibas serbestisi FSEK 35. maddede düzenlenmiştir. Bu hüküm gereğince herhangi bir esere konulan iktibas yasağına ilişkin kayıtlar hükümsüzdür¹⁴³.

İktibasın ilk şartı, iktibası yapan eserin bağımsız bir eser olmasıdır¹⁴⁴. İktibası yapan eser bağımsız bir nitelik taşımıyorsa işlenme eser sözkonusu olacaktır¹⁴⁵.

Gündel, Açıklamalı- İtihatlı Özel Yasalardaki Asliye Ceza Davaları, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2000, s. 1410)

¹⁴¹Bak.İkinci Bölüm 1.3.2.1.3.

¹⁴² Tekinalp, s. 191.

¹⁴³ Erel, s. 213.

¹⁴⁴Özta, s. 450, 451.

¹⁴⁵Özta, s. 450, Bağımsız eser niteliğinde olmadığından dolayı görsel arama motorlarındaki küçük resimlerin FSEK 35. madde kapsamında değerlendirilemeyeceğine dair; Özge Öncü, Fikri Hak İhlalleri

İktibas ancak aleni bir eserden yapılabilir¹⁴⁶. Henüz kamuya sunulmamış bir eserden iktibas yapılması, eserin kamuya sunulması niteliğindedir¹⁴⁷.

İktibasta kaynak gösterilmesi zorunludur. Aksi takdirde inceleme konusu suç olacaktır¹⁴⁸.

İktibas serbestisi açısından alenileşmiş ve yayımlanmış eser ile alenileşmiş ancak yayımlanmamış eser arasında fark bulunmaktadır. Alenileşmiş ve yayımlanmış bir eserden iktibas kanunda öngörülen şartlar içinde serbestken, alenileşmiş ancak henüz yayımlanmamış eserden ancak “bazı cümle ve fıkralar” alınmak suretiyle, dar anlamda iktibas yapılabilecektir¹⁴⁹.

FSEK 35/2. maddesine göre müzik eserlerinden iktibas yapılması yayımlanmış olma şartına bağlıdır.

İktibas, iktibas edilen cümlelerin büyüklüğüne göre büyük ve küçük iktibas olarak ikiye ayrılmaktadır. Edebiyat ve müzik eserlerinde küçük iktibas öngörülmüşken, bilimsel eserlerde ve güzel sanat eserlerinde büyük iktibas söz konusu olacaktır¹⁵⁰. Ancak her iki halde de iktibas, iktibas edilen eserin bağımsızlığını ve özgünlüğünü ortadan kaldıracak ve asıl esere olan ihtiyacı giderecek derecede olmamalıdır¹⁵¹.

İktibasın diğer bir şartı, iktibas olunan eserden alınan parçada bir değişiklik yapılmaksızın aynen alınmasıdır¹⁵². Bu unsur iktibası esinlenme ve işlenmeden ayırır¹⁵³.

İktibas ancak koruması devam eden eserlerden parçalar alınmasında söz konusu olur. Koruması bitmiş veya başka bir nedenle topluma mal olmuş metin veya sair

bakımından İnternet “Görsel” arama motorları, <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz10-1/4ozgeoncu.pdf> (13.05.2010), s. 35 - 39.

¹⁴⁶Öztaş, s. 452.

¹⁴⁷Tekinalp, s. 192.

¹⁴⁸Tekinalp, s. 192.

¹⁴⁹Erel, s. 211, Öztaş, s. 453, Tekinalp, s. 192.

¹⁵⁰Öztaş, s. 454 – 462, Tekinalp, s. 191.

¹⁵¹Ayiter, s. 132.

¹⁵²Erel, s. 206, Tekinalp, s. 191.

¹⁵³Öztaş, s. 448, 449.

çalışma parçaları veya bilimsel teorilerden iktibas yapılması halinde suç oluşmayacaktır¹⁵⁴.

FSEK 71/2-3-5. maddelerinde düzenlenen intihal halinin en sık karşılaşıldığı hal inceleme konusu suçtur.

5728 sayılı kanun değişikliği öncesinde ; “..32, 33, 34, 35, 36, 37, 39 ve 40 ıncı maddelerdeki hallerde kaynak göstermeyen...” şeklinde düzenlenen inceleme konusu suç, kanun değişikliği ile; “Bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunan kişi...” şeklindeki düzenlenmiştir¹⁵⁵. Değişiklik gerekçesinde ; “..bilimsel etik kurallarına aykırı olarak bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunma fiili ceza yaptırımına altına alınmıştır.”¹⁵⁶ denilmiş, kaynak göstermemenin bilimsel etik kurallarına aykırı olması aranmıştır.

Daha geniş ve müphem bir kavram olan “bilimsel etik kurallarına aykırılık”ın, eski düzenlemede belirtilen halleri de içine alacağı şüphesizdir. Bu halleri inceleyecek olursak:

FSEK 32. maddesine göre ; Türkiye Büyük Millet Meclisinde, diğer resmi meclis ve kongrelerde, mahkemelerde, umumi toplantılarda söylenen söz ve nutukların haber ve bilgi vermek amacıyla işlenmesi, çoğaltılması veya yayımı halinde hukuka aykırılık oluşmayacaktır. Maddede yer alan “diğer resmi meclis ve kongreler” ifadesi ile resmi özelliği olan her türlü kongre, toplantı ve birleşimler kastedilmektedir. Hukuka aykırılığın sözkonusu olması için resmi bir kurumun varlığı şarttır¹⁵⁷. Maddenin ikinci fıkrasına göre söz ve nutuk sahibinin adı “hadisenin mahiyeti” ve “vaziyetin icabı” gerektirmiyorsa anılmayabilir. Ancak aksi durumda, yani; “hadisenin mahiyeti” ve “vaziyetin icabı” söz ve nutuk sahibinin adını anmayı gerektiriyor buna rağmen söz ve nutuk sahibinin adı anılmıyorsa inceleme konusu suç oluşacaktır.

¹⁵⁴Güneş, 5728 Sayılı Yasa Sonrası Mali, Manevi Hak ve Bağlantılı Hak İhlalleri, s. 350.

¹⁵⁵Eski düzenlemede yer alan FSEK 39. maddeye aykırılık hali, sözkonusu maddenin 21.02.2001 tarih ve 4630 sayılı kanunla yürürlükten kaldırılmasından sonra dolaylı olarak yürürlükten kalkmıştır.

¹⁵⁶<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss56.pdf> (22.03.2010)

¹⁵⁷Öztan, s. 437.

FSEK 33. maddesine göre ; Yayınlanmış bir eserin eğitim ve öğretim kurumlarında yüz yüze eğitim ve öğretim amacıyla, doğrudan veya dolaylı kar amacı gütmeksizin temsil edilmelerini, ancak eserin ve eser sahibinin adının anılması şartına bağlamıştır. Bu hükme uymamak, yani bu tür durumlarda kaynak göstermeyerek eser sahibinin adının anılmaması halinde suç oluşacaktır¹⁵⁸.

FSEK 34. maddesiyle eğitim ve öğretim amacıyla seçme ve toplama eser meydana getirilmesi hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmiştir. Ancak bu durumda kendisinden iktibas olunan eserlerin sahibinin belirtilmemesi halinde suç oluşacaktır.

FSEK 35. maddede düzenlenen iktibas serbestisinin aşılması, bir başkasının eserinin tamamının veya bir bölümünün doğrudan veya dolaylı şekilde, kaynak gösterilmeksizin alınması ve kullanılması intihaldir¹⁵⁹.

FSEK 36/3. maddede gazete ve dergilerden yapılan iktibaslarda, iktibas edilen gazete, dergi ve ajansın ve eğer bunlar da başka bir kaynaktan alınmışlarsa o kaynağın adı, tarih ve sayısından başka makale sahiplerinin adı, müstear adı veya alametinin anılması zorunludur. Bu zorunluluğa uyulmadığı takdirde inceleme konusu suç oluşacaktır.

¹⁵⁸Ateş, Fikir ve Sanat Eserleri üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 288, Yargıtay 7. CD'nin 1987/20198 E., 1988/5637 K., T. 05.05.1988 ; “..Genel kural olarak, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 24. maddesi temsil hakkını sadece eser sahibine tanımıştır. Ancak; yasanın bahse konu maddesinde düzenlenen temsil hakkı özel yararlar ve kamu yararı mülhazası ile yine kanun tarafından kısıtlanmıştır (FSEK. 32, 33 ve 36. maddeleri ile). Temsil serbestisi başlığını taşıyan 33. maddeye göre, yayınlanmış (eserin eser üzerindeki hak sahibi olan kimse tarafından rıza ile açıklanarak alenileşmesi ve kamuya arz edilmesi) bir eserin umumi mahallerde, münhasıran eğitim ve öğretim maksadı ile veya intifa kasdı olmaksızın meccanen temsili serbesttir. herhangi bir iznini aramamaktadır.

2936 sayılı Yasa ile değişik 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 5. bölümünde yaptırıma bağlanan ceza davalarının açılabilmesi için, öncelikle eser sahibinin, eser sahipliğinden doğan mali hakları veya manevi yetkilerinin tecavüze maruz kalması başka bir ifade ile ihlal edilmesi şarttır.

Bu nedenle, icracı sanatcının yayınlanmış bir eseri, umumi mahallerin sahibinin rızası olmadan intifa kasdı olmaksızın eser icra etmesi halinde, FSEK.nun 33. maddesi muvacehesinde ihlalden söz edilmesi mümkün olamaz Zira, anılan Yasa maddesi ile eser sahibinin mali haklarından bulunan temsil hakkı sınırlandırılmıştır.. ” (Sözkonusu karar 4630 sayılı kanun değişikliği öncesinde, “..Yayımlanmış bir eserin; umumi mahallerde, münhasıran eğitim ve öğretim maksadıyla veya intifa kasdı olmaksızın meccanen temsili serbesttir. Aynı kaide safi gelirleri tamamen hayır gayelerine tahsis edilen müsamereleler hakkında da uygulanır...” şeklindeki mülga düzenleme göre, bir festival kapsamında icra edilen davaya ilişkin olarak verilmiştir. Kararın tam metni için; Erdil, s. 1481, 1482)

¹⁵⁹Tekinalp, s. 190.

FSEK 37. maddesine göre haber niteliği taşımak ve bilgilendirme kapsamını aşmamak kaydıyla, günlük olaylara bağlı olarak fikir ve sanat eserlerinden bazı parçaların işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan vasıtalarla alınması mümkündür. Bu şekilde alınmış parçaların çoğaltılması, yayılması, temsil edilmesi veya radyo ve televizyon gibi araçlarla yayınlanması serbesttir. Maddede esere ve eser sahibine atıf yapılması zorunluluğu yer almamıştır. 5728 sayılı kanun değişikliği öncesi düzenlemede, açık bir şekilde FSEK 71. maddede yer aldığından dolayı kaynak gösterilmemesi halinde suç oluşacağı kabul edilmekteydi¹⁶⁰. Suçun oluşması için “bilimsel etik kurallarına aykırılık”ı arayan FSEK 71. maddenin yeni düzenlemesinin FSEK 37. maddeyi kapsadığının kabulü gerekmektedir. Zira iktibas kaynak göstermek genel kuraldır. Bunun maddede düzenlenmemesi bu kuralın o madde için geçerli olmadığı anlamına gelmeyecek, tam tersine, ana kurala istisna getiren bir durumun kanunda açıkça belirtilmesi gerekmektedir¹⁶¹. Bu sebeple 5728 sayılı kanun değişikliği sonrasında da, FSEK 37. maddede yer alan hallerde eser ve sahibi belirtilmediği durumların kaynak göstermeksizin iktibas suçunu oluşturmaya devam edeceği kabul edilmelidir.

FSEK 40. maddede güzel sanat eserlerinin kopya ve teşhiri düzenlenmektedir. Maddede belirtilen umumi yollara, caddelere ve meydanlara sürekli kalmak üzere konulan güzel sanat eserlerinin resim, grafik, fotoğraf ve benzeri tekniklerle çoğaltılması halinde hukuka aykırılık oluşmayacağı, ayrıca açık artırma yoluyla satılacak güzel sanat eserleri için hazırlanacak kataloglarda da çoğaltma yapılabileceği ve bu durumlarda aksine bir adet yoksa eser sahibinin adının anılmasından vazgeçilebileceği belirtilmektedir. Aksine bir adet olduğu halde eser sahibinin adı anılmazsa inceleme konusu suç oluşacaktır.

¹⁶⁰Zeki Hafizoğulları, “Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi” AÜHFD, 2000, C: 48, Sayı: 1-4, s. 7. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/293/2672.pdf> (20.03.2010)

¹⁶¹Özcan, s. 474.

3.2.1.1.4 Alenileşmemiş Bir Eserin İçeriği Hakkında Kamuya

Açıklamada Bulunmak (FSEK m.71/b.4)

Yasaklanan fiil; failin başkasına ait esere kendi eseri olarak ad koymasdır.

FSEK 14. maddeye göre eserin kamuya sunulup sunulmamasını, yayımlama zamanını ve şeklini belirleme yetkisi eser sahibine ait mutlak bir haktır¹⁶². Eser sahibi veya halefleri; eseri kamuya sunup sunmama konusunda karar verme, eseri kamuya sunma zamanını belirleme, eseri kamuya sunma tarzını belirleme, eserin içeriği hakkında bilgi verme hakkına sahiptirler¹⁶³.

5728 sayılı kanun değişikliğinden önce 71/1. maddede yer alan; “*Alenileşmiş olsun veya olmasın, eser sahibi veya halefinin yazılı izni olmadan bir eseri umuma arz eden veya yayımlayan*” şeklindeki düzenleme ile eser sahibinin eseri kamuya sunma hakkı geniş anlamda korunmuştu. Eserin aleni olup olmamasının bir önemi yoktu¹⁶⁴.

5728 sayılı kanun değişikliğiyle eserin aleni olup olmaması arasında ayrım yapılmış, yalnızca alenileşmemiş eserin içeriği hakkında bilgi verme suç sayılmış, FSEK 14. maddeyle eser sahibine tanınan, geniş anlamda eseri kamuya sunma hakkı cezai koruma kapsamından çıkartılmıştır¹⁶⁵.

FSEK 14/2. maddesi; “Bütünü veya esaslı bir kısmı alenileşmemiş olan, yahut ana hatları herhangi bir suretle henüz umuma tanıtılmayan bir eserin muhtevası hakkında ancak o eserin sahibi malumat verebilir.” şeklindedir.

¹⁶² Öztan, s. 293, Yargıtay 11. HD’nin [2000/10395E. 2001/1478](#) K. 20.02.2001 T. ; “..Dava, davacıların murisi tarafından yapılan tablonun, davalı tarafından basılan takvimde kullanılması nedeniyle ihlal edilen mali ve manevi hakların tazmini istemine ilişkindir. Bu tablonun eser sahibine ait fikri hakların davalıya devredilmediği açıktır. Davalının eyleminin, söz konusu resmin kopyasını takvim nüshalarına basarak çoğaltmak ve umuma arz etmek olduğu, bu itibarla FSEK.nun 22. maddesinde yer alan çoğaltma hakkının ve aynı Yasanın 14. maddesinde belirtilen umuma arz yetkisinin ihlal edildiği, tazminatların hesap ve takdirinde de herhangi bir usulsüzlüğün bulunmadığı anlaşılmaktadır...” <http://www.kazanci.com> (17.03.2010)

¹⁶³ Akın, s. 111, 112.

¹⁶⁴ Özderiyol, s. 92 vd.

¹⁶⁵ Erdil, s. 1440.

FSEK 7. maddeye göre hak sahibinin rızası ile kamuya sunulan bir eser alenileşmiş sayılacaktır. Bu münhasır yetkinin ne sınırı ne de istisnası vardır. Hatta, devletin faydalanma yetkisi de eser sahibinin, eserini umuma arz yetkisine bir istisna oluşturmaz¹⁶⁶.

Eserin kamuya sunulmasında bir şekil şartı yoktur. Ancak sinema ve müzik eserleri bakımından kaynak tescil işlemi söz konusudur¹⁶⁷. Bu şart ise hakkın doğumu ile ilgili değildir.

Korunan hak, eser sahibinin eseri, alenileşinceye kadar gizli tutmak konusundaki manevi hakkıdır. Bu hak eserin aleni hale gelmesiyle sona erer¹⁶⁸.

“Kamuya sunma” ve “alenileşme” birbirinden farklı kavramlardır. FSEK 7/1. maddesi; “Hak sahibinin rızasıyla umuma arz edilen bir eser, alenileşmiş sayılır” şeklindedir. Maddede alenileşme için, hak sahibinin rızasının bulunması şartı öngörülmüştür. Kamuya sunma ise, eser sahibinin ister rızası olsun, isterse rızası olmasın, eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulmasıdır¹⁶⁹.

Ancak cezai korumaya konu hakkın düzenlendiği FSEK 14/2. maddede yalnızca alenileşmeden bahsedilmemiş, “..yahut ana hatları her hangi bir suretle henüz umuma tanıtılmıyan bir eserin...” denilerek sadece ana hatlarıyla sınırlı da olsa kamuya tanıtılmaktan bahsedilmektedir. Bu şekilde bir kamuya tanıtım söz konusu olduğunda, tanıtımın eser sahibinin rızasıyla olup olmadığının aranmayacağı tabiidir.

Bundan dolayı hukuka aykırı olarak, eser sahibinin rızası dışında kamuya sunulan bir eser aleni sayılmasa da, FSEK 14/2. madde anlamında kamuya tanıtılmış sayılacaktır.

Her ne kadar FSEK 71/4. maddede yalnızca “alenileşmemiş” kelimesi kullanılmışsa da, alenileşme FSEK 14/2. madde anlamında kamuya sunulmayı da

¹⁶⁶ Öztan, s. 210 vd, Tekinalp, s. 156.

¹⁶⁷ Erel, s. 115

¹⁶⁸ Ayiter, s. 117, Erel, s. 118.

¹⁶⁹ Tekinalp, s. 313.

kapsar biçimde geniş olarak yorumlanmalı, bundan dolayı hukuka aykırı da olsa kamuya sunulmuş bir eserin içeriği hakkında bilgi vermek suç sayılmamalıdır, aksine bir düşünce adaletsiz sonuçlar doğuracaktır¹⁷⁰.

Eser sahibi eseri içeriği hakkında bilgi vermek hakkı bir kere kullanmakla tükenen bir haktır. Bu hak kullanıldıktan sonra bir başkasının eserin içeriği hakkında bilgi vermesi halinde suç oluşmayacaktır¹⁷¹.

Eserin içeriği hakkında bilgi verme, ancak o eser türüne has olan ifade vasıtalarıyla mümkündür, bu nedenle bir müzik, sinema veya güzel sanat eserinin sözle anlatılması FSEK anlamında içerik hakkında bilgi verme sayılamaz¹⁷². Bir sinema eserinin izinsiz fragmanın yayınlanması, edebi bir eserin konusu hakkında bilgi verilmesi, ya da bir müzik eserinin bir kısmının kaydının yayınlanması¹⁷³ gibi hallerde suç oluşacaktır.

Eserin tamamının kamuya sunulması halinde ise FSEK 71/1. maddede yer alan eserin umuma iletilmesi suçu oluşacaktır.

FSEK 61. maddeye göre alenileşmemiş eser aslı veya müsveddesinin haczi, rehni, hapis hakkına, cebri icraya konu olması mümkün değildir. Bu hükme aykırılık tek başına FSEK 71/4. maddenin uygulanması için yeterli değildir. Ancak FSEK 61. maddeye aykırı olarak ele geçirilen eserin içeriği hakkında kamuya açıklama yapılması halinde suç oluşacaktır.

3.2.1.1.5 Eserle İlgili Olarak Yetersiz, Yanlış veya Aldatıcı Mahiyette

Kaynak Gösterme (FSEK m.71/b.5)

5728 sayılı kanun değişikliği öncesindeki düzenlemede, hiç kaynak göstermeksizin iktibasta bulunmak ile yetersiz, yanlış veya aldatıcı kaynak göstermek

¹⁷⁰ Aksi görüş; Öztan, s. 302.

¹⁷¹ Öztan, s. 303.

¹⁷² Erel, s. 118.

¹⁷³ İngilizce “Sample” olarak isimlendirilen bu usul, özellikle internetten müzik satışı yapılan sitelerde yaygın olarak kullanılmaktadır.

arasında fark gözetilmemişken, kanun değişikliği ile belirtilen haller ayrı fıkralarda düzenlenmiş, farklı cezalar öngörülmüştür¹⁷⁴.

FSEK 71/3. maddede yer alan ve 5728 sayılı kanun değişikliği öncesinde aralarında fark gözetilmeksizin tek bir madde içinde düzenlenen, eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunma suçu hakkında yapılan açıklamalar bu suç için de aynen geçerlidir¹⁷⁵.

Maddeyle eser sahibinin, “adının belirtilmesini talep hakkı”na cezai koruma sağlanmıştır.

Seçimlik hareketli olan inceleme konusu suç, bir eserle ilgili olarak yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak gösterilmesi fiillerinin herhangi birinin gerçekleştirilmesiyle işlenmektedir.

FSEK 71/3. maddede düzenlenen ve yukarıda¹⁷⁶ incelenen bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunmak suçu ile aynı hukuki değeri koruyan bu suç tipinde iktibasta bulunulan esere ilişkin kaynak gösterilmektedir, ancak gösterilen kaynak yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyettedir. FSEK 71/3. maddede düzenlenen suçta ise hiç kaynak gösterilmemektedir.

Yetersiz kaynak gösterildiği halde, kendisinden iktibas yapılan eser kaynak olarak gösterilmekte ancak esere veya sahibine ilişkin kaynakta verilen bilgiler o esere ulaşmaya imkan sağlamamaktadır. İçeriği birbirinden farklı, birden çok baskısı bulunan bir eserin hangi baskısı olduğu belirtilmeden kaynak olarak gösterilmesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

Yanlış kaynak gösterildiği halde, kendisinden iktibas yapılan eser yerine başka bir eser kaynak olarak gösterilmektedir. Gösterilen yanlış kaynağın, kendisinden iktibas

¹⁷⁴Yılmaz Yazıcıoğlu, Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar, İstanbul: Oniki Levha yayınları, 2009, s. 169.

¹⁷⁵Bak. İkinci Bölüm 1.3.2.1.1.3.

¹⁷⁶Bak. İkinci Bölüm 1.3.2.1.1.3.

yapılan kaynakla benzerlik taşıması gerekmektedir. Bu yönüyle aldatıcı kaynak göstermekten ayrılır.

Aldatıcı kaynak gösterildiği halde, kendisinden iktibas yapılan eser yerine, o eserle konu itibarıyla benzerlik taşıyan başka bir eser kaynak olarak gösterilmektedir. Bu duruma aynı adı taşıyan fakat ayrı yazarların yazmış olduğu iki farklı eserlerden, kendisinden iktibas yapılan eserin değil, farklı yazarın yazmış olduğu, aynı isimli eserin kaynak olarak gösterilmiş olması örnektir.

3.2.1.1.6 Bir Eseri, İcrayı, Fonogramı veya Yapımı, Tanınmış Bir

Başkasının Adını Kullanarak Çoğaltma, Dağıtma, Yayma Veya Yayımlama (FSEK m.71/b.6)

Cezai yaptırıma bağlanan fiil, tanınmış kişinin sahibi olmadığı eser, icra, fonogram veya yapımı onun adı ile çoğaltmak, dağıtmak, yaymak veya yayımlamaktır.

5728 sayılı kanun değişikliği ile getirilen bu hükümle eser veya eser sahipliği değil, kişinin tanınmışlıktan doğan isim hakkı özel olarak korunmaktadır¹⁷⁷.

Eser sahibinin haklarından FSEK 15. maddede yer alan eser sahibi olarak tanıtılma hakkı, eser sahibinin kendisine ait bir eserin varlığı halinde söz konusu olabilen bir haktır. Bir kişi sahibi olmadığı eserin sahibi olarak gösterildiği halde, ihlal edilen hak kişilik hakkı olacağından, bu hakkın korunması ilişkin TMK’da yer alan hükümler uygulanacaktır¹⁷⁸.

İhlalle tanınmış kişinin şöhreti sayesinde mali fayda sağlanabileceğinden, Türk Ticaret Kanunu’nun 56. maddesinde düzenlenen haksız rekabet kurallarına aykırılıkta sözkonusu olacaktır.

¹⁷⁷ Erdil, s. 1447, Güneş, s. 351, M. Kemal Oğuzman – Özer Seliçi – Saibe Oktay – Kişiler Hukuku, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1999, s. 115 vd., eylemi dolandırıcılık olarak nitelendiren görüş için; Yazıcıoğlu, s. 162.

¹⁷⁸ Bak.; Birinci Bölüm 2.1.2., Öztan, s. 306, Tekinalp, s. 157, karşı görüş; Ayiter, s. 119, 120, Erel, s. 121.

TMK 26/2. maddesinde yer alan adın korunmasına ilişkin hükümle de koruma altına alınan isme tecavüz haline ilişkin cezai korumanın FSEK ile sağlanmış olması doktrinde eleştirilmiştir¹⁷⁹. Nitekim suçun konusu FSEK’te düzenlenen eser, icra, fonogram veya yapım ise de koruma altına alınan tanınmış kişinin şöhreti, dolayısıyla adıdır¹⁸⁰.

İnceleme konusu suç, esere adı konulan tanınmış kişinin fail değil, üçüncü bir kişi olması ile FSEK 71/2. maddede düzenlenen başkasına ait esere kendi eseri olarak ad koymak suçundan¹⁸¹, suça konu eser, icra, fonogram veya yapımın sahibinin yerine tanınmış bir başkasının adı ile çoğaltılması, dağıtılması, yayılması ve yayımlanması ile FSEK 71/1. maddede düzenlenen mali haklara tecavüz suçundan¹⁸² ayrılır.

Suçun oluşabilmesi için tanınmış bir kişinin adı, gerçekte sahibi olmamasına rağmen eser, icra, fonogram veya yapıma verilmesi ve söz konusu eserin, icranın, fonogramın veya yapımın çoğaltmak, dağıtmak, yaymak veya yayımlanması gerekmektedir.

Tanınmış kişi hakkında kanunda özel bir tanım yapılmamıştır. Bundan dolayı ismi kullanılan kişi hiç eser üretmemiş birisi de olabilir. Sadece tanınmış kimse olması yeterlidir¹⁸³. Çoğaltmak, dağıtmak, yaymak veya yayımlanmak fiili de yine, eser, icra, fonogram veya yapım sahibi kişi tarafından değil, herhangi bir kişi tarafından da gerçekleştirilebilir¹⁸⁴.

Tanınmış kişinin sahibi olmadığı eser, icra, fonogram veya yapımı onun adı ile çoğaltmak, dağıtmak, yaymak veya yayımlamak suçu seçimlik hareketli bir suçtur. Suçu oluşturan seçimlik hareketler çoğaltılmak, dağıtmak, yaymak veya yayımlamaktır.

¹⁷⁹ Erdil, s. 1447.

¹⁸⁰ Yargıtay 11. HD’nin 2002/1113 E. 2002/4255 K. 02.05.2002 T. ; “..davacı murisine ait olmayan ‘Peyzaj’ adlı resim altına davacı murisinin imzasının sahte olarak atıldığı, bundan dolayı davacının FSEK 68 ve 70. Maddeleri anlamında mali ve manevi haklar çiğnenmese de MK 24/a, ve BK 49. Maddeleri uyarınca manevi tazminat taktiri ve MK’nun 24a/2 maddesince maddi tazminat tayini gerektiği ..” (Erdil, s. 1447)

¹⁸¹ Bak. İkinci Bölüm 1.3.2.1.1.2.

¹⁸² Bak. İkinci Bölüm 1.3.2.1.2.

¹⁸³ Güneş, s. 352, Aksi görüş için ; Erdil s. 1446.

¹⁸⁴ Aksi görüş, Erdil, s. 1446.

Çoğaltmak, dağıtmak, yaymak veya yayımlamak fiilleri, eser sahibinin mali haklarından; çoğaltma hakkını düzenleyen FSEK 22. madde¹⁸⁵, yayma hakkını düzenleyen FSEK 23. madde¹⁸⁶, kamuya sunma hakkını düzenleyen FSEK 25. madde¹⁸⁷ anlamında anlaşılabacaktır. Bu fiillerin eser sahibinin mali haklarına ilişkin kavramlar olması suçun manevi haklara tecavüz suçu olmasını değiştirmemektedir.

Somut olayda birden fazla seçimlik hareket birlikte gerçekleştiği takdirde TCK 61. maddeye göre temel ceza belirlenirken bu husus dikkate alınmalıdır¹⁸⁸.

3.2.1.2 Mali veya Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçu

3.2.1.2.1 Eserin İzinsiz İşlenmesi Suçu

Cezai yaptırıma bağlanan fiil, bir eserin, icranın, fonogramın veya yapımın hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın işlenmesidir.

Suçta konu izinsiz işlenen, eser, icra, fonogram veya yapımdan FSEK'teki anlamları anlaşılabacaktır.

İşlenme kavramı yukarıda incelenmişti¹⁸⁹. Bu yüzden oraya atıf yapmakla yetinilecektir.

Suçun oluşabilmesi için öncelikle eser sahibinden yazılı izin alınmaksızın oluşturulan çalışmanın işlenme eser niteliğinde olması gerekmektedir. İşlenme eser niteliğinde olmayan bir çalışmanın ve bu çalışmaya yönelik bir fiile cezai yaptırım bağlanamaz.

Her ne kadar madde metninde suçun oluşması için yalnızca işlenme yeterli görülmüşse de eser kişisel kullanım amacıyla işlenmiş ve kamuya sunulmamışsa FSEK

¹⁸⁵Bak. Birinci Bölüm 2.2.3.

¹⁸⁶Bak. Birinci Bölüm 2.2.4.

¹⁸⁷Bak. Birinci Bölüm 2.2.6.

¹⁸⁸Artuk-Gökçen-Yenidünya s. 878- 882.

¹⁸⁹Bak. Birinci Bölüm 1.2.5.

38/1. maddesine göre hukuka uygunluk sebebi sözkonusu olduğundan suç oluşmayacaktır¹⁹⁰.

Bir eserden ilham alarak ama o esere bağlı kalmayarak bağımsız bir eser oluşturulduğu takdirde ortada işlenme değil bağımsız bir eser olduğundan dolayı eserin izinsiz işlenmesi suçu oluşmayacaktır¹⁹¹.

İşleme eserde asıl eserle olan ilişkinin belirtilmemesi, yani yararlanılan eserin tanınmasına yetecek ölçüde eser sahibini adının, eserin türünün gibi bilgilerin verilmemesi ve eserin bağımsız bir eser gibi kamuya sunulması halinde, eserin işlenmesi suçu değil, FSEK 71/2. maddesinde düzenlenen başkasına ait esere kendi eseri olarak ad koyma suçu oluşacaktır.

Bir eserin kısaltılması ve veya genişletilmesi işleme sayılmaz. Bir romanın veya filmin kısaltılması işlenme değildir. Aynı şekilde bir eserin büyüklüğünde ve boyutlarında değişiklik yapılması da işlenme sayılmaz. Bu fiil duruma göre eserin çoğaltması sayılabilir¹⁹².

Ortaya koyulan eserin kanunda ifade edilen işlenme eser kalıplarından birine uyması zorunlu değildir. Zira kanunda işlenme eserin başlıcaları sayılmış olup işlenme eserler bu sayılanlarla sınırlı değildir¹⁹³.

Müzik eserlerinin MP3¹⁹⁴ formatına dönüştürülmesi halinde eserin işlenmesi değil, çoğaltılması sözkonusu olacaktır¹⁹⁵.

İşlenmenin hakkının ihlaline örnek olarak; bir edebiyat eserinin tiyatro veya sinema eserine dönüştürülmesi¹⁹⁶, mimari eserin işlenerek görünümün değiştirilmesi¹⁹⁷,

¹⁹⁰ Öztan, s. 684, Özderiyol, s. 138.

¹⁹¹Yenidünya, s. 262.

¹⁹² Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler, s. 229.

¹⁹³Bak. Birinci Bölüm 1.2.5.1.

¹⁹⁴ MP3 kavramı hakkında açıklama için ; <http://tr.wikipedia.org/wiki/Mp3> (23.03.2010)

¹⁹⁵ Başpınar – Kocabey, s. 109, Tekin Memiş, Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu, Ankara; Seçkin yayıncılık, 2002, s. 108, 109, Özderiyol, s. 139, aksi görüş; Mustafa Topaloğlu, İnternette Fikri Haklar Sorunları, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_28.htm (23.03.2010)

mimari eserden faydanılarak başka bir mimari eser oluşturulması¹⁹⁸, bir resim heykel ya da rölyefin başka bir esere dönüştürülmesi¹⁹⁹ gibi haller gösterilebilir²⁰⁰.

¹⁹⁶Yargıtay 4. HD'nin 2001/12748 E., 2002/1613 K.,12.02.2002 T. "...Davalıların aynalar isimli programda "Türkan Şoray" adlı bölümde davacılar tarafından yazılan "Yeşilçamda Bir Sultan" adlı eserden izinsiz alıntı yaptıkları ve dava konusu yayın nedeniyle Fikir ve Sanat Eserleri Yasası'na aykırı davrandıkları uyulan bozma kararı ile kesinleşmiştir... Hükme dayanak yapılan bilirkişi raporunda FSEY. 68. maddesindeki ilkeler gözetilmeden "böyle bir eserin mutad işleme bedeli 3.000.000.000 TL'dir" denilmek suretiyle zarar belirlenmiştir. Davalıların hukuka aykırı eylemleri sabit olduğuna göre somut olayın özellikleri ve anılan madde hükmü birlikte gözönüne alınarak zarar belirlenmelidir." Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası veri Tabanı (08.09.2010), Yargıtay HGK'nın 2002/11-176 E., 2002/214 K.,20.03.2002 T. "...Davacıya ait NEVVARNEYORK/Selçuk Demirel adlı Galeri Nev tarafından bastırılan Sergi Katalogunda "M... Balo" isimli yapıtındaki 11 ve 12 nolu eserlerinde yer alan figürler canlandırılmak - Animation – suretiyle davalı şirkete ait C Televizyon kanalında yayınlandığı sabittir. Davalının eser sahibinden izin almadan yayın yaptığı, bu eyleminin davacının FSEK. den doğan işleme, çoğaltma, TV, Uydu ve Kablo yoluyla yayma hakkına tecavüz oluşturduğu.." Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası veri Tabanı (08.09.2010)

¹⁹⁷Yargıtay 11. HD'nin 1998/3202 E., 1998/5147 K.,06.07.1998 T. ; "... Davacı vekili, müvekkilinin davalının maliki olduğu 3 no'lu villanın mimari ve statik projelerinin müellifi olduğunu, mimari ve proje planlarının bilimsel eser sayıldığını, dolayısıyla davalının villasının mimarlık eseri niteliğinde olduğunu, villa tamamlandıktan sonra müvekkilin izni alınmaksızın ilave ve değişikliklere uğradığını, bu değişiklikler sonunda inşaat alanının 115 m2 arttığını kısıtlı alanların tam yararlı alanlara dönüştürüldüğünü, villanın değerinin arttığını, bu konuda davalıya ihtarlar yaptığını, mimarlık eserinin rızasız işlendiğinin açık olarak görüldüğünü, dolayısıyla FSEK 21. maddedeki işleme hakkına tecavüz edildiğini, bunun yanında villanın iki katlı görünümünü değiştirerek üç katlı bir görünüm oluşturduğunu, bodrum katının cephesini değiştirerek, üst katlarla bağdaşmayan çirkin bir görünüm kazandığını maddi ve manevi tazminat koşullarının oluştuğunu ileri sürerek, FSEK 70/3 ve 68/1. maddesi uyarınca 50.000.000.- TL. maddi ve 10.000.000.- TL. manevi tazminatın.. davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir... Mahkemece iddia, savunma ve toplanan kanıtlara göre; yaptırılan bilirkişi incelemesinde, villaya ait mimari projenin davacıya ait olduğunun Boğaziçi İmar Müdürlüğü'nce onandığı ve projeye göre her bağımsız bölümde ne yapılacağının özetlendiğini.. villalar yerinde incelenip onanmış projeler ile mevcut binaların karşılaştırılması yapıldığında, binada birtakım değişiklikler ve ilaveler yapıldığının tespit edildiği, binaya yapılan ilavelerin binanın sağlamlığını ve emniyetini sağlamak amacıyla değil, doğrudan doğruya binayı büyütmek ve kullanım alanını genişletme amacıyla yapıldığını, bu değişiklik ve eklentilerin binanın dış görünüşünü ve planını önemli ölçüde değiştirdiğini, 3 katlı bina haline dönüştürdüğünü, binanın özgün mimarisini ortadan kaldırdığını,.. gerekçesiyle davanın kabulü(ne) karar verilmiştir... usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına.." Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası veri Tabanı (08.09.2010)

¹⁹⁸Yargıtay 4. HD'nin 1999/6241 E., 1999/10212 K.,23.11.1999 T. ; "...Somut olayda, davacı tarafından çizilen iki projenin halen yapılmış olan iş merkezindeki binada kullanılıp kullanılmadığı, kullanılmışsa ne ölçüde kullanılmadığı, diğer bir anlatımla iş merkezinin ortaya çıkmasındaki görünüm ve sonucun özgün olup olmadığı, bu bağlamda Fikir ve Sanat Eserleri Yasasının 6. maddesinde tanımını bulan işlenme olarak kabul edilip edilemeyeceği hususu üzerinde durulmamıştır. Şu durumda mahkemece yapılacak iş, halen yapılıp tamamlanmış bulunan iş merkezindeki projenin uygulanarak davacının çizdiği projenin uygulanarak davacının çizdiği projelerin özelliğini taşıyıp taşımadığı, taşımışsa ölçüsü ve böylece davacının maddi ve manevi değerlerine bir saldırı olup olmadığı hususu incelenmeli..dir." (Erdil, s. 1400, 1401)

¹⁹⁹Yargıtay 11. HD'nin 2004/2662 E., 2004/11862 K.,12.02.2002 T. ; "...heykel sanatçısı Mustafa T'nin eseri Atatürk portre rölyefini alçı döküm aslından kopyalama, küçültme ile kristal cam olarak işleme suretiyle suretiyle imal ederek, muhtelif ebatta biblo olarak çoğaltıp piyasaya sundukları.." Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası veri Tabanı (08.09.2010)

²⁰⁰Daha fazla örnek için; Erdil, s. 1400, 1401, 1402.

3.2.1.2.2 Eserin İzinsiz Çoğaltılması Suçu

Cezai yaptırıma bağlanan fiil, eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın çoğaltmaktır.

Çoğaltma eylemi, eseri aynen tekrarlanmasını ve maddi bir varlık olarak somutlaşmasını sağlayan teknik bir işlemdir. Eserin çoğaltılmış sayılması için birçok sayıda nüsha çıkarılmasına gerek yoktur. Tek bir nüshanın çıkarılmış olması halinde bile çoğaltma vardır²⁰¹.

FSEK 22. maddede çoğaltma sayılacak işlemler sayılmıştır. Ancak maddedeki sayım örnek niteliğinde olup, sınırlayıcı değil, teknolojik gelişmeleri kapsayacak şekilde düzenlenmiştir²⁰². Bundan dolayı çoğaltma maddede sayılanlar dışında herhangi bir yolla da gerçekleştirilebilir.

Çoğaltmanın ne şekilde yapıldığı önem taşımaz²⁰³. Fiziksel ortamda basılı bir bir kitabın fotokopi ya da baskı yoluyla çoğaltılması²⁰⁴ ya da e-kitap formatına dönüştürülmesi, kalıp kullanılarak heykelin çoğaltılması²⁰⁵, mimari bir eserin plan,

²⁰¹ Bak. Birinci Bölüm, 2.2.3., Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, s. 358.

²⁰² Memiş, s. 112.

²⁰³ Erel, s. 140 vd., Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, s. 356.

²⁰⁴ Yargıtay 7. CD'nin 2003/21821 E., 2003/3608 K.,27.05.2003 T. ; "...bir kitabı fotokopi yoluyla çoğaltılıp spirallenecek kitap haline getirilmesi halinde çoğaltma unsur oluşur.." (Erdil, s. 1410), Yargıtay 11. HD'nin 1999/5553 E., 1999/7625 K.,07.10.1999 T. ; "...eseri eser sahibini rızası olmadan, çoğalttırıp, gazete ekinde dağıtmak çoğaltma ve yayma hakkının ihlalidir.." (Erdil, s. 1411), Yargıtay 7. CD'nin 2002/21822 E., 2003/3600 K.,27.05.2003 T. ; "...fotokopi haline getirilen eserlerin kitap halinde mi yoksa öğrenciler tarafından öğrenim amacıyla hizmet karşılığı sanığa fotokopi olarak çoğaltılıp spiral ciltlenmek suretiyle meydana getirilen bir şey mi olduğu, sanığında fotokopi hizmeti karşılığında eseri bu hale getirip getirmediği ve hizmet karşılığı bu hale getirdiği kitabı iade edip etmeyeceği, edecekse 5846 sayılı kanunun 72. maddesindeki çoğaltma unsurunun oluşmayacağı, eğer fotokopi yoluyla çoğaltılıp kitap haline getirilerek kitabın tümünü satacaksa anılan suçun oluşacağı hususları tartışılıp araştırılarak bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve soruşturma ile yazılı şekilde tesisi...hükümün...Bozulmasına...", <http://www.kazanci.com> (24.03.2010),Yargıtay 11. HD'nin 2000/10395 E. 2001/1478 K. 20.02.2001 T. ; "...Dava, davacıların murisi tarafından yapılan tablonun, davalı tarafından basılan takvimde kullanılması nedeniyle ihlal edilen mali ve manevi hakların tazmini istemine iliskindir. Bu tablonun eser sahibine ait fikri hakların davalıya devredilmediği açıktır. Davalının eyleminin, söz konusu resmin kopyasını takvim nüshalarına basarak çoğaltmak ve umuma arz etmek olduğu, bu itibarla FSEK.nun 22. maddesinde yer alan çoğaltma hakkının ve aynı Yasanın 14. maddesinde belirtilen umuma arz yetkisinin ihlal edildiği.. anlaşılmaktadır..." <http://www.kazanci.com> (24.03.2010)

²⁰⁵ Yargıtay 4. HD'nin 1973/6932 E., 1973/1977 K.,23.02.1973 T. ; "...Uyuşmazlık, güzel sanatlar dalında yapılmış olan "Turgut Reis" ve "Cezayirli Hasan Paşa" heykellerinin çoğaltılmasından doğmuştur.

proje veya krokisinin fotokopi yoluyla çoğaltılması²⁰⁶ veya uygulanarak yapı inşası²⁰⁷ taş plak veya kasette kayıtlı bir müzik eserin MP3 formatına dönüştürülmesi halinde de çoğaltma gerçekleşmiş olacak ve suç oluşacaktır²⁰⁸.

Çoğaltma suçunun oluşumu için çoğaltılacak eserin, çoğaltmayı sağlayacak araç üzerine alınması yeterli değildir. Suçun oluşması için çoğaltmanın gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Örneğin yazılı bir eserin çoğaltması için eserin matbaada dizilmeye başlamasıyla değil, basılması halinde suç oluşacaktır²⁰⁹.

Suçun oluşumu için eserin tamamının çoğaltılması şart değildir²¹⁰. Eserin bir parçasının çoğaltılması halinde dahi fiil tamamlanmış sayılacaktır²¹¹. İster eser bir bütün olarak çoğaltılsın, ister bir parçası, önemli olan, eserin çoğaltılan kısmıyla eserin aslı ile aynı olmasıdır. Çoğaltma, çoğaltılan eserin birebir aynı nüshasının elde edilmesiyle gerçekleşeceğinden, eserde değişiklik yapılarak çoğaltılmışsa eserin izinsiz çoğaltılması değil, duruma göre eseri değiştirme ya da işleme suçu sözkonusu olacaktır.

Çoğaltmanın hangi malzeme kullanılarak yapıldığı kural olarak önemli değildir²¹². Kuşe kağıda basılmış bir eserin 2. kalite bir kağıt kullanılarak basılması halinde yine çoğaltma sözkonusu olacaktır. Önemli olan içeriğin aynı olmasıdır. Ancak istisnai olarak çoğaltılan eser yapıldığı malzemenin değiştirilmesi o eserde önemli değişiklik yaratıyorsa, eserin çoğaltılması değil işlenmesi ya da değiştirilmesi sözkonusu olabilecektir. Bu duruma siyah beyaz bir fotoğrafın renklendirilerek çoğaltılması örnek gösterilebilir.

Davacı eserin(sahibi)dir. Davalı İdare, kalıpları alarak çoğaltılmış ve bu sırada sanat değerini bozucu tağyir meydana getirdiği kopyaları, sahibinin imzası ve izni bulunmadan Gölcük Garnizonu önüne koymuştur. Bu davranış “eser sahibinin” izni olmadan çoğaltmadır..” (Erdil, s. 1411, 1412)

²⁰⁶ Tekinalp, s. 174.

²⁰⁷ Arslanlı, s. 98.

²⁰⁸ Bak, yukarıda, dipnot 196.

²⁰⁹ Arslanlı, s. 98.

²¹⁰ Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, s. 359.

²¹¹ Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, s. 359,

²¹² Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, s. 356.

Eserin büyüklüğü veya formatını değiştirilerek çoğaltma gerçekleştirilmesi halinde de çoğaltma sözkonusu olacaktır²¹³.

Çoğaltmada çoğaltılan nüsha sayısı önemli değildir. Bir nüsha dahi olsa eser çoğaltılmış sayılacaktır.

FSEK 22/3. madde gereğince çoğaltma hakkı, bilgisayar programının geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiillerini de kapsar²¹⁴.

Günümüzde en yaygın olarak çoğaltma suçu internet ortamında gerçekleşmektedir. Bu durumda ya bir web sitesi, eseri izinsiz olarak kendi sitesi içinde doğrudan kamuya sunmakta, ya da eserin bulunduğu web sayfası dahili link yöntemi²¹⁵ ya da herhangi bir şekilde başka bir web sitesine dahil edilmektedir.

İşleme ve yayma hakkını devralmış kişi çoğaltma hakkını da devralmış sayılacağından, bu kişilerin yapacağı çoğaltma suç sayılmayacaktır²¹⁶.

3.2.1.2.3 Eseri İzinsiz Olarak DağıtmakSuçu

Burada suç sayılan fiil, bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın dağıtmaktır.

Suçla, FSEK 23. maddeyle eser sahibine, yayma hakkı içinde tanınan, FSEK 80/1/A-3,4. maddeyle icracı sanatçıya, FSEK 80/1/B/-1,2,3. maddeyle fonogram

²¹³Özkan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, s. 357.

²¹⁴ Başpınar - Kocabey, s. 116 vd., Erdil, s. 1413, Yargıtay 11. HD'nin 2001/1408 E. 2001/4344 K. 15.05.2001 T. ; “..bilgisayar veri tabanının lisanssız olarak kullanılması eylemi, FSEK'nun 22/son madde ve sonuncu fıkrasında açıklandığı üzere, bu programların izinsiz olarak başka bilgisayarlara yüklenmek ve depolanmak suretiyle çoğaltma hakkının ihlali kapsamına girmektedir. Aynı maddenin 1'nci fıkrasına göre ise, çoğaltma hakkı münhasıran eser sahibine aittir...” (Erdil, s. 1411)

²¹⁵Dahili link ;kullanıcının doğrudan ziyaret ettiği web sayfası üzerinden başka bir web sayfasındaki bilgilere, giriş sayfasını kullanmaksızın ulaşabilmesini sağlar.

²¹⁶Erel, s. 138.

yapımcısına, FSEK 80/2-2. maddeyle film yapımcısına tanınan “dağıtma” hakkına cezai koruma getirilmiştir²¹⁷.

Dağıtmak, eser nüshalarının kamuya sunulmasıdır. Kamuya sunulmanın ne şekilde olacağı, madde metninde “ kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla ” ifadesi kullanılarak örnekleme yoluyla gösterilmiştir. Maddede, diğer yollarla ifadesi kullanılarak “dağıtma”nın sadece sayılanlarla sınırlı olmadığı, herhangi bir şekilde de yapılabileceği belirtilmiştir.

Kiralamak; bir eserin aslının veya çoğaltılmış nüshalarının doğrudan veya dolaylı olarak ekonomik ve ticari bir yarar elde etmek amacıyla, belirli bir süre için bir kişinin kullanımına sunulmasıdır²¹⁸.

Ödünç vermek ; bir eserin aslının veya çoğaltılmış nüshalarının doğrudan veya dolaylı olarak ekonomik veya ticari bir yarar elde etmek amacı gütmeksizin, kamuya açık kurumlar tarafından yine kamunun yararlanmasına sunulmasıdır²¹⁹.

Satışa çıkarmak; fikir ve sanat eserinin belli bir bedel karşılığında mülkiyetinin devri amacıyla satışa sunulmasıdır²²⁰.

Suçun konusu çoğaltma sureti ile elde edilen maddi varlığı olan eser nüshaları, fonogramlara tespiti yapılmış icralar ve yapımlardır.

Bir eserin internete koyulması ya da radyo veya televizyonda gösterilmesi eserin dağıtılması değildir. Böyle bir durumda eseri kamuya sunma veya çoğaltma hakkının ihlali oluşacaktır²²¹. Bu şekilde yayılan nüshaların maddi ortama dökülüp

²¹⁷Dağıtmak fiilinin, satışa arz etmek, satmak, kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yaymak fiilini de kapsadığı, bu nedenle maddede gereksiz tekrar yapıldığı savunulmuştur, Yazıcıoğlu, s. 169.

²¹⁸Avrupa Topluluğunun Fikir ve Sanat Eserleri Haklarının Kiralanması, Ödünç Verilmesi ve Bazı İlişkili Haklara Dair Konsey Yönergesi’ndeki tanıma göre, Tekinalp, s. 173.

²¹⁹Tekinalp, s. 174.

²²⁰Erdil, s. 1418.

²²¹ Bu konu doktrinde tartışmalıdır. Bir kısım yazarlar eserin hak sahibinden izinsiz olarak internete koyulması halinde yayma hakkının ihlal edileceğini savunurken; Şebnem Akipek – Esra Dardağan, “Sanal Ortamda Telif Hakları”, BATİDER, Haziran 2001, C. 29, S. 1., s. 59, Tekinalp, s. 172; Sait Güran – Teoman Akünel – Köksal Bayraktar – Erdener Yurtcan – Abuzer Kendigelen – Önder Beller – Bülent

dağıtılması halinde ise izinsiz dağıtma suçu oluşacaktır. Televizyonda veya internette izin alınmaksızın sinema veya müzik eserinin gösterimi halinde inceleme konusu suç oluşmazken, bu şekilde gösterilen eserin fiziki ortamda kaydedilip (CD, DVD veya başka bir şekilde) dağıtılması halinde inceleme konusu suç oluşacaktır.

Dağıtmanın hangi amaçla yapıldığı, suçun oluşumu açısından önemli değildir. Ticari amaçlı olmaksızın, bir eserin ücretsiz olarak üçüncü kişilerin istifadesine sunulması halinde de suç oluşacaktır²²².

3.2.1.2.4 Eseri İzinsiz OlarakTemsil Etmek

Burada fiil eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın temsil etmektir.

Madde metninde temsil hakkı; bir eseri doğrudan doğruya veya işaret, ses veya resim nakline yarayan aletlerle kamuya açık yerlerde okumak, çalmak, oynamak ve göstermek şeklinde tanımlanmıştır²²³. Bu sebeple, duyularla algılanmaya elverişli her fiili temsil kavramı çerçevesinde değerlendirmek mümkündür.

Temsil hakkı bir eserin, okunması, çalınması, oynanması ve gösterilmesi fiillerini kapsamaktadır. Ancak temsil hakkı sadece bu sayılanlardan ibaret olmadığı maddedeki “gibi” ifadesinden anlaşılmaktadır²²⁴.

Eserden yararlanma imkanını veren aktarmanın geçiciliği temsilin ayırt edici yönüdür²²⁵. Eserden yararlanmanın, o ana münhasır kılacak şekilde aktarılmasını geçiciliği ifade eder²²⁶.

Sözer, İnternet ve Hukuk, İstanbul, 2000, s. 38., Yavuz Kaplan, İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk, Ankara; Seçkin yayıncılık, 2004, s. 133, diğer görüş ise bunun satma veya kiralama olarak değerlendirilemeyeceğini savunmaktadır; Abuzer Kendigelen – Savaş Bozbel, “Telif Hakları Açısından İnternette Veri Paylaşımı (Peer-to-Peer, File Sharing)” İnternet ve Hukuk, Der: M. Yeşim Atamer, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004., s. 514, Ateş, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, s. 173, Memiş, s. 112.

²²² Güneş, Uygulamada Fikir ve Sanat eserleri Hukuku, s. 112, Öztan, s. 367.

²²³ Akın, s. 119, madde metninde kavram eleştirisi için Bak.; Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, s. 376.

²²⁴ Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, s. 377.

Temsilin diğerk bir ayırt edici yönü ise, temsilin kamuya sunulmak üzere gerçekleştirilmesidir²²⁷.

“Okumak” ; bir eseri sesle kamunun işitme duyusuna nakledilmesidir. Okumak’tan bahsedebilmek için kişinin konuyu doğrudan sunması şarttır²²⁸.

“Çalmak”; bir müzik eserinin enstrümanla icrasıdır.

“Oynamak” ; bir eseri canlı olarak sahnelemektir. Tiyatro ve opera eserlerinin sahnelenmesi eserin oynanması kapsamındadır.

“Göstermek” ; bir eserin seyredilmek üzere kamuya sunulmasıdır. Bu halde bir güzel sanat eseri seyircilerin gözünün algılayabileceği şekilde sunulmaktadır. Yalnızca güzel sanat eserleri için sözkonusudur²²⁹. Klasik örneği sinema eserlerinin gösterimidir. Ayrıca sergilerde eserlerin(tablo, heykel vs.) kamuya sunulması da bu kapsamdadır.

FSEK 24/2. maddede; “*temsilin umuma arz edilmek üzere vuku bulduğu mahalden başka bir yere her hangi bir teknik vasıta ile naklinin de eser sahibine ait olduğu*” belirtilmektedir. Buna göre temsil, doğrudan temsil şeklinde olabileceği gibi, dolaylı (vasıtalı) temsil şeklinde de olabilir²³⁰.

Doğrudan temsil, eser ile muhatap arasına herhangi bir teknik vasıta olmamasını ifade eder.

Dolaylı temsilde ise eser, teknik araçlar yardımı ile canlı olarak yani eserin bir yerdeki temsili ile aynı anda ya da gerçekleştiği anda yapılan kaydın daha sonraki bir zamanda kamuya sunulması suretiyle gerçekleşmektedir²³¹.

²²⁵ Ayiter, s. 136.

²²⁶ Arslanlı, s. 104, 105, Ayiter, s. 136.

²²⁷ Erel, s. 132, Öztan, s. 378.

²²⁸ Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, s. 380.

²²⁹ Tekinalp, s. 180.

²³⁰ Ayiter, s. 136, Erel, s. 152.

²³¹ Erel, s. 133, Öztan, s. 377.

Suçun oluşumu açısından sadece kamuya sunulmak üzere temsilin yapılması yeterli değildir, kamuya ulaştırılması da gerekmektedir. Bundan dolayı temsilin en az bir kişi önünde yapılması şarttır²³². Bir piyes tiyatro salonunda sahnelense bile, kimse tarafından seyredilmemişse suç oluşmayacaktır.

FSEK 80/1/A-2 maddesine göre icracı sanatçı yalnızca dolaylı temsilde hak sahibidir. Doğrudan temsil halinde yeni bir icranın varlığı söz konusu olacağından hak sahipliği bulunmamaktadır.

Dolaylı temsil söz konusu olan durumlarda teknik vasıtalar kullandığından dolayı fonogram yapımcısının da temsil hakkının ihlali söz konusu olmaktadır.

FSEK’te yer almamasına rağmen, Eser sahibinin haklarına komşu haklar yönetmeliğinin 12/c. maddesinde fonogram yapımcısının temsil hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmiştir²³³.

Fonogram yapımcısının temsile ilişkin hakkı dolaylı temsille sınırlıdır. Doğrudan temsil söz konusu olduğunda hak sahibi değildir.

Kamuya açık yerlerde bir eserin temsili halinde eser sahibi ve varsa icracı sanatçıya ek olarak fonogram yapımcısının izni gerekmektedir²³⁴.

²³²Özkan, s. 378.

²³³Erel, s. 165, Söz konusu madde ; “Aşağıdaki durumlarda ses taşıyıcısı yapımcısından yazılı izin alınması zorunludur : .. c) Ticari dolaşıma konmuş ses taşıyıcılarının radyo ve televizyon kuruluşları ya da başka kuruluşlar tarafından yayınlanması ya da kamuya açık yerlerde temsil edilmesi.” şeklindedir.

²³⁴Yargıtay 7. CD’nin 2006/10112 E. 2009/8567 K. 13.07.2009 T. 13.07.2009 ; “...Sanıklar hakkında müzik yayınından sorumlu oldukları alışveriş merkezinde hak sahibinin izni olmaksızın CD’den müzik eserini yayınlatarak yaydıklarından bahisle kamu davası açılmış olup suç tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 5846 sayılı kanunun 80/B-1.maddesinde “Eser sahibinin ve icracı sanatçının izni ile yapılan tespitin, doğrudan veya dolaylı olarak çoğaltılması, dağıtılması, satılması, kiralanması ve kamuya ödünç verilmesi hususlarında izin verme veya yasaklama hakları münhasıran fonogram yapımcısına aittir. Yapımcılar tespitlerinin işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletilme ve yeniden iletilme izin verme hususunda hak sahibidir.” hükmü gereğince, dosya kapsamına göre hak sahiplerinin izni bulunmadan fonogramlara tesbit edilmiş icranın umuma iletildiği ve atılı suçun olduğu gözetilerek sanıkların mahkumiyeti yerine yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi...” (karar yayınlanmamıştır)

3.2.1.2.5 Eseri Her Türlü İşaret, Ses Veya Görüntü Nakline Yarayan

Araçlarla Umuma İletmek

Bu halde fiil, eseri, icrayı, fonogramı veya yapıyı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletmektir.

Bu hükümle FSEK 25. maddede düzenlenen eser sahibinin, FSEK 80/1/A-1, 2, 3. maddelerinde düzenlenen icracı sanatçının, FSEK 80/1/B-1,2,3. maddelerinde düzenlenen fonogram yapımcısının, FSEK 80/2-1,2,3. maddelerinde düzenlenen film yapımcısının umuma iletim hakkı cezai koruma altına alınmaktadır.

5728 sayılı kanun değişikliğiyle maddede yer alan; “..dijital iletim de dahil olmak üzere..” ifadesi madde metninden çıkartılmış²³⁵, işaret, ses veya görüntü naklini sağlayan her türlü araçla eserin iletiminin sağlanması halinde suç oluşacağı hüküm altına alınmıştır.

İletim en yaygın şekli olan radyo, televizyon ve internet yayını ile yapılabileceği gibi uydu yayını, kablo yayını veya bunlara benzer telli veya telsiz araçlarla yayın yapan kuruluş aracılığıyla da olabilir. Yayın; işaret, ses veya görüntünün bir merkezden elektromanyetik dalgalarla yayılmasıdır²³⁶. Eserin bu şekilde umuma iletilmesi halinde suç oluşacaktır.

Umuma iletmek, eseri aynı anda birden fazla kişiye sunmak değil, esere birden fazla kişinin ulaşabilmesini sağlamaktır. İnternete konulan bir esere kullanıcılar istedikleri zamanda ulaşabilmeleri bu duruma örnek olarak gösterilebilir²³⁷. Benzer

²³⁵Eleştiri için; Gürsel Üstün, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda 4630 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Eleştirilerimiz”, İBD, C: 75, S.:1, İstanbul 2001, s. 158.

²³⁶Öztaş, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, s. 386 .

²³⁷Başpınar - Kocabey, s. 130.

şekilde otel ya da alışveriş merkezi gibi yerlerde yapılan izinsiz yapılan film ya da müzik yayınları da umuma iletim hakkının ihlalidir²³⁸.

Yeniden yayınlama hakkının ihlal edilmesi halinde de suç oluşacaktır. Bu durumda eser bir yayın kuruluşunca yayınlanmak suretiyle kamuya sunulmuş, ancak başka bir yayın kuruluşunca hak sahibinden izin almaksızın ikinci defa ya da aynı anda yayınlanmaktadır. Bu duruma en yaygın örnek olarak sinema eserleri örnek gösterilebilir. Bu halde, hak sahibinin izninin olduğu bir ülkede yayınlanan karşılaşma, uydu yayını vasıtasıyla izninin olmadığı bir ülkede yayınlanmaktadır. Bu durumda hak sahibinin uydu yayını yapılmasına izni bulunmuyorsa, uydu yayını yapan kuruluş sorumlu olacaktır.

Kamuya iletilen bir eserin fiziksel ya da dijital ortama kaydedilmesi halindeyse, iletim veya yeniden iletimi değil, eseri çoğaltma, dağıtma ve ticarete koyma hali sözkonusu olacaktır²³⁹.

3.2.1.2.6 Hukuka Aykırı Olarak İşlenen Veya Çoğaltılan Eserleri Satışa

Arz Etmek, Satmak, Kiralamak Veya Ödünç Vermek Suretiyle ya da Sair Şekilde Yayımlamak

Cezai yaptırıma bağlanan fiil; eseri, icrayı, fonogramı veya yapıyı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri satışa arz etmek, satmak, kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yaymaktır.

²³⁸Yargıtay 7. CD'nin 2006/10111 E. 2009/8568 K. 13.07.2009 T. 13.07.2009 ;“..Sanık hakkında müzik yayınından sorumlu olduğu otelde hak sahibinin izni olmaksızın CD'den müzik eserini yayınlatarak yaydıklarından bahisle kamu davası açılmış olup suç tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 5846 sayılı kanunun 80/B-1.maddesinde "Eser sahibinin ve icracı sanatçının izni ile yapılan tespitin, doğrudan veya dolaylı olarak çoğaltılması, dağıtılması, satılması, kiralanması ve kamuya ödünç verilmesi hususlarında izin verme veya yasaklama hakları münhasıran fonogram yapımcısına aittir. Yapımcılar tespitlerinin işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletilme ve yeniden iletilme izin verme hususunda hak sahibidir" hükmü gereğince, dosya kapsamına göre hak sahiplerinin izni bulunmadan fonogramlara tesbit edilmiş icranın umuma iletildiği ve atılı suçun oluştuğu gözetilerek sanığın mahkumiyeti yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi..”(Karar yayınlanmamıştır), benzer şekilde Bak.dipnot 233.

²³⁹Tekinalp, s. 179, Kaplan, s. 130, Özderiyol, s. 173.

FSEK 23. maddede eser sahipleri için, FSEK 80/1/A-2,3. maddede icracı sanatçılar için, FSEK 80/1/B-1. maddesinde fonogram yapımcıları için, FSEK 80/2-2. maddesinde film yapımcıları için düzenlenmiş olan yayma hakkı, maddi varlığı olan eserlere özgü bir haktır²⁴⁰. Maddi varlığa bağlanmamış bir eserde yayma hakkı sözkonusu olamayacağından inceleme konusu suç oluşmayacaktır. Mesela bir eserin sahnelenmesi, televizyon veya radyoda yayınlanması halinde yayma değil temsil veya umuma iletim sözkonusudur.

Suçun oluşumu için öncelikle hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan maddi eserin varlığı gereklidir. Hukuka uygun olarak, yani FSEK 71/1. madde hükmüne göre hak sahibi kişilerin yazılı izni ile işlenen veya çoğaltılan eserler suçun konusu olamazlar.

Burada söz edilmesi gereken bir konu da tükenme prensibidir. Bu prensibe göre eserin aslı ya da çoğaltmış nüshaları bir kez eser sahibinin izni ile hukuka uygun olarak satılır veya dağıtılırsa, sözkonusu eserin tekrar satımı hak sahibinin izni gerekmeksizin serbest olur²⁴¹. Başka bir deyişle, yasal yapılan ilk satıştan sonra hak sahibine tanınan ilk satım hakkı tükenmekte, artık eserin dolaşımına müdahale hakkı sona ermektedir. Burada, yalnızca eserin satış yoluyla el değiştirmesini yani yeniden satışını kısıtlayan haklar tükenmektedir. Bu durumda bir eseri satın alan kişi, satın aldığı eseri başka birisine satarken eser sahibinin iznini almak zorunda kalmayacaktır²⁴².

Tükenme prensibinin uygulanması için öncelikle eserin hak sahibinin izniyle satılması veya dağıtılması gerekmektedir.

Hak sahibinin izninin varlığı halinde, bu iznin coğrafi olarak geçerli olacağı yerlerin belirlenmesi gerekmektedir. Bu açıdan tükenme prensibi üçe ayrılır;

²⁴⁰ Şafak N. Erel, “Fikri Haklarda Korumanın doğuşu ve Kapsamı”, İlim Edebiyat Eserlerinde Çoğaltma-Yayma Hakkının ihlali ve Bunun Sonuçları Paneli, 30.11.2000, Ankara 2000, s. 43 vd., sanal ortamda yapılan çoğaltmaların da yayma hakkı kasamında koruma altına alındığına dair görüş için; Başpınar – Kocabey, s. 113, Kaplan, s. 133.

²⁴¹ Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, s. 368.

²⁴² Tekinalp, s. 179, Tükenme prensibi ülkeseldir; Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, s. 369.

İlk yasal satımın yapıldığı ülkede hakkın tükenmesi haline ülkesel tükenme denilmektedir. Buna göre, bir ülkenin içinde satış halinde hak yalnızca o ülke bakımından tükenir ve eserin dolaşımı yalnızca o ülke içinde serbestleşir. Eserin bir üçüncü ülkede rızai olarak satışa sunulmuş olması, hakkın tanıdığı münhasır yetkiyi ortadan kaldırmaz. Yani eserin başka bir ülkede satışa sunulmuş olması, satışa sunulmadığı ülkede hakkın tükenmesine yol açmaz.

Birkaç ülkenin tek bir bölge olarak kabul edilerek, eserin bu ülkelerden herhangi birinde satışı halinde, satışın yapılmadığı bölge içinde sayılan diğer ülkelerde de hakkın tükenmesine bölgesel tükenme denilmektedir. Bu halde de bölge içindeki ülkelerde hakkın tükenmesi, bölge dışındaki ülkelerde tükenmesi sonucu doğurmaz.

Uluslararası tükenmede ise, eserin herhangi bir şekilde rızai olarak satılması, hakkın tükenmesi için yeterli sayılmaktadır. Yani dünyanın herhangi bir yerinde satışa sunulmuş olması, eser üzerindeki hakkın coğrafi kısıtlama olmaksızın tükenmesi için yeterlidir.

FSEK’te ülkesel tükenme prensibi kabul edilmiştir.

Tükenme prensibi yalnızca hak sahibinin satışa ilişkin yetkisine ilişkindir. Bundan dolayı zilyetliğin geçici devri olan kiralama ve ödünç verme halinde hak sahibi eser üzerindeki tasarruf yetkisini nihai olarak devretmediğinden, tükenme prensibi sözkonusu olmaz²⁴³.

Maddede yer alan; “satışa arz etmek, satmak, kiralamak, ödünç vermek” fiilleri FSEK 23. maddeyle uyumlu olarak, örnek kabilinden sayılmış, eserin başka yollarla da yayılacağı “sair şekilde” ifadesi ile belirtilmiştir²⁴⁴.

Suçun oluşumu için ticari amaçlı yayma gerekmemektedir. Hukuka aykırı işlenen veya çoğaltılan eserin ücretsiz olarak yayılması halinde de suç oluşacaktır²⁴⁵.

²⁴³ Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, s. 369, 370.

²⁴⁴ Sözkonusu kavramlar için; Bak. İkinci Bölüm, 1.3.2.1.2.3.

²⁴⁵ Erdil, s. 1419.

3.2.1.2.7 Hukuka Aykırı Olarak İşlenen Veya Çoğaltılan Eserleri Ticari

Amaçla Satın Almak

Burada fiil hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri ticari amaçla satın almaktır.

Yukarıda²⁴⁶ açıklanan tükenme prensibinin sözkonusu olmadığı durumlarda eseri ticari amaçlı olarak satın almakla suç oluşacaktır.

Ticari amaçlı olarak satın alma, bir eseri kar kazanma düşüncesi ile, ticari faaliyet çerçevesinde satın almaktır. Satın almanın ticari amaçlı olup olmadığı; satın alınan eser sayısına ya da satın alan kişinin sözkonusu eserlere ilişkin ticari faaliyet içinde olup olmadığı hususlarına bakılarak tespit edilecektir.

3.2.1.2.8 Hukuka Aykırı Olarak İşlenen Veya Çoğaltılan Eserleri İthal

veya İhraç Etmek

Suçun maddi unsuru hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri ithal veya ihraç etmektir.

Suçun oluşumu bakımından ithalatın veya ihracatın yasal yollardan gerçekleşip gerçekleşmediği önemli değildir²⁴⁷.

5728 sayılı kanun değişikliği öncesinde, hak sahibinden izinsiz olarak eser nüshalarının ülkeye sokularak ticaret konusu yapılması halinde suç oluşacağı düzenlenmişken²⁴⁸, kanun değişikliğiyle ticari amaç ifadesi kaldırılmış, ithalatın yanı sıra ihracatta suç sayılmıştır. Bu durumda ticari amaç taşıyıp taşımadığı araştırılmaksızın hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserlerin ithal ya da ihraç edilmesi halinde suç oluşacaktır.

²⁴⁶Bak. İkinci bölüm 1.3.2.1.2.7.

²⁴⁷Özderyol, s. 165.

²⁴⁸Özderyol, s. 165.

3.2.1.2.9 Hukuka Aykırı Olarak İşlenen Veya Çoğaltılan Eserleri Kişisel

Amaç Dışında Elinde Bulundurmak ya da Depolamak

Hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri kişisel amaç dışında elinde elinde bulundurmak ya da depolamak cezai yaptırıma bağlanan fiildir.

5728 sayılı kanun değişikliği öncesinde FSEK 73/1-a maddesinde yer alan düzenlemeye göre; FSEK hükümlerine aykırı olarak çoğaltıldığı bilinen veya bilinmesi gereken bir eserin nüshalarının ticarî amaçla bulundurulması halinde suç oluşacaktı²⁴⁹.

5728 sayılı kanun değişikliği ile ticari amaçla bulundurma yerine suçun sübutu açısından daha objektif ve ispatı kolay bir kriter olan “*kişisel kullanım amacı dışında*” kavramı kabul edilmiştir. Kişisel kullanım amacı kavramı, FSEK 38. maddede belirtilen şekilde anlaşılacaktır. Buna duruma kütüphaneden bulunan bir eserin fotokopisinin alınması örnek gösterilebilir²⁵⁰.

Suçun oluşabilmesi için öncelikle hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan bir eser bulunması gerekmektedir. Hukuka uygun olarak; eser ya da hak sahibi kişilerin izni ile işlenen eserleri kişisel amaç dışında elde bulundurmak ya da depolamak suç oluşturmayacaktır²⁵¹.

3.2.2 Fail

5728 sayılı kanunla failliği özel olarak düzenleyen FSEK 74. madde, 5237 sayılı TCK’da tüzel kişiler için cezai sorumluluk öngörülmemesi kuralına uyumlu olarak yürürlükten kaldırılmıştır. Söz konusu maddeyle tüzel kişiler için cezai sorumluluk öngörülmekteydi. Failliğe ilişkin özel bir düzenleme bulunmamasından

²⁴⁹Özderyol, s. 188.

²⁵⁰Kişisel kullanım kavramı hakkında daha geniş açıklama ve örnekler için Bak., Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, s. 474 vd.

²⁵¹Yargıtay 6. CD’nin 2004/1149 E., 2006/9538 K., T. 10.10.2006; “...Sanığın sözleşme ile evinde kullanmak üzere aldığı digitürk aboneliğinden yararlanarak aynı sistemi işyerine kurup sözleşme hükümlerine aykırı olarak kullanıma sunmaktan ibaret eyleminin hukuki nitelikte bulunduğu gözetilmeden, yazılı biçimde hükümlülük kararı verilmesi...” (Sedat Bakıcı, Ceza Hukuku Özel Hükümler 1. Cilt, Ankara: Adalet Yayınevi, 2008, s. 888)

dolayıTCK'nın 37 ve devamı maddelerinde yer alan failliğe ilişkin kurallar manevi, mali veya bağlantılı haklara tecavüz suçu açısından da aynen geçerli olacaktır

Kanunda suçun faili konusunda herhangi bir vasıf belirtmemiştir. Dolayısıyla herkes bu suçun faili olabilir.Madde metninde suçu işleyen olarak “kişi” terimi kullanılmaktadır. Dolayısıyla, kanunda bu suçun failinin sahip olması gereken herhangi bir özellik aranmamaktadır. Bu durumda herkes bu suçun faili olabilecektir.

FSEK 81. madde; “ Bandrol yükümlülüğüne aykırılığın aynı eserle ilgili olarak 71 inci maddenin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde tanımlanan suçla birlikte işlenmesi hâlinde, fail hakkında sadece 71 inci maddeye göre cezaya hükmolunur. Ancak, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.

Bu kanunda tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, ilgili tüzel kişi hakkında Türk Ceza Kanununun tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur” şeklindedir. Maddede her ne kadar“bu kanunda” denmişse de, tüzel kişilere ilişkin düzenlenme yalnızca FSEK 81. maddedeki suç tipine özgüdür. Nitekim; “..Son fıkrada, bu maddede tanımlanan suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da bunlara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.” şeklindeki kanunun gerekçesi de bunu doğrulamaktadır.

Buna göre bandrol yükümlülüğüne aykırılık suçları ile FSEK 71.maddede düzenlenen suç birlikte işlendiği takdirde FSEK 71. madde uygulanacaksa da, faillik açısından FSEK 81/son madde geçerli olacaktır. Yani fiil hem FSEK 71. maddeyi, hem 81. maddeyi ihlal eder nitelikteyse FSEK 71. madde gereğince cezalandırılacak olan fail hakkında tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunabilecektir.

TCK'nın 60. maddesinde tüzel kişiler hakkında hükmedilecek güvenlik tedbirlerinin tür ve koşulları düzenlemiştir. Bu tedbirlerden biri, bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin izninin iptalidir(TCK m.60/1). Diğerisi ise, müsadere hükümlerinin uygulanmasıdır(TCK m.60/2).Tedbirlerin uygulanabilmesi için suçun özel hukuk tüzel kişileri yararına işlenmiş olması gerekir.

Tüzel kişiler hakkında tedbire hükmetmek mahkumiyetin sonucu olup, takdire bağlı değildir.

3.2.3 Mağdur

Her suçta zarar gören bir tarafın olması zorunludur. Mağdur, suçla zarara uğratılan ve ceza kuralları tarafından korunan hak ve yararın sahibidir.

Manevi haklara tecavüz suçu ile mali haklara tecavüz suçunun mağduru birbirinden farklıdır. Şöyle ki;

Manevi haklara tecavüz suçu yalnızca eser sahibi ile icracı sanatçı aleyhine işlenebilen suç olduğundan dolayı mağdur sıfatı bunlara ve mirasçılarına aittir. Manevi hakların devredilemezliği kuralı gereğince bir başkası manevi haklara tecavüz suçunun mağduru olamaz.

Mali haklara tecavüz suçunda ise eser sahibi, icracı sanatçı, fonogram yapımcısı ve film yapımcısı hak sahibi olduklarından suçun mağduru bunlar olacaktır.

Tüzel kişiler manevi haklara tecavüz suçu yönünden hak sahibi olmadıklarından dolayı mağdur sıfatını taşıyamazlar, sadece gerçek kişiler manevi haklara tecavüz suçunun mağduru olabilirler. Ancak tüzel kişiler suçtan zarar gören sıfatıyla şikayet hakkına sahiptirler²⁵².

Mali haklara tecavüz yönünden ise hak sahibi olan veya hakkı devralan gerçek ve tüzel kişiler suçun mağdurudurlar.

3.2.4 Daha Ağır Cezayı Gerektiren Nitelikli Unsurlar

FSEK 71/2.maddede yer alan başkasına ait esere kendi eseri olarak ad koymak suçunun dağıtmak veya yayımlamak suretiyle işlenmesi halinde cezanın üst sınırı beş yıl olup, adli para cezasına hükmedilemeyecektir.

²⁵²Yazıcıoğlu, s. 191.

Dağıtmak ve yayımlamaktan FSEK'teki anlamları anlaşılacaktır. Daha önce bu kavramlar hakkında yapılan açıklamalar aynen geçerli olacağından burada atıf yapmakla yetinilecektir²⁵³.

Ağırlaştırıcı sebebin uygulanması için failin kendi eseri olarak ad koyduğu başkasına ait eseri çoğaltması yeterli değildir. Çoğaltılan eserlerin ayrıca dağıtılması veya yayımlanması gerekmektedir. Söz konusu eserler dağıtılmamış veya yayılmamışsa nitelikli hal gerçekleşmemiş sayılacaktır²⁵⁴.

3.3 Manevi Unsur

5728 sayılı Kanun öncesi düzenlenmede “bu kanun hükümlerine aykırı olarak kasten” denilmek suretiyle açıkça kasıt unsuru manevi unsur olarak öngörülmüşken, yeni düzenlemede manevi unsurla ilgili bir ifade kullanılmamıştır. Bunun sebebi 5237 sayılı TCK'nın 22/1. maddesinde yer alan “taksirle işlenen fiiler, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.” hükmü ile getirilen genel düzenlemeyle kann metnini uyumlu hale getirmek ve kanun yapım tekniği açısından gereksiz bir ifadeye yer vermemektir.

Kural olarak kanununda yer alan suçları faillerinin sorumlu tutulabilmesi için eylemin kasten işlenmiş olması gerekir. 5237 Sayılı TCK'nın 21/1. maddesinde ; “Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır” denilmek suretiyle bu husus ifade edilmiştir²⁵⁵. Söz konusu suçun taksirle işlenmesi özel bir düzenleme olmadığından mümkün değildir.

3.4 Hukuka Aykırılık Unsuru

Bu unsur işlenen fiilin hukuk düzeni tarafından meşru sayılmamasını ve yasaklanmasını, bu sebepten dolayı da bütün hukuk düzeni ile çatışma halinde bulunmasını belirtmektedir.

²⁵³ Dağıtmak hakkında; Bak. İkinci Bölüm 1.3.2.1.2.3., Yayımlamak hakkında; Bak. Birinci Bölüm 2.2.3.

²⁵⁴ Güneş, 5728 Sayılı Yasa Sonrası Mali, Manevi Hak ve Bağlantılı Hak İhlalleri, s. 349.

²⁵⁵ Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 315 vd.

Eğer ceza kanunu tarafından suç sayılan bir fiilin işlenmesine ceza kanununda veya başka bir hukuk dalında yer alan başka bir kural imkan veriyorsa, bu kurala “hukuka uygunluk sebebi” denilmektedir. Hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde ceza kanunu tarafından suç sayılan fiil hukuken meşru bir hareket haline gelmektedir. Yani hukuka aykırılık ortadan kalkmak suretiyle suç oluşmamaktadır²⁵⁶.

FSEK 71/1. maddede ; “Hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın” denilerek yazılı olmaksızın sözkonusu fiillerin gerçekleştirilmesinin hukuka aykırılık unsuru olduğu belirtilmiştir. Bu durumda hukuka uygunluk nedeni de bu fıkra düzenlenen suçlar açısından yazılı izin olacaktır. Hak sahibinin yazılı izni varsa suç oluşmayacaktır²⁵⁷.

FSEK 71/4. maddede sadece izinden bahsedilmiş, diğer maddelerde ise izinden söz edilmemiştir. Bu durumda FSEK 71/4. madde açısından kanun gereği, diğer fıkralarda düzenlenen suçlar ise FSEK 75. madde gereğince şikayet bağlı olduğundan dolayı iznin bulunması hukuka uygunluk nedenidir.

FSEK 71/1. madde dışında, hukuka uygunluk nedeni olan iznin niteliği konusunda kanunda şekil öngörülmediğinden, diğer bir ifade ile suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği maddede hukuka uygunluk sebebi olarak aranan “iznin” nasıl olması gerektiği belirlenmediğinden, izin “yazılı” veya “sözlü” olabileceği gibi, “sarih” veya “zımni” olarak verilebilecektir²⁵⁸.

Hak sahibi tarafından verilen iznin fiili hukuka uygun hale getirmesi için suçun işlenmesinden önce verilmesi gerekir. Suç işlendikten sonra verilen izin hukuka uygunluk nedeni değildir. Ancak FSEK 75. maddeye göre suç şikayete bağlı olduğundan, suçun işlenmesinden sonra verilen rıza, şikayetten vazgeçme olarak kabul edilecek, bu

²⁵⁶ Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 396 vd.

²⁵⁷ Erdil, s. 1437.

²⁵⁸ Yazıcıoğlu, s. 166.

durumda bir yargılama şartı olan şikayetin yokluğu soruşturma veya kovuşturma yapılmasına engel olacaktır²⁵⁹.

İzin dışındaki hukuka uygunluk halleri ise şunlardır;

FSEK 16/2. maddesine göre; bir eseri umuma arz eden, çoğaltan, yayımlayan, temsil eden veya başka bir suretle yayan kimse; işleme, çoğaltma, temsil ve yayım tekniği icabı mecburi görülen değiştirmeleri eser sahibinin özel bir izni olmaksızın da yapabilir. Dolayısıyla, bu hallerde eser sahibinin izni olmaksızın yapılan değiştirmeler hukuka aykırı sayılmayacaktır. Ancak, söz konusu değiştirmelerin bu işlemlerden doğan zorunluluk sebebiyle yapılmış olması gerekmektedir. Yapılan değişiklik FSEK 16/3. maddesine göre eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek, eserin mahiyet ve hususiyetini bozacak nitelikte olmaması gerekmektedir²⁶⁰.

FSEK 80. maddesine göre ; “Sinema eserlerinin birlikte sahipleri filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren yapımcıya mali haklarını devrettikten sonra, sözleşmelerinde aksine veya özel bir hüküm bulunmadığı takdirde filmin dublajına veya alt yazı yazılmasına itiraz edemezler.” Bu durumda sinema eseri sahipleri mali haklarını devrettikten sonra kural olarak filme altyazı koyulması veya altyazılı olarak gösterimi halinde suç oluşmayacaktır. Ancak bu hak şüphesiz eserin niteliğini değiştirmeyecek şekilde kullanılabilir. Örnek vermek gerekirse; Aktör ya da aktristin dublajının farklı cinsiyette birinin ya da çocuk sesi ile yapılması ya da altyazıların eserin orijinalini bozacak şekilde yanlış çeviri yazılması halinde hukuka uygunluk ortadan kalkacaktır.

FSEK 32. maddesine göre; “Büyük Millet Meclisinde ve diğer resmi meclis ve kongrelerde, mahkemelerde, umumi toplantılarda söylenen söz ve nutukların, haber ve malumat verme maksadiyle çoğaltılması, umumi mahallerde okunması veya radyo vasıtasıyla ve başka suretle yayımı serbesttir”. Düzenleniş amacı basın özgürlüğü ve

²⁵⁹ Özderiyol, s. 119.

²⁶⁰ Özderiyol, s. 119, Yargıtay 11. HD’nin 2006/8353 E., 2007/15508 K., T. 07.12.2007; “... Şehirlerarası Otobüs Terminali’nin mimari projesinin ilim ve sanat eseri olduğu tartışmasızdır. Teknik ve yönetsel ihtiyaçlardan kaynaklanan, estetik görünümü değiştirmeyen, eserin bütünlüğünü bozmayan ve kullanım amacı bakımından zorunlu olan değişiklikler için eser sahibinin iznine gerek yoktur...” <http://www.kazanci.com> (15.03.2010)

kamuoyunun bilgi hakkı olan hükme göre her somut olayda değerlendirilecek “*hal ve vaziyetin icabı*” şartlarına göre eser sahibinin adı anılmayabilecektir. Bu durum bir hukuka uygunluk sebebidir²⁶¹.

FSEK 40. maddede; temelli kalmak üzere kamuya açık yerlere konulan veya bu yerlerde teşhir edilen veya açık artırma yoluyla satılan güzel sanat eserlerinin bu amaçla çıkarılacak katalog, broşür veya kılavuzlarla çoğaltılabileceği, bu durumlarda aksine yerleşmiş adet yoksa eser sahibinin adının zikredilmesinden vazgeçilebileceği belirtilmiştir. Bu durumda, aksine yerleşmiş adet bulunmaması şartıyla hukuka uygunluk sebebidir²⁶².

FSEK 71/4. maddede düzenlenen alenileşmemiş bir eserin içeriği hakkında kamuya açıklamada bulunmak suçu öncelikle eserin alenileşmemesi gerekmektedir. Eser sahibinin rızasıyla eser kamuya sunulduğunda, eserin içeriği hakkında bilgi verme yetkisinin de sona ereceği açıktır. Ancak eser hukuka aykırı olarak olsa dahi kamuya sunulduysa, artık kanunun ön şart olarak aradığı alenileşmemiş koşulu bulunmadığından suç oluşmayacaktır²⁶³.

FSEK 26. ve 27. maddelerinde yer alan koruma sürelerinin dolması halinde hukuka aykırılık oluşturmayacaktır. Buna göre eser sahibinin yaşadığı sürece varolan koruma, ölümünden itibaren 70 yıl daha devam edecektir. Eğer sahibi tüzel kişiye 70 yıllık koruma süresinin başlangıcı eserin aleniyet tarihidir²⁶⁴.

FSEK 30. maddesine göre ; Eser sahibine tanınan haklar, eserin ispatı amacıyla mahkeme ve diğer resmi makamlar huzurunda ve genel olarak zabıta ve ceza işlerinde bir işleme konu teşkil etmek üzere kullanılmasına engel değildir. Fotoğraflar, genel emniyet düşüncesiyle veya adli amaçlar için sahibinin rızası alınmaksızın, resmi makamlar veya bunların emriyle başkaları tarafından her şekilde çoğaltılabilir ve yayılabilir.

²⁶¹ Özderiyol, s. 110, Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, s. 434 vd.

²⁶² Erdil, s. 1445, 1446.

²⁶³ Aksi fikirde Öztan, s. 302.

²⁶⁴ Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, s. 407 vd.

FSEK 31. maddesine göre ; resmen yayınlanan ve ilan olunan kanun, tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge ve yargı kararlarının çoğaltılması, yayınlanması, işlenmesi veya herhangi bir şekilde faydalanılması halinde hukuka aykırılık oluşmayacaktır²⁶⁵.

FSEK 32. maddesine göre ; Türkiye Büyük Millet Meclisinde, diğer resmi meclis ve kongrelerde, mahkemelerde, umumi toplantılarda söylenen söz ve nutukların haber ve bilgi vermek amacıyla işlenmesi, çoğaltılması veya yayımı halinde hukuka aykırılık oluşmayacaktır. Maddede yer alan “diğer resmi meclis ve kongreler” ifadesi ile resmi özelliği olan her türlü kongre, toplantı ve birleşimler kastedilmektedir. Hukuka aykırılığın sözkonusu olması için resmi bir kurumun varlığı şarttır²⁶⁶.

FSEK 34. maddesiyle eğitim ve öğretim amacıyla seçme ve toplama eser meydana getirilmesi hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmiştir. Ancak yapılan iktibas makul ve amaca uygun olmalıdır. Aksi takdirde hukuka uygunluk sınırı aşılmış olacak ve tecavüz gerçekleşecektir²⁶⁷.

²⁶⁵Yargıtay 11. HD'nin 2000/2638 E., 2000/5836 K., T. 22.06.2000 ; “...Davacı vekili, 19.4.1967 tarih ve 852 sayılı yasa 'nın 1. maddesi ve 1322 sayılı Yasanın 15. maddesi ve Resmi Gazete'nin Sureti Neşir ve Muamelaatının Tarzı İcranına Dair Yönetmelik'in 1.maddesine göre , Resmi Gazete' nin her türlü vasıta ile yayınlanma yetkisinin davacıya ait olduğunu, davalının, hiçbir hakkı olmadığı ve sözleşme yapmadığı halde hazırladığı internet sayfasında Resmi Gazete'yi yayınladığını, bu hususun davacının abone sayısını etkileyeceğini, MK.nun 618.maddesi gereğince davalı eyleminin haksız olduğunu ileri sürerek , davalı tecavüzünün önlenmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili cevabında, Resmi Gazete yayının münhasıran davacı tekelinde olmadığını, elektronik gazete adıyla verilen hizmetin bir telif eseri olup, davacı ile rekabet amacı taşımadığı gibi izin dahi almaya gerek olmadığını, Resmi Gazete yayınının bir kamu hizmeti olduğunu, kar amacı güdemeyeceğini, davacınının da tacir olmadığını, olaya MK.nun 618.maddesinin uygulanmayacağını savunarak, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, iddia ve savunmaya, toplanan delillere, bilirkişi raporuna nazaran , olayda MK.nun 618.maddesinin uygulama olanağı bulunamayıp, FSEK hükümlerinin uygulanması gerektiği, davalının, Devleti temsil eden, davacı kuruluşca yayımlanan ve herkesin her türlü şekilde faydalandığı "Resmi Gazete" içeriğini fotokopi, tarayıcı, optik okuyucu gibi, kolaylık sağlayan araçlardan veya aynı vasıttan değil de emek, para ve zaman harcayarak, bilgisayar klavyesi ile yeniden yazmak suretiyle, kağıt türünden olmayan disket, hard disk gibi unsurlar üzerine yeniden kendi müstakil tespitlerini çoğaltıp, elektronik ortamda ve "Elektronik Resmi Gazete" olarak internet ortamına aktarıp yayımlaması eyleminin haksız rekabet de oluşturmayacağı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre davacı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddi ile kararın onanması gerekmiştir...” <http://www.kazanci.com> (12.05.2010), ayrıca Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, s. 429 vd.

²⁶⁶ Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, s. 437.

²⁶⁷Yargıtay 11. HD'nin 2000/7065 E., 2000/9425 K., T. 18.11.2000 ; “..davalı eserinin FSEK.nun 34. maddesinde öngörüldüğü şekilde eğitim ve öğretim amaçlı bilimsel bir çalışma olduğu, böyle bir eser

FSEK 36/2. maddesinde gazete veya dergilerde çıkan sosyal, siyasi veya günlük meselelere ilişkin makale ve fıkraların iktibas hakkı açıkça saklı tutulmamışsa, aynen veya işlenmiş şekilde diğer gazete ve dergiler tarafından alınması ve radyo veya diğer bir surette yayılması halinde suç oluşmayacağı hükme bağlanmıştır. Bu durumda maddede bahsedilen eserlerin işlenmesi, umuma iletilmesi, dağıtılması halinde iktibas hakkı açıkça saklı tutulmamışsa FSEK 36/2. maddesinde yer alan hukuka uygunluk hali sözkonusu olacaktır.

FSEK 37. maddesine göre haber niteliği taşımak ve bilgilendirme kapsamını aşmamak kaydıyla, günlük olaylara bağlı olarak fikir ve sanat eserlerinden bazı parçaların işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan vasıtalarla alınması mümkündür. Bu şekilde alınmış parçaların çoğaltılması, yayılması, temsil edilmesi veya radyo ve televizyon gibi araçlarla yayınlanması serbesttir.

FSEK 38/1. maddesine göre kişisel kullanım hukuka uygunluk sebebidir. Kişisel kullanım amacıyla eser çoğaltılabilir, işlenebilir. Ancak kişisel kullanım amacıyla çoğaltılan veya işlenen eserlerin zilyetliğinin hukuka uygun olarak edinilmesi gerekmektedir²⁶⁸.

FSEK 38/2. maddesine göre, hukuki yollardan bilgisayar programını sağlayan kişi, düşünüldüğü amaca uygun kullanımı için gerekli olduğu durumda programı çoğaltabilir ve /veya işleyebilirler. Maddenin ilk fıkrasından farklı olarak “hukuki yollardan edinen” ifadesi ile sadece çoğaltma veya işleme yapılacak programı satın alan ya da lisansını devralan kişiler ile bunların haleflerinin bu olanaktan yararlanabilecekleri belirtilmiştir²⁶⁹. Ancak bunun için sözleşmede aksi yönde belirleyici bir hüküm bulunmaması gerekmektedir. Maddenin 3. fıkrasında ise kullanım

meydana getirilirken, yayınlanmış musiki, ilim ve edebiyat eserlerinden ve alenileşmiş güzel sanat eserlerinden, maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde iktibaslar yapılabileceği açıktır. Ancak şairin her kitabından örnek şiirler seçilirken genelde %90'nın, bazı şiir kitaplarının da aynen alınarak, iktibas yoluyla işlemenin yapıldığı çekişmesiz bir biçimde anlaşılmaktadır. Bu durumda, FSEK. 34. maddesindeki maksadın haklı göstereceği nispetin aşıldığının kabulü gerekmektedir.”
<http://www.kazanci.com> (12.05.2010)

²⁶⁸ Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, s. 480.

²⁶⁹ Özderiyol, s. 154, Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, s. 484, Kendigelen-Bozbel, s. 520.

için gerekli olduğu sürece programın yedeklemesinin yapılmasının sözleşme ile önlenemeyeceği hükmüne yer verilmiştir. Yedekleme sadece bir kopya ile sınırlı olmalıdır. Daha fazla sayıda kopya çıkarılması halinde bu madde hükmü ile sağlanan korumadan yararlanılamayacaktır.

FSEK 38/4. maddesine göre; Bilgisayar programının kullanım hakkına sahip kişinin yapmaya hak kazandığı bilgisayar programının yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi veya depolanması fiillerini ifa ettiği sırada, bilgisayar programının herhangi bir ögesi altında yatan düşünce ve ilkeleri belirlemek amacı ile, programın işleyişini gözlemlemesi, incelemesi ve sınaması serbesttir. Bu hükümle bilgisayar programını kullanan kişiye ara işlerliği tespit edebilmesi olanağı sağlanmaktadır²⁷⁰.

FSEK 38/5. maddede ise ara işlerliği gerçekleştirmek üzere gerekli bilgileri elde etmek için, bilgisayar programının çoğaltılması ve işlenmesi anlamında kod'un çoğaltılmasının ve kod formunun çevirisinin de zorunlu olduğu durumlarda, bu fiillerin ifasını belirli şartlar içinde serbestliğini düzenlemektedir. Bu şartlar şunlardır;

1.Bu fiillerin, ruhsat sahibi veya bir bilgisayar programının kopyasını kullanma hakkı sahibi diğer bir kişi tarafından veya onların adına bunu yapmaya yetkili kişi tarafından yapılması,

2.Ara işlerliği gerçekleştirmek için gerekli bilginin, (1) numaralı bentte belirtilen kişilerin kullanımına sunulmaması,

3.Bu fiillerin, ara işlerliği gerçekleştirmek için gereken program parçaları ile sınırlı olmasıdır.

FSEK 40.maddedeumumi yollar, caddeler ve meydanlara temelli kalmak üzere konulan güzel sanat eserlerinin resim, grafik, fotoğraf ve benzeri tekniklerle çoğaltılması halinde hukuka aykırılık oluşmayacağı düzenlenmiştir. Çoğaltmanın hangi amaçla ve hangi teknikle yapılacağı konusunda bir sınır bulunmamaktadır. Ancak

²⁷⁰ Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, s. 488, 489.

çoğaltmanın 3 boyutlu olarak yapılması halinde hukuka uygunluk nedeni ortadan kalkacaktır²⁷¹. Ayrıca güzel sanat eserinin bulunduğu yerin “genel yollar, caddeler, meydanlar”da olması gerekmektedir. Söz konusu yerler herkesin serbestçe gelip geçebileceği yerlerdir²⁷².

Mimarlık eserlerinde ise yalnızca dış şekil bu serbestlikten yararlanabilir. İç yapı madde kapsamında değildir.

Maddenin 2. fıkrasında üzerlerine sahibi tarafından açıkça yasaklayıcı bir kayıt konulmadıkça güzel sanat eserlerinin, sahiplerince veya bunların muvafakatiyle başkaları tarafından kamuya açık yerlerde gösterilebileceği düzenlenmiştir.

Maddenin 3. fıkrasına göre açık artırma ile satılacak eserler kamuya gösteriminin serbesttir. Aksine bir kayıt konulamayacak, konulsa dahi geçerli olmayacaktır²⁷³. Bu durumlarda temsil hakkı ve/veya umuma iletim hakkının ihlali söz konusu olmayacaktır.

Kamuya açık yerlerde gösterilen veya açık artırmaya konulan bir eserin sergi veya artırmayı düzenleyen kimseler tarafından bu amaçlarla çıkarılacak katalog, kılavuz veya bunlara benzer matbualar vasıtasıyla çoğaltılması ve/veya yayılması halinde hukuka uygunluk hali söz konusu olacaktır.

FSEK ek 11. maddesine göre ; yazılı ilim ve edebiyat eserlerinin engelliler için üretilmiş bir nüshası yoksa, ticari amaç güdülmemesi kaydıyla, engellilerin kullanımı için çoğaltılması veya ödünç verilmesi için hak sahiplerinden izin almaya gerek bulunmamaktadır. Bu durumda izinsiz çoğaltma suçu ile izinsiz dağıtmak suçunun seçimlik hareketlerinden ödünç verme hali bakımından hukuka uygunluk sebebi

²⁷¹Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, s. 499, Arslanlı, s. 150.

²⁷²Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, s. 495, 496, Herkesin girebileceği İnternete konulan güzel sanat eserlerinin bu korumadan yararlanamayacağı hakkında ; Öncü, s. 39.

²⁷³Arslanlı, s. 150.

mevcuttur. Ancak çoğaltılan nüshaların satışı veya ticarete konu edilmesi halinde hukuka uygunluk hali ortadan kalkacaktır²⁷⁴.

²⁷⁴Mustafa Ateş, Bir ‘Engelli İstisnası’ Mı Yoksa ‘İstisnai Bir Engel’ Mi?: FSEK Ek Madde 11 Üzerine Eleştirel Bir İnceleme, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 2009/2, s. 32 vd.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, YARGILAMA USULÜ VE YAPTIRIM

1. Suçun Özel Görünüş Halleri

1.1 Teşebbüs

TCK'nın 35. maddesinde teşebbüs; *“Kişinin işlemeyi kasdettiği bir suçu elverişli hareketlerle icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.”* şeklinde tanımlanmaktadır. Teşebbüsten bahsedebilmek için; *“Suçun işlenmek istenmesi, suçun kasten işlenebilen bir suç olması, gerçekleştirilen fiilin icra hareketi niteliğinde bulunması, gerçekleştirilen fiilin neticeyi meydana getirmeye elverişli olması, neticeli bir suçun veya icra hareketleri kısımlara bölünebilen sırf hareket suçunun bulunması, suçun icra hareketleri başlamış olmakla birlikte, bu hareketlerin tamamlanamamış veya kanuni tanımındaki neticenin gerçekleşmemiş olması”* gerekmektedir²⁷⁵.

Manevi, mali veya bağlantılı haklara tecavüz suçu sırf hareket suçudur. İcra hareketlerinin kısımlara bölünebildiği durumlarda teşebbüs mümkündür. Eserin izinsiz çoğaltılması suçunda; çoğaltılacak eserin matbaada çoğaltılmaya hazırlanırken yakalanması halinde²⁷⁶, eserin izinsiz temsili suçunda; temsil yapılacak kamuya açık yer belirlenip, temsilin yapılacağı ilan edilmesine rağmen temsilin gerçekleştirilmesinin herhangi bir şekilde engellenmesi halinde, hukuka aykırı işlenen veya çoğaltılan eserleri ithal veya ihraç suçunda; eserlerin gümrükte yakalanmaları halinde teşebbüs söz konusu olacaktır.

²⁷⁵Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 598.

²⁷⁶Arsanlı, s. 98.

1.2 İştirak

Tek bir kişi tarafından işlenebilen suçun, birden fazla kimsenin anlaşmasıyla, birlikte işlenmesi durumunda iştirak sözkonusudur ve bu suretle işlenen suçlara iştirak halinde işlenen suçlar denir²⁷⁷.

5728 sayılı kanun ile failliğin özel olarak düzenlendiği 74. madde yürürlükten kaldırılmıştır. Sözkonusu maddede objektif sorumluluk öngörülmüş ve tüzel kişiyi para cezası ile sorumlu tutulması haline yer verilmişti. Bu durum doktrinde eleştiri konusu yapıldığı gibi 5237 sayılı TCK 20. madde yer alan ceza sorumluluğunun şahsiliği ve tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamayacağı ilkesine de aykırılık oluşturmaktaydı²⁷⁸.

İştirak açısından genel hükümler uygulanır. TCK’da iştirak konusunda farklı bir sistem benimsenmiştir. Kanunun 37 ile 41. maddeleri arasında düzenlenen iştirak; *faillik, azmettirme ve yardım etme* suretiyle gerçekleşebilir.

TCK’nın 37/1. maddesine göre; suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştiren kişi faildir. Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde de her bir kişi *müşterek fail* olarak sorumlu tutulacaktır. İkinci fıkrada, suçu işlemede bir başkasını araç olarak kullanma olan dolaylı faillik düzenlenmektedir. Dolaylı fail de müşterek failler gibi işlenen suçun faili olarak sorumlu olacaktır.

TCK’nın 38. maddesinde düzenlenen azmettirmede; kişi, başkasına suç işleme kararı verdirerek suç işlemektedir. Azmettiren de işlenen suçun cezası ile cezalandırılmaktadır. Bunun yanı sıra, azmettirenin 38. maddede yazılı kişilerden olması halinde cezası belirlenen oranda artırılmaktadır²⁷⁹.

²⁷⁷ Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 630 vd., İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 3. Bası, Ankara, 2006, s. 484 vd.

²⁷⁸ Eski düzenleme hakkında, Özderiyol, s. 122,123, 124 ve 125, Yenidünya, s. 255, Hafızoğulları, s. 4. Maddenin yürürlükten kaldırılmasına yönelik eleştiri için; Erdil, s. 1455.

²⁷⁹ TCK 38/2.madde ; “Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme hâlinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Çocukların suça azmettirilmesi hâlinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz.”

TCK'nın 39. maddeye göre; Suçun işlenmesine yardım eden kişi, işlenen suç için öngörülen cezanın birinci fıkrasındaki düzenlemeye uygun olarak indirilmesi sonucu belirlenen ceza ile cezalandırılacaktır²⁸⁰.

İnceleme konusu suçlar bakımından iştirak konusunda herhangi bir özellik bulunmamaktadır. İştirakin her halinin gerçekleşmesi mümkündür. Bu durumlara örnek vermek gerekirse ; birden fazla kişinin başkasına ait esere kendi müşterek eserleriymiş gibi ad koymaları halinde her biri fail olarak sorumlu tutulacaklardır. Bir eseri, tanınmış bir başkasının adını kullanarak çoğaltma, dağıtma, yayma veya yayımlamak suçunda, maddede belirtilen fiillerin hepsi, farklı kişiler tarafından gerçekleştirilmişse bu kişilerin hepsi fail sıfatıyla sorumlu olacaklardır.

1.3 İçtima

Birden çok suçun tek failde toplanması hali anlamına gelen suçların içtimalı TCK'nın 42., 43. ve 44. maddelerinde düzenlenmektedir. Bu başlık altında *bileşik suç*, *zincirleme suç* ve *fikri içtima* ile ilgili hükümler yer almaktadır²⁸¹.

FSEK 81/13. maddede bandrol yükümlülüğüne aykırılık suçunun FSEK 71. maddeyle birlikte işlenmesi hali düzenlenmiştir²⁸². Madde ; “Bandrol yükümlülüğüne aykırılığın aynı eserle ilgili olarak 71 inci maddenin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde tanımlanan suçla birlikte işlenmesi hâlinde, fail hakkında sadece 71 inci maddeye göre cezaya hükmolunur. Ancak, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.” şeklindedir.

²⁸⁰TCK 39/1.madde ; “Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi hâlinde, onbeş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi hâlinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hâllerde cezanın yarısı indirilir.Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez. Özgenç, s. 522, 523, 524.

²⁸¹Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 666.

²⁸²Değişiklik gerekçesi; “..Onuncu fıkrasındayapılan değişiklikle, Kanunun değiştirilen 71 inci maddesine atıfta bulunulmuştur. Böylece 80 incimadde kapsamında koruma altına alınan manevi ve malî hakların ilişkin oldukları eserler açısından aynı türden fiillerin işlenebileceği düşüncesiyle, ayrı bir suç tanımı yapılmaksızın 71 incimaddedeki bütün suç tanımlarının bu eserler bakımından da uygulanabileceği kabul edilmiştir.” şeklindedir.

Bu durum FSEK’te özel olarak düzenlenmiş içtima halidir. Buna göre FSEK 71/1. maddeyi ihlal eden bir eserin aynı zamanda bandrolsüz olarak piyasaya sunulması halinde FSEK 81. madde değil 71. madde hükmüne göre ceza verilecek ancak cezada arttırm yapılacaktır. Bu durumun sözkonusu olduğu hallerde ayrıca TCK 44. madde uygulanmayacaktır. Bu duruma örnek vermek gerekirse; bir eserin izinsiz olarak sahte bandrol kullanılarak yayımlanması halinde FSEK 81/13. maddesi gereğince FSEK 71/1. maddesindeki alt ve üst sınıra göre cezası belirlendikten sonra cezasından FSEK 81/13. maddeye göre arttırım yapılacaktır. Eğer bu özel hüküm olmasaydı TCK 44. maddeye uygulanacak; sanık daha ağır cezayı gerektiren FSEK 81/9. maddeye göre cezalandırılacaktı.

Bileşik suç; biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması sebebiyle tek fiil sayılan suç demektir.

FSEK 71/6. maddede yer alan, bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı, tanınmış bir başkasının adını kullanarak çoğaltma, dağıtma, yayma veya yayımlama suçunda, suça konu eserin gerçek sahibinin izninin olmadan eserin çoğaltılması, dağıtılması, yayılması veya yayımlanması FSEK 71/1. maddedeki suçu oluşturmasına rağmen bu fıkradaki suçun unsuru olması sebebiyle bileşik suç sözkonusudur.

Yine FSEK 71/2. maddenin ikinci cümlesinde “dağıtmak veya yayımlamak” ağırlaştırıcı sebep olarak öngörülmüştür. Gerçek sahibinin izninin olmadan eserin, dağıtılması veya yayımlanması FSEK 71/1. maddedeki suçu oluşturmasına rağmen bu fıkradaki suçun ağırlaştırıcı sebebi olması sebebiyle bileşik suç sözkonusudur.

Zincirleme suç ; Bir suç işleme kararı kapsamında, bir kişiye karşı aynı suçun değişik zamanlarda birden çok kere işlenmesini ifade eder²⁸³.

Bu duruma örnek olarak bir kişinin eserinin birden çok kere temsil edilmesi gösterilebilir. Mesela bir tiyatro eserinin izinsiz olarak, birden çok kere sahnelenmesi durumunda zincirleme suç sözkonusudur.

²⁸³Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 674 vd.

Zincirleme suçun oluşumu için aynı suç işleme kararı önemlidir. Mesela yukarıda örnek olarak gösterilen tiyatro eserinin mutlaka aynı sahnede temsili şart değildir. Eserin, turnede, farklı şehirlerde temsili halinde de, aynı suç işleme kararının varlığı sebebiyle zincirleme suç oluşacaktır.

Kaynak göstermeksizin iktibasta bulunma suçu açısından değerlendirme yapılırsa ; kaynak olarak gösterilmeyen her bir eser için ayrı bir suç oluşacaktır. Birden fazla eserden kaynak gösterilmeden iktibas yapılması halinde de, yapılan iktibasların yalnızca bir eserin içinde olması tek bir fiil sayılmayacak, her iktibas ayrı birer suç oluşturacaktır. Yine aynı kişinin farklı eserlerinden yapılan her bir iktibas ayrı birer suç oluşturacaktır.

Fikri içtima; Bir fiille birden fazla farklı suçun oluşması halinde, failin bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacak olmasını veya birden çok kişiye karşı aynı suçun tek bir fiille işlenmesini ifade eder²⁸⁴.

Hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan farklı kişilere ait eserlerin tek bir fiille satışa arz edilmesi, satımı veya yayımı halinde de tek bir suç oluşacaktır. Bu duruma izinsiz çoğaltılmış, farklı yazarlara ait kitapların bir tezgahda birlikte satışa sunulması hali örnektir.

Birden fazla kimsenin eser sahipliği halinde ise, iştirak halinde eser sahipliği ile müşterek eser sahipliği açısından farklı durumlar sözkonusu olacaktır. Şöyle ki;

İştirak halinde eser sahipliğinde eser bölünemediğinden tecavüz tek bir esere ve tek bir faile yapılmış sayılacağından içtima hükümleri uygulanmayacaktır. Burada birden fazla kişi sözkonusuysa da tek bir hak sahipliği vardır.

Müşterek eser sahipliğinde ise eser kısımlara bölünebildiğinden her bir kısım için farklı kişilerin hakkına tecavüz edilmektedir. Müşterek eser sahipliğinin sözkonusu olduğu bir esere, kendi eseri olarak ad koyulması veya tanınmış bir başkasının adı kullanılarak çoğaltılması, dağıtılması, yayılması veya yayımlanması halinde, kişi birden

²⁸⁴Artuk - Gökçen - Yenidünya, s. 684 vd.

çok kişiye karşı tek bir fiille suç işlemektedir. Bu sebeple fikri içtima hükümlerine göre cezalandırılması gerekmektedir.

Buna karşılık müşterek eserin yalnızca bir bölümüne karşı tecavüz gerçekleştirilirse tek bir suç oluşacaktır. Mesela bir eserin yalnızca bir bölümünden kaynak göstermeksizin iktibas yapılması halinde, o bölümün sahibi olan kişiye karşı suç oluşacak, fikri içtima hükümleri uygulanmayacaktır.

Hukuka aykırı olarak çoğaltmış eserlerin çalınarak, üçüncü bir kişi tarafından ticari amaçla satın alınması halinde, satın alan kişi açısından TCK 165. maddede yer alan “Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi” suçu ile FSEK 71/1. maddede yer alan “Hukuka aykırı işlenen veya çoğaltılan eserleri ticari amaçla satın alma” suçu birlikte sözkonusu olacağından fikri içtima hükümlerine göre daha ağır cezayı gerektiren suça göre ceza tayin edilecektir.

Başkasının esere kendi eseri olarak ad koyularak menfaat temini halinde fikri içtima hükümleri uygulanmayacak, eser sahibine karşı FSEK 71/2. maddede yer alan suç işlendiği gibi, kendisinden haksız menfaat temin edilen kimseye karşı da dolandırıcılık suçu işlenmiş olacak, her iki suçtan dolayı failin ayrı ayrı cezalandırılması gerekecektir²⁸⁵.

2. Cezayı Kaldıran veya Azaltan Şahsi Sebep Olarak Etkin Pişmanlık

Etkin pişmanlık, suç tamamlandıktan sonra belli suçlarda cezayı ortadan kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olarak kabul edilmiştir.

FSEK 71/son maddesi ; “Hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı satışa arz eden, satan veya satın alan kişi, kovuşturma evresinden önce bunları kimden temin ettiğini bildirerek yakalanmalarını sağladığı takdirde, hakkında verilecek cezadan indirim yapılabileceği gibi ceza vermekten de vazgeçilebilir.” şeklindedir.

²⁸⁵Yenidünya, s. 256.

Buna göre yalnızca mali haklara tecavüz suçlarından ; “Hukuka Aykırı Olarak İşlenen veya Çoğaltılan Eserleri Satışa Arz Etmek, Satmak, Kiralamak veya Ödünç Vermek Suretiyle ya da Sair Şekilde Yayımlamak”, “Hukuka Aykırı Olarak İşlenen veya Çoğaltılan Eserleri Ticari Amaçla Satın Almak”, “Hukuka Aykırı Olarak İşlenen veya Çoğaltılan Eserleri İthal Veya İhraç Etmek” ve “Hukuka Aykırı Olarak İşlenen veya Çoğaltılan Eserleri Kişisel Amaç Dışında Elinde Bulundurmak ya da Depolamak” suçları hakkında uygulanabilecektir. Bu suçlar dışında kalan manevi ve mali veya bağlantılı haklara tecavüz suçları için etkin pişmanlık hali sözkonusu olmayacaktır.

Etkin pişmanlık kovuşturmadan önce gerçekleşmelidir. Kovuşturma aşaması iddianamenin kabulü ile başlar²⁸⁶. Yani ancak, iddianame mahkemece kabul edilmeden önce fail kanunun öngördüğü etkin pişmanlık şartlarını yerine getirdiği takdirde etkin pişmanlıktan faydalanabilecektir. İddianamenin kabulünden sonra failin etkin pişmanlık için öngörülen şartları yerine getirmesi bir anlam ifade etmeyecektir.

Görüldüğü gibi failin eseri kendisine temin eden kişiyi bildirmesi tek başına maddenin uygulanması için yeterli olmamakta, ayrıca verdiği bilgi sayesinde temin eden kişinin yakalanması gerekmektedir. Ancak verilen bilgilerin doğruluğuna rağmen temin eden kişinin bir şekilde kaçmayı başarması halinde dahi sözkonusu maddenin yine uygulanması gerekmektedir.

3. Soruşturma ve Kovuşturma

3.1 Soruşturma Aşaması

FSEK 75. maddesine göre Manevi, mali veya bağlantılı haklara tecavüz suçlarından dolayı soruşturma yapılması şikayet bağlıdır.

Şikayet süresi 5728 sayılı kanun değişikliğinden önce 6 ay olarak öngörülmüşken, kanun değişikliği sonrasında herhangi bir süre öngörülmemiştir. Bu

²⁸⁶CMK 2. maddesindeki tanıma göre ; “Kovuşturma: İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi” ifade eder.

durumda 5237 sayılı TCK'nun 73. maddesinde yer alan soruşturulması şikâyet bağlı suçlar için 6 aylık şikâyet süresi öngören genel hüküm geçerli olacaktır.

TCK 73/2. maddesine göre şikâyet süresi, şikâyet hakkı olan kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden başlayacaktır. Eğer, şikâyet hakkı olan kişi sayısı birden fazla ise, bunlardan birisi için altı aylık şikâyet süresinin dolmuş olması, diğerlerinin şikâyet hakkını ortadan kaldırmayacaktır. Suçtan birden fazla kişi zarar görmüş ise, birinin şikâyetten vazgeçmesi diğerlerine sirayet etmez²⁸⁷. Bir başka ifade ile, takibi şikâyetle bağlı bir suçtan dolayı şikâyet hakkı olan herkes bakımından şikâyet süresi, ayrıca hesaplanacak ve kullanılacaktır²⁸⁸.

FSEK 75/1. maddesi gereğince hak sahipleri ve üyesi oldukları meslek birlikleri şikâyetle yetkilidir²⁸⁹. 5728 sayılı kanun değişikliği öncesinde Milli Eğitim Bakanlığı ve Kültür ve Turizm Bakanlığı da şikâyetle yetkiliyken, kanun değişikliği ile adı geçen bakanlıklara şikâyet yetkisi tanınmamış, bunun yerine ihlali öğrendikleri takdirde hak sahibi kişileri durumdan haberdar etme görevi verilmiştir²⁹⁰. Diğer hak sahipleri ise her somut olaya göre suçun mağduru olan(Manevi, Mali veya Bağlantılı hak sahipleri)

²⁸⁷Nur Centel - Hamide Zafer - Özlem Yenerer Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2006, s. 644.

²⁸⁸Ersan Şen, Yeni Türk Ceza Kanununun Yorumu C. 1, İstanbul 2006, s. 219.

²⁸⁹Yargıtay 7. CD'nin 2004/37543 E., 2007/4577 K., T. 06.06.2007 ; "...Merkezi Londra'da olan O... University Press ile Türkiye'de bulunan O... Yayıncılık Ltd. Şirketi arasında tek yetkili temsilcilik ve distribütörlük sözleşmesinde yayıncı yayınladığı tüm eğitim ürünlerinin ithali, dağıtımı ve satışını tek temsilcilik hakkını ve tüm haklarının ve menfaatlerinin korunması yetkisini verdiği, ayrıca yine anılan sözleşmenin 5. maddesinde "O... Yayıncılık Ltd. Şirketi tek yetkili temsilcilik ve distribütörlük haklarının ve yayıncının telif hakları yasası, markalar yasası ve benzeri yasal düzenlemelerden doğan haklarının temsil bölgesi içinde üçüncü kişiler tarafından ihlal edilmesi halinde konuyu yasal merciler nezdinde takip etmek ve gerekli girişimlerde bulunmak yetkisine sahiptir" hükmü bulunduğu, buna göre de O... Yayıncılık Şirketinin şikâyet ve dava hakkını kullandığı ve usulüne uygun olarak şikâyetle bulunduğu gözetilerek, davaya devamla esas hakkında bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde düşme kararı verilmesi, Yasaya aykırı..." <http://www.kazanci.com> (19.05.2010), Yargıtay 7. CD'nin 2007/1392 E., 2009/8646 K., T. 13.07.2009 ; "...Katılan Müyorbir (Müzik Yorumcuları Meslek Birliği) vekillerinin temyizinin incelenmesinde ise:Katılan vekillerinin 01.06.2005 havale tarihli dilekçe ekinde hak sahipliğini kanıtlayan belgeler olarak sunduğu sahiplik belgesinde dava konusu eserin yer almadığı anlaşıldığından suçtan doğrudan doğruya zarar görmeyen Müyorbir'in müdahilliğine karar verilmesi hükmü temyize hak vermeyeceğinden temyiz hakkı bulunmayan müşteki Müyorbir vekillerinin temyiz istemlerinin, 5320 sayılı yasanın 8/1.maddesi gereğince yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK.nun 317.maddesi uyarınca REDDİNE..." (Karar yayınlanmamıştır)

²⁹⁰ Kültür ve Turizm Bakanlığı'na verilen "Haberdar etme" görevinin yargılamaya ilişkin bir sorun olmadığına dair; http://www.abgm.adalet.gov.tr/pdf/FSH_bildiri_Nov_2008.pdf (21.05.2010), s. 23, 24.

kişilerdir. Eser sahibinin eser ile ilgili mali haklarını devretmesi halinde devralan kişinin de mali haklarla ilgili tecavüz suçlarında şikayet hakkı vardır²⁹¹.

Meslek birlikleri'nden FSEK 42. maddesine göre kurulan meslek birlikleri anlaşılacaktır. FSEK hükümleri dışında kurulan meslek birliklerinin şikayet yetkisi bulunmamaktadır²⁹².

İhbar ve şikayetin yapılacağı makam CMK 158/1.maddesi gereğince Cumhuriyet Başsavcılığı veya kolluk makamlarıdır. CMK 158/2.maddesi gereğince Valilik, Kaymakamlık veya Mahkemeler ile CMK 158/3. maddesi gereğince elçilik ve konsolosluklar da şikayeti kabul etmek ve Cumhuriyet Başsavcılığına göndermekle yükümlüdürler.

Suçla ilişkin yapılacak ihbar veya şikayet CMK'nın 158/5. maddesi uyarınca, yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabilecektir.

Şikayete yetkili hak sahiplerinin ihbar ve şikayet dilekçesine FSEK 75/1. maddesi gereğince haklarını kanıtlayan belge ve sair delillerinin aslını veya onaylı suretlerini şikayet dilekçesiyle birlikte sunulması gerekmektedir²⁹³. Söz konusu belgelerin

²⁹¹Hüseyin Aydın, Fikri ve Sınai Mülkiyet Suçlarında Şikayet Hakkı, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 2003/3, s. 59.

²⁹²Yargıtay 7. CD'nin 2000/11720 E., 2000/16660 K., T. 06.12.2000 ; "...Müyap A.Ş. FSEK.nun 42/son hükmüne göre yasada yazılı anlamda bir meslek kuruluşu değildir. Ancak aynı Kanunun 48/2 ve 56/1-2-3 maddelerine göre ise eser sahibi ve komşu hak sahibinin mali haklarını tam ruhsat vermek suretiyle başkasına devir etmesi halinde belirtilen kurallar doğrultusunda tam ruhsat sahibinin de dava hakkı bulunmaktadır. Müyap Anonim Şirketi komşu hak sahibi yapımçı firmaların mali hakları olan radyo ile yayın hakkını, devir, tam ruhsat verme ve devir taahhüdü sözleşmeleriyle devraldığından davacı sıfatı bulunduğu gözetilerek işin esasına girilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi.." <http://www.kazanci.com> (19.05.2010)

²⁹³ Önder Bayrak, Fikri ve Sınai Haklar Suçlarının Soruşturulması ve Kovuşturulması, Fikri ve Sınai Haklarda İhlal Halleri ve Davaları, İstanbul Barosu yayınları, 2008, s. 56, yazar orijinal ürünün ibrazının da istendiğini belirtmektedir. Yargıtay 7. CD'nin 2002/3759 E., 2002/3416 K.,T. 19.03.2002; "...5846 sayılı kanunun 75. maddesi uyarınca, kanunun 71, 72 ve 73. maddelerinde sayılan suçların kovuşturmasının takibi şikayete bağlı suç niteliğinde olup, buna göre şikayetçi yayınevleri Av. Özel Demirkol'a vekaletname vermişlerse aslı ya da onaylı suretinin dosyaya celbedilerek şikayet yetkisi tespit edildikten sonra, dava konusu kitapların orijinallerinin müşteki yayınevleri tarafından basım ve yayın hakkının olup olmadığının araştırılmaması..." <http://www.kazanci.com> (19.05.2010)

şikayet süresi içinde Cumhuriyet Başsavcılığı'na sunulmadığı takdirde kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilecektir²⁹⁴.

FSEK 75/3.maddesine göre şikayet üzerine soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısı şikayete konu eşya ile ilgili olarak CMK hükümlerine göre elkoyma tedbirinin alınmasına ilişkin gerekli işlemleri yapacaktır. Arama gerekmesi halinde de yine Cumhuriyet Savcısı gerekli işlemleri yapacaktır²⁹⁵.

5728 sayılı kanun değişikliği öncesinde el koymaya ilişkin özel kurallar koyan düzenleme adı geçen kanun değişikliği ile yürürlükten kaldırılmış, yalnızca CMK'ya atıf yapmakla yetinilmiştir.Bundan dolayı CMK 127.maddesinde düzenlenen el koymaya ilişkin kurallar bu kanun açısından da aynen geçerli olacağı gibi CMK 134. maddede yer alan bilgisayarlar ve bilgisayar programları hakkındaki özel düzenleme hükümlerine göre işlem yapılacaktır²⁹⁶.

Maddenin ikinci cümlesinde Cumhuriyet Savcısına hukuka aykırı olarak çoğaltıldığı iddia edilen eserlerin çoğaltılmasıyla sınırlı olarak faaliyetin durdurulmasına karar verebilme yetkisi tanınmıştır. Cumhuriyet Savcısı, somut olayın özelliği, suç şüphesinin yoğunluğu ve suçtan dolayı ortaya çıkan veya çıkması muhtemel zararın ağırlığına göre tedbir konusunda karar verecektir. Çoğaltmanın durdurulması kararı 24 saat içinde Hakim onayına sunulmak zorundadır.Onaya sunulan çoğaltmanın

²⁹⁴Yargıtay 7. CD'nin 2002/19975 E., 2003/4072 K.,T. 04.06.2003 ; "...şikayet dilekçesinde mahkumiyetine karar verilen sanığın adı ve işyeri adresi bildirilmediği bu suretle geçerli bir şikayet yapılmadığı, yargılama sırasında da açıkça sanığın adı yazılarak 5846 sayılı yasanın 75.maddesinde öngörülen 6 aylık süre içinde kamu davasına katılma talebinde de bulunulmadığı gözetilmeden geçerli şikayet yokluğu nedeniyle sanık hakkında açılan kamu davasının TCK'nın 99.maddesi uyarınca düşürülmesine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi.." <http://www.kazanci.com> (19.05.2010), Uygulamada sözkonusu madde hükmünün mutlak olarak algılanmadığı, eksikliğin tamamlanması için süre verildiği belirtilmektedir. Bak. Bayrak, s. 55, 56.

²⁹⁵Yargıtay 7. CD'nin 2006/11055 E., 2007/1307 K.,T. 05.03.2007 ; "...5846 sayılı kanunun 76. maddesinde bu kanundan doğan davalarda görevli mahkemenin ihtisas mahkemeleri olduğunun belirtildiği, bu durumun yargılama yapma görevinin hangi mahkemeye ait olduğunu kapsadığı, hazırlık soruşturmasının yürütülmesine ilişkin hususları içermemesi karşısında, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun "Arama ve el koyma" başlıklı dördüncü bölümünde; arama ve el koymada dikkate alınması gereken hususların gösterildiği nazara alınarak, Cumhuriyet Savcılığınca yapılan arama ve el koymaya ilişkin taleplere ait kararların; 5271 sayılı kanunun 162. maddesi uyarınca sulh ceza mahkemesi tarafından verilmesi gerektiği dikkate alınmaksızın, itirazın kabulü yerine yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiş..." <http://www.kazanci.com> (20.05.2010)

²⁹⁶ Erdil, s. 1498, 1499.

durdurulması kararı Hakim tarafından 24 saat içinde onaylanmadığı takdirde, ya da onay talebinin reddi durumunda hükümsüz hale gelecektir²⁹⁷.

3.2 Kovuşturma Aşaması

3.2.1 Görev ve İspat

FSEK 76. maddesine göre kanunda düzenlenen suçlar hakkında görevli Mahkemeler, ceza için öngörülen sınır gözetilmeksizin ihtisas Mahkemeleridir²⁹⁸.

İlk olarak HSYK'nın 26.03.2001 tarih ve 335 sayılı kararıyla²⁹⁹ yalnızca İstanbul'da kurulan ihtisas Mahkemesi, daha sonra HSYK'nın 20.11.2003 tarih ve 537 sayılı kararı ile İstanbul, Ankara ve İzmir illerinde Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemeleri kurulmuştur.

İhtisas Mahkemesi kurulan yerlerde görevli Mahkemeler ihtisas Mahkemeleridir. İhtisas mahkemesi kurulmayan yerlerde ise yukarıda belirtilen ilke kararı gereğince Asliye Ceza Mahkemeleri görevli olacaktır³⁰⁰.

FSEK 76/3 maddesinde yer alan haksız kullanıma ilişkin karine kuralı³⁰¹, 5728 sayılı kanun değişikliğiyle kaldırılmıştır. Artık CMK'da yer alan ispat ve delil toplamaya ilişkin genel kurallara göre dava yürütülecek ve sonuçlandırılacaktır³⁰²

²⁹⁷ Kanun değişikliği öncesindeki düzenleme hakkında; Özderiyol, s. 262 – 266.

²⁹⁸ 5235 sayılı kanunun 11., 12., 13. maddelerinde düzenlenen mahkemeler için düzenlenen görev sınırı bu kanunun uygulanmasında dikkate alınmayacaktır.

²⁹⁹ <http://rega.basbakanlik.gov.tr/main.aspx?home=http://rega.basbakanlik.gov.tr/eskiler/2001/04/20010404.htm&main=http://rega.basbakanlik.gov.tr/eskiler/2001/04/20010404.htm> (24.05.2010), önce HSYK'nın 25.01.2001 tarih ve 59 sayılı kararı ile yalnızca yargı çevresi tespit edilmiştir (<http://rega.basbakanlik.gov.tr/main.aspx?home=http://rega.basbakanlik.gov.tr/eskiler/2001/02/20010201.htm&main=http://rega.basbakanlik.gov.tr/eskiler/2001/02/20010201.htm> (24.05.2010)

³⁰⁰ HSYK'nın 20.11.2003 tarih, 537 sayılı kararına göre, bir Asliye Ceza Mahkemesi bulunan yerlerde bu mahkeme, iki Asliye Ceza Mahkemesi bulunan yerlerde (1) nolu Asliye Ceza Mahkemesi, ikiden fazla Asliye Ceza Mahkemesi bulunan yerlerde de (3) nolu Asliye Ceza Mahkemesi görevlidir, Nazif Kaçak, Açıklamalı-İçtihatlı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Ankara: Kartal Yayınevi, 2004, s. 341, 342, 343. Ayrıca Adalet Bakanlığı'nın 01.01.2006 tarih ve 1 nolu genelgesi gereğince 01.01.2006 tarihinde yürürlükten kalkan Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü'nün 25.12.2003 tarih ve 125 sayılı genelgesi ; Kaçak, s. 344, 345, bu yönde; Yargıtay 7. CD'nin 2007/16776 E., 2009/13083 K., T. 10.11.2009

³⁰¹ Özderiyol, s. 267.

3.2.2 Uzlaşma ve Şikayetten Vazgeçme

CMK'nın 253-256. maddelerinde düzenlenen uzlaşma; takibi şikayete bağlı olan suçlardan dolayı, fail ile mağdurun, gerek hazırlık soruşturması, gerekse kovuşturma aşamasında anlaşmaya varabilme imkanlarının bulunmasını ifade eder. Buna göre, suçtan zarar gören gerçek ya da özel hukuk tüzel kişisi olması kişinin, failin suçu kabullenmesi ve doğmuş olan zararı ödemesi veya telafi etmesi kaydıyla, mağdurla fail, özgür iradeleri ile uzlaşmaya vardıklarında, bu husus Cumhuriyet savcısı veya Hakim tarafından tesbit edilecek ve bu tesbitten sonra, artık kamu davası açılmayacak veya dava açılmış ise davanın düşürülmesine karar verilecektir.

Uzlaşma teklifinde bulunulması veya teklifin kabul edilmesi, soruşturma konusu suça ilişkin delillerin toplanmasına engel değildir.

Cumhuriyet Savcısı uzlaştırmayı kendi gerçekleştirebileceği gibi, barodan uzlaştırmacı avukat görevlendirilmesini isteyebilir veya hukuk öğrenimi görmüş kişiler arasından uzlaştırmacı görevlendirebilir. Uzlaştırma görüşmeleri gizli olarak yürütülür. Görüşmelere katılmaktan kişinin kendisi, vekili ya da kanuni temsilcisinin kaçınması halinde, uzlaşmayı kabul etmemiş sayılır. Uzlaşma teklifinin reddedilmesine rağmen, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören uzlaştıklarını gösteren belge ile en geç iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar Cumhuriyet Savcısı'na başvurarak uzlaştıklarını beyan edebilirler. Uzlaştırmamanın sonuçsuz kalması halinde ise tekrar uzlaştırma yoluna gidilemez. Uzlaştırma sonucunda şüphelinin edimini def'aten yerine getirmesi halinde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksite bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Bu durumda, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 171. maddesindeki şartlar aranmaksızın, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez. Kamu davasının açılmasının

³⁰²Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 27.

ertelenmesi kararından sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, CMK 171/4. maddesindeki şartlar aranmaksızın kamu davası açılır³⁰³.

CMK 253/1-a hükmüne göre şikayete tabi suçlar uzlaşma kapsamında olduğu için FSEK 71. maddesinde düzenlenen manevi, mali veya bağlantılı haklara tecavüz suçu da uzlaşmaya tabidir. Ancak suçtan zarar gören kamu tüzel kişisi olduğu takdirde uzlaşma hükümleri uygulanmayacaktır. Ayrıca CMK 253/3. maddesine göre etkin pişmanlık hükümlerine yer verildiği takdirde uzlaşma uygulanamayacağından FSEK 71/son maddesinin uygulanacağı mali haklara tecavüz suçlarından ; “Hukuka Aykırı Olarak İşlenen veya Çoğaltılan Eserleri Satışa Arz Etmek, Satmak, Kiralamak veya Ödünç Vermek Suretiyle ya da Sair Şekilde Yayımlamak”, “Hukuka Aykırı Olarak İşlenen veya Çoğaltılan Eserleri Ticari Amaçla Satın Almak”, “Hukuka Aykırı Olarak İşlenen veya Çoğaltılan Eserleri İthal Veya İhraç Etmek” ve “Hukuka Aykırı Olarak İşlenen veya Çoğaltılan Eserleri Kişisel Amaç Dışında Elinde Bulundurmak ya da Depolamak” suçları açısından uzlaşma hükümlerinin uygulanması mümkün olmayacaktır.

CMK 253/18. maddesine göre; “Uzlaştırmanın sonuçsuz kalması halinde tekrar uzlaştırma yoluna gidilemez”, ancak şikayet tabi bu suç için şikayetten vazgeçme yargılama sona erinceye kadar her zaman mümkündür. Ancak hüküm kesinleştikten sonra şikayetten vazgeçme mümkün değildir.

Şikayetten vazgeçme soruşturma aşamasında şüphelinin kabulüne bağlı değilken, kovuşturma aşamasında sanığın kabul etmesine bağlıdır. Eğer sanık vazgeçmeyi kabul etmezse Mahkeme yargılamaya devam edecek, sanığın suçsuz olduğu anlaşıldığı takdirde beraat kararı verilecek, suçun sübuta erdiği kanaatine varıldığı takdirde şikayetten vazgeçme sebebiyle düşme kararı verilecektir³⁰⁴.

³⁰³Mustafa Albayrak, “Son Yasal Düzenlemeler Işığında Uzlaşma Kurumu Üzerine Düşünceler”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, 2007, Yıl 2, S.10, s. 135, Ayrıca ; “Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik”, <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/> (25.05.2010)

³⁰⁴Mustafa Albayrak, Şikayet Bağlı Suçların Özellikleri ve Bu Suçlara Bağlanan Hukuki Sonuçlar, TBBD, S. 77, Temmuz-Ağustos 2008, s. 290.

Haklarında etkin pişmanlık hükümleri öngörülmesi sebebiyle uzlaşma hükümleri uygulanamayan suçlar için şikayetten vazgeçme hükümleri uygulanabilecektir.

Mağdurlar birden fazla ise, her birinin ayrı ayrı şikayetten vazgeçmeleri gerekmektedir. Birden fazla sanık var ise yine şikayetin bölünememesi ilkesi gereğince bütün sanıklar hakkında şikayetten vazgeçilmesi gerekecektir. Zira şikayet şahsa değil fiile yöneliktir³⁰⁵.

4. Yaptırım

4.1 Genel Olarak

5101 sayılı kanunla getirilen seçimlik ceza sistemi, genel olarak 5728 sayılı kanun değişikliğiyle de devam edilmiş, ancak FSEK 71/4. ve 5. fıkarda yer alan suçlar yönünden seçimlik ceza sisteminden vazgeçilmiştir.

FSEK 71/1. maddesine göre ; suçu işleyen kişiler hakkında bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

5728 sayılı kanun değişikliği öncesinde, “...iki yıldan dört yıla kadar hapis veya ellimilyar liradan yüzellimilyar liraya kadar adli para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden...” şeklindeki düzenleme ile daha ağır cezalar öngörülmüşken, sözkonusu değişiklik ile yalnızca cezanın üst sınırı yükseltilmiş, diğer yönler açısından ceza indirilmiştir.

FSEK 71/2. maddesine göre ; suçu işleyen kişiler hakkında altı aydaniki yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

Maddenin ikinci cümlesinde ağırlaştırıcı neden olarak suçun dağıtmak veya yayımlamak suretiyle işlenmesi öngörülmüştür. Bu durumda hapis cezasının üst sınırı beş yıl olacağı ve adli para cezasına hükmedilemeyeceği düzenlenmiştir.

³⁰⁵ Albayrak, Şikayet Bağlı Suçların Özellikleri ve Bu Suçlara Bağlanan Hukuki Sonuçlar, s. 290.

5728 sayılı kanun değişikliği öncesinde, “...iki yıldan dört yıla kadar hapis veya ellimilyar liradan yüzellimilyar liraya kadar adli para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden...”şeklindeki düzenleme ile daha ağır cezalar öngörölmüşken, sözkonusu değişiklik ile yalnızca cezanın ağırlaştırıcı hali için öngörölen üst sınırı yükseltilmiş ve adli para cezası seçimlik ceza olarak öngörölmüş, diğer yönler açısından ceza indirilmiştir.

FSEK 71/3. maddesine göre ; suçu işleyen kişiler hakkında altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

5728 sayılı kanun değişikliği öncesinde, “...iki yıldan dört yıla kadar hapis veya ellimilyar liradan yüzellimilyar liraya kadar adli para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden...”şeklindeki düzenleme ile daha ağır cezalar öngörölmüşken, sözkonusu değişiklik ile cezanın hem alt hem de üst sınırı indirilmiştir.

FSEK 71/4. maddesine göre ; suçu işleyen kişiler hakkında altı aya kadar hapis cezasına hükmolunur.

2004 yılında 5101 sayılı kanunla getirilen seçimlik ceza sisteminden, 5728 sayılı kanun değişikliği ile bu suç açısından vazgeçilmiştir. Ancak 5728 sayılı kanun değişikliği öncesinde, “...iki yıldan dört yıla kadar hapis veya ellimilyar liradan yüzellimilyar liraya kadar adli para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden...”şeklindeki düzenleme ile daha ağır cezalar öngörölmüşken, sözkonusu değişiklik ile yalnızca cezanın hem alt hem de üst sınırı indirilmiştir³⁰⁶. Hükmedilecek hapis cezası TCK 49. madde gereğince 1 aydan az olamayacaktır. Ayrıca kanunda öngörölmemesi sebebiyle doğrudan adli para cezasına hükmedilmesi imkanı bulunmamaktadır.

FSEK 71/5. maddesine göre ; suçu işleyen kişiler hakkında altı aya kadar hapis cezasına hükmolunur.

³⁰⁶ Yeni düzenlemeye yönelik eleştiri için; Erdil, s. 1453

2004 yılında 5101 sayılı kanunla getirilen seçimlik ceza sisteminden, 5728 sayılı kanun değişikliği ile bu suç açısından vazgeçilmiştir. Ancak 5728 sayılı kanun değişikliği öncesinde, “...iki yıldan dört yıla kadar hapis veya ellimilyar liradan yüzellimilyar liraya kadar adli para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden...” şeklindeki düzenleme ile daha ağır cezalar öngörülmüşken, sözkonusu değişiklik ile cezanın hem alt hem de üst sınırı indirilmiştir³⁰⁷.TCK 49. madde gereğince hapis cezası 1 aydan az olamayacaktır. Ayrıca kanunda öngörülmemesi sebebiyle doğrudan adli para cezasına hükmedilmesi imkanı bulunmamaktadır.

FSEK 71/6. maddesine göre ; suçu işleyen kişiler hakkında üç aydan altı aya kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

Ancak 5728 sayılı kanun değişikliği öncesinde benzer düzenleme sayılabilecek FSEK 71/1. maddeyle , “...iki yıldan dört yıla kadar hapis veya ellimilyar liradan yüzellimilyar liraya kadar adli para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden...”daha ağır cezalar öngörülmüşken, sözkonusu değişiklik ile yalnızca cezanın ağırlaştırıcı hali için öngörülen üst sınırı yükseltilmiş ve adli para cezası seçimlik ceza olarak öngörülmemiş, diğer yönler açısından ceza indirilmiştir.

4.2 Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması

5560 sayılı kanun değişikliğiyle, daha önce yalnızca 5395 sayılı ÇKK’da yer alan suçlar için öngörülen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu diğer Ceza kanunları için de geçerli olacak şekilde CMK’nın 231. maddesinde düzenlenmiştir.

Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

Bu düzenlemeye göre hükmolunan cezanın, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası olması halinde Mahkemece belli şartların gerçekleşmesi halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilecektir. Bu şartlar şunlardır; Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması, Mahkemece, sanığın

³⁰⁷ Yeni düzenlemeye yönelik eleştiri için; Erdil, s. 1453

kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması, suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi³⁰⁸.

Manevi, mali veya bağlantılı haklara tecavüz suçunda hükmolunan cezanın 2 yıl veya daha az hapis veya adli para cezası olması halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, yukarıdaki şartlar kapsamında, verilebilecektir. Ancak bu şartlardan “mağdurun ya da kamunun zararını giderme” yönünden manevi haklara tecavüz suçu ile mali veya bağlantılı haklara tecavüz suçu arasında fark bulunmaktadır.

Zararın giderilmesi şartının yerine getirilip getirilmediği ancak tespiti mümkün, likit bir zarar bulunması halinde araştırılacaktır. Mahkeme bu konuda kanaat verici basit araştırma yapmakla yetinmelidir. Mali veya bağlantılı haklara tecavüz suçunda bu zarar her zaman tespit edilebilir. Ancak manevi haklara tecavüz suçlarında ortada tespit edilebilen bir zarar bulunmadığından dolayı zararın giderilmiş olma şartı aranmayacaktır³⁰⁹. Dolayısıyla manevi haklar tecavüz suçlarında zararın giderilmesi şartı aranmaksızın hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecekken mali veya bağlantılı haklara tecavüz suçunda zararın giderilmesi şartı yerine geldiği takdirde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecektir.

4.3 Hükmün İlanı ve Maliye Bakanlığı’na Bildirim

FSEK 78. maddesine göre; yapılan yargılama sonucu haklı olduğu anlaşılan taraf haklı bir sebebi veya menfaati bulunduğunu ispatladığı takdirde kesinleşmiş

³⁰⁸ Ayrıntılı bilgi için, Mustafa Artuç, Hükmün Açıklanmasını Geri Bırakılması, 3. Baskı, Ankara: Adalet Kitapevi, 2010, s. 98 vd.

³⁰⁹ Yargıtay CGK’nın 2008/11-205 E., 2009/13 K., T. 03.02.2009, <http://www.kazanci.com> (25.05.2010),

kararın ilanını isteme hakkına sahiptir³¹⁰. Mahkumiyet halinde şikayetçi tarafından kullanılabilecek bu hak beraat halinde sanık tarafından da kullanılabilecektir³¹¹.

İlan, hükümden önce veya hüküm kesinleşmesinden sonra üç ay içinde istenebilir. Bu süre, hak düşürücü süredir. İlanın şekli ve içeriğini Hakim kararda belirtir.

Öte yandan FSEK 71. maddesinde düzenlenen suçun ihlali sonucu kamunun vergi kaybına uğrayacağı aşikardır. Zira Vergi Usul Kanunu'nun 9/2. maddesine göre vergiyi doğuran olayın suç olması, faillerinin vergi yükümlülüklerini ortadan kaldırmayacaktır. Bu sebepten dolayı vergi yönünden gereği yapılmak üzere Maliye Bakanlığına bildirilmesi gerekmektedir³¹².

³¹⁰Yargıtay 4. HD'nin 1998/4939 E., 1998/8994 K.,T. 17.11.1998; "...davacı hukuka aykırı eylemin aynı Yasanın 78. maddesi gereğince ilanını istediği halde bu talebinde haklı bulunduğu, somut olay itibari ile gerekli olduğu da anlaşılmasına rağmen red edilmiş olması da usul ve yasaya akın olup bozmayı gerektirmiştir..." <http://www.kazanci.com> (25.05.2010)

³¹¹ Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, s. 697.

³¹² Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü'nün 20.03.2006 tarih ve 134 sayılı genelgesi <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr> (25.05.2010)

SONUÇ

FSEK’te eser sahibine tanınan hakların manevi haklar ve maddi haklar olarak iki ayrı başlıkta düzenlenmiştir. Bu şekilde bir ayırım yapılması, eser üzerindeki maddi ve manevi yetkilerin birbirinden kesin olarak ayrılmasının çoğu zaman mümkün olmaması nedeniyle yapay bir ayırım olarak değerlendirilmektedir. Cezai hükümler düzenlenirken bu durum dikkate alınarak manevi ve mali hak ihlalleri tek bir maddede düzenlenme yoluna gidilmiştir.

Yürürlüğe girdiği 1952 yılından bu yana çeşitli değişikliklere uğrayan, en son 5728 sayılı kanunla cezai hükümleri yeniden düzenlenen FSEK’in halen fikri hakları korumakta yetersiz kaldığı konusunda doktrinde neredeyse görüş birliği bulunmaktadır. 5237 sayılı TCK ile uyum sağlama amacıyla yapılan değişiklik sonrasında FSEK 71. maddede genel olarak cezaların indirilmesi, TV- Radyo kuruluşlarının cezai korumadan yoksun bırakılmaları, nihayet CMK 231. maddesinde yer alan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu sayesinde cezai korumanın etkisizleştiği aşikardır.

Yoğun iş yükü altında çalışan Mahkemelerde davaların görülme süresinin uzaması, verilen mahkumiyet kararlarının kanun değişiklikleri sebebiyle işin esası incelenmeksizin Yargıtay’ca bozulması hem pek dosyanın zamanaşımına uğramasına neden olmakta hem de adalet duygusunu sarsmaktadır. Mahkumiyetle sonuçlanan dosyalarda ise verilen ceza caydırıcılık sağlamaktan uzaktır.

Manevi, mali veya bağlantılı haklara tecavüz suçu uzlaşma etkili olarak uygulanmamaktadır. Uzlaşmaya ilişkin genel olarak yaşanan uygulama problemleri yanı sıra uzlaştırmacı olarak seçilen kişiler için herhangi bir ayırıcı vasıf öngörülmemesinin de bu durumda payı olduğu şüphesizdir. Uzlaştırmacı olarak seçilecek kişi için özel nitelikler öngörülmesi ya da özel olarak bu konuda görevlendirilmiş Cumhuriyet Savcısı atanması durumunda uzlaşma daha etkin uygulanacaktır.

KAYNAKÇA

Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Fikri ve Sınai Haklar Yargı İştisare Grubu Birinci Toplantısı,
http://www.abgm.adalet.gov.tr/pdf/FSH_bildiri_Nov_2008.pdf (21.05.2010)

AKIN, Levent, Fikri Haklara Yönelik Tecavüzler Karşı Hukuk Davaları, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara, 2000.

AKİPEK, Şebnem - **DARDAĞAN**, Esra “Sanal Ortamda Telif Hakları”, BATİDER, Haziran 2001, C.29, S.1.

ALBAYRAK, Mustafa, “Son Yasal Düzenlemeler Işığında Uzlaşma Kurumu Üzerine Düşünceler”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, 2007, Y.2, S.10.

ALBAYRAK, Mustafa, Şikayet Bağlı Suçların Özellikleri ve Bu Suçlara Bağlanan Hukuki Sonuçlar, TBBD, S. 77, Temmuz-Ağustos 2008.

ALBAYRAK, Mustafa, “Fikri ve Sınai Haklar Aleyhine İşlenen Suçların Kovuşturulması ve Yargılamasında Sorunlar ve Çözüm Yolları”, TBBD, S.57, Mart-Nisan 2005.

APAYDIN, Eylem, Fikir Haklarına Komşu Haklar, FMR, C.1, S.4.

ARKAN, Azra, Mukayeseli Hukuk, Uluslararası Düzenlemeler ve Türk Fikri Hukuk Alanında Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar (İcracı Sanatçıların, Fonogram Yapımcılarının, Radyo/Televizyon Kuruluşlarının ve Film Yapımcılarının Hakları ve Korunmaları), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.

ARSLANLI, Halil, Fikri Hukuk Dersleri II- Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul Üniversitesi yayınları, İstanbul, 1954.

ARTUÇ, Mustafa, Hükümün Açıklanmasını Geri Bırakılması, 3. Baskı, Ankara: Adalet Kitabevi, 2010.

ARTUK, Mehmet Emin – **GÖKCEN**, Ahmet - **YENİDÜNYA**, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. basım., Ankara: Turhan Kitabevi, 2009.

ATEŞ, Mustafa, Bir ‘Engelli İstisnası’ Mı Yoksa ‘İstisnai Bir Engel’ mi?: FSEK Ek Madde 11 Üzerine Eleştirel Bir İnceleme, FMR, 2009/2.

ATEŞ, Mustafa, Fikri Hukukta Eser, Ankara, 2007.

ATEŞ, Mustafa, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Seçkin Yayınları, Ankara: Seçkin Yayınları, 2003.

AYDIN, Hüseyin, Fikri ve Sınai Mülkiyet Suçlarında Şikayet Hakkı, FMR, 2003/3.

AYİTER, Nuşin, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, 2. Bası, Ankara, 1981.

BAKICI, Sedat, Ceza Hukuku Özel Hükümler 1.Cilt, Ankara: Adalet Yayınevi, 2008.

BAŞPINAR, Veysel, **KOCABEY**, Doğan, İnternette Fikri Hakların Korunması, Ankara; Yetkin Yayınevi, 2007.

BAYRAK, Önder, Fikri ve Sınai Haklar Suçlarının Soruşturulması ve Kovuşturulması, Fikri ve Sınai Haklarda İhlal Halleri ve Davaları, İstanbul Barosu yayınları, 2008.

BELGESAY, M. Reşit, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul, 1955.

CENTEL,Nur –**ZAFER**, Hamide – **ÇAKMUT**, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, 2006.

ERBEK, Özge, Müzik Eserlerinin Umuma Açık Mahallerde Kullanılması, DEÜHFD, Cilt: 9, Özel Sayı, 2007.

ERDİL, Engin, Fikir ve Sanat eserleri kanunu şerhi, 3. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009

EREL, Şafak N., “Fikri Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması”, Prof.Dr. İlhan ÖZTRAK’a Armağan, Ankara 1994, AÜSBFD, C.49, S.1-2, Ocak-Haziran 1994.

EREL, Şafak N., Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara : İmaj Yayınları, 1998.

EREL, Şafak N., “Fikri Haklarda Korumanın doğuşu ve Kapsamı”, İlim Edebiyat Eserlerinde Çoğaltma-Yayma Hakkının ihlali ve Bunun Sonuçları Paneli, 30.11.2000, Ankara 2000.

GÜNDEL, Ahmet, Açıklamalı- İctihatlı Özel Yasalardaki Asliye Ceza Davaları, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2000.

GÜNEŞ, İlhami, 5728 Sayılı Yasa Sonrası Mali, Manevi Hak ve Bağlantılı Hak İhlalleri, Legal FSHD C. 44, s. 14, 2008.

GÜNEŞ, İlhami, Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2008.

GÜRAN, Sait – **AKÜNAL**, Teoman – **BAYRAKTAR**, Köksal – **YURTCAN**, Erdener - **KENDİGELEN**, Abuzer – **BELLER**, Önder – **SÖZER**, Bülent, İnternet ve Hukuk, İstanbul, 2000.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, “Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi”, AÜHFD, C.48, Sayı -1-4 Ankara, 1999.

HİRSCH, Ernst E., Hukuki Bakımdan Fikri Say(Fikri Say), İkinci Cilt, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1943.

HİRSCH, Ersnt E., Fikri ve Sınai Haklar, Ankara, 1948

KAÇAK, Nazif, Açıklamalı-İçtihatlı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Ankara: Katal Yayınevi, 2004.

KAPLAN, Yavuz, İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

KAYA, Arslan, “Reklamın Fikri Mülkiyet Hukuku İçindeki Yeri”, Prof. Dr. Ömer TEOMAN’a 55. Yaş Günü Armağanı, C.I, Beta Yayınları, İstanbul, 2002.

KENDİGELEN, Abuzer – **BOZBEL**, Savaş, “Telif Hakları Açısından İnternette Veri Paylaşımı (Peer-to-Peer, File Sharing)” İnternet ve Hukuk, Der: M. Yeşim ATAMER, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004.

KILIÇOĞLU, Ahmet, Sınai Haklara Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara, 2006.

MEMİŞ, Tekin, Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu, Ankara : Seçkin Yayıncılık, 2002.

OĞUZMAN, M. Kemal –**SELİÇİ**, Özer –**OKTAY**, Saibe – Kişiler Hukuku, İstanbul: Filiz Kitapevi, 1999.

ÖNCÜ, Özge, Fikri Hak İhlalleri bakımından İnternet “Görsel” arama motorları, DEÜHFD, Cilt: 10, Sayı 1, 2008.

ÖZDERYOL, Teknail, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda düzenlenen Suçlar, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2006, s. 116. YÖK Ulusal Tez Merkezi Veri Tabanı, (05.01.2010)

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 3. Bası Ankara 2006.

ÖZTAN, Fırat, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara: Turhan Yayınevi, 2008.

ÖZTAN, Fırat, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara, 1998.

ŞEN, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanununun Yorumu C. 1, İstanbul 2006.

TEKİNALP, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 4. Bası, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2005.

Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair KanunTasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu,
<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss56.pdf> (04.02.2010)

TOPALOĞLU, Mustafa, Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması, Türkiye Bilişim vakfı Yayınları, İstanbul, 1997.

TOPALOĞLU, Mustafa, “İnternette Fikri Haklar Sorunları”
http://www.turkhukuksitesi.com/makale_28.htm (23.03.2010)

TOSUN, Yalçın, Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009.

USLU, Ramazan, Türk Fikir ve Sanat Hukukunda Eser Kavramı, Ankara : Seçkin Yayıncılık, 2003.

ÜSTÜN, Gürsel, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda 4630 sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Eleştirilerimiz”, İBD, Cilt: 75, S:1 İstanbul, 2001.

YARSUVAT, Duygun, Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, Genişletilmiş 2. Bası, Güryay Matbaacılık, İstanbul, 1984.

YAZICIOĞLU, Yılmaz, Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar, İstanbul: Oniki Levha yayınları, 2009.

YENİDÜNYA, Ahmet Caner, 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda düzenlenen Manevi ve Mali Haklara Tecavüz Suçları, EÜHFD, 2006, Cilt X, Sayı: 3-4.

WEB KAYNAKLARI

<http://www.tbmm.gov.tr>

<http://www.kazanci.com.tr>

<http://www.diaport.com.tr>

Meşe Yazılım İçtihat ve Mevzuat Bankası Ver:2.0.0.50