

**T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU KAPSAMINDA
İNTERNET ORTAMINDA
MÜZİK ESERLERİNİN SUNUMU YOLU İLE
UMUMA İLETİM HAKKININ İHLALİ**

**HAZIRLAYAN: Emrah ÇELİK
2501040328**

DANIŞMAN: Doç. Dr. Arslan KAYA

ANKARA – 2007

TEZ ONAYI

İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalında 2501040328 numaralı Emrah ÇELİK'in hazırladığı "FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU KAPSAMINDA İNTERNET ORTAMINDA MÜZİK ESERLERİNİN SUNUMU YOLU İLE UMUMA İLETİM HAKKININ İHLALİ" konulu YÜKSEK LİSANS TEZİ ile ilgili TEZ SAVUNMA SINAVI, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 15.Maddesi uyarınca, günü saat/.....'de yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin'ne OYBİRLİĞİYLE /OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	KANAATI	İMZA
Prof. Dr. Mehmet HELVACI		
Doç. Dr. Arslan KAYA (Danışman)		
Doç. Dr. Füsun NOMER-ERTAN		
Doç. Dr. Halil AKKANAT		
Doç. Dr. Tekin MEMİŞ		

FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU KAPSAMINDA İNTERNET ORTAMINDA MÜZİK ESERLERİNİN SUNUMU YOLU İLE UMUMA İLETİM HAKKININ İHLALİ

Hazırlayan: Emrah Çelik

ÖZ

Bu tezde, müzik eserlerinin internet ortamında sunumu yoluyla Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 25. maddesinde düzenlenen mali bir hak olan işaret, ses ve/ veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkının ihlali anılan Kanun ve yüksek lisans tezi kapsam ve sınırları içinde incelenmiştir. Bunun için öncelikle Kanun ile korunan bir müzik eserinin belirleyici özellikleri tespit edilmiştir. Ardından internetin yapısını kavrayabilmek amacıyla internet terimlerine yer verilmiş ve umuma iletim hakkının ihlalinde yaygın olarak kullanılan teknik bazı yöntemler hakkında örnekler verilmiştir. Bunu, umuma iletim hakkının ve bu hakkın ihlalinin şartlarının incelenmesi izlemiştir. Bu kapsamda, internette müzik eserlerinin sunumunun neden umuma iletim hakkını ihlal manasına geldiği diğer bazı mali haklar ile umuma iletim hakkı mukayese edilerek açıklanmış; umuma iletim hakkının hangi hallerde ihlal edilmiş olduğu belirtilmiş; umuma iletim hakkı ile Kanunun 22. maddesinde düzenlenen çoğaltma hakkının yakın ilişkisine değinilmiştir. Umuma iletim hakkına yönelik bir ihlalin varlığını tespit ettikten sonra ise, buna karşı başvurulabilecek hukuki yollar ele alınmıştır. Tezimizin en sonunda ise, konuya ilişkin vardığımız sonuç belirtilmiştir.

ABSTRACT

At this thesis, we have handled “ violation of the right of communication to the public that is stated in the Copyright Code, Article 25 with transmitting musical works in internet” subject, in the scope of a master thesis and foregoing Code. For

this initially, characterisation of a musical work which is protected by Code has been determined. After, internet terms and some samples concerning with the methods whichs used widely for violating the right of communication to the public in internet tecnology have given, with the aim of comprehending the structure of internet. Following this, the right of communication to the public has been examined in detail. Herein, the reason why transmitting musical works in internet violate the right of communication to the public has been explained with comparing the right of communication to the public and some other economic rights; in which situations the right of communication to the public had been violated is expressed; close relationship between the right of communication to the public and the copright that is stated in the Code, Article 22 is examined. After, which legal remedies to have recourse to in the case of violation is handled. And finally, we have revealed our results concerning with the thesis.

ÖNSÖZ

Ülkemizde Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile korunan eser türlerine yönelik ihlaller oldukça yaygındır. İhlale maruz kalan eserlerin başında ise müzik eserleri gelmektedir. Burada önemli bir tespit, ihlallerin dış dünyadan alınarak sanal ortama taşınmasıdır. Teknolojideki gelişme seyrine bağlı olarak örneklenirse; korsan kasetlerin yerini korsan CD.'ler almış ve bugün ise korsan CD. satımının yerini internetten indirilen Mp3'ler almıştır. İnternet, müzik eserlerinin çoğaltılmasında, iletiminde ve bir çok yöntemle müzik eserlerinden haksız olarak yararlanmada son derece kolaylaştırıcı imkanlar sunmaktadır. Özellikle ülkemizde internet kullanımının yaygınlaşması ile söz konusu ihlaller hızlı artışını devam ettirecektir. Bu bahisle internet ortamında müzik eserlerinin sunumu konusu hem günümüzü ve hem de geleceği ilgilendiren önemli bir konu olarak incelenmeye değer görülmüştür.

Genel olarak değerlendirildiğinde, konu ile alakalı olarak Türk Hukukunda halihazırda kapsamlı kanunu düzenleme bulunmadığı görülmektedir. Bu noktada konuyla doğrudan alakalı ve bu bahisle baz alınabilecek temel kanuni düzenleme olarak, tezimizde “umuma iletim hakkı” olarak isimlendirdiğimiz, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 25. maddesinde yer alan “ işaret, ses ve/ veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı” akla gelmektedir. Bu sebeple internet ortamında müzik eserlerinin sunumu konusu, konunun odak noktasını ve sınırlarını oluşturan Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu sistematığında mali bir hak olarak düzenlenmiş “umuma iletim hakkı” çerçevesinde ele alınmıştır.

Tezin hazırlanmasında karşılaşılan ilk zorluk, konunun oldukça geniş bir yelpazeye sahip olmasıydı. Bizatihi internet teknolojisinin incelenmesinde olduğu gibi müzik eserlerinin internet ortamında sunumu konusu da birbiri içine geçmiş çok fazla alt başlık içermektedir. Konunun odak noktasını oluşturan umuma iletim hakkından uzaklaşmamak, tezin tam sınırlarını çizebilmek bu bahisle güç olmuştur. Asıl karşılaştığımız güçlük ise konunun hukuki bakımdan henüz istikrar kazanamamış olmasıydı. Gerek konuya ilişkin gerekli ve yeterli iç mevzuatın bulunmaması ve

gerekse yargı kararlarında konunun daha yeni tartışılmaya başlanmış olması hukuki büyük bir boşluk içinde çalışmamıza neden olmuşlardır. İnternet teknolojisinin hızlı ilerleyişini devam ettirmesi ve hukukun buna uyum sağlamada geç kalışı, karşılaştığımız bu önemli güçlüğü kat ve kat artırmıştır. Bütün bunların olumsuz etkisiyle hazırlanan işbu yüksek lisans tezi, internet ortamında umuma iletilen müzik eserleri bakımından –kanaatimizce- aydınlatıcı bir vazife görecektir.

Tez konusunun belirlenmesinde ve tezin yazım aşamasında nitelikli kılavuzluğu ile bana yol gösteren ve nezaketli yardımlarını sunan danışmanım ve hocam Doç. Dr. Arslan Kaya'ya teşekkürü bir borç bilirim. Her daim olduğu üzere tezin hazırlanması sürecinde de yanımda olmalarının iç huzurunu yaşadığım Aileme minnettarım.

Ankara, 01.02.2007

Emrah Çelik

İÇİNDEKİLER

ÖZ/ ABSTRACT.....	iii
ÖNSÖZ.....	v
İÇİNDEKİLER.....	vii
KISALTMALAR.....	x
GİRİŞ	1
I. ESER VE MÜZİK ESERLERİ	5
A. Genel Olarak.....	5
B. Eser Kavramı.....	6
1. Esasa İlişkin Unsur: Eserin, Sahibinin Hususiyetini Taşması.....	9
2. Şekle İlişkin Unsur: FSEK.'de Sayılan Eser Kategorilerinden Birine Dahil Olma.....	16
C. Müzik Eseri Kavramı.....	17
1. Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu Kapsamında “Müzik Eserleri”.....	27
2. Multimedya (Multimedia) Ürünler.....	31
II. İNTERNET	35
A. İnternet Terimleri.....	36
1. İnternet Altyapısını Oluşturan Birimler.....	36
a. Telefon/ Telekomünikasyon İdareleri.....	36
b. İnternet Servis Sağlayıcıları / İSS. (İnternet Service Provider/ ISP.).....	37
c. Sunucu (Server).....	38
d. Host	38
e. İçerik Sağlayıcılar (Content Providers).....	39
f. Kullanıcılar.....	39
2. Dosya İndirme (Download).....	40
3. Dosya Yükleme (Upload).....	40
4. İnternet Protokolü / İP (IP / İnternet Protocol).....	40
5. Önbelleğe Kayıt (Caching).....	40
6. Routing.....	41
7. Arama Motorları (Search Engines).....	41
8. Link (Bağlantı/ Çengel).....	41
9. Çerçeve İçine Alma (Frames).....	42
10. Senkron ve Asenkron Kullanım.....	43
B. İhlallerde Kullanılan Araçlar ve Yöntemler	44
1. Mp3 Teknolojisi.....	45
2. Genel Sıkıştırma Programları.....	46
3. Değişim Programları (File sharing).....	47
a. Merkezi Sisteme Dayalı Değişim Programları (Napster Örneği).....	48
b. Merkezi Sisteme Dayalı Olmayan Değişim Programları.....	49

4. Elektronik Posta/ E- Posta (E- Mail) ve Posta Gurupları / Forumlar	50
5. İnternette Naklen Sohbet (IRC. / İnternet- Relay- Chat).....	51
6. İnternet Radyo ve Televizyon Yayınlarından Kopyalama.....	51
7. Web Sayfası İçeriğinde Müzik Eserlerine Yer Verilmesi.....	52
8. Web Sayfalarında Fon Müziği Kullanımı.....	53

III. İNTERNET ORTAMINDA MÜZİK ESERLERİNİN SUNUMU YOLUYLA UMUMA İLETİM HAKKININ İHLALİ.....	54
A. İnternet Ortamında Müzik Eseri Sunumunun Mali Haklar Bakımından Değerlendirilmesi.....	54
1. İnternet Ortamında Müzik Eseri Sunumunun Temsil Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi.....	56
2. İnternet Ortamında Müzik Eseri Sunumunun Yayma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi	60
3. İnternet Ortamında Müzik Eseri Sunumu Bakımından Çoğaltma Hakkının Önemi	65
a. Müzik Eserinin Dijital Biçime Dönüştürülmesi	68
b. Önbelleğe Kayıt (Caching).....	69
c. Routing.....	70
d. Anabelleğe (Harddiske) veya Ses Taşıyıcı Materyallere Kayıt	71
B. İnternet Ortamında Müzik Eserlerinin Umuma İletim Hakkı	71
C. İnternet Ortamında Müzik Eserlerinin Sunumu Yoluyla Umuma İletim Hakkının İhlali	75
1. Müzik Eserinin Erişime Açık Hale Getirilmesi.....	76
2. İletimin “Umum”a Yapılması.....	79
3. Umuma İletimin İzinsiz Olması.....	82
a. Umuma İletim Hakkının Süre Bakımından Sınırlandırılması.....	87
b. Umuma İletim Hakkının Kamu Düzeni Düşüncesiyle Sınırlandırılması.....	90
c. Umuma İletim Hakkının Genel Menfaat Düşüncesiyle Sınırlandırılması.....	92
(1). Temsil Serbestisi.....	92
(2). Haber.....	95
(3). Genel Menfaat Düşüncesine Dayalı Diğer Sınırlama Sebepleri.....	98
d. Umuma İletim Hakkının Özel Menfaat Düşüncesiyle Sınırlandırılması.....	98
(1). Şahsi Kullanım İstisnasının İnternet Ortamında Kazandığı Anlam.....	99
i. Çoğaltmanın Şahsi Kullanım Amacıyla Yapılması.....	102
ii. Kar Amacının Gütülmemesi ve Eser Sahibinin Meşru Menfaatlerine Zarar Verilmemesi.....	103

(2). Umuma İletim Hakkı Bakımından Şahsi Kullanım İstisnası.....	106
e. Umuma İletim Hakkının Hükümete Tanınan Bazı Yetkilerle Sınırlandırılması.....	108
IV. İHLALLERE KARŞI AÇILABİLECEK DAVALAR.....	109
A. Hukuk Davaları.....	109
1. Tecavüzün Ref'i Davası.....	109
2. Tecavüzün Men'i Davası.....	114
3. Tazminat Davaları.....	115
B. Ceza Davaları.....	116
C. Umuma İletim Hakkının Korunmasına Yönelik Diğer Tedbirler.....	118
1. İhtiyati Tedbirler.....	118
2. Hükümün ilanı.....	119
3. Zapt, Müsadere ve İmha.....	120
D. Hukuk Davalarının Ortak Özellikleri	120
1. Davacılar.....	120
2. Davalılar.....	124
a. Telekomünikasyon/ Telefon İdareleri.....	126
b. İnternet Servis Sağlayıcıları/ İSS.'ler.....	127
c. İçerik Sağlayıcılar (Content- Providers).....	138
d. Kullanıcılar.....	140
e. Program Hazırlayanlar.....	143
3. Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	145
4. İhlallere Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi.....	146
5. Zamanaşımı.....	150
V. İHLALLERİN ENGELLENMESİNE YÖNELİK BAŞVURU USULÜ.....	153
A. FSEK. Ek m. 4/ f. 3'ün Öngördüğü Usul.....	153
B. FSEK. Ek m. 4/ f. 3'ün Eleştirisi.....	157
SONUÇ.....	160
KAYNAKÇA.....	168

KISALTMALAR

a.g.e.	Adı geçen eser
a.g.m	Adı geçen makale
AB.	Avrupa Birliği
AİHS.	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ARPA	Advanced Research Projects Agency
aşę.	Aşağıda
AÜEHFD.	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	Bent
Bkz.	Bakınız
BATIDER.	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK.	Borçlar Kanunu
BTHAE.	Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
C.	Cilt
CD.	Compact Disk
CD-R.	Compact Disk Recordable
YCD.	Yargıtay Ceza Dairesi
c.	Cümle
CMK.	Ceza Muhakemesi Kanunu
Dn.	Dipnot
DPT.	Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı
E.	Esas numarası
Ed.	Editör
et. al.	Ve diğer yazarlar
e.y.b.k.	Eserin yayınlandığı basılı kaynak
f.	Fıkra
FMR.	Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
FMHD.	Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi
FSEK.	Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
FTP.	File Transfer Protocol

HD.	Yargıtay Hukuk Dairesi
http	Hyper Text Transfer Protocol
HUMK.	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
IFPI.	İnternational Federation of the Phonografic Industry
IP.	İnternet Protocol/ İnternet Protokolü
IRC.	İnternet Relay Chat
ISP.	İnternet Service Provider
İSS.	İnternet Servis Sağlayıcı
İÜSBF.	İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
K.	Karar numarası
KB.	Kilobayt
MB.	Megabayt
MK.	Türk Medeni Kanunu.
MÖHUK.	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
Mü-Yap	Bağlantılı Hak Sahibi Fonogram Yapımcıları Meslek Birliği
Müyorbir	Müzik Yorumcuları Meslek Birliği
N.	Numara
m.	Madde
Pat. Hk. KHK.	Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
RAM	Random Access Memory
s.	Sayfa
S.	Sayı
SVMEK.	Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu
T.	Tarih
TCK.	Türk Ceza Kanunu
URL	Uniform Resource Locator
vb.	Ve buna benzer
vd.	Ve devamı
Y.	Yıl
Yay.	Yayımları
YHGK.	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

YKD.	Yargıtay Kararları Dergisi
Ykr.	Yukarıda
WCT	WIPO Copyright Treaty
WIPO	World Intellectual Property Organization
WPPT	WIPO Performances and Phonograms Treaty
www	world wide web

GİRİŞ

Günümüzde müzik, oldukça geniş bir yelpazeye yayılan ve hızla büyüyen bir sektör halini almıştır. Çok çeşitli duygu ve düşüncelerle beslenen yaratıcı insan zekası ve durmak bilmeyen teknolojik yenilikler, müzik sektörünün büyüme ve genişleme ivmesini daimi olarak arttırmaktadır. Bu durumun olumsuz tarafı ise, sektörden haksız olarak menfaat elde etmek isteyen kişilerin ve buna bağlı olarak müzik eserlerine yönelik ihlallerin sayısının da artmasıdır. Bunların, eser sahipleri ve diğer hak sahipleri ile sektöre büyük zararlar verdiği açıktır.

İlk başta satışı yapılan milyonlarca korsan kaset ve **CD**. olmak üzere; ticari kar amacıyla işletilen otel, eğlence tesisleri gibi yerlerde veya televizyon ve radyo gibi yayın kuruluşlarında müzik eserlerinin izinsiz olarak çalınması, seslendirilmesi, kullanılması; mevcut müzik eserlerinin üzerinde izinsiz olarak değişiklikler yapılması, bunların başka şekle sokulması gibi çok çeşitli şekillerde müzik eserlerinden haksız olarak yararlandığı görülecektir. Bu yararlanma, bazen bizzat ticari bir faaliyete bağlı olmaktadır; yani müzik eserlerinden yararlanma ile doğrudan ticari kar elde edilmektedir. Bazen ise ticari bir faaliyet yürütmeyen kişilerin yararlanması olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada belirtilmemekle birlikte, daha bir çok teknik ve yöntemle çok farklı kişilerce haksız olarak yararlanılan müzik eserlerine ilişkin olarak şu genel tablo çizilebilir:

- Müzik eserlerine ilişkin haklar, çok büyük kitleler tarafından çok kısa sürelerde rahatlıkla ihlal edilebilmektedir,
- Müzik eserlerine ilişkin haklar, çok çeşitli yöntem ve tekniklerle ihlal edilebilmektedir,
- Teknolojik yenilikler söz konusu hak ihlallerini kolaylaştırıcı ve artırıcı bir etkiye sahiptir,
- Yine teknolojik yeniliklerin yardımı ile müzik eserlerine ilişkin hak ihlalleri güncelliğini ve sürekliliğini korumaya devam etmektedir.

Bu bakımdan “müzik eserleri”nin fikri haklar içinde en yoğun hak ihlaline maruz kalan, bu bakımdan hukuken korunmaya ve incelenmeye en fazla ihtiyaç duyulan, kurumlardan birisi olduğu söylenebilir. Nitekim müzik eserleri ile alakalı yerel ve uluslararası hukuki düzenlemelerin çokluğu böyle bir ihtiyacın varlığını açıkça ispatlamaktadır. Bu haliyle müzik eserleri bir çok açıdan incelenmeye son derece elverişlidir. Örneğin korsan kaset ve **CD.** üretimi ve satışı ve bunlara uygulanacak usul çalışmamızda incelenebilirdi. Ancak günümüzün bir gerçeği olarak müzik eserlerine yönelik ihlallerin dış dünyadan alınarak sanal ortama taşınması gözden kaçırılmazdı. Ekonomik kaygılarla korsan kaset ve **CD.**’ ye yönelen ve bu yolla korsan üretimi besleyen kitleler dahi artık korsan kaset ve **CD.** alımından vazgeçmeye başlamışlardır. Zira internet ortamında iletimi yapılan müzik eserlerinden yararlanmak hem daha kolay hem de daha ekonomiktir. Başka bir konu olarak, eser sahipleri ile bağlantılı hak sahipleri ve meslek birlikleri arasındaki ilişkiler ele alınabilirdi. Ancak bu kişiler arasındaki ilişkilerin incelenmesinden önce gelen bir konu, müzik eserlerinin internet ortamında umuma iletimi olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü internet ortamında müzik eserlerinin iletimi, bütün bu kişiler bakımından büyük zarara yol açan ortak bir eylem niteliğindedir. İnternet kullanımının hızla yaygınlaşması söz konusu zararın boyutlarını gün ve gün artıracak gözükmektedir. Daha da gelişen teknolojinin ise ihlaller bakımından süre ve teknik açıdan avantajlar sunarak, ihlallerin sürekliliğini koruyacağı anlaşılmaktadır. Kaldı ki kanun koyucu, bu kişiler arasındaki ilişkileri ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Oysa ki internet ortamında müzik eserlerinin iletimine ilişkin olarak ayrıntılı düzenlemelere ihtiyaç duyulmasına rağmen büyük bir kanuni açık söz konusudur.

Bu gerekçelerle tez konumuzu “ Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında İnternet Ortamında Müzik Eserlerinin Sunumu Yolu İle Umuma İletim Hakkının İhlali” olarak belirledik.

İnternet ortamında çok çeşitli verilerin transferi yapılabilmektedir. Bunlardan bir kısmı sesli verilerdir. Ancak her sesli veri, müzik eseri olarak nitelendirilemez ve bu sebeple FSEK. korumasından yararlanılamaz. Bu bahisle tezin birinci bölümünde FSEK. kapsamında korunan bir müzik eserinin belirleyici özellikleri ele alınmıştır.

Bunun için ise öncelikle, FSEK. kapsamındaki genel bir “eser”in özelliklerini ortaya koymak gerekmiştir.

Tezde sıklıkla kullanılacak olan internet terimlerinin bilinmemesi, konunun sağlıklı olarak anlaşılabilmesi tehlikesini doğuracaktı. Bu bağlamda ikinci bölümde ilk olarak çalışmada geçen internet kavramlarına yer verilmiştir. Ardından, yine konunun daha iyi anlaşılabilmesi amacıyla, günümüzde umuma iletim hakkının ihlalinde sıklıkla kullanılan yöntemler örneklenmiş ve bunların altyapısını oluşturan teknoloji kısaca ele alınmıştır.

Üçüncü bölümde FSEK. m. 25’de düzenlenen ve mali bir hak olan umuma iletim hakkının internet ortamında müzik eserlerinin sunumu yoluyla ihlali konusu incelenmiştir. Bunun için ilk olarak, internet ortamında müzik eserlerinin sunumunun niçin umuma iletim hakkını ilgilendirdiği sorusuna FSEK’de düzenlenen diğer bazı mali haklar ile mukayeseli olarak cevap aranmıştır. Bunu, umuma iletim hakkının bizzat kendisinin incelenmesi takip etmiştir. Bu bölümde son olarak ise, müzik eserlerinin internet ortamında sunumunun hangi hallerde umuma iletim hakkını ihlal niteliği taşıdığı üzerinde durulmuştur.

Dördüncü bölüm, umuma iletim hakkına yönelik bir ihlalin veya ihlal tehlikesinin söz konusu olduğu durumlarda açılacak davalara ayrılmıştır. Bu kapsamda, açılacak hukuk ve ceza davaları ile FSEK.’in öngördüğü diğer bazı tedbirler ayrıntıya girilmeksizin incelenmiş; konunun cezai boyutundan ziyade hukuki boyutu üzerinde durulmuştur. Bölümün “Davalılar” başlığı altında, umuma iletim hakkının ihlali durumunda hukuki sorumluluğu gündeme gelebilecek kişiler ayrı ayrı ele alınmıştır.

2004 yılında FSEK.’e dahil edilen FSEK. Ek. m. 4/ f. 3 hükmü ile internet ortamında gerçekleşecek ihlalleri engellemeye yönelik bir başvuru usulü öngörülmüştür. Tezin beşinci bölümü bu usulün açıklanmasına ve bu usule yönelik eleştirilere ayrılmıştır.

Son olarak ise, çalışma konumuza dair değerlendirmelerimizin toplamı olarak vardığımız sonuçlar ele alınmıştır.

I. ESER VE MÜZİK ESERLERİ

A. Genel Olarak

Müzik alanındaki fikri haklara yönelik yoğun ve sürekli tecavüz, konunun ayrıntılı bir hukuki zemine oturtulması ihtiyacını doğurmuştur. Bu ihtiyacı karşılamaya yönelik olarak iç hukukumuzda birçok hukuki düzenleme bulunduğu görülecektir. Bu düzenlemeler içinde söz konusu ihtiyaca cevap veren temel mevzuat ise, 5846 sayılı “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu”dur¹.

Müzik eserleri, FSEK.’in “*Musiki Eserleri*” başlığını taşıyan 3. maddesinde tanımlanmıştır. Tanıma göre müzik eserleri, “*her nevi sözlü ve sözsüz bestelerdir.*” Ancak bu kısa tanımlama, bir müzik eserinin belirleyici özelliklerini, yani bir müzik eserinin taşınması gereken unsurları açıklığa kavuşturmamaktadır. Bu yönüyle FSEK. m. 3 hükmü, ilk bakışta sadece müzik eserlerinin bir “eser çeşidi” olduğuna işaret eden² ve müzik alanındaki bir fikri ürünün yahut internet ortamında birçok biçimde karşımıza çıkan seslerin, temel mevzuat olan FSEK. himayesinden yararlanma imkanı verip vermeyeceği noktasında bir açıklık getirmeyen yetersiz bir madde görünümündedir.

Şu halde, müzik alanında meydana getirilen bir fikri ürünün, bir “müzik eseri” sayılıp FSEK. kapsamında himaye görmesini sağlamak amacıyla ayrı bir araştırmanın yapılması gerekmektedir. İşte tam bu noktada FSEK. m. 1/ B, b.(a) hükmünün -öncelikle- ele alınması icap eder.

¹ Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, 7981 sayılı 31.12.1951 tarihli Resmi Gazete ile yürürlüğe girmiştir. Kanunun bazı hükümleri, 2936 sayılı kanunla (RG. 3.11.1983 T., 18210 S.); 4110 sayılı kanunla (RG.7.6.1995 T., 22306 S.); 4630 sayılı kanunla (RG. 3.3.2001 T. 24355 S.) değiştirilmiştir. Kanundaki son değişiklik ise 3.3.2004 tarihinde 5101 sayılı kanunla yapılmıştır.

² FSEK. m. 3 uyarınca “*Musiki eserleri, her nevi sözlü ve sözsüz bestelerdir.*” FSEK. sistematigi içinde bu tanım, “*Fikir ve Sanat Eserlerinin Çeşitleri*” üst başlığı altında yer almakta, böylece basit bir şekilde, müzik eserlerinin FSEK. kapsamında bir eser çeşidi olduğuna işaret edilmektedir.

FSEK. m. 1/ B, b. (a) hükmü, FSEK. kapsamında hukuken korunabilecek bir “eser”in hem tanımını yapmakta, hem de böyle bir eserin taşınması gereken unsurları ortaya koymaktadır. “Müzik eserleri” de, FSEK. kapsamında bir eser çeşidi olarak kabul edildiğine göre, internet ortamında bulunan bir fikri ürünün müzik eseri olarak kabul edilebilmesi için anılan maddede yer alan unsurları taşınması bir mecburiyettir.³

Bu bahisle çalışmamızda öncelikle, FSEK. kapsamında değerlendirilebilecek bir “eser”de bulunması gereken genel unsurlara yer verilmiştir. Ancak bu inceleme yapıldıktan sonra daha özel bir inceleme olarak, “müzik eserleri” ele alınmıştır.

B. Eser Kavramı

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun bütünü ele alındığında, ilgili hak sahiplerinin mali ve manevi haklarının korunabilmesi amacıyla üçüncü kişilere yönelik kısıtlama ve yasakların düzenlendiği görülecektir. Söz konusu kısıtlama ve yasalara aykırı fiilde bulunan kişilere karşı FSEK., maddi ve/veya manevi tazminat, ağır para cezası ve hapis cezası gibi bir çok hukuki ve cezai müeyyide öngörmektedir. Ancak bu müeyyidelerin, hiçbir özelliği bulunmayan her bir fikri emek ürününü korumak amacıyla devreye sokulacak olması hem haksızlıklara yol açacaktır, hem de gereksizdir. Üstelik böyle bir uygulama maddi olarak da mümkün gözükmemektedir⁴. Koruma, ortaya konan her bir fikri emek ürünü için değil, ancak belirli niteliklere sahip ürünler için sağlanmalıdır. Bu bakımdan FSEK., sadece kendi verdiği “eser” tanımını kapsamında değerlendirilebilecek fikri ürünleri ve bu ürünler üzerindeki hakları koruması altına almıştır.

³ Yargıtay kararları açıkça bu duruma işaret etmektedir. FSEK.’nin somut olayda uygulanabilmesi için öncelikle ihtilaf konusu fikri ürünün, FSEK. kapsamında “eser” olarak nitelendirilebilmesi gerekmektedir. Bu husus mahkemece re’sen araştırılır. Bkz. 11. HD. 9.3.1993 T., 1992-7108 E., 1993-1621 K. (Gürsel Üstün, **Fikri Hukukla İlgili Bilirkişi Raporları I**, İstanbul, 2001, s. 4); 4. HD. 1.1.1997 T., 1976/5913 E. , 1977/7617 K. (Senai Olgaç, **Fikir Hakları ve Yayın Sözleşmeleri**, Ankara 1979, s. 99).

⁴ Ernst E. Hirsch, **Hukuki Bakımdan Fikri Say, C. II, Fikri Haklar (Telif Hukuku)**, İstanbul, 1943, s. 12-13; Şafak N. Erel, **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, Yenilenmiş 2. Bası, Ankara, İmaj Yayınevi, 1998, s.32.

Bir fikri emek ürününün “eser” olarak nitelendirilebilmesi açısından Hirsch⁵, o fikri ürünün *iktisaden değerlendirmeye elverişli olması* gerektiğini kabul etmektedir.⁶ Yani, bir fikri ürün çoğaltılarak, devredilerek yahut sair suretlerle somut bir eşya gibi kamunun istifadesine sunulduğu, bu şekilde iktisadi yararlanmaya elverişli kılındığı takdirde bir eser sayılabilecek ve hukuki koruma altına alınabilecektir⁷.

Bir fikri ürünün “eser” olarak kabul edilebilmesi ve bu sayede FSEK. kapsamında hukuken korunabilmesi için tabiidir ki bu fikri ürünün düşünce aleminden çıkıp dış dünyada kavranabilir somut bir hal alması gerekmektedir⁸. Zira, sadece düşüncede kalan bir fikrin ne ispatı ve ne de hukuken himayesi mümkündür. Öte yandan bir fikri ürünün eser olarak nitelendirilmesinde iktisadi-mali menfaatlerin baz alınması kabul edilemeyecek bir düşünce tarzıdır⁹. Fikri haklar sadece iktisadi-mali menfaatleri değil, eser sahibinin manevi, şahsi menfaatlerini de korumakta ve eser niteliği, fikri ürünün yayımlanarak ticarete konmasına ve hatta kamuya sunulmasına dahi muhtaç olmaksızın, sırf yaratma olgusu ile kazanılabilmektedir¹⁰. Şayet *iktisaden*

⁵ Hirsch, **a.g.e.**, s.11-13.

⁶ Yargıtay’ın , Hirsch’den esinlendiği görülmektedir. “ *Bir eserin yasa karşısında (FSEK.) eser niteliği kazanabilmesi için iki unsur gereklidir. Birincisi objektif unsur ki, yasa bunu mahsul (ürün) olarak belirtmiştir. Buna göre eser, evvela temellüke, tasarrufa elverişli bir maddi varlık olarak var olmalıdır.*” Y. 4. HD. 1.7.1977 T., 1976-5913E., 1977-7617K. (Cahit Suluk / Ali Orhan, **Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku: Genel Esaslar, Fikir ve Sanat Eserleri** , C.II, İstanbul, Arıkan, 2005, s.134-138 .).

⁷ Hirsch, **a.g.e.**, s.11-12.

⁸ Bir beste yahut güfte yapılacağına dair fikrin bizzat kendisi, bir müzik eseri olarak kabul edilemez. Bu fikrin beste yahut güfte olarak dış dünyada algılanabilir bir şekil alması gerekir. Bu konuda bkz. Halil Arslanlı, **Fikri Hukuk Dersleri II: Fikir ve Sanat Eserleri**, İstanbul, 1954, s.2-3; Ünal Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Güncelleştirilmiş ve Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul, Beta, 2004, N.11, s. 101; Suluk, Orhan, **a.g.e.**, s.119 .

⁹ Erel, **a.g.e.**, s.32-33, Yasemin Baysal, “Mukayeseli Hukuk ve Uluslararası Sözleşmeler Işığında Türk Hukuk Sisteminde Eser Sahibi ve Telif Hakları”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, 1999, s.48

¹⁰ Erel, **a.g.e.**, s.32-33. Ateş’in görüşleri de bu noktada dikkate değerdir. Hukuk düzeni fikri hakkın doğumunu, eserin vücuda getirilmesi şartına bağlamıştır. Buna “Yaratma Gerçeği İlkesi” denilmektedir. FSEK. m. 8/ f. 1 uyarınca bir eserin sahibi onu meydana getiren kişidir. Eser olmanın yanında belirtilen özelliklerini taşıyan her ürün, meydana getirilir getirilmez fikri hakkın konusu olur. Kamuya açıklanmamış bir eser, eser sahibinin mahremiyet alanında bir değer olarak nitelendirilse de, bu durum o ürünün eser olarak nitelendirilmemesini gerektirmez. Eser, kamuya açıklanması ile birlikte üçüncü kişilerin de yararlanmasına açık hale gelir. FSEK. m. 7 bağlamında alenileşme ve yayım, bu bakımdan sadece eserin kamuya sunulmasının araçlarıdır. Bunlar, eser vasfının kazanılmasında bir kriter olarak kabul edilemez. Mustafa Ateş, “Fikir ve Sanat Eserlerinin Kamuya Sunulması: Alenileşmemiş ve

değerlendirmeye elverişli olma kriteri kabul edilecek olursa, iktisadi bakımdan yararlanmaya elverişli olmayan bir fikri ürün, “eser” olarak korunamayacaktır. Örneğin, bir bestecinin gitarla beste yapması halinde, söz konusu beste çoğaltılarak satışa sunulmadığı, bu yolla kamuya sunulmadığı gerekçeleriyle eser vasfını kazanamayacaktır ki bunun kabulü kanaatimizce mümkün değildir.¹¹ FSEK. uyarınca eser olmanın unsurlarını taşıması şartıyla, yaratma olgusu ile bir fikri ürün eser vasfını kazanabilecektir¹². Bu bağlamda doğaçlama meydana getirilen¹³ ve iktisaden değerlendirilmeyen ürünlerin dahi eser vasfını haiz olduğu kabul edilebilir.

Nitekim kanun koyucu da eseri tanımlayan FSEK. m.1/B., b. (a) hükmünde, çok yerinde olarak, *iktisaden değerlendirmeye elverişli olma* kriterini bir unsur olarak benimsememiştir.

FSEK. kapsamında *eser*, kanunun “Tanımlar” başlıklı 1/B maddesinin (a) bendinde tarif edilmiştir. Tarif uyarınca eser, “*sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat*¹⁴, *musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri*”dir.

Yayınlanmamış Eserler Fikri Hukuka Göre Korunamaz mı?”, **BATIDER**, C. XXIII., S. 3, Haziran 2006, s. 37.

¹¹ Bir açıdan bakıldığında Hirsch’in, düşünce alemindeki fikirlerin dış dünyaya yansımaları, bu fikirlerin somut olarak algılanabilmesi -bu sayede eser sayılarak hukuken korunabilmesi- açısından “objektif şart”ı bir yol olarak kabul ettiği düşünülebilir. Ancak bu şekilde düşünülse dahi, yine bu görüşün kabulü mümkün değildir. Çünkü objektif şartta, fikrin somuta dökülmesini sağlayacak araçlar yanlış saptanmıştır. Zira objektif şartta, fikrin somuta dökülmesinde, bu fikrin bir eşya gibi vücuda getirildikten sonra ortaya çıkan ürünün *uygulanması ve/yazı kamunun yararlanmasına sunulması* şartı aranmaktadır. Örneğin bir kişi bir güfte yapma fikrine sahip olduğunda, bu fikir tek başına eser olarak nitelenemeyecektir. Bu doğrudur. Ancak bu fikrin dış dünyada algılanabilir bir hal almasında objektif şart uyarınca, güftenin yazılı hale getirildiği evrakın kamuya sunulması gerekmektedir. Bu ise, *iktisaden değerlendirilmemesi bile, kamuya sunulmayan* fikri emek ürünlerinin “eser” vasfını kazanmasını engelleyecek, günümüz fikir ve sanat eserleri hukuku ile bağdaştırılmayacak bir düşüncedir kanaatimizce. Bkz. Hirsch, **a.g.e.**, s.11 vd.

¹² Ateş, **Eserler**, s. 37.

¹³ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 115, N.44.

¹⁴ Tekinalp, -yerinde olarak- tanımda yer alan “fikir ve sanat mahsulleri” ibaresinin hatalı kullanımına dikkat çekmektedir. Bir eserin aynı anda hem “fikir eseri” olması, hem de “sanat eseri” olması her zaman beklenemez. Tanımda hatalı olarak “veya” bağlacı yerine “ve” kullanılmıştır. Ancak bu durum, tanımdaki şartları taşıyan bir fikri ürünün sadece fikir eseri yahut sadece sanat eseri sayılmasına engel teşkil etmeyecektir. Tekinalp, **a.g.e.**, N.3, s.97.

Madde ayrıştırılarak incelendiğinde, bir fikri ürünün FSEK. kapsamında eser olarak nitelendirilebilmesi bakımından iki¹⁵ unsurun varlığının arandığı görülecektir. Buna göre FSEK. kapsamında bir eserden bahsedebilmek için “eser”, şu iki unsuru taşımalıdır:

- Eser, sahibinin hususiyetini taşımalı (Esasa İlişkin Unsur) ve
- Eser, FSEK.’de sayılan eser kategorilerinden birine dahil olmalıdır (Şekle İlişkin Unsur).

Anılan unsurların, somut olayda bir arada bulunması gerekmektedir. Keza her iki unsur da bir fikir ürününün, FSEK. kapsamında “eser” sayılabilmesi bakımından zaruri unsurlardır. Unsurların mevcudiyeti, davada ileri sürülmemiş olsa dahi, hakim tarafından re’sen nazara alınacaktır¹⁶.

1. Esasa İlişkin Unsur: Eserin, Sahibinin Hususiyetini Taşımaması

FSEK. m. 1/B, b (a) hükmü gereğince bir eser, sahibinin hususiyetini taşımalıdır. Ancak anılan madde hükmünden, “hususiyet” kavramından ne anlaşılması gerektiği net olarak anlaşılammamaktadır. Bu noktada “hususiyet” kavramının içeriğini doldurmak doktrin ve yargıya düşmektedir.

¹⁵ Doktrinde, FSEK. m.1/B, b. (a) hükmünde aranan bu iki unsur yanında ayrıca iki unsurun daha benimsendiği görülecektir. Buna göre bir eser, ayrıca “fikri bir çabanın ürünü olmak” ve “ sahibinin hususiyetini yansıtabilecek düzeyde şekillenmiş olmak” şartlarını da taşımalıdır. Tekinalp, **a.g.e.**, N.2, s. 97.

FSEK. m. 1/B, b. (a) hükmünde düzenlenen unsurlara ek olarak bu iki unsurun ayrı iki başlık altında ele alınması, kanaatimizde şart değildir. Zira aranan ek unsurlar, FSEK. m. 1/B, b. (a) hükmünde anılan unsurların zorunlu sonuçlarıdır. Şöyle ki, zaten bir eserin, sahibinin hususiyetini taşıyabilmesi (*Esasa İlişkin Şartın* gerçekleşmesi) için o eserin, sahibinin fikri bir çabası sonucunda meydana gelmiş ve sahibinin hususiyetini yansıtabilecek düzeyde şekillenmiş, yani somut bir varlığının olması gerekir. (Aynı görüşte, Suluk-Orhan, **a.g.e.**, s. 141-142) Ayrıca, *FSEK.’de sayılan eser kategorilerinden birine dahil olma* özelliğini taşıyan (şekle ilişkin şartı gerçekleştiren) bir fikri ürün zaten şekillenmiş, somut bir varlık kazanmış demektir.

¹⁶ 4. HD. 1.7.1977 T., 1976-5913E., 1977-7617K. (Suluk-Orhan, **a.g.e.**, s.134-138)

Doktrinde Hirsch ve Ayiter, “hususiyet” kavramını oldukça dar bir yorumla açıklığa kavuşturmuştur. Hirsch’e¹⁷ göre “ *herkes tarafından vücuda getirilemeyecek eserlerin*” sahibinin hususiyetini taşıdığından bahsedilebilecektir. Zira yazara göre eser, sadece yaratıcı bir fikri çalışmanın neticesi olabilir. Şayet bir fikri ürün herkes tarafından vücuda getirilebilir nitelikteyse, o fikri ürün için hususiyetten bahsetmeye imkan yoktur. Bu itibarla alelade bir fikir ürününü eser olarak nitelendirmeye ne imkan vardır, ne de bu tür fikir ürünlerini hukuken korumak kamunun yararına¹⁸.

Ayiter¹⁹ de, Hirsch’e yakın bir görüşle, eserin herkes tarafından vücuda getirilemeyeceğini savunmakta ve eser sahibinin “yaratıcılığı”nın önemine vurgu yapmaktadır. Yazara göre hususiyet, “ *var olandan başka olan* ” ya da “ *tek olan* ” bir eserin vücuda getirilebilmesi halinde söz konusu olacaktır.

Diğer bir görüşte²⁰ ise eserin, sahibinin hususiyetini taşıması bakımından esas alınan kriter, fikri ürünün “ *orijinalliğe* ” sahip olmasıdır. Bir fikir ürününün eser sayılabilemesinin en önemli şartı, ürünün onu vücuda getiren kimsenin orijinalliğine sahip olmasıdır. Orijinalliğin tespitinde ise bir takım dayanak noktaları bulunmaktadır. Bir eserin orijinalliği “düşüncede” yahut “şekilde” belirir. Söz konusu dayanak noktaları ile bir eserin orijinal olup olmadığı araştırılırken ise, çeşitli eser kategorileri arasındaki farklara dikkat edilmesi gerekmektedir. Örneğin, bir güzel sanat eseri söz konusu ise, orijinallik, şekilde belirecektir; bir bilim veya edebiyat eserinde ise orijinallik fikirde kendini gösterecektir.

Şimdiye değin izah etmeye çalıştığımız üç görüşte, “hususiyet” kavramının oldukça dar bir yoruma tabi tutulduğu açıkça görülecektir. Bir fikri ürüne eser vasfını

¹⁷ Hirsch, **a.g.e.**, s.12

¹⁸ Aslında yazar, bu görüşü ile başyapıt sayılabilecek şaheserleri kastetmemektedir. Hirsch, basit bir şekilde herkes tarafından rahatlıkla vücuda getirilebilecek fikir ürünler ile, kapsamlı ve özenli bir çalışma ile çaba sarf edilerek vücuda getirilmiş nitelikli eserler arasında bir fark bulunması gerektiğini savunmaktadır. Zira yazara göre, “yaratıcı bir fikri çalışma ürünü olmayan”, alelade bir fikri ürüne (melodi, fotoğraf, mektup...) eser vasfı tanınmanın ve bu sonuca bağlı olarak kanunen üçüncü şahısların özgürlük alanını kısıtlamanın lüzumu bulunmamaktadır. Bkz. Hirsch, **a.g.e.**, s. 12

¹⁹ Nuşin Ayiter, **Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri**, Ankara, 1981, s.44

²⁰ Duygun Yarsuvat, **Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları**, 2. Bası, İstanbul, 1984, s.52-53

tanıyabilmek açısından, bu şekilde ağır şartların aranıyor olması eleştirilmiş ve doktrinde “hususiyet” kavramının geniş bir yorumla açıklanması gerektiğini savunan şu görüşler ileri sürülmüştür:

Arslanlı’ya²¹ göre, yaratıcı bir fikri çalışma ve hayal ürünü eserlere günlük hayatta çok sık rastlanmamaktadır. Bir fikri ürünün, mutlaka yukarıdaki görüşlerde aranan nitelikleri taşıyor olması halinde eser olarak nitelendirilebileceğini kabul etmek, sadece “şaheser” sayılabilecek fikri ürünlerin hukuken korunması manasına gelecektir. Oysa ki bir eserde hususiyet, muhtelif nitelik ve derecelerde olabilecektir. Bu sebeple yazara göre hususiyet kavramını dar yorumlayarak yalnızca sahibinin özelliklerini yüksek düzeyde taşıyan fikri ürünleri eser olarak korumak doğru olmayacaktır. Arslanlı’nın bu noktada ileri sürdüğü görüş, “*Nispi İstiklal* “ görüşü olarak isimlendirilir. Buna göre, bir eserin mutlak suretle diğerlerden bağımsız olması, tamamıyla yeni bir eser olması gerekmektedir²². Bir eser vücuda getirilirken diğer eserlerden yararlanılmış olması pek doğaldır. Bu noktada belirleyici olan, *vücuda getirilen eserin nispeten diğer eser(ler)den bağımsız olmasıdır*. Yani başka bir eserin kopyası olmayan, fark edilebilir bir düzeyde diğer eserin taklidi niteliğini taşımayan eserlerin sahibinin hususiyetini taşıdığından bahsedilebilecektir.

Erel²³ ise, “hususiyet” kavramına ilişkin olarak bahsettiğimiz bütün görüşleri birleştiren bir görüş ileri sürmektedir. Ateş’in²⁴ de paylaştığı bu görüş gereğince, bir eserin sahibinin hususiyetini taşıyor sayılabilmesi için “*bağımsız bir fikri çalışmanın ürünü olması ve böylece sahibinin yaratıcı gücünün özelliğini yansıtabilmesi gerekir*.” Yazara göre “yaratıcılıktan” anlaşılması gereken şey ise, “*var olandan başkasını meydana getirmek*”tir²⁵. Ancak yazar bunu belirttiikten hemen sonra, “yaratıcılık” ve “bağımsızlık” kavramlarının katı bir şekilde anlaşılamayacağına vurgu yapmaktadır.

²¹ Arslanlı, a.g.e., s. 6-7.

²² Yazar ayrıca şu ayırıma işaret etmektedir. Patent hukukunda, bir buluşun korunabilmesi için “yeni olması”, “mevcut teknik seviyeye nazaran ileri bir tekniği içermesi” gerekmektedir. Oysa eserler için böyle bir şart kanunda yer almamakta, bu tür bir özellik bu sebeple eserlerde aranmayacaktır. Arslanlı, a.g.e., s. 6. Aynı görüş için bkz. Erel, a.g.e., s. 34 .

²³ Erel, a.g.e., s.33-34

²⁴ Mustafa Ateş, **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması**, Ankara, Seçkin, 2003, s. 59

²⁵ Erel, burada Ayıter’in kriterini kullanmamaktadır. Bkz. Ayıter, a.g.e., s.44.

Zira yazara göre, gaspa yahut intihale varmamak şartıyla, diğer eserlerden istifade edilmesi her zaman mümkündür ve gereklidir²⁶. Zira bu husus, kültürel birikimin zorunlu bir eylemidir.

Tekinalp²⁷, “hususiyet” kavramını kendine özgü bir şekilde izah etmektedir. Yazara göre hususiyet, kendini “*üslûpta / anlatımda*²⁸” gösterir. Her eserin veya eser sahibinin bir üslubu vardır. Üslûp, eser sahibinin bilgi birikimini, kişiliğini, yaratıcılığını yansıtır. Eser ile sahibi arasındaki bağı ve bu bağ ile diğerleri arasındaki farkı ortaya koyar.

Tekinalp’in *üslûp görüşü* yardımıyla, hususiyet kavramı dar bir bakış açısından kurtulmaktadır²⁹. Keza bir fikri ürün, çok da nitelikli/ özellikli olmasa, üzerinde kapsamlı yoğun bir çalışma yapılmasa, beğenilmese ve hatta nefret dahi ediliyor olsa³⁰

²⁶ Erel’in bu hususta Arslanlı’dan etkilendiği görülecektir. Bkz. Arslanlı, **a.g.e.**, s. 7

²⁷ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 99-100, N.7

²⁸ “*anlatım sanatsal kişiliği, yaratıcılığı yansıtır, sahibinin mührüdür. Başka bir deyişle, her üslûp sahibinin yaratıcılığı içerir....Anlatım kavramı sadece hikaye, roman , şiir ve bilimsel eser için kullanılmaz. Bir mimari eserin, filmin, piyesin, dansın, suluboya ve yağlıboya tablonun, fotoğrafın, karikatürün, tiptemenin, heykelin, bilgisayar programının da “anlatımı” vardır. Çoğu kez “filmin dilinden”, “dansın dilinden”, “binanın, hikayenin üslubundan” bahsedilir. Hemen hemen her eserin veya eser sahibinin bir anlatımı, üslubu, dili vardır. Onun için anlatım, üslûp, dil bütün eser gruplarını kapsar.*” Tekinalp, **a.g.e.**, s. 99, N.7’den naklen

²⁹ “*“Hususiyet”in geniş anlamda “anlatım/üslûp” olduğunu belirttikten sonra bu bağlamda anlatımın “orijinal” olmasının eserin tanımlanması için koşul yapılamayacağını belirtmek isterim, Orijinalliğe sahip olanların “eser” vasfından tereddüt edilemez. Ancak, “eser”i korumak için “orijinallik” veya “eser sahibine özgü olma” niteliği aranacak olursa, korunan eserlerin kapsamı oldukça daralacaktır. “özgü olma” ustalar ve başyapılara hastır. “Hususiyet” bu kadar dar bir alana inhisar ettirilmemelidir.*” Tekinalp, **a.g.e.**, s. 100, N.8’den naklen.

³⁰ “*...Ahlaka aykırılık bilindiği gibi izafidir. Bir insana göre sıradan olan bir diğer insana göre özellikli görülebilir... Buradaki kıstas hiçbir biçimde siyasi yada dini unsurlara dayalı değildir...Gerçekten, hukuki alanda işlem ve sözleşmelerin ahlaka aykırı olmaması gerekir. (BK.19-20) Kamu düzeni mülahazası ile ahlaka aykırılık; bir akdin mutlak butlanla batıl olmasını, başka bir ifade ile geçersiz olmasını sağlar. Yine Borçlar Kanununun 65. maddesine göre, ahlaki olmayan bir amaç için verilen şey geriye istenemez. Bu talep hukuki himaye görmez... Keza, (Eski)Türk Ceza Kanununun 426 ve 427. maddelerine göre, genel ahlaka aykırı kitap ve eserleri neşredenler hakkında para cezası ve eserin toplatılması ön görülmüştür. Bunun gibi, Basın Kanununun Ek madde 1 hükmüne göre de genel ahlaka aykırı olan basılmış eserlerin toplatılması ve dağıtımının engellenmesi düzenlenmiştir. Tüm bunlara rağmen, fikri unsura dayalı ve sahibinin hususiyetlerini dışı vuran bir eserin her ne gerekçe ile olursa olsun, ahlak dışı sayılmasına hukukun izin vermemesi gerekir. Bir eser toplum nezdinde ahlak dışı olarak algılanıyor ise, zaten toplum tarafından kendiliğinden dışlanır ve yok olur. Onun bir takım hukuki kurullarla doğrudan yasaklanması hatta cezaya çarptırılması, sanatın ve sanatçının gelişimine engel olacağı gibi, sanatı bilmek zorunda olmayan mahkemelerin de istemeden bir eseri ahlaksız sayıp, yok etmesine de neden olabilir... O halde, ahlaka aykırı bile sayılsa eserin Fikir ve sanat eserleri kapsamında korunması mümkündür. Esasen Fikir ve sanat eserleri yasasında eserin ahlaka aykırılığı ile ilgili tek bir hüküm, tek bir cümle mevcut değildir. Aksi düşüncenin kabul görmesi durumunda,*

eser vasfını kazanabilecektir. Çünkü bu tür eserlerde dahi sahibinin üslubunu, dolayısıyla hususiyetini görebilmek mümkündür. Üslûp sayesinde eser bireysellik ve öznellik kazanmaktadır. Yine yazara göre üslûp, eser türlerine göre farklı biçimlerde kendini göstermektedir. Her eser türünün kendine özgü özellikleri bulunduğundan, bütün eser türleri için üslûp bakımından tek bir ölçüt verilemeyecektir. Ancak eser sahibinin üslubu – yani hususiyeti- her bir eser türünde ve her bir eser türü içindeki unsurlarda (örneğin tonlamada, yorumlayışta, fırça darbelerinde, noktalamada, ...) farklı bir biçimde kendini gösterecektir.³¹

Şahsi görüşümüzü belirtmek gerekirse, biz de Tekinalp'in "üslûp" görüşünü benimsemekteyiz. Hususiyet kavramından "var olandan başka olmak", "tek olmak" yahut "orijinal olmak" gibi bir anlam çıkartılmasının tabii sonucu, hukuken korunan eser kapsamını gereğinden fazla daraltmak olacaktır. Böyle bir sonuç, FSEK.'i uygulanamaz hale getirir; günümüz fikri hukuk anlayışına da aykırıdır. Kanun koyucu bu gibi bir anlayışla bir fikri ürünü "eser" olarak tanımlamak ve korumak isteseydi, FSEK. bu şekilde kaleme alınırdı. Nitekim Pat. Hk. KHK.'de "yenilik" unsuru açık bir şekilde düzenlenmiştir³². Buna karşın, FSEK.'da böyle bir düzenlemeye rastlamak mümkün değildir.

Başka bir açıdan konu ele alınırsa, "herkes tarafından vücuda getirilemeyecek" fikri ürünlerin, "eser" olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmak da sağlıklı gözükmemektedir. Örnek üzerinden konuyu izah etmek gerekirse, bir bestenin yalnızca *flamenko* tarzına uygun olarak yapılabileceğini kabul ettiğimizde, klasik

kendine göre ahlaka uygun bulmadığı bir eseri bozan, kıran döken Fikir ve Sanat eserleri kapsamında yaptırma uğratılamayacaktır ki bunu kabul etmek olası değildir... Kişisel anlayışa dayalı olarak eser ahlaka uygun bulunmasa bile Fikir ve Sanat eserleri yasasının korumasından mahrum bırakılamaz." Mehmet Saim Tikici, "Eser Ahlaka Uygun Sayılmasa Bile Fikir ve Sanat Eserleri Yasasına Göre Korunmalıdır", (Çevrimiçi), <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=386>'dan naklen, 13.02.2006.

³¹ Genç de Tekinalp'in "üslûp" görüşünü paylaşmaktadır. Bkz. Arzu Genç, "Sinema ve Müzik Eserleri Açısından 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu İle 3257 Sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu'nun Karşılaştırılması", **Bilgi Toplumunda Hukuk, Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan**, C.II, İstanbul, Beta, 2003, s. 252.

³² Pat. Hk. KHK. m. 5 hükmü gereğince, bir buluşa patent verilerek hukuken korunabilmesi için o buluşun "yeni" ve "teknik bilinen durumunu aşan" bir buluş olması gerekmektedir. Mevcut bir buluşun aynıysa nitelenebilecek bir buluşun hukuken korunması bu yolla açıkça yasaklanmıştır. Ayrıca, özellikle bakınız Pat. Hk. KHK. m. 6, b. (a,b,c,d.)

gitarla yapılacak besteleri, gitar üzerinde kusursuz bir hakimiyete sahip bestecilerin tekeline bırakmış oluruz. Bu tarza uygun olarak nitelikli bir eser meydana getiriliyor denilebilse de, bütün bestecilerin bu zor tarzda beste yapması beklenemeyecektir. Oysa gitarla yapılacak besteleri bu zor tarzın tekelinden kurtarırsak, çok daha fazla sayıda kişi müzik alanında eser verebilecektir. Bunun ise, kültürel mirasın zenginleşmesine ve çeşitlenmesine katkıda bulunacağı şüphesizdir. Eserlerin ancak titizlikle yürütülen yoğun bir çalışma, geniş bilgi birikimi ve beceriyle vücuda getirilebileceğini, kısacası herkes tarafından rahatlıkla vücuda getirilemeyeceğini belirtmek, “hususiyeti” tanımlamak olamaz. Böyle bir tanımlama kabul edildiğinde, karmaşık ve zor ölçüleri kullanmaksızın, basit bir şekilde duygu ve düşüncelerini ifade eden kişilerin fikri emek ürünlerini “eser” olarak korumamak gerekir. Burada hususiyeti belirleyen kriter “üslûp”tur. Herkes bir fikri ürüne hayat verebilir; eser sahiplerinin üslubu ise, kendi eserlerini diğerlerinden ayıracaktır.

Diğer taraftan hemen şu hususu vurgulamakta fayda vardır: Savunduğumuz görüşten, her türlü fikri ürüne eser vasfını kazandırma gayesini güttüğümüz sonucu çıkartılmalıdır. Biz, eser tanımının çok ağır şartlara tabi tutulmasına karşıyız. Böyle bir anlayış eser üretimi azaltacak ve haksızlıklara yol açacaktır. Yoksa eser olarak nitelendirilebilecek bir fikri ürünün, pek tabidir ki hukuken korunmaya layık bir “düzeyi”³³ aşması lazımdır³⁴. Aksi takdirde, örneğin internet ortamında çok çeşitli biçimlerde açığa çıkartılan her bir sesi, müzik eseri olarak nitelendirmemiz gerekecektir. İnternet ortamında işitme duyusuna hitap eden her bir ses, hususiyet taşıyan bir fikri çabanın ürünü değildir. Ancak belirli bir düzeyi aşan, fikri bir çabanın ürünü yapıtlar, FSEK. anlamında “eser” olarak korunabilecektir³⁵. Söz konusu düzey, somut olaya ve eser kategorilerine göre değişiklik gösterecektir. Bu itibarla bir eserin

³³ Bkz. Tekinalp, **a.g.e.**, s. 100-1001, N. 8 ve 9.

³⁴ “*Yabancı mahkeme kararlarında da sıkça belirtildiği gibi, bir fikir ürününe telif hakkı korumasının sağlanıp sağlanmayacağı tespit edilirken, hakim, bir edebiyat yahut sanat eleştirmeni şeklinde davranmamalıdır. Bilimsel ve teknik gelişmeler nedeniyle, günümüzde bir fikir ürünün eser niteliğine sahip olup olmadığını tespit ederken güçlüklerle karşılaşan mahkemeler bu güçlüğü yenmek amacıyla “yaraticının az da olsa zihinsel bir çaba harcamasını” bir kıstas olarak kabul etmeye başlamışlardır. Belçika’da Temyiz Mahkemesi’nin 27 Nisan 1989 tarihinde verdiği bir karara göre bir fotoğrafçının, fotoğraf çekerken zihinsel bir çaba sarfetmesi (örneğin ışığın yada planın seçiminde) bu fotoğrafa koruma sağlanması açısından yeterlidir.*” Baysal, **a.g.e.**, s.51’den naklen.

³⁵ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 100, N.9; Erel, **a.g.e.**, s.34; Genç, **a.g.m.**, s.252

düzeyi, her somut olayda o eser türü bakımından uzman bilirkişiler tarafından³⁶, tamamen estetik, dini, siyasi, vs. kaygılardan uzak kahnarak, objektif verilerle tespit edilmelidir³⁷.

“ Hususiyet” kavramının açıklanmasında “üslûp” görüşünden yararlanıyor olması, eserlerin tespitinde sadece “şekle” önem verildiği anlamına gelmemektedir. Bu görüşte şekil kadar içerik de, eserin vasıflandırılmasında dikkate alınmaktadır³⁸. Somut olayın özelliklerine göre bazen *içerik*, bazen *şekil* ve bazen ise her ikisinin bütünü, hususiyetin belirlenmesinde etkili olabilir. Örneğin bir yazar, ölüm üzerine yazdığı şiirleri ile tanınıyor olabilir (içerik). Yahut bir ressam, çok farklı temaları resmediyor olsa da, onu asıl ayıran özellik, her bir tabloda kullandığı birbiri içine geçmiş renkler olabilir (şekil); veyahut şekil ve içeriği birbirinden ayırmanın çok zor olduğu konumuzu oluşturan müzik eserleri alanında bir besteci, sürekli aşk temasını işlediği düşük ritimli romantik müziği ile üslubunu gösteriyor olabilir. Üslûp, sesler arasındaki bağıllık ve seslerin düzeninde, bazen melodide, bazen her ikisinde bulunabilir³⁹. Bu itibarla, hususiyet kavramının açıklığa kavuşturulmasında, içerik-şekil ayırımı yapılmasının bir önemi ve fonksiyonu bulunmamaktadır⁴⁰. Önemli ve fonksiyonel olan, eserde sahibinin üslûbunun görülebilir olmasıdır.

³⁶ 11. HD. 11.02.2002 T., 8275 E., 8839K. (Suluk-Orhan, **a.g.e.**, s.144-145)

³⁷ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 100, N.9. Benzer görüş için bkz. Genç, **a.g.m.**, s. 254. Bu noktada Ayiter ve Erel ise, kanaatimizce çelişkili bir görüş ileri sürmektedirler. Anılan yazarlara göre, bir eserde hususiyetin bulunup bulunmadığı hukuki-objektif verilere göre, şahsiliikten arı bir şekilde uzman bilirkişilerce tespit edilecektir. Söz konusu tespit yapılmasında, eser sahibinin zımnî veya açık irade açıklaması dikkate alınmayacaktır. Ancak yazarlar bu görüşle birlikte şu istisnayı saklı tutmaktadırlar: Bazı eserler olabilir ki, bu eserlerde hususiyetin tespitinde, eser sahibinin iradesi belirleyici olabilmektedir. Örneğin -klasik anlayıştan farklı olarak çağdaş akımlarının etkisinde vücuda getirilmiş-alt alta sıralanmış anlamsız kelime dizilerinin, şiir olarak bir edebî eser; rasgele tespit edilmiş seslerin, beste olarak bir müzik eseri; hurda malzemenin gelişigüzel birleştirilmesiyle oluşturulmuş bir yapıtın heykel olarak bir sanat eseri sayılabilmesi için, eser sahibinin bu ürünleri eser olarak vücuda getirmek isteyip istemediğine bakılacaktır. (Bkz. Ayiter, **a.g.e.**, s. 45; Erel,**a.g.e.**, s. 35.) Yazarlar, bu hususta bir karinenin varlığından bahsetmiş olsalar da, savundukları görüş kabul edilemez. Yazarların savunduğu görüşün aksini düşünmek, bu görüşü eleştirirken haklılığımızı ortaya koyacaktır. Şöyle ki; objektif verilere göre uzman bilirkişi vasıtasıyla “eser” olarak vasıflandırılmış bir fikri ürünün, sahibi tarafından bir eser vücuda getirmek iradesiyle oluşturulmadığı ileri sürüldüğünde, “eser” vasfını yitirmemesi gerekir.

³⁸ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 101, N.10.

³⁹ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 101, N. 10.

⁴⁰ Bugün yaygın kabul gören görüş de bu yöndedir. Bkz. Ayiter, **a.g.e.**, s. 42; Tekinalp, **a.g.e.**, s.101, N.10; Erel, **a.g.e.**, s. 36; Genç, **a.g.m.**, s. 253; Baysal, **a.g.e.**, s.51.

2. Şekle İlişkin Unsur: FSEK.'de Sayılan Eser Kategorilerinden Birine Dahil Olma

FSEK. m. 1/B, b.(a) hükmü gereğince bir fikri ürünün “eser” olarak tanımlanabilmesi için, fikri ürünün sahibinin hususiyeti taşımasından başka, FSEK.'de sayılan dört eser kategorisinden birine dahil olması da gerekmektedir. Kanunda sayılan eser kategorileri şunlardır:

- *İlim ve Edebiyat Eserleri* (FSEK. m. 2),
- *Müzik Eserleri* (FSEK. m. 3),
- *Güzel Sanat Eserleri* (FSEK. m. 4),
- *Sinema Eserleri* (FSEK. m. 5).

Türk Hukuk Sisteminde, yabancı hukuk sistemlerindeki aksine, eser kategorileri bakımından bir sınırlama⁴¹ söz konusudur. Zira bahsi geçen dört ana eser kategorisi bakımından **Numerus Clausus/ Sınırlı Sayı Prensibi** geçerlidir⁴². Kanun koyucunun pratik nedenlerle bu tarz bir düzenleme şeklini benimsemiş olduğu düşünülebilse de⁴³, öngörülen sistemin yerinde olduğu kesinlikle savunulamayacaktır. Eser kategorileri bakımından sınırlı sayı prensibinin benimsenmesi, hakim tarafından

⁴¹ Erel, Polonya, İtalyan, Fransız ve Alman kanunlarında, Türk Hukuk Sistemindekine benzer bir sınırlandırmanın bulunmadığını belirtmektedir. Erel'in anlatımıyla, bahsi geçen ülke kanunlarında eser, kanuni bir eser kategorisine dahil olma gibi bir şekli sınırlama bulunmaksızın korunmaktadır. Bu sistemlerde kasti olarak “eser” tanımının yapılmadığı görülecektir; sadece çok bilinen eser türleri birer örnek olarak sayılmıştır. Erel, **a.g.e.**, s. 37. Ayrıca bkz. Yarsuvat, **a.g.e.**, s.55; Baysal, **a.g.e.**, s.52.

⁴² Arslanlı, **a.g.e.**, s.11-12; Tekinalp, **a.g.e.**, s.106, N.25 ve 26; Erel, **a.g.e.**, s.36; Yarsuvat, **a.g.e.**, s.51 ve 54; Baysal, **a.g.e.**, s.52.

⁴³ Doktrinde bir kısım yazar, kanun koyucunun, kanun tekniğinden doğan pratik bazı düşüncelerle FSEK.'i bu şekilde düzenlemek zorunda kaldığına işaret etmektedir. Sayı ve çeşit bakımından çok fazla miktardaki eser sayılabilecek fikri ürünlerin her biri için ayrı bir düzenleme yapılması imkanı bulunmamaktadır. Bu sebeple nitelik ve ortaya çıkış şekilleri bakımından benzerlikleri bulunan fikri ürünlerin, bir eser kategorisi içinde toplanması mecburiyeti doğmuştur. Bu sayede mevcut eser kategorileri yardımı ile hakim, marka ve patent hukukuna tabi fikri ürünler ile eser olarak nitelendirilebilecek fikri ürünleri birbirinden ayırma imkanına sahip olacaktır. Eser kategorileri, hakimler açısından yol gösterici bir vazife görevi üstlenecektir. Bu görüşler için bkz. Erel, **a.g.e.**, s.37; Ateş, **a.g.e.**, s.61; Genç, **a.g.m.**, s.254.

bu kategorilerden birisi içinde değerlendirilemeyen bir fikri ürünün, eser olarak FSEK. kapsamında korunamaması sonucunu doğuracaktır. Duygu ve düşüncelerin gün ve gün farklı yöntemlerle açığa vurulduğu günümüzde böyle bir sonuca varılması kabul edilemez. Örneğin⁴⁴ resim, ses ve ışığın kompozisyonundan oluşan “ **Son Et Lumière**” yöntemi ile vücuda getirilen bir fikri ürün, FSEK sisteminde hangi eser kategorisine dahil edilebilecektir. Bu yöntemle vücuda getirilen bir fikri ürünü -tek başına- ne ilim ne edebiyat eserleri (FSEK. m. 2), ne müzik eserleri (FSEK. m. 3), ne de güzel sanat eserleri (FSEK. m. 4) kategorilerinden birine dahil etmek mümkün gözükmemektedir. Bu nitelikte bir fikri ürünün, FSEK.’de sayılan eser kategorilerinden birisi içine dahil edilemediği için “eser” olarak korunamayacak olması ise, FSEK.’nin amacına ters düşecektir⁴⁵.

C. Müzik Eseri Kavramı

“Müzik eseri” kavramından⁴⁶ tam olarak ne anlaşılması gerektiği hususunda, FSEK.’nin yeterli bir düzenlemeye sahip bulunmadığı ortadadır. Keza “musiki eserleri” başlığını taşıyan FSEK. m. 3 hükmü, sadece şu kısa ifadeden ibarettir: “*Musiki eserleri, her nevi sözlü ve sözsüz bestelerdir.*”

Anılan maddenin “müzik eserlerini” tanımlamadığı ortadadır. Madde sadece, müzik eserlerinin sözlü veya sözsüz bestelerden oluşacağını belirtmiştir. Doktrin ve yargı kararlarında tanımlandığı şekli ile ise müzik eserleri, “*bir düşünceyi, duyguyu sesle ifade eden ve duyma/işitme yolu ile algılanabilen fikir ürünleridir*”⁴⁷.

⁴⁴ Bkz. Yarsuvat, **a.g.e.**, s. 43.

⁴⁵ Erel, **a.g.e.**, s. 37-38; Yarsuvat, **a.g.e.**, s. 43.

⁴⁶ Müzik eserlerini incelemeye geçmeden evvel, konuya ilişkin temel bazı terimlerin karşılıklarını vermekte fayda görmekteyiz.

Melodi/ Ezgi: 1) Belli bir kurala göre çıkarılan ve kulakta haz uyandıran ses dizisi, nağme. 2) Kulağa hoş gelen ses veya söz dizisi.

Beste: Bir müzik eserini oluşturan ezgilerin bütünü.

Güfte: Müzik eserlerinin yazılı metni, şarkı sözü. (Bkz. **Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük**, (Çevrimiçi), <http://www.tdk.org.tr/TDKSOZLUK/SOZBUL.ASP?kelime=&submit1=ara> , 01.10.2005)

⁴⁷ Ayiter, **a.g.e.**, s.51; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 114-115, N. 43; Şafak N. Erel, “Fikri Hukukta Musiki ve Sinema Eserleri ve 3257 Sayılı “ Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu”nun İncelenmesi ve Tenkidi”, **YD.**, C.13, S.4, Ekim 1987, s. 535; Genç, **a.g.m.**, s. 255. Yargıtay’ın tanımlaması ile

FSEK. m. 3 hükmü gereğince sözlü veya sözsüz bestelerin müzik eseri olarak FSEK. kapsamında korunacağını belirttikten sonra, hemen şu hususun belirtilmesinde fayda görmekteyiz: Günümüzde besteler kadar, güfteler de birçok ihtilafın ortaya çıkmasında etkili olmaktadır. Gerçekten birçok somut olayda, güftelerin bir kısmının veya tamamının, eser sahibinin (güftecinin) izni -ve hatta haberi olmaksızın-kullanılması veya intihal vakaları ile karşılaşılma⁴⁸, internet ortamında besteler kadar güftelerin de sunulduğu görülmektedir. Bu gibi durumlarda güftenin FSEK. m. 3 hükmünün tanıdığı imkan dahilinde, bir müzik eseri olarak korunması mümkün olacaktır. Güftecinin bu noktada sahip olduğu diğer bir imkan ise, güftenin FSEK. m.2/ b. (1) hükmü kapsamında, dil ve yazı ile ifade edilen bir eser olarak himaye edilmesini sağlayabilmektedir⁴⁹.

FSEK. m. 3 hükmüne dair ilk bakışta dikkati çeken bir özellik, maddenin, eser kategorilerini düzenleyen FSEK.'in 2., 4. ve 5. maddelerinden farklı bir yapıda kaleme alınmış olmasıdır. Müzik eserlerini düzenleyen FSEK.'in 3. maddesinde, anılan diğer maddelerde olduğu gibi *raks, koreografi, fotoğraf, mimari maket, tezhip, gravür* vb. somut eser isimlerine yer verilmediği görülmektedir. FSEK. m. 3 hükmünün bu açıdan eksik olarak kaleme alındığı söylenemeyecektir⁵⁰. Zira FSEK. m. 1/ B, b. (a) hükmü gereğince, dört ana eser kategorisi bakımından sınırlı sayı prensibi geçerli olsa da⁵¹, eser kategorileri içinde böyle bir sınırlama mevcut değildir⁵². Diğer

müzik eserleri, “bir muhtevayı seslerle ifade eden, kulak vasıtasıyla istifade edilebilecek sanat eserleridir.” 7. YCD., 5.5.1988 T., 1987-20198 E./ 1988-5637 K. (YKD., C. 14, S.7, Temmuz 1988)

⁴⁸11. HD. 30.11.1998 T. , 6658E., 8391 K.; 11. 30.11.1998 T., 7260 E., 8392 K.; 11 HD. 24.09.1996 T., 5859 E., 6043 K. (Suluk-Orhan, **a.g.e.** , s. 185-188)

⁴⁹Müzik eseri sırf seslere, yani sözsüz bestelere ilişkinmiş gibi algılanmaya müsait olsa da, kanun koyucu edebi eser sayılan güfteleri de, besteye bağlantılı olduğu ölçüde müzik eseri olarak mütalaa etmiş ve korumuştur. Arslanlı, **a.g.e.**, s.22; Erel, **Musiki Eserleri.**, s. 535.

⁵⁰ FSEK. m.3 hükmü, Edebi ve Artistik Eserlerin Korunmasına Dair Bern Sözleşmesi'nin 2. maddesinin 1. fıkrasına uygun olarak, Sözleşmenin anılan maddesi ile aynı sadelikle kaleme alınmıştır. Sözleşme'nin adı geçen maddesi, “*musical compositions with or without words*” (sözlü ya da sözsüz besteler) şeklindedir.

⁵¹Bkz. ykr. başlık I, B, 2, “Şekle İlişkin Unsurlar: FSEK.'de Sayılan Eser Kategorilerinden Birine Dahil Olma”.

⁵² Günümüzde insanoğlu, çok çeşitli ve çok sayıda dış etkiye maruz kalmakta ve bu etkilere karşı tepkisini bilinenden farklı usullerle dışa vurma eğilimi göstermektedir. Çeşitlenen ve gelişen tekniğin kullanılmasıyla da duygu ve düşüncelerin dışa vurumu her gün yeni bir biçimde vücut bulan eserlerin ortaya çıkması sonucunu doğurmaktadır. FSEK.'de düzenlenen eser kategorileri içinde de sınırlı sayı prensibinin hakim olması, FSEK.'i bu yeni tür eserlere cevaz veremeyen hantal bir kanun haline

maddelerde sayılan somut eser isimleri, birer örnek niteliğindedir. Bu gibi örnekleri bünyesinde bulundurmayan⁵³ müzik eserlerine ilişkin 3. madde, eser kategorileri içinde sınırlı sayı prensibinin benimsenmediğini ispatlayan kuvvetli bir delildir. Bu şekli ile FSEK. m. 3. hükmü, kanaatimizce müzik alanında çok daha geniş bir yelpazedeki fikri ürünün, “müzik eseri” olarak korunmasına imkan verecektir. Yani bir bestenin “müzik eseri” olarak vasıflandırılmasında, teknik gelişmelere ve günümüz dış etkilerine tepki olarak ortaya çıkan alışılmışın dışındaki yeni türleri ve müzik anlayışını da içine alan geniş bir yorum tarzı benimsenmelidir. Bu düşünce, özellikle yaratıcılığın sınırlarının zorlandığı internet ortamında ayrı bir öneme sahiptir.

Müzik eserlerinde korumanın konusu, işitme duyusuna hitap eden, müzik eserinin ifade aracı olan “ses”tir⁵⁴. Ses kaynağının ise, müzik eserinin vasıflandırılmasında bir fonksiyonu bulunmamaktadır. Ses, hiçbir enstrüman kullanılmaksızın sadece insan hançeresinden çıkartılıyor olabilir⁵⁵. Hatta yine hiçbir enstrüman kullanılmaksızın, insan vücudunun belirli kısımları kullanılarak da ses elde edilebilir. Alkışlama, el şıklatma, ayakların yere vurulması ve hatta yanak kenarlarına parmaklarla vurulması gibi alışılmışın dışında yöntemlerle, bir müzik eserine ses katılabilir⁵⁶.

Müzik eserlerinde kullanılan malzemenin çeşitliliğine bağlı olarak sesin kaynağı değişiklik gösterebilir. Ney, klarnet, saksafon gibi üflemeli sazlar; bağlama, gitar, ud, arp gibi telli sazlar; yahut davul, bateri, darbuka gibi vurmali sazlar ve bunlara benzer çok çeşitli enstrüman kullanılıyor olabilir. Hatta günümüzde bateri, davul, perküsyon vb. vurmali sazlar yerine bidon, varil, kadeh, tabak vb. birçok

getirecektir. Bu bahisle, uluslararası platformda ve doktrinde, hukuki düzenlemeler içinde sayılan somut eser isimlerinin birer örnek olduğu, sınırlı sayı prensibinin gelişen ve değişen telif hukukunda kabul edilemeyeceği yaygın bir şekilde vurgulanmaktadır. Bkz. Aslanlı, **a.g.e.**, s. 12; Ayiter, **a.g.e.**, s. 45; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 106, N. 25-26; Yarsuvat, **a.g.e.**, s. 55; Erel, **a.g.e.**, s. 36; Genç, **a.g.m.**, s.255; Ateş, **a.g.e.**, s. 61

⁵³Yine de zihinde canlandırılabilmesi açısından bilinen şu müzik eseri örnekleri verilebilir: Şarkı, türkü, marş, ilahi, opera, operet, resital, sonat, senfoni...

⁵⁴Ayiter, **a.g.e.**, s.53; Erel, **a.g.e.**, s.44; Yarsuvat, **a.g.e.**, s.49; Tekinalp, **a.g.e.**, s.115, N. 44.

⁵⁵Ayiter, **a.g.e.**, s.53; Erel, **Musiki Eserleri**, s.535; Tekinalp, **a.g.e.**, s.115, N.44; Genç, **a.g.m.**, s.256

⁵⁶Yabancı “Voice Male” (Erkek Sesi) grubunun eserleri buna güzel bir örnek oluşturur. Anılan müzik grubu hiçbir musiki enstrüman kullanılmaksızın tamamen insan hançeresi ve uzuvlarının ürünü olarak müzik eseri meydana getirmektedir.

malzemenin asli amaçlarının dışında kullanılması yoluyla müzik eserine ses katılması gittikçe yaygın bir hal almaktadır. Çağımızın vazgeçilmezi bilgisayar ve yardımcı diğer teknik araç yardımıyla da bir müzik eseri meydana getirilebilecektir. Bu, günümüzde en sık kullanılan yöntem halini almıştır. Ancak belirli programlar vasıtasıyla bilgisayarın kendi kendine değişik melodileri, ritimleri birleştirmesi suretiyle oluşturulacak bir parça - pek tabiidir ki- müzik eseri , daha doğrusu bir eser sayılamayacaktır⁵⁷.

Doktrinde, ses kaynağının bir fikri ürünün müzik eseri olarak vasıflandırılmasında bir anlam ifade etmediği yaygın olarak savunulmakla birlikte, doğada mevcut bulunan seslerin toplanması (**sound- sampling**) yöntemiyle meydana getirilecek fikri ürünlerin, “müzik eseri” olarak kabul edilmesi reddedilmektedir⁵⁸. Bu görüştekilere göre, kuş sesleri, trafik kazalarından çıkan sesler vb. zaten doğada mevcut bulunan seslerin tespiti sonucunda –ne kadar emek sarf edilirse edilsin- bir müzik eseri elde edilemeyecektir.

Ancak kanaatimizce, yeniliklere ve değişikliklere açık olması gereken çağımız telif hukukunda bu görüşün aksi savunulmalıdır. Müzik eserlerinin ana ifade aracı “ses”tir. Ses, bestecilerin iç alemlerini ifade etmekte kullandıkları sadece bir araçtır; yoksa hususiyeti belirleyen bir etken değildir. Ses kaynağının ise belirtildiği üzere bir önemi bulunmamaktadır. Yaygın kabul gördüğü gibi bilgisayar yahut diğer elektronik cihazlar ile müzik eseri oluşturulabilecektir. Bu yöntemde “hususiyeti” belirleyen ise, “ *eser sahiplerinin söz konusu teknik imkanları seçme ve değerlendirmelerindeki çaba ve marifet*”⁵⁹ olarak karşımıza çıkmaktadır. Çok yakın bir düşünce tarzı ile, zaten doğada mevcut bulunan seslerin seçimi ve değerlendirilmesi suretiyle bir musiki kompozisyon oluşturulmasında da aynı sonuca varmak gerekir. Bir bilgisayarın veya

⁵⁷ Ayiter, **a.g.e.**, s.53; Erel, **a.g.e.**, s.44; Yarsuvat, **a.g.e.**, s.49. Benzer görüşte Tekinalp, **a.g.e.**, s.115, N.44

⁵⁸ Ayiter, **a.g.e.**, s.53; Erel, **Musiki Eserleri**, s.535; Tekinalp, **a.g.e.**, s.115, N.44; Genç, **a.g.m.**, s.256.

⁵⁹ Ayiter, elektronik müzikte, “eser sahibinin hususiyetini” buna benzer bir düşünce tarzı ile açıklamaktadır. Yazara göre elektronik müzikte eser sahibi, açığa çıkarılacak sesi matematiksel kesinlikle bir elektronik aletten yararlanmak suretiyle değerlendirmekte, hususiyet, bu teknik imkanları seçmede ve değerlendirmede kendini göstermektedir. Ayiter, **a.g.e.**, s. 53-54.

bir orgun belleğinde hazır bekleyen sesler ile, doğada hazır bekleyen martı, vapur sireni, çığlık vb. sesler arasında kanaatimizce bir fark bulunmamaktadır. Her iki grup ses de, besteci tarafından üslubunu yansıtabilecek bir biçimde kompoze edilmedikçe atıl sesler olarak beklemeye devam edecektir. Ancak ne zaman ki eser sahibinin iç aleminin ifade edilmesinde kullanılırlar, işte o vakit bir müzik eseri vasfını kazanabilirler. Örneğin, hız ve heyecan tutkusunu ifade etmek maksadıyla, bilgisayar teknikleri kullanılarak yahut elektrogitar, org gibi enstrümanlardan yararlanılarak, yüksek tempolu bir parça oluşturulabilir. Bu tür bir parça, bilgisayar yahut elektronik araçlar kullanılması sebebiyle, diğer görüş uyarınca bir müzik eseri olarak nitelendirilmeye müsaittir. Aynı hız ve heyecan tutkusunu ifade etmekte daha etkili bir yöntem ise, **Formula 1, Moto-cross, Grandprix** gibi bilinen motor sporlarında kullanılan araç seslerinin, tespit edilmesi ve tespiti yapılan bu seslerden bir kompozisyonun oluşturulmasıdır. Bahsi geçen motor sporlarında açığa çıkan sesler, pek tabiidir ki, tek başına bir eser vasfını haiz bulunmamaktadırlar. Ancak yine teknik imkanlar kullanılarak, tespiti yapılan seslerin uzatılması veya kısaltılması, kalınlaştırılması veya inceltmesi, tekrarlanması gibi fikri faaliyet sergilenerek musiki bir kompozisyon oluşturulması, bu yolla bir üslubun yansıtılması halinde bir müzik eserinin meydana çıkabileceği kabul edilmelidir. Buna benzer bir görüşü Öztan belirtmektedir. Yazara göre hayvan sesleri veya bazı gürültülerin bir araya getirilmesi halinde - şartları mevcut ise- bir eser meydana gelmiş sayılabilecektir⁶⁰. Nitekim günümüzde kedi ve köpek gibi hayvan seslerinin; örnekte belirttiğimiz gibi yüksek ateşleme gücüne sahip motor seslerinin; bir metropoldeki ıslık, siren, korna ve hatta kaldırımda yürüyen yayaların adım seslerine varana kadar çok farklı kaynaklardan açığa çıkan seslerin kompoze edilmek üzere tespiti suretiyle musiki ürünlerin oluşturulması, sık karşılaşmaya başladığımız bir olgudur. Günümüzde gittikçe yaygınlaşan bu tür fikri ürünlerin , müzik eseri olarak nitelendirilmemesi kanaatimizce sakıncalıdır.

⁶⁰ FSEK. m 1/B, b.(c) ve 6 kapsamında işlenme eserleri çalışmasında ayrıntılı olarak inceleyen Öztan, “*hayvan seslerini yahut bazı gürültüleri bir araya getirerek, işlenme eser teşkili mümkün değildir; bunlar, olsa olsa, şartları varsa, orijinal eser sayılabilir*” demektedir. Yazarın doğada hazır bulunan seslerin belirli bir kompozisyon oluşturacak şekilde bir araya getirilmesini, bu yolla meydana getirilen hususiyet taşıyan fikri ürünün eser olarak korunabileceğini söylediği kabul edilebilir. Bkz. Fırat Öztan, “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler”, **Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan**, BTHAE, 1998, s. 223.

Müzik eserinin, FSEK. kapsamında değerlendirilebilmesi için tamamlanmış olması gerekmemektedir. Bununla birlikte, her eserde olduğu gibi, müzik eserlerinin de belirli bir aşamaya varmış olması, şekillenmesi gerekir⁶¹. Zira belirli bir aşamaya gelememiş, şekillenmemiş müzik alanındaki fikri ürünlerde sahibinin hususiyetini / üslûbunu kavrayabilmek mümkün olmayacaktır. Sadece akort yapılması, birkaç nota ölçüsüne denk düşecek sesin çıkartılması, gamlama, bu bahisle sahibinin hususiyetini kavrayabilmeye imkan vermeyecektir. Ancak, bestecinin melodi üzerine çeşitli denemeler yapması, eserin bütünü olmasa da zihninde canlandırdığı bir kısmının dış dünyaya aktarılması, müzik eserinin şekillenmesine yeterli olacaktır⁶².

Bir bestenin uzun ya da kısa bir yapıya sahip bulunmasının, “ müzik eseri” vasfını kazanmak açısından bir kıstas olarak kabul edilip edilemeyeceğini de tartışmaya açmak isteriz. Doktrinde bazı yazarlar, çok kısa nitelikteki besteleri müzik eseri olarak kabul etmemektedir⁶³. Bu tarz bir düşünce, keyfiliğe ve eşitsizliklere yol açacaktır. Zira bir bestenin, uzun yada kısa olmasında esas alınacak belli bir süre mevcut bulunmamaktadır. Üstelik öyle bir beste olabilir ki, kısa bir melodinin sürekli tekrarlanması ile uzun bir beste şeklini almış olabilir. Bu gibi durumlarda söz konusu melodilerin uzun yada kısalığı mı dikkate alınmalıdır, yoksa -kısa- melodilerin oluşturduğu bestenin bütünü mü, bu her zaman tartışmaya yol açacaktır. Bu bahisle, bir bestenin uzun yada kısa oluşu, o bestenin “müzik eseri “olarak vasıflandırılmasında baz alınamaz⁶⁴. Saatler süren bir piyano resitali kadar, bu esere nazaran çok kısa sayılabilecek bir radyo istasyonu tanıtım fon müziğinin, cep telefonları için tasarlanmış kısa melodilerin, **web** sayfası fon müziklerinin de müzik eseri olarak kanuni himayeden istifadeye hakkı vardır; yeter ki sahibinin hususiyetini taşıyın⁶⁵.

Benzer bir bakış açısıyla, bir bestenin basit veya karmaşık, düzenli veya düzensiz bir yapıya sahip olması da, o bestenin “müzik eseri” olarak kabul

⁶¹ Arslanlı, **a.g.e.**, s. 2-3; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 102, N.13; Suluk-Orhan, **a.g.e.**, s. 119

⁶² Tekinalp, **a.g.e.**, s.102, N.13

⁶³ Bkz. Tekinalp, **a.g.e.**, s.105 dn.20'de anılan yazarlar.

⁶⁴ Benzer görüş için bkz. Tekinalp, **a.g.e.**, s.105 dn.20; Erel, **a.g.e.**, s.44; Genç, **a.g.m.** ,s. 256.

⁶⁵ Tekinalp, **a.g.e.**, s.105 dn.20; Erel, **a.g.e.**, s.44; Genç, **a.g.m.** ,s. 256.

edilmesinde belirleyici değildir⁶⁶. Onlarca enstrümanın uyumlu bir şekilde çalınmasını sağlayan on beş bölümlük bir senfoni ile, basit bir ritim ve melodi temeline dayanan türkü, müzik eleştirmenleri nazarında farklı nitelendirilebiliyor olsalar da, kanun nazarında eşit olarak “müzik eseri” sayılır. Aynı şekilde, günümüzde yaygın olan, ritimler ve melodiler arası hızlı geçişlerin yapıldığı “**tecno**”, “**rock**”, “**hard rock**” gibi türlerde meydana getirilen eserler ile “atonal” ve “aleatorik”⁶⁷ eserler de armonik bir yapı sergilemeseler, kotrupuan kurallarına yada bilinen musiki formlarına uygun düşmeseler dahi “müzik eseri” olarak korunacaktır. İnternet ortamında oldukça fazla karşılaşılan belli musiki formlara uygun olmayan, düzensiz yapı sergileyen, elektronik enstrümanların ve bilgisayar tekniklerinin ön plana çıktığı ürünler de bu bağlamda müzik eseri vasfını haiz bulunabilecektir.

Sahibinin hususiyetini taşıyan bir beste, eser vasfını taşımak için notalara dökülmüş olmaya yahut solfej için hazırlanmış yazılı bir plana muhtaç değildir⁶⁸. Nitekim üzerinde hiçbir nota çalışması yapılmayan, anlık duygularla oluşturulan *doğaçlama* çalışmalar da, müzik eseri sayılır⁶⁹.

Bir müzik eseri, bir veya birden çok melodiden meydana getirilmiş olabilir. Burada önem arz eden, üzerinde tartışılması gereken husus ise, melodilerin tek başına, müzik eserlerinin bütününden bağımsız olarak korunup korunamayacağıdır. Zira müzik eserlerine ilişkin olarak sıkça karşılaşılabilecek bir ihtilaf konusu da melodilerdir. Konu, internetten indirilen ve cep telefonlarında sıklıkla kullanılan melodiler ile **web** sayfalarında yer verilen kısa fon müzikleri bakımından önem arz etmektedir.

⁶⁶ Ayiter, **a.g.e.**, s.52; Tekinaşp, **a.g.e.**, s.115, N.46; Yarsuvat, **a.g.e.**, s.61; Erel, **a.g.e.**, s.44

⁶⁷ *Atonal müzik*, yeni bir bestecilik anlayışı ile ton ve makam temeline bağlı kalınmaksızın oluşturulan besteleri ifade eder. *Aleatorik müzik* ise, basitçe, rastlantısal müzik olarak ifade edilebilir. Bkz. Ateş, **a.g.e.**, s.64.

⁶⁸ Nota ve solfej, bir bestenin eser vasfını kazanması bakımından bir kıstas olmamakla birlikte, şartları mevcutsa, FSEK. m. 2/ b.(1) kapsamında yazı ile ifade olunan bir eser olarak himaye görebileceklerdir. Erel, **a.g.e.**, s.44; Genç, **a.g.m.**, s.256

⁶⁹ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 115, N.44.

Doktrinde savunulan ilk görüş gereğince, bir melodi, müzik eserinden bağımsız olarak tek başına FSEK. korumasından yararlanamayacaktır⁷⁰. Diğer bir görüşte ise, ilk görüşün aksi savunulmaktadır. Bu görüş gereğince, melodi, bir müzik eserinin temel yapı taşlarındandır. Melodi bulunmaksızın müzik eserleri esas özelliklerinden mahrum kalacaktır. Bu sebeple bütünlük taşımak kaydıyla bir melodinin de müzik eserinin bütününden ayrı olarak FSEK. m. 3 hükmü kapsamında korunması icap etmektedir⁷¹.

Üçüncü grup görüş adı altında toplayabileceğimiz görüşlerde ise, bu konuda bir değerlendirmenin yapılması öngörülmektedir. Öztrak'ın ileri sürdüğü görüşte, müzik eserinin basitlik ve karmaşıklığına, sadelik veya zenginliğine göre bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Yazara göre senfoni gibi kapsamlı müzik eserlerindeki bir melodinin tek başına korunmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Zira bu gibi müzik eserleri sırf bir melodiden ibaret bulunmamakta, aksine çok sayıdaki melodiyi bünyesinde barındırmaktadır. Buna karşın, basit bir şarkıdaki melodinin, eserin hususiyetini belirleyen bir yapı arz etmesi sebebiyle korunması gerekecektir⁷².

Erel ise, Öztrak'ın görüşünü eleştirmektedir. Erel'e göre bir müzik eserinin zengin ve karmaşık bir yapıya sahip olması, o müzik eserinden bir melodinin serbestçe alınmasını meşrulaştırmamaktadır. Bir müzik eserinde hususiyet, melodilerde ve melodileri birbirine bağlayan yapıda kendini göstermektedir. Bu itibarla, bir müzik eserini tanınmış kılan bir melodi veya melodileri birbirine bağlayan yapı, en az müzik eserinin bütünü kadar hukuken korunmayı hak etmektedir⁷³.

Gökyayla da, somut olayın özelliklerine göre bir değerlendirme yapılması gerektiğini savunmaktadır. Somut olaya göre bazen bir melodinin eserden alınması,

⁷⁰ Hirsch, **a.g.e.**, s. 42, Ayiter, **a.g.e.**, s.52.

⁷¹ Arslanlı, **a.g.e.**, s.22.

⁷² İlhan Öztrak, **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar**, Ankara, 1977, s. 22

⁷³ Erel, **a.g.e.**, s. 45 ve Erel, **Musiki Eserleri**, s.538.

bütün esere yönelik bir ihlal niteliğine bürünebilecektir. Bu gibi durumlarda ihlale, tek bir melodiye yönelik gözüyle bakılmamalı ve melodi de tek başına korunabilmelidir⁷⁴.

FSEK.'de melodilerin bir müzik eseri gibi korunup korunamayacağı hususunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Burada, tartışılan konu ile çok yakından alakalı mevcut iki maddenin birlikte değerlendirilmesi gerekir. Bunlardan ilki FSEK. m. 13/ f. 2 hükmü gereğince, FSEK. ile eser sahibine tanınan hak ve yetkiler, eserin bütünü gibi parçalarını da kapsamaktadır⁷⁵. Bu itibarla, bir müzik eserinin vazgeçilmez parçaları olarak kabul edebileceğimiz melodilerin, kural olarak müzik eserinin bütünü gibi FSEK. himayesinden istifade imkanı bulunmaktadır. İkincisi ise FSEK. m. 35/ f. 1, b. (2) hükmüdür. Maddeye göre, *yayımlanmış bir bestenin en çok tema, motif, pasaj ve fikir nevinden parçalarının bağımsız bir müzik eserine alınması (iktibas) serbesttir.* Maddede iktibas serbestisinin tema, motif, pasaj ve fikir ile sınırlandırıldığı ve ancak melodilerden bahsedilmediği görülür. Alman Eser Sahipleri Hakları ve Komşu Koruyucu Haklar Hakkında Kanun'da ise, melodinin bir müzik eserinden fark edilebilir şekilde izinsiz olarak alınması açıkça yasaklanmıştır⁷⁶. Her ne kadar Alman Hukukunda olduğu gibi açık olarak belirtilmese de, FSEK. m. 35/ f. 1, b. (2)'de melodilerden bahsedilmemiş olması, Alman Kanununda olduğu gibi melodiler bakımından kanun koyucunun daha hassas davrandığı şeklinde yorumlanmalıdır⁷⁷. Bunun FSEK. m. 13/ f. 2 hükmü ile birlikte değerlendirilmesi halinde ise melodilerin de, müzik eseri gibi FSEK. kapsamında korunabileceği sonucuna varılmalıdır. Böyle bir sonucun haklılığı, internet ortamında bir çok melodinin **web** sayfası fon müziği yahut cep telefonu melodisi olarak izinsiz kullanılması gerçeği karşısında daha iyi anlaşılacaktır.

⁷⁴ Emre Gökyayla, **Telif Hakları ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi**, 2. Bası, Ankara, Yetkin, 2000, s. 88.

⁷⁵ *"Fikir ve sanat eserleri üzerinde sahiplerinin mali ve manevi menfaatleri bu kanun dairesinde himaye görür.*

Eser sahiplerine tanınan hak ve selâhiyetler eserin bütününe ve parçalarına şamildir." (FSEK. m. 13)

⁷⁶ Alman Eser Sahipleri Hakları ve Komşu Koruyucu Haklar Hakkında Kanun § 24 (2). Çeviri için bkz. Tekinalp, a.g.e, s. 125, N. 3 ve Ateş, a.g.e., s. 313.

⁷⁷ Benzer görüşte Ateş, a.g.e, s. 314. Ayrıca iktibas serbestisinin melodileri kapsamadığı hususunda bkz. Erel, a.g.e, s. 216.

Müzik eserleriyle yakından ilgisi bulunan diğer bir konu da, *müzik eser adlarıdır*. Müzik eserlerini tanıtan, eser ile eser sahibi arasındaki bağı ortaya koyan müzik eser adları, tek başlarına “eser” vasfına sahip değildir. Bu itibarla, müzik eser adları, FSEK. kapsamında bir *eser* olarak korunamayacaktır⁷⁸.

Bununla birlikte müzik eser adları, FSEK.’in hukuki korumasından başka şekillerde yararlanmaktadır. İlk olarak FSEK.’de pek açık ifade edilmemiş⁷⁹ olmakla birlikte, müzik eser adları, eser sahibinin manevi bir hakkını oluşturur⁸⁰. Eser sahibinin izni olmadıkça, müzik eser adlarında kısaltma, ekleme ve başka türlü değişiklikler yapılamayacaktır (FSEK. m. 16) . İkinci olarak ise müzik eser adlarının haksız rekabet hükümleri (BK. m. 48, TTK. m. 56 vd.) çerçevesinde korunması mümkün olmaktadır⁸¹. FSEK. m. 83 hükmü bu duruma işaret etmektedir. Maddede, (müzik) eser adlarının iltibasa meydan verebilecek bir şekilde diğer bir eserde veya çoğaltılmış nüshalarında izinsiz olarak kullanılması halinde, söz konusu tecavüzü gerçekleştiren kişiler tacir olmasalar bile, haksız rekabete ilişkin hükümlerin tatbik olunacağı açıkça ifade edilmektedir (FSEK. m. 83).

FSEK. m. 83’e ilişkin olarak dikkat edilmesi gereken husus ise, her türlü müzik eser adının, anılan madde kapsamında değerlendirilemeyeceğidir. Zira umumen kullanılan ve ayırt edici bir özelliği bulunmayan müzik eser adlarına 83. madde uygulanmaz (FSEK m. 83/ 2)⁸². Örnelemek gerekirse, “İstanbul” ya da “Türkü” şeklindeki genel nitelikli ve hiçbir ayırt edici vasfı bulunmayan müzik eser

⁷⁸ Eserinde Alman, İtalyan ve Fransız Yüksek Mahkeme kararlarından örnekler veren Hirsch, bu kararların tamamında eser adlarının bir eser olarak kabul edilmediğini, bu itibarla kural olarak telif hukuku kaidelerine göre eser adlarının korunamayacağını, buna rağmen haksız rekabet hükümleri ile eser adlarının korunabileceğini belirtmektedir. Hirsch, **a.g.e.**, s.20. Ayrıca bkz. Tekinalp **a.g.e.**, N.19, s. 103; Cahit Suluk, **Telif Hakları ve Korsanlıkla Mücadele**, İstanbul, Hayat Yayınları, 2004, s.46.

⁷⁹ “Eserde değişiklik yapılmasını menetmek” başlığını taşıyan FSEK. m. 16 hükmü, eser sahibinin manevi haklarından birini düzenler. Anılan maddede, “*eser sahibinin adında*” değişiklik yapılamayacağı açıkça belirtilmiş iken, “*eser adına*” ilişkin bir ifade bulunmamaktadır. Ancak, müzik eser adları, müzik eserlerinin bir parçası sayıldığından, FSEK. m. 16 hükmünün, müzik eser adlarında yapılacak değişiklikler bakımından da eser sahibine yasaklama yetkisi verdiği kabul edilmelidir. Tekinalp **a.g.e.**, N.19, s. 103.

⁸⁰ Tekinalp **a.g.e.**, N.19, s. 103.

⁸¹ Hirsch, **a.g.e.**, s. 19-22; Tekinalp **a.g.e.**, N. 20, s. 104; Suluk, **a.g.e.**, s. 46.

⁸² Bu konuda bkz. Hirsch, **a.g.e.**, s. 22; Tekinalp **a.g.e.**, N. 19, s. 103-104.

adları, FSEK. m. 83 kapsamında değerlendiremeyecektir. Oysaki “İstanbul, İstanbul Olalı” yada “Deli Kızın Türküsü” şeklinde bir müzik eser adı himaye görecektir.

Belli bir enstrüman için bestelenen bir müzik eserinin başka bir yoldan bir çok enstrümanla icra edilmeye elverişli hale getirilmesi olan “aranjmanlar”, bu kapsamda “enstrümantasyonlar” ve “orkestrasyonlar”; mevcut bir besteden bir tema veya melodinin alınarak bunlara ilave ile elde edilen “variationlar”; bir icracı sanatçının kendi esinine göre çalması ve bunu tespit edilmesi olarak tanımlanan “empvizyonlar”; müzik dilinde çeşitleme olarak isimlendirilecek “ varyasyonlar” ise, işlenme eser⁸³ olarak korunacaktır⁸⁴.

Çalışmamızın buraya kadarki bölümünde, FSEK. kapsamında bir “müzik eserine” ilişkin genel bilgilere yer verilmiştir. Ancak müzik eserlerine ilişkin iki konu daha bulunmaktadır ki, kanaatimizce bunların ayrıca ele alınmaları gerekmektedir. Bunlardan ilki, Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu’nda kabul edildiği şekli ile “müzik eseri”dir. Diğeri ise, günümüz teknoloji çağının bir getirisi, Multimedya (**Multimedia**) Ürünlerdir.

1. Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu Kapsamında “Müzik Eserleri”

Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu⁸⁵ 5224 sayılı Kanun’un⁸⁶ 16. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Diğeri taraftan müzik eserleri SVMEK.’de doğrudan tanımlanmış da değildir. Buna rağmen çalışmamızda ayrı bir başlık altında SVMEK. kapsamında müzik eserlerine yer vermemizin amacı, müzik alanındaki bir

⁸³ FSEK. m. 1 /B, b. (c) bağlamında işlenme eser , “ diğeri bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip de bu esere nispetle müstakil olmayan ve işleyenin hususiyetini taşıyan fikir ve sanat mahsulleri ifade eder.” FSEK. m. 6/ f. 1, b. (4)’ de ise musiki aranjman ve tertiplerin açıkça bir işlenme eser olduğu belirtilmiştir.

⁸⁴ Erel, **Musiki Eserleri**, s. 537; Öztan, **a.g.m.**, s. 227; Genç, **a.g.m.**, s. 257.

⁸⁵ Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu, Kanun no:3257; 7.2.1986T. ve 19012 Sayılı RG.

⁸⁶ 5224 sayılı “ Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılması ile Desteklenmesi Hakkında Kanun”; 14.07.2004 T. ve 25529 Sayılı RG.

fikri ürünün, “müzik eseri” olarak vasıflandırılmasında SVMEK.’deki yanlış algılayışa dikkat çekmek isteyişimizdir.

SVMEK.’de özel olarak “müzik eseri” tanımına yer verilmemiştir. Kanunda, genel bir “eser” tanımı bulunmaktadır (SVMEK. m. 3, b.(a)). Ancak SVMEK., sadece sinema ve müzik eserlerine ilişkin düzenlemeler içerdiğinden, verilen genel “eser” tanımı, müzik eserlerini de kapsayan bir tanım niteliğindedir⁸⁷. SVMEK. m. 3, b.(a) uyarınca eser, “ *video, ses taşıyıcıları ve benzerleri üzerine kaydedilmiş hareketli veya sesli fikir ve sanat mahsullerini*” ifade eder. Anılan maddenin (e) bendi uyarınca ise *ses taşıyıcısı*, “üzerine sadece ses kaydedilmiş her türlü plak, ses kaseti ve benzerlerini” ifade etmektedir.

Verilen tanımlardan açıkça görüleceği üzere SVMEK., bir müzik eserinin belirleyici özelliği olarak “ses taşıyıcılarını” ve “ kayıt” eylemini baz almaktadır. Yani müzik alanındaki bir fikri ürün, SVMEK. kapsamında ancak plak, kaset, **CD**. veya gelecekte icat edilebilecek ses taşıyıcı özelliği bulunan herhangi bir ortama kaydedildiği takdirde müzik eseri olarak kabul edilebilecektir.

Bu algılayış, fikri hukukun temel ilkelerini sarsar niteliktedir. Zira SVMEK.’de müzik alanındaki bir fikri emek ürünü ile bunu tespiti yarayan ve nakleden maddi araçlar -yani gayrimaddi mal ile maddi mallar⁸⁸- birbirine karıştırılmaktadır. Oysa ki

⁸⁷ SVMEK. m. 3, b. (a)’ da verilen “eser” tanımında, “hareketli” ibaresi, sinema eserlerini; “sesli” ibaresi ise müzik eserlerini ifade etmektedir. “Sesli” ifadesi ile müzik eserlerinin, işitme duyusuna hitap ettiği vurgulanmak istenmiştir. Erel, **Musiki Eserleri**, s. 542; Genç, **a.g.m.**, s. 262 .

⁸⁸ Gayrimaddi mallar, insanın fikri mesaisinin, emeğinin ürünleridir. Bu sebeple, yaratıcı insan zekasının ürünü olan gayrimaddi mallar ve bunların üzerinde cisimlendiği maddi mallar ayrı bir hukuki varlığa sahiptir. Maddi varlık ile onun üzerinde somut olarak algılanmaya müsait hale gelen (somutlaşan) fikri ürün birbirinden bağımsızdır; hukuki kaderleri birbirinden ayrı olarak düzenlenmiştir. Bu kapsamda hukuk düzenimizde, maddi mal ve gayri maddi mal ayrımı yapılmış; maddi mal, “eşya” olarak nitelendirilmiştir. Eşya üzerindeki hakkın niteliği ile gayrimaddi mal üzerindeki hakkın niteliği de farklıdır. Haklar bilindiği üzere para ile ölçülebilir bir değerinin bulunup bulunmamasına göre malvarlığı veya şahıs varlığı hakları olarak ve ileri sürülebildikleri çevre bakımından ise mutlak veya nisbi haklar olmak üzere sınıflandırılmıştır. Aynı haklar, maddi malvarlıkları üzerinde söz konusu olan mutlak haklardır. Buna karşılık gayrimaddi mal üzerindeki hak, sadece malvarlığı hakları niteliği taşımaz; aynı zamanda şahıs varlığı hakkı görünümündedir de. Gayrimaddi mal üzerindeki hak, yani konumuz bakımından müzik eserleri üzerindeki hak, bir boyutu ile malvarlığı hakkı ve bir boyutu ile şahısvarlığı hakkı niteliği taşıyan çift karakterli bir haktır ve aynı hak değil fakat, mutlak haklardır. Gayrimaddi mal sayılan müzik eseri, meydana getirilmesi ile birlikte eser sahibine mutlak yetkiler tanımaktadır. Besteci, müzik eseri üzerindeki malvarlığı mutlak

yaratıcı insan zekasının ürünü olan müzik eserleri, üzerinde somutlaştığı plak, kaset, **CD**. gibi günümüz araçları ile gelecekte icat edilecek kayıt ve nakil özelliği bulunan araçlardan ayrı bir hukuki varlığa ve iktisadi değere sahiptir⁸⁹. Bir müzik eserinin maddi bir varlığı yoktur. Müzik eseri ile bu eserin üzerinde somutlaştığı maddi varlık (kaset, **CD**., bilgisayar sabit diski ...) birbirinden farklıdır⁹⁰. Müzik eseri vasfı, bütün bu maddi mallardan bağımsız olarak kazanılır.

SVMEK., verdiği eser tanımı ile soyut nitelikteki müzik eserlerini plak, kaset, **CD**. vb. ses taşıyıcı özelliği bulunan somut maddeye bağımlı kılmıştır. Bu durum kendini o kadar göstermektedir ki, “hususiyet” kavramına dahi SVMEK.’de yer verilmemiştir⁹¹. Oysa ki müzik alanındaki bir fikri ürünün, müzik eseri vasfını kazanmasında temel kriter “hususiyet”tir. Bu olgu internete özgü düşünüldüğünde konunun önemi çok daha iyi anlaşılacaktır. Zira internet ortamında yer alan her türlü sesi, bunların hususiyet taşıyan fikri bir emek ürününün olup olmadığını araştırmaksızın, SVMEK. kapsamında müzik eseri saymak mümkün olacaktır. Nitekim, internet ortamında yer alan seslerin iletiminde sıklıkla ses taşıyıcı özelliği bulunan araçlardan istifade edilmekte ve SVMEK.’de ifade edilen “ kayıt”, bilgisayar, internet ve seslerin bir arada bulunduğu hemen hemen her durumda söz konusu olmaktadır..

Sonuç itibariyle, plak, kaset ve benzerlerinden “eser” olarak söz eden SVMEK., FSEK. kapsamındaki müzik eserleri ile ilgili şimdiye kadar verdiğimiz tanım ve açıklamalara tamamen ters düşmektedir. Bir müzik eserini belirleyici ve hukuken korunmaya değer kılan, bestecisinin hususiyetidir. Bir beste herhangi bir vasıta ile herhangi bir madde üzerine, herhangi bir şekilde kaydedilmiş⁹² olabilir.

hakkını başkasına devretse bile, şahısvarlığı hakkı yönünden, eserin değiştirilmesini, bozulmasını önleme hakkı varlığını sürdürür. Konumuzun sınırları bakımından bu kadarını belirlemekle yetiniyoruz. Bu konuda bkz. Erel, **a.g.e.**, s. 3 vd. ; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 7 vd.; M. Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/ Siabe Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, 11. Bası, İstanbul, 2006, s. 6. vd.; Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı, **Eşya Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1991, s. 49, vd.; Hüseyin Hatemi, **Medeni Hukuka Giriş**, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004, s. 121.

⁸⁹ Erel, a.g.e., s.64; Genç, **a.g.m.**, s.264.

⁹⁰ Hirsch, a.g.e., s. 20; Tekinalp, **a.g.e.**, N.10-16, s.5-7

⁹¹ Erel, **Musiki Eserleri**, s. 544; Genç, **a.g.m.**, s.264.

⁹²Seslerin bir araca kaydedilmesi işlemi ile kaydın yapıldığı malzeme, FSEK.’de özel olarak tanımlanmıştır. Buna göre, “seslerin veya ses temsillerinin veya ses ve görüntülerin anlaşılabilir, çoğaltılabilecek veya iletilebilecek şekilde bir araca kaydedilmesi” işlemine *Tespit* denilmektedir

Ancak bu durum çoğaltım, iletim ve yayın ile ilgili bir olgu olup, bestenin üzerinde somutlaştığı maddi malların, “ müzik eseri ” olarak kabulü ve hukuken korunması söz konusu olamaz⁹³. Bu durum internet ortamında iletilen seslerin müzik eseri olarak korunup korunamayacağı noktasında ayrı bir öneme sahiptir.

SVMEK. bir başka açıdan da eleştirilmelidir. Kanunun 5. maddesinin birinci fıkrası ile 8. maddesinin 2. fıkrasında, eserin korunabilmesi için tescili şart koşulmuştur. Bu düzenleme de son derece yanlış bir algılayışı ifade etmektedir. Zira “yaratma gerçeği ilkesi” uyarınca, eserin meydana getirilmesi ile eser sahibi kendiliğinden doğan bir hukuki statü kazanmaktadır. Bu statüden doğan eser sahibinin maddi ve manevi hakları, yaratma olgusu ile FSEK. kapsamında koruma altına alınmaktadır. Ayrıca, sırf yaratma olgusu ile eser meydana gelmektedir. Bu statünün ve eser vasfının kazanılması hiçbir tescil, izin, bildirim şartına bağlı tutulamaz⁹⁴. Diğer yandan FSEK. m. 13/ son uyarınca müzik eser sahiplerinin ve diğer hak sahiplerinin belirlenmesinde ve ispatında kolaylık tanınması amacıyla müzik eserlerinin kayıt ve tescilinin yapılmasından bahsedilmektedir. Ancak buradaki tescil kurucu etkiye sahip olmayıp pratik sebeplerle getirilmiştir⁹⁵. Nitekim hükümde geçen “hak ihdas etmek amacı taşımaksızın” ibaresi açıkça bu duruma işaret eder. Şu halde bir müzik alanındaki bir fikri ürün sadece hususiyet taşıyan bir yaratma olgusu ile eser vasfını kazanacaktır.

(FSEK. m. 1/ B, b. (e))”. “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 taşıyıcı fizik ortama” ise “*Fonogram*” denilmektedir (FSEK. m. 1/ B., b (f))”. Söz konusu terimleri birer örnekle açıklamak gerekirse; bir bestenin dinleyici kitlesine ulaşımını sağlamak amacıyla stüdyo ortamında seslendirilmek suretiyle kaset, CD, plak vb. teknik araçlara kayıt işlemi, kanuni tanımla bir “tespit”tir. Söz konusu tespitte eserin dinleyici kitlesine ulaştırılmasını kolaylaştıran kaset, CD, plak, bilgisayar sabit diski gibi ses taşıma özelliği bulunan araçlar ise “ fonogram” olarak adlandırılmaktadır.

⁹³ “..bir besteye “dinlenecek eser” vasfının izafesi, plağa alınmasından yahut bu bestenin nota şeklinde ifade edilmiş olmasından ileri gelmemekte, daha açık bir tabirle, plağa alınma yahut nota şeklinde ifade, bu hususta bir kıstas teşkil etmemektedir...bir senfoni çalınmak için ve dolayısıyla dinletmek maksadıyla bestelenir.” Hirsch, **a.g.e.**, s.39.

⁹⁴ Bir müzik eserinin yaratılması maddi bir fiildir. Bu sebeple eser sahibinin bu statüyü kazanabilmesi için fiil ehliyetine sahip olmasına dahi gerekmemektedir. Fiil ehliyeti, eser sahibinin hak ve borç sahibi olacağı hukuki işlemlerde, örneğin müzik eseri üzerindeki hakların devri yahut lisans verilmesi halinde bir anlam ifade etmektedir. Arslanlı, a.g.e, s. 61 vd.; Tekinalp, a.g.e, N. 1 s. 133 vd. ; Cem Baygın, “Fikri Hukukta Eser Sahibi ve Eser Üzerindeki Mali Hakları Kullanmaya Kanunen Yetkili Sayılan Kişiler”, **Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı**, C. I, İstanbul, Beta, 2002, s. 146 vd.

⁹⁵ Gökyayla, **a.g.e.**, s. 91.

2. Multimedya (Multimedia) Ürünler

Müzik eserleri, değişime açık günümüz teknoloji çağının istek ve koşullarına en hızlı uyum sağlayan eser türlerindedir. “Multimedya” (**multimedia**) kavramı da bu hızlı değişimin bir sonucu olup, çalışmamız bakımından özellikle incelenmesi gerekmektedir.

“Multimedya”, “**multi**” ve “medya” (**media**) kelimelerinden oluşan birleşik bir kelimedir. Latince “**multi**”, aslında bir ön ek olup, “çok” manasına gelir⁹⁶. “Medya” kelimesi ise, her türlü bilgi ve verinin kamuya iletiminde kullanılan araçların bütününe ifade etmektedir⁹⁷. Bu iki kelimedenden oluşan “multimedya” teriminin ise tam bir anlam karşılığı bulunmamakta, kavrama çok farklı anlamlar yüklenmektedir.⁹⁸

Yılmaz⁹⁹, makalesinde multimedya kavramına ilişkin şu tanımlara yer vermektedir: “*Multimedya, video, metin, resim, fotoğraf, görsel ve işitsel araçlar, grafikler, animasyon ve yazılım kodu gibi telif hakkıyla korunabilir çok sayıdaki araç parçalarının birleşimidir.*”; “*Multimedya, çoklu araç formlarının bir temsilde birlikte kullanımı; özellikle eğitsel amaca veya eğlenceye yönelik olarak film, slayt, müzik gibi çeşitli araçların birleşik kullanımı; ses, müzik, video, fotoğraf, üç boyutlu grafikler ve animasyon gibi araçlardan en az birinin metinle beraber bir bilgisayar programına dahil olması anlamına gelmektedir.*”

Memiş¹⁰⁰, kavramı “*sinema filmi, müzik ve resim verilerini içeren değişik medya ürünleri*” şeklinde tanımlamıştır. Tekinalp¹⁰¹ ise, “multimedya”nın basit sözcük karşılığının “*çokluortamlı iletim*” anlamına geldiğini ifade etmektedir.

⁹⁶ Murat Yılmaz, “ Dijital Kütüphanelerde, Elektronik Veri Tabanlarında ve Multimedya Ürünlerinde Telif Hakkı Sorunu”, **FMR.**, Y.5, C.5, S.1, 2005, s. 93

⁹⁷ Tekinalp, **a.g.e.**, N. 60, s.94

⁹⁸ Kavram, **web** sitelerinin, video oyunlarının, dijital ortamda yer alan kombinasyonların veya aranjmanların karşılığı olarak kullanılabilir. Bu konuda bkz. Tekinalp, **a.g.e.**, N. 63, s.122

⁹⁹ Yılmaz, **a.g.m.**, s.94.

¹⁰⁰ Tekin Memiş, **Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu**, Ankara, 2002, Seçkin, s.36.

Yukarıda verilen tanımlar birlikte ele alındığında, multimedya kavramı ile ilgili olarak iki önemli özelliğin göze çarptığı görülecektir. Bunlardan ilki, multimedya kavramının, *dijitalleşmenin*¹⁰² bir getirisi olduğudur. Teknolojik alandaki gelişmeler, bir eserin vücuda getirilmesindeki alışılmış yöntemleri de etkilemiş, bunun sonucu olarak müzik eserlerinin ve diğer eser türlerinin üretilmesinde ve/ veya muhafazasında bilgisayar ve diğer yardımcı teknik elemanlardan yararlanma oldukça yaygınlaşmıştır. Bir müzik eseri (veya diğer bir eser türü) bilgisayar ve diğer yardımcı teknik elemanların kullanılması ile oluşturulmakta, yahut mevcut bir eser bilgisayar ortamına sonradan aktarılmakta, sonuç itibari ile eserler sayısal hale, dijital biçime dönüştürülmektedir. Kısacası multimedya kavramı, müzik eserlerinin (veya diğer eser türlerinin) bilgisayar ortamında sayısal hale dönüştürüldüğü, saklandığı (depolandığı) ve iletimin yapıldığı bir tekniği ifade etmektedir¹⁰³. Bu gerçekten hareketle Tekinalp¹⁰⁴ multimedya'yı, “*bilgisayar programlarının desteğiyle, bilgilerin ve verilerin üretimine, işlenmesine, şekillendirilmesine, renklendirilmesine, seslendirilmesine ve iletilmesine ilişkin bir teknik*” olarak tanımlamaktadır.

Multimedya kavramının göze çarpan diğer özelliği ise, değişik medya elemanlarının¹⁰⁵ tek bir yapı içinde birleştirilmesidir¹⁰⁶. Örneğin bir **web** sayfasında müzik, ses, metin, fotoğraf, grafik gibi birçok öge birleştirilerek bir yapı¹⁰⁷ oluşturulmakta, bu öğeler bir bütün halinde sunulmaktadır.¹⁰⁸

¹⁰¹ Tekinalp, **a.g.e.**, N. 60, s. 120

¹⁰² Memiş, eserinin “ *Eserin Niteliği Olarak Dijitalleşme*” başlıklı kısmında şunlara değinmektedir: Yazara göre *dijitalleşme*, ancak bir fikri ürün “eser” vasfını kazandıktan / olarak ortaya çıktıktan sonra söz konusu olabilecektir. *Saklanma ve aktarılma aşamalarında bilgilerin sayısal biçimlere dönüştürülmesini* ifade eden dijitalleşme, yazı, resim ve seslerin hızlı bir şekilde internet ortamında nakledilmesine imkan veren yeni bir teknolojiye başka bir şey değildir. Bu haliyle dijitalleşme, teknik bir yenilik olup, telif haklarında mevcut müesseselerin yenilenmesi sonucunu doğurmamaktadır. Fikri hukukun temel problemleri, dijital hale getirilmiş eserler için de geçerlidir. Bkz. Memiş, **a.g.e.**, s. 35.

¹⁰³ Tekinalp, **a.g.e.**, N:60, s. 120; Memiş, **a.g.e.**, s. 35-36; Sevilay Eroğlu, “İnternette “Aktif Link”ler Yoluyla Fikri Haklara Müdahale”, **Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan**, C.II, İstanbul, Beta, 2003, s. 215; Yılmaz, **a.g.m.**, s.95; Suluk-Orhan, **a.g.e.**, s.31.

¹⁰⁴ Tekinalp, **a.g.e.**, N:60, s. 120

¹⁰⁵ Bunlar FSEK. kapsamında “eser” olarak nitelendirilebilen fikri ürünler olabileceği gibi, eser niteliği bulunmayan fikri emek ürünleri de olabilir.

¹⁰⁶ Memiş, **a.g.e.**, s.36; Yılmaz, **a.g.m.**, s. 95.

¹⁰⁷ Örnekteki **web** sayfasında müzik eseri olarak nitelendirilebilecek besteler ile birlikte eser vasfı bulunmayan sesler, görüntüler, harfler/yazılar söz konusu yapı içinde birlikte kullanılmış olabilir. Yahut müzik eserleri ile birlikte yine FSEK.’e göre eser sayılan fotografik eserler ve slaytlar (FSEK. m.

Şimdiye kadar yapılan açıklamalar ve FSEK. kapsamında müzik eserleri birlikte ele alındığında, multimedya kavramına ilişkin şu sonuçlara varılabilecektir: “*Multimedya eser*” adı altında yeni bir eser türü bulunmamaktadır¹⁰⁹. Multimedya, FSEK. kapsamında eser niteliği bulunan yahut bulunmayan verilerin bilgisayar ortamında sayısal hale dönüştürülerek, bunların üretilmesinde, saklanmasında ve iletiminde yararlanılan kolaylaştırıcı bir tekniktir¹¹⁰. Bu tekniğin kullanılması, bu yolla ortaya çıkan fikri emek ürününe -genel olarak- “eser” (FSEK. m. 1/B, (a)), -özel olarak ise- “müzik eseri” (FSEK. m. 3) vasfını kazandıramaz. Örneğin bu teknik yardımıyla yapılan bir beste, bu teknikten yararlanması sebebiyle değil, FSEK. kapsamında bir müzik eserinin özelliklerini taşıdığı için müzik eseri olarak kabul edilebilecektir.

Diğer yandan FSEK. m. 3 hükmü anlamında bir beste veya güftenin, video, resim, fotoğraf, grafik vb. öğelerle bir bütün halinde sunulması da, bir müzik eserinden bahsetmekte baz alınacak bir kriter değildir. Multimedya, dijitalizasyonu gerektirdiğinden, dijital biçime sokulmuş bütünlük içindeki unsurlar neredeyse birbirinin içine geçmiş durumdadır. Zira resim, ses, metin gibi tüm unsurlar aynı formata, dijital biçime dönüştürülmüşlerdir. Ancak bir eserin ne şekilde ifade edildiği, bu kapsamda dijital biçimde bir bütünlük içinde sunulmasının, eser vasfının kazanılmasında bir rolü bulunmamaktadır. Söz konusu bütünlük içinde yer alan beste veya güfte, FSEK. kapsamında gerekli şartları taşıyor ise başlı başına bir müzik eseri (FSEK. m. 3) olarak nitelendirilir ve FSEK. himayesinden yararlanır¹¹¹. Multimedya ürün adı altında oluşturulan söz konusu bütünlük ise, somut olayın

4/ b. 5), grafik eserler (FSEK. m. 4/b. 6) ve diğer eser sayılan medya elemanları birlikte kullanılmış olabilir.

¹⁰⁸ Her yeni teknik gelişme ve gelecekte ortaya çıkacak her yeni medya elemanına bağlı olarak multimedya kavramı da genişlemesini ve karmaşıklığını devam ettirecektir.

¹⁰⁹ Tekinalp **a.g.e.**, N:63, s. 122; Eroğlu, **Link**, s. 222.

¹¹⁰ Tekinalp **a.g.e.**, N:63, s. 122

¹¹¹ Bu konuda bkz. Eroğlu, **Link**, s. 218. FSEK. sistemine bakıldığında fikri emek ürünlerine sağlanan korumanın münferit eserlerle ilgili olduğu görülmektedir. Münferit eserler bir araya gelerek, karmaşık bir şekilde iç içe geçerek bir bütün yapı oluşturabilirler. Ancak her bir münferit eser, bu bütünlükten ayrı tutularak tek başına korunabilecektir. Örneğin multimedya ürünlere benzer şekilde birden çok ürünü bünyesinde barındıran ve bütün bir yapı sergileyen reklam filmlerinde öncelikle reklam metni, müzik, resim veya fotoğraf gibi eserler veya icralar tek başına korunmaktadır. Bu konuda bkz. Arslan Kaya, “ Reklamın Fikri Mülkiyet Hukuku İçindeki Yeri”, **Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı**, C. I. , İstanbul, Beta, 2002, s. 467-469.

özelliklerine göre, FSEK. kapsamında gerekli şartları taşımak şartıyla, bir “eser”¹¹² (FSEK. m. 1/B, (a)), yahut genelde olduğu şekliyle bir “işlenme eser”dir¹¹³ (FSEK. m. 1/B, (c), FSEK. m. 6) .

¹¹² Eroğlu, Alman öğretisinde, multimedya kavramı adı altındaki bütünlüğün sinema eserlerine benzetildiği, bu bahisle bütünlüğün bağımsız bir eser türü olarak nitelendirilmesinin savunulduğunu belirtmektedir. Bu görüşe göre, multimedya ürünler de sinema eserlerinde olduğu gibi birçok eserin (yahut eser niteliği bulunmayan medya aracının) birleşmesinden oluşan bir bütünlüktür. Sinema eserleri ise, sinema eserinin kendisini oluşturan eserlerden bağımsız bir eser türü niteliğine sahiptir (FSEK. m. 5). (Sinema eserlerinin, kendisini oluşturan eserlerden bağımsız bir eser türü olduğu hususunda bkz. Naci Kınacıoğlu, “Sinema Eserleri ve Bunlarda Eser Sahipliği”, **Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, BTHAE.**, Ankara, 1998, s . 210 vd.) Bu bağlamda Eroğlu’nun belirttiği Alman öğretisindeki görüş uyarınca, multimedya ürünlerin de sinema eserleri gibi bağımsız bir eser türü olduğu kabul edilmelidir. (Eroğlu, **Link**, s. 221 dn. 59’da anılan yazarlar) Eroğlu ise haklı olarak, bu görüşün FSEK. sistematüğinde kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. Zira FSEK.’de sinema eserleri bağımsız bir eser türü olarak kabul edilmiştir. Buna karşın multimedya ürünler için böyle açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Şu halde multimedya ürünler, sinema eseri gibi bir eser türü değildir. Bununla birlikte duruma göre şartları mevcut ise yine de söz konusu bütünlük FSEK.’de sayılan eser kategorilerinden birisine dahil olabilecektir. Burada birden fazla eser sahibinin birlikte vücuda getirdiği müşterek eser sahipliği (FSEK. m. 9) veya iştirak halinde eser sahipliği (FSEK. m. 10) söz konusu olabilecektir. Bkz. Eroğlu, **Link**, s. 221-222. Birden çok medya ürünün bir araya gerilmesi ile birlikte ortaya çıkan “yapı”, FSEK’de bir istisna olarak sadece sinema eserlerinde bağımsız bir eser kabul edilmiştir. Kanun koyucunun bir bütün oluşturacak birden çok ürünü bünyesinde bulunduran yapıya yaklaşımı, birlikte eser sahipliği (veya durma göre işlenme eser veya derlenme eser) olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira, FSEK. ile sağlanan korumanın öncelikle münferit eserlerle ilgili olduğu görülmektedir. Bu konuda bkz. Kaya, **Reklam**, s. 467-469.

¹¹³ Tekinalp, **a.g.e.**, N:63, s. 123; Eroğlu, **Link**, s. 222.

II. İNTERNET

En basit tanımı ile internet, birden fazla bilgisayarın belirli bir yõteme uygun olarak birbiri ile bağlantı kurmasını sağlayan geniş bir iletişim ađıdır¹. Söz konusu iletişim ağı sistemi, bu sisteme dahil bilgisayarlardan meydana gelmektedir². Sisteme dahil bilgisayarlar, TCP/ IP (**Tranmission Control Protocol/ İnternet Protokol-Transmisyon Kontrol Protokolü/ İnternet Protokolü**) adı verilen “ortak bir dil” yardımıyla birbiri ile veri alışverişi sağlamaktadır. Veri, veri yolu (**data highways**) ve bunları birbirine bağlayan bilgi ağlarını takip ederek transfer edilmektedir³.

Birden çok bilgisayarın geniş bir iletişim ağı ile birbirine bağlanması fikri, ilk kez 1957 yılında, nükleer saldırılara karşı savunma stratejileri geliştirme ihtiyacı hisseden Amerika Birleşik Devletleri Savunma Bakanlığı tarafından ileri sürölmüştür. Bu amaçla verilerin aynı zamanda birden çok hat üzerinden gönderilebilmesine imkan tanıyan haberleşme ağı, ARPANET⁴ oluşturulmuřtur⁵. ARPANET, giderek silahlı kuvvetler ile birlikte savunma sanayi müteahhitleri ve savunma ile ilgili araştırmalar yürüten üniversitelerin de dahil olduğu geniş bir iletişim ağı halini almıştır. 1990’lı yıllardan sonra ise sistem, diğer üniversiteler ve araştırma kurumları gibi sivil kaynaklı kullanıma açılmış ve ağa her geöen gün artan sivil katılım ile internet, bugünkü konumuna gelmiřtir⁶. İnternetin diğer ismi olarak anılan “www” (**world wide web**), bu geniş iletişim ağını yansıtır şekilde, *dünyayı saran ağ* olarak ifade edilir⁷.

İnternet, sahip olduğu geniş iletişim ağı ile sisteme dahil dünya üzerindeki bütün bilgisayarların birbiri ile veri alışverişine imkan tanımaktadır. Çalışma konumuz

¹ Memiş, **a.g.e.**, s. 20. İnternet konusunda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Aslan İnan, **İnternet El Kitabı**, Ankara, Sistem Yayıncılık, 2000, s. 10 vd.

²Sait Güran/ Teoman Akünal/ Köksal Bayraktar/ Erdener Yurtcan / Abuzer Kendigelen / Önder Beller / Bülent Sözer; **İnternet ve Hukuk**, Superonline Workshop Metni, s. 35 vd. (Öngören, **a.g.e.**, s. 49’ dan naklen).

³ Mustafa Topaloğlu; **Bilişim Hukuku**, Adana, Karahan Kitabevi, 2005, s. 81; İnan, **a.g.e.**, s. 8.

⁴ Bu sistem, ARPA (**Advanced Research Projects Agency / Gelişmiş Araştırma Projeleri Ajansı**) tarafından oluşturulduğundan anılan ismi almıştır. Bkz. İnan, **a.g.e.**, s. 2 vd.

⁵ Topaloğlu, **a.g.e.**, s. 81

⁶ Bu konuda bkz. Topaloğlu, **a.g.e.**, s. 81 ve Savaş Bozbel, “İnternet Üzerinden Yapılan Hukuki İşlemler ve Bu Konudaki 97/7 Sayılı AB Yönergesi ile Alman ve İsviöredeki Düzenlemeler”, (evrimiöi), <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/SBozbel.html>, 10.03.2006.

⁷ Memiş, **a.g.e.**, s. 20.

açısından olaya bakıldığında, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında korunan müzik eserleri de internet kullanıcılarının bilgisayarlarından ağa aktarabilecekleri, yahut ağdan bilgisayara indirebilecekleri bir veri konumundadır. Bu veri transferi, bazı durumlarda müzik eserlerine ilişkin FSEK. ile düzenlenmiş bazı hakları ihlal eder niteliktedir. İhlallerin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında hukuken ele alınmasından evvel, bunların teknolojik altyapılarının ele alınması yerinde olacaktır. Zira konunun hukuken açıklığa kavuşturulabilmesi internet teknolojisinin öncelikle anlaşılmasına bağlıdır. Bu bağlamda tezin bu bölümünde, çalışmada sıklıkla karşılaşılabilecek bazı internet terimlerine yer verilmiş, ardından ise müzik eserlerine ilişkin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamındaki hakların internet vasıtası ile ihlal edilmesinde kullanılan teknik altyapı ve bunların kullanılması ile oluşan belli başlı yöntemler ele alınmıştır.

A. İnternet Terimleri

1. İnternet Altyapısını Oluşturan Birimler

a. Telefon/ Telekomünikasyon İdareleri

İnternet sisteminin ilk basamağını telefon/ telekomünikasyon idareleri oluşturmaktadır. Zira internetin ana altyapısını oluşturan ağ, aslında telefon hatlarından oluşmaktadır. Veri transferi bildiğimiz telefon hatları ile mümkün olmaktadır.

İnternet servis sağlayıcıları (İSS.), internet hizmeti sunacakları telefon hatlarının tahsisi için telefon/ telekomünikasyon idareleri ile sözleşme kurarlar⁸. Sözleşme ile telefon/ telekomünikasyon idareleri, İSS.'lere internet bağlantısına özgü

⁸ Güran et.al.; **a.g.e.**, s. 35 vd. (Öngören, **a.g.e.**, s. 78'den naklen).

kullanılan “data hat”ları İSS’lere tahsis eder⁹. Türkiye’de Türk Telekom (Türk Telekomünikasyon AŞ.), telekomünikasyon idaresi konumundadır¹⁰.

b. İnternet Servis Sağlayıcıları / İSS. (İnternet Service Provider/ ISP.)

İngilizce karşılığı **İnternet Service Provider (ISP.)** veya **İnternet Provider** olan internet servis sağlayıcıları (İSS.’ler), gerçek veya tüzel kişilere internet servislerini tamamen veya kısmen, belirli bir ücret karşılığı sunan kuruluşlara verilen addır. İSS’ler, bu kişilerin internete bağlanabilmelerini, internet yolu ile iletişim kurmalarını sağlayan aracı kuruluşlardır. İnternete bağlanma ancak bir İSS üzerinden erişim ile mümkün olabilmektedir¹¹. Bu itibarla bir bakıma internetin anahtarı İSS’lerin elinde bulunmaktadır^{12,13}.

İSS’ler bakımından dikkati çeken husus, İSS’lerin birden fazla fonksiyona sahip olmalıdır. Bu özellik, sahip olduğu çok işlevselliğe bağlı olarak İSS’lerin mevcut bir ihtilaf karşısında birçok açıdan sorumluluğunun tartışılmasını gündeme getirmektedir¹⁴. Mesela, temel fonksiyonları itibariyle İSS’ler, internete girişi ve internet ortamındaki verilere erişimi mümkün kılan aracı anahtar vazifesi görmektedir. Bu haliyle İSS’ler erişim sağlayıcı (**access- provider**) konumundadır. Diğer yandan İSS’ler, kendileri tarafından veya başka kişilerce hazırlanan verileri internet ortamına aktarma vazifesi görürler. Bu haliyle İSS’ler sunucu (**server**) veya içerik sağlayıcı (**content- provider**) konumundadır. Aynı zamanda İSS’ler verilerin depolandığı, saklandığı devasal bir bilgisayar vazifesi de görürler. Bu haliyle ise İSS’ler, depo sağlayıcı/ barındırma hizmeti veren (**host- provider**) konumundadır. Bu özellikleri

⁹Önder Demir; “İnternet Servis Sağlayıcısının Cezai Sorumluluğu”, (Çevrimiçi), <http://bilisimsurasi.org.tr/dosyalar/29.txt>, 10.03.2006.

¹⁰ Topaloğlu, **a.g.e.**, s. 100.

¹¹ Demir, **a.g.m.**, s. 21.

¹² Topaloğlu, **a.g.e.**, s.101.

¹³ Somuta dökülmesi bağlamında, superonline, e-kolay, tt-net, turk.net gibi internete erişimi sağlayan şirketler servis sağlayıcılarına örnek olarak gösterilebilir.

¹⁴ İSS’lerin sorumluluğu için bkz. aşt. başlık IV, D, 2, b. “İnternet Servis Sağlayıcıları/ İSS.’ler”.

neticesinde İSS'lere özgü olarak yapılacak tespit, İSS'lerin iç içe geçmiş bir çok fonksiyona sahip, internet altyapısını oluşturan temel birimlerden biri olduğudur.

c. Sunucu (Server)

Belli kapasitesi olan ve diğer bilgisayarlara hizmet sağlayan bilgisayarlara sunucu denilmektedir¹⁵. Başka bir deyişle sunucu, verilerin depo edildiği ve diğer bilgisayarlara bu verilerin sunulduğu manyetik bir ortamdır¹⁶. Sunucu, kendisine veya başkalarına ait verileri depolamakta ve onları diğer bilgisayarların erişimine sunmaktadır. Bu işlem, sunucu programları (**server software**) yardımı ile yürütülmektedir¹⁷.

Her İSS, bir sunucu kullanır. Ancak sunucu, İSS'lere özgü bir kavram değildir. İSS'ler, sunucu olarak depoladıkları verileri internette sunmak isteyen özel ve kamu kişileri ile sözleşme kurar. Bu sayede sunucular, İSS'den sağladıkları teknik destek ile depoladıkları verileri internette yayınlama imkanı elde eder¹⁸.

d. Host

Host, verilerin dijital ortamda saklandığı internete bağlı bulunan bilgisayardır¹⁹. Örneğin bünyesinde yazılımlar, metin belgeleri, sesli, görüntülü ve başka türlü veriler bulunan İSS.'lere ve sunuculara, host denilmektedir²⁰. İSS'nin ya da İSS dışındaki özel bir sunucunun, başkasına ait bir bilgiyi kendi bilgisayarında depolayarak internette yayınlaması işlemine ise "**hosting**" denilmektedir²¹.

¹⁵ Memiş, **a.g.e.**, s.20

¹⁶ Demir, **a.g.m.**, s. 15

¹⁷ Memiş, **a.g.e.**, s. 20

¹⁸ Sait Güran et.al.; **a.g.e.**, s.20(Öngören, **a.g.e.**, s. 49'dan naklen).

¹⁹ Topaloğlu, **a.g.e.**, s. 103

²⁰ Topaloğlu, **a.g.e.**, s. 103

²¹ Demir, **a.g.m.**; s. 17.

e. İçerik Sağlayıcılar (Content Providers)

İçerik (**content**), internet ortamına aktarılan “şey”i ifade etmektedir. Bu bakımdan içerik kavramının içinde bir çok şey mütalaa edilebilir²². Resimli veya resimsiz bir haber; bütünüyle bir gazete; belirli kurumlara ilişkin bilgi ve belgeler; konumuz açısından ise müzik eserleri, birer “içerik” konumundadır.

En genel tanımıyla içerik sağlayıcılar, bir bilgi ya da belgeyi internet ortamında yayınlanacak şekilde düzenleyenlerdir. İçerik sağlayıcı gerçek kişi yahut tüzel kişi olabilir. İnternette yayınlanan bilgi ve belgeler **web** sayfası olarak tarayıcılara (**browser**) yansıtıldıklarından, bir **web** sayfasının sahibinin içerik sağlayıcısı olduğunu söyleyebiliriz (Gerçek zamanlı içerik/ **Real- time Content**). Aynı zamanda bir dosya ya da bilgiyi kullanıcıların kendi bilgisayarlarına yüklemelerine yönelik hizmet verenler de içerik sağlayıcısı konumundadırlar (İndirilebilir İçerik / **Downloadable Content**)²³.

İçerik (content) kavramına ilişkin olarak ikili bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre içerik, “kendi içeriği” ve “başkasının içeriği” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kişinin internet ortamına taşıdığı içerik, bizzat kendisi tarafından hazırlanmış ise “kendi içeriği”nden, bir başkası tarafından hazırlanmış bir içerik ise “başkasının içeriği”nden bahsedilir²⁴. İçerik sağlayıcılar, kendi içeriklerini yahut başkasına ait içerikleri internet ortamına aktarabilmektedir.

f. Kullanıcılar

Kullanıcılar, bilgisayarları vasıtasıyla internet ağına bağlanan, internette yayınlanmakta olan bilgi ve belgeleri izleyen, okuyan ve bu verileri bilgisayarlarına indiren yahut bilgisayarlarındaki verileri internet ağına yükleyen öznelerdir.

²²Tekinalp, a.g.e, N.139; s. 329.

²³ Topaloğlu, a.g.e., s. 103-104 ; Demir, a.g.m., s. 12

²⁴ bu konuda bkz. Tekinalp, a.g.e, N. 139, s. 329.

2. Dosya İndirme (Download)

İnternet üzerinden kullanıcının bilgisayarına veri kopyalamasına verilen addır²⁵. Bununla internet ortamında yer alan bir verinin bilgisayara indirilmesi, yani bilgisayara aktarılması kastedilmektedir.

3. Dosya Yükleme (Upload)

Kullanıcının, bilgisayarından internet ağındaki bir başka sayfaya dosya kopyalamasına denilmektedir. Bu kopyalama işlemi için genellikle bir FTP (**File Transfer Protocol**- Dosya Aktarım Protokolü) kullanılmaktadır²⁶.

4. İnternet Protokolü / İP (IP. / İnternet Protocol)

İnternet temel olarak bilgisayarların birbirlerine telefon hatları yardımı ile bağlanmalarından oluşan bir sistemdir. Bu sisteme bağlanan her bilgisayarın otomatik olarak bir tanımlama kodu (IP), yani bir adresi bulunmaktadır. IP numarası, İSS tarafından kendi üzerinden internete bağlanan bilgisayara atanır. Her İSS belirli rakamlar arasında IP numarasına sahiptir ve kendi üzerinden bağlanana belirli numaraları sırayla atarlar²⁷. Atanan IP numarası, noktalarla birbirinden ayrılan dört rakam grubundan oluşmuş tek bir adres şeklindedir. Örnek olarak bir internet kullanıcısının IP'si, “195.175.68.4” şeklindedir.

5. Önbelleğe Kayıt (Caching)

Bilgisayara herhangi bir veri aktarıldığında, bu verinin bilgisayar ekranında görüntülenebilmesi için verinin öncelikle bilgisayar ön belleğine (RAM) alınması gerekmektedir. Önbelleğe kayıt (**caching**), verinin görüntülenebilmesi için zorunlu

²⁵ Memiş; **a.g.e.**, s.21.

²⁶ Memiş, **a.g.e.**, s. 21.

²⁷ Demir, **a.g.m.**, s. 24.

bir teknik çoğaltma işlemidir. Önbellekte yapılan bu kayıt, bilgisayar kapatılana kadar saklanmakta ve bilgisayar kapandığında otomatikman silinmektedir²⁸.

6. Routing

Milyonlarca bilgisayarın birbirine bağlandığı internet ağında veriler, ağ üzerinde çok sayıda yolu takip ederek ilerlemektedir. Takip edilen yol üzerinde bir çok durak (**router**) bulunmaktadır. **Router**'lar hem ağları birbirine bağlama vazifesi görmekte, hem de ağ üzerindeki veriyi diğer bilgisayara yönlendirmektedir. Verinin söz konusu usulle diğer bilgisayarlara transfer edebilmesi için **router**'lar tarafından kaydedilmesi gerekmektedir. İşte **routing**, bir verinin internet ağından kullanıcının bilgisayarına (hedef bilgisayara) ulaşana kadar değişik duraklarda kaydedilmesi işlemidir²⁹.

7. Arama Motorları (Search Engines)

Web siteleri içinde yada internet üzerinde arama yapan programlara verilen addır. Bu program yardımı ile programın ekrandaki yazı hanesine bir kavram girilmekte, program bu kavramın yer aldığı verileri otomatik olarak ekranda sıralamaktadır. Yapılan bu işleme sorgu (**query**) denilmektedir.

8. Link (Bağlantı / Çengel)

Link, metin, işaret veya ses ile ifade edilen içerikler ile bağlantı kurulmasını ve bu sayede bu söz konusu içeriğe doğrudan erişimi sağlayan bir tekniktir. İnternette her dosyanın/verinin URL³⁰ adı verilen bir adresi bulunmaktadır. **Link**'ler vasıtasıyla URL ile tanımlanmış içeriğe doğrudan erişim sağlanır. Bunun için oluşturulan **link**'in

²⁸ Memiş, a.g.e., s. 113.

²⁹ Memiş, a.g.e., s. 114.

³⁰ **Uniform Resource Locator**

tıklanması gerekmektedir. Tıklama, **link**'i faaliyete geçiren bir komuttur ve otomatikman **link** ile bağlanan içeriğe erişimi sağlar.³¹

Link verme, dahili (**intern**) ve harici (**ekstern**) **link** olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Harici **link**'te internet kullanıcısı, **link**'in tıklanması suretiyle **link**'in mevcut olduğu sayfa dışında bir sayfaya veya bu sayfanın içeriğine otomatikman yönlendirilmektedir. Dahili **link**'te ise, internet kullanıcısı, **link**'in bulunduğu sayfa dışında bir sayfaya yönlendirilmemektedir. Burada kullanıcı **link** verilen sayfada kalmakta, verilen **link**'in bağlı olduğu içeriğe bu sayfa içinde erişilmektedir³². Örneklersek; “www. tez. com” şeklindeki bir **web** sayfasında verilen harici **link**, diğer bir **web** sayfasının otomatikman açılmasını sağlar. Dahili **link**'te ise **link** tıklandığında kullanıcı “www.tez.com” sayfasında kalmakta, bununla birlikte sayfadaki –örneğin- alt başlıklar altında sıralanmış içerik açılmaktadır.

9. Çerçeve İçine Alma (Frames)

Çerçeve (**frame**), **web** sayfalarında ekranı çeşitli bölmelere ayırmada kullanılan bir tür programdır. Bir çerçeve etkin kılınarak yeni bir sayfaya bağlanılırken, aynı zamanda önceki sayfadaki görüntüler de korunmaktadır. Yani çerçeve içine almada açılan yeni sayfa, mevcut sayfanın içinde bir bölümde mevcut sayfa ile birlikte iç içe görüntülenmektedir.

Çerçeveleme ile bir **web** sayfasında yer alan içerik, yine aynı **web** sitesi içinde bir çerçeve içinde görüntülenebilmektedir. Burada çerçeveleme, **web** sayfasının kendi iç düzenini belirlemeye ilişkin bir yöntemdir. Örneğin bir **web** sayfasında yer alan başlık şeklindeki **link**'ler tıklandığında o alt başlığa ait bir içerik, çerçeve içinde yine aynı sayfa içinde görüntülenecektir. Bununla birlikte, çerçeve içinde diğer bir **web** sayfasının içeriğinin görüntülenmesi de mümkündür. **Web** sayfasında verilen **link** tıklandığında diğer **web** sayfasının içeriğine erişilmekte, bu içerik mevcut **web**

³¹ Bu konuda bkz., Eroğlu, **Link**, s. 211 vd.

³² Bu konuda bkz. Tekin Memiş, “Fikri Hukuk Bakımından Link ve Frame Verilmesi”, <http://www.teknoturk.org/docking/yazilar/tt000110-yazi.htm>, 05.05.2006.

sayfası içinde bir çerçevede görüntülenmektedir³³. Burada dahili **link**'lere benzer bir durum söz konusudur. Ancak dahili **link**'lerde bir **web** sayfasının sadece belirli bir metni veya grafiği görüntülenmekte iken “**frame**” vermede **link** verilen tüm sayfa görüntülenmektedir³⁴.

10. Senkron ve Asenkron Kullanım

Dijital hale getirilmiş müzik eserlerine ilişkin olarak *offline* ve *online* kullanım olmak üzere ikili bir ayırım yapılmaktadır³⁵. **Offline** kullanım, **CD**. (**Compact Disc**), **CD-R** (**CD Recortable**), taşınabilir bellek gibi veri taşıma özelliği olan vasıtalarla kullanımı ifade ederken; **online** kullanım, radyo, kablolu yayın ve internet ortamındaki kullanımı ifade eder. **Online** kullanım da kendi içinde senkron ve asenkron kullanım olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. *Senkron kullanımda*, radyo veya televizyon yayınlarında olduğu gibi *eş zamanlı bir tüketim* söz konusudur. Örneğin radyo dinleyicileri eş zamanlı olarak sunulan radyo yayını dinlemektedir. *Asenkron kullanımda* ise eş zamanlı tüketim söz konusu değildir. Örneğin bir **web** sayfasında sunulan makale ele alınırsa, söz konusu makale **web** sayfasında hazır olarak bekletilmekte ve fakat internet kullanıcılarına eş zamanlı olarak sunulmamaktadır. İnternet kullanıcıları, diğer kullanıcılardan bağımsız olarak diledikleri zaman makaleye interaktif olarak erişebilmektedir³⁶.

³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Memiş, **Link ve Frame**, s. 14; Topaloğlu, **a.g.e.**, s. 152; Eroğlu, **Link**, s.213-214.

³⁴ Memiş, **Link ve Frame**, s. 20.

³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Memiş; **a.g.e.**; s. 38; dn. 22-24'de anılan yazar. Ayrıca bkz. Tekinalp, **a.g.e.**, N.61, s. 121.

³⁶ İnternet ortamında sunulan bütün veriler, asenkron kullanıma örnek oluşturmaz. İnternet üzerinden yapılan radyo ve televizyon yayınları, senkron kullanıma örnektir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Memiş; **a.g.e.**; s.37

B. İhlallerde Kullanılan Araçlar ve Yöntemler

Teknoloji, hayatımızı son derece kolaylaştırıcı imkanlar sunmaktadır. Örneğin sayfalar dolusu bir makale paketleme, kargoya verme vb. sorunlar yaşanmaksızın sıkıştırma programları ve elektronik posta (e-posta) yardımı ile alıcısına sorunsuz gönderilebilmektedir. Bununla birlikte hayatı kolaylaştırıcı imkanlar sunan teknoloji, umuma iletim hakkına yönelik ihlalleri de kolaylaştırmıştır. Aynı sıkıştırma programı ve elektronik posta yardımıyla Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile korunan yüzlerce müzik eseri, eser sahibinin izni olmaksızın internet ağına aktarılmakta ve yüzlerce kişiye sunulmaktadır.

Teknik yeniliklerin, daha doğru bir ifade ile bunları geliştiren ve üretenlerin bizzat FSEK. ile korunan maddi ve manevi hakları haleldar etmediği açıktır. Amerika Birleşik Devletlerinde cereyan eden Sony- Universal Studio Davası³⁷ böyle bir sonuç çıkartılamayacağını gösteren bir dava niteliğindedir. Uyuşmazlık, Sony Şirketi tarafından üretilen video kayıt cihazlarının, Universal Studio'ya ait eserlerin kaydedilmesinde kullanılması üzerine ortaya çıkmıştır. Davacı taraf, fikri hak ihlallerini kolaylaştırması sebebiyle Sony Firmasının ihlallerden sorumlu tutulmasını talep etmiştir. Amerikan Yüksek Mahkemesi ise -çok yerinde olarak- söz konusu video kayıt cihazlarının fikri hak ihlalleri için üretilmediğini, bu cihazların fikri hakları ihlal etmeksizin de kullanılabileceğini belirterek talebi reddetmiştir.

Bu başlık altında amacımız, müzik eserlerinin internet ortamına aktarılması yolu ile umuma iletim hakkının ihlal edilmesinde sıklıkla kullanılan teknolojik araçlara ve bunlara bağlı ortaya çıkan yöntemlere işaret etmek istememizdir. Somut olayda umuma iletim hakkının ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesinde, ihlalde kullanılan teknolojik araçların bilinmesi gerekmektedir. Nitekim söz konusu araçlar geniş kitleler tarafından FSEK. ile korunan hakları ihlale özgü araçlar olarak kullanılır bir hal almıştır. İhlaller bu araçların çok sıklıkla kullanılmasına dayalı olarak ortaya çıkan belli başlı yöntemler ile gerçekleşmektedir.

³⁷ Sony Corporation Of Amerika- Universal City Studios davası. Bkz. Memiş, **a.g.e.**, s. 65

1. Mp3 Teknolojisi

Almanya'nın Erlangen şehrinde bulunan Fraunhofer Enstitüsünde geliştirilen **Mp3** teknolojisi, niteliği itibari ile bir sıkıştırma programıdır. Bu program sayesinde dijital hale getirilen müzik eserleri, buldukları ortamda (bilgisayar ana belleği, **CD.**, vs.) daha az yer işgal edecek bir forma sokulmaktadır. **Mp3** formatındaki bir müzik eserinin, bulunduğu ortamda işgal edeceği yer (dosya boyutları) en az on kat azalmaktadır³⁸.

Mp3 teknolojisi, süre bakımından internet kullanıcılarına büyük bir avantaj sağlamıştır. Dosya boyutlarındaki azalma, dosya transferinde geçen süreyi de azaltmaktadır. Bu sayede bir internet kullanıcısı, internette bulunan **MP3** formatındaki müzik eserlerini bilgisayarına indirirken (**downloading**), yahut bilgisayarındaki **MP3** formatındaki müzik eserlerini internet ağına yüklerken (**uploading**) zamandan bir hayli tasarruf yapmaktadır.

Mp3 teknolojisi, yer bakımından da büyük avantaj sunar. **Mp3** teknolojisiyle binlerce müzik eserinin bilgisayarda az bir yer işgal edecek şekilde depolanması imkanı doğmuştur. Aynı şekilde onlarca müzik eseri aynı anda bilgisayara indirilebilmekte yahut internet ağındaki bir bilgisayara yüklenebilmektedir.

Kopyalama, depolama ve nakil bakımından büyük avantajlar sunan **Mp3** teknolojisi, müzik eserlerine yönelik internet ortamındaki³⁹ ihlallerin artmasında şüphesiz büyük bir rol almıştır. İnternet arama motorlarında taranan kavramlar arasında ilk sırayı "**Mp3**" almaktadır⁴⁰.

IFPI (**International Federation of the Phonographic Industry**- Uluslararası Fonograf Endüstrisi Federasyonu) verilerine göre, bir günde 1 milyon 100 bin **Mp3** formatındaki müzik eseri sunuculardan alınmaktadır⁴¹. IFPI'nin hazırladığı 2006

³⁸ Memiş; **a.g.e.**, s. 38.

³⁹ **Mp3** teknolojisi, internet ortamı dışındaki ihlalleri de (örneğin; korsan **cd.** satışı) artırıcı bir durum sergiler.

⁴⁰ Memiş, **a.g.e.**, s. 41.

⁴¹ Bu konuda bkz. Memiş, **a.g.e.**, s. 39-40.

yılına ait “Dijital Müzik Raporu”na göre 2005 yılında internet üzerinden yasal yollarla indirilen şarkı sayısı 420 milyondur. Bu rakam 2004 yılına ait istatistik verilerininin 20 katıdır. Yasal olmayan yollarla indirilen şarkı sayısı ise maalesef bu rakamın 5 katıdır. Yani 2006 yılında yasal olmayan 2 milyar 100 milyon **Mp3** formatındaki müzik eseri, internette kullanıcıların bilgisayarlarına yüklenmiştir⁴².

Geliştirilen sıkıştırma teknolojisi salt ses halindeki veriler dışında, ses ile birlikte bulunan görüntülere de uygulanabilmektedir. DivX ve henüz yeni bir program olan Mp4 gibi programlarla görüntü ile birlikte bulunan müzik eserleri de sıkıştırılabilmektedir. Bu yolla örneğin, bir bestecinin sadece şarkısı değil, aynı zamanda bu şarkıya çekilen klip de rahat bir şekilde transfer edilebilmektedir.

2. Genel Sıkıştırma Programları

Mp3, Mp4 ve DivX gibi sıkıştırma programları, sadece sesli ve görüntülü verilere özgü sıkıştırma programlarıdır. Bu programlar sadece sesli ve/ veya görüntülü verinin kendisini sıkıştırır. Genel sıkıştırma programları ise sesli ve/ veya görüntülü veriler de dahil olmak üzere her türlü verinin⁴³ toplandığı dosya ve klasörleri sıkıştırmada kullanılır. Yani bir müzik eserinin **Mp3** formatına dönüştürülmesinde olduğu gibi sadece müzik eserinin kendisini sıkıştırmaz.

Örnekle izah etmek gerekirse, 30- 40 megabaytlık bir müzik eseri **Mp3** formatına dönüştürüldüğünde, müzik eserinin dijital ortamda kaplayacağı alan 3 megabayta kadar inmektedir. Bu işlem bir klasör veya dosyaya uygulanmamakta, sadece bir müzik eserinin kendisine uygulanmaktadır. Genel sıkıştırma programları

⁴² Murat Yıldız, “ Dijital Müzik Platformunda Geline Nöktä ”, (Çevrimiçi) <http://www.muYorbir.org.tr/>, 10.02.2006.

⁴³ Mp3, Mp4 veya DivX gibi sıkıştırma programları sadece sesli ve/ya görüntülü verilerin sıkıştırılmasına özgü programlardır. Bu programlar ile ses ve görüntü dışındaki verilerin sıkıştırılması mümkün olmaz. Genel sıkıştırma programları ise her türlü veriyi sıkıştırmaya elverişli programlardır. Örneğin binlerce şarkı sözünün yazılı olduğu *metin halindeki* bir klasör, genel sıkıştırma programları ile sıkıştırılabilecektir.

ise **Mp3** formatına getirilmiş yahut getirilmeyen onlarca müzik eserinin bir arada toplandığı dosya veya klasörü sıkıştırmada kullanılır. Burada sıkıştırma, müzik eserinin kendisine değil, birden çok müzik eserinin toplandığı dosya yada klasöre uygulanmaktadır.

Genel sıkıştırma programları, internet ortamındaki müzik eserlerinin değiş-tokuşunda çok sıklıkla kullanılan programlardır. Yaygın olarak bilinen WinRAR, Winzip gibi genel sıkıştırma programları yardımıyla içinde **Mp3** formatındaki 15 kadar müzik eserinin olduğu yaklaşık 50 megabaytlık⁴⁴ bir klasör (örneğin bir sanatçıya ait yeni çıkan bir albüm), 50 kilobayttan daha az yer kaplayan bir klasör halini almaktadır. 50 kilobaytlık bir klasörün internete yüklenmesi yahut internette bilgisayara indirilmesi, uygun donanımlı bir bilgisayar ile sadece üç dakika kadar bir zaman almaktadır. Bu yolla bir internet kullanıcısı gün içinde dilediği bütün bestecilere ait müzik eserlerini -izinsiz olarak- bilgisayarına aktarabilecektir.

3. Değişim Programları (File sharing)

Değişim programlarının temeli, arama motoru ile e-posta fonksiyonlarının birleşmesine dayanmaktadır. Kullanıcı, aradığı bir bilginin başlık, sanatçı adı gibi belirleyici unsurlarını vererek sorgulamayı gerçekleştirmekte ve sorgu sonuçları karşısına bir tablo halinde çıkmaktadır. Bu aşamadan sonra kullanıcılar, tabloda yer alan kullanıcılar ile temasa geçmektedir. “**P2P** / noktadan noktaya” (**peer- to- peer**) olarak adlandırılan bir program vasıtasıyla ise, internete bağlı iki kullanıcı bilgisayarı arasında **Mp3** formatındaki müzik eserleri değiş tokuş edilmektedir⁴⁵.

Değişim programları ile her gün binlerce müzik eserinin internet üzerinden yasal olmayan yollarla değiş tokuşu yapılmaktadır. Bu programların çoğunlukla ücretsiz olması, internet üzerinden müzik eserlerine yönelik ihlalleri artırıcı rol oynamaktadır.

⁴⁴ Bilgisayar ortamındaki verilerin kapladığı alanları ifade eden ölçü birimlerinden 1MB. (megabayt), 1024 KB.'a (kilobayt) denk düşmektedir.

⁴⁵ Bkz. Memiş, **a.g.e.**, s. 45- 46

Değişim programları “merkezi sisteme dayanan değişim programları” ve “merkezi sisteme dayalı olmayan değişim programları” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

a. Merkezi Sisteme Dayalı Değişim Programları (Napster Örneği)

Merkezi sisteme dayalı değişim programlarında merkezi bir sunucu bulunmakta, internet kullanıcıları merkezi sunucu aracılığıyla birbirleri ile iletişim kurabilmektedir. Değişim programını bilgisayarına indiren kullanıcıların isim ve kaydının alınması ile birlikte kullanıcılar, merkezi sistemin üyesi olmaktadır.

Merkezi sunucu, üye bilgisayarlarında bulunan bilgilerin bir listesini, hafızasında oluşturduğu bir “kütüphanede” tutmaktadır. Bir üye, merkezi sunucu arama motorunda müzik eserini veya sanatçısını sorgulattığında, sorgulanan müzik eserinin sisteme dahil hangi üyenin bilgisayarında bulunduğu dair bir sonuç listesi hazırlanmaktadır. Oluşan liste, aynı zamanda üyelere hangisinin **online** konumda bulunduğu da göstermektedir. Sorgulama yapan üye, sorgulanan müzik eserini elinde bulunduran **online** konumdaki üyelere, müzik eserinin kendisine transferini talep eder. Talepte bulunulan üye, talebi reddetme imkanına da sahiptir. Şayet talep kabul edilmiş ise müzik eseri talepte bulunan üyenin bilgisayarına transfer edilmektedir. Söz konusu transfer, **P2P (peer- to -peer)** tekniği ile gerçekleştirilmektedir.

Merkezi sisteme dayalı değişim programlarına ilişkin olarak özellikle vurgulanması gereken husus, bu programların müzik eserinin içeriğini bünyelerinde bulundurmamalarıdır. Yani bir müzik eserinin dijital formdaki bizzat kendisi, merkezi sunucu bünyesinde depolanmamaktadır. Sistem, sadece sorgulanan müzik eserinin hangi üyelere bulunduğu ve bu üyelere hangilerinin **online** konumda bulunduğu dair bilgileri oluşturduğu kütüphanede (hafızasında) depolanmaktadır. Kısacası müzik eserlerinin paylaşımı, merkezi sunucu ile üyeler arasında değil, bir üye ile diğer üyeler arasında gerçekleştirilmektedir.

Merkezi sisteme dayalı değişim programlarının en çok bilineni Napster'dır. Amerikalı Shawn Fanning tarafından 1999 yılında geliştirilen Napster, IRC'nin (chat programlarının) eşzamanlı ileti yollama, Windows'un dosya paylaşım ve arama motorlarının gelişmiş arama fonksiyonlarını bir arada toplayan bir dosya değişim programıdır⁴⁶.

b. Merkezi Sisteme Dayalı Olmayan Değişim Programları

Bu programları Napster türü programlardan ayıran bariz özellik, bunların merkezi yapıda olmamasıdır. Programı bir kez kendi bilgisayarına indiren ve kuran kullanıcı ile merkezi bir sunucu arasında iletişim bulunmamaktadır. Kullanıcılar, merkezi bir sistemin üyesi olmaksızın, diğer kullanıcılar ile müzik eserlerinin değişimini yapmaktadır.

Merkezi sisteme dayalı olmayan değişim programları ile müzik eserlerinin paylaşımında, bu programları hazırlayanların ve sunanların herhangi bir bilgi ve denetimi bulunmamaktadır. Zira merkezi sisteme dayalı müzik değişim programlarından farklı olarak, bu programlarda kullanıcılara sunulmak üzere bir kütüphane oluşturulmamaktadır. Yani, müzik eserlerinin hangi kullanıcı (merkezi sisteme dahil üye) bilgisayarında bulunduğu dair halihazırda bekleyen bir liste bulunmamaktadır.

Bu programlar da, arama motoru ve elektronik posta fonksiyonlarının birleşiminden oluşmaktadır. Bir müzik eserini arama motorunda sorgulayan kullanıcı, sorgulanan müzik eserinin temin edebileceği kullanıcının İP. adresini elde eder. Bu şekilde irtibata geçen kullanıcılar arasında müzik eserlerinin transferi gerçekleşir. Burada da müzik eserlerinin değişimi, **P2P (peer- to- peer)** tekniği ile sağlanmaktadır⁴⁷.

⁴⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Memiş, **a.g.e.**, s. 46 vd.

⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Memiş, **a.g.e.**, s. 47 vd.

4. Elektronik Posta / E- Posta (E- Mail) ve Posta Gurupları / Forumlar

Elektronik posta, bilgisayar kullanıcısının, diğer bir bilgisayar kullanıcısı veya kullanıcı grubuyla bir iletişim ađı⁴⁸ üzerinden *ileti* (mesaj) alışverişini sağlayan sistemdir. **E-mail** iletisi, gönderen kullanıcının (gönderenin) bilgisayar sistemindeki program tarafından düzene sokulur ve iletişim protokolü vasıtasıyla alıcısına ulaştırılır. Alınan ileti, elektronik ortamda saklanabilir, yazdırılabilir, çoğaltılabilir ve başkalarına (başka alıcılara) gönderilebilir⁴⁹.

Posta gurupları, elektronik posta programları ile aynı temelde çalışan programlardır. Posta gurubunda mevcut bir ileti özel bir program yardımıyla guruba dahil bütün elektronik postalara (üyelere) otomatik olarak gönderilmektedir. Bu sistemle geniş bir tartışma gurubu (forum) oluřturulmaktadır⁵⁰.

Elektronik postada ve forumlarda ileti, metin halindeki bir veri olabileceği gibi sesli ve/ veya görüntülü verilerden de oluşabilmektedir. Yani bir müzik eseri, uygun programlar kullanılarak gönderilen iletiye eklenebilmektedir. Bir posta gurubu düşünöldüğünde, iletiye eklenmiş müzik eseri posta gurubuna (foruma) dahil onlarca kullanıcıya sunulabilmektedir. Nitekim bu yolla forum üyesi bir kullanıcı, genel sıkıştırma programları yardımıyla hazırladığı 50 müzik eserinden oluşan bir iletiyi, aynı anda otomatik olarak foruma dahil bütün üyelere gönderme yahut forum sunucusu üzerinde depolayarak ileti göndermese bile üyelerin depodan o müzik eserlerine ulaşmasını sağlama imkanına sahiptir.

⁴⁸ **E-mail** iletileri, şirket içi bilgisayar ağı gibi çeşitli tip bilgisayar ağları üzerinden gönderilebilmektedir. Buna karşılık **e-mail** iletileri en sık internet ağı üzerinden gönderilmektedir.

⁴⁹ Topaloğlu, **a.g.e.**, s. 88.

⁵⁰ Memiş, **a.g.e.**, s. 23.

5. İnternette Naklen Sohbet (IRC. / İnternet- Relay- Chat)

Windows Live Messenger (Msn), Mynet ICQ, Yahoo Messenger gibi programlar vasıtası ile internet ortamında doğrudan haberleşmeye imkan veren teknolojilerdir⁵¹. Bu programlar yardımı ile internet kullanıcıları – elektronik postalardan farklı olarak- aynı zamanda birbirleri ile iletişim kurabilmekte, yazı, ses, görüntü gibi çeşitli verileri birbirlerine eşzamanlı olarak nakledebilmektedir.

Elektronik posta iletilerinde olduğu gibi, IRC’de de ileti şeklinde bir müzik eserinin diğer kullanıcıya nakli mümkündür. Elektronik postadan farklı olarak ise, IRC kullanıcısı bilgisayarında dinlemekte olduğu bir müzik eserini senkron olarak da diğer kullanıcı(lar) ile paylaşabilmektedir.

6. İnternet Radyo ve Televizyon Yayınlarından Kopyalama

Günümüzde radyo ve televizyon yayını yapan kuruluşlar, internet altyapısını kullanarak internet üzerinden yayın yapmaya başlamışlardır. Söz konusu yayın kuruluşlarının, eser sahipleri (FSEK. m. 8 vd. maddeler) ve bağlantılı hak sahiplerinden (FSEK. m. 80) gerekli yasal izinleri almaları şartıyla yapılan yayınlar pek tabidir ki bir ihlal niteliği taşımamaktadır. Burada üzerinde durulması gereken ise, yasal yollarla yapılan yayınlardan izinsiz kopyalamalardır.

Görsel ve/ veya sesli verileri okuma/ çalma özelliği bulunan bazı bilgisayar programları, okunan/ çalınan verileri bu programlarda oluşturulan kütüklerde kaydetme özelliğine sahiptir. Benzer şekilde, sadece senkron yayınları kaydetmeye yönelik geliştirilmiş bilgisayar programları da bulunmaktadır. Söz konusu programlar yardımıyla internet yayıncılığı yapan radyo veya televizyonlarda çalınan müzik eserleri kopyalanabilmekte ve depolanabilmektedir. Kopyalama yapan internet kullanıcısı, depolanan müzik eserlerini yeniden internette sunabilme imkanına sahiptir.

⁵¹ Bkz. Memiş, **a.g.e.**, s.24

7. Web Sayfası İçeriğinde Müzik Eserlerine Yer Verilmesi

Web sayfası (**web page**), internet ağına bağlandıktan sonra tek seferde kullanıcının bilgisayarına aktarılan ses, resim, ve yazı biçimindeki verilerinden ve başka sayfalara verilen **link**'lerden oluşan karışık HTML⁵² sayfalarıdır⁵³.

Bir **web** sayfası ses, resim, yazı gibi çok çeşitli unsurları içeren ve belli bir konudaki belge ve **link**'lerden oluşan bir bütündür⁵⁴. Bu bütünlük içinde dijital haldeki müzik eserlerine yer verilebilmektedir. Bu amaçla **web** sayfası sunucularında dijital biçimdeki müzik eserleri kaydedilmektedir. Sayfaları ziyaret eden kullanıcılar **web** sayfası içeriğindeki müzik eserlerini dinleme yahut bunları bilgisayarlarına indirebilme imkanına sahiptir.

Günümüzde bu yolla ticari kazanç sağlayan **web** sayfaları hazırlanmaktadır⁵⁵. Web sayfalarında binlerce müzik eserinden oluşan arşivler oluşturulmakta, büyük bir kullanıcı kitlesi bu arşivlerden ücretsiz olarak yararlanmak amacıyla söz konusu siteleri ziyaret etmektedir. Web sayfa sahipleri, kullanıcılara müzik eserlerini ücretsiz olarak sunarken, esasen bu büyük kitleye hitap etmek isteyen işletmelerden reklam almaktadır.

⁵²HTML (**Hyper Text Markup Language**) **World Wide Web**'in bilgi görüntülemekte kullandığı dosya formatıdır. HTML sayfaları kullanarak metinler değişik şekillerde ekrana getirilebilir, sayfalara resim, ve ses eklenebilir. HTML, bu internet sayfasına verilen isim değil, sayfanın oluşturulması için kullanılan programlama sistemidir.

⁵³ Memiş, **a.g.e.**; s. 21.

⁵⁴ Şebnem Akipek / Esra Dardağan, "Sanal Ortamda Telif Hakları", **BATIDER**, C. XXI, S.1, Haziran 2001, s.50-51.

⁵⁵Bu başlık altında ifade edilmek istenen, içeriklerinde izinsiz olarak **Mp3** formatında müzik eserlerini barındıran **web** sayfalarıdır. Öte yandan dijital müzik eserlerinin **web** sayfalarında yasal yollarla satışı da yapılmaktadır. iMesh, iTunes, MSN, AOL, Napster, Yahoo, Sony, Virgin gibi dijital müzik satımı yapan sayfalar bunlara örnek gösterilebilir. Örneğin bunlardan iTunes'dan indirilen parça sayısı 1 milyara ulaşmıştır (Yıldız, **a.g.m.**). Buna göre **web** sayfa sahipleri öncelikle, müzik eserlerinin telif bedellerini ödemektedir. Ardından **web** sayfası üzerinden, ücret karşılığı kullanıcıların kopyalama yapmasına müsaade edilmektedir. **Web** sayfaları üzerinden yasal olmayan yollarla **Mp3** sunumu ve bu yolla yapılan kopyalama ise ne yazık ki yasal yollarla yapılanlardan çok daha fazladır. Bu konuda istatistik bir veri için bkz. **IFPI Avrupa Dijital Müzik Araştırması**; (Çevrimiçi) <http://www.mu-yap.org/getdata.asp?PID=289>, 20.07.2006.

8. Web Sayfalarında Fon Müziği Kullanımı

Bir üst başlıkta açıklanan **web** sayfaları yanında, müzik eserlerine fon müziği şeklinde yer verilen **web** sayfaları da bulunmaktadır. Fon müzik kullanan bir **web** sayfasının, başlı başına kendisi yahut sayfa içeriğindeki bir veri kullanıcı tarafından açıldığında, fon müzik otomatik olarak çalmaya başlamaktadır. **Mp3** formatındaki eserleri sunan **web** sayfalarından farklı olarak fon müziği kullanan **web** sayfalarında, müzik sunumlarının kayıt seçeneği bulunmamaktadır. Burada sadece o sayfayı ziyaret eden kullanıcıya yönelik ilave bir konfor sağlanmaktadır⁵⁶. **Web** sayfalarında fon müziği olarak, yasal olmayan yollarla müzik eserlerin sunumu yaygınlaşmaktadır⁵⁷.

⁵⁶ Memiş, **a.g.e.**, s. 130

⁵⁷ Memiş bu konuda çarpıcı bir örneğe yer vermiştir: Bir avukata ait **web** sayfasında dahi izinsiz fon müziği kullanılmıştır. Memiş, **a.g.e.**, s. 130

III. İNTERNET ORTAMINDA MÜZİK ESERLERİNİN SUNUMU YOLUYLA UMUMA İLETİM HAKKININ İHLALİ

A. İnternet Ortamında Müzik Eseri Sunumunun Mali Haklar Bakımından Değerlendirilmesi

FSEK., müzik eserleri üzerindeki hakları manevi ve mali haklar olarak iki ana sınıfa ayırmıştır¹. Kanunda böyle bir ayırım yapılmasına rağmen aslında manevi ve mali haklar birbirleri ile sıkı ilişki içindedir. Zira gerek manevi ve gerekse mali haklar eser sahipliği denilen hukuki durumdan doğan bir tek mutlak hakkın sağladığı çeşitli yetkilerden ibarettir. Somut bir olayda bu hakların birinin kullanılmasının zorunlu olarak diğerini de kapsadığı, bunlardan birinin ihlalinin diğerinin de ihlali sonucunu doğurduğu görülür². Örneğin bir müzik eserinin işlenmesi halinde hem mali bir hak olan işleme hakkından (FSEK. m. 21) hem de manevi bir hak olan eserde değişiklik yapılmasını yasaklama hakkından (FSEK. m.16) söz etmek gerekir.

Manevi ve mali haklar, FSEK.'de sayılanlardan ibarettir. Yani mali ve manevi haklar FSEK.'de **Numerus Clausus**³ olarak düzenlenmişlerdir. Buna göre manevi haklar; umuma arz hakkı (FSEK. m. 14), eser sahibinin adını belirtme hakkı (FSEK. m. 15), eserde değişiklik yapılmasını yasaklama hakkı (FSEK. m.16) ve eser sahibinin malik ve zilyede karşı haklarından (FSEK. m. 17) ibarettir. Mali haklar ise;

- İşleme hakkı (FSEK. m. 21),
- Çoğaltma hakkı (FSEK. m. 22),
- Yayma hakkı (FSEK. m. 23),
- Temsil hakkı (FSEK. m.24),

¹ Manevi ve mali haklar, müzik eserinin bütününe ve aynı zamanda parçalarına şamildir (FSEK. m. 13).

² Arslanlı, **a.g.e.**, s. 78; Ayiter, **a.g.e.**, s.112; Arslan Kaya, "Bilgisayar Programlarının Şahsen Kullanmaya Mahsus Olarak Çoğaltılması Mümkün Müdür?", **Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan**, İstanbul, Beta, 2000, s. 435.

³ Numerus Clausus ilkesinin eleştirisi için bkz. Arslanlı, **a.g.e.**, s. 79 ; Erel, **a.g.e.**, s. 111.

- İşaret, ses ve/ veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı (FSEK. m. 25),
- Pay alma (İzleme) hakkından⁴ (FSEK. m. 45) ibarettir.

İnternet ortamında yapılan müzik eser sunumlarının FSEK.'de sayılan mali haklardan hangisinin kapsamında ele alınacağıın tespiti gerekir. Basitçe FSEK.'in lafzından hareket edildiğinde, internet ortamındaki “sunum”lar bakımından üç mali hakkın ön plana çıktığı görülmektedir. Yayma hakkı (FSEK. m. 23), temsil hakkı (FSEK. m.24) ve işaret, ses ve/ veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı (FSEK. m. 25), bu bahisle ön plana çıkan mali haklardır⁵. Zira, 23. maddenin ilk fıkrasında yer bulan “diğer yollarla dağıtım” ifadesi, internet ortamında müzik eseri sunumunu karşılar gibi gözükmektedir. Aynı şekilde, 24. maddedeki “işaret, ses veya resim nakline yarayan aletlerle...” ifadesi de, internet ortamında müzik eseri sunumunu çağrıştırmaktadır. Özellikle 24. maddenin ikinci fıkrası⁶, internet ortamında müzik eseri sunumunu birebir karşılayan bir düzenleme olarak algılanmaya son derece elverişlidir. Açıkça “dijital iletim” ve “gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda” esere erişimden bahsedilen 25. madde ise, internet ortamında yapılacak sunumlar açısından çok daha fazla ön plana çıkan bir madde görünümündedir.

Görülüyor ki, internet ortamında gerçekleşecek müzik eseri “sunum”larına münhasır düşünüldüğünde üç mali hak ön plana çıkmakta ve bu sunumlarla esasen hangi mali hakkın ilgili olduğu hususunda FSEK. lafzı yanıltıcı olabilmektedir. Bu

⁴ Sıraladığımız bütün manevi ve mali haklar, “manevi haklar” (FSEK. m. 14 vd. maddeler) ve “mali haklar” (FSEK. m. 20 vd. maddeler) başlıkları altında düzenlenmişken, pay alma hakkına bunlardan farklı olarak FSEK. m. 45’de yer verilmiştir. Ancak bu hakkın da mali bir hak olduğu kabul edilmektedir.

⁵ İşleme hakkı ile pay alma hakkı, bunları düzenleyen maddelerden açıkça anlaşılacağı üzere internette müzik eserlerinin “sunum”u ile doğrudan ilgili değildir. Müzik eserlerinin internette sunumu ile çoğaltma hakkı arasında, internetin işlerliğine ve kullanıcıların müzik eserlerini internette indirme veya internete aktarma iradeleri bakımından çok sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Bu konu tezimizde “İnternet Ortamında Müzik Eseri Sunumu Bakımından Çoğaltma Hakkının Önemi” başlığı altında ayrıca ele alınmıştır. Bkz. aşt. başlık III., A., 3.

⁶ “Temsilin umuma arz edilmek üzere vukubulduğu mahalden başka bir yere her hangi bir teknik vasıta ile nakli de eser sahibine aittir” (FSEK. m. 24/ son).

bağlamda, internet ortamında müzik eseri sunumunun FSEK.'de yerini bulan bazı mali haklar bakımından ele alınması gerekir.⁷

1. İnternet Ortamında Müzik Eseri Sunumunun Temsil Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi

Temsil hakkı⁸, eserin - yayma hakkı dışında kalan yollarla - doğrudan doğruya duyulara hitap edecek şekilde kamuya sunulmasını ifade eden mali bir haktır⁹. Bu kapsamda eserin duyularla algılanmasını sağlayan eserin okunması, çalınması, oynanması, gösterilmesi gibi her türlü fiil¹⁰ birer temsildir (FSEK. m. 24/ 1).

Bir temsili belirleyici kılan iki unsur bulunmaktadır. Bunlardan ilki, temsilin eserden yararlanmayı *geçici ve belirli bir ana özgü kılacak* şekilde yapılmış olmasıdır. Bir müzik eserinin, kayıt özelliği bulunan herhangi bir araçla tespiti yapılmış olabilir. Buna rağmen o müzik eserinden yararlanma, temsil anıyla sınırlı ve geçici olacaktır. Örneğin bir şarkı bilgisayar anabelleğine, yahut kasete kaydedilmiş olabilir. Lakin o şarkıdan yararlanma, parçanın çalındığı/ dinletildiği anla sınırlı, sabit olmayan bir yararlanma olarak karşımıza çıkar. Temsili belirleyen ikinci unsur ise, temsilin kamunun yararlanmasına yönelik olarak yapılmış olmasıdır¹¹.

Temsil hakkı, kendi içinde *doğrudan doğruya (vasıtasız) temsil ve dolaylı (vasıtalı) temsil* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. *Doğrudan doğruya temsilde* müzik eserinden yararlanılabilmesi için herhangi bir teknik araca gereksinim

⁷ Müzik eserlerinin internet ortamında sunumu, müzik sektöründe büyük bir kazanç kaybına sebep olduğundan, özellikle müzik eserleri üzerindeki mali hakların incelenmesini tercih etmiş bulunuyoruz. Mali haklar bakımından ise, mali hakların tamamının ayrıntılı olarak ele alınması yerine inceleme konumuzun sınırları içinde mali hakların bir kısmına yer verilmiştir.

⁸ “Bir eserden doğrudan doğruya yahut işaret ses veya görüntü nakline yarayan aletlerle umumi mahallerde okumak, çalmak, oynamak ve göstermek gibi temsil suretiyle faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir” (FSEK. m. 24/ 1). “Temsilin umuma arz edilmek üzere vukubulduğu mahalden başka bir yere herhangi bir teknik vasıta ile nakli de eser sahibine aittir.” (FSEK. m. 24/2).

⁹ Ayiter, ag.e., s. 136, Erel, a.g.e. 150.

¹⁰ FSEK. m. 24’de eserin okunması, çalınması, oynanması, gösterilmesi gibi fiillerden bahsedilmekle birlikte, bu fiiller örnek niteliğindedir. Yani eserin duyularla algılanmasını sağlayacak, teknolojik gelişmelere bağlı diğer yöntemler de temsil niteliğindedir. Bu açıdan, sınırlı sayı/ **numerus clausus** ilkesi geçerli değildir. Ayiter, a.g.e., s. 136-137; Erel, a.g.e. 150.

¹¹ Bu konuda bkz. Arslanlı, a.g.e., s. 104-105; Ayiter, a.g.e., s. 136; Erel, a.g.e., s. 151.

duyulmaz. Kısacası müzik eseri ile dinleyici arasında bir vasıta bulunmamaktadır. Bir konserde icra edilen müzik eserlerinin doğrudan doğruya dinleyiciler tarafından algılanması buna örnek olarak gösterilebilir. *Dolaylı temsilde* ise dinleyici ile müzik eseri arasında teknik araçlar yer almaktadır. Temsilin bu şekilde müzik eseri ya tespitte yarayan bir teknik araca kaydedilmekte ve daha sonra bu tespit yine mekanik araçlar vasıtasıyla kamuya sunulmakta; yada müzik eserleri icra edildikleri yerden başka bir yere işaret, ses ve görüntü nakline yarayan teknik araçlarla nakledilmekte ve bu sayede aynı anda nakledilen yerde de temsil söz konusu olmaktadır¹².

Doktrin¹³, radyo ile yapılan yayınlar *dolaylı temsil* olarak kabul edilmektedir. Gerçekten de radyo yayınlarının kamuya yönelik olduğu ve yayının müzik eserlerinden yararlanmayı geçici ve belirli bir ana özgü kılacak şekilde gerçekleştirildiği görülmektedir. Bunlara ek olarak, radyo yayınlarının gerçekleştirilebilmesi teknik bir altyapıyı gerektirmektedir. Tespiti yapılmış yahut (canlı olarak) icra edilen müzik eserleri, ses nakline yarayan teknik araçlar sayesinde umuma sunulmaktadır. Bu bakımdan radyo ile yapılan yayınların dolaylı temsil olarak nitelendirilmesi yerindedir.

Buna karşılık hukuk tarihimizde radyo ile yayınların, -temsil hakkını düzenleyen FSEK. m. 24 dışında- “radyo ile yayım hakkı” başlığı altında ayrı bir maddede¹⁴ (Eski FSEK. m. 25) düzenlendiğine tanık olunmaktadır. *Radyo ile yayım hakkının* ayrı bir mali hak olarak düzenlenmiş olması doktrin¹⁵ takdirle karşılanmıştır. Zira *radyo ile yayım hakkı*, sadece radyo yayınlarına münhasır dar bir anlam ifade etmemektedir. Madde, radyo yayınları yanında televizyon, uydu yayınları, hoparlör gibi telli veya telsiz işaret, ses ve/ veya görüntü nakline yarayan

¹² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ayiter, **a.g.e.**, s. 137; Erel, **a.g.e.**, s. 152.

¹³ Arslanlı, **a.g.e.**, s. 109; Ayiter, **a.g.e.**, s. 143; Erel, **a.g.e.**, s. 157.

¹⁴ “İşaret, ses ve/ya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı” başlıklı mevcut FSEK. m. 25 hükmü, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda yapılan 21.2.2001 tarih ve 4630 sayılı Kanun değişikliğinden evvel, “Radyo ile yayım hakkı” başlığını taşımaktaydı. Maddenin eski metni ise şu şekildedir: “ Bir esersen, onun asıl veya işlemlerini radyo veya buna benzeyen ve işaret, ses yahut resim nakline yarayan diğer teknik tesislerle yaymak; böylece yayılan eserleri diğer bir radyo teşekkülünden naklen alarak ister telli, ister telsiz olsun tekrar yaymak ve hoparlör yahut buna benzeyen ve işaret, ses yahut resim nakline yarayan diğer teknik tesislerle umumi mahallerde temsil etmek suretiyle faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir.”

¹⁵ Arslanlı, **a.g.e.**, s. 109-110; Ayiter, **a.g.e.**, s. 143; Öztrak, **a.g.e.**, s. 67; Erel, **a.g.e.**, s. 157

devrin¹⁶ teknolojik yenilikleri karşısında, FSEK.'in etkisiz kalmaması şeklinde yorumlanıyordu. Teknolojik gelişmelerle ortaya çıkan yeni temsil türlerinin ayrıca ve ayrıntılı olarak düzenlenmesi muhtemel hak kayıplarını engelleyici bir vazife görecektir. Bu sayede 24. maddenin geniş yorumlanması¹⁷ mecburiyeti yerine muhtemel hak kayıpları, doğrudan bağımsız bir mali hak ile engellenebilecekti. Ayrıca bu tarz bir düzenleme, uluslararası düzenlemelere de uygundu. Keza dönemin teknolojik gelişmeleri ışığında Bern Sözleşmesi'nde¹⁸ de radyo ile yayın hakkı, temsil hakkından ayrı bir hak olarak düzenlenmişti. Sonuç itibari ile, geniş halk kitlelerine hitap etmesi bakımından taşıdığı özel önem ve teknolojik gelişmelerin göz ardı edilmediğinin ispatı olması bakımından, temsil hakkı dışında ayrı bir mali hak olarak radyo ile yayın hakkının düzenlenmesi yerinde bir davranış tarzı olmuştur.

İnternet ortamında müzik eserlerinin sunumu bakımından da, bu tür sunumların temsili (FSEK. m. 24) özel bir türü olduğu söylenebilir¹⁹. Ancak tarihin en büyük teknolojisini sunan internet, kendine özgü, ayrı hukuki düzenlemeler gerektirmektedir. İnternet ortamında yapılacak müzik eseri sunumları da pek tabiidir ki bu kapsamdadır. Nitekim az evvel ifade edildiği üzere, teknolojik yeniliklerle temsil farklı boyutlar kazanmış, bu kapsamda temsil hakkı (FSEK. m. 24) dışında teknolojiyi nazara alan ayrı bir mali hakkın, *radyo ile yayın hakkının* düzenlenmesi yoluna gidilmiştir. Radyo ile yayın hakkını düzenleyen Eski FSEK. m. 25 hükmü, 21.2.2001 tarih ve 4630 sayılı Kanun değişikliği ile mevcut FSEK. m. 25 hükmü şeklini almıştır. Maddenin yeni

¹⁶ Nitekim Eski FSEK. m. 25'de radyo yanında radyoya benzer nitelikteki telli yahut telsiz, işaret, ses yahut resim nakline yarayan diğer teknik araçlardan da bahsedilmesi doktrinde, radyo ile yayın hakkının geleceğin teknik yenilikleri de kapsadığı şeklinde geniş bir yorum tarzının benimsenmesini sağlamıştır. Bu konuda bkz. Ayiter, **a.g.e.**, s. 139; Erel, **ag.e.**, s. 157.

¹⁷ FSEK. m. 24 hükmünde "gibi" ifadesinin kullanılması, temsil usullerinin 24. maddede sayılanlarla sınırlı olmadığına delalettir. Bu düzenleme, maddenin geniş yorumlanarak her türlü teknik araçla temsili de içerek şekilde ele alınmasına imkan vermektedir. Bu yorum tarzı için bkz. Ayiter, **a.g.e.**, s. 136-137; Erel, **a.g.e.** 150.

¹⁸ Radyo ile yayın hakkı, Bern Sözleşmesinin 11. maddesinde düzenlenen temsil hakkından ayrı olarak, Sözleşmenin mükerrer 11. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre; "*Edebi ve artistik eserlerin sahipleri: 1. Eserlerin radyo ile yayımına veya telsiz olarak işaret, ses yahut resim nakline yarayan diğer her vasıta ile bu eserlerin umuma nakline; 2. Radyo ile yayınlanan eserin - bu nakil ilk teşekkülden başka bir teşekkül tarafından yapıldığı takdirde - gerek telli, gerek telsiz umuma her türlü nakline; 3. Radyo ile yayınlanan eserin hoparlörle veya buna benzeyen işaret, ses yahut resim nakleden diğer her türlü aletle umuma nakline müsaade etmek hususunda inhisari bir hakka sahiptirler.*"

¹⁹Bu tür sunumların dolaylı temsile örnek olduğu düşünülmelidir. Bu konuda bkz. Erel, **a.g.e.**, s. 157; Ateş, **a.g.e.**, s. 188; Akipek, Dardağan, **a.g.m.**, s. 59-60.

şekli, dijital iletim de dahil olmak üzere teknolojik gelişmelere paralel olarak ortaya çıkan yeni iletim usullerini dikkate alarak hazırlanmıştır. Değişiklik yapan Kanun'un genel gerekçesinde²⁰ teknoloji ile hayatımıza giren yeni iletim biçimlerine, Kanunu hazırlayan Millî Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonu'nun tasarıya ilişkin raporunda²¹ “internete” özel vurgu yapılmaktadır. Şu halde FSEK. m. 25 hükmü mevcut iken, internet ortamındaki müzik sunumları dar bir çerçevede, temsil hakkını düzenleyen FSEK. m. 24 hükmü içinde değerlendirilemez²². İnternet ortamında yapılan müzik eseri sunumlarının, özel bir madde niteliğindeki “işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı” (FSEK m. 25) kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.²³

²⁰ 4630 sayılı kanun tasarısının genel gerekçesinde, teknolojik yeniliklere paralel olarak yeni iletim usullerinin ortaya çıktığı, bunlara özgü ayrı düzenlemeler yapılması gerektiği açıkça ifade edilmektedir. “ 5.12.1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, uzun yıllar ileri ve gelişmiş bir yasal düzenleme olarak, Türkiye'nin fikrî haklar alanındaki ihtiyaçlarının çoğunu karşılamış... söz konusu Kanun ihtiyaçların gerisinde kalmaya başlamıştır. 21 inci yüzyıla girerken, çağdaş teknolojideki her gelişme, yaratıcı ifade biçimi açısından yeni imkânlar sunmaktadır. Her gelişme beraberinde yeni hukukî dengelerin oluşturulması zorunluluğunu da getirmektedir...”

“Tasarı Madde 4. – Mevcut Kanunun 25 inci maddesinin tamamen değiştirilmesi ile eserlerin radyo-televizyon, dijital ortam, uydu, kablo gibi her türlü teknik tesis vasıtasıyla yayınlanmasında yayın hakkı münhasıran eser sahibine tanınmıştır. Eser sahibinin malî haklarından biri olan ve mevcut Kanunda yer alan radyo ile yayın hakkı günün teknolojik gelişmelerinden kaynaklanan ihtiyaçla yeniden düzenlenmiştir.” Bkz. **Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı**, (Çevrimiçi), <http://tbmm.gov.tr>, 10.01.2006.

²¹ Komisyon Raporunun II. Bölümünün 15. maddesinde “internet” açıkça zikredilmektedir. “Mevcut Kanunun 25 inci maddesinin tamamen değiştirilmesi ile, eserlerin radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital olan veya olmayan her türlü teknik tesisle yayınlanmasında yayın hakkı münhasıran eser sahibine tanınmıştır. Eser sahibinin malî haklarından biri olan ve mevcut Kanunda yer alan radyo ile yayın hakkı teknolojik gelişmelerden kaynaklanan ihtiyaçla yeniden düzenlenmiştir. Yapılan düzenlemeyle, eser sahibine eserinin aslı ya da çoğaltılmış nüshalarının telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtımına veya sunumuna ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda eserine erişimini sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkı da tanınmıştır. Bu şekilde, eserleri İnternet ve benzeri ortamlarda elektronik ticarete konu edilen eser sahiplerinin malî ve manevî haklarının korunması amaçlanmıştır. Ayrıca, bu madde ile düzenlenen umuma iletim yoluyla eserlerin dağıtım ve sunumunun eser sahibinin yayma hakkına zarar vermeyeceği de hükme bağlanmıştır. Mevcut Kanunun 25 inci maddesinde yapılan bu düzenlemeler, taraf olunan Bern Sözleşmesinin 11 ve Mükerrer 11 maddeleri, TRIPS Metninin 9 uncu Maddesi ve taraf olunması planlanan WIPO Telif Hakları Anlaşmasının 11 inci maddesi ile uyumlu olarak gerçekleştirilmiştir.” Bkz. **Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı ve Millî Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonu Raporu**, (Çevrimiçi), <http://www2.tbmm.gov.tr/d21/1/1-0538.pdf>, 10.01.2006.

²² Aynı görüşte Abuzer Kendigelen/ Savaş Bozbel, “Telif Hakları Açısından İnternette Veri Paylaşımı (Peer-to-Peer File Sharing)”, **İnternet ve Hukuk**, (Ed. Yeşim Atamer), İstanbul, , İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 2004, s. 517; Ateş, **a.g.e.**, s. 189.

²³ Aynı görüşte Memiş, **a.g.e.**, s. 111-112; Ateş, **a.g.e.**, s. 172-173; Topaloğlu, **a.g.e.**, s. 149; Arzu Arıdemir Genç, **Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları**, İstanbul, s. 123-125

2. İnternet Ortamında Müzik Eseri Sunumunun Yayma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi

Mali haklardan birisi olan yayma hakkı, eserin veya nüshalarının satış, dağıtım, kiralama gibi yollarla piyasaya sürülmesi yetkisini münhasıran eser sahibine tanıyan mutlak bir haktır²⁴. FSEK. m. 23/ 1 uyarınca, “ *bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak hakkı münhasıran eser sahibine aittir*”.

Yayma hakkını düzenleyen FSEK. m. 23. hükmü, eserin yada nüshalarının kiralanmasından, satışa çıkarılmasından, ödünç verilmesinden veya diğer yollarla dağıtılmasından söz etmektedir. Söz konusu yollarla yayma hakkının kullanılabilmesi için eserin yada nüshalarının bir kalıba sokulması gerekmektedir. Yani yayma hakkında eserin yada nüshalarının fiziki ortamda somuta dökülmüş olması, kısacası maddi bir eşya üzerinde cisimlenmesi gerekmektedir²⁵. Örnekleme gerekirse, yayma hakkı kapsamında satış, kiralama, ödünç verme bir müzik eserin kaset, **CD.** , plak... gibi maddi muhtevası ile mümkün olacaktır.

İnternet ortamında müzik eserlerinin sunumuna münhasır düşünüldüğünde, bu sanal ortamda yapılan sunumlarda yayma hakkının konusunu oluşturan maddi muhtevaya²⁶ yer olmadığı görülür. Örneğin bir Mp3'ün **web** sayfasında sunumunda, yahut e-posta ile gönderilmesinde, kaset, **CD.**, plak gibi maddi muhtevaya rastlanmaz.

²⁴ Genç Arıdemir, **Çoğaltma ve Yayma**, s. 93.

²⁵ Arslanlı, **a.g.e.**, s. 100; Ayiter, gayri maddi varlık olan eserin doğrudan doğruya kamuya sunulduğu durumlarda yayma hakkı ile ilgili bir durumun söz konusu olmadığını, bu gibi durumlarda temsil veya eski FSEK m. 25 düzenlemesi ile radyo ile yayının söz konusu olduğunu belirtmektedir. Ayiter, **a.g.e.**, s. 133; “ ... *bir eserin çoğaltılmış maddi nüshalarının değil, fakat doğrudan doğruya aslının (gayrimaddi muhtevasının) kamuya sunulduğu, mesela eserin okuduğu, çalındığı veya oynandığı hallerde yayma hakkının kullanılmasından söz edilemez.*” Erel, **a.g.e.**, s. 146; Ateş, **a.g.e.**, s. 172; Memiş, **a.g.e.**, s. 110; Gökyayla, **a.g.e.**, s. 170; Genç Arıdemir, **Çoğaltma ve Yayma**, s. 122.

²⁶ Kendigelen,Bozbel, Alman hukukunda da eserden maddi ve maddi olmayan yararlanma bakımından ikili ayırım yapıldığını belirtmektedir. Buna göre yayma hakkı, eserin “maddi ve fiziksel nüshaları” bakımından, yani eserden maddi yararlanma açısından söz konusu olur. Buna karşılık internet ortamındaki “sanal nüshalar”a yayma hakkına dair düzenlemeler uygulanamaz. Bkz. Kendigelen, Bozbel, **a.g.m.**, s. 513-514.

İnternette sunumu yapılan müzik eserinin gayrimaddi muhtevası, yani kendisidir²⁷. Bu bağlamda, yayma hakkının konusunu müzik eserlerinin maddi muhtevası oluşturduğundan, internet ortamında sunumu yapılan müzik eserlerinin gayrimaddi muhtevasının yayma hakkı kapsamında değerlendirilemeyeceği kabul edilir²⁸. Dijital formdaki müzik eserinin internette sunumu/ iletimi, yayma hakkı kapsamına girmez.²⁹

İnternet ortamında piyasaya sürülen³⁰ müzik eserleri üzerinde ayrıca durulması gerekmektedir. Çünkü hem yayma hakkını düzenleyen FSEK m. 23 hükmünde, hem de işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkını düzenleyen FSEK. m. 25/ f. 2 hükmünde eserin satış ve diğer yollarla dağıtımından bahsedilmektedir.

²⁷ İnternet ortamında iletimi yapılan “müzik eserinin kendisinden” kasıt, dijital biçimdeki müzik eserinin bizzat kendisi yahut bununla eşdeğer sayılan sanal nüshasıdır. Bu hususta bkz. Memiş, **a.g.e.**, s. 110-111; Ateş, **a.g.e.**, s. 172-173.

²⁸ Ateş, **a.g.e.**, s. 172-173; Kendigelen, Bozbel, **a.g.m.**, s. 513-514; Memiş, **a.g.e.**, s. 110; Eroğlu, **Link**, s. 225; Genç Arıdemir, **Yayma ve Çoğaltma**, s. 122.

²⁹ Bu noktada Akipek, Dardağan’ın görüşleri ilgi çekicidir. Anılan görüşte ikili bir ayırım yapılmaktadır. Yayma süreci internet ortamında eserin ilk kez tedavüle konulmasıyla, bu bağlamda eserin internete konması ve başkalarının erişimine açılması ile başlar. Bu hak şüphesiz eser sahibine aittir. Buradan hareketle, bir (müzik) eser(i) eser sahibi tarafından bizzat değil de, ondan izinsiz olarak üçüncü kişiler tarafından internete sunulmuş ise, eser sahibinin yayma hakkının ihlal edilmiş olduğu kabul edilecektir. Buna karşılık zaten internette bulunan bir eserin, örneğin bir **web** sayfasından alınan eserin, bir başkasına kopyalanması veya e-posta ile gönderilmesi halinde ise, çoğaltma veya temsil hakkının ihlal edildiği kabul edilmelidir. Bu son durum, yayma hakkının ihlali olarak değerlendirilemeyecektir. Akipek, Dardağan, **a.g.m.**, s. 59. Bu görüş Ateş tarafından haklı olarak reddedilmektedir. Ateş, internet ortamında eserin maddi muhtevasına yer bulunmadığı, bu bakımdan maddi muhteva ile alakalı olan yayma hakkının söz konusu olmayacağını belirtmektedir. Ateş, **a.g.e.**, 173, dn.375. Güneş de, internet ortamında müzik eserlerinin sunumunu yayma hakkı kapsamında değerlendirmektedir. İlhami Güneş, “İnternet Ortamında Fikri Hak İhlalleri”, **Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi**, S. 6, Y. 2, İstanbul, 2006, s. 319. Aynı görüşte Gürsel Öngören, “İnternet Hukuku”, (Çevrimiçi), <http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar>, 17.02.2006.

³⁰ Piyasaya sürülme, eserlerin sadece satışı yahut kiralanması manasına gelmemektedir. Yani bir eserin piyasaya sürülmesinde mutlaka maddi bir karşılığın, ticari bir amacın bulunması şart değildir. Eser, herhangi bir ticari amaç güdülmeksizin de piyasaya sürülmüş olabilir. (bkz. Arslanlı, **a.g.e.**, s. 101-102, Erel, **a.g.e.**, s.146) Nitekim 4630 sayılı kanun değişikliğinden evvel, yayma hakkını düzenleyen Eski FSEK. 23 hükmünde açıkça “ticaret konusu yapmak” ifadesine yer verilmişti. Ancak bu ifade ve buna bağlı ekonomik amaçları üstün tutan algılayış, 4630 sayılı Kanun değişikliği ile son bulmuştur. Yayma hakkını düzenleyen yeni FSEK. m. 23/ 1 hükmünde, “ ödünç verme” ve “diğer yollarla dağıtım” ifadelerine verilmektedir. Bu bağlamda eser sahibi hiçbir ekonomik karşılık beklemezsizin, müzik eserini (kamuya) ödünç verebilir. Yahut ekonomik amaçlar dışında dini, siyasi, kültürel amaçlarla eserinin dağıtımına izin verebilir. Bu konuda bkz. Genç Arıdemir, **Yayma ve Çoğaltma**, s. 100 ve 106 vd.; Gökyayla, **a.g.e.**, s. 170; Ateş, **a.g.e.**, s. 172.

Günümüzün gerçeği, müzik eserlerinin satımının dış dünyadan alınarak internet ortamına taşınmasıdır³¹. İnternet ortamındaki müzik eserlerinin satımında kaset, CD., plak gibi müzik eserlerinin maddi muhtevasının satımı söz konusu değildir. Müzik eserlerinin gayrimaddi muhtevası, internete özgü bir veri formuna sokulmuştur. Söz konusu veri, dijital iletimin imkanları kullanılarak üçüncü kişilere, yani kullanıcılara internet üzerinden sunulur. Bu işlem internete özgü olarak gerçekleşir. Alışılmış yöntemlerle kaset, CD., yahut plağın satın alınmasında olduğu gibi ne bir fiziki nüshaya el değmektedir, ne de satışı yapan kişiler veya mekan görünmektedir. Kullanıcı interaktif olarak, başlık (şarkı adı), sanatçı adı, indirilme (**download**) bedeli gibi bilgiler ile ferdileştirilmiş müzik eserinin bulunduğu veriyi bulur, önerilen fiyat ve indirme teklifini kabul ediyorsa sadece birkaç tıklama ile müzik eserini satın almış olur. Veri, yani müzik eserinin gayrimaddi muhtevası, indirilme işlemi ile artık kullanıcının bilgisayarındadır.

4630 sayılı Kanun değişikliği gerekçesinde³² de belirtildiği gibi, eserleri internet ve benzeri ortamlarda elektronik ticarete konu edilen eser sahiplerinin mali ve manevi haklarının yeni düzenlemeler ile korunması gerekmektedir. Bu bilinçle

³¹ Bir açıdan bakıldığında, bu sayede kaset, CD. gibi maddi eşyanın üretim, saklanma ve dağıtımındaki zorluklar aşılmakta ve maliyet açısından sektördeki şirketler avantaj sağlamaktadır. (Gürsel Öngören, İnternet Hukuku, (Çevrimiçi) <http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar>, 17.02.2006 ; Aslı Deniz Helvacıoğlu/ İ. Hakkı Eraslan/ Melih Bulu, “Dijitalleşen Dünyada Fikri Mülkiyet Haklarının (FMH) Ülkeler Açısından Küresel Rekabet Avantajı Oluşturmadaki Yeri”, (Çevrimiçi) <http://iibf.ogu.edu.tr/kongre/bildiriler>, 09.05.2006) Dijital pazarların oluşmasındaki asıl faktör ise, müzik eserlerine yönelik internet ortamındaki yoğun kopyalama ve iletim faaliyetlerinin önüne geçilmek istenmesidir. A.B.D.’de cereyan eden Napster Vakıası bunun en somut örneğidir. Napster, internet üzerinde müzik eserlerinin paylaşılmasına imkan tanıyan bir programın adıdır. (Bkz. “Merkezi Sisteme Dayalı Değişim Programları (Napster Örneği)”, başlık II, B, 3, a.). Bu programla milyonlarca internet kullanıcısının izinsiz olarak müzik eserlerini kullanır olması gerçeği karşısında, Sony, Ünlü Music gibi sektördeki büyük plak şirketleri Napster’ın kapatılması amacıyla dava açmışlardır. Dava sürecinde Napster’ın kapatılmasına karar verilmemiş, Napster ile plak şirketleri uzlaşma yoluna gitmiştir. Buna göre Napster, telif haklarıyla korunan müzik eserlerinin internete satımını gerçekleştirecek ve elde ettiği kazançtan eserlerin telif bedellerini plak şirketlerine ödeyecektir. (Bkz. Memiş, a.g.e., s. 59) Türkiye’de de internet üzerinden müzik eserlerinin satımına imkan verecek gelişmeler yaşanmıştır. Mü-yap bünyesinde, internet üzerinden müzik eseri satımını sağlayan “Dijital Müzik Arşivi” oluşturmuştur. Bazı yerli **web** sayfalarının bu arşivi kullanmasıyla Türkiye’de dijital müzik satımı başlamıştır. Ayrıca yine Mü-yap’ın yaptığı anlaşmalar ile söz konusu yerli **web** sayfalarından dijital müzik satımı yapan dünya çapındaki en büyük iMesh, iTunes, MSN, AOL, Napster, Yahoo, Sony, Virgin gibi dijital müzik satımı yapan sitelere erişim mümkündür. Bu konuda bkz. Murat Yıldız, “Dijital Müzik Platformunda Gelinek Nokta”, (Çevrimiçi) <http://www.muyorbir.org.tr/>, 10.02.2006.

³² **Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı**, (Çevrimiçi), <http://tbmm.gov.tr.>, 10.01.2006.

hazırlanan yeni FSEK. m. 25 hükmü, dijital ortamda yapılacak satımlara özgülenmiş, özel bir madde konumundadır³³. Zira her ne kadar yayma hakkını düzenleyen FSEK. m. 23 hükmünde eserin satışa çıkarılmasından söz edilmekteyse de, FSEK. m. 25’de ayrıca *telli veya telsiz araçlarla satıştan* bahsedilmesi bu maddenin özel bir düzenleme olduğunun ispatıdır.³⁴ Tasarıyı hazırlayan Komisyon raporunda bu durum açıkça ifade edilmiştir³⁵. Buna göre FSEK. m. 25 hükmü ile eserleri internet ve benzeri ortamlarda elektronik ticarete konu edilen eser sahiplerinin malî ve manevî haklarının korunması amaçlanmıştır. Bu gerekçelerle, internet ortamında müzik eserlerin satımı da yine yayma hakkı kapsamında değerlendirilemez. Dijital formdaki müzik eserlerinin internete özgü yollarla satımında FSEK. m. 25 hükmünün uygulanması gerektiği kabul edilmelidir³⁶.

Söz konusu düşüncenin, müzik eserlerinin internete özgü satışı dışındaki durumlarda da geçerli olduğu kabul edilmelidir. Örneğin günümüzde sıklıkla karşılaşıldığı üzere, yeni müzik grupları, şarkıcılar kendi bestelerini ücretsiz olarak internette sunmaktadır. Yahut dini, siyasi, kültürel amaçlarla müzik eserleri yine ivazsız olarak internet kullanıcılarına sunulmaktadır. Bu türden ivazsız sunumların da 25. madde kapsamında ele alınması gerekir. Nitekim FSEK. m. 25/ 2 hükmü buna cevaz verir niteliktedir. Maddeye göre “*Eser sahibi, eserinin aslı yahut çoğaltılmış nüshalarının telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma*

³³ Eroğlu, Link, s.225.

³⁴ “... 21.2.2001 tarihinde Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda yapılan geniş kapsamlı değişikliklerle...umuma iletim hakkından bahsedilen 25. maddenin... II. Fıkrasında “telli ve teliz araçlarla satışı”ndan bahsedilmektedir... Kanunkoyucu bütün düzenlemelerinde teknolojik gelişmeleri göz önünde bulundurmamak istemiştir. Kanunkoyucunun bu örnek düzenlemelerinden hareketle m.23’de açık bir düzenleme olmaması bakımından yayma kavramının online sunumları kapsayacak ölçüde genişletilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.” Memiş, a.g.e., s. 112.

³⁵ Millî Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonu Raporu’nun II. Bölümü’nün 15. maddesinde şu ifadelerle rastlanır: “Yapılan düzenlemeyle, eser sahibine eserinin aslı ya da çoğaltılmış nüshalarının telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtımına veya sunumuna ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda eserine erişimini sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkı da tanınmıştır. Bu şekilde, eserleri İnternet ve benzeri ortamlarda elektronik ticarete konu edilen eser sahiplerinin malî ve manevî haklarının korunması amaçlanmıştır.” Bkz. **Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı ve Millî Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonu Raporu**, (Çevrimiçi), <http://www.tbmm.gov.tr/d21/1/1-0538.pdf>, 10.01.2006.

³⁶ Aynı görüşte Memiş, a.g.e., s. 111-112; Ateş, a.g.e., s. 173; Sevilay Eroğlu, “İnternette Telif Hakları”, **Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001 İzmir**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2002, s. 75; Genç Arıdemir, **Yayma ve Çoğaltma**, s. 125.

dağıtılmasına veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda eserine erişimini sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkına da sahiptir.” Madde, yapılacak sunumun belirli bir bedel karşılığında yapılmasını şart koşmamakta, buna ek olarak satım dışındaki sunum usullerinden de ayrıntılı olarak bahsetmektedir.

İnternette müzik eseri sunumunun yayma hakkı kapsamında değerlendirilemeyeceğinin diğer bir dayanağı olarak doktrinde, yayma hakkının bir istisnası olan “tükenme ilkesi”³⁷ gösterilmektedir. Bu görüş uyarınca, yayma hakkı eserin ilk kez tedavüle sokulmasında söz konusu olur ve bir kere kullanılmakla tükenir. İnternette eserin sunumuna münhasır düşünüldüğünde, yayma süreci eserin başkalarının erişimine elverişli kılınması ile başlayacak, bundan sonraki fiiller (örneğin esere ulaşılması, eserin kullanıcı bilgisayarına indirilmesi, anabelleğe kaydedilmesi, bu şekilde elde edilen nüshaların e-posta ile başkalarına gönderilmesi) ise tükenme ilkesi sebebiyle yayma hakkını ihlal sayılmayacaktır. Nitekim yayma hakkı, ilk satım ile tükenmektedir. Yayma hakkının ilk satım ile tükenmesine bağlı olarak ise kullanıcıların sorumluluğuna gidilmesi mümkün olmayacaktır. Bu, eser sahipleri aleyhine bir durum oluşturur. Bu bakımdan internet ortamındaki sunumlarda tükenme ilkesinin, dolayısıyla yayma hakkının kabul edilemeyeceği savunulmaktadır^{38, 39}.

³⁷ Eser sahibinin rızası ile eserin satışı gerçekleşikten sonra yayma hakkı tükenir ve ilk satımı gerçekleşen eser serbestçe alınıp satılabilir. Yani eser sahibi, rızası ile eseri tedavüle koyduktan sonra eserin sonraki satış ve dağıtımlarına müdahale edemez. “İlk satım doktrini” olarak da adlandırılan tükenme ilkesi, yalnızca eserin sonraki satış ve dağıtımları bakımından geçerlidir. Eserin kiralınması veya ödünç verilmesine ise eser sahibi her zaman müdahale imkanına sahiptir. Nitekim bu iki yetki, FSEK. m. 23/f. 2’de “kiralama ve kamuya ödünç verme yetkisi eser sahibinde kalmak kaydıyla...” denilerek saklı tutulmuştur. Bu konuda bkz. Genç- Arıdemir, **Yayma ve Çoğaltma**, s. 112. vd.

³⁸ Akipek, Dardağan, **a.g.m.**, s. 58-59; Kendigelen, Bozbel, **a.g.m.**, s. 514.

³⁹ AB’nin 2001/29 sayılı Direktifi’nin 3/ 3 maddesinde internet ortamında iletimi yapılan eserler bakımından tükenme ilkesinin geçerli olmadığı kabul edilmiştir. Bu düzenleme uyarınca, umuma iletim hakkı, umuma iletim fiilleri ile tükenmez. İnternet ortamında gerçekleşecek her iletim eser sahibinin iznine tabidir. Eroğlu, anılan Direktif’in gerekçesinde, internette sunulan eserler bakımında tükenme ilkesinin, dolayısıyla yayma hakkının özellikle benimsenmek istenmediğine vurgu yapmaktadır. Diğer yandan Eroğlu, Alman doktrinindeki farklı görüşlere de makalesinde yer vermiştir. Bu görüşler uyarınca, internette iletimi yapılan dijital formdaki eserler ile kaset, **CD.**, vb maddi cisim üzerinde cisimlenmiş eserlerin iletimi arasında bir ayrım yapılamaması gerekmektedir. Zira, internetteki bir eser, **CD.** vs. araç üzerine kaydedilerek de dağıtılabilir. Eserin **CD.** gibi bir nesne üzerinde devrini tükenme ilkesi kapsamında tutup, internette indirilmesi halinde ise tükenme ilkesini reddetmek yazara göre mantıklı değildir. Aksine, hukuk düzeni birlik sağlamalı, bu bağlamda internet üzerinden eserin iletimi

Öte yandan, özellikle fon müziği şeklinde, yahut internet televizyon ve radyo yayınları ile internette sunulan müzik eserlerinde belirli bir ana özgü ve geçici bir yararlanmanın⁴⁰ bulunduğuna dikkat edilmelidir. Bu gibi durumlarda müzik eserlerinden yararlanma, müzik eserinin sunulduğu, yani dinletildiği süre ile sınırlıdır. Sunum sona erdiğinde, müzik eserinden yararlanma da sona ermektedir⁴¹. Oysa yayma hakkının kullanılmasında eser bir kalıba sokulmuştur, eserden yararlanmak her zaman mümkündür⁴². Bu açıdan bakıldığında da internet ortamındaki sunumlarda yayma hakkından bahsedilememesi, bunların umuma iletim hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerekir⁴³.

3. İnternet Ortamında Müzik Eseri Sunumu Bakımından Çoğaltma Hakkının Önemi

Çoğaltma⁴⁴ hakkı, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 22. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; “ *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*” (FSEK.m. 22/ f.1). FSEK. m. 22/ f. 1 hükmü ile geniş bir çerçevede çoğaltma şekil ve yöntemlerinden bahsedilmektedir. Bunun hemen ardından ikinci fıkra ile ise, 1. fıkrada çizilen genel

de yayma hakkı kapsamında değerlendirilmeli ve tükenme ilkesinin internet ortamında da geçerli olduğu kabul edilmelidir. Eroğlu, **Telif**, s.75 dn. 37. Ayrıca bkz. Eroğlu, **Link**, s. 75 dn. 37.

⁴⁰ Bu tür durumlarda eserden yararlanma hakkı veren sunum/ aktarım *geçici ve uçucudur*. Bkz. Arslanlı, **a.g.e.**, s. 104-105; Ayiter, **a.g.e.**, s. 136

⁴¹ Sunulan müzik eserlerinin kayıt özelliği bulunan sabit bir vasıttan (bilgisayar ana belleği, sunucu, **CD**. gibi) çalınması, yararlanmanın anlık ve geçici olması sonucu etkilemeyecektir. Bu konuda bkz. Erel, **a.g.e.**, s. 151; Ateş, **a.g.e.**, s. 178

⁴² Genç Arıdemir, **Yayma ve Çoğaltma**, s. 122.

⁴³ Bu şekilde yapılan sunumların, ilk bakışta FSEK. m. 24 bağlamında *dolaylı temsil* olduğu söylenebilir. Zira, dolaylı temsile ait iki belirleyici unsur, eserden bir ana özgü ve geçici yararlanılması ve temsilin kamuya yönelik olması, bu tür sunumlarda söz konusudur. (Bu konuda bkz. Erel, **a.g.e.**, s. 151 ve 157, Ateş, **a.g.e.**, s. 178.) Ancak yukarıda (bkz. başlık III. , A., 1., “İnternet Ortamında Müzik Eseri Sunumunun Temsil Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi ”) belirttiği gibi, - internet söz konusu olduğunda- bu tür sunumların özel bir düzenleme niteliğindeki FSEK. m. 25'deki umuma iletim hakkı kapsamında değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

⁴⁴ Çoğaltma terimi kelime anlamı olarak , eserden çok sayıda nüshanın çıkarılmasını ifade etmektedir. Oysa fikir ve sanat eserleri hukuku bakımından çoğaltma teriminin özel bir anlamı bulunmaktadır. Buna göre bir eserin çok sayıda nüshasının çıkartılması değil, tek bir nüshasının çıkartılmış olması dahi çoğaltma sayılır. Tekinalp, **a.g.e.**, N. 91, s. 170-171.

çerçeve, örneklerle somut olarak algılanmaya elverişli kılınmaktadır. Zira 2. fıkrada eserin aslından ikinci bir kopya çıkarılmasından, eserin işaret, ses ve görüntü nakil ve tekrarına yarayan bilinen veya ileride geliştirilecek olan her türlü araca kaydedilmesinden ve her türlü ses ve müzik kayıtlarından söz edilmektedir.

Çoğaltma hakkı esasen bütün mali hakların çekirdeğini oluşturmaktadır⁴⁵. Bu bağlamda bütün mali haklarla çoğaltma hakkının yakın bir ilişkisi bulunmaktadır. Lakin internet ortamında müzik eserlerinin sunumu söz konusu olduğunda, çoğaltma hakkı ayrı bir öneme sahiptir⁴⁶. Zira internette sunumun ön şartı olarak, bir müzik eserinin dijital biçime dönüştürülmesi dahi başlı başına bir çoğaltma niteliğindedir⁴⁷. Keza yine internette bir içeriğe erişildiğinde veya bir bağlantı takip edildiğinde teknik olarak otomatik bir çoğaltma söz konusu olacaktır. Çünkü **web** sayfalarına her erişimde o sayfada bulunan bilginin bir kopyası, o sayfanın bulunduğu bilgisayardan kullanıcının bilgisayarına transfer edilmektedir. Yani teknik bakımdan mecburi bir çoğaltma yapılmaktadır.⁴⁸ Sonuç itibari ile internet ve bilgisayar teknolojisine mahsus yollarla bir müzik eserinin her türlü kayıt ve depolanması işlemi, bu bağlamda internete dahil **server**'a müzik esersinin yüklenmesi yahut internette sunulan bir müzik eserinin kullanıcı bilgisayarına indirilmesi, mevcut FSEK. m. 22 hükmünün çizdiği geniş çerçevede⁴⁹ çoğaltma kapsamına girer⁵⁰.

⁴⁵ Bugünkü fikir ve sanat eserleri hukukunu simgeleyen “copyright “(©) kelimesi, çoğaltma hakkını ifade etmektedir. Kavram tarih içinde genişlemiş ve başka anlamlar da kazanır bir hal almıştır. Diğer haklar, çoğaltma hakkından türemiştir. Arslanlı, **a.g.e.**, s. 93; Tekinalp, **a.g.e.**, N.90, s.160

⁴⁶ Kopyalama internetin kalbi konumundadır. İnternet işlevselliğinin büyük bir bölümü kopya işlemi üzerine kurulmuştur. Kopyalama, internetin hızlı olmasını sağlamaktan öte, internet ağının yayılabilmesi için olmazsa olmaz bir unsurdur. Genelde sözkonusu kopyalama kullanıcılar tarafından gözle görülemez olsa da, internet işleyebilmek için kopyalamaya mecburdur. Yalçın Tosun, “Caching ve Hukuksal Çözüm Önerileri”, **İnternet ve Hukuk**, (Ed. Yeşim Atamer), İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 2004, s. 539

⁴⁷ Eroğlu, **Link.**, s. 224; Kendigelen/Bozbel, **a.g.m.**, s.511

⁴⁸ Ramazan Acun, “İnternet ve Telif Hakları”, (e.y.b.k. **Bilgi Dünyası**, S.1/1, Nisan, 2000, s. 5-26), (Çevrimiçi), <http://www.history.hacettepe.edu.tr/archive/İnternetTelif.html>, 20.03.2006.; Memiş, **a.g.e.**,s. 112; Topaloğlu, **a.g.e.**, s.150.

⁴⁹ FSEK. m. 22 uyarınca her türlü araç ve yöntem ile, doğrudan veya dolaylı, geçici veya kalıcı, kısacası hemen her kopyalama ve depolama işlemi çoğaltma sayılacaktır. Doktrinde FSEK. m. 22 hükmünün bu kadar geniş bir çerçevede düzenlenmiş olması ve buna karşılık hangi eylemlerin çoğaltma sayılmayacağına yönelik istisnalara yer verilmemiş olması sebebiyle eleştirilmektedir. İnternet ortamında yapılacak sunumlarda hemen her eylemin çoğaltma kapsamında değerlendirmeye müsait olması, haksızlıklara yol açacaktır. Bu konuda bkz. Eroğlu, **Telif**, s.76-78; Ayşe Saadet: “İnternetin Fikri ve Sınai Haklar Üzerindeki Etkisi”, **Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001 İzmir**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2002, s. 93. Anılan yazarların ortak düşüncesi,

Çalışmamızın sınırları bakımından bir müzik eserinin internet ortamında sunumu yapılırken karşılaşılan muhtemel çoğaltmaları, sadece FSEK. m. 22 lafzı kapsamında dar bir şekilde ele almak mecburiyetindeyiz. Ancak yine de kopyalama esası ile işleyen internete ilişkin olarak iki ana yaklaşımı genel hatlarıyla aktarmakta yarar vardır. İlk olarak, 29/2001 sayılı Direktif'in⁵¹ 5/1. maddesinde, internette özgü *zorunlu teknik çoğaltmaların* tek başına ticari bir amaç içermemeleri halinde - bir istisna olarak- eser sahibinin çoğaltma hakkını ihlal etmeyeceği belirtilmektedir. Zira bunlar, internet ağı içinde yapılacak iletimlerde söz konusu olan ve internetin işlerliği bakımından *zorunlu sayılan geçici teknik çoğaltmalar*dır. FSEK. m. 22 hükmünde ise böyle bir istisnaya yer verilmemiş, herhangi bir yöntem ve şekilde yapılacak geçici her türlü kopyalama, çoğaltma sayılmıştır. Bu bakımdan internette sunumu yapılan bir müzik eserinden izinsiz olarak yararlanma amacı bulunmayan internet kullanıcılarının ve internetin işlerliği bakımından gerekli altyapı hizmetleri sunan telekomünikasyon idareleri, internet servis sağlayıcıları, sunucular gibi birimlerin FSEK. m. 22 hükmü karşısında mağdur kalabilecekleri belirtilmektedir. Diğer açıdan bakıldığında ise, internetin kopyalamaya dayalı işlerliği, mali hakların ihlal edilmediğine yönelik bir gerekçe olarak kabul edilemeyecektir. Örneğin internette izinsiz olarak iletimi yapılan bir müzik eserini dinlemek isteyen kullanıcının bilgisayarını, kullanıcı farkında olmasa dahi içeriği kopyalayacaktır. Bilgisayarda otomatikman yapılan bu çoğaltma, kullanıcı tarafından amaçlanmasa da, eserden izinsiz olarak yararlanmaya hizmet eden bir aşama konumundadır. Yani eserden izinsiz olarak yararlanma nihai amaç iken

bu gibi hassas konularda ayrıntılı düzenlemeler içeren bir kanun değişikliğidir. Kanun değişikliği bakımından izlenmesi gereken yöntem ise, tek tek maddeler üzerinden değişiklik yapılması değil, maddeler arasında uyum sağlayacak yeni bir kanunu hazırlanması olacaktır kanaatindeyiz. Nitekim, çoğaltma hakkı bakımından yaşanan bu tür tereddütlerin, açılacak hukuk ve ceza davalarında sorumluluğuna gidilecek kişiler bakımından kesin çizgilerin çizilmesi noktasında da yaşandığı görülecektir. Bu bakımdan Kinacıoğlu'nun yeni bir kanun hazırlanması teklifini biz de kabul etmekteyiz. Bkz. Naci Kinacıoğlu, "Telif Hukukunda Reform Yapma Gereği Üzerine", (çevrimiçi), <http://www.ilesam.hacettepe.edu.tr/kinacioglugelisim.html>, 16.01.2006.

⁵⁰Sait Güran et.al.; **a.g.e.**, s. 37 (Öngören, **a.g.e.** s. 56'dan naklen); Akipek, Dardağan, **a.g.m.**, s. 56-57; Kendigelen, Bozbel, **a.g.m.**, s. 511; Acun, **İnternet ve Telif Hakları**, s.14.

⁵¹AB.'nin 29/ 2001 sayılı ve 22 Mayıs 2001 tarihli "Bilgi Toplumunda Eser Sahibinin Hakları ve Bağlantılı Hakların Uyumlaştırılması Hakkında Parlamento ve Konsey Direktifi". Bu düzenleme çalışmamızda "29/2001 sayılı Direktif" olarak anılacaktır.

bilgisayarın yaptığı otomatik kopyalama bu amaç çerçevesinde gerçekleşen bir hadisedir. Bu bakımdan, çoğaltma hakkının ihlali söz konusudur.⁵²

Bir müzik eserinin internet ortamında sunumunda birden fazla aşamada çoğaltma gerçekleşecektir. Bunlar aşağıda sırasıyla ele alınmıştır.

a. Müzik Eserinin Dijital Biçime Dönüştürülmesi

Dijital denilen sayısal düzen, 0 ve 1 dijitlerini kullanan ikili sayı sistemi, yani açık ve kapalı elektrik devreleri aracılığıyla bilgiyi tespiti (kayda), şekillendirmeye, seslendirmeye, renklendirmeye yarayan, bu sayede tespit edilen bilginin resim, ses, resim ve ses, metin, grafik gibi çeşitli şekillerde duyular tarafından algılanabilmesini sağlayan bir tekniği ifade etmektedir.⁵³

Bu bağlamda bir müzik eserinin dijital biçime dönüştürülebilmesi için mutlaka ses taşıyıcı özelliği bulunan bir araç üzerinde tespit edilmesi gerekmektedir. Söz konusu tespit, FSEK. m. 22/ f. 2'de açıkça zikredildiği üzere çoğaltma sayılır.⁵⁴ Öte yandan müzik parçalarının internette hızlı iletimini sağlamak için bunların Mp3 formatına sokulması, yani analog biçimdeki müzik parçalarının dijitalize edilerek sıkıştırılması da FSEK. kapsamında bir çoğaltmadır.⁵⁵ ⁵⁶

⁵² Çalışmamızın sınırlarını aşacağından, bu konunun ayrıntılı olarak ele alındığı kaynaklara atıf yapmakla yetiniyoruz. Bkz. Arıkan, Ayşe Saadet: “İnternetin Fikri ve Sınai Haklar Üzerindeki Etkisi”, **Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001 İzmir**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2002, s.91 vd., Tosun, **a.g.m.**, s. 539 vd., Eroğlu, **Telif**, s. 75-77; Memiş, **a.g.e.**, s. 114; Akipek, Dardağan, **a.g.m.**, s. 63 vd.; Erdem Türkekul, “İnternet Ortamında Fikir ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **İnternet ve Hukuk**, (Ed. Yeşim Atamer), İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay ., 2004, s.573-574.

⁵³ Tekinalp, **a.g.e.**, N. 61, s. 121

⁵⁴ “Eserlerin dijital biçime dönüştürülmesi çoğaltma olarak nitelendirilmelidir. FSEK.m. 22 anlamında çoğaltma, eserin RAM’de, **Proxy** sağlayıcıda, anabellekte kayıt gibi her türlü dijital kaydı içerir”. Eroğlu, **Link**, s. 223-224’den naklen

⁵⁵ Kendigelen, Bozbel , **a.g.m.**, s. 511.

⁵⁶ Topaloğlu, müzik eserlerinin dijital biçime dönüştürülmesini bir işleme faaliyeti olarak değerlendirmektedir. Yani eserin dijital biçime dönüştürülmesi yazara göre izin alınmadığı takdirde eser sahibinin işleme hakkını (FSEK. m. 21) ihlal etmektedir. Mustafa Topaloğlu, “ İnternette Fikri Haklar Sorunları”, (Çevrimiçi), http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_28.htm, 24.04.2006. Ancak bu görüşün eleştirilmesi gerekir. Zira bir işleme eserden bahsedebilmek için, o eserde işleyenin hususiyetinin bulunması gerekir. Yani aynen bağımsız bir eserlerde olduğu gibi, işleme eserlerde de işleyene izafe edilebilecek hususiyet taşıyan bir fikri mesainin bulunması gerekir. Müzik eseri, onun

b. Önbelleğe Kayıt (Caching)

Kullanıcının bir müzik eserini internet ortamında sunabilmesi için öncelikle eserin veri formunda bilgisayarda bulunması gerekir. Bilgisayara herhangi bir şekilde (CD veya disket ile) verilen eserin bilgisayarda görüntülenebilmesi⁵⁷ için ise önbelleğe (RAM⁵⁸) alınması gerekmektedir. Bilgisayarın bir veriyi kullanabilmesi için gerekli olan arabelleğe kayıt işlemi, internet ağlarında⁵⁹ da söz konusu olur. Kullanıcının talep ettiği veri internet tarayıcıları (**web browser**) ile ağ üzerinde taranmakta ve ağ üzerinde bir sunucuda bu veriye ulaşılması halinde verinin kullanıcı bilgisayarında kullanılabilmesi için anabelleğe kayıt gerçekleşmektedir⁶⁰.

Önbelleğe kayıt, eserin bilgisayarda görüntülenebilmesi için zorunlu olan teknik bir çoğaltma işlemidir. Önbellekte yapılan bu mecburi kayıtlar, kural olarak⁶¹ kullanıcı bilgisayarının kapatılması ile silinmektedir.

bütününe etki eden ritim, melodi ve kullanılan enstrümanların bütününden ibarettir. İşlenme eserden bahsedilmek için bu unsurlarda işleyenin hususiyetini anlamaya yetecek düzeyde bir değişikliğin yapılması gerekir. Eser üzerinde yapılan teknik değişikliklerde bu şekilde hususiyeti görmek mümkün değildir ki, dijital biçime dönüştürme de bu niteliktedir. Öte yandan Mp3 formatına dönüştürülen eserlerde, eserin tespit edilen materyal üzerinde kapladığı alanda sadece bir azalma olmaktadır. Hususiyet taşımayan eser üzerindeki kısaltmalar dahi tek başına işlenme olarak nitelendirilemezken, sırf eserin kapladığı alandaki azalmanın işlenme olarak nitelendirilmesine hiç imkan bulunmamaktadır. Eser üzerindeki kısaltmaların işlenme olmayacağı ve işlenme eserde de hususiyetin arandığı hususlarında bkz. Öztan , **a.g.e.**, s. 223 ve 228. Müzik eserinin dijital forma dönüştürülmesinin işlenme olarak nitelendirilemeyeceği hususunda bkz. Memiş, **a.g.e.**, s. 73 ve 108. Eroğlu'na göre dijital forma dönüştürme işleme değil çoğaltmadır, Eroğlu, **Link**, s. 228.

⁵⁷ **Caching** ile verinin monitörde gösterilmesi birbirine karıştırılmamalıdır. **Caching**'de mevcut bir verinin kopyası çıkartılmaktadır ve bu işlem bir verinin çalıştırılabilmesi/kullanılabilmesi için yapılmaktadır. Burada bilgisayar tekniği bakımından zorunlu bir kopyalama söz konusudur. Verinin monitöre yansıtılmasında ise, veri aynen ekrana yansıtılmakta, bir kopyalama yapılmamaktadır. Bu bağlamda verinin monitörde görüntülenmesi, hukuken çoğaltma olarak kabul edilmemektedir. Bu konuda bkz. Kaya, **a.g.m.**, s. 440 dn. 36 ve Memiş, **a.g.e.**, s. 41.

⁵⁸ **Random Access Memory**

⁵⁹ Arabelleğe kayıt (**caching**), internet ve bilgisayar teknolojileri içinde çok çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Örneğin, internet ağı üzerinde verilere hızlı ulaşımı sağlamak amacıyla bazı sunucular bakımından da (**Proxy servers**) arabelleğe kayıt işlemi gerçekleşmektedir. Çalışma konumuzun sınırlarını aşacağından her bir teknik özelliği belirtmek yerine, sadece bu kopyalama çeşidine ilişkin genel bilgiler vermekle yetinyoruz.

⁶⁰ Acun, **İnternet ve Telif Hakları**, s. 12 Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Tosun, **a.g.m.**, s. 540.

⁶¹ Bazı bilgisayarlar, internet **web** sitelerine erişim esnasında arabelleğe çıkartılan kopyaları silmemektedir. Böylelikle aynı **web** sitesi açıldığında arabellekte kayıtlı veriler görüntülenmekte, bu sayede site içeriğine erişim çok daha hızlı gerçekleşebilmekte, kullanıcı bilgisayarı sadece **web** sitesinde güncellenen verileri kopyalamak zorunda kalmaktadır. Bunların kalıcı çoğaltma olduğu düşünülebilir. Bkz. Tosun, **a.g.m.**, s. 544-545.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK. m. 22) bakımından önbelleğe kayıt, çoğaltma sayılmaktadır⁶². Zira, çoğaltmanın herhangi bir şekil ve yöntemle yapılması ve mutlaka devamlılık göstermesi gerekmez. Çoğaltma kalıcı olabileceği gibi geçici de olabilir⁶³. Önbelleğe yapılan kayıt bilgisayarın kapatılması ile birlikte silinse dahi burada çoğaltma söz konusu olacaktır.

c. Routing

İnternet ağında iletimi yapılan veri, ağ üzerinde çeşitli duraklarda (**router**) kaydedilir. Bu temele dayanan **routing**⁶⁴ de bu bakımdan zorunlu teknik bir çoğaltmadır. **Routing**'in teknik yapısı bu işlemin hukuken nitelendirilmesinde tartışmaya yol açmaktadır. Nitekim **router**'larda kaydedilen bir verinin kendisi değil, verinin küçük parçalarıdır. Bu parçalar hedef bilgisayarda, yani veriyi çağıran kullanıcının bilgisayarında birleştirilerek bir bütün halde veri şeklini almaktadır.

Bir görüşe göre⁶⁵ **routing**, hukuken bir çoğaltma sayılamaz. **Routing** ile bir verinin son derece küçük parçaları kaydedilmektedir. Bu haliyle söz konusu parçalar bir müzik eserlerinden yararlanmaya imkan veremeyecektir. Bu bakımdan **routing**'e sadece teknik bir hadise gözüyle bakılmalıdır.

Diğer görüşte⁶⁶ ise haklı olarak, burada hukuken bir çoğaltmanın bulunduğu kabul edilmektedir. Zira **router**'larda yapılan kayıtlar, hedef bilgisayardaki nihai çoğaltmanın aşamalarıdır. **Router**'larda kaydedilen parçalar, hedef bilgisayara gönderilmekte ve burada birleştirilmektedir. Sonuç itibariyle bütün haldeki veriye ulaşmak, yani müzik eserinden yararlanmak mümkün olmaktadır.

⁶² Memiş, **a.g.e.**, s. 113; Kaya, **a.g.m.**, s. 440; Kendigelen/Bozbel, **a.g.m.**, s. 512; Tosun, **a.g.m.**, s. 541; Topaloğlu, **a.g.e.**, s. 150.

⁶³ Ayiter, **a.g.e.**, s. 128

⁶⁴ İnternet üzerinde verilere daha hızlı erişim mümkün kılmak bakımından, ağ üzerindeki sunucular belli duraklarda verileri depolar. Kavram için bkz. ykr. başlık II, A, 7. "Routing".

⁶⁵ Bkz. Memiş, **a.g.e.**, s. 114 dn.35'de anılan yazarlar.

⁶⁶ Memiş, **a.g.e.**, s. 114

d. Anabelleğe (Harddiske) veya Ses Taşıyıcı Materyallere Kayıt

İnternette sunumu yapılan bir müzik eserinin kullanıcı bilgisayarına indirilmesi halinde geçici bir kopyalama söz konusu olmaktadır. Kural olarak⁶⁷, indirilen veri kaydedilmediği takdirde bilgisayarın kapatılması ile birlikte yitirilecektir. Eserin, kullanıcının tercihe bağlı olarak bilgisayar anabelleğine kaydedilmesi halinde ise kalıcı bir çoğaltmadan bahsedilir. Zira bilgisayar anabelleğine kaydedilen müzik eseri, ön belleğe kayıt işleminden farklı olarak, bilgisayarın kapatılması ile silinmemektedir.

Benzer şekilde kayıt özelliği bulunan **CD, CD-ROM** gibi ses taşıyıcı materyal üzerine de internette indirilen bir müzik eserinin kopyalanması mümkündür. Bu kopyalama doğrudan internette yapılabileceği gibi, internette indirilip daha önceden anabelleğe kopyalanmış nüshadan da yapılabilir.

Anabelleğe ve ses taşıyıcı özelliği bulunan diğer araçlara kayıt, FSEK. m. 23 anlamında bariz bir çoğaltmadır⁶⁸.

B. İnternet Ortamında Müzik Eserlerinin Umuma İletim Hakkı

Teknolojideki hızlı gelişmeler, gerek eserlerin üretim ve gerekse mevcut eserlerin topluma sunulma usullerinde yeni yöntemlerin benimsenmesine sebep olmuştur. Mevcut eserlerin topluma sunulmasında yararlanılan teknolojinin en kapsamlı ve en gelişmişini ise şüphesiz internet oluşturur. Ancak, internet sunduğu geniş imkanlarla zamanla fikri haklara yönelik büyük bir tehlike halini almıştır. Söz konusu tehlikenin sadece bir ülke hukukuyla önlemeyeceği gerçeği karşısında, bu hususta uluslararası standartların sağlanması gereği doğmuştur. Bu kapsamda Dünya

⁶⁷ İnternetteki bir veri, doğrudan bilgisayar anabelleğine kaydedilmek üzere indirilebileceği gibi kaydetme amacı olmaksızın da indirilebilmektedir. Anabellek yahut ses taşıyıcı özelliği bulunan diğer araçlara indirilen müzik eserleri kaydedilmemiş olsa dahi, indirme (**download**) işlemi geçici bir çoğaltmadır (FSEK. m. .22/f. 1)

⁶⁸ Memiş, **a.g.e.**, s.79; Kaya, **a.g.m.**, s. 439; Genç Arıdemir, **Yayma ve Çoğaltma**, s.79.

Fikri Mülkiyet Teşkilatının (WIPO) bünyesinde 1996⁶⁹ yılında “internet sözleşmeleri” olarak anılan *WIPO Eser Üzerindeki Haklar Sözleşmesi* (WCT) ve *WIPO İcralar ve Fonogramlar Sözleşmesi* (WPPT) hazırlanmıştır. İnternet ile bir eserin umuma iletimi, ilk kez bu sözleşmeler ile hukukta yerini bulmuş; internet kullanıcılarının seçecekleri yer ve zamanda esere erişimlerine⁷⁰ imkan tanıyacak şekilde internet ortamında eserlerin bulundurulması ayrı bir hak altında ele alınmıştır⁷¹. Sözleşmelerde yer alan bu inhisari nitelikteki hak ile, kuşku dan uzak, açık ve anlaşılması kolay bir şekilde hak sahiplerine, eserlerinin dijital ortamda umuma sunulmasını yasaklama yetkisi tanınmıştır⁷².

Bu düzenlemeleri uluslararası platformdaki diğer düzenlemeler takip etmiştir. Avrupa Birliği, 29/ 2001 sayılı ve 22 Mayıs 2001 tarihli *Bilgi Toplumunda Eser Sahibinin Hakları ve Bağlantılı Hakların Uyumlaştırılması Hakkında Parlamento ve Konsey Direktifi*'ni kabul etmiştir. Direktif'in 3/ 1 maddesinde, internet aracılığıyla interaktif olarak umuma iletim düzenlenmiş ve bu hususta hak sahibinin inhisari yetkileri bulunduğu kabul edilmiştir⁷³.

Anılan düzenlemelerin etkisinde olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda revizyona gidilmiştir.⁷⁴ Bu kapsamda “işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı”, 21.2.2001 tarih ve 4630 sayılı Kanun değişikliği ile Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 25. maddesi olarak düzenlenmiştir. FSEK. m. 25 hükmü şöyledir:

⁶⁹ Sözleşmeler 1996 tarihli olmasına rağmen, yürürlüğe girebilmeleri için gerekli olan otuz ülkenin onay şartı ancak 2002 yılında sağlanmıştır. *WIPO Eser Üzerindeki Haklar Sözleşmesi*, 6 Mart 2002 tarihinde ve *WIPO İcralar ve Fonogramlar Sözleşmesi*, 20 Mayıs 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, henüz bu sözleşmelere taraf değildir.

⁷⁰ Doktrinde bu durumu ifade etmek üzere “ seçici faydalandırma” tabirinin kullanıldığı görülmektedir. Thomas Dillon, “ Avrupa'da Telif Hakları ve Uygulanmasındaki Gelişmeler” , **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002**, Ankara, 2002, s. 573.

⁷¹ Arıkan, **a.g.m.**, s. 94; Dillon, **a.g.e.**, s. 573.

⁷² Dillon, **a.g.e.**, s. 573.

⁷³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Arıkan, **a.g.m.**, s. 94; Türkekel, **a.g.m.**, s. 569.

⁷⁴ Amerika Birleşik Devletleri de, WIPO İnternet Sözleşmelerini iç hukukuna geçirmiş, bu bağlamda 1998 tarihinde “Dijital Milenyum Telif Hakları Kanunu”nu (Dijital Millenium Copyrigt Act) kabul etmiştir. Bkz. Türkekel, **a.g.m.**, s. 570.

“ 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.

Eser sahibi, eserinin aslı ya da çoğaltılmış nüshalarının telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılmasına veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda eserine erişimini sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkına da sahiptir.

Bu madde ile düzenlenen umuma iletim yoluyla eserlerin dağıtım ve sunumu eser sahibinin yayma hakkını ihlal etmez.”

Madde ile eser sahiplerine bir takım yetkiler tanınmıştır. Buna göre – müzik- eser sahibi, eserinin;

- Radyo, televizyon, uydu ve kablo gibi telli ve telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla yayınlanmasına,
- Dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/ veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayınlanmasına,
- Yapılan yayınlardan alınarak yeniden yayınlanmasına,
- Telli veya telsiz araçlarla satışına veya diğer usullerle umuma dağıtılmasına veya sunulmasına,
- Seçilen yer ve zamanda, gerçek kişilerin erişimine imkan tanıyacak şekilde umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak yetkisine sahiptir.

Bu bilgilerden hareketle umuma iletim hakkı, teknolojik araçlar kullanılarak FSEK. m. 25’de sayılan ve bunlara benzer yöntemlerle eserin asıl veya nüshalarının kamuya sunulmasını düzenleyen ve bu hususta eser sahibine inhisari nitelikte yetkiler

tanıyan mali bir hak olarak tanımlanabilir. 4630 sayılı Kanun gerekçesinden açıkça anlaşılacağı üzere FSEK. m. 25. hükmü, teknolojik yenilikler göz önüne alınarak hazırlanmıştır⁷⁵. Bu kapsamda bir eserin aslının veya nüshalarının radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi teknolojilerle veya işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan diğer araçlarla umuma iletilmesi veya umuma iletilen eser veya nüshalarının alınarak yeniden umuma iletimi, yine teknolojinin imkanları kullanılarak eserin satışı veya diğer yollarla kamuya sunulması, temsil veya yayma haklarından bağımsız bir mali hak çatısı altında düzenlenmiştir. Bu çatı altında bir eserin veya nüshalarının umuma iletimini mümkün kılan en önemli teknoloji ise şüphesiz internet teknolojisidir.

İnternet ortamında yapılacak müzik eser sunumlarının, bağımsız bir mali hak olan umuma iletim hakkı kapsamında değerlendirilmesi gereği tereddütten uzaktır. Zira bu mali hakkı düzenleyen 25. maddenin 1. fıkrasında açıkça *dijital iletimden* bahsedilmektedir. Eser veya nüshalarının radyo, televizyon, uydu ve kablo gibi araçlarla yayımlanması dışında -özellikle- dijital iletimi de içeren yayınlardan⁷⁶ söz edilmesi internet teknolojisine yapılan açık bir atıf niteliğindedir⁷⁷. Saklanma ve aktarılma aşamalarında bilgilerin sayısal biçimlere dönüştürülmesini ifade eden dijitalleşme, yazı, resim ve seslerin hızlı bir şekilde internet ortamında nakledilmesine imkan veren yeni bir teknolojiyi ifade etmektedir⁷⁸. Şu haliyle dijitalleşme ve bu arada dijital iletim, internet ve internet ortamında gerçekleşen sunumlar ile birebir alakalıdır.

⁷⁵ **Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı**, (Çevrimiçi), <http://tbmm.gov.tr>, 10.01.2006.

⁷⁶ İnternet radyoculuğu ve televizyonculuğu ile sunumu yapılan eserler, teknik anlamda “yayın” kavramı içinde değerlendirilmeye elverişlidirler. Öte yandan bunlar gibi mecburi olarak eş zamanlı bir tüketimin söz konusu olmadığı, eserlerin pasif konumda bulunmayan kullanıcıların erişimine hazır tutulması ihtimalinde ise teknik bakımdan yayından bahsedilemez. (Arıkan, **a.g.m.**, s. 94.) Ancak FSEK. m. 25 hükmü karşısında bu ikisi arasında bir fark bulunmamaktadır. Zira her iki usul de, umuma iletim hakkını düzenleyen FSEK. m. 25 kapsamında bir iletimdir. Kendigelen, Bozbel, **a.g.m.**, s. 518-519.

⁷⁷ Ateş, **a.g.e.**, s. 191.

⁷⁸ Memiş, **a.g.e.**, s. 35.

Benzer şekilde maddenin 2. fıkrasında *gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda esere erişiminden*⁷⁹ söz edilmesi, internet teknolojisine yapılan yine özel bir atıf özelliği taşır⁸⁰. Kullanıcıların seçtikleri zaman ve sitede esere erişimini ifade eden ve “seçici faydalandırma”⁸¹ olarak da isimlendirilen bu olgu, internetin, interaktif⁸² sanal bir ortam olmasından ileri gelmektedir. Gerçekten internet, radyo, televizyon, uydu ve kablo yayınlarından farklı olarak, senkron kullanım yanında asenkron kullanıma da imkan tanımaktadır⁸³. Mesela, bir müzik eserine ulaşmak isteyen dinleyici radyo yayınında yayın akışı ile bağlı iken, internette kullanıcı için böyle bir bağımlılık söz konusu değildir. İnteraktif konumdaki internet kullanıcısı, esere ulaşmakta bir radyo dinleyicisinden yahut televizyon izleyicisinden çok daha fazla etkindir ve imkana sahiptir. İnternet kullanıcısı, müzik eserini sunan herhangi bir **web** sayfasından dileği zamanda müzik eserine erişebilir. Aynı kullanıcı internet ortamından ulaştığı müzik eserini bilgisayarına indirebilir ve ardından yeniden internet ortamında bu müzik eserini doğrudan veya değiştirerek yeniden internette sunabilir.

C. İnternet Ortamında Müzik Eserlerinin Sunumu Yoluyla Umuma İletim Hakkının İhlali

FSEK.’de düzenlenmiş olan hukuk ve ceza davarlarından herhangi birisinin açılabilmesi için manevi veya mali haklara yönelik bir “tecavüz” veya “tecavüz tehlikesinin” bulunması gerekir (FSEK. m. 66-70).⁸⁴ “Tecavüz”, bir mali veya

⁷⁹ Bir eserin umuma iletiminde, sunuma muhatap olacak kişilerin aynı yerde bulunması ve sunumun eş zamanlı olması gerekmemektedir. Akipek, Dardağan, **a.g.m.**, s. 60.

⁸⁰ Kendigelen, Bozbel, **a.g.m.**, s. 518-519; Tekinalp, **a.g.e.**, N. 111a, s. 178.

⁸¹ Kavram için bkz Dillon, **a.g.m.**, s. 573.

⁸² İnternet’in diğer teknolojilerden temel farkı ise etkileşimli olmasıdır. **Web** sayfaları arasında gezinilebilir, e-posta gönderip alınabilir, form doldurulabilir, kişiler kendi bilgisayarında kullanmak üzere bilgi ve program çekebilir ve başkalarının görmesi ve kullanması için bilgi ve program koyabilir. Diğer teknolojilerden farklı olarak bütün bu uygulamaların gerçekleştirilmesinde internet kullanıcısı kural olarak belirli bir zaman sınırlamasına ile karşılaşmaz. İnternet bağlantısının kurulduğu herhangi bir zamanda, bu uygulamalar gerçekleştirilebilir. Diğer yayın araçlarında ise dinleyici/ izleyici yayının yapıldığı ana münhasır olarak eserden yararlanabilecektir. Tekinalp, **a.g.e.**, N. 59 vd., s. 177 vd.; Acun, **İnternet ve Telif Hakları**, s. 14.

⁸³ Memiş, **a.g.e.**, s. 37; Arıkan, **a.g.e.**, s. 94; Kendigelen, Bozbel, **a.g.m.**, s. 518-519.

⁸⁴ Kanun “tazminat davası”nın düzenlendiği 70. maddede, manevi ve mali hakların “haleldar” edilmesi ifadesini kullanmıştır.

manevi hakkın haleldar edilmesi demektir. “Haleldar edilmek” ise zarar görmek anlamına gelmekte ve “ihlal” kavramını da içermektedir⁸⁵. Şu halde internet ortamında müzik eserlerinin sunumu yolu ile umuma iletim hakkının (FSEK. m. 25) haleldar edilmesi, umuma iletim hakkının ihlali manasına gelir.

İnternet ortamında müzik eserlerinin sunumu yoluyla umuma iletim hakkının ihlali bir çok şekil ve yöntemle gerçekleştirilebilir. Ancak, umuma iletim hakkına yönelik bir ihlalden bahsedebilmek için somut olayda temel üç şartın gerçekleşmiş olması gerekir. Bunlar aşağıda sırası ile ele alınacaktır.

1. Müzik Eserinin Erişime Açık Hale Getirilmesi

İnternet ortamında bir eserin umuma iletilmesinde teknik bakımdan belirleyici olan, eserin internette erişime açık hale getirilmesidir. Bununla kastedilen, eserin diğer kullanıcılar tarafından ulaşılabilecek şekilde internete bağlı bir *server*'a yüklenmesidir (**upload** edilmesidir)⁸⁶. Örnek üzerinden ifade edilirse, kullanıcı, bir sanatçıya ait albümü **CD.**'den bilgisayarına aktarmış olabilir. Albümün bilgisayar anabelleğinde durması umuma iletim hakkının ihlali için yeterli bir fiil değildir. Örnekteki albümün internet ağına dahil bir *server*'a aktarılması halinde ise, umuma iletim hakkının ihlali için gerekli altyapı hazırlanmış olur. Burada dikkat edilmesi gereken iki husus vardır. Bunlardan ilki *server*'ın *internet ağına dahil* olmasıdır. Zira, verilerin depo edildiği ve diğer bilgisayarlara bu verilerin sunulduğu manyetik ortamı ifade eden *server*⁸⁷, birkaç kişinin iletişimini sağlayan kapalı bir ağ için de söz konusu olabilir. Bu bağlamda sadece birkaç bilgisayarın birbirine bağlı olduğu yerel bir ağda, bir bilgisayar anabelleği de *server* konumunda olabilir. Bu şekilde, örneğin bir evde kurulu yerel

⁸⁵ Tekinalp, **a.g.e.**, N. 16, s. 290.

⁸⁶ Yavuz Kaplan, **İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk**, Ankara, Seçkin, 2004, s. 129.

⁸⁷ Demir, **a.g.m.**, s. 27

ağda birbirine bağlı iki bilgisayardan, **server** bilgisayara albümün yüklenmesi umuma iletim hakkının ihlali için yeterli olmayacaktır⁸⁸.

İkinci olarak ise, internet ağına dahil **server**'a dar bir kitle dışındaki kişilerce de erişilebiliyor olması gerekir. Örneğin, üyelik bakımından hiçbir kısıtlamaya gidilmemiş bir foruma milyonlarca kullanıcı üye olabilir. Bu **web** sayfasına ait **server**'a müzik eserinin yüklenmesi umuma iletim hakkının ihlalini sonuçlar. Diğer bir forum örneğinde ise üyelik belli şartlara tabii tutulmuş olabilir. Mesela, farklı şehirlerde yaşayan kardeşler, kendi aralarında bir paylaşım forumu kurmuş olabilirler. Bu forumda üyelik özel şarta (aile bireyi olma şartına) bağlı olduğundan, forum “umum”⁸⁹ açık bir platform değildir. Kullanıcı sayısı belli ve sınırlıdır bu forum örneğinde. Bu bahisle her ne kadar internete dahil bir **server** kullanılıyor olsa da, burada “umum”⁹⁰ iletim söz konusu olmaz.

Eserin internete dahil **server**'a yüklenmesi çok farklı şekillerde gerçekleşebilir. **Hosting** hizmeti sunan bir İSS., bu hizmetini kullanıcıların veri yüklemesine açık bir **web** sayfası ile sunuyor olabilir. Söz konu **web** sayfasına müzik eserleri kullanıcılar tarafından yüklenmiş olabilir. Kullanıcı, buna benzer şekilde bir foruma, veri paylaşım programına veya kendi hazırlamış olduğu **web** sayfasına da müzik eserini aktarmış olabilir. Bu ve buna benzer şekillerde müzik eserinin diğer kullanıcıların erişimine açık bir **server**'a yüklenmesi mümkündür.

⁸⁸ İnternet dışında, bir yerel ağ somut olayın özelliklerine göre geniş bir bilgisayar ağını ifade edebilir. Örneğin büyük bir şirkette kurulu yerel ağa yüzlerce bilgisayar dahil olabilir. Bu gibi durumlarda da internet ağına bağlı **server** için söylenenlerin geçerli olması düşünülebilir.

⁸⁹“Umum” kavramının açılımı ve dar çevreye yapılan sunumların umuma iletim hakkını ihlal etmediği hakkında bkz. bir sonraki başlık, “İletimin “Umum”⁹⁰a Yapılması”.

⁹⁰Başlı başına internete dahil bir **server**'a müzik eserinin yüklenmesi umuma iletim hakkının ihlali sonucunu doğurmaz. Zira her **server**'a, örneğin her **web** sayfasına gönderilen eser otomatik olarak “başkalarının kullanımına” sunulmuş sayılmaz. Dar bir kişi çevresi içinde iletim söz konusu ise, bunun “şahsi kullanım” serbestisi içinde değerlendirilmesi mümkündür. Bu hususta bkz. Kendigelen, Bozbel, a.g.m., s. 513 dn. 66 ve 67. Ayrıca “şahsi kullanım” kavramı için bkz. a.şğ. “Şahsi Kullanım İstisnasının İnternet Ortamında Kazandığı Anlam” ve “Umuma İletim Hakkında Şahsi Kullanım İstisnası”, başlık III, C., 3, d., (1) ve (2).

FSEK. m. 25'in lafzından, umuma iletimin yalnızca tüzel kişiler tarafından gerçekleştirilebilecek bir hadise olduğu kanısı uyanmaktadır. Maddede sürekli olarak yayın kuruluşlarından bahsedilmesi bu kanıyı uyandırmaktadır. Ancak bir müzik eserinin internete dahil bir **server**'a yüklenmesi tüzel kişiler kadar -ve hatta daha çok- gerçek kişilerce gerçekleştirilmektedir. Forum ve paylaşım programları vasıtasıyla müzik eserlerinin umuma iletimi düşünüldüğünde, sayıca gerçek kişilerin, **web** sayfa sahibi veya internet radyo/televizyon yayını yapan tüzel kişilerin sayından çok olduğu görülecektir. Bu bahisle hem gerçek hem de tüzel kişilerin internete dahil bir **server**'a dijital biçimdeki müzik eserini yüklemesi ve bu yolla umuma iletim hakkının ihlali mümkündür.

Müzik eserinin diğer kullanıcıların erişimine açık bir **server**'a yüklendikten sonra eserin diğer kullanıcılar tarafından rağbet görmemesi, umuma iletim hakkının ihlal edilmediği manasına gelmez. Bunu, az izlenen bir televizyon programına benzetirsek, bir müzik eseri televizyonda izinsiz olarak yayınlandığı takdirde umuma iletim hakkı ihlal edilmiş olur. Televizyon programının az izlenmesi yahut hiç izlenmemesi bu sonucu değiştirmez. İnternette az rağbet gören, **server** üzerindeki bir müzik eseri için de aynı sonuca varmak gerekir. Benzer şekilde, müzik eseri **server**'a yüklendikten sonra kullanıcılar tarafından müzik eserine teknik bazı aksaklıklar sebebiyle erişilememesi ihtimalinde de aynı sonuca varılmalıdır⁹¹. **Server**'a yüklenen müzik eserine erişim, internetin teknik altyapısını oluşturan hatların yoğunluğu, **server**'ın güncellenmesi (**update**) veya kullanıcı bilgisayarından kaynaklanan aksaklıklar sebebiyle mümkün olmayabilir. Ancak müzik eseri **server**'a yüklenmiştir ve bu yolla bir ihlal gerçekleşmiştir.

Server'a yüklenen müzik eserinin senkron yahut asenkron kullanıma elverişli olması, canlı veya önceden tespiti yapılan müzik eserinin **server**'a yüklenmiş olması⁹², müzik eserini **server**'a yüklerken farklı programlar kullanılmış olması vb. ihtimaller bir ihlalin var olup olmadığı noktasında belirleyici değildir.

⁹¹ Kaplan, **a.g.e.**, s 129.

⁹² Kaplan, **a.g.e.**, s 129.

2. İletimin “Umum”a Yapılması

“Umum” kavramının açıklıklığa kavuşturulması, umuma iletim hakkının ihlal edilip edilmediğinin tespitinde zorunlu bir aşamadır. Zira umuma iletim hakkını düzenleyen FSEK. m. 25’in bütün fıkralarında “umum” kavramına yer verilmesine karşılık, ne anılan maddede ve ne de FSEK’in genelinde “umum” kavramına dair bir tanımlama yapılmıştır.

Alman Telif Hakları Kanunu’nda bu kavrama ilişkin tanım bulunmaktadır. Buna göre, “ *belirli bir çevre ile sınırlı olmayan, birbirine karşılıklı ilişkiler içinde bağlı bulunmayan veya bir organizasyonla birbirine bağlanmayan birden fazla kimse*”, umum kavramını oluşturur⁹³.

Türk Doktrininde bir görüşe göre, *aile içi ve iş ilişkileri dolayısıyla birbirine bağlı olan ve görevi icabı eseri bilen kişilerin dışında çok sayıdaki -bir anlamda belirsiz sayıdaki- kişi*, “umum” kavramını açıklamaktadır⁹⁴. Benzer şekilde, *dar bir şahıs çevresi dışındaki kişiler*⁹⁵, *aile bağı gibi yakın ilişki içinde bulunulmayan veya özel olarak sınırlandırılmamış kişiler ve guruplar*⁹⁶ da, doktrinde umum kavramını içinde değerlendirilmektedir.

Bu bilgiler ışığında, bir kişinin *yakın çevresi dışında kalan kişiler* umum kavramını oluşturmaktadır. Anne, baba, eş, çocuklar, akrabalar, arkadaşlar, bu bağlamda yakın çevre içinde değerlendirilebilecek kişileri oluşturmaktadır. Yakın çevre içinde, kişi bakımından bir sayı öngörülemez. Bu noktada yakın çevrenin sınırlarının çizilmesinde faydalanılabilecek ölçü, “kişisel bağlantı”⁹⁷, yani kişisel ilişkilerdir. Örneğin bir işyerinde çalışan kişi sayısı, umum kavramı bakımından bir ölçü olarak kullanılamayacaktır. O işyeri çalışanları arasındaki iş ilişkisi, kişisel

⁹³ Alman Telif Hakları Yasası UrhG § 15/III (Memiş, **a.g.e.**, s. 116’dan naklen).

⁹⁴ Tekinalp, **a.g.e.**, N. 111b, s. 179

⁹⁵ Erel, **a.g.e.**, s. 151

⁹⁶ Ateş, **a.g.e.**, s. 188

⁹⁷ Memiş, **a.g.e.**, s. 117-119; Eroğlu, **Link**, s. 226 dn.79

bağlantıyı oluşturur. Sonuç itibari ile -çalışan kişi sayısına bakılmaksızın⁹⁸- işyerinde yapılan iletim, yakın çevreye yapılan iletim olarak nitelendirilip, umuma iletim olarak nitelendirilemeyecektir⁹⁹.

Burada asıl üzerinde durulması gereken, milyonlarca kullanıcısı bulunan internet ortamında, “umum” kavramının nasıl yorumlanması gerektiğidir. Örneğin, bir müzik eserinin e-posta ile gönderilmesi ihtimalinde, bu bir umuma iletim olarak nitelenebilecek midir? Yahut P2P tekniğine dayalı Mp3 değişim programları vasıtasıyla yapılan iletim, umuma iletim olarak kabul edilebilecek midir?

Memiş’e göre müzik eserinin e-posta aracılığıyla gönderilmesi durumunda bu, umuma iletim olarak nitelenemeyecektir¹⁰⁰. Zira yazara göre, e-posta gönderilen kişiler genellikle gönderenin yakın çevresini oluşturmakta, bu kişilerle gönderen arasında bir ilgi bulunmaktadır. Forumlara ilişkin olarak ise yazar, forumlarda bilgi alışverişinde bulunulması, tartışma yapılması gibi sebeplerle bir ilişkinin bulunduğu, bu sebeple forumlarda iletimi yapılan müzik eserlerinin de, umuma iletim sayılamayacağı kanaatinde. Buna karşılık yazara göre, P2P tekniği ile Mp3 değişimi yapılması ihtimalinde umuma iletim söz konusudur. Zira P2P temeline dayalı müzik değişiminde, kişiler arasında ne bir kişisel ilişki, ne de ilgi bulunmaktadır. Bu yöntemde çok sayıdaki kişi, arama motorları vasıtasıyla tesadüfen birbirlerini ile irtibata geçmektedir.

Genel olarak yazara katılmakla birlikte, somut olaya göre bir değerlendirme yapılmasının daha sağlıklı olacağı kanaatindeyiz. Gerçekten e-posta gönderilen

⁹⁸Burada sayı verilememesi ile anlatılmak istenen, yakın çevreyi oluşturan kişi sayısı bakımından belli bir sayının verilemiyor olmasıdır. Bu bağlamda belirli bir kişi sayısı verilemiyor olsa da, umum kavramının *dar bir şahıs çevresi dışındaki kişileri* (Erel, **a.g.e.**, s.151) ifade ettiği gözden kaçırılmamalıdır. Söz konusu şirket örneğinde, şirket içi bilgisayar ağı ile iletim, umum kavramında değerlendirilmeyebilir. Lakin, çok büyük şirketler söz konusu olduğunda yine de umuma iletim hakkının ihlal edildiği kabul edilmelidir. Bkz. Eroğlu, **Link.**, s. 226 dn. 79.

⁹⁹ Alman mahkeme kararında, dans okulu kapanış balosunda bulunan kişiler, umum kavramı içinde değerlendirilmişken ; dans kursuna giden öğrenciler yakın çevre kapsamında mütalaa edilmiştir. (Bkz. Memiş, **a.g.e.** , s. 116). Zira ilk örnekte dikkati çeken husus, kapanış balosuna katılanlar arasında kişisel bağlantıların bulunmadığıdır. Baloya katılan davetliler arasındaki tek ilişki dayanağı, o baloya katılmış olmalıdır. Dans kursuna devam eden öğrenciler ise, kişisel ilişkiler içinde, sınırlı bir çevre oluşturmaktadır.

¹⁰⁰ Aynı görüşte Eroğlu, **Link.**, s.116 dn. 79.

kişiler, kişisel ilişkilerin bulunduğu yakın çevreyi oluşturmaktadır. Ancak e-posta adres zinciri¹⁰¹ oluşturulması halinde yakın çevre kapsamındaki bir kişiye ileti gönderilirken, aslında hiçbir kişisel ilişkinin bulunmadığı geniş bir kitleye de iletinin gönderilmesi ihtimali kuvvetle muhtemeldir.

Forumlar ele alındığında ise, forumlar genellikle üyelik gerektiren kapalı yazışma gurupları olarak kurulur. Örneğin bir derneğin üyeleri dernekle ilgili işlerin tartışılması amacıyla forum kurmaktadır. Bu tür forumlarda, kişisel ilişkilere dayalı sınırlı bir çevre söz konusu olacaktır. Lakin bu durum mutlak değildir. Sınırlı bir çevre içinde kurulan forumlara yeni üyelerin dahil olmasına, yahut zaten geniş katılımı öngören forumların oluşturulmasına gerçek hayatta her zaman rastlamak mümkündür. Forumlara üyeliğin genellikle ücretsiz olması da üye sayısının yüzlerle ifade edilmesine sebep olmaktadır. Bu durumda ve e-posta adres zincirlerinin kullanılması ihtimalinde, ileti olarak gönderilen müzik eserlerinin kişisel ilişki içinde bulunulmayan çok geniş kitlelere gönderilmesi ile karşılaşılacaktır¹⁰². Kanaatimizce bu durum P2P yöntemine dayalı Mp3 değişim programlarına benzer bir yaklaşımı haklı kılmaktadır. Zira, değişim programlarında arama motorları vasıtasıyla tesadüfen irtibata geçilen kişiler ile, söz konusu forum üyeleri ve e-posta alıcıları arasında somut olayın gerçeklerine göre hiçbir fark bulunmayabilmektedir. Bütün bu kişiler, karşılıklı kişisel ilişkilerin bulunmadığı geniş bir çevreyi ifade etmektedir. Bu tarz bir düşünce eser sahiplerinin haklarının korunması bakımından daha sağlıklı gözükmektedir¹⁰³.

¹⁰¹ E-posta iletisi genellikle bir kişiye (alıcıya) gönderilmektedir. İleti gönderecek kişi (gönderen), bunun yerine, onlarca alıcıya aynı zamanda aynı iletiyi gönderme imkanına da sahiptir. Bunun için gönderen, ileti oluştururken, dilediği sayıdaki alıcı e-posta adresini içeren bir zincir oluşturur. İleti, adres zincire dahil her bir alıcıya ulaşır.

İletiyi alan her bir alıcı, aldığı ileti içinde, zincire dahil diğer alıcıların e-posta adresini görme imkanına sahiptir. Aldığı iletiyi cevaplayan alıcı, adres zincirini dilerse aynen kullanabilir. Yani gelen iletiyi cevaplayan alıcı, gelen iletideki adres zincirini kullandığında, - iletiyi kendisine gönderenin ilişkili olduğu ve- aslında kendisinin hiç de tanımadığı kişilere ileti göndermiş olabilmektedir.

¹⁰²Eroğlu, e- posta içeriğinde müzik eserlerine yer verilmesinin hem çoğaltma hakkını hem de umuma itlim hakkını ihlal edeceğini belirtmektedir. “...*eser niteliğinde içeriğe sahip bir e-postayı alan kişinin bunu bir üçüncü kişiye göndermesi halinde (Forward) , bu çoğaltma için eser sahibinin onayına ihtiyaç vardır. ... Bir eserin aile ve arkadaş çevresine ve az miktarda gönderilmesi halinde dahi, bu eylemin FSEK. m. 38/I'deki istisna içerisinde değerlendirilmemesi yerinde olacaktır. Dolayısıyla... şahsi kullanım amacıyla çoğaltmadan bahsedilemeyecek, eserin umuma iletim hakkı ve çoğaltma hakkının ihlali söz konusu olacaktır.*” Eroğlu, **Link**, s. 235 dn.117'den naklen..

¹⁰³ Eroğlu, **Link**, s. 235 dn. 117; Akipek, Dardağan , **a.g.m.**, s. 60. Benzer bir görüş Alman doktrininde de savunulmaktadır. Bkz. Memiş, **a.g.e.**, s.62, dn. 22'de anılan yazarlar.

3. Umuma İletimin İzinsiz Olması

Müzik eserlerinin internet ortamında umuma iletilmesi bir çok yöntemle gerçekleştirilebilmektedir. Bu yöntemlerin somut olarak kolayca algılanabilmesi için tezin bu safhasına kadar birçok örnek verilmiştir. Umuma iletme yönelik bu fiillerin ihlal niteliği taşıyıp taşımadığı hususunda belirleyici olan ise, eserin veya eserlerin internete her ne şekilde ve yöntemle aktarılması değil, bunlara eser sahibinin izin verip vermediğidir¹⁰⁴.

Bir müzik eserinin internet ortamında iletiminin yapılabilmesi için, eser sahibinden FSEK. m. 52 kapsamında izin alınması gerekir. FSEK . m. 52 düzenlemesi şöyledir: “ *Mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır.*” Hükmü kısaca ele almak gerekirse, ilk söylenmesi gereken, hükmün emredici nitelikte olduğudur¹⁰⁵.

Hükümde geçen yazılı şekil, adi yazılı şekil olarak anlaşılmalıdır¹⁰⁶. Burada şekil şartı, ispat şartı olmayıp geçerlilik şartıdır (BK. m. 11/ f. 2)¹⁰⁷. Bu husus 2003 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında¹⁰⁸ açıkça zikredilmektedir. Taraflar, aksine bir anlaşma ile yazılı şartı bertaraf edemezler¹⁰⁹. Aksi takdirde bu hususta yapılacak sözleşme butlanla sakat olur (BK. m. 19 ve 20).

¹⁰⁴ Akipek, Dardağan, **a.g.m.**, s. 56; Türkekul, **a.g.m.**, s.586; Kaplan, **a.g.e.**, s. 157. Güneş, **a.g.m.**, s. 319.

¹⁰⁵ Nitekim madde sonunda “şarttır” tabiri kullanılmıştır. Gökyayla , **a.g.e.** s. 220.

¹⁰⁶ Gökyayla, **a.g.e.**, s. 224.

¹⁰⁷ Arslanlı, **a.g.e.** s. 185; Ayiter, **a.g.e.**, s. 217; Gökyayla, **a.g.e.** , s. 220-221. Yazılı şeklin, sıhhat şekli olduğu hususunda bkz. 11. HD. , 14.10.2003 T., 3326 E, 9320. K. (Suluk/ Orhon, **a.g.e.**, s. 622), ayrıca 11. HD. 4.12.1975 T. , 4967 E., 7001 K. (Orhan Nuri Çevik, **İçtihatlı- Notlu Fikri Hukuk Mevzuatı**, Ankara, Yetkin, 1998, s. 39).

¹⁰⁸ HGK. 2.4.2003 T. , 4-260 E., 271 K. (Suluk, Orhan, **a.g.e.**, s. 886-891)

¹⁰⁹ “*Mali haklara dair sözleşme tasarrufların yazılı olması gerekir. Bu bir geçerlilik koşuludur. Geçerlilik koşuluna dayanan kimsenin hareketi kötüniyet belirtisi olarak sayılamaz. Geçerlilik şartına dayanana bir kimsenin hareketinin kötüniyet belirtisi olarak sayılamayacağına...*” 11.HD. 4.12.1975T., 4967E., 7001K. (Kaya, **a.g.m.**, s. 454 dn. 51’den naklen .) Öte yandan Yargıtay’ın, emredici FSEK. m. 52 hükmüne aykırı kararlar verdiği de tanık olunmaktadır. İlk kararda Yargıtay, FSEK. m. 52 hükmündeki yazılı şekil şartı karşısında MK. m. 2/f.2 de yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanabilirliğini ele almıştır. Kararda Yargıtay öncelikle, yazılı şekle aykırılığın BK. m. 11/ f. 2 gereğince geçersizlikle sonuçlanacağını peşinen belirtmiştir. Ardından ise, FSEK. m. 52 uyarınca yazılı bir sözleşme yapılmamasına rağmen, tarafların edimlerini yerine getirmesi

Ayrıca FSEK. m. 52 kapsamında umuma iletim hakkına ilişkin olarak verilecek iznin sınırlarının açıkça çizilmiş olması gerekmektedir. Bu durum internet ortamındaki müzik eserlerinin sunumunda ayrı bir önem arz eder. Çünkü FSEK. m. 52 hükmü açıkça mali haklara ilişkin sözleşme ve tasarruflarda devredilen hakların ayrı ayrı belirtilmesi gerektiğini emretmektedir¹¹⁰. İnternet ortamında umuma iletim ise, aynı zamanda çoğaltma hakkı ile yakın bir ilişkiye sahiptir. Nitekim internet üzerinde sunulacak müzik eserleri yaygın bir çoğaltmaya maruz kalmakta, aynı zamanda bu şekilde umuma sunulan eserlerin umuma iletim hakkı dışında temsili¹¹¹ ve de işlenmesi yahut değiştirilmesi söz konusu olabilmektedir. Kısacası eser sahibi, eserinden kullanıcıların internet ortamında aşırı şekilde yararlanması ve bu sebeple haklarının zarara uğratılması tehlikesi ile karşı karşıyadır. Bu bahisle, internette iletimine izin verilen müzik eserlerinin hangisi olduğu¹¹², internette iletme izin

neticesinde, artık 52 . maddedeki yazılı şekil şartına aykırılığa dayanılarak sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmeyeceği, bu tür bir davranışın hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirileceği kabul edilmiştir. Gerekçe olarak, MK. m. 2 hükmünün, hakime özel ve istisnai hallerde adalete uygun düşecek şekilde kararlar vermesini sağlayacak bir düzenleme olduğu, bu kapsamda şekle aykırılık iddiaları bakımından da (bu bağlamda FSEK. m. 52 bakımından da) MK. 2/ f. 2 hükmünün kamu düzenini ilgilendiren ve hakim tarafından re'sen gözetilecek bir sınır çizdiği belirtilmiştir. 11. HD. 29.1.1999 T. , 1998/10031 E, 1999/ 250 K. (Hamdi Yasaman, Fikir ve Sanat Eserlerinde İyiniyet ve Dürüstlük Kuralı, **FMHD**, S.1, Y. 2005-2006, s.30-31) Karar Gökyayla tarafından benimsenmektedir. (Gökyayla, **a.g.e**, s. 223.) Yasaman ise, MK. 2 hükmünün tamamlayıcı bir hukuk kuralı olduğunu, bu sebeple kanunda özel bir düzenleme bulunması halinde bu hükme dayanılmayacağını belirtmektedir. (Yasaman, **a.g.m.**, s. 31) Yargıtay 11. Dairesinin 2001 tarihli kararında ise sözlü anlaşmaların da benzer şekilde geçerli sayılabileceği kabul edilmiştir. FSEK. m. 52 kapsamında yazılı bir sözleşme yapılmamış olmasına rağmen, eserin kendisinden tazminat istenen davalı tarafça kullanılmasına davacı eser sahibi tarafından ses çıkartılmadığı, buna ek olarak zaten davalının düzenli olarak davacı eser sahibine ödemelerde bulunduğu gerekçeleri ile taraflar arasındaki sözlü anlaşmanın FSEK. 52. madde kapsamındaki yazılı bir sözleşme gibi değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmiş ve davalıdan istenen tazminatın bu farazi sözleşme uyarınca yapılan düzenli ödemeler sebebiyle yersiz olduğuna karar verilmiştir. Bu karar bakımından ilginç olan ise MK. m. 2 hükmünün hiç tartışılmamış olmasıdır. Bkz. 11. HD. 19.03.2001, 226 E., 2031 K. Sözlü anlaşmaların geçerli olacağına dair diğer kararlar için bkz. 11. HD . 26.6.1997, 4504 E. ,5130 K. ; 11. HD . 26.6.1997, 2854 E., 5116 K (Suluk, Orhan, **a.g.e**, s. 625-628) Yargıtay'ın bu kararlar ile açıkça emredici FSEK. m. 52' e aykırı bir kabulü benimsediği görülmektedir.

¹¹⁰ Devir işleminde, mali hakların FSEK. m. 52 kapsamında tek tek gösterilmesinin sebebi şu şekilde izah edilmiştir: Kamuoyunda, eser üzerindeki hakkın telif hakkı denen ve bütün mali hakları içeren bir bütün olduğu ve bunun devredilmesiyle mali imkanların hepsinden yararlanmanın devralan geçtiği yolunda yaygın ve yanlış bir kanat hakimdir. İşte kanunkoyucu, yaygın ve yanlış olan bu kanaati bertaraf etmek amacıyla mali hakların devrinde devredilen hakların ayrı ayrı belirtilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Erel, **a.g.e**, s. 277-278

¹¹¹ Bir eserin işaret, ses ve/veya görüntü tekrarına yarayan araçlarla umuma iletimine izin verilmiş olması, bunların umuma açık yerlerde de temsili ne izin verildiği manasına gelmez. Bkz. Cem Baygın, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na Göre Eser Sahibinin Hakları İle Bağlantılı Haklar, **AÜEHFD**, C. V, S.1-4, 2001, s. 314.

¹¹² Örneğin bir besteciye ait albümde yer alan parçaların, tamamının mı yoksa belli parçaların mı iletimine izin verildiği hususu açıkça belirtilmelidir. “ *Davacı taraf, dava dilekçesinde açıkça,*

verilen süre, eserden yararlanma koşulları içinde açıkça belirtilmelidir . Yazılı geçerlilik şartının bu bakımdan önemi bir kez daha ortaya çıkmaktadır. Zira, eser sahibi internet ortamında eserinin umuma iletimine izin verirken eserinin yaygın ve yoğun bir yararlanmaya maruz kalacağı hususunda bir kez daha düşünme imkanına sahip olacaktır. ¹¹³

Eser sahibi, umuma iletim hakkının devri sözleşmesi veya ruhsat (lisans ¹¹⁴) ile söz konusu izni bir başkasına tanımış olabilir¹¹⁵. Öte yandan eser sahibinin hakları ile bağlantılı hak sahiplerinin de eser üzerinde bir takım hakları bulunmaktadır¹¹⁶. Bağlantılı hak sahipleri, yine FSEK. m. 52'e uygun olarak eser

*davacının “ Maskeli Balo” isimli yapıtındaki 11 ve 12 nolu eserlere haksız tecavüz olduğunu ileri sürerek, iki eser bazında tazminat talebinde bulunduğu halde, mahkemece, bu hususta bir irdeleme ve gerekçe gösterilmeden tek eser (albüm) üzerinden... hükmedilmesi doğru olmamıştır.” 11. HD. 3.2.2000T. , 1999/7019 E. , 2000/616 K. (Genç- Arıdemir, **Yayma ve Çoğaltma**, s. 179 dn. 570'den naklen.)*

¹¹³Üstün, gayrimaddi mallar üzerinde hakimiyet kurulmasının zorluğu, tecavüz kolaylığı, tecavüzü öğrenme ve ispatlamadaki zorluk bakımından FSEK.'in esasen eser sahibini koruması gerektiğini savunmakta, FSEK. m. 52 kapsamında yazılı şeklin ise buna hizmet ettiğini belirtmektedir. Gürsel Üstün, “**Fikri Hukukta Maddi Tazminat Davaları**”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1995, s. 91 vd. Hukuki işlemlerde taraflar, üstlenecekleri ağır rizikonun neticelerini ilk etapta layıkıyla kavrayamazlar. Yazılı şekil şartı bu bakımdan tarafları daha kapsamlı düşünmeye sevkeder ve yüklenilecek rizikonun boyutları hakkında onları uyarır. Bu konuda bkz., Haluk Tandoğan; **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.2, 3. Bası, Ankara, 1987, s. 749; Cevdet Yavuz; **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 2. Baskı, İstanbul, 2001, s. 487.

¹¹⁴FSEK. m. 56'da “ruhsat” ifadesi kullanılmış olmakla birlikte, doktrinde bu terimi karşılamak üzere “lisans” terimi kullanılmaktadır. Lisans, eser üzerindeki mali haklara ilişkin kullanma veya eserden yararlanma yetkilerinin bir kısmının veya tamamının iradi olarak üçüncü kişilere devredilmesini ifade eder. Bu hukuki işlem ile, kural olarak eser üzerindeki haklar eser sahibinde kalmakla birlikte, sadece bu hakların kullanılması veya bunlardan yararlanma yetkisi devredilmiş olmaktadır (FSEK. 48/f. 2). Şayet lisans ile mali hakların kullanım yetkisi tamamen bir kişiye devredilmiş ise “tam ruhsat”, bu yetkilerin kullanılması farklı kişilere devredilmişse “basit ruhsat” söz konusu olur (FSEK. m. 56). Bkz. Erel, **a.g.e.**, s. 251; Tekinalp, **a.g.e.**, N., s. 213; Gökyayla, **a.g.e.** s. 236 vd.

¹¹⁵Mali hakkın devri ile ruhsat (lisans) arasındaki fark, mali hakkın devrinde mali hakkın devreden malvarlığından çıkması ve devir alanın malvarlığına geçmesi; ruhsatta ise, mali hakkın ruhsat veren malvarlığında kalması ve fakat ruhsat sahibinin sadece mali hakkı kullanma yetkisini kazanmasıdır. Tekinalp, **a.g.e.**, N: 14, s. 213. Hem umuma iletim hakkının devri sözleşmesi ve hem de ruhsat, FSEK. m. 52 hükmüne uygun yazılı bir sözleşme ile olur. Zira FSEK. m. 52 hükmü, ruhsat verilmesi halinden söz etmeyerek, hükmün sadece mali hakların devri sözleşmeleri bakımından geçerli olduğu izlenimi uyandırır da, lisans sözleşmeleri bakımından da hükmün uygulanacağından şüphe etmemek gerekir. Bkz. Gökyayla, **a.g.e.**, s 221 dn. 56 ve 60.

¹¹⁶Bir eseri vücuda getirmiş olamamakla birlikte, eserin tanınıp yayılmasında ve kültürel hayatın gelişiminde ortaya koydukları sermaye, kurdukları organizasyon ve sarf ettikleri emek münasebetiyle, eser sahibi dışındaki bazı kişilerin de hukuken korunması gereği doğmuştur. Bu kapsamda “ eser sahibinin hakları ile bağlantılı haklar” adı altında FSEK. m. 80-82 arasında düzenleme yapılmıştır. Bağlantılı haklar, eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla komşu hak sahipleri ile filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcılarının sahip oldukları hakları ifade eder (FSEK. m.

sahibinden izin almış olmak şartı ile internette iletimi yapılacak müzik eserlerinin umuma iletimi bakımından söz sahibidirler. Nitekim FSEK. m. 80’de her bir bağlantılı hak sahibine, eseri gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda erişime hazır bulundurma; işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim ve yeniden iletim bakımından izin verme yetkisi tanınmıştır. Müzik eserinin internette sunumu için eser sahibi ile birlikte bağlantılı hak sahiplerinden de izin alınması gerekmektedir¹¹⁷. Bu bağlamda bağlantılı hak sahipleri olan icracı sanatçılar, fonogram yapımcıları, radyo ve televizyon kuruluşları ve film yapımcılarından da 52. maddeye uygun¹¹⁸ olarak yazılı izin alınması gerekir (FSEK. m. 80) .

FSEK.’e göre, radyo ve televizyon kuruluşları ile bu mahiyette yayın yapan diğer kuruluşların, sahne eserleri dışındaki eserleri kamuya iletebilmeleri için, eser sahipleri, bağlantılı hak sahipleri veya bunların üye oldukları meslek kuruluşları ile FSEK. m. 52’ye göre bir toplu sözleşme yapmak suretiyle izin almaları ve gerekli ücreti ödemeleri gerekmektedir (FSEK. m. 43/f. 2.) Böylece, her bir müzik eseri için eser sahibinden ayrı ayrı izin almak yerine, tarafların kendi aralarında veya meslek birlikleri ile yapacakları toplu sözleşmelerle eserin umuma iletim yetkisinin devralınmasını kolaylaştırmak amaçlanmıştır. Kanunda açıkça zikredilmemekle birlikte, bu düzenlemenin internet ortamında hizmet yürüten İSS.’ler, **web** sayfa sahipleri ve benzer kişi ve kuruluşlar bakımından da geçerli olması gerektiği kanaatindeyiz¹¹⁹. Yani internet ortamında hizmet yürüten İSS.’ler, **web** sayfa sahipleri ve benzer kişi ve kuruluşlar internet ortamında umuma iletecekleri müzik eserleri için FSEK. m. 43/ f. 2 kapsamında yetkili meslek birlikleri ile sözleşme yapmalı; bu

1/ B. , b. (j)). Burada FSEK’in bağlantılı haklar bakımından ikili bir ayrım yaptığı görülecektir. Buna göre komşu hak sahipleri, icracı sanatçılar, fonogram yapımcıları ve radyo-televizyon kuruluşlarıdır. Diğer bağlantılı hak sahipleri ise, film yapımcılarıdır. Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Baygın, **Bağlantılı Haklar**, s. 297 vd.

¹¹⁷ bu konuda bkz. Eroğlu, **Telif**, s. 74 vd; Kendigelen, Bozbel, **a.g.m.**, s.505-506.

Eser sahibi, bağlantılı hak sahibine umuma iletim hakkını devretmedikçe veya ruhsatta umuma iletme izin verme konusunda ayrıca bir yetki tanımadıkça, bağlantılı hak sahibinin tek başına, müzik eserinin internette iletimine izin vermesi söz konusu olamaz. Keza eser üzerinde asıl söz sahibi onu vücuda getiren eser sahibidir. Baygın, **Bağlantılı Haklar**, s. 310-311.

¹¹⁸ Bağlantılı hak sahiplerinin devrettikleri veya kullanımına ilişkin ruhsat verdikleri haklar da mali haklardır. FSEK. m. 52 hükmü ise, “eser üzerindeki mali haklara dair sözleşmeler”den değil, “ mali haklara dair” sözleşme ve tasarruflardan bahsetmektedir. Bu bahisle FSEK. m. 52’nin yazılı şekil ile birlikte devredilecek mali hakları ayrı ayrı belirtilmesini emreden düzenlemesi, bağlantılı hak sahiplerinden alınacak izinler bakımından da uygulanmalıdır. Baygın, **Bağlantılı Haklar**, s. 313-314.

¹¹⁹ Aynı görüşte Ateş, **a.g.e**, s. 194.

sözleşme FSEK. m. 52'nin şekil şartlarına uymalı; sözleşmede, umuma iletim için izin alınan müzik eserlerinin hangisi olduğu, bu eserlerin (örneğin ücret karşılığı satışına, işlenmesine de izin verilip verilmediği gibi konularda) kullanım koşulları, iletimine izin verilen süre ve sair hususlar açıkça belirtilmelidir.

Şu halde “İhlallerde Kullanılan Araçlar ve Yöntemler” başlığı¹²⁰ altında genel olarak ele almaya çalıştığımız üzere, müzik eserlerinin gerekli izinler alınmaksızın Mp3 formatında yahut genel sıkıştırma programları vasıtasıyla paylaşım programlarında, e-postalarda, posta guruplarında, **IRC.**'lerde kullanılmak üzere internete aktarılması; internet radyoculuğu ve televizyonculuğu kapsamında yayınlanması, yasal yollarla yapılan yayınlardan alınarak yeniden yayınlanması veyahut fon müziği şeklinde **web** sitelerinde kullanılması; **web** sayfaları ve diğer sunucularda erişime imkan tanıyacak şekilde hazır bekletilmesi -kural olarak¹²¹- FSEK. m. 25'de düzenlenen umuma iletim hakkının ihlali niteliğindedir.

Müzik eserlerinin ticari amaç olmaksızın internette iletilmesinde, iznin gerekip gerekmeyeceği hususu da incelenmelidir.¹²² Zira internet ortamında gerçekleşen müzik eser iletimlerinin çoğunda ticari bir amaç güdülmemektedir¹²³. Kullanıcılarının büyük bir çoğunluğu paylaşım amaçlı olarak hiçbir ticari amaç gütmeksizin müzik eserlerini internete sunmaktadır.

¹²⁰ Bkz. ykr. başlık II, B.

¹²¹ Bir genelleme ile bu tür yöntemlerle müzik eserlerinin internette umuma iletiminin FSEK. m 25 hükmünü ihlal ettiği söylenebilir. Ancak pek tabiidir ki somut olayın özelliklerine göre bu sonuç değişebilir. Örneğin **IRC.**'lerde genellikle sıkı şahsi ilişkilerin bulunduğu kişiler ile iletişim kurulmaktadır. Bu bağlamda örneğin, yakın bir arkadaş, aile bireyi ile **IRC.**'de iletişim kurulmuşken bir müzik eserinin diğer kişiye gönderilmesi “umum”a iletim olarak nitelendirilemeyeceğinden, umuma iletim hakkının ihlalden bahsedilmemesi gerekir. Diğer yandan “arkadaş bulma siteleri” sayesinde internet kullanıcıları hiç tanımadıkları kişilerin **IRC.** site adreslerini elde etmekte ve tanımadıkları bu kişiler ile iletişime geçmektedirler. Bu şekilde tanışan milyonlarca internet kullanıcısının birbirlerine müzik eserlerini **IRC.** ile göndermesi, P2P tekniğine dayalı paylaşım programları ile aynı sonucu doğurma özeliğine sahiptir kanaatimizce. Kısacası, her somut olaya göre bir değerlendirme yapılması sağlıklı olan yoldur.

¹²² Burada bahsedilecek olan, FSEK.'in tanıdığı “şahsen kullanma”, “temsil serbestisi” gibi istisnaların dışında kalan izinsiz ve kar amacı ile yapılmayan kullanımlardır. FSEK.'in tanıdığı bu tür serbestiler aşağıda takip eden başlıklarda ayrıntısı ile incelenmiştir. Bkz. başlık “III., C., 3., a.” vd.

¹²³ Bu genelleme, reklam alma esası ile faaliyet gösteren **web** sayfalarında yahut forumlarda yapılan sunumları kapsamamaktadır.

Eser sahibi, internette eserinin aslının veya nüshalarının umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hususunda inhisari bir hakka sahiptir (FSEK. m. 25). İnternetteki sunumların ticari amaçla yapılmıyor olmasının bu açıdan bir önemi bulunmamaktadır¹²⁴. Bu bağlamda eser sahibinden izin alınmaksızın internet ortamında yapılacak sunumlar, bunlar ticari amaçla yapılmıyor olsalar dahi umuma iletim hakkının ihlali olarak kabul edilecektir¹²⁵. Eserlerin gerekli izinler alınmaksızın internete sunulmuş olması, hak sahiplerinin haklarından feragat ettiği manasına gelmez¹²⁶. Eser sahibi ve bağlantılı hak sahipleri¹²⁷, eserleri bu yolla internette izinsiz olarak sunanlara karşı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda düzenlenen hukuk (FSEK. m. 66 vd. maddeler) ve ceza (FSEK. m. 71 vd. maddeler) davalarını açma hakkına sahiptir.

Bazı durumlarda ise bir müzik eserinin umuma iletimi için gerekli izinlerin alınmamış olması halinde de bir ihlalden bahsedilemez. Müzik eserleri üzerinde başta eser sahipleri olmak üzere, hak sahiplerinin söz hakkı bulunmasına karşılık, müzik eserlerinden yararlanma imkanının bazı sebeplerle toplumdaki diğer kişilere de tanınması gerekir. Zira, müzik eserlerinden yararlanmaya bu eserlerin içinde doğduğu toplumun da hakkı vardır. Çeşitli sebeplerle, bir mali hak olan umuma iletim hakkı da FSEK. tarafından sınırlandırılmıştır. Bu sınırlama sebeplerinin koşullarına uygun olarak müzik eserlerinin internette gerekli izinler alınmaksızın umuma iletimi, hukuka uygunluk sebebi sayılır ve bu bağlamda bir ihlal olarak nitelendirilemez¹²⁸. Tez konusunun kapsamında olarak, aşağıda, umuma iletim hakkına yönelik FSEK. ile getirilen bu sınırlara değinilecektir.

¹²⁴ Öztrak, kazanç amacının bulunup bulunmaması hususunun, eser sahibinin yetkilerini kullanması bakımından önemsiz sayıldığına değinmektedir. Öztrak, **a.g.e.**, s. 61; Memiş, **a.g.e.**, s. 117.

¹²⁵ Memiş, **a.g.e.**, s. 117.

¹²⁶ Eroğlu, **Telif**, s. 74.

¹²⁷ Hukuki bu düzenlemenin somut olarak uygulandığını belirtmek açısından Kendigelen, Bozbel, konuyla ilgili mevcut davaların tamamına yakınının fonogram yapımcıların oluşturduğu meslek birlikleri tarafından açıldığını vurgulamaktadır. Kendigelen, Bozbel, **a.g.m.**, s. 505 dn. 47

¹²⁸ FSEK.'in öngördüğü sınırlama sebepleri için bkz. Gökyayla, **a.g.e.**, s. 272 vd., Ateş, **a.g.e.**, s. 294 vd.

a. Umuma İletim Hakkının Süre Bakımından Sınırlandırılması

FSEK., fikri hakları, sahibine bahsetmiş olduğu inhisari yetkilerden dolayı mutlak haklar kategorisi içerisinde mütalaa etmiştir. Mutlak hakların ana özelliği, bu hakların herkese karşı ileri sürülebilmesidir. Mutlak hakların diğer bir özelliği ise, belirli sürelerin geçmesi ile bu hakların zamanaşımına uğramamaları, diğer bir ifade ile, belirli süreler sonunda bu hakların sona ermemeleridir. Buna rağmen FSEK. ile korunan mutlak haklardan yararlanılması toplumsal gereksinimlere de dayandığından, bu haklar belirli bir süreyle sınırlandırılmıştır¹²⁹. FSEK. m. 26/ f. 1 gereğince eser sahibine tanınan mali haklar süre ile sınırlandırılmıştır. Bu bağlamda mali bir hak olan umuma iletim hakkı da, FSEK.’de öngörüldüğü şekliyle belirli bir “koruma süresi” ile korunur ve sınırlıdır. Koruma süresince, kanunla getirilen başka bir sınırlama sebebi olmadıkça umuma iletim hakkı eser sahibinin iznine bağlıdır. Koruma süresi dolduktan sonra ise eser serbest hale gelir, müzik eserinin umuma iletimi serbesttir.

FSEK. m. 27/ f. 1 uyarınca, gerçek kişilerin eser sahipliğinin söz konusu olduğu durumlarda, müzik eseri, alenileşmesinden itibaren *eser sahibinin hayatı boyunca ve ölümünden itibaren 70 yıl süre* ile korunur. Bu kaide, sahibinin ölümünden önce alenileşen müzik eserleri için uygulanır (FSEK. m. 27/ f. 1). Sahibinin ölümünden sonra alenileşen müzik eserleri ise, eser sahibinin ölümünden itibaren 70 yıl süre ile korunacaktır (FSEK. m. 27/ f. 2).

Eser sahiplerinin birden fazla gerçek kişi olduğu durumlarda ise ikili bir ayırma gidilir. Buna göre, iştirak halinde eser sahipliğinde¹³⁰ koruma süresi müzik eserinin aleniyet tarihinden işlemeye başlar. Bu süre, eser sahiplerinin tamamının hayatı boyunca ve hayatta kalan son eser sahibinin ölümünden itibaren 70 yıl

¹²⁹ Ahmet M. Kılıçoğlu, “ Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Zamanaşımı”, **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002**, C. I, Ankara, 2002, s. 366-396.

¹³⁰ Birden fazla kişinin iştirakiyle vücuda getirilen müzik eseri ayrılmaz bir bütün halini almışsa, o müzik eserinin sahibi onu vücuda getiren kişilerin birliğidir (FSEK. m. 10).

geçmekle son bulur. Müşterek eser sahipliğinde¹³¹, bütünlüğü oluşturan her bir müzik eseri ayrı ayrı değerlendirilebildiği için, koruma süreleri her bir bağımsız kısım için ayrı ayrı değerlendirilir. Buna göre müşterek eser sahipleri bakımından koruma süresi, müşterek eseri oluşturan bağımsız kısımlar için her bir eser sahibinin yaşam süresi ve ölümlerinden itibaren artı 70 yıl şeklindedir¹³².

Gerçek kişilere ait müzik eseri üzerinde, eser sahibinin adının belirtilmemesi sebebiyle karine olarak eser sahibi sayılanlar, yani “farazi eser sahipleri” bakımından koruma süresi, eserin aleniyet tarihinden itibaren 70 yıldır (FSEK. m. 27/ f. 3). Diğer yandan, eser sahibinin adının bu süresinin bitiminden evvel açıklanması durumunda, bu husustaki genel prensip uygulanır. Yani koruma süresi, aleniyet tarihinden itibaren eser sahibinin yaşadığı süre boyunca ve ölümünden itibaren 70 yıl devam eder (FSEK. m. 27/ f. 3 , c. son)¹³³. Ancak bunun için eser sahibinin adı, bizzat eser sahibi tarafından açıklanmış olmalıdır¹³⁴. Eser sahibinin adı kendisi tarafından açıklanmamışsa , bu hak FSEK. m. 19’da bahsi geçen kişilere geçer. Ancak koruma süresinin ad açıklanmak suretiyle uzatılması yetkisi, FSEK. m. 27/f.3 uyarınca sadece eser sahibine ait olduğundan, eser sahibi hayattayken onun tarafından bu yönde açıklanmış bir irade beyanı tespit edilemiyorsa, mirasçılarının eser sahibinin adını açıklamak suretiyle eserin koruma süresini uzatamamaları gerektiği doktrinde¹³⁵ kabul görmektedir.

İşleme eserler bakımından koruma süresi, asıl eserden bağımsızdır (FSEK. m. 26/ f. 2). Zira işleme eserler de, FSEK.’e göre eser vasfını haizdir (FSEK. m. 6/ son). Asıl eserin koruma süresinin sona ermesi, işleme eserinin de koruma süresinin sona erdiği manasına gelmez bu bağlamda. İşleme eserler bakımından koruma süresi, işleme eserin aleniyet kazanmasından başlayıp, işleyen ölümünün takip eden 70 yılın bitimine kadar devam eder. Ancak asıl eser, işleme eserle birlikte alenilemiş ise,

¹³¹Birden fazla kişinin vücuda getirdiği müzik eseri kısımlara ayrılabilir, bu kişilerden her biri vücuda getirdiği kısmın sahibi sayılır (FSEK. m. 9).

¹³² Ateş, **a.g.e.**, s. 253.

¹³³ Arslanlı, **a.g.e.**, s. 119; Erel, **a.g.e.**, s. 95.

¹³⁴ FSEK. m. 27 /f. 3, c. son’un “meğerki eser sahibi bu sürenin bitmesinden önce adını açıklamış bulunsun” şeklinde ifade biçiminden bu anlam çıkartılmaktadır.

¹³⁵ Arslanlı, **a.g.e.**, s. 119; Ayiter, **a.g.e.**, s. 152-153; Erel, **a.g.e.**, s.95.

asıl eserin koruma süresi, işleme eserin alenileştiği tarih dikkate alınarak hesaplanır¹³⁶.

Koruma sürelerinin hesaplanması bakımından önemli bir husus, müzik eserinin alenileşmesidir. Zira koruma süresi, müzik eserinin alenileşmesinden önce işlemeye başlamaz (FSEK. m . 26/3). Koruma süresinin, müzik eserinin aleniyet tarihinden itibaren başladığı durumlarda ise şu hususa dikkat edilmelidir: Koruma süresi müzik eserinin fiilen alenileştiği gün başlamayıp, müzik eserinin alenileştiği yılı takip eden yılın ilk günü işlemeye başlar. Bu husus FSEK. m. 26/ f. 5’de ifade edilmiştir¹³⁷. Bu bağlamda, örneğin bir konserde ilk kez 10. 05.2006 tarihinde temsil edilen bir bestenin koruma süresi, 1 Ocak 2007 tarihinden itibaren başlayacaktır. Koruma süresinin eser sahibinin ölümüne bağlı olduğu durumlarda ise koruma süresi, eser sahibinin öldüğü yılı takip eden yılın ilk gününden itibaren işlemeye başlar (FSEK. m. 26/ son). İştirak halinde eser sahipliğinde koruma süresi, hayatta kalan son eser sahibinin öldüğü yılı takip eden yılın ilk günü işlemeye başlar (FSEK. m. 26/f. son, c. son). Eser sahibinin ölümünden sonraki 70 yıl içinde müzik eseri alenileşmediği takdirde, eserin umuma iletimi serbest hale gelir¹³⁸.

b. Umuma İletim Hakkının Kamu Düzeni Düşüncesiyle Sınırlandırılması

Umuma iletim hakkına yönelik diğer bir sınırlama sebebi, kamu düzeni düşüncesi ile sınırlamadır. FSEK. m. 30/ f. 1 şöyledir: “*Eser sahibine tanınan haklar, eserin ispatı maksadiyle mahkeme ve diğer resmi makamlar huzurunda ve alelittlak zabita ve ceza işlerinde bir muameleye konu teşkil etmek üzere kullanılmasına mani değildir.*” Bu düzenleme uyarınca kamu düzeninin gerekli kıldığı hallerde, bunlarla ölçülü olmak kaydıyla müzik eseri üzerindeki haklar, eser sahibinin izni aranmaksızın

¹³⁶ Ayiter, **a.g.e**, s. 153; Ateş, **a.g.e** , s.255-256.

¹³⁷“Aleniyet tarihinden başlayan süreler eserin ilk defa alenileştiği veya dördüncü fıkraya göre alenileşmiş sayıldığı yıldan sonraki senenin ilk gününden itibaren hesap olunur” (FSEK. m. 26/f.5) .

¹³⁸Erel, **a.g.e**, s. 102; Ateş, **a.g.e** , s. 262.

bazı kamu mercilerince kullanılabilir. Söz konusu kullanım, hukuka uygunluk sebebi sayılır¹³⁹. Bu bağlamda bir ihlalin gerçekleşmesi söz konusu olmaz.

FSEK. m. 30/ f. 1 uyarınca resmi makam ve merciler yada bunların görevlendireceği kişilerce müzik eserleri üzerinde kullanılacak yetkiler -kural olarak- çoğaltma, yayma, temsil ve bu arada umuma iletim hakkı da dahil olmak üzere FSEK.'in eser sahibine tanıdığı bütün mali hakları içerir¹⁴⁰. Ancak müzik eserlerinin internet ortamında umuma iletimi (hakkı) bakımından düşünüldüğünde, bu düzenlemenin gerçek hayatta pek de tatbik edilemeyeceği anlaşılabacaktır. Zira pratik olarak, örneğin bir mahkemenin, hakkında ihtilaf olan bir müzik eserini internette umuma iletilecek olması pek de düşünülemez.¹⁴¹ Diğer yandan, her hakkın bir sınırı bulunduğu gibi FSEK. m. 30/ f. 1 ile ilgili kamu görevlilerine verilen hakkın da bir sınır vardır. Bu sınır, eser sahibinin haklarına müdahaleyi haklı kılan sebep ve amacın aşılmasıdır¹⁴². Yine mahkeme örneğinden gidilirse, kanunlar ile verilen yargılama yetkisinin kullanılması ile orantılı/ ölçülü bir müdahalede bulunabilecektir mahkeme yalnızca. Örnekteki mahkeme, eser sahibinin tespiti için açılan bir davada, meslek birliğine üye eser sahibine ait belgelere rağmen, müzik eserini internete sunarak eser sahibini tespitte çalışıyor ise orantılı bir müdahaleden bahsedilemez. Benzer şekilde kamu mercilerinin FSEK. m. 25/ f. 2 uyarınca internet ortamında müzik eserlerini ticari amaçla satışı veya diğer usullerle dağıtımını da söz konusu olamaz¹⁴³.

Diğer taraftan 30. maddenin 2. fıkrasının tatbiki internet ortamında umuma iletimi yapılacak müzik eserleri bakımından uygulanabilir gözükmektedir. FSEK. m. 30/ f. 2 uyarınca, “ *Eserin herhangi bir suretle ticaret mevkiine konmasını, temsilini*

¹³⁹ Ateş, **a.g.e.**, s. 352; Tekinalp, **a.g.e.**, N.128, s. 158.

¹⁴⁰ Ateş, **a.g.e.**, s. 352.

¹⁴¹ UYAP (Ulusal Yargı Ağı Projesi) ile Türkiye Cumhuriyeti sınırları içindeki mahkemeler arasında bilgisayar ağı kurulması ve bu yolla yargılamada zaman ve yer bakımından çıkan aksaklıkların önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Bu Proje kapsamında, iki mahkeme arasında delil olarak bir müzik eserinin internet üzerinden diğer mahkemeye iletilmesi örneği düşünüldüğünde bile umuma iletim hakkının şartları oluşmadığından bir ihlalden söz edilemeyecektir. Zira iletim, umuma yapılmamakta, dar bir çevre içinde kalmaktadır.

¹⁴² Ateş, **a.g.e.**, s. 353.

¹⁴³ Benzer örnek için bkz. Ateş, **a.g.e.**, s. 353.

veya diğer şekillerde kullanılmasını men eden yahut müsaade veya kontrole bağlı tutan kamu hukuku hükümleri mahfuzdur.” Örneğin halkı din ve ırk bakımından ayrılığa teşvik eden bir müzik eserinin, eser sahibi bu hususta izin vermiş olsa dahi internet ortamında umuma iletimi ilgili mevzuat gereğince yasaklanabilecek veya denetime tabi tutulabilecektir. Ancak burada da söz konusu düzenlemenin, izin alınmaksızın müzik eserini internete aktarma fiilinin ihlal sayılıp sayılmayacağı noktasında bir önemi bulunmamaktadır.

c. Umuma İletim Hakkının Genel Menfaat Düşüncesiyle Sınırlandırılması

FSEK. m. 31-37 hükümleri uyarınca eser sahibine tanınan haklar, genel menfaat düşüncesiyle sınırlandırılabilir. Söz konusu sınırlamanın müzik eserlerinin internet ortamında umuma iletim hakkı ile ne kadar bağdaşabileceği noktasında her bir sınırlama sebebi için ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerekir.

(1). Temsil Serbestisi

Fikir ve sanat eserlerinin eğitim ve öğretim amacıyla kullanılmasında toplumsal yarar bulunduğu tartışılmaz bir hakikattir. FSEK. m. 33 hükmü bu anlayışa hizmet eder. Hükme göre; *“yayımlanmış bir eserin, tüm eğitim ve öğretim kurumlarında, yüzyüze eğitim ve öğretim maksadıyla doğrudan veya dolaylı kar amacı gütmeksizin temsili eser sahibinin ve eser adının mutad şekilde açıklanması şartıyla serbesttir.”*

“FSEK. m. 33 hükmü kapsamında, izin alınmaksızın internette bir müzik eserinin sunumu, umuma iletim hakkının ihlalini sonuçlar mı?” sorusuna cevap, ancak bu ana soruyla bağlantılı birkaç alt sorunun cevap bulması ile mümkün olacaktır. Bu bağlamda ilk olarak aydınlatılması gereken husus, internet ortamında müzik eseri sunumunun FSEK. m. 33 manasında bir temsil olup olmadığıdır.

FSEK. m. 33 hükmünde tanınan serbesti, adından da anlaşılacağı üzere, temsil hakkı (FSEK. m. 24) bakımından tanınmıştır. Maddede umuma iletim hakkından bahsedilmemektedir. Ancak kanaatimizce bu serbesti, işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkını da kapsamaktadır. *Dolaylı temsilde* müzik eserleri, ya tespitte yarayan bir teknik araca kaydedilmekte ve daha sonra bu tespit yine mekanik araçlar vasıtasıyla kamuya sunulmakta; yada icra edildikleri yerden başka bir yere işaret, ses ve görüntü nakline yarayan teknik araçlarla nakledilmekte ve bu sayede aynı anda nakledilen yerde de temsil söz konusu olmaktadır.¹⁴⁴ İnternet ortamında müzik eseri sunumunun da, temsilin (FSEK. m. 24) özel bir türü, dolaylı temsil, olduğu söylenebilir¹⁴⁵.

Ana sorunun çözümünde aydınlatılması gereken diğer bir alt soru, internet ortamının, “yüz yüze” eğitim ve öğretim ile ne kadar bağdaşabileceğidir. Günümüzde bir çok eğitim kurumunun özel projelerle internet üzerinden eğitim-öğretim verdiğine tanık olunmaktadır. Öğrenciler internet üzerinden derslerini takip etmekte, sınava girmekte ve bu şekilde diploma alabilmektedir. FSEK. m. 33 hükmünün lafzı yorumu neticesinde, bu tür uygulamalar için iki farklı sonuca varmak mümkündür. İlk olarak, maddede geçen “yüzyüze eğitim ve öğretim maksadıyla” ifadesinden hareket edilirse, internet üzerindeki eğitim ve öğretim uygulamaları temsil serbestisi kapsamında değerlendirilemeyecektir. Zira, “yüzyüze” ifadesinden basitçe anlaşılan sınıf, anfi, salon, dersane gibi mekanlarda öğrenci ve öğretmenlerin karşılıklı iletişim halinde olmalarıdır. Bu, maddenin dar yorum şeklidir¹⁴⁶.

Kanaatimizce ise internet ortamı da yüzyüze eğitim ve öğretim kapsamında değerlendirilebilir. Zira FSEK. m. 33 hükmünde ilk olarak “*tüm eğitim ve öğretim kurumlarında*”n bahsedilmektedir. Eğitim ve öğretim gayesinin ön planda tutulduğu bu yorum şeklinde, bir sınıf ortamında olduğu gibi internet ortamında da öğrenci ve öğretmenlerin karşılıklı iletişim içinde olduğu kabul edilebilir. İnteraktif internet

¹⁴⁴ Bu konuda bkz. Ayiter, **a.g.e.**, s. 137; Erel, **a.g.e.**, s. 152.

¹⁴⁵ Bu konuda bkz. Erel, **a.g.e.**, s. 157; Ateş, **a.g.e.**, s. 188; Akipek, Dardağan, **a.g.m.**, s. 59-60.

¹⁴⁶ Ateş, bu dar yorum şeklinin benimsenmemesi gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre bu tarz bir yorumun benimsenmesi halinde televizyon yayınları ile “açık öğretim” derslerinde eserlerden serbestçe yararlanılması mümkün olmayacaktır ki, bu, ülkemizin eğitim ve öğretim politikalarına ters düşer. Bu konuda bkz. Ateş, **a.g.e.**, s. 285-286.

ortamında görüntü ve sesler senkron olarak karşı tarafa iletilebilir. Bu yolla, bedensel olarak aynı mekanda bulunmak dışında, kişiler karşı karşıya getirilebilir. İnternet üzerinden öğretim veren bir konservatuar örneği düşünüldüğünde, müzik eserinin çalınması ve işitilmesinde öğretmen ve öğrencilerin ekran karşısında olmaları ile bedensel olarak aynı mekanda oldukları anfi arasında bir fark yoktur. Bu bahisle, “uzaktan eğitim-öğretim”in (**distance learnig**)¹⁴⁷ internet ortamında yapıldığı durumlar da temsil serbestisi kapsamında ele alınmalıdır¹⁴⁸.

İnternet ortamında uzaktan eğitim-öğretim, genellikle devlet kurumları dışında özel kişiler eliyle yürütülür. Yani internet ortamında uzaktan eğitim-öğretim genellikle ücret karşılığı yapılmaktadır. FSEK. m. 33’de ise temsil serbestisinden yararlanabilmek için eğitim veya öğretimin doğrudan veya dolaylı kar amacı güdülmeksizin yapılması şart koşulmuştur. Şu halde, internet ortamında uzaktan eğitim-öğretim ücret karşılığı olduğunda temsil serbestisi kapsamında değerlendirilemeyecek midir?

Bu konuda doktrinde haklı olarak ikili bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre, eğitim ve öğretimin ücret karşılığı olması ile temsilin ücret karşılığı yapıyor olması arasında fark vardır. Eğitim- öğretim kurumu, hizmetini ücret karşılığı veriyor olabilir. Bu, temsil serbestisinden yararlanmaya engel değildir. Aksi düşüncenin kabulü halinde özel üniversiteler ile devlet üniversiteleri arasında haksız bir ayırım yapılması gerekir. Diğer yandan, bizatihi temsil için bir ücret talep ediliyor ise, işte bu durumda temsilde kar amacının güdülmesinden bahsedilir. Bu durumda temsil serbestisinden yararlanmak mümkün olmaz¹⁴⁹. Örneğin internet ortamında uzaktan eğitim-öğretim veren bir konservatuarda öğrencinin çalışması gereken bestenin iletimi için -bu kuruma ödenen yıllık ücret dışında ayrıca – bir ücret talep ediliyorsa, temsil serbestisinden bahsedilemez.

¹⁴⁷ Kavram için bkz. Ateş, **a.g.e.**, s, 286.

¹⁴⁸ Aynı görüşte Ateş, **a.g.e.**, s, 286.

¹⁴⁹ Bu konuda bkz. Erel, **a.g.e.**, 203; Ateş, **a.g.e.** , s. 287.

Bütün bu bilgiler ışığı altında, eğitim-öğretim amacı ile kar amacı güdülmeksizin müzik eserlerinin internet ortamında iletiminin, FSEK. m. 33 hükmü uyarınca temsil serbestisi kapsamında olduğu sonucuna varmak gerekir. Bu bağlamda, bahsedildiği şekliyle müzik eserleri, izin alınmaksızın FSEK. m. 33 kapsamında serbestçe internette iletilebilir. Böyle bir iletim, umuma iletim hakkının ihlali sonucunu doğurmaz.

Gerçekte, FSEK. m. 33’de düzenlendiği şekliyle bir istisna öngörülmemiş olsa dahi, müzik eserlerinin eğitim ve öğretim amacı ile kar amacı güdülmeksizin internette izinsiz iletimi, umuma iletim hakkının ihlaline neden olmazdı. Zira, internet ortamında uzaktan eğitim-öğretimde, kişisel ilişkilerin kurulu olduğu dar bir çevreye müzik eserlerinin iletimini söz konusudur. Umuma iletim hakkının ihlal edilebilmesi için ise, yukarıda¹⁵⁰ bahsedildiği üzere, kişisel ilişkiler ile bağlı olunan dar bir şahıs çevresini aşan bir iletimin, yani “umuma” iletimin somut olayda gerçekleşmesi gerekir. Kişisel ilişkiler ile bağlı olunan dar bir şahıs çevresine, örneğin internet ortamında oluşturulan bir sınıfa müzik eserlerinin sunumu serbesttir¹⁵¹.

(2). Haber

Anayasa’nın 26. ve devam eden maddelerinden çıkan anlam, toplumda bireylerinin haber alma özgürlüğüne sahip olduğudur. Bu anlamda haber alınması kadar haberin hazırlanması da Anayasa ile korunmaktadır. Bununla yakından ilgisi bulunan FSEK. m. 37 hükmü ile, eser veya eser sahipleri ile ilgili olarak kamuya haber ve bilgi verilirken, verilen bu haber kapsamında eserlerden bazı parçaların kamuya sunulması hususunda bir serbesti tanınmaktadır. Haber mahiyetinde olmak ve bilgilendirme kapsamını aşmamak kaydıyla, fikir ve sanat eserlerinin bazı parçalarının çeşitli ortamlara tespit edilmesi, çoğaltılması, yayılması, temsil edilmesi, radyo ve televizyon gibi araçlarla umuma iletilmesi serbesttir (FSEK. m. 37)¹⁵².

¹⁵⁰ Bkz. ykr. “İletimin “Umum” a Yapılması”, başlık III, C., 2. ve aşğ. “ Umuma İletim Hakkı Bakımından Şahsi Kullanım İstisnası”, başlık III., C, 3, d, (2).

¹⁵¹ Alman mahkemesi kararında dans kursuna giden bir sınıftaki öğrenciler “umum” kavramı kapsamında mütalaa edilmemiştir. Zira, bu sınıftaki öğrenciler, kişisel ilişkiler içinde, sınırlı/dar bir çevre oluşturmaktadır. (Bkz. Memiş, **a.g.e.** , s. 116)

¹⁵² Bu konuda bkz. Ateş, **a.g.e.**, s. 332 vd.

FSEK. m. 37’de, haber amaçlı iktibas serbesti bakımından eser türleri arasında bir ayırım yapılmamıştır¹⁵³. Bu bahisle müzik eserleri de, diğer eser türleri gibi, FSEK. m. 37 kapsamında serbestçe iktibas edilebilir. Aynı zamanda FSEK. m. 37 hükmü, haber vermek maksadıyla eserden yararlanma biçimleri bakımından da bir ayırma gitmemiştir. Dolayısıyla, işaret, ses ve/ veya görüntü nakline yarayan araçlarla tespitinin yapılması, bunların çoğaltılması, eserin radyo-televizyon gibi araçlarla yayınlanması vb. biçimlerde bir müzik eserinden serbestçe yararlanmak mümkündür. Bu bağlamda, bir müzik eserinin FSEK. m. 37 kapsamında umuma iletimi, izin alınmaksızın yapılmış olsa dahi, bu bir ihlal oluşturmaz. Örneğin, yeni çıkan bir albümden toplumun haberdar edilmesi maksadıyla, albümdeki bazı bestelerin bir internet haber sitesinde sunumu serbesttir.¹⁵⁴

FSEK. m. 37 kapsamında haber maksadıyla müzik eserlerinin internette umuma iletilebilecek olması, tam bir serbestiyi ifade etmemektedir. Kanun ile tanınan bu serbestinin/ istisnanın ancak belirli şartlar altında kullanılması halinde, izin alınmaksızın eserin internette umuma iletimi bir ihlal olmaktan çıkar. Bu şartlardan ilki, *haber mahiyetinde olmak ve bilgilendirme kapsamını aşmamak* şartıyla müzik eserlerinin internette umuma sunumudur. Bu sınır kapsamında, haberin eser veya eser sahibiyle ilgili olması gerekir¹⁵⁵. Örneğin bir beste, bestecisinin ölüm haberiyle bağlantılı olarak internette sunulabilir. Eser veya eser sahibi ile bağlantısı bulunmadan müzik eserinin umuma iletimi FSEK. m. 37 kapsamında değerlendirilemez. Bu tür bir sunum, umuma iletim hakkının ihlali niteliğindedir.

¹⁵³ 4630 sayılı Kanun değişikliğinden evvel 37. maddenin başlığı “Röportaj” idi. Bu eski maddeye göre, röportaj mahiyetinde olmak üzere, günlük hadiselere bağlı olarak eserlerden bazı parçaların alınması ve bunların işaret, ses veya görüntü nakline yarayan vasıtalarla kamuya sunulması serbest kılınmıştı. Lakin maddede tereddüt uyandıran, bu serbestinin “röportaj” ile sınırlı olmasıydı. Röportaj, konusu soruşturma ve araştırma olan gazete veya dergi yazısı olup, daha çok yazılı haberlerin ön plana çıktığı dar bir çerçeveyi ifade etmektedir. “Haber” ise, röportajı da içine alan çok daha fazla basın aracının kullanılmasını ifade eden bir kavramdır. Bu bağlamda yeni FSEK. m. 37 hükmünün düzenleniş şekli, eski maddeye nazaran daha geniş kapsamlıdır ve maddenin asıl düzenleniş amacına daha uygundur. Bu konuda bkz. Ateş., **a.g.e.**, s. 333, dn. 296.

¹⁵⁴ Benzer örnekler için bkz. Ateş., **a.g.e.**, s. 333.

¹⁵⁵ Ateş., **a.g.e.**, s. 334

Doktrinde Ateş¹⁵⁶, “haber maksadının ve bilgilendirme sınırının” geniş yorumlanması gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre, doğrudan eser veya eser sahibi ile bağlantısı bulunmayan haberler için de eserden FSEK. m. 37 kapsamında serbestçe yararlanmak mümkün sayılmalıdır. FSEK. m. 37 kapsamında, eserin günlük olaylarla ilgili haberlerde kullanılabilmesi için, hiç değilse ilgili haberin konusu ile kullanılan eser arasında, dolaylı da olsa bir ilişkinin kurulabilmesi gerekir. Ateş’in düşüncesi yine Ateş’in verdiği örnek ile açıklanmaya çalışılırsa; depremle ilgili olarak hazırlanan haberde, depremle ilgili bir şarkının fon müziği olarak kullanılması FSEK. m. 37 kapsamında serbest sayılmalıdır.

Müzik eserlerinin FSEK. m. 37 kapsamında serbestçe umuma iletilebilmeleri için gerekli diğer bir şart ise, müzik eserinin sadece bazı kısımlarının haberde kullanılmasıdır. Bu durum, FSEK. m. 37’de “*fikir ve sanat eserlerinden bazı parçaların...alınması,...yayınlanması*” şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre belirli bir yarışmada birincilik kazanan beste ile ilgili haberde, bestenin ancak belli bir bölümü internette serbestçe sunulabilir. Söz konusu bestenin tamamının internette sunumu yine eser sahibinin iznine tabidir.

Haber maksadıyla müzik eserlerinin sadece belli bölümlerinin serbestçe umuma iletilebilecek olması, FSEK. m. 37’deki diğer bir şartla yakından ilgilidir. 37. maddenin son cümlesi uyarınca “*serbestlik, hak sahibinin hukuki menfaatlerine zarar verecek şekilde veya eserden normal yararlanmaya aykırı biçimde kullanılamaz*”. Bir bestenin belirli bir bölümünün değil de, tamamının internette sunulacak olması, şüphesiz ki hak sahiplerinin o besteden bekledikleri ekonomik yararı azaltacak ve ekonomik zarara yol açacaktır. Kanaatimizce, haber maksadıyla da olsa bestelerin tamamının izinsiz olarak internette sunumu ile FSEK. m. 25’e aykırı olarak bestelerin kullanıcıların erimine açık tutulduğu **web** sayfaları arasında bir fark bulunmamaktadır. Zira, her iki ihtimalde de müzik eserleri hak sahiplerinden izin alınmaksın internette kullanıcıların ücretsiz indirimine sunulmaktadır. Bu yolla her iki ihtimalde de hak sahipleri zarara uğratılmaktadır.

¹⁵⁶ Bkz. Ateş, **a.g.e.**, s. 335.

FSEK. m. 37 lafzından açıkça anlaşılmasa da, bu madde kapsamındaki serbesti için diğer bir şart da, “müzik eserinin alenileşmiş olması”dır¹⁵⁷. Alenileşmemiş bir müzik eserinin her ne şekilde olursa olsun kullanım hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Müzik eserinin umuma arz edilip edilmemesi, yayınlanma zamanını ve tarzını münhasıran eser sahibi belirler (FSEK: m. 14/ f. 1). Bu bağlamda haber vermek maksadıyla da olsa, alenileşmemiş bir müzik eseri eser sahibinden izin alınmaksızın internette sunulamaz. Yakın tarihli gerçek bir olayda, sanatçı Tarkan’a ait henüz alenileşmemiş şarkılar basına sızdırılmış ve bundan sonra internette yayınlanmıştır¹⁵⁸. Sanatçı ve hak sahibi diğer kişiler bu hadise neticesinde büyük maddi zarara uğramışlardır. Bu somut örnekte, haber maksadıyla da olsa, alenileşmemiş bestelerin internette sunumu umuma iletim hakkının ihlali sonucunu doğurmuştur.

(3). Genel Menfaat Düşüncesine Dayalı Diğer Sınırlama Sebepleri

Eser sahibinin ve diğer hak sahiplerinin FSEK. ile korunan hakları bakımından Kanunun 31. maddesi uyarınca “mevzuat ve içtihatlar”; 32. maddesi uyarınca “nutuklar”; 34. maddesi uyarınca “eğitim ve öğretim için seçme ve toplama eserler”; 35. maddesi uyarınca “iktibas serbestisi”; 36. maddesi uyarınca “gazete münderecatı” başlıkları altında genel menfaat düşüncesine dayalı diğer bazı sınırlama sebepleri öngörülmüştür. Bir müzik eserinin internet ortamında izinsiz olarak sunumu, umuma iletim hakkının ihlalini sonuçlar mı sorusuna münhasır düşünüldüğünde, bahsi geçen düzenlemelerin bir anlam ifade etmediği görülür. Örneğin, resmen yayınlanan veya ilan olunan kanunların çoğaltılmasını, yayılmasını, işlenmesini vb. yollarla kullanılmasını serbest bırakan FSEK. m. 31 hükmü, internet ortamında bir bestenin sunumu ile bir alakaya sahip değildir. Bu bahisle, bu düzenlemelere tezimizde yer verilmeyecektir.

¹⁵⁷ Ateş., a.g.e., s. 335.

¹⁵⁸ Oben Budak, “İşte Tarkan’ın Gerçek Albümü”, **Sabah Gazetesi**, 15. 04.2006.

d. Umuma İletim Hakkının Özel Menfaat Düşüncesiyle Sınırlandırılması

FSEK.'in 38-40. maddelerinde, “hususî menfaat mülâhazasıyla” üst başlığı altında toplanan sınırlandırma sebepleri düzenlenmiştir. İzinsiz olarak müzik eserlerin internette umuma iletiminin, umuma iletim hakkını ihlal edip etmediği noktasında bunlardan 39.¹⁵⁹ ve 40. maddelerde öngörülen serbestiler bir anlam ifade etmez. Özel menfaat düşüncesiyle umuma iletim hakkının sınırlandırılmasına dair önem arz eden düzenleme, “şahsî kullanım” istisnasıdır.

Şahsî kullanım istisnası, “şahsen kullanma” başlığı altında FSEK.'in 38. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde ile getirilen serbesti, maddenin lafzından açıkça anlaşılacağı üzere, çoğaltma hakkı (FSEK. m. 23) bakımından öngörülmüştür. Yani, şahsî kullanım istisnası sayesinde bir eserden izin alınmaksızın serbestçe yararlanmak, FSEK. m. 38 hükmü kapsamında ancak bu eserin çoğaltılması bakımından mümkündür. Umuma iletim hakkı bakımından ise, buna benzer açık bir istisna FSEK.'de düzenlenmemiştir. Ancak yine de “şahsî kullanım serbestisi” -umuma iletim hakkına özgü olarak- umuma iletim hakkı ile birlikte düşünülebilmelidir¹⁶⁰.

Şahsî kullanım istisnası, tezin bu kısmında iki ana başlık altında ele alınmıştır. Bunlardan ilki, “Şahsî Kullanım İstisnasının İnternet Ortamında Kazandığı Anlam” başlığı altında, konuya ilişkin genel bir bakış açısı kazandırılması amacıyla FSEK. m. 38'de düzenlendiği şekliyle şahsî kullanım istisnası ele alınmıştır. İkincisinde, “Umuma İletim Hakkında Şahsî Kullanım İstisnası” başlığı altında ise, FSEK.'de açıkça düzenlenmemiş olsa da, umuma iletim hakkı bakımından da şahsî kullanım istisnasının geçerli olup olmadığı tartışılmıştır.

(1). Şahsî Kullanım İstisnasının İnternet Ortamında Kazandığı Anlam

¹⁵⁹Bestekarlara tanınan serbestiyi düzenleyen 39. madde, zaten 4630 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁶⁰Ateş, **a.g.e.**, s. 425 vd.

Fikir ve sanat eserleri hukukunda kabul gören ana kural, eser üzerindeki her türlü haktan eseri vücuda getiren kişinin, yani eser sahibinin yararlanmasıdır¹⁶¹. Çünkü fikri mesai harcıyarak eseri vücuda getiren kişinin o eser üzerinde esas olarak söz hakkına sahip olması gerekir. Öte yandan eser, kültürel mirasın da bir parçasıdır. Kültürel mirasın zenginleşmesi bakımından üçüncü kişilerin de eserden yararlanmasına imkan tanınması gerekir. Bu amaçla, her iki menfaat arasında bir denge kurabilecek düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. *Şahsi kullanım istisnası*, eser sahibinin eser üzerindeki haklarının sosyal bağlam içinde üçüncü kişiler lehine özel menfaat düşüncesiyle sınırlandırıldığı kanuni bir istisnadır. Bu sayede, eser sahibinden izin almaya gerek kalmaksızın belirli şartlar altında üçüncü kişilerin de eserden yararlanabilmelerinin önü açılmıştır¹⁶².

Ancak, ses ve görüntü nakline yarayan yeni teknolojilerin ve özellikle internetin ortaya çıkmasıyla söz konusu istisnanın yeniden yorumlanması gereği doğmuştur¹⁶³. Nitekim internet, hem kendi işlerliği bakımından hem de kullanıcılarına sunduğu imkanlar bakımından çoğaltma ile eşdeğer bir anlama sahiptir. İnternetin bu özelliği, eser sahibi ile onun eserinden şahsen kullanma istisnası kapsamında yararlanma imkanına sahip üçüncü kişiler arasındaki dengeyi, ne yazık ki eser sahipleri aleyhine bozmuştur. Bunun sonucu olarak, eser sahibinin çoğaltma hakkına getirilen şahsen kullanma istisnası, neredeyse bir istisna olmaktan çıkmıştır¹⁶⁴. İnternette her gün milyonlarca kullanıcının, şahsi kullanım istisnası

¹⁶¹ Üstün, FSEK.'in esasen eser sahibini koruması gerektiğini belirtmektedir. Yazara göre hakları sürekli olarak ihlale maruz kalan kişi, eser sahipleri, ihlaller karşısında zayıf tarafı oluşturmaktadır. Bu bağlamda yazar, eser sahibi lehine bir takım ilkelerin benimsenmesinin gerekli olduğunu savunmaktadır. "Eser sahibi lehine yorum" ilkesi bunlardan biridir. Bkz. Üstün, **Tazminat Davaları**, s. 91 vd.

¹⁶² Şahsen yararlanma ilkesi hakkında kapsamlı bir çalışma için bkz. Kaya, **a.g.m.**, s.431 vd.

¹⁶³ Kaya, **a.g.m.**, s. 447-448.

¹⁶⁴ Kaya makalesinde haklı olarak şahsi kullanma istisnasını düzenleyen FSEK. m. 38 hükmünü eleştirmektedir. Anılan madde lafzından, bütün eserlerin kar amacı güdülmeksizin şahsen kullanma amacıyla çoğaltılabileceği sonucu çıkartılmaktadır. Fikir ve sanat eserler hukukunda ise aslolan eser sahibinin eser üzerindeki hakkı olduğu için, şahsen kullanma için çoğaltma sınırlamasının kökeninde, çoğaltmanın ancak mahdut sayıda yapılabileceği düşüncesi yatmaktadır. Oysa FSEK. m. 38'de hiçbir gerekçeye yer verilmeksizin şahsen kullanma amacı ile çoğaltmanın kapsamı ayrıca bir istisnaya yer verilmeksizin bütün eser türleri bakımından daha geniş kavramlarla açıklanmıştır. Buna karşılık, ucuz ve kolay çoğaltmaya imkan tanıyan ses ve/ veya görüntü nakline yarayan araçların ve özellikle internetin bu özellikleri dikkate alınarak, maddede eser sahipleri lehine, şahsen kullanma istisnasının

kapsamında müzik eserlerini bilgisayarlarına indirebilecek veya bilgisayarlarındaki müzik eserlerini internete aktarabilecek olması bunun somut kanıtıdır.

FSEK.'de düzenlendiği şekliyle şahsi kullanım istisnası ele alınmadan evvel, bu istisnaya farklı bir boyuttan bakabilmek amacıyla Amerikan Hukukunda benimsenen “**Fair Use**” (Adil Kullanım) doktrinine değinmekte fayda görüyoruz. Fair Use kuralı, Anglo- Amerikan hukuk sistemlerinde telif haklarının en önemli sınırlandırma sebeplerinden birisidir. **Fair use** istisnası ile, eserlerin eleştirisi, yorum, haber, eğitim-öğretim veya araştırma gibi amaçlarla çoğaltılmasının ve ses kayıtları yapılmasının bir telif hakkı ihlali oluşturmayacağı kabul edilmiştir¹⁶⁵. Bu ilkenin uygulanmasında özellikle şu kriterler dikkate alınmaktadır:

- Eserden yararlanmanın ticari bir amaçla mı, yoksa ticari kazanç sağlama amacı dışında bir amaçla mı gerçekleştirildiği,
- Eserin özellikleri,
- Eserden yararlanmanın boyut ve önemi,
- Eserden yararlanmanın söz konusu eserin potansiyel pazarı ve değeri üzerindeki etkisi¹⁶⁶.

Şahsi kullanım istisnasının Türk Hukukunda açıkça ifade edildiği madde, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 38. maddesinin birinci fıkrasıdır.¹⁶⁷ Buna göre “ *Bütün fikir ve sanat eserlerinin, kar amacı güdülmeksizin şahsen kullanmaya mahsus çoğaltılması mümkündür. Ancak, bu çoğaltma hak sahibinin meşru menfaatlerine*

sınırlandırılması gerekirdi. Kaya, **a.g.m.**, s. 448 dn. 46 ve 454. Benzer şekilde Eroğlu da, yaygın kopyalama ve nakil imkanın sözkonusu olduğu internet ortamında, FSEK. m. 38/1 hükmünün hak sahiplerinin haklarını zarar uğratacak şekilde geniş bir biçimde düzenlendiğini belirtmektedir. Yazara göre de internet ortamında dijital formda iletimi yapılacak eserler bakımından, şahsi kullanım istisnasının sınırları açıkça düzenlenmiş olmalıydı. Eroğlu, **Telif**, s. 78.

¹⁶⁵ Amerikan Hukukunda “fair use” olarak bilinen kural, İngiliz Hukukunda “fair dealing” olarak anılır. İki ülke hukuku arasındaki fark, İngiliz Hukukunda kural kanuni çerçevede ele alınmamış, her somut olaya göre hakime bu konuda takdir hakkı tanınmışken; Amerikan Hukukunda ise kural, 1998 yılında kabul edilen Amerikan Dijital Milenyum Telif Hakları Kanunu'nda (m. 117) çerçevesi kanunca sınırlanmış olarak yer almıştır. Akipek,Dardağan, **a.g.m.**, s. 74-75.

¹⁶⁶ Bu konuda bkz. Akipek,Dardağan, **a.g.m.**, s. 74-75; Memiş, **a.g.e.** , s.60-63.

¹⁶⁷ Bu istisna çoğaltma hakkını kapsar biçimde kaleme alınmıştır. Yani söz konusu istisna çoğaltma hakkı bakımından geçerli bir istisna olup, umuma iletim hakkı bakımından söz konusu değildir. Bu konuda bkz. Memiş, **a.g.e.**, s. 120.

haklı bir sebep olmadan zarar veremez ya da eserden normal yararlanmaya aykırı olamaz.” Anılan madde ile, eser sahibinin haklarının şahsen kullanım amacıyla üçüncü şahıslar lehine sınırlandırılmasında, biri olumlu diğeri olumsuz olmak üzere iki ayrı kritere yer verilmiştir. Serbest çoğaltma imkanının olumlu ögesini, bunun *şahsen kullanma amacıyla yapılması* hususu oluşturur. Kanun ile üçüncü kişilerin lehine tanınan bu imkanın olumsuz ögesini ise, *kar amacının güdülmemesi ve çoğaltmanın eser sahibinin meşru menfaatlerine zarar vermemesi* sınırlamaları teşkil etmektedir¹⁶⁸.

i. Çoğaltmanın Şahsi Kullanım Amacıyla Yapılması

Şahsen kullanma, eser nüshalarının gerek bizzat çoğaltan kişi tarafından şahsi ihtiyaçları için kullanılması, gerekse makul bir ölçüde aile, iş arkadaşları gibi yakın ve şahsi ilişkilerin bulunduğu dar bir çevre içinde kullanılması olarak mütalaa edilmektedir¹⁶⁹. Bu kapsamda eserin şahsi ihtiyaçlarla çoğaltılması serbesttir. Burada eş-dost çevresinin sınırları, çoğaltan ile şahsi ilişkilerin bulunup bulunmasına göre belirlenir. Şahsen kullanmanın böylesi dar bir çevre ile sınırlandırılması, şahsen kullanımın eser sahibinin haklarını sınırlayan bir istisna olmasından kaynaklanmaktadır. Zira, istisnaların dar yorumlanması prensibine uygun olarak, çoğaltma hakkına yönelik bu istisnanın da dar yorumlanması gerekmektedir¹⁷⁰.

İnternet ortamında ise şahsi kullanım istisnasının çok daha dar bir kapsamda ele alınması gerektiği görülecektir. Dillon¹⁷¹, bunun sebebini gayet net açıklamaktadır: “*Hak sahipleri bakımından çekilmez olan, özel kopyaların bütün arkadaşlarınız ile paylaşılabilir olmasıdır ve eğer – bir dosya paylaşım sistemine üye olduğunuz için- milyonlarca arkadaşınız varsa bunun endüstriyi yok edeceği açıktır.*”

¹⁶⁸ Bu konuda bkz. Kaya, **a.g.m.**, s. 440- 441.

¹⁶⁹ Erel, **a.g.e.**, s. 226; Tekinalp, **a.g.e.**, N. 153, s.193; Kaya, **a.g.m.**, s.442; Memiş, **a.g.e.**, s. 76 ve 119; AB.’nin 2001/29 sayılı Direktifi gerekçe Nr.44’de eser sahibinin haklarının korunması bakımından istisnaların dar yorumlanmasını ve eser sahibinin haklarının korunması gereği vurgulanmaktadır. Bu hususta bkz. Eroğlu, **Link**, s. 234 dn.112

¹⁷⁰ Kaya, **a.g.m.** s. 442-443; Memiş, **a.g.e.**, s. 119-122; Eroğlu, **a.g.e.**, s. 78; Kendigele/Bozbel, **a.g.m.**, s.522.

¹⁷¹ Dillon, **a.g.m.**, s. 576

Görüleceği üzere, sayıları milyonlara varan internet kullanıcısı ile çoğaltan arasında şahsi bağlantıların bulunmadığı bir ortamda –zaten dar yorumlanması gereken- şahsi kullanım istisnasının uygulanması mümkün değildir¹⁷². Bir müzik eserinin çoğaltılması, eser FSEK. m. 25 kapsamında internet ortamında umuma iletilmedikçe eser sahibinden izin alınmasızın şahsen kullanma istisnası kapsamında gerçekleşebilir. Örneğin, internet kullanıcısı elindeki albümü hem bilgisayarında, hem otomobilinde, hem de İPod’unda¹⁷³ dinleyebilmek amacıyla çoğaltabilir. Aynı kullanıcı söz konusu çoğaltmayı aile bireyleri için de yapabilir; bir e-posta ile aile bireyelerine müzik eserini iletebilir. Lakin müzik eserlerini internet ağı üzerinden diğer kullanıcıların erişimine sunan kişilerin FSEK. m. 38’de öngörülen çoğaltma hakkına ilişkin istisnai hükümden yararlanmaları mümkün değildir. Bu tür fiiller eser sahibinin çoğaltma hakkının yanı sıra, aynı zamanda umuma iletim hakkını da ihlal ettiğinden, eser sahibinin izni olmadığı sürece, kullanıcılar FSEK. kapsamında öngörülen hukuki ve cezai sorumluluğa muhatap olabilecektir.¹⁷⁴ Nitekim Paris İstinaf Mahkemesi’nde görülen bir davada da benzer sonuca varılmıştır. Davalı kullanıcı, bilgisayarına müzik eserlerini yüklemiş ve hazırlamış olduğu **web** sayfası üzerinden bu eserlere diğer kullanıcıların erişimini mümkün hale getirmiştir. Bu fiili gerçekleştiren davalı kullanıcı, **web** sayfasındaki müzik eserlerinin kullanımının şahsi kullanım amaçlı olduğu savunmasında bulunmuştur. Paris İstinaf Mahkemesi ise 14 Ağustos 1996 tarihli kararı ile, davalı kullanıcının eserleri çoğaltarak bunlardan toplu kullanımı teşvik ettiği, bu bahisle bu tür kullanımın şahsi kullanım amaçlı olamayacağını sonucuna varmıştır¹⁷⁵.

ii. Kar Amacının GÜdülmemesi ve Eser Sahibinin Meşru Menfaatlerine Zarar Verilmemesi

¹⁷² Memiş, **a.g.e.**, s. 119; Kaya, **a.g.m.**, 442-443.

¹⁷³ İPod, Mp3 formatındaki yüzlerce müzik eserinin saklanabilmesine ve dinlenebilmesine imkan tanıyan cep telefonu büyüklüğünde taşınabilir bir araçtır.

¹⁷⁴ Kendigelen/Bozbel, **a.g.m.**, s. 522-523.

¹⁷⁵ Paris İstinaf Mahkemesi’nin bu kararı için bkz. Baysal, **a.g.e.**, s. 157-158.

Şahsi kullanım istisnasının olumsuz ögesini, çoğaltmada kar amacının bulunmaması oluşturur. Şahsen kullanma kavramının anlam ve sınırlarının tespitinde mutlaka bu olumsuz ögenin göz önünde bulundurulması gerekir¹⁷⁶. Kar amacıyla müzik eserlerinin çoğaltılması, çoğaltma hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurur (FSEK. m. 38/ f.1).

Hak sahiplerinden izin almaksızın, reklam alma esasına dayalı olarak müzik eserlerini çoğaltan ve bu yolla ticari kazanç sağlayan **web** sayfalarının¹⁷⁷, şahsen kullanma istisnasından yararlanmaları pek tabiidir ki mümkün değildir¹⁷⁸. Burada asıl üzerinde durulması gereken, buna benzer şekilde doğrudan ticari kazanç sağlamayan kullanıcıların durumudur. Bu noktada doktrinde çok yerinde olarak savunulduğu üzere, *masraftan kaçınma amacıyla yapılacak çoğaltmaların* da kar amacı kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁷⁹. Nitekim internet kullanıcıları, hak sahiplerinin izni bulunmaksızın internette iletilen müzik eserlerini bilgisayarlarına indirmekle, esasen olağan yollarla ücret karşılığı alacakları albümün ücretini ödemekten kaçınmaktadırlar. Oysaki bir eserden şahsen yararlanmanın en tabii yorumu, eserin yasal yollarla¹⁸⁰ satın alınarak onun şahsi ihtiyaçlar için çoğaltılmasıdır¹⁸¹.

¹⁷⁶ Tekinalp, **a.g.e.**, N.154, s. 193; Kaya, **a.g.m.**, s. 444; Memiş, **a.g.e.**, s. 120.

¹⁷⁷ Bu şekilde faaliyet gösteren **web** sayfaları hakkında bkz. ykr. “Web Sayfası İçeriğinde Müzik Eserlerine Yer Verilmesi”, başlık II., B., 7.

¹⁷⁸ Akipek,Dardağan, **a.g.m.** , s.74.

¹⁷⁹ Tekinalp, **a.g.e.**, N. 157. s. 195; Eroğlu, Link, s. 235 dn 117. Bu durum İsviçre Mahkemesi kararında isabetle vurgulanmıştır: “*Şayet şahsen kullanma amacıyla çoğaltmada hak ve nasfet ölçülerinin aşar tarzda giderden tasarruf düşüncesi varsa, çoğaltılan nüshalar şahsen kullanılsa bile eser sahibinin hakkını ihlal söz konusudur*” (Kaya, **a.g.m.**, s.44’den naklen) Benzer yaklaşım Napster Davasına bakan yerel mahkeme tarafından da kabul edilmiştir.: Normalde ücret ödenerek alınacak bir müzik eseri, internet yardımıyla (Müzik paylaşım programları kullanılarak) hiçbir ücret ödenmeksizin elde edilmekte, bu durumda kullanıcı ekonomik bir kazanç sağlamış olmaktadır. (Bkz. Memiş, **a.g.e.**, s 62).

¹⁸⁰ Şahsi kullanın istisnasının uygulanabilmesi için, çoğaltılacak eserin yasal yollarla elde edilmiş olması gerektiği, doktrinde yaygın olarak kabul edilmektedir. Bkz. Erel, **a.g.e.**, s. 226; Kaya, **a.g.m.** s, 446; Eroğlu, **Telif**, s. 79. Memiş ve Kendigelen/Bozbel ise kural olarak eserin yasal yollarla elde edilmiş olmasını aramakla birlikte, özellikle internette sunumu yapılan eserlerin yasal yollarla internete aktarılıp aktarılmadığının tespitinde kullanıcılara bir yükümlülük yüklenip yüklenemeyeceği meselesini tartışmaya açmışlardır. Kendigelen, Bozbel, bu hususta kullanıcılara bir yükümlülük yüklenemeyeceğini savunmaktadır. FSEK.’in lafzı, bu tür bir yükümlülüğün yüklenmesi için elverişli değildir. (Kendigelen, Bozbel, **a.g.m.**, s. 521) Memiş ise, bu görüşün benimsenebileceğini belirtmekte, ancak hemen bunun ardından internet ortamında müzik eserlerinin genellikle yasal olmayan yollarla sunulduğunun kullanıcılar tarafından bilindiğini, bu sebeple dürüstlük kaideleri gereğince

İnternette sunulan müzik eserlerinin bilgisayara indirilmesi yahut bunun tam tersi olarak bilgisayardaki müzik eserlerin çoğaltılarak internet ortamına aktarılması, eser sahiplerinin eserden bekledikleri ekonomik menfaatleri azaltmakta, bu sebeple eser sahiplerinin meşru menfaatlerine zarar vermektedir¹⁸². **Fair use** doktrininde belirleyici kriterlerden birisi olarak, “*eserden yararlanmanın söz konusu eserin potansiyel pazarı ve değeri üzerindeki etkisi*”nin araştırılması öngörülmektedir. Bu bağlamda, eser sahiplerinin ekonomik menfaatlerinin ciddi manada zarara uğratıldığı internet ortamında **fair use** istisnasının uygulanamayacağı kabul edilmektedir.¹⁸³ Zira internet ortamında müzik eserlerinin sunumuyla, hak sahiplerinin malvarlıklarında ve müzik sektöründe büyük ekonomik zarar oluşmaktadır. FSEK. m. 38 kapsamında şahsi kullanım için de bu şekilde düşünülmalıdır kanaatindeyiz.

Öte yandan internet ortamında müzik sunumunun, eserden normal yararlanma kapsamında da değerlendirilmesi mümkün değildir. Yine **fair use** doktrinin belirleyici kriterlerinden biri olarak “*eserden yararlanmanın boyut ve önemi*” üzerinde bir değerlendirme yapılması gerektiği öngörülmektedir. FSEK. m. 38/f. 1 kapsamında “*eserden normal yararlanma*” bakımından da bu hususun araştırılması gerekir. Kullanıcılar, kültürel mirasın zenginleşmesine hizmet eder nitelikte ne eğitim-öğretim, ne eleştiri, ne de araştırma gibi amaçlarla müzik eserlerini çoğaltmaktadır. Burada ücret ödemeksizin sırf eğlence amacının ön planda tutulduğu çok rahat söylenebilir. Bu amaçla ise, eser sahibine ait bir albümdeki sadece bir şarkı veya -olması gerektiği şekliyle- şarkının belirli bir bölümü de çoğaltılmamakta, söz konusu şarkı veya albüm tamamen çoğaltılmaktadır. Bir ilim eseriyle kıyaslandığında, örneğin internette sunulan bir makaleden bilimsel amaçlarla sadece bir kaç paragrafın alınması normal yararlanma kapsamında değerlendirilebilir. Oysa müzik eserleri söz konusu olduğunda, eser sahibinin fikri mesaisi ile hayat verdiği müzik eserinin bir parçası

kullanıcılara bu hususta bir yükümlülük yüklenebileceğini beyan etmektedir. (Memiş, **a.g.e.**, s. 119-120).

¹⁸¹ Memiş, **a.g.e.**, s. 121.

¹⁸² Tekinalp, **a.g.e.**, N. 150, s. 191. “*Şayet şahsen kullanma amacıyla çoğaltma, eserden normal yararlanmanın sınırlarını aşıyorsa ve eser sahibinin eserden beklediği, örneğin çoğaltmadan beklediği ekonomik menfaati azaltıyorsa bir hak ihlali var demektir*” Kaya, **a.g.m.**, s. 444-445.

¹⁸³ Memiş, **a.g.e.**, s. 62.

değil, tamamı sadece **maus**'un tıklanması ile kullanıcı bilgisayarına aktarılmaktadır. Bunun kopyalama ve nakil imkanlarının son derece gelişmiş ve yaygın olduğu internet ortamında, dürüstlük kaideleri dikkate alınarak normal bir yararlanma olduğu söylenemez. Bu tür bir çoğaltma, haklı bir sebebe (FSEK. m. 38/ f.1) dayandırılmaz.

Sonuç itibariyle, hak sahiplerinden izinsiz olarak internet ortamında sunulan eserlerin çoğaltılması yahut bunun tam tersi olarak çoğaltılan müzik eserlerinin kullanıcılar tarafından internete aktarılması halinde, çok açık şekilde eser sahiplerinin meşru menfaatlerine ciddi zararlar verilmektedir. Bu tür fiiller, eserden normal yararlanma sınırlarını aşmaktadır. Zaten ticari amaçlarla kurulan **web** sayfaları ve forumlarda olduğu gibi müzik eserlerinin çoğaltılması veya milyonlarca internet kullanıcısının masraftan kaçınmak amacıyla müzik eserlerini izinsiz olarak çoğaltması, FSEK. m. 38 bağlamında şahsen kullanma istisnası kapsamında değerlendirilemez¹⁸⁴.

(2). Umuma İletim Hakkı Bakımından Şahsi Kullanım İstisnası

FSEK. m. 38 ile düzenlenen şahsi kullanım istisnası, sadece çoğaltma hakkı bakımından tanınmış bir serbestidir. Bu bahisle şahsi kullanım istisnası, FSEK'in lafzı uyarınca diğer mali haklar bakımından geçerli bir yararlanma serbestisi tanımaz. Ancak, diğer mali haklar bakımından da şahsi kullanım amacıyla eserlerin serbestçe kullanılabilmesinin önü açılmalıdır. Aksi düşüncenin kabulü halinde, şahsi kullanım amacıyla çoğaltma serbestisi dışında, kişilerin eserden istifadesi son derece zorlaşmış olacaktır¹⁸⁵. Örneğin Fransız Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na bakıldığında temsil hakkı bakımından üçüncü kişiler lehine sınırlandırılmaya gidildiği ve belirli şartlar altında izin alınmaksızın şahsi kullanım amacıyla eserin üçüncü kişilerce temsilinin serbest bırakıldığı görülür. Fransız FSEK'in 41. maddesinin birinci fıkrası uyarınca “ *fikir ve sanat eserlerinin ivazsız olarak temsili, münhasıran aile muhitinde yapılmak*

¹⁸⁴ Aynı yönde, Memiş, **a.g.e.**, s. 119-123 ; Eroğlu, **Telif.**, s.79; Akipek,Dardağan konuya ilişkin açık bir görüş beyan etmemişlerdir. Ancak fair use doktrinine ve özellikle bunun “ eserin potansiyel pazarı ve değeri üzerindeki etkileri” üzerinde değerlendirme yapılması gerektiğini vurgulayacak örnekler yer vermeleri sebebiyle, bizimle aynı görüşü savundukları söylenebilir. Akipek,Dardağan, **a.g.m.**, s. 74-75.

¹⁸⁵ Bu yönde düşünen yazarlar için bkz. Erel, **a.g.e.**, s. 234; Ateş, **a.g.e.**, s. 425 vd.

*kaydıyla caizdir.”*¹⁸⁶ Bu düzenlemeye göre kar amacı olmaksızın ve sınırlı bir çevre ile sınırlı olmak üzere eserlerin üçüncü kişilerce temsili serbest bırakılmıştır¹⁸⁷.

FSEK.’de işaret, ses ve görüntü nakline yarayan araçlar umuma iletim hakkı bakımından böyle açık bir istisna düzenlenmemiştir. Ancak konu, insanlık için büyük kolaylıklar sağlayan internet ile birlikte düşünüldüğünde, bir müzik eserinin hiçbir şekilde internet ortamında iletilemeyecek olması çok da adil bir düşünce değildir. Örneğin bir kişi, FSEK. m. 38 kapsamında şahsi kullanım serbestisi dahilinde aile bireyleri için bir albümü serbestçe çoğaltabilecek iken, aynı aile bireyleri için çoğaltılmış albümün diğer aile bireyelerine internet üzerinden aktarılamayacak olması kanaatimizce doğru değildir. Bu çerçevede, her ne kadar FSEK.’de bu hususta bir düzenleme bulunmasa da, FSEK.’in genelinden hareketle, müzik eserlerinin şahsi kullanım amacıyla ve belirli şartlar altında internet ortamında iletimi serbest sayılmalıdır. Bu serbesti, FSEK. m. 38 düzenlemesine benzer şekilde, şu şartlar altında var sayılmalıdır;

- Müzik eserleri kar amacı güdülmeksizin internette iletilmelidir.
- Müzik eserleri aile bireyleri veya yakın arkadaşlar gibi şahsi ilişkilerin olduğu dar bir çevre içinde internette iletilmelidir. Yani sunum, “umuma” yapılmamalıdır.
- Müzik eserlerinin internette iletimi eserden normal yararlanmaya aykırı olmamalıdır ve hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmaksızın zarar vermemelidir.
- Ancak alenilemiş müzik eserlerinin iletimi yapılmalıdır.

Bu şartları bir örnekle izah edersek, bir kişi yeni almış olduğu albümü, farklı bir şehirde bulunan eşine e-posta ile internet üzerinden sunmuş olsun. Bu sunumda herhangi bir ticari gaye güdülmemektedir; sadece yakın çevreden başka bir kişi ile albüm paylaşılmaktadır. Kişi, forum, paylaşım programı ve bunlara benzer bir ortamda müzik eserini sunmamaktadır. Dolayısıyla müzik eserine erişimi mümkün

¹⁸⁶ Ateş, **a.g.e.**, s. 426 dn. 584’den naklen.

¹⁸⁷ Ateş, **a.g.e.**, s. 426.

olan kişi sayısı sınırlıdır. Sunum sayısı belirli olmayan geniş bir kitleye, yani umuma değil, dar bir şahıs çevresine yapılmıştır. Söz konusu albüm telif bedeli ödenerek alınmıştır; internette yüzlerce müzik eserinin izinsiz olarak sunulduğu **web** sayfalarından indirilip diğer şahsa gönderilmemiştir. Bu sayede hak sahiplerinin albümden beklediği ekonomik menfaatler korunmuş olmaktadır. Ayrıca söz konusu albüm sadece bir kişiye iletildiğinden, eserden normal yararlanma sınırları aşılmamıştır. Ayrıca, albüm eser sahibi tarafından piyasaya sürülmüş aleni bir eserdir. Alenileşmemiş bir albümün iletimi yapılmadığından, eser sahibinin FSEK. m. 14 ile korunan manevi hakkına, dolayısıyla eser sahibine zarar verilmemiştir. Bu gerekçelerle şahsi kullanıma dayalı örnekteki iletim, hak sahiplerinden izin alınmamış olsa dahi umuma iletim hakkına yönelik bir ihlal niteliği taşımamaktadır. Bu tür iletimlerin şahsi kullanım çerçevesinde serbest olması gerekir kanaatindeyiz.

e. Umuma İletim Hakkının Hükümete Tanınan Bazı Yetkilerle Sınırlandırılması

FSEK. m. 46 ve 47 şartlarına uygun olarak idarenin müzik eserlerinden yararlanma yetkisi de bulunmaktadır. Bu bağlamda, koruma süresi dolmuş müzik eserlerinden FSEK. m. 46 hükmü kapsamında; koruma süresi henüz dolmamış müzik eserlerinden ise FSEK. m. 47 kapsamında idarenin yararlanma yetkisi bulunmaktadır. Bu düzenlemeler uyarınca yetkili idarenin, müzik eserlerini, örneğin Kültür ve Turizm Bakanlığı'na ait **web** sayfasında kullanması, umuma iletim hakkının ihlali sonucunu doğurmayacaktır.

IV. İHLALLERE KARŞI AÇILABİLECEK DAVALAR

İşaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkının Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda düzenlenmiş mali bir hak olması münasebetiyle bu hakkın ihlali halinde anılan kanunda yerini bulan yaptırımların uygulanması söz konusu olacaktır. Bu çerçevede umuma iletim hakkının ihlaline karşılık olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile düzenlenmiş hukuk ve ceza davalarının açılması ve öngörülen diğer yaptırımların uygulanması mümkündür. Bu bölümde, tezin odak noktasını oluşturan umuma iletim hakkından uzaklaşmamak şartı ile, bahsi geçen yaptırımlara ilişkin genel bilgiler verilmiştir.

A. Hukuk Davaları

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda üç¹ hukuk tür davası düzenlenmiştir. Bunlar; tecavüzün ref'i davası (FSEK. m. 66-68), tecavüzün men'i davası (FSEK. m. 69) ve (maddi ve manevi) tazminat davalarıdır (FSEK. m. 70).

1. Tecavüzün Ref'i Davası

Umuma iletim hakkına yönelik bir tecavüzle karşılaşan kimse, FSEK. m. 66² ve m. 68 kapsamında tecavüzün ref'i davası açabilir. Tecavüzün ref'i davasının açılabilmesi için umuma iletim (ve çoğaltma³) hakkına yönelik bir tecavüzün, yani

¹ “Eser sahibinin tespiti davası” da FSEK.'de düzenlenmiş hukuk davaları arasında nitelendirilir (FSEK. m. 15/3). Ancak bu dava bir mali veya manevi hakkın ihlalinden öte, bir eserin kimin tarafından vücuda getirildiği konusunda ortaya çıkacak ihtilafların halli bakımından bir anlam ifade etmektedir. Bu bakımdan çalışmamız sınırlarını aşması bakımından anılan hukuk davasını inceleme dışında bırakmış bulunuyoruz.

² FSEK. m. 66/ f. 1 hükümde, “*Manevi ve mali hakları tecavüze uğrayan kimse, tecavüz edene karşı tecavüzün ref'ini dava edebilir*” denilmektedir. Bu bağlamda internet ortamında iletimi yapılan müzik eserleri manevi hakları ihlal etmesi durumunda da tecavüzün ref'i davası açılabilir. Burada fark, tecavüzün ref'i davası kapsamında talep edilebilecekler, mali haklara ilişkin FSEK. m. 67'de değil de, FSEK. m. 68'de düzenlenmiş bulunmaktadır. Zira manevi haklar boyutu FSEK. m. 67'de ayrı olarak düzenlenmiştir.

³ İnternet ortamında müzik eserlerinin sunumunda birçok aşamada çoğaltma hakkı ihlal edilmektedir. Bu hususta bkz. başlık III., C., “Çoğaltma Hakkının Önemi (FSEK. m. 22)”.

objektif olarak hukuka aykırı⁴ bir faaliyetin bulunması gerekmektedir⁵. Umuma iletim (ve çoğaltma) hakkına yönelik hukuka aykırı faaliyet gerçekleşmiş ve hukuka aykırı bir sonuç doğmuş veya hukuka aykırı faaliyet devam ettiği için sonuçlar da devam etmiş veya hukuka aykırı faaliyet gerçekleşmiş, ancak hukuka aykırı sonuç etkilerini sürdürmeye devam etmiş olabilir. Tecavüzün ref'i davası, söz konusu devam eden sonuçları gidermek veya doğacak sonuçları önlemek⁶ amacıyla düzenlenmiş bir hukuk davasıdır⁷. Bu bakımdan davanın açılabilmesi, hukuka aykırı faaliyetlerin sürmesine bağlıdır. Şayet umuma iletim hakkına yönelik tecavüz son bulmuş ise, artık dava amacı ortadan kalktığından, tecavüzün ref'i davası açılmaz. Bu gibi durumlarda tazminat davası açılabilir⁸.

Tecavüzün ref'i davasında dikkat çekici husus, mütecavizin kusurunun⁹ aranmamasıdır (FSEK. m. 66/ f. 3). Yani tecavüzün ref'i davası, hukuka aykırı eylemleri ile umuma iletim hakkını ihlal eden kişilere karşı bunların kusuru bulunmasa dahi açılabilir. Kısacası burada kusursuz sorumluluk benimsenmiş durumdadır¹⁰. Bu kapsamda tecavüz, hizmetlerini ifa ettikleri sırada bir işletmenin temsilcisi veya müstahdemleri tarafından yapılmışsa, işletme sahibi hakkında da kusur aranmaksızın dava açılabilir (FSEK. m. 66/ f. 2,3).

Buna karşılık FSEK. m. 66/ f. 3'de hakimın kusur araştırması yapacağından bahsedilmektedir. Burada kusur, davanın açılması için gerekli olan bir dava şartı

⁴ Bu hususta eser sahibinin rızası özel bir öneme sahiptir. Bu konuda bkz. başlık III., C, 3, “ Umuma İletimin İzinsiz Olması” .

⁵ Umuma iletim hakkı, mutlak hak olması münasebetiyle bu hakka yönelik bir ihlal, hukuka aykırılık ile eşdeğerdir. Bu bakımdan ayrıca ihlal edilen bir kanun maddesinin araştırılmasına gerek bulunmamaktadır. Arslanlı, **a.g.e.**, s. 211; Tekinalp, **a.g.e.**, N.16, s. 290

⁶ Tecavüzün ref'i davası sadece tecavüz ile ortaya çıkan hukuka aykırı sonuçların giderilmesi yanında, tecavüzün tekrarlanmasını da engelleyici önlemlerin alınmasına olanak sağlar. Bu haliyle tecavüzün ref'i davası, tecavüzün men'i davasına oldukça yaklaşmaktadır. Tekinalp, **a.g.e.**, N. 27, s. 293.

⁷ Ayiter, **a.g.e.**, s.254, Tekinalp, **a.g.e.**, N.27, s. 267.

⁸ Arslanlı, **a.g.e.**, s. 211-212; Ayiter, **a.g.e.**, s. 253; Erel, **a.g.e.**, s. 292.

⁹ Tecavüzün ref'i davasının hukuki niteliği çoğu zaman haksız fiile (BK.m. 41) dayanmaktadır. Bu sebeple haksız fiillerde söz konusu olan ve “kusur” dışındaki hukuka aykırılık, zarar ve nedensellik bağına ilişkin özellikler, tecavüzün ref'i davasında da geçerli olacaktır. Tekinalp, **a.g.e.**, N. 30, s. 294. Öte yandan umuma iletim hakkına yönelik ihlal, sözleşmeye aykırılık da oluşturabilir. Bu durumda BK. m. 96 vd. hükümlerinin uygulanabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Genç Arıdemir, Yayma ve Çoğaltma, s. 183.

¹⁰ Arslanlı, **a.g.e.**, s. 211; Erel, **a.g.e.**, s. 292.

olmayıp, hakime alacağı tedbirleri belirlemede yol gösterici bir unsurdur¹¹. Zira FSEK. m. 66/ f. 4’de “ *mahkeme , eser sahibinin manevi ve mali haklarını, tecavüzün şümulünü, kusurun var olup olmadığını, varsa ağırlığını ve tecavüzün ref’i halinde tecavüz edenin dışar olması muhtemel zararları takdir ederek halin icabına göre tecavüzün ref’i için lüzumlu göreceği tedbirlerin tatbikatına karar verir*” denilmektedir. Hakim somut olayın özelliklerine göre gerekli tedbirleri alır. Bu kapsamda uygulamada, içeriğinde izinsiz olarak müzik eserlerine yer veren **web** sayfalarının kapatılmasına, bu içeriğin çıkartılmasına veya yayının durdurulmasına hükmedilmektedir¹².

FSEK. m. 66 hükmü genel hatları ile tecavüzün ref’i davasını düzenlemiş iken, FSEK. m. 68 ise mali haklara tecavüz halinde açılacak tecavüzün ref’ini düzenlemiştir. Maddede mali haklara tecavüz halinde ref davası ile birlikte talep edilebilecek unsurlara yer verilmiştir. Ancak madde içinde işaret, ses ve/ veya görüntü nakline yarayan vasıtalarla umuma iletim hakkından bahsedilmediği görülecektir. Bu durum, anılan maddenin sağlıklı bir biçimde düzenlenmemiş olmasından kaynaklanmaktadır¹³. Yoksa günümüzde internet gerçeği karşısında, umuma iletim hakkının madde kapsamında yer almadığı kesinlikle söylenemeyecektir. Nitekim FSEK. m.68/ f. 1’de yer verilen “*diğer biçimde işlenmiş*”¹⁴ veya “*radio ve televizyon*

¹¹ Arslanlı, **a.g.e.** s. 212; Arıdemir Genç, **Yayma ve Çoğaltma**, s. 184 . Nitekim tecavüzün ref’i davası ardından çoğu kez tazminat davaları açılmakta, kusurun ağırlığı tazminat miktarı bakımından önem taşımaktadır . Erel, **a.g.e.**, s. 292.

¹² Hakime gerekli tedbirleri alma hususunda yetki tanınmış iken, Yargıtay’ın FSEK. m. 66/f. 4’e uygun düşmeyen şu kararının yanlış olduğuna değinmek gerekir: “ *internetdeki yayınlar nedeniyle yapılacak işlem konusunda henüz yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Halbuki, mahkeme kararlarının bağlayıcı sonucunun gerçekleşebilmesi için, kararın infaz edilebilir olması ve böylece yaptırımının da uygulanması gerekmektedir. Şu aşamada, internette yapılan bir yayının gönderilenler de dahil olmak üzere internetten çıkarılması veya yayının durdurulması konusunda yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bakımdan verilecek kararın infaz edilebilme ve sonuçsuz kalma olgusu tartışılabilir bir durum arz etmektedir. Bu da yargı kararının etkisiz kalmasını ve tartışılabilir hale gelmesi sonucunu doğurabilir. Bu nedenle, buna ilişkin istemin reddine...*” 4. HD., 8.2.2001 T., 2001/755 E., 2001/1157 K. (Türkeul, **a.g.m.**, s. 592)

¹³ Bu sebeple maddenin hak sahiplerinin menfaatlerini korur şekilde geniş yorumlanması gerekmektedir. Bu konuda eleştiriler için bkz. Genç Arıdemir, **Yayma ve Çoğaltma**, s.186-187. Maddenin, yayma ve çoğaltma haklarının ihlalini dikkate alınarak düzenlendiği, umuma iletim hakkının günümüzde taşıdığı önemin bu bakımdan gözden kaçırıldığı söylenebilir. Nitekim Erel, uygulamada mali haklara tecavüzün genellikle yayma ve çoğaltma haklarının tecavüzü şeklinde gerçekleştiğini belirtmektedir. Bkz. Erel, **a.g.e.**, s. 298-299

¹⁴ Türkeul’un eserlerin internete aktarılmasını,“işlenme” olarak nitelemesi kanaatimizce yerinde değildir. İşlenmelerin bariz özelliği işleyenin hususiyetini taşımasıdır FSEK. m. 1/B, b. (d). Teknik

*gibi araçlarla yayınlanmış veya temsil edilmiş*¹⁵ ifadelerinin internet ortamında gerçekleşecek ihlallere işaret ettiği belirtilmektedir. Bu bağlamda umuma iletim hakkına yönelik tecavüzlerin giderilmesi amacıyla FSEK. m. 68/f. 1 uyarınca açılacak davada davacı;

- sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin (öznel ücret) veya,
- emsal yahut emsal rayiç üzerinden uğradığı zararın en çok üç katını (öznel ücret) isteyebilir.

Maddede geçen “*sözleşme yapılmış olması halinde*” ibaresi, “*farazi sözleşme*” görüşü¹⁶ olarak Türk Hukuk uygulamasında yerini bulmuştur. Buradan hareketle Yargıtay, tecavüzün ref’i davası açılması halinde tecavüzün men’i davasının açılmayacağını kabul etmektedir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin verdiği karar¹⁷, Yargıtay’ın algılayışını açıkça ifade etmektedir: “ *FSEK. m. 68. maddesi davacı yararına bedele hükmedilmiş olmakla artık tecavüzün men’i isteminde bulunamaz. Zira... taraflar arasında sözleşme yapılmış gibi bir durum hasıl olmakta ve davalının kullanma veya çoğaltma durumu yasal hale gelmektedir. 5846 sayılı yasanın 68. maddesinin düzenleme şeklindeki amacın da bu olduğu anlaşılmaktadır.*”

imkanlar ile eserin internete aktarılmasında bu özelliği görmek zordur. Öte yandan yazarın, eser sahipleri lehine yorum yapılmasını savunması, bu bağlamda umuma iletim hakkının, FSEK. m. 68/ f.1 kapsamında dahil bulunduğunu belirtmesi yerinde bir düşünce tarzıdır. Bkz. Türkekül, **a.g.m.**, s. 593.

¹⁵ Tekinalp, radyo-televizyon gibi araçlarla yayının, 4630 sayılı Kanunu değişikliğinden evvelki FSEK. m. 25’den kalma bir ifade olduğunu, bu sebeple ifadenin yeni FSEK. m. 25 anlamında işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı şeklinde anlaşılması gerektiğini çok yerinde olarak beyan etmektedir. Tekinalp, **a.g.e.**, N. 49, s. 299

¹⁶ Farazi sözleşmenin varlığı ilk kez 1958 yılında 4. HD. 18.7.1958. T. , 1957/7180 E. , 1958/ 5077K. ile benimsenmiştir. (Üstün Gürsel, “ Yargısal Uygulamada Fikri Haklar”, **İBD.**,C.73, 1999, s. 979.) Yargıtay bu uygulamasını devam ettirmiştir. YHGK. 20.3.2002 T. , 11-176 E., 214 K.’de açıkça “ varsayımsal sözleşme” den bahsedilmektedir. (bkz. YKD., C. 28, S. 6 HAZİRAN 2002, s. 840-845) Zamanaşımı açısından farazi sözleşmenin BK .m. 125 kapsamında ele alınması gerektiği hususunda bkz. 11. HD. , 29.3.2001, 493E., 2537 K. (Kılıçoğlu, **Zamanaşımı**, s. 389 dn.9.)

¹⁷ 11. HD. 7.7.1987 T., 1936 E.,4131 K. (Suluk, Orhan, **a.g.e.**, s. 897.)

Mahkeme, açılan tecavüzün ref'i davasında öznel veya nesnel ücretten hangisi talep edilmişse ona hükmedecektir¹⁸. Yapılacak tespit, öncelikle ilgili meslek birliklerinin görüşü alınır (FSEK. m. 68/ f. 1, son cümle).

Öte yandan internette müzik eserlerinin izinsiz olarak iletimi, çoğaltma hakkına yönelik bir tecavüzü de beraberinde getirir. Bu açıdan bakıldığında da FSEK. m. 68/ f. 2 ve 3¹⁹ uyarınca talepte bulunabilecektir. Buna göre;

- çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan araçların imhası²⁰,
- imhası istenebileceklerin maliyet fiyatının aşmaması şartı ile uygun bir bedel karşılığında devri,
- veyahut sözleşme yapılmış olması halinde istenebilecek ücretin üç kat fazlası talep edilebilir.

¹⁸ Burada öznel ücrete öncelik tanınması gerektiği belirtilmektedir. Sadece öznel ücretin tespitinin çok güç olduğu durumlarda nesnel ücret göz önünde bulundurulur. Nitekim her bestecinin tanınmışlığı, müzik kabiliyeti, vücuda getirdiği müzik eser sayısı... gibi sebeplerle sözleşme ile belirlenecek bedel farklılık gösterecektir. Öte yandan eser sahibinin subjektif özellikleri yanında, eserin topluma katkısı, gördüğü rağbet gibi olumlu ve olumsuz kriterlerin de göz önünde tutulması gerekir. (Tekinalp, **a.g.e.**, N. 50, s. 300; Üstün, **Raporlar**, s.66; Genç Arıdemir, **Yayma ve Çoğaltma**, s. 189-190) Nitekim Yargıtay'da bu kriterlere göre bir değerlendirme yapılması gerektiğini kabul etmektedir: “Somut olayın özelliklerine göre, varsayımsal sözleşme bedeli tayin edilirken eser sahibinin bilimsel/ sanatsal yeteneği, üretim kapasitesi gibi subjektif nitelikleri, eserin beğeni ölçüsü, sayfa sayısı, estetik görünümü, niteliği ve niceliği, ihlal edilen mali hakkın türü, coğrafi kapsamı, ihlal süresi, ihlalin yapıldığı vasıta, bunun geniş halk kitlelerine ulaşımı gibi objektif kriterler eser sahibinin... sözleşme olması halinde, bu sözleşme uyarınca isteyebileceği bedeli bunun faizi 68. madde uyarınca açılacak davada dikkate alınacaktır.” YHGK. 20.3.2002T. , 11-176 E., 214 K. (YKD., C. 28, S. 6 HAZİRAN 2002, s. 840-845) Kararda özellikle şu ifadelerle dikkat edilmesi gerektiği kanaatindeyiz: “ihlal edilen mali hakkın türü, coğrafi kapsamı, ihlal süresi, ihlalin yapıldığı vasıta, bunun geniş halk kitlelerine ulaşımı” Bunlar, internet ortamında umuma iletilen müzik eserleri bakımından dikkate değer hususlardır. Ayrıca bkz. Y. 11. HD. 6.3.2000 T. 1999/9978E., 2000/ 1893 K. (YKD. C.26, S. 10 EKİM 2000, s. 1453-1545)

¹⁹ “Bir eserin izinsiz çoğaltılan kopyaları satışa çıkarılmışsa veya satış haksız bir tecavüz oluşturuyorsa, eser sahibi tecavüz edenini elinde bulunan nüshalar hakkında ikinci fıkrada yazılı şıklardan birini seçebilir” (FSEK. m. 68/ f. 3) Bu düzenleme ile çoğaltılmış ve fakat satışı yapılmamış nüshalar (FSEK. m. 68/ f. 2) ile çoğaltılmış ve satışı yapılmış nüshaların (FSEK. m. 68/ f. 3) neden ayrı maddelerde düzenlenmiş olduğu kanısı uyanmaktadır. İkisi arasında şu fark bulunmaktadır: Mütecevizin elinde bulunana satışı yapılmayan nüshaların imhası istenebilecekken; satışı yapıлып üçüncü kişilere zilyetliği geçirilen nüshalar bakımından imha talep edilemez. Bu durumda çoğaltmada kullanılan araçların imhası mümkündür. Bu konuda bkz. Erel, **a.g.e.**, s. 300.

²⁰İmha, çoğaltılmış bütün nüshaları ve çoğaltmada kullanılan araçları kapsar. Bu kapsamda kayıtlı bütün nüshalar, programlar, CD'ler ve bunları çoğaltmada kullanılan bilgisayarın imhası veya uygun bedel karşılığında devri talep edilebilir. Burada imha, ceza hukukundan bağımsız olarak FSEK.'nin tanıdığı imkan dahilinde özel hukuka özgü bir imhadır. Bu bahisle ceza davası açılmasa dahi imha talep edilebilir. Tekinalp, **a.g.e.**, N. 58-59, s. 301.

Buraya kadar bahsi geçen bütün talepler, sözleşmeye aykırılık durumunda da istenebilecektir (FSEK. m. 68/ son).

2. Tecavüzün Men’i Davası

Tecavüzün ref’i davasında tecavüz gerçekleşmiş ve hukuka aykırı sonuçlar doğmuştur. Oysa tecavüzün men’i davasında hukuka aykırı faaliyetler henüz gerçekleşmemiştir. Tecavüzün men’i davası, muhtemel ihlaller için öngörülmüş bir davadır²¹. Bu dava ile tecavüz tehlikesinin, tecavüze dönüşmesini engellemek istenmiştir²². FSEK. m. 69’a göre “ *mali ve manevi haklarında tecavüz tehlikesine maruz kalan eser sahibi muhtemel tecavüzün önlenmesini dava edebilir. Vaki olan tecavüzün devam veya tekrarı muhtemel görülen hallerde de aynı hüküm caridir.*”

Şu halde, umuma iletim hakkına yönelik hukuka aykırı faaliyetler henüz gerçekleşmemiş ve sonuçlar doğmamış, ancak tecavüzün gerçekleşmesi tehlikesi söz konusu ise tecavüzün men’i davası açılacaktır. Öte yandan FSEK. m. 69/ f.1, son cümlelerin tanıdığı imkan dahilinde umuma iletim hakkına yönelik tecavüz gerçekleşmiş, sonuçlar sona ermiş, lakin tecavüzün tekrarlanması veya devam etme tehlikesinin bulunması halinde de men davası açılacaktır²³. Gerekli olduğu durumlarda tecavüzün ref’i ve tecavüzün men’i davalarının birlikte açılacaktır²⁴.

FSEK. m. 66/ son’un atfı dolayısıyla tecavüzün ref’i davasında olduğu gibi, tecavüzün men’i davasında da kusur aranmaz (FSEK. m. 66/ f. 3); tecavüz, hizmetlerini ifa ettikleri sırada bir işletmenin temsilcisi veya müstahdemleri tarafından

²¹ Tecavüz tehlikesinin oluşmadığı durumlarda bu dava açılmaz. “... *davalı derneğin oyunu sahneye koymadan önce yetkili kurulu aracılığı ile oyumu oynatmama kararı almakla tecavüz iradesinden vazgeçtiğinin anlaşılması bulunmasına göre davacı vekilinin (tecavüzün men’ine yönelik) talebinin... reddi ile kararın onanması gerekmiştir.*” 11. HD. 26.3.1998; 363 E. , 2184 K. (Suluk, Orhan, **a.g.e.**, s. 783.)

²² Suluk, Orhan, **a.g.e.**, s. 782.

²³ Tecavüzün men’i davasının hukuka aykırı faaliyetlerin gerçekleşmesi ve bunların etkilerinin devam ediyor olması halinde açılması mümkün değildir. Bu gibi durumlarda duruma göre tecavüzün ref’i veya tazminat davaları açılacaktır. Genç Arıdemir, **Yayma ve Çoğaltma**, s. 198.

²⁴ Ayiter, **a.g.e.**,s. 260; Erel, **a.g.e.**,s. 302; Tekinalp, **a.g.e.**, N.78, s. 306; Suluk, Orhan, **a.g.e.**, s. 782. Ayrıca bkz. 11. HD. , 26.3.1998, 363 E., 2184 K. (Suluk, Orhan, **a.g.e.**, s. 783).

yapılmışsa, işletme sahibi hakkında da tecavüzün men'i davası açılabilir (FSEK. m. 66/ f. 2); hakim yapacağı değerlendirmeye göre tecavüzün men'i için gerekli önlemlerin alınmasına hükmedecektir.

3. Tazminat Davaları

Tecavüzün ref'i ve tecavüzün men'i davaları, umuma iletim hakkının ihlaline yönelik hukuka aykırı sonuçları ortadan kaldırmak veya önlemek amacıyla açıldıkları halde tazminat davaları eser sahibinin mali veya manevi haklarının ihlali ile ortaya çıkan zararların giderilmesine hizmet eder. Buna göre FSEK. m. 70/ f. 1 uyarınca manevi hakları ihlal edilen kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat²⁵ davası açabilir. Mahkeme, bu para yerine veya bunlara ek olarak başka bir manevi tazminat şeklinde de hükmedebilir. Örneğin tazminat yanında hakim hükmün ilan edilmesine de karar verebilir (FSEK. m. 78)²⁶.

Maddi tazminat davası ile eser sahibinin umuma iletim ve çoğaltma haklarının ihlal edilmesi sonucu uğradığı maddi zararın tazmin edilmesi amaçlanmaktadır. FSEK. m. 70/ f.2 hükmü uyarınca açılacak maddi tazminat davalarında, açıkça haksız fiillere (BK. m. 41) ilişkin düzenlemelere atıf yapıldığından tecavüzün ref'i ve tecavüzün men'i davalarından farklı olarak bu davada kusur²⁷ aranır. Yani ihlalde bulunanın kusuru aranmaktadır.

²⁵ Manevi hakların ihlali halinde açılacak tazminat davasında, kusurun aranıp aranmadığı tartışmalıdır. Tekinalp'e göre burada, tecavüzün ref'i ve tecavüzün men'i davalarında olduğu gibi kusur aranmaz. (Tekinalp , **a.g.e.**, N. 89, s. 282.) Erel'e göre ise manevi tazminat davası haksız fiil niteliği taşımaktadır. Bu bakımdan BK. 41 uyarınca, FSEK. m. 70/f.1 kapsamında açılacak manevi tazminat davasında da kusur aranır. (Erel, **a.g.e.**, s. 303-304.) Genç-Aridemir'e göre 4110 sayılı kanunla değişik FSEK. m. 70'de açıkça BK. m. 49 ile ilişki açıklanmıştır. BK. m. 49'da açıkça kusurdan bahsedilmemiş olsa da, sonuçta BK. m. 49'da manevi tazminat düzenlenmekte ve bu düzenleme haksız fiiller içinde mütalaa edilmektedir. FSEK. m. 70/f.1 bakımından da aynı sonuca varılmalı, açılacak tazminat davası haksız fiiler içinde değerlendirilmeli ve kusur aranmalıdır. Manevi tazminat bakımından kusursuz sorumluluğun kabulü mümkün değildir. (Genç- Arıdemir, **Yayma ve Çoğaltma**, s. 201-203.)

²⁶ Genç- Arıdemir, **Yayma ve Çoğaltma**, s. 203.

²⁷ Kusur yanında BK. m. 41 uyarınca haksız fiilin diğer unsurları olan hukuka aykırı fiil, zarar ve nedensellik bağı da bulunmalıdır bu davalarda.

Maddi tazminat davası ile zarar görenin malvarlığının zarardan sonraki hali ile zarar veren olay meydana gelmeseydi sahip olacağı durum arasındaki farka hükmedilecektir. Buna göre zarar, fiili zarar ve yoksun kalınan kar şeklinde ortaya çıkabilecektir. Fiili zarar, malvarlığının eksilmesi yani aktifin azalması, pasifin artmasını ifade ederken; yoksun kalınan kar, malvarlığının artmasının engellenmesi sonucunda ortaya çıkan zarardır²⁸. Fikir ve sanat eseleri hukukunda ise zarar daha çok yoksun kalınan kar şeklindedir. Bunun tespiti oldukça zor olduğundan hakim BK. m. 42/ f. 2 hükmünden yararlanarak “halin mutad cereyanını ve mutazarrır olan tarafın yaptığı tedbirleri” dikkate alıp zararı takdir edecektir.

Açılacak maddi ve manevi tazminat davalarında tazminattan başka, zarara uğrayan kimse elde edilen karın da kendisine verilmesini talep edebilir. Burada BK. m. 414’te düzenlenen gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye dayalı bir talep söz konusudur²⁹. Buna göre, eser sahibinin umuma iletim ve çoğaltma hakkını ihlal eden kimse bu tecavüz dolayısıyla “kar” sağlamış olmaktadır. Elde edilen kar, tazminat değildir³⁰. Bu halde 68. madde kapsamında talep edilen bedel indirilir (FSEK. m. 70/ f. son).

B. Ceza Davaları

Umuma iletim hakkının ihlali halinde hukuk davaları yanında FSEK. uyarınca ceza davaları da açılabilir. FSEK. ceza davalarını üç grup altında düzenlemiştir. Buna göre manevi hakların ihlali halinde FSEK. m. 71, mali hakların ihlali halinde FSEK. m. 72 ve bunlar dışında düzenlenen bazı suçların işlenmesi halinde FSEK. m. 73 uyarınca dava açılabilir.

Mali bir hak olan umuma iletim hakkının internet ortamında ihlali halinde ilk olarak 72. maddenin uygulanması akla gelmektedir. Nitekim internet ortamında

²⁸Hüseyin Hatemi/ Necip Kocayusufpaşaoğlu/ Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, C. II. , İstanbul, 1998, s. 48-50; Genç-Arıdemir, **Yayma ve Çoğaltma**, s. 200.

²⁹ Ayiter, **a.g.e.**, 262.

³⁰ Tekinalp, **a.g.e.**, N. 99, s. 287; Genç-Arıdemir, **Yayma ve Çoğaltma**, s. 204.

izinsiz olarak sunulan müzik eserlerini tam anlamıyla ifade edecek şekilde 72. maddenin 3. (e) bendi şu şekilde düzenlenmiştir: Hak sahibinin yazılı izni olmaksızın, “bir eseri topluma açık yerlerde gösteren veya temsil eden, bu gösterimi düzenleyen veya dijital iletim de dahil olmak üzere her nevi işaret, ses ve/ veya görüntü iletimine yarayan araçlarla yayan veya yayımına aracılık eden...” kişiler hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis veya elli milyar liradan yüzelli milyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden hükümlenir³¹.

FSEK. m. 72 kapsamındaki suçlar ancak kast ile işlenebilir. Bunların taksir ile işlenmesi mümkün değildir. Maddede açıkça belirtildiği üzere hak sahibinin (FSEK. m. 52 kapsamında yazılı) izni, hukuka uygunluk nedeni olup fiili suç olmaktan çıkarmaktadır³².

Umuma iletim hakkı her ne kadar mali bir hak olsa da bu hakkın ihlali çoğunlukla eser sahibinin manevi haklarının da ihlalini sonuçlayacaktır. Örneğin bir müzik eserinin, eser sahibinden izin alınmaksızın internete aktarılması manevi haklara tecavüz halinde açılacak ceza davalarını düzenleyen FSEK. m. 71. maddenin 1. bendi kapsamında değerlendirilebilecektir³³.

Söz konusu davaların açılması şikayete bağlıdır (FSEK. m. 75/f.1).

³¹ “Bu hüküm FSEK. m. 24 ve 25’ i kapsar görünmektedir. Uygulamada bu hüküm sıkça uygulanmaktadır.” Suluk, Orhan, **a.g.e.**, s. 1029 dn.6’dan naklen

³² Zeki Hafizoğulları, “Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi”, **AÜHFĐ.**, C. 48, S. 1-4/ 1999, s. 9

³³ Çalışma konumuzun sınırlarını aşması bakımından ceza davalarına bu kadar değinmekle yetiniyoruz.

C. Umuma İletim Hakkının Korunmasına Yönelik Diğer Tedbirler

1. İhtiyati Tedbirler

Davaların uzun sürmesi³⁴, ihlallerin gerçekleşmesinden dava sonucunda bir yaptırıma varılmasına kadar geçen sürede eser sahibi ile diğer hak sahiplerinin zararlarının artmasına ve umuma iletim hakkına yönelik ihlalin sürmesine neden olmaktadır. İşte ihtiyati tedbirler, esas hakkındaki hükme kadar taraf açısından davanın uzamasından doğan sakıncaları gidermek ve geçici hukuki korunma sağlamak amacıyla yapılan kazai tasarruflardır³⁵. HUMK. m. 101 ve devamı maddelerinde ihtiyati tedbirler genel olarak düzenlenmiştir. Bunun yanında özel kanunlarda da ihtiyati tedbirlere yer verildiği görülür. FSEK. m. 77 hükmü bunlardan birisidir³⁶. Bu açıdan FSEK. m. 77’de ihtiyati tedbirlere ilişkin boşluk bulunması halinde, HUMK. m. 101 vd. maddeler uygulanmalıdır³⁷.

FSEK. m. 77’de “*esaslı bir zararın veya ani bir tehlikenin veya emrivakilerin önlenmesi veya herhangi bir sebepten dolayı zaruri... görülürse*” denilmektedir. İhtiyati tedbir talebinde bulunabilmek için umuma iletim hakkına yönelik esaslı bir zararın mevcut olması veya böyle bir zarar tehlikesinin kuvvetle muhtemel olması gerekir. Bu gibi durumlarda ihtiyati tedbir talebi, durumun ivedi olduğu hususunda hakimde kanaat oluşturacak delil ve belgelerin eklendiği yazılı bir dilekçe ile olur. Mahkeme³⁸, ihtiyati tedbir talebinde bulunanın gerçek hak sahibi olduğu ve hasmın davranışlarından dolayı telafisi güç sakıncaların doğacağını kuvvetle muhtemel

³⁴ FSEK. kapsamında açılacak davalarda dava sürecinin uzun sürmesine yönelik eleştiri için bkz. **Levent Yavuz**, “ Telif Hakları İle İlgili Olarak Mahkemeler Tatbikatı”, Çoğaltma Paneli, Ankara, 2000, s.25-30

³⁵Saim Üstündağ,; **İhtiyadi Tedbirler**, İstanbul, 1981, s. 10 vd.; Nevhis Deren-Yıldırım, **Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda İhtiyadi Tedbirler**, İstanbul, Alkım Yayınevi, 1999, s 4.

³⁶ Çalışma sınırları bakımından ihtiyati tedbir konusu sadece bu madde kapsamında ele alınacaktır.

³⁷ Arslanlı, **a.g.e.**, s.226; Erel, **a.g.e.**, s. 315.

³⁸ İhtiyati tedbire hükmedecek yetkili mahkeme, esas davalar ile birlikte tedbir talep edilirse, asıl dava için yetkili mahkemedir. Lakin yetkili mahkeme diğer bir mahkemede tedbir kararının daha hızlı ve az masrafla ifa edileceği kanısında ise o mahkemeyi naip tayin edebilir. (HUMK. m. 104/ f. 3) İhtiyati tedbir talebi esas davalardan önce ise, kararın en hızlı ve en az masrafla yerine getirilmesi nerede mümkünse o yer mahkemesi yetkilidir (HUMK. m. 104/ f. 2).

görmesi halinde tedbire karar verir³⁹. Eğer talepte bulunulmamış ise hakim re'sen ihtiyati tedbire karar veremez⁴⁰.

İhtiyati tedbir kararı, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında açılacak hem hukuk hem de ceza davalarında talep edilebilir. Bunun yanında, mutlaka bir davanın açılmış olmasına da gerek bulunmamaktadır. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında açılacak hukuk ve ceza davalarını açılması beklenmeksizin de ihtiyati tedbir talep edilebilecektir (FSEK. m. 77/ f. 1). Lakin bu durumlarda ihtiyati tedbir kararının alınmasından itibaren on gün içinde asıl davalar açılmaz yada asıl davanın açıldığına dair bildirim yapılmaz ise, ihtiyati tedbir kararı kendiliğinden kalkacaktır (HUMK. m. 109).

Hakim, ihtiyati tedbir olarak bir işin yapılmasını veya yapılmamasını, işin yapıldığı yerin kapatılmasını veya açılmasını emredebilir; yahut bir eserin çoğaltılmış nüshalarının veya hasren onu imale yarayan kalıp ve buna benzer sair çoğaltma vasıtalarının geçici olarak zaptına da karar verilebilir.

İhtiyati tedbir kararına aykırı davrananlar hakkında İİK. M. 343 uyarınca şikayet üzerine bir aydan üç aya kadar hafifi hapis cezası verilir (FSEK. m. 77/ son).

2. Hükümün ilanı

Hukuk veya ceza davalarında haklı çıkan taraf, kesinleşmiş olan hükmün tamamen veya özet olarak, masrafı karşı tarafa ait olmak üzere gazete veya benzer vasıtalarla ilanını mahkemeden talep edebilir⁴¹. Ancak hükmün ilanının talep edilebilmesi için ilan yapılmasında geçerli bir sebep veya menfaatin bulunması gerekir. İlanın şekli ve içeriği mahkeme kararı ile belirlenir. İlan hakkı, hükmün kesinleşmesi tarihinden itibaren 3 ay içinde kullanılmaz ise düşer⁴² (FSEK. m. 78).

³⁹ Tekinalp, **a.g.e.**, N. 123, s. 294; Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s.36

⁴⁰ Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 23.

⁴¹ Bu talebin kabulü halinde ilan, en etkin manevi tazminat şekillerinden birisidir. Ayiter, **a.g.e.**, s. 269.

⁴² 3 aylık süre, hak düşürücü süredir. Topaloğlu, **a.g.e.**, s. 53.

3. Zapt, Müsadere ve İmha

FSEK. uyarınca imali veya yayımı cezayı gerektiren çoğaltılmış nüshalarla bunları çoğaltmaya yarayan kalıp ve buna benzer vasıtaların zabıt, müsadere ve imhası hakkında TCK. ve CMK. hükümleri uygulanır⁴³ (FSEK. m. 79).

Çoğaltılmış nüshalar ile bunları çoğaltmaya yarayan kalıp ve buna benzer vasıtaların zabıt, müsadere ve imha edilebilmeleri için bunların tecavüzde bulunanın ya da onunla birlikte sorumlu olanların mülkiyetinde bulunmaması gerekir⁴⁴.

Hükümde bu yaptırımların “cezayı gerektirme” halinde uygulanacağı belirtilmesi, söz konusu önlemlerin sadece cezai yaptırımlarla birlikte uygulanabileceği manasına gelmez. Yani bu önlemlere sadece ceza mahkemeleri hükmetmeyecektir. FSEK. m. 68 uyarınca imha, hukuk mahkemeleri tarafından umuma iletim ve çoğaltma hakkının ihlaline yönelik olarak açılacak tecavüzün ref'i davasında da hükmolunabilecektir⁴⁵.

D. Hukuk Davalarının Ortak Özellikleri

1. Davacılar

Umuma iletim ve -bu arada- çoğaltma haklarına yönelik tecavüz, eser sahibinin mutlak hakkını ihlal etmektedir. Eser sahibi⁴⁶, umuma iletim (ve çoğaltma) hakkı üzerinde tasarrufta bulunmamışsa (FSEK. m. 48) dava açma hakkını haizdir. Eser

⁴³ FSEK. m. 79 lafzında TCK. m. 36 ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nu m. 392-394'ün uygulanacağı belirtilmektedir. Ancak ceza ve ceza usul kanunlarında yapılan değişiklikler sonrasında bunları TCK. m. 54-55 ve CMK. 123 vd. maddeler olarak anlamak gerekir.

⁴⁴ Genç- Arıdemir, **Yayma ve Çoğaltma**, s. 215. Ayrıca bkz. TCK. m. 54.

⁴⁵ Bkz. Tekinalp, **a.g.e.**, N. 9, s. 288.

⁴⁶ Eser sahibinin belirlenmesinde, “yaratma gerçeği ilkesi” hakimdir. Bu evrensel ilke uyarınca, bir eseri meydana getiren gerçek kişi, sadece bu yaratma olgusu ile herhangi bir işleme, tescile veya izne gerek olmaksızın “eser sahipliği” denen hukuki statüyü kazanır. Eserin yaratılması maddi bir fiildir. Erel, **a.g.e.**, s. , 111; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 204-205; Baygın, **Eser Sahibi**, s. 145-146.

sahibinin ölümü halinde, ölümden itibaren 70 yıllık koruma süresi dolmamış olmak şartıyla, dava açma hakkı mirasçılara aittir. Hakim, davada talepte bulunanın eser sahibi olup olmadığını re'sen araştırmakla yükümlüdür⁴⁷. 4110 sayılı kanun değişikliğinden sonra “eser sahibi” ancak bir gerçek kişi olabilecektir⁴⁸. Bu bahisle tüzel kişilerin “eser sahibi” sıfatı ile dava açmaları mümkün değildir. Tüzel kişiler ancak mali hakkı kullanmaya yetkili kişiler olarak dava açabilir⁴⁹.

Müşterek eser sahipleri⁵⁰, kendi meydana getirdikleri bölümler için tek başına dava açabilecekleri gibi, eserin bütünü bakımından diğerlerini temsilen de dava

⁴⁷ 11. HD. 9.3.1993 T. , 1992/7108 E. , 1993/ 1621 K. (Üstün , **Raporlar**, s. 11-12); 4. HD. 15.9.1962 T. , 11099 E. , 8799 K. (Olgaç, **a.g.e.**, s. 93); davacının dava açabilmesi için mali haklara veya lisans haklarına sahip olduğunu ispatlaması gerekir, 11. HD. 14.6.2004 T. , 12769 E., 6646 K. (Suluk, Orhan, **a.g.e.**, s. 1007 .)

⁴⁸ FSEK. m. 8/ f. 1 uyarınca “*bir eserin sahibi onu meydana getirendir.*” Eserin fikri çaba ve faaliyet olması, onun insan tarafından oluşturulmasını zorunlu kılar. Bu sebeple eser sahibi, eseri meydana getiren ancak bir gerçek kişi olabilir. Baygın, **Eser Sahibi**, s. 145; Fülürya Yusufoglu, “Eseri Meydana Getirenlerin Mali Hak Sahibi Sayılmadıkları Haller”, **Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan**, C. II, İstanbul, 2003, s.397.

⁴⁹FSEK. m. 18/ f. 2 hükmü uyarınca aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça; memur, hizmetli ve işçilerin işlerinin görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki haklar bunları çalıştıran veya tayin edenlerce kullanılır. Tüzel kişilerin organları hakkında da bu durum geçerlidir (FSEK. m. 18/ f. 2) Bu düzenleme ile işveren konumundaki tüzel kişilere - eser sahibi olmasalar dahi - kanun icabı eser üzerindeki haklara ilişkin olarak tam (inhisari) ruhsat tanınmış olmaktadır. Kamu yada özel hukuk tüzel kişisi olması fark emeksizin işveren tüzel kişi, dava açma hakkını haizdir.

FSEK. m. 18/f. 3 uyarınca ise bir eserin yapımcısı veya yayıncısı ancak eser sahibi ile yapacağı sözleşme ile mali hakları kullanabilir. Yapımcıya veya yayıncıya mali haklar bir ruhsat ile tanınabilir (FSEK. m. 56) veya mali haklar devrolunabilir (FSEK. m. 48). Bu şekilde yapımcı veya yayıncı sözleşme sınırları çerçevesinde dava hakkını haiz olabilecektir. Öte yandan bu düzenlemeye getirilen bir istisnanın yani FSEK. m. 10/ f. 4 hükmünün de ele alınması gerekir. FSEK. m. / f. 4’e göre “ birden fazla kimsenin iştiraki ile meydana getirilen eser, ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa, bir sözleşme veya hizmet şartlarında veya eser meydana getirildiğinde yürürlükte olan herhangi bir yasada aksi öngörülmediği takdirde, birlikte eser üzerindeki haklar eser sahiplerinin bir araya getiren gerçek veya tüzel kişi tarafından kullanılır. Sinema eserleri ile ilgili haklar saklıdır.” Düzenleme de dikkati çeken, birlikte eser sahipleri adına, bunları bir araya getiren kişinin mali hakları kullanabilmesi için, iştirak halinde eser sahipliği olması gerekir. Yani birden fazla kişinin vücuda getirdiği eser bir bütündür, parçalara ayrılarak korunması mümkün değildir. Nitekim FSEK. m. / f. 10, c. son da da sinema eserleri üzerindeki haklar saklıdır denilmesi bu anlayışın bir devamıdır. Zira sinema eserlerinde özgün müzik bestecisinin eserinin, sinema eserinin bütününden bağımsız olarak tek başına korunması mümkündür. Yani sinema eserleri iştirak halinde eser sahipliğine konu olabileceği gibi müşterek eser sahipliğine de konu olabilecektir. Bu bakımdan film yapımcısı, sinema eserinin birlikte sahipleri olan özgün müzik bestecisi ve diğer kişilerle (FSEK. m. 8/ f. 3) sözleşme yaparak mali hakları kullanma yetkisini kazandığı takdirde dava açma hakkını haiz olacaktır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Baygın, **Eser Sahibi**, s. 148 vd.; Yusufoglu, **a.g.e.**, s. 402 vd.

⁵⁰ Birden fazla eser sahibinin birlikte vücuda getirdikleri eserin kısımlara ayrılması mümkün ise, bunlardan her biri vücuda getirdiği kısmın sahibi olur (FSEK. m. 9). Birden çok eser sahibi, birbirinden bağımsız bir varlığa sahip eserleri tek bir eser adı altında bir araya getirmektedir; fakat her bir eser tek başına iktisadi olarak değerlendirilmeye elverişlidir. Eser sahibinin her bir eser için

açabileceklerdir⁵¹. İştirak halinde eser sahipliğinde⁵² ise her bir eser sahibinin eserin tümü bakımından dava açma hakkı bulunmaktadır (FSEK. m. 10/ f. 2., c. son). Tazminat davası bakımından birlik çıkarına hareket eden eser sahibi, tazminat tutarı bakımından tek başına hareket edemez⁵³.

Eser sahibi dışında da bazı kişilerin dava açma hakkı bulunmaktadır. Umuma iletim hakkını devralan kişiler bakımından kanun lafzından kaynaklanan bir tereddüt ile karşılaşılmaktadır. FSEK. m. 68 ve 69'da tecavüzün ref'i ve men'i davalarının eser sahibi tarafından açılacağı belirtilmiştir. Maddede dava açma hakkı bakımından her ne kadar hakkı devralanlardan bahsedilmemiş olsa da bu kişilerin dava açma hakkının bulunmadığı gibi yanlış bir sonuca varılmamalıdır. Umuma iletim hakkı devredilmiş ise eser sahibinin malvarlığından çıkarak devralan kişinin malvarlığına geçtiğinden, bu kişinin dava hakkının bulunmadığını söylemek hukuk prensipleri ile bağdaşmayacaktır. Hakkın devri halinde dava açma hakkı devralana geçer⁵⁴. Nitekim

kendiliğinden doğan mali ve manevi hak ve yetkileri sona ermedikçe bu hak ve yetkileri sona ermez. Eser sahibi, müşterek eser sahipliğine zarar vermedikçe bu hak ve yetkilerinde tek başına tasarrufta bulunabilir. Eserin bütünü bakımından haklar ise , eser sahiplerinin tümüne aittir. FSEK. m. 9/ f. 2 sadece eserde değişiklik yapılmasından ve eserin yayımlanmasından söz edilmiş ise de, hüküm, eserin bütününe ilgilendiren tüm mali ve manevi hakları kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır. Konumuz sınırları bakımından bu kadarını belirtmekle yetiniyoruz. Bu konuda bkz. Arslanlı, **a.g.e.**, s. 68.vd. ; Yarsuvat, **a.g.e.**, s. 84; Erel, **a.g.e.**, s. 71 vd. ; Tekinalp, **a.g.e.**, .s. 131 vd.

⁵¹ Erel, **a.g.e.**, s. 293.

⁵² Birden fazla kimsenin iştirakiyle vücuda getirilen eserler ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa, eserin sahibi, onu birlikte vücuda getirenlerin birliğidir (FSEK. m. 10). Bu eser sahipliğinde birden fazla eser sahibi, birlikte bir eser meydana getirme iradesi ile hususiyetlerini taşıyan bir tek eser meydana getirmektedirler. İştirak halinde eser sahipliğinde, müşterek eser sahipliğinde olduğu gibi her bir eser sahibinin oluşturduğu eser, bağımsız bir nitelik taşımaz. Kısacası hangi eser sahibinin hangi kısmı meydana getirdiği tespit edilemez, böyle bir tespitin yapılması halinde eser bozulmadan kısımlara ayrıştırılamaz. Bu sebeple bu eser birlikte eser sahipliğinde, eser sahipleri birlikte hareket etmelidir. Manevi haklar bakımından, bu haklar kişiliğe bağlı haklar olduğundan, kural olarak eser sahibi tarafından tek başına kullanılabilir. Buna karşın, mali hakların kullanımını bakımından, eser sahiplerinin oybirliği aranmaktadır; eser sahiplerinden biri birlikte yapılacak bir işleme haklı bir sebep olmaksızın müsaade etmezse, bu müsaade hakimden talep edilebilir (FSEK. m. 10/ f. 2, c. 2) eser sahiplerinden her biri, birlik menfaatlerine tecavüz edildiği takdirde tek başına hareket edebilir (FSEK. m. 10/ f. 2, c. son) bu sebeple açılacak davalarda eser sahiplerinden biri, diğerlerini temsil edebilir. Lakin alınacak tazminatta davacı eser sahibi, tek başına tasarruf edemez. Konumuz bakımından bu kadarını belirtmekle yetiniyoruz. Bu konuda bkz. Arslanlı, **a.g.e.**, s. 68 vd. ; Yarsuvat, **a.g.e.**, s. 85 vd.; Ayiter, **a.g.e.**, s. 100, vd.; Erel, **a.g.e.**, s. 73 vd.

⁵³ Arslanlı, **a.g.e.**, s. 70; Erel, **a.g.e.**, s. 62; Ayiter, **a.g.e.**, s. 103

⁵⁴ Bu hakkı eser sahibine karşı dahi kullanabilir. Ayiter, **a.g.e.**, s. 254.

tecavüzün ref'i davasını genel olarak düzenleyen 66. maddede “ *manevi ve mali hakları tecavüze uğrayan kimse*”den söz edilmesi de bu görüşü desteklemektedir⁵⁵.

Umuma iletim lisansına (ruhsatına) sahip kişilerin dava açma hakkı bakımından ise konu tartışmalıdır. Tartışmanın odak noktasında lisans sözleşmesi ile doğan hakkın aynı etkisinin olup olmadığı hususu yer almaktadır. Bir görüşe⁵⁶ göre lisans sözleşmesi tasarrufi bir sözleşmedir. Bu bakımdan ruhsatın basit veya tam ruhsat (FSEK. m. 56) olması bakımından bir ayırım yapılmasına gerek olmaksızın, lisans sahiplerinin dava açma hakkı bulunmaktadır. Şayet lisans sahibi, umuma iletim hakkının ihlaline rağmen dava açmaz ise oluşacak zarardan eser sahibine veya hak sahibine karşı sorumlu olacaktır. Diğer bir görüşte⁵⁷ ise lisans sözleşmesinin borç ilişkisi doğurduğu ve eser üzerinde, lisans alanı mutlak bir hak sağlamadığı kabul edilmektedir. Hakkın nispi niteliği dolayısıyla umuma iletim hakkının ihlal edilmesi halinde lisans alanlar doğrudan dava açamayacak ve fakat kendilerine lisans veren eser sahibi veya hak sahiplerinden dava açılmasını talep edebileceklerdir. Üçüncü bir görüş⁵⁸ gereğince ise, lisans alanların hakları sadece tazminat davaları ile korunmadır. Yani tecavüzün ref'i davası ancak eser sahibi ve mali hakkı devralan kişiler tarafından açılabilir, lisans alanlar ise sadece tazminat davalarını açabilmelidir. Yargıtay tam lisans sahibinin dava açma hakkını kabul etmektedir⁵⁹.

⁵⁵ Bu konuda bkz. Arslanlı, **a.g.e.**, s. 209; Erel, **a.g.e.**, s. 294; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 278, N. 73; Yusufoglu, **a.g.m.**, s. 399, Genç Arıdemir, **Yayma ve Çoğaltma**, s. 175.

⁵⁶ Arslanlı, s.g.e, s. 175; Erel, **a.g.e.**, s. 294.

⁵⁷ Ayiter, **a.g.e.**, s. 254.

⁵⁸ Tekinalp, **a.g.e.**, N.74, s. 304.

⁵⁹ “ ...556 sayılı KHK. Nin 21/6 ıncı maddesinde “ aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça inhisari lisansa sahip olan kişi, üçüncü bir kişi tarafından marka sahibinin markadan doğan hakların tecavüz edilmesi durumunda, marka sahibinin bu kanun hükmünde kararname uyarınca açabileceği davaları kendi adına açabilir” hükmü getirilmiş olup inhisari lisans sahibine marka sahibi gibi mütecevize karşı her türlü dava açabilme hakkı kanun tarafından benimsenmiş olup, 5846 sayılı yasa uyarınca aksi Tam Ruhsat Sözleşmesinde kararlaştırılmamış olmak şartıyla tam ruhsat ile mali hakka ait kullanma yetkisini eser sahibi ve komşu hak sahibinden devir alan tam ruhsat sahibinin de markalar kanunundaki inhisari lisans sahibi gibi eser sahibi ve komşu hak sahiplerilerinin üçüncü kişilere karşı çabilecekleri davaları kendi adına açabileceklerini kabul etmek gerekir. Aksinin kabulü halinde eser sahibi ve komşu hak sahibi tam ruhsata mali hakka ait kullanma yetkisini tamamen ruhsat sahibine devir ettiğinden tam ruhsat sahibine dava hakkı tanınmaması halinde eser ve komşu hak korumasız kalacaktır.” 11. HD. 26.4.1999 T. , 594 E., 3250 K. (Suluk, Orhan, **a.g.e.**, s. 1002-1003.)

Eser sahibinin haklarına bağlantılı hak sahiplerinin FSEK. m. 80’de eser sahibi gibi tacavüzün ref’i, tecavüzün men’i ve tazminat davalarını açma hakkı açıkça tanınmıştır. Bu kapsamda komşu hak sahibi olan icracı sanatçılar, fonogram yapımcıları, televizyon- radyo kuruluşları ve diğer bağlantı hak sahipleri film yapımcılarının da dava hakkı bulunmaktadır (FSEK. m. 80).

Meslek birliklerinin (FSEK. m. 20 ve 42) de dava açma hakkı olduğu hususunda şüphe duyulmaması gerekir⁶⁰. FSEK.’in hakkın dava yolu ile korunmasına ilişkin hükümlerinde açıkça meslek birliklerinin dava açabileceklerinden bahsedilmemekle birlikte, FSEK. m. 42’de “ üyelerin ortak çıkarlarını korumak ve bu Kanun ile tanınmış hakların idaresini ve takibini...” sağlamak amacıyla meslek birliklerinin kurulmasından bahsedilmesi; Fikir ve Sanat Eseri Sahiplerinin Verecekleri Yetki Belgesi Hakkında Yönetmelik’in⁶¹ 5 a maddesinde “devraldıkları hakların... takibi ve tahsili için her türlü idari, kazai, icrai yollara müracaat etmeye ve takip etmeye yetkili” olduklarının belirtilmesi; Fikir ve Sanat Eseri Sahipleri ile Bağlantılı Hak Sahipleri Meslek Birlikleri Tip Statüsü⁶² madde 10 a’da meslek birliklerinin faaliyetleri arasında “üyeleri her türlü kurum ve kuruluşlarda idare etmek, ... korumak, ... ve yargı yollarına başvurmak” yetkisine yer verilmesi bu duruma açıkça işaret etmektedir⁶³.

2. Davalılar

FSEK.’de umuma iletim hakkına yönelik bir ihlal tehlikesine karşı veya bir ihlal sonrasında hangi davaların açılacağı ayrıntılı olarak düzenlenmiş, bu düzenlemeler ile ihlalde bulunanlara karşı ciddi yaptırımlar öngörülmüştür. Genel olarak konu ele alındığında, FSEK. m. 66. vd. maddeleri uyarınca açılacak bu

⁶⁰ “... yayımlandığı belirtilen müzik eserleri bakımından ... eser sahibine tanınan muhtemel tecavüzün önlenmesini dava etme yetkisi, aynı kanunun (FSEK’in) 42. madde hükmü uyarınca mali hakları kullanma yetkisini devraldıktan sonra meslek birliğine geçmiştir.” 11. HD. 22.3.2005 T. , 2004/4842 E. , 2005/ 2610 K. (Suluk, Orhan, a.g.e., s. 782-783.)

⁶¹ 4.9.1986 tarih ve 19211 sayılı Resmi Gazete.

⁶² 30.1.2003 tarih ve 25009 sayılı Resmi Gazete.

⁶³ Bu konuda bkz. Tekinalp, **a.g.e.**, n. 8, s. 257; Ünal Tekinalp, “Eser Sahipleri Meslek Birlikleri”, **BATIDER**, C. 10, Y. 1979, s. 67-96.

davalarda davalı, umuma iletim (ve çoğaltma⁶⁴) hakkını ihlal eden kişi ya da kişilerdir⁶⁵. Tecavüzün ref'i ve men'i davalarında, hukuka aykırı faaliyette bulunan davalıların zarara kusurlarıyla sebebiyet vermiş olmaları gerekmez. Maddi tazminat davası bakımından haksız fiillere ilişkin hükümlere atıf yapıldığından davalının kusuru aranır (FSEK. m. 70/ f. 2).

FSEK. m. 66/ f.2 gereğince, “ tecavüz, hizmetlerini ifa ettikleri sırada bir işletmenin temsilcisi veya müstahdemleri tarafından yapılmışsa işletme sahibi hakkında da dava açılabilir.” Burada BK. m. 55'te düzenlenen “ başkasını çalıştıranların sorumluluğu” haline ve MK. m. 50'deki “tüzel kişilerin, organların eylemlerinden sorumluluğu” hükümlerine paralel bir düzenleme söz konusudur⁶⁶. Hükümde geçen temsilci, tüzel kişilerin organları; müstahdem ise işletmede çalışan müdür, temsilci, işçi şeklinde anlaşılmalıdır⁶⁷. Ancak işletme sahibinin sorumlu olması, umuma iletim ve çoğaltma haklarını ihlal edenlerin sorumluluğun ortadan kaldırmayacaktır. Haksız fiillere ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu olduğunda, işletme sahibi ile hakkı ihlal eden müteselsilen sorumludur⁶⁸ (BK. m. 51).

Genel olarak böyle bir çerçeve çizilmekle birlikte, internet kullanıcıları, internet servis sağlayıcıları, telekomünikasyon idareleri, içerik sağlayıcı gibi birçok

⁶⁴ İnternet ortamında müzik eserlerinin sunumunda umuma iletim hakkının tek başına ihlal edilemeyeceği ortadadır. Nitekim çok FSEK. m. 22, internet ortamındaki hemen hemen her türlü eylemi çoğaltma hakkı kapsamına almıştır. Buna ek olarak internet ortamında müzik eserlerinin sunumu, umuma iletim ve çoğaltma hakları dışında diğer mali ve manevi hakların ihlalini de pek tabiidir ki ihlal manasına gelebilir. Bu ihlaller bakımından da, umuma iletim ve çoğaltma hakkı için değindiğimiz hususlar geçerli olacaktır.

⁶⁵ Tecavüzü kimin işlediği iddia ediliyorsa, dava o kişiye karşı açılmalıdır. Bu konuda bkz. 11 HD. 16.12.1996 T. , 8481 E. , 8773 K. (Suluk, Orhan, **a.g.e.**, s. 1004.)

⁶⁶ BK. m. 55'te düzenlenene kusursuz sorumluluk, başkalarını emri altında çalıştıran kimselerin, kendisine yükletilmiş özen gösterme yükümlülüğünü yerine getirmemiş olduğu esasına dayanmaktadır. Böyle bir özen gösterme yükümlülüğünün bir davranış kuralı olarak istihdam edenlere yüklenmiş olmasının dayanağı, istihdam edenlerin kendi hakimiyetleri altında iş gördürmek suretiyle yararlandıkları şahısların meydana getirdiği hasarlara da katlanmalarının hakkaniyet icabı olduğu düşüncesidir. Bu sorumluluğun şartları; 1- Üçüncü şahıs bir zarara uğramalıdır, 2- Zarar, yardımcı kişinin hukuka aykırı fiilinden doğmuş olmalıdır, 3- Zarar, yardımcı kişinin çalıştıranın işini görürken ika edilmiş değildir. İşletme sahibi, yardımcı kişinin seçiminde, ona talimat vermede, nezaret etmede özen gösterdiğini veya gerekli özeni gösterseydi bile zararın meydana gelmesini önleyemeyeceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulacaktır. Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Bası, İstanbul, Beta, 2005, s. 145-150.

⁶⁷ Yarsuvat, **a.g.e.**, s. 225; Genç Arıdemir, **Yayma ve Çoğaltma**, s. 178.

⁶⁸ Arslanlı, **a.g.e.**, s. 210; Erel, **a.g.e.**, s. 295; Genç Arıdemir, **Yayma ve Çoğaltma**, s. 179.

süjenin bulunduğu internet ortamında bu kadar genel bir çerçeve çizilmesinin aleyhine dava açılacaklar bakımından haksızlıklara yol açacağı açıktır. Nitekim FSEK.'de ihlal nitelediğindeki eylemlere karşı dava yolları düzenlenmişken, internet ortamının teknik yapısının ve ağır müeyyidelere maruz kalacak internet süjelerinin sorumluluklarının pek de dikkate alınmadığı anlaşılmaktadır. Örneğin, bir müzik eserini izin almaksızın umuma ileten bir kullanıcı ile birlikte bu iletimin yapılabilmesi için zorunlu hizmeti sunan servis sağlayıcıları birlikte sorumlu tutulabilecek midir belli değildir. Burada servis sağlayıcıların hukuka aykırı iletme teknik bakımdan vazgeçilmez katkı sağladıklarından sorumlu olacakları veya tam tersi olarak hukuka aykırı iletimle bir ilişkileri bulunmadığından sorumlu olmayacakları sonuçları çıkartılabilecektir. Bu bakımdan olması gereken, hukuki sorumluluk doğuracak ihlal eylemlerinin her bir süje bakımından ayrı ayrı ele alınmasıdır^{69, 70}.

a. Telekomünikasyon/ Telefon İdareleri

Telekomünikasyon idareleri sadece internet ağı için gerekli olan teknik altyapı hizmetlerini sunmaktadır. Bu bağlamda telekomünikasyon/ telefon idarelerinin üstlendikleri görev, internet sisteminin işleyebilmesi için gerekli olan telefon hatlarının hazır bulundurulmasıdır. Gerçekten bu haliyle telekomünikasyon idarelerinin, müzik eserlerini internete aktaranlar, bu eserleri internet üzerinde yahut kayıt özelliği olan diğer araçlar üzerinde depolayanlar, indirenler vb. yollarla müzik eserlerinden faydalananlar ile bir alakaları bulunmadığı gibi, bu tür eylemleri bizzat

⁶⁹ Nitekim aşağıda inceleneceği üzere ulusları gelişmeler de bu yöndedir. Genel bir sorumluluk çerçevesi çizilip konu bu boyutu ile bırakılmamakta, hangi ihtimallerde hangi süjelerin ihlal sonucunu doğuracak eylemlerde bulunduğu ayrıntılı olarak düzenlenmektedir. Örnek olarak Avrupa Birliğinin 2000/31 ve 2001/29 sayılı direktifleri gösterilebilir.

⁷⁰ Akipek,Dardağan, internet ortamında gerçekleştirilen fikri hak ihlalleri ile ilgili açılacak davalarda isnat edilecek sorumluluk türü olarak, İngiliz doktrininden hareketle doğrudan sorumluluk, başkasının fiilinden sorumluluk ve katılım yoluyla sorumluluk ayırımını önermektedir. *doğrudan sorumluluk* için, kişinin bizzat ihlalde bulunması; *katılım yoluyla sorumluluk* için, başkasının fiiline katkıda bulunulması; *başkasının fiilinden sorumluluk* için ise denetleme hakkına sahip olanın denetim görevinin yerine getirmemesi gerekmektedir. (Akipek,Dardağan, **a.g.m.**, s. 68 vd.) Ancak söz konusu üçlü ayırım Türk Hukukunun yapısına uygun düşmediğinden kabul edilmemektedir. Nitekim Türk Hukukunda borçlar hukuku alanında başkasının fiilinden sorumluluk (bu kavram BK. .m. 110' da yer alan başkasının fiilini taahhüt müessesesi ile karıştırılmamalıdır.) müessesinin bulunmadığı belirtilmektedir. Bu sebeple, internet ortamındaki ihlallerden doğan sorumlulukları da sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk ve sözleşme dışı sorumluluk olarak tasnif etmek gerekmektedir. Bu konuda bkz. Tekinalp, **a.g.e.**, N. 140, s. 330; Memiş, **a.g.e.**, s. 153; Kaplan, **a.g.e.** s. 156.

gerçekleştirmedikleri görülecektir. Bu sebeple umuma iletim hakkına yönelik internet ortamında gerçekleşen ihlallerden telekomünikasyon idarelerinin sorumlu tutulmasına imkan yoktur⁷¹. Şu halde telekomünikasyon idarelerine karşı -kural olarak- dava açılmayacaktır⁷².

b. İnternet Servis Sağlayıcıları / İSS.'ler

İnternet⁷³ ortamında umuma iletim hakkının ihlal edilmesinde davalı sıfatını taşıyacak sùjelerin başında internet servis sağlayıcıları (İSS.'ler) akla gelmektedir. Ancak her bir ihlalde doğrudan İSS.'lerin sorumluluğuna gidilmesi, FSEK. ve FSEK.'in yanında uygulanacak genel hükümlerin aşırı geniş yorumlanmasını ve bu sebeple İSS.'lere karşı haksız bir hukuki mücadeleye girişilmesine yol açacaktır⁷⁴. Türk Hukukunda İSS.'lerin sorumluluğunu düzenleyen yeterli ve özel mevcut düzenlemeler bulunmamaktadır⁷⁵. İSS.'lerden açıkça ve fakat ayrıntılı olmayarak

⁷¹Sait Güran et.al., **a.g.e.**, s. 17 (Öngören, **a.g.e.**, s. 49'dan naklen); Tekinalp, **a.g.e.**, N. 144, s. 331; Kaplan, **a.g.e.**, s. 158; Topaloğlu, **a.g.e.**, s. 100.

⁷² Bununla birlikte bu idarelerin her ihtimalde mutlak sorumsuzluğa sahip oldukları sonucu çıkartılamayacaktır. Akla şu ihtimaller de gelebilir: Telekomünikasyon/ telefon idareleri, bizzat bir **web** sayfasına sahip olarak içerik sağlayıcı konumunda olabilir. Yahut bu idareler aynı zamanda bizzat İSS. sıfatı ile hizmet de veriyor olabilir. Bu gibi ihtimallerde pek doğaldır ki telekomünikasyon/ telefon idarelerinin de sorumluluğu gündeme gelebilir. Bu tür ihtimalleri burada ayrı ayrı ele almak yerine aşağıda yer verdiğimiz İSS, içerik sağlayıcı gibi değişik sùjeler için verdiğimiz bilgilere atıf yapmakla yetiniyoruz.

⁷³ Doktrinde (Bkz. Tekinalp, **a.g.e.**, N.143 vd., s.330 vd. , Kaplan, **a.g.e.**, s. 158 vd.) internet ortamında eserlere yönelik ihlalden sorumlu kişiler belirlenirken *içerik sağlayıcı (content- provider)*, *erişim sağlayıcı (access –provider)* ve *yer sağlayıcı/kabulediciler/depo sağlayan (host- provider)* ayrımları yapılmakta, sùjeler bunlara göre belirlenmektedir. İçerik sağlama, internet servis sağlayıcı yanında web siteleri, BBS'ler, kullanıcılar gibi birçok internet sùjesi tarafından gerçekleştirilebilir. Ancak depo hizmeti (**host- provider**) ve özellikle erişim sağlama, internet servis sağlayıcılarında birleşen iki ana fonksiyondur. Bu bakımdan, bu iki kavram ayrı ayrı ele alınmayıp, “internet servis sağlayıcıları” başlığı altında incelenmiştir. Erişim sağlayıcılar (**access-providers**) ve depo hizmeti sunanlar (**host-providers**) bakımından, bu başlığa atıf yapmakla yetiniyoruz. Buna karşın az evvel belirtildiği gibi farklı internet sùjeleri de (**web** sayfaları, **BBS** ve hatta kullanıcılar) içerik sağlayıcı konumunda olabileceğinden, içerik sağlayıcıların ayrı bir başlık altında ele alınması yoluna gidilmiştir.

⁷⁴ Kemal Akgün/ Hasibe Işıklı/ Murat İnce/ Hülya Peşkirin, “İnternet Yayıncılığı Ve İnternet Servis Sağlayıcılarının Sorumlulukları Genel Politikalar ve Düzenleme Önerileri”, (Çevrimiçi), <http://bilisimsurasi.org.tr/dosyalar/16.doc>, 25.04.2006; Arıkan, **a.g.m.**, s.93-94; Kaplan, Türk Hukuku bakımından İSS'lere kusursuz sorumluluğun yüklenmesi yerinde bir davranış olmayacağını belirtmektedir, Kaplan, **a.g.e.**, s. 160-161 ; Suluk, Orhan, **a.g.e.**, s. 30-31.

⁷⁵ Bu konuda yeni bir çalışma ise “Bilişim Ağı Hizmetlerinin Düzenlenmesi ve Bilişim Suçları Hakkında Kanun Tasarısı”dır. Tasarı, esasen ceza hukukunu ilgilendiren düzenlemeler içerir gibi algılanmaya müsait olsa da, internet ortamında müzik eserlerinin sunumu yoluyla umuma iletim hakkının ihlalinde de, internet sùjelerinden içerik sağlayıcı, servis sağlayıcıların hukuki sorumluluklarının belirlenmesi bakımından dikkate alınabilecektir kanaatindeyiz. Nitekim tasarının

sadece FSEK. Ek. m. 4/ f. 3'de bahsedildiği görülmektedir. Bu bakımdan FSEK.'deki düzenlemelerin İSS'lere uygulanmasında bir bakış açısı kazandırılması amacıyla, Avrupa Birliği'ndeki konu ile ilgili bazı düzenlemelere değinilmelidir⁷⁶. Ardından, İSS'lerin durumu Türk Hukuku bakımından irdelenecektir.

Avrupa Birliği'nin 17.07.2000 tarih ve 2000/31 sayılı "Elektronik İşlemler Hakkındaki Direktifi"nin⁷⁷ "salt erişim" üst başlıklı 12. maddesinde İSS'lerin durumu genel olarak ele alınmıştır. Buna göre internetteki bir veriye erişime aracılık eden İSS'ler aşağıdaki koşullarla iletilen bilginin içeriğinden sorumlu olmayacaklardır;

- a) Eğer iletişim, İSS'nin kendisi tarafından başlatılmamışsa (yani İSS. iletişimde kaynak taraf değilse),
- b) Eğer iletişimde yer alan karşı tarafı İSS'nin seçme yetkisi yoksa (yani alıcıyı İSS. seçmiyorsa),
- c) Eğer İSS., iletişime konu olan bilgiyi seçmiyorsa ve onu değiştirmiyorsa (yeniden üretmiyorsa, düzenlemiyorsa)⁷⁸.

Kısacası İSS'lerin bu sorumsuzluk hükmüne dayanabilmesi için iletimin bizzat İSS tarafından gerçekleştirilmemesi, iletilen verilerin muhataplarının veya içeriklerinin seçilmemiş ve verilerin değiştirilmemiş olması gerekmektedir⁷⁹.

Genel Gereğe'sinde, FSEK. kapsamında korunan eserlere açık atf yapılmakta ve ayrıca internet ortamında gerçekleşen eylemlerin ekonomik bakımdan büyük zararlara yol açması sebebiyle hak sahiplerini koruyan yeni düzenlemelerin yapılması gerektiğine işaret edilmektedir. **Bilişim Ağı Hizmetlerinin Düzenlenmesi ve Bilişim Suçları Hakkında Kanun Tasarısı**, (Çevrimiçi), <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/bilisim.htm>.

⁷⁶ FSEK.'de gerek mali ve manevi haklar ve gerekse bu hakların ihlali halinde başvurulabilecek hukuk ve ceza davaları düzenlenmiş olmasına rağmen, bu düzenlemelerin uluslararası alandaki gelişmelere paralel olarak yeniden ele alınması gerektiği doktrinde haklı olarak savunulmaktadır. Bu kapsamda Alman Teleservis Kanunu, Avrupa Birliği'nin 2000/31 sayılı "Elektronik İşlemler Hakkındaki Direktifi" ve 29/ 2001 sayılı "Bilgi Toplumunda Eser Sahibinin Hakları ve Bağlantılı Hakların Uyumlaştırılması Hakkında Parlamento ve Konsey Direktifi"nin örnek alındığını yeni hukuki düzenlemelerin yapılması gerektiği belirtilmektedir. Bu konuda bkz. Arıkan, **a.g.m.**, s. 95-96; Kendigelen, Bozbel, **a.g.m.**, s. 530.

⁷⁷ Direktif doğrudan internet ortamında fikri haklara yönelik ihlaller bakımından sorumlulukları düzenlemiş özel bir düzenleme değildir.

⁷⁸ Bu konuda bkz. Akgün el. al. , **a.g.e.** , s.13 vd.

⁷⁹ Kendigelen, Bozbel, **a.g.m.**, s. 528.

Direktif'in “**Caching**” (arabelleğe kayıt) başlığını taşıyan 13. maddesinde, verilerin bir kullanıcı tarafından bir haberleşme ağına iletimi esnasında, bu *iletimin verimliliğini ve hızını artırmak amacıyla otomatik ve kısa süreli*⁸⁰ gerçekleştirilen veri kayıtlarından da İSS'lerin sorumlu olmayacakları belirtilmektedir. Fakat bunun için İSS'lerin veri içeriğini değiştirmemeleri gerekir. Ayrıca İSS'ler, bir mahkeme veya idari bir makamın söz konusu verilerin silinmesi veya erişimin kapatılmasına yönelik emrini alır almaz kendisi tarafından geçici ve teknik bakımdan zorunlu olarak kaydedilen verileri silmek veya bu verilere erişimi kapatmak mecburiyetindedir. Aksi halde İSS'lerin sorumluluğuna gidilebilecektir.

Direktif'in “**Hosting**” başlıklı 14. maddesinde ise, kullanıcı tarafından internete iletilen verilerin kaydedilme işini gören İSS'lerin sorumluluğu düzenlenmiştir. Depo sağlayıcı (**host-provider**) konumundaki İSS'ler, depoladıkları verilerin hukuka aykırı olduğundan haberdar olmaları ve/veya hukuka aykırılığı öğrenir öğrenmez bunları derhal silmeye veya bunlara erişimi kapatmaya yönelik girişimlerde buldukları takdirde sorumlu olmayacaklardır.

Bütün bu hükümler üye devletlerin veya idari makamların birlik hukuku çerçevesinde İSS'den hukuki ihlalin durdurulmasını veya ortadan kaldırılmasını talep hakkını veya üye devletlerin verilerin silinmesine veya bunlara erişimin kapatılmasına yönelik dava açma hakkını ortadan kaldırmamaktadır (2000/31 sayılı Direktif m. 12/3, 13/2 ve 14/3).

Bir başka boyutu ile konu ele alındığında internet vasıtasıyla iletişimin AİHS'nin 10. maddesinde düzenlenmiş olan ifade özgürlüğü⁸¹ bakımından

⁸⁰ 2001/29 sayılı Direktif'in 5/ 1. maddesinde de internetin aktif bir şekilde işleyebilmesi için zorunlu olan teknik ve geçici çoğaltmaların da bir istisna olarak İSS'lerin sorumluluğunu doğurmayacağı belirtilmektedir. Bkz. Arıkan, **a.g.m.**, s. 93

⁸¹ 1982 Anayasasının “Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti” başlıklı 26. maddesi uyarınca “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya

vazgeçilmez oluşu gözden kaçırılmamalıdır. İnternet servis sağlayıcılarının bilgiye ulaşmada ve açığa çıkarılan ifadenin yayılmasında üstlendiği görev yadsınmaz. İnternet servis sağlayıcılarının, internet ortamında gerçekleşecek her bir ihlalden sorumlu tutulması, üstlendikleri görevi gereği gibi yerine getirememeleri sonucunu doğuracaktır. Diğer yandan İSS'lerin teknik imkanlar ile, örneğin hukuka aykırı veriyi tespit eden "filtreleme" teknoloji ile iletimi yapılan verileri kontrol etmesi özel yaşamın gizliliğine de müdahale anlamına gelecektir. Kaldı ki internet ortamında milyonlarca veri iletilmektedir. Bunların her biri bakımından İSS.'lere kontrol yükümlülüğü yüklenmesi İSS.'ler bakımından çok ağır olur⁸². Bu bağlamda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 28.05.2003 tarihinde 840. toplantısında kabul edilen "İnternet Üzerinde İletişim Özgürlüğü Üzerine Deklarasyon"una da dikkat çekmek gerekir⁸³. Deklarasyonda yer alan Prensip 6'da, internet servis sağlayıcılarının internet ortamında vuku bulan ihlallerin tamamından sorumlu tutulamayacaklarına, yani servis sağlayıcıların sınırlı sorumluluğunun benimsenmesi gereğine işaret edilmektedir. Prensip 6 şöyledir: "Üye devletler ne servis sağlayıcıların erişim verdiği, iletildiği veya depoladığı internet üzerindeki içeriğin izlenmesi ne de yasadışı faaliyetlerin göstergesi olan olaylar veya koşulların aktif olarak araştırılması genel zorunluluğunu servis sağlayıcıların üzerine yüklememelidirler.

Üye devletler, işlevleri ulusal hukukta tanımlandığı üzere bilginin iletimi veya internet erişiminin sağlanmasıyla sınırlı olduğunda servis sağlayıcıların internet üzerindeki içerikten sorumlu tutulmamalarını temin etmelidirler.

fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir... Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz."

⁸² Tekin Memiş, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile İnternet Ortamında Fikri Hak İhlallerinin Engellenmesi İçin Getirilen Usul ve Bu Usulün Değerlendirilmesi", **FMHD.**, C. 1, S. 2, 2006, s. 63.

⁸³ Bu konuda bkz. Fikret İlkiz, "İçerik Ve Erişim Sağlayıcılar", (Çevrimiçi), <http://www.umut.org.tr/guncel/Forum.htm>, 25.09.2006; Ali Osman Özdilek, " İnternet Üzerinde İletişim Özgürlüğü Üzerine Deklarasyon", (Çevrimiçi), http://www.ivhp.org.tr/pages/infDetail.php?a_id=34&c_id=7, 28. 5. 2003.

Servis sağlayıcıların işlevlerinin daha geniş olduğu ve 3. kişilerden kaynaklanan içeriği depoladıkları durumlarda, eğer servis sağlayıcılar onların (bilgi veya servislerin) ulusal hukukta tanımlandığı üzere yasadışı özelliklerinden veya bir zarara uğrama iddiası karşısında faaliyetin veya bilginin yasa dışılığını ortaya çıkaran olaylardan veya koşullardan haberdar olur olmaz bilgiye veya servislere erişimi önlemek veya bunları kaldırmak için süratle hareket etmezlerse, üye devletler servis sağlayıcıları müşterek sorumlu tutabilirler.

Bir önceki paragrafta belirtildiği üzere servis sağlayıcıların ulusal hukuk uyarınca yükümlülüklerini tanımlarken, her şeyden önce kullanıcıların bilgiye ulaşmadaki benzer hakları kadar, bilgiyi ulaşılabilir hale getirenlerin ifade özgürlüğüne de saygı göstermek için yeterli özen gösterilmelidir.

Her halükarda, servis sağlayıcılardan olanaklı olduğu ölçüde hukukun ihlalini önlemelerinin veya sona erdirmelerinin istendiği durumlarda, sorumluluğun yukarıda bahsedilen sınırlamaları resmi kararların yayımlanması imkanını etkilememelidir.”

Buna göre internet servis sağlayıcılarına, ne internet ortamındaki içeriğin hukuka aykırılığını araştırma yükümlülüğü yüklenebilmelidir, ne de her bir içerikten doğrudan internet servis sağlayıcıları sorumlu tutulmalıdır⁸⁴. Avrupa Birliği'nin 2000/31 sayılı Direktif'in 15. maddesinde de, 12-14. maddeler uyarınca iletilen veya kaydedilen verilerin gözetimi veya hukuka aykırılık teşkil edebilecek yönlerinin araştırılması amacıyla yönelik olarak İSS'lere genel anlamda bir yükümlülük yüklenemeyeceği belirtilmektedir⁸⁵. Ancak ihlalde bulunan kişilerin belirlenmesi hususunda ise 15. md. uyarınca İSS.'lere yetkili makamlara bilgi sunma yükümlülüğü yüklenebilecektir⁸⁶.

⁸⁴ İlkiz, **İçerik ve Erişim Sağlayıcılar**, s. 10.

⁸⁵ Kendigelen, Bozbel, **a.g.m.**, s. 529. “Görüldüğü üzere 15. madde ile İSS'lere basit erişim, kaşeleme ve bulundurma/sunma hizmetleri sırasında, yayınladıkları ya da sakladıkları bilgiyi kontrol etmeleri ya da yasadışı faaliyete konu olan maddi vakıa ve durumları aktif olarak araştırma ile ilgili genel bir yükümlülük yüklenemeyeceği açıkça belirtilmektedir. Bu düzenlemeye paralel olarak, İSS'lere sadece erişim, kaşeleme ve bulundurma/sunma hizmetlerinde değil, interaktif ortamlarda da aktif bir kontrol ve müdahale görevi yüklenmemelidir.” Akgün et. al., **a.g.m.**, s.15.

⁸⁶ Akgün et. al., **a.g.m.**, s. 16.

FSEK. bakımından konu incelendiğinde, tecavüzün ref'i (FSEK. m. 66/ f. 3) ve tecavüzün men'i (FSEK. m. 69'un atfı ile FSEK. m. 66/f. 3) davaları bakımından kusursuz sorumluluk öngörülmektedir. Bu bağlamda İSS, umuma iletim hakkı ile ilgili ihlali bilmese bile, hakkı ihlal edilen kişilerin bu konuyu “haber vermeleri halinde” kusurdan bağımsız olarak müdahalenin men'i ve ref'ine yönelik talepleri yerine getirmelidir. Nitekim bilfiil iştirak etmemiş olsalar dahi, herhangi bir şekilde fikri hakların ihlaline neden olan kişi, kusurlu olmaması halinde de bu talepleri yerine getirmekle yükümlüdür⁸⁷. 4630 sayılı kanunla FSEK.'de yapılan değişiklik ile getirilen Ek. m. 4/ f. 3⁸⁸ de bir bakıma buna paralel bir düzenlemedir.

Akipek, Dardağan, internet ortamında gerçekleştirilen fikri hak ihlallerine karşı açılacak davalarda isnat edilecek sorumluluk türü olarak İngiliz doktrininden hareketle, doğrudan sorumluluk, başkasının fiilinden sorumluluk ve katılım yoluyla sorumluluk ayırımını önermektedir. *Doğrudan sorumluluk* için kişinin bizzat ihlalde bulunması; *katılım yoluyla sorumluluk* için başkasının fiiline katkıda bulunulması; *başkasının fiilinden sorumluluk* için ise denetleme hakkına sahip olanın denetim görevinin yerine getirmemesi gerekmektedir⁸⁹. Ancak söz konusu üçlü ayırım Türk Hukukunun yapısına uygun değildir. Nitekim Türk Borçlar Hukukunda “başkasının fiilinden sorumluluk”⁹⁰ müessesinin bulunmadığı belirtilmektedir. Bu sebeple internet ortamındaki ihlallerden doğan sorumlulukları da sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk ve sözleşme dışı sorumluluk olarak tasnif etmek gerekmektedir. Burada sözleşme dışı sorumluluk, haksız fiil sorumluluğu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bahisle umuma iletim hakkının ihlali sebebiyle açılacak tazminat davaları bakımından, internet ortamında vuku bulan ihlallerin⁹¹ haksız fiil (BK. m. 41 vd.) sorumluluğu doğurduğu öncelikle belirtilmelidir (FSEK. m. 70/ f.2)⁹².

⁸⁷ Kaplan, **a.g.e.**, s. 162-163

⁸⁸ Bu konu için bkz. a.şğ. bölüm V., “ İHLALLERİN ENGELLENMESİNE YÖNELİK BAŞVURU USULÜ”

⁸⁹ Akipek,Dardağan, **a.g.m.**, s. 68 vd.

⁹⁰ Bu kavram BK. .m. 110'da yer alan başkasının fiilini taahhüt müessesesi ile karıştırılmamalıdır.

⁹¹ Bu ihlaller pek tabiidir ki sözleşmeye aykırılık şeklinde de meydana çıkabilir. Ancak ihlallerin genel görünümü sözleşme ilişkisinin bulunmadığı haksız fiil sorumluluğu şeklindedir.

⁹² Tekinalp, **a.g.e.**, N.138, s. 329; Kendigelen, Bozbel , **a.g.m.**, s. 530-531; Memiş, **a.g.e.**, s. 153; Kaplan, **a.g.e.**, s. 162-163.Yani haksız fiilin unsurları olan hukuka aykırı fiil, zarar ve nedensellik bağı

BK. m. 41/ f. 1 uyarınca “*Gerek kasden gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir suretle diğer kimseye bir zarar ıka eden şahıs, o zararın tazminine mecburdur.*” Haksız fiilden dolayı bir kişinin sorumlu tutulabilmesi için somut olayda haksız fiilin unsurlarının, yani kusur, haksız fiil, zarar ve nedensellik bağının bir arada bulunması gerekir⁹³.

Bu çerçevede umuma iletim hakkını ihlal eden fiiller ile İSS’ler arasında somut olayın özelliklerine göre bir nedensellik bağı kurulabiliyorsa İSS’lerin sorumluluğu söz konusu olabilecektir⁹⁴. İhlale yol açan fiiller ile İSS’ler arasındaki nedensellik ilişkisi iki şekilde ortaya çıkabilir. Bunlardan ilki İSS’nin bizzat bir müzik eserini umuma iletmesidir. İkincisi ise, İSS’nin bizzat umuma iletmediği ve fakat müzik eserlerinin başkaları tarafından umuma iletilmesine yönelik fiillerle arasında nedensellik bağının kurulabiliyor olmasıdır.

İSS’nin müzik eserlerini bizzat internet üzerinde umuma iletmesi, İSS’lerin tazminat sorumluluğunu doğuracaktır. Nitekim burada İSS’nin kusuru bulunmakta, zarara yol açan ihlal fiilleri bizzat İSS. tarafından gerçekleştirilmektedir. Umuma iletim (ve çoğaltma) hakkını ihlal edecek şekilde müzik eserlerini içeren veriyi hazırlayıp internet ortamına aktaran içerik sağlayıcı (**content-provider**) konumundaki İSS. bu açıdan tazminat davaları bakımından da davalı sıfatını taşır⁹⁵.

Diğer ihtimalde ise haksız fiilin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği üzerinde daha detaylı bir araştırmanın yapılması gereklidir. İlk bakıştaki görünüm, müzik eserlerinin başkaları (kullanıcılar) tarafından internette sunulması, yani bu yolla ortaya çıkan zararlı sonuç ile İSS.’ler arasında nedensellik bağının

ve özellikle kusur bulunmalıdır (BK. m. 41) Tekinalp, **a.g.e.**, N.138, s. 329; Kendigelen, Bozbel , **a.g.m.**, s. 530-531; Kaplan, **a.g.e.**, s. 162-163.

⁹³Bu konuda bkz. Tekinay et. al., **a.g.e.**, s.640 vd., Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul, 2001, s. 478 vd.

⁹⁴ Kendigelen, Bozbel, **a.g.m.**, s. 531; Kaplan, **a.g.e.**, s. 162-163.

⁹⁵ Kendigelen, Bozbel, **a.g.m.**, s. 532; Memiş, **a.g.e.**, s. 152.

kurulabilmesidir. Zira İSS.'ler bulunmaksızın bir kişinin internete girmesi ve ihlal niteliğindeki fiilleri gerçekleştirmesi mümkün değildir. Burada ihlal, sadece müzik eserlerini internete aktaran içerik sağlayıcının zarara yol açan fiilleri ile değil, İSS.'nin internetin işlerliği bakımından olumlu katkısı ile birlikte gerçekleşebilmektedir. Kısacası ihlal, İSS bulunmaksızın gerçekleşemeyecektir⁹⁶. Buradan hareketle bu durum için -kural olarak- birden fazla kişinin ortak kusuru ile aynı zarara yol açmalarından, yani müteselsil sorumluluktan bahsetmek gerekir (BK. m. 50)⁹⁷.

Ancak, müzik eserlerini internet üzerinden umuma iletenler ile İSS'lerin BK. m. 50 uyarınca müteselsilen sorumlu sayılmaları mutlak bir sonuç değildir. Burada umuma iletim (ve/ veya çoğaltma) fiilleri ile İSS'ler arasında nedensellik bağı kurulmuş olabilir; lakin İSS'lerin kusurunun bulunup bulunmadığı da nedensellik bağına ilave olarak araştırılmalıdır. Zira müteselsil sorumluluktan bahsedebilmek için somut olayda aynı sonuca sebep olan müşterek bir kusurun varlığı gerekir. Müşterek kusurdan söz edebilmek için, faillerin önceden birbirleriyle anlaşmış olmaları veya en azından birbirlerinin fiillerinden haberdar olmaları, faillerin birbirlerinin farkında

⁹⁶Memiş, a.g.e., s. 152.

⁹⁷ Kendigelen/Bozbel, a.g.m., s. 532; Memiş, a.g.e, s. 152-153. Birden çok kişinin ortak kusur ile aynı zarara yol açmaları söz konusu olabilir. BK. m. 50 hükmü bu durumu düzenlemektedir. Madde uyarınca *“birden ziyade kimseler birlikte bir zarar ika ettikleri takdirde müşevvikle asıl fail ve fer’an methali olanlar, tefrik edilmeksizin müteselsilen mes’ul olurlar. Hakim bunların her biri aleyhine rücu hakları olup olmadığını takdir ve icabında bu rücuun şümulünün derecesini tayin eder. Yataklık eden kimse, vaki olan kardan hisse almadıkça yahut iştirakiyle bir zarara sebebiyet vermedikçe mes’ul olmaz”*. Buna göre ortak kusuru ile zarara yol açan kişiler, bu zarardan müteselsilen sorumlu olacaklardır. Maddede sözü geçen “asil fail” ifadesinden, bizzat kendi fiili ile zararlı neticenin doğmasına sebebiyet veren, yani zarar verici fiili maddi anlamda işleyen kişi; “müşevvik” ifadesinden bir kimseyi bir haksız fiil işlemeye teşvik eden, onda teşvik edici söz ve davranışlarıyla haksız fiili işleme fikrini yaratan kimse anlaşılmalıdır. Kusurlu davranışlarıyla başkasının haksız fiil işlemesini kolaylaştıran, onun neticeye ulaşmasında yardımda bulunan kişiler “fer’an methaldar”, yani yardımcılarıdır. Haksız fiil işlendikten sonra bundan yararlanmak için faile yardım eden, delillerin ortaya çıkmasına engel olan kişi ise “yataklık eden”dir. Kusur ortaklığında zarar verenlerin haksız fiile katılmalarının şekli önemli değildir. Bu kişiler haksız fiile asıl fail, müşevvik ve yardımcı sıfatı ile katılabilir. Haksız fiile dayalı müteselsil sorumlulukta, faillerin her birinin kusur derecesinin aynı olması gerekmez. Faillerden birisi kast birisi ise ihmal ile davranmış olabilir. Buna rağmen her bir kişi, asıl fail gibi, yani müzik eserini internete aktaran kişi gibi, sorumlu olacak; zarara uğrayan bu kişilerin tamamından yahut istediği kişiden zararının tamamının veya bir kısmının tazminini talep edebilecektir. (Bu konuda bkz. Tekinay, el. al, a.g.e., s. 929 vd., Eren, a.g.e.,s. 803 vd.; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişletilmiş 4. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004, s. 321.) Kendi içeriğinde başkasına ait bir müzik eserine yer veren içerik sağlayıcı, bu eserin izinsiz olarak sunulduğunu öğrendiği vakit eğer sunumu engellemez ise, bu ihlalden müteselsilen sorumlu olması gerekir.

olarak müştereken hareket etmeleri gerekir⁹⁸. İSS'lerin ilk ve temel hizmeti olan, kullanıcıların internete bağlantısını sağlayan erişim hizmeti göz önüne alındığında İSS'lerin kabaca salt erişim hizmeti veren "distribütör"ler, yani dağıtıcılar olduğu ve sadece bir köprü görevi gördüğü gözden kaçırılmamalıdır⁹⁹. Bu haliyle İSS'lerin internette izinsiz olarak iletimi yapılan müzik eserlerinden -kural olarak-¹⁰⁰ sorumlu olmadığı kabul edilmelidir. Nedensellik bağının kurulduğu bu gibi durumlarda İSS'lere tazminat davası yöneltilebilmesi için aynı zamanda İSS'lere isnat edilebilecek bir kusurun da bulunması gerekir. İSS'lerin *ihlal niteliğindeki eylemlerden haberdar olmaları*¹⁰¹ ve *bu eylemleri engellemeye yetecek teknik olanaklara*¹⁰² sahip olmalarına rağmen ihlali engellememeleri halinde İSS'lerin kusurundan bahsedilecektir¹⁰³. Kısacası salt erişim sağlama hizmeti sunan (*access-provider* konumundaki) İSS'lere sunmuş oldukları bu hizmetten dolayı, kusursuz sorumluluk olarak nitelendirilecek şekilde, başlı başına bir kusur isnat edilemeyecektir¹⁰⁴.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 2004 tarihli kararının¹⁰⁵ burada eleştirilmesi gerekir. Hükme esas olayda, davacı eser sahibine ait edebi eser bir internet sitesi

⁹⁸ Bu konuda bkz. Tekinay, et. al., **a.g.e.**, s. 929, Eren, a.g.e., s. 806 vd.

⁹⁹ Akgün et. al. , **a.g.m.** , <http://bilisimsurasi.org.tr/dosyalar/16.doc>. Bu bahisle interneti kullanıma açan İSS'lerin, telif hakkı ihlallerinden ilk bakışta sorumlu kılınmalarının pek mümkün olmadığı belirtilmektedir. Akipek, Dardağan, **a.g.m.**, s. 64; Memiş, **İhlalin Engellenmesi Usulü**, s. 63 ve71.

¹⁰⁰ İSS'ler, başkaları tarafından internete sunulan müzik eserlerinden haberdar ve hatta bu sunumlar için işbirliğinde de olabilir. Bu gibi durumlar da müteselsilen sorumluluk -doğaldır ki- söz konusu olacaktır.

¹⁰¹ İSS'lere iletimini yaptıkları verilerin içeriğini kontrol etme bakımından bir yükümlülük yüklenemez. (Tekinalp, **a.g.e.** N. 139, s. 329.) Lakin ilgili kişilerin veya makamların ihlali haber vermeleri halinde İSS'lerin ihlaladen haberdar oldukları ve buna rağmen ihlali engellemeye yönelik girişimlerde bulunmamaları halinde sorumlulukları doğacaktır.

¹⁰² Tasarı da bu husus "engelleme yeteneği" olarak adlandırılmaktadır. Bkz. "**Bilişim Ağı Hizmetlerinin Düzenlenmesi ve Bilişim Suçları Hakkında Kanun Tasarısı**", (Çevrimiçi), <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/bilisim.htm>.

¹⁰³ Memiş, **a.g.e.** ,s. 154; Kendigelen, Bozbel, **ag.m.** s. 532. Bu konu Alman Telehizmet Kanunu m. 5/2'de düzenlenmiştir. "*Buna göre servis sağlayıcının sorumlu tutulabilmesi, ancak onun yabancı içerik hakkında bilgi sahibi olmasına ve bu konuda bilgi edinebilmesi için gerekli teknik olanaklara sahip bulunmasına bağlıdır. Ayrıca, ondan bu içeriğin kullanılmasını engellemesini beklenebilir olması da aranır. Yoksa öğrenilmesi ve erişilmesi son derece güç olan ya da olağanüstü çabayı gerektiren içeriğin, servis sağlayıcı tarafından öğrenilmesi beklenemez.*" Kaplan, **a.g.e.**, s. 161, dn 407'den naklen.

¹⁰⁴ " Erişim sağlayıcılar, başkasının içeriğine erişilmesini mümkün kılanlar, yani ağı kapısını açanlardır. İçerik ile ilgileri olmadığı için içeriği ne hazırlayıp ağa koymaktan ne değiştirmekten ne de çoğaltmaktan sorumludurlar." Tekinalp, **a.g.e.** N. 148, s. 331; Kendigelen/Bozbel, **a.g.e.**, s. 532; Akipek, Dardağan, **a.g.m.**, s. 64; Akgün et. al., **a.g.e.**, <http://bilisimsurasi.org.tr/dosyalar/16.doc>.; Kaplan, **a.g.e.**, s. 161; Memiş, **İhlalin Engellenmesi Usulü**, s. 63 ve71.

¹⁰⁵ 11. HD. 30.9.2004 T. , 2003/12494 E, 2004/ 9096 K. (Suluk, Orhan, **a.g.e.**, s. 30)

üzerinden izinsiz olarak yayınlanmış, bunun üzerine davacı, yayını yapan **web** site sahibi ile internet servis sağlayıcı aleyhine umuma iletim hakkının ihlal edildiği gerekçesi ile maddi ve manevi tazminat davası açmıştır. İnternet servis sağlayıcı vekili, eserin müvekkili tarafından bizzat kullanılmadığı, bu bahisle taraflarına bir husumet yöneltilemeyeceği savunmasında bulunmuştur. Yerel mahkeme servis sağlayıcının husumet savunmasını reddetmiş, servis sağlayıcı aleyhine de tazminata hükmedilmiştir. Yargıtay, yerel mahkeme hükmünü onamıştır. Gerekçede, davacının umuma iletim hakkının ihlal edildiği; bu ihlalden servis sağlayıcının da sorumlu bulunduğu; servis sağlayıcının sorumsuz kılınmasının ancak diğer davalı **web** sitesi ile arasındaki sözleşme uyarınca iç ilişkide mümkün olabileceği belirtilmiştir.

Kararda internet servis sağlayıcının internete - salt- erişim sağlama gibi mecburi bir hizmet yürüttüğü gözden kaçırılmış ve söz konusu eserin bizzat servis sağlayıcı tarafından kullanılmadığı hususu üzerinde hiç durulmaksızın, doğrudan servis sağlayıcı kusurlu sayılarak aleyhine tazminata hükmedilmiştir. Yani Yargıtay kararında, yukarıda bahsettiğimiz üzere, ihlal fiilleri ile İSS. arasında nedensellik bağı kurulmuş, esasen İSS.'e yönelik bir kusur araştırması yapılması gerekirken, bu bağdan hareketle İSS. başlı başına kusurlu sayılarak sorumlu tutulmuştur. Bu gerekçelerle karar hatalıdır. Bu tür bir yaklaşım, internet servis sağlayıcıların, internete erişim hususunda üstlendikleri vazgeçilmez görevi icra edilemez hale getirecektir¹⁰⁶.

Benzer şekilde başkalarının içeriğini kendi sunucuları üzerinden internete ileten ve/ veya depolayan (**host-provider**) İSS'ler, bunların umuma iletim hakkını ihlal ettiğini bilmediği ve bunları engelleyebilecek teknik olanaklara sahip olmadıkları sürece sorumlu tutulamayacaklardır. Aksi takdirde bu eylemleri gerçekleştirenler ile İSS'ler arasında BK. m. 50. kapsamında müteselsil sorumluluk söz konusu olur.

Burada İSS'lerin internet ortamında iletilen müzik eserlerinin hukuka aykırılığını araştırma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı üzerinde ayrıca

¹⁰⁶ Aynı görüşte Suluk, Orhan, **a.g.e.**, s. 31.

durulmalıdır. *İnternet Üzerinde İletişim Özgürlüğü Üzerine Deklarasyon*'un Prensipten 6'da ve 2000/ 31 sayılı Direktif'in 15. maddesinde olduğu gibi İSS'lere bu bakımdan bir yükümlülük yüklenemeyeceği sonucuna varılmalıdır. Nitekim Türk Kanun koyucusunun iradesinin bu şekilde biçimlendiği görülecektir. Bilişim Ağı Hizmetlerinin Düzenlenmesi ve Bilişim Suçları Hakkında Kanun Tasarısı m. 11/ b. (2)'nin düzenlemesi bu yöndedir. Anılan düzenlemeye göre erişim sağlayıcı (**access- provider**) konumundaki İSS'ler, "*Kendileri tarafından nakledilen bilgileri kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığı konusunda araştırma yapmakla yükümlü değildirler.*" Tasarı m. 8/ b. (1) uyarınca "**hosting**" hizmeti veren (**host- provider** konumundaki) İSS'ler ise depoladıkları "... içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir." Bununla birlikte doktrinde şu görüş de ileri sürülmektedir: Kullanıcılardan bazılarının ihlal niteliğindeki eylemleri çok açık ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde belli olmasına rağmen, erişim sağlayıcı İSS bu tür eylemleri engellemeye yönelik imkanları dahilinde gerekli önlemleri almamış ise, yine İSS'nin kusurundan bahsedilmelidir^{107, 108}.

İnternette müzik eserlerinin hukuka aykırı olarak iletilip iletilmediğini araştırma yükümlülüğü özellikle **IRC**. ve forumlar bakımından önemlidir. Çünkü bu ikisinde kullanıcılar bir müzik eserini izinsiz olarak doğrudan internetteki diğer kullanıcılara – saniyeler içinde- sunabilmektedir. Burada herhangi sabit bir depolama faaliyeti, yani **web** sayfa içeriklerinde olduğu gibi içeriğin denetimini kolaylaştıracak şekilde daimi kullanıma sunulmuş sabit bir veri söz konusu değildir. **IRC**. ve forumlar, İSS.'lerin iletimi yapılan verinin içeriğinde müzik eserlerinin bulunup

¹⁰⁷ Kaplan, **a.g.e.**, s. 160 ve 161 dn. 408.

¹⁰⁸ Amerika Birleşik Devletleri'nin telif hakları ile ilgili kanunu olan Dijital Milenium Act'de buna benzer bir algılayış ile hazırlanmıştır. İSS'lere iletimi yapılan içeriği kontrol etme yükümlülüğü yüklenemez. Ancak hukuka aykırı iletimden İSS. haberdar edilmiş ise (ve buna rağmen mevcut teknolojisi imkan vermesine rağmen bunu engellememiş ise) artık İSS. sorumlu tutulabilir. Yani kural olarak İSS.'nin sorumlu tutulması, hak sahipleri tarafından ihlalden haberdar edilmesi ile gündeme gelir. Lakin hukuka aykırılık çok açık ise yine İSS'lerin sorumluluğu yine söz konusu olabilir. Bu konuda bakınız Memiş, **İhlalin Engellenmesi Usulü**, s. 63.

bulunmadığını denetleme yükümlülüğü bakımından güzel örneklerdir. İSS.'lerin içeriği kontrol etme yükümlülüğü olmadığı sonucuna varılmalıdır¹⁰⁹.

Aktarılan bilgiler ışığında, başkaları tarafından izinsiz olarak internette iletilen müzik eserlerinin ihlal niteliği taşıdığını bilmeyen İSS'lerin **caching** ve **hosting** şeklindeki çoğaltmaları da çoğaltma hakkı bakımından sorumluluk doğurmamalıdır. Lakin İSS, erişim hizmetini alanlardan biriyle “**hosting**” ve “**caching**”in ötesine geçecek şekilde kanundışı bir hareket için bilerek işbirliğine girerse, bu tip aktiviteler için İSS'lere tazminat davası yöneltebilecektir¹¹⁰.

c. İçerik Sağlayıcılar (Content- Providers)

Özellikle internet servis sağlayıcıları, **web** sayfa sahipleri, internet ilan tahtaları (**Bulletin Board System/ BBS**) ve benzer sùjeler içerik sağlayıcı konumundaki kişilerdir. Zira içerik sağlayıcı internet ağı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri ifade etmektedir (Tasarı m. 2/ b. (h)). Konumuz bakımından dijital formdaki bir müzik eserini internette sunan herkes içerik sağlayıcı konumundadır.

İçerik sağlayıcı konumundaki **web** sayfaları, internet servis sağlayıcıları ve benzer içerik sağlayıcılar, kural olarak kullanıcıların internete sundukları müzik eserlerinden sorumlu olmazlar. Zira içerik sağlayıcı ancak kendi içeriğinden

¹⁰⁹ “Forumlar ve sohbet odaları, İSS'nin sitesine dahil gibi görünse de İSS'lerin sürekli olarak kontrol etmelerinin mümkün olmadığı interaktif ortamlardır. Dolayısıyla katılımcıların yazdıklarını doğrudan yayınlayan sohbet, forum vb. uygulamalarda yayınlanan ifadelerin içeriğinden İSS'ler sorumlu tutulmamalıdır... Aksinin kabulü, uluslar arası hukukta kabul edilen en önemli ilkelere biri olan ve Anayasamızda da yer alan ifade özgürlüğü ile ilgili maddelerin ihlali anlamına gelecektir. Forum ya da sohbet odası yetkilisinin etik kurallar kapsamında bir müdahale şansı olabilir. Bunun dışında sakıncalı olduğu iddia edilen bir ifade ancak yasal düzenlemelere uygun şekilde yetkili kurumlardan gelen talep üzerine kaldırılabilir. Aksi durumda İSS'ler birer sansür mekanizması haline getirilmiş olacaktır.” Akgün el. al., a.g.e., s. 17.

¹¹⁰ Akgün el. al. , s. 19.

sorumludur¹¹¹, başkasının içeriğinden sorumlu değildir. İçerik sağlayıcılar kendi içeriklerinde bir müzik eserine hak sahiplerinden izin almaksızın bizzat yer vermişler ise, pek tabiidir ki bu eylemleri umuma iletim ve çoğaltma hakkının ihlali sonucunu doğuracağından bu kişilere karşı FSEK. kapsamındaki bütün davalar açılacaktır¹¹².

İçerik sağlayıcıların bizzat bir içeriği hazırlamayıp, başkasının hazırladığı içeriği sunmaları da mümkündür¹¹³. Bu şekilde başkasının hazırladığı içeriği kendi sunucuları üzerinden internette sunan veya başkasının içeriğini depolayarak daha sonra sunan içerik sağlayıcıların da sorumluluğu gündeme gelebilir. Bu kişilere karşı tecavüzün ref'i ve men'i davaları açılacaktır. Nitekim bu davalar bakımından kusur aranmaz. İçerik sağlayıcı, umuma iletim hakkı ile ilgili ihlali bilmeseyse bile, hakkı ihlal edilen kişilerin bu konuyu “haber vermeleri halinde”, kusurdan bağımsız olarak müdahalenin men'i ve ref'ine yönelik talepleri yerine getirmelidir¹¹⁴. FSEK. Ek. m. 4'de bir nevi buna işaret edilmektedir.

Ancak burada dikkat edilmesi gereken, bu tür eylemde bulunan içerik sağlayıcılara karşı FSEK. m. 70 uyarınca tazminat davası açılabilmesi için, içerik sağlayıcıların eser sahibinin haklarının ihlalinden haberdar olması ve bunu engelleyebilecek teknolojiye sahip bulunmaması gerekir¹¹⁵. Umuma iletim hakkının ihlali niteliğindeki eylemden haberdar olup bunu engelleme yeteneğine sahip olmasına rağmen engellememesi halinde müteselsil sorumluluğa (BK. m. 50) ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır¹¹⁶, internete izinsiz olarak müzik eserini aktaran kişi ile buna içeriğinde yer veren içerik sağlayıcı müteselsil sorumlu tutulacaktır.

¹¹¹ Tasarı m . 5 şöyledir : “(1) İçerik sağlayıcı, bilişim ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur. (2) İçerik sağlayıcı, bağlantı sağladığı, başkalarına ait içeriklerden sorumlu değildir. Ancak, kendilerine ait olan içeriğin sunuş biçiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise, genel hükümlere göre sorumludur.”

¹¹² Bu konuda bkz. Tekinalp, **a.g.e.**, N. 145,s. 331 ; Kendigelen, Bozbel, **a.g.m.**, s. 530; Kaplan , **a.g.e.**, s. 158-159.

¹¹³ Kendi içeriği ve başkasının içeriği ayrımı için bkz. Tekinalp , **a.g.e.**, N. 139, s. 329-330; Akipek ,Dardağan, **a.g.m.**, s. 79.

¹¹⁴ Kaplan, **a.g.e.**, s. 162-163.

¹¹⁵ Kendigelen, Bozbel, **a.g.m.**, s. 532; Kaplan, **a.g.e.**, s. 159

¹¹⁶ Kendigelen, Bozbel, **a.g.m.**, s. 532.

İçerik sağlayıcılar bakımından “**link**” veya “**frame**” verenlerin sorumluluğunun da incelenmesi gerekir. İlk bakışta “**link**” veya “**frame**” verenler, başkasının içeriğine - kendi içeriklerinde- yer veren içerik sağlayıcılar gibi algılanmaya müsaittir. Ancak gözden kaçırılmamalıdır ki **link** veya **frame** veren kimseler, **link** ve **frame** verilen sayfanın içeriğini kendi sunucularında barındırmamaktadırlar. İçerik yine **link** veya **frame** verilen sayfanın hazırlayıcısının sunucusunda tutulmaktadır. Kısacası müzik eserini umuma ileten içerik veya sayfa ile sadece bağlantı kurulmakta, umuma iletim ise **link** veya **frame** verilen **web** sayfasının sunucusunda gerçekleşmektedir. Link veya **frame** verme umuma iletim hakkı ile alakalı değildir. Bu bağlamda internet ortamında müzik eserlerini izinsiz olarak umuma ileten sayfalara **link** veya **frame** verenlere karşı husumet yöneltilemeyecektir¹¹⁷.

d. Kullanıcılar

Bir müzik eserini FSEK. uyarınca gerekli izinleri almaksızın internette aktaran kullanıcı, umuma iletim (ve çoğaltma) hakkını ihlal etmiş demektir. Bu kullanıcıya karşı FSEK.’de öngörülen bütün hukuk ve ceza davalarının açılması mümkündür¹¹⁸. Burada çoğaltma hakkı bakımından kullanıcının şahsi kullanım istisnası¹¹⁹ çerçevesinde sorumluluktan kurtulmasına da imkan bulunmamaktadır. Zira müzik eserinin, çok geniş bir kitleyi ifade eden internete aktarımı bariz bir şekilde umuma iletim ve çoğaltma haklarının ihlalidir ve burada dar bir çevreye iletim sınırlarını aşılmaktadır¹²⁰. Öte yandan kullanıcı, eser sahibinin veya onun yetki verdiği kişiden izin alarak müzik eserini alınan izin sınırları çerçevesinde¹²¹ internet ortamına aktarmış ise, bu bir ihlal oluşturmayacağından söz konusu kullanıcıya karşı bu eyleminden dolayı dava açılmayacaktır.

¹¹⁷ Memiş, **Link ve Frame**, s.20; Eroğlu, **Link**, s. 227.

¹¹⁸ Kendigelen/Bozbel, **a.g.m.**, s. 523-524; Eroğlu, **Link**, s. 223; Akipek,Dardağan **a.g.m.**, s 74; Kaplan, **a.g.e.** s. 150., Topaloğlu, **a.g.e.** s. 125.

¹¹⁹ Şahsi kullanım istisnasının çoğaltma hakkına münhasır bir istisna olduğunu burada yeniden belirtmekte fayda vardır.

¹²⁰ Kendigelen, Bozbel, **a.g.m.**, s. 522; Eroğlu, **Link**, s. 223; Akipek,Dardağan **a.g.m.**, s 74.

¹²¹ Alınacak iznin FSEK. m. 52 hükmü uyarınca yazılı olması ve ayrıntılı olarak hakkın kullanımının sınırlarının çizilmesi gerekir. Çizilen sınırlar dışında eserin internete sunumu da pek tabii ki umuma iletim hakkının ihlalidir ve kullanıcıya karşı dava açılmasına imkan vermektedir. Bkz. Kaplan , **a.g.e.** s. 150.

Kullanıcının izinsiz olarak internet ortamında sunulan müzik eserlerine sadece erişimi tek başına ne umuma iletim ve özellikle ne de çoğaltma hakkını ihlal niteliğindedir. Müzik eserini sunan siteye sadece erişimde, bilgisayar tekniği bakımından zorunlu bir çoğaltma yapılıyor olsa da, bu çoğaltmanın FSEK. m. 38/f. 1 anlamında şahsi kullanım istisnası kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Zira sadece erişim, eser sahibinin meşru menfaatlerine zarar veriyor sayılamamalıdır¹²².

Buna karşılık kullanıcının internette sunumu yapılan müzik eserlerine erişim yanında bunları ayrıca bilgisayarına indirmesi halinde kullanıcıya dava yöneltilip yöneltilemeyeceği hususunda doktrinde farklı görüşler benimsenmektedir. Birinci görüşe¹²³ göre, internete bulunan bir müzik eserinin kullanıcı bilgisayarına indirilmesi şahsi kullanım istisnası çerçevesinde değerlendirilebilecek ve çoğaltma hakkının ihlali sebebiyle kullanıcının sorumluluğuna gidilemeyecektir. Lakin kullanıcının bu yolla elde ettiği eseri yeniden internete sunmaması gerekmektedir. Yani gerçekten şahsi kullanım amacıyla müzik eserinin indirilmesi gerekmektedir. Şayet eser yeniden internete aktarılırsa bu durumda hem umuma iletim, hem de çoğaltma hakkının ihlali söz konusudur ve kullanıcıya karşı dava yöneltililebilecektir.

Bizlerin de katıldığı diğer görüşe göre ise, internette izinsiz olarak sunulan müzik eserlerinin kullanıcı bilgisayarına indirilmesi şahsi kullanım istisnası kapsamında ele alınamaz¹²⁴; bu, çoğaltma hakkını ihlal manası taşır. Burada kural olarak kullanıcı aleyhine FSEK. m. 66 vd. maddelerinde düzenlenen davaların açılması mümkündür. Lakin tazminat davalarında kusur arandığından, tazminat davaları bakımından kullanıcıların durumunun ayrı olarak ele alınması gerekir.

¹²² Tekinalp, **a.g.e.**, s. 300. Buna karşılık sadece müzik eserinin bulunduğu sayfaya erişimle yetinmeyen ve müzik eserinin bilgisayarına indiren, yeniden internete koyan kullanıcıya karşı dava açılabilir. Eroğlu, **Link**, s. 223; Kaplan, **a.g.e.**, s. 156. Aksi görüşte Akipek, Dardağan. Bir eserin bilgisayar ekranında eser sahibinin izni olmaksızın çağırılması, bir **web** sitesine girilmesi ihlal için yeterlidir. Akipek, Dardağan, **a.g.m.**, s. 63-64.

¹²³ Sait Güran et.al., **a.g.e.**, s. 37 (Öngören, **a.g.e.**, s. 75’den naklen); Kendigelen, Bozbel, **a.g.m.**, s. 522-523

¹²⁴ “Bu çoğaltmanın şahsi kullanım amacı ile olmadığı, binlerce, milyonlarca kullanıcının kopyalamasının şahsi kullanım sınırlarını aştığı kabul edilmelidir.” Memiş, **a.g.e.**, s. 100’den naklen ve s.121-122; Eroğlu, **Link**, s. 223 vd. ; Kaplan, **a.g.e.**, s. 150.

Kullanıcıların internette sunumu yapılan eserlerin yasal yollarla internete konulup konulmadığını bilmesi, kusuru belirleyecektir. Doktrinde yaygın olarak, müzik eserlerinin internete yasal yollarla aktarılıp aktarılmadığı bakımından kullanıcılara bir araştırma yükümlülüğünün yüklenemeyeceği kabul edilmektedir¹²⁵. Ancak burada dürüstlük ilkesi (MK. m. 2) dikkate alınarak bir yorum yapılması gerekir^{126, 127}. Normal bir kullanıcı, az bir çaba sarf ederek internette sunulan müzik eserlerinin izinsiz olarak sunulup sunulmadığını kavrayabilecektir¹²⁸. Somut örneklerle izah etmek gerekirse, bir müzik eserine ulaşmanın olağan yolu o müzik eserinin yer aldığı albümün satın alınmasıdır. Yeni gelişmelere bağlı olarak internet ortamında yer alan dijital müzik marketleri ele alındığında ise, bu amaçla kurulan yasal **web** sayfaları ile yasal olmayan **web** sayfalarının ayırımını yapmak oldukça kolaydır. Çünkü yasal olan dijital müzik marketlerinde müzik eserine erişilmek istenildiğinde **web** sayfası tarafından bir ücret talep edilmektedir. Kullanıcılar ise herhangi bir ücretin talep edilmediği yasal olmayan **web** sayfalarını veya müzik değişim programlarını kasti olarak tercih etmektedir. Benzer bir örnek ise, yasal yollarla yapılan internet radyo ve televizyonlarından yapılan izinsiz kayıtlardır. Bu bakımdan kullanıcıların internetten indirdikleri müzik eserlerinin hak sahiplerinin haklarını ihlal ettiğini bildiği ve buna bağlı olarak kusurlu buldukları kabul edilmelidir¹²⁹. Bu kullanıcıların şahsi kullanım istisnasından yararlanabilmeleri, hakkın kötüye kullanımı (MK. m. 2/ f. 2) olarak nitelendirilmeye elverişlidir¹³⁰. Şu halde yasal olmayan yollarla müzik eserlerine içeriğinde yer veren **web** sayfalarından, değişim programlarından, forumlardan müzik eserlerini indiren kullanıcıların kusurlu olduğu, bu bahisle çoğaltma hakkının ihlal ettiklerinden bu kişilere karşı tazminat davalarının da açılabilmesi kabul edilmelidir. İndirilen müzik eserlerini yeniden internete aktaran kullanıcıların ise pek tabiidir

¹²⁵ Kendigelen, Bozbel, **a.g.m.**, s. 521, Memiş, **a.g.e.**, s. 121 dn. 62’de anılan yazarlar.

¹²⁶ Memiş, **a.g.e.**, s. 122

¹²⁷ Nitekim bir kanunun ruhunun tespitinde ve buna bağlı olarak kanunun yorumunda da dürüstlük ilkesi hakim olacaktır. Hatemi, **a.g.e.**, s. 178-179. FSEK. de yorumlanırken, kullanıcıların internette sunulan müzik eserlerinden izinsiz olarak yararlanmaları, şahsi kullanım istisnası kapsamında değerlendirilemez. Aksi görüşün benimsenmesi kanunen tanınan bir hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğuracaktır. Zira şahsi kullanım istisnası kapsamında internet ortamındaki müzik eserlerinin çoğaltılmasına imkan tanımak, açık bir şekilde eser sahibi ve diğer hak sahiplerinin haklarının zarara uğratılması manasını taşıyacaktır. Buna kanun düzeninin cevaz vermediği kabul edilmelidir.

¹²⁸ Memiş, **a.g.e.**, s. 122; Kaplan, **a.g.e.**, s. 150.

¹²⁹ Bu konuda bkz. Memiş, **a.g.e.**, s. 122; Kaplan, **a.g.e.**, s. 150.

¹³⁰ Memiş, **a.g.e.**, s.122.

kusuru bulunmaktadır. Bu kişilere karşı umuma iletim hakkını ihlal ettiklerinden bahisle hukuk ve ceza davaları açılabilir.

e. Program Hazırlayanlar

Bu başlık altında, internet ortamında müzik eserlerinin sunumuna zemin hazırlayan programları hazırlayanların sorumlulukları üzerinde durulmuştur. Burada öncelikle belirtmelidir ki hakların ihlal tehlikesini gündeme getiren ve giderek fikri hakların ihlaline uygun bir zemin hazırlayan ürün ve araçların geliştirilmesinin, üretilmesinin ve pazarlanmasının yasaklandığı bir hüküm Türk Hukukunda bulunmamaktadır¹³¹. Kısacası her ne kadar geliştirilen programlar fikri hak ihlallerinde sıklıkla kullanılıyor olsa da bu programları geliştirenlere herhangi bir husumet yöneltemeyecektir¹³². Bu bağlamda Mp3 veya buna benzer sıkıştırma programlarını; genel sıkıştırma programlarını; **IRC**, e-posta, forum gibi iletim araçlarının sadece programlarını hazırlayan program sahiplerini, bu geliştirdikleri teknolojinin başkaları tarafından fikri hakları ihlal edici nitelikte kullanılmasından sorumlu tutmak mümkün değildir.¹³³

P2P teknolojisine dayalı veri değişim programları ve özellikle bu programları internet üzerinde hizmete sunanların¹³⁴ durumu üzerine ayrıca durulmalıdır. Diğer programları hazırlayanlarda olduğu gibi, internet üzerinde gerçekleşen fikri hak ihlallerinde de veri değişim programlarını hazırlayan programcılara herhangi bir dava yöneltilmez. Sonuçta bu kişiler de yeni bir teknoloji geliştirmişlerdir¹³⁵. Veri

¹³¹ Memiş, **a.g.e.**, s. 65; Kendigelen, Bozbel, **a.g.m.**, s. 525.

¹³² Kendigelen, Bozbel, **a.g.m.**, s. 525.

¹³³ Yeni teknolojilerin geliştirilmesi, bu teknoloji fikri hak ihlallerinde kullanılıyor gerekçesi ile engellenemez. Bu konuda Sony- Universal Studio davası örnek gösterilebilir. Sony firması video kayıt cihazı üretmiş, ürünü satın alanlar Universal Studio tarafından hazırlanan filmleri kaydedip kopyalamakta söz konusu video kayıt cihazlarının kullanmışlardır. Bunun üzerine Universal Studio, Sony firmasının söz konusu fikri hak ihlallerinden sorumlu tutulması talebiyle dava açmıştır. Davaya bakan Amerikan Mahkemesi, bu teknolojinin her ne kadar fikri hak ihlallerinde kullanılıyor olsa da, başka yasal amaçlarla da kullanılabileceğinden bahisle Universal Studio talebinin reddetmiştir. Bkz. Memiş, **a.g.e.**, s. 51.

¹³⁴ Memiş bu hizmeti sunanları, "filesaharing / veri değişim programlarını işletenler" olarak adlandırmaktadır. Memiş, **a.g.e.**, s. 122.

¹³⁵ Memiş, **a.g.e.**, s. 65.

değişim programlarının internet ortamında hizmete sunulması bakımından ise, merkezi sisteme dayalı ve merkezi sisteme dayalı olmayan veri değişim programları olmak üzere ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir.

Merkezi sisteme dayalı müzik değişim programlarının en bilineni Napster'dır. Bu programda, internet üzerinde merkezi bir sunucu bulunmaktadır. Merkezi sunucu bünyesinde bir kütük (kütüphane) oluşturulmakta, kütük sayesinde programa dahil kullanıcıların hangisinde hangi müzik eserlerinin bulunduğu bilinebilmektedir. Kullanıcıların bu kütükten yararlanarak diledikleri müzik eserine ulaşmalarının önü açılmaktadır. Yani Napster, kullanıcılar tarafından gerçekleştirilen hak ihlallerinde etkili bir aracılık hizmeti sunmaktadır. Buradaki aracılığın saf bir aracılık¹³⁶ hizmeti olduğu kabul edilemez. Bu haliyle merkezi sisteme dayalı müzik değişim programını işletenler, kasıtlı olarak kullanıcıların hukuka aykırı eylemlerine iştirak etmektedir. Napster hak ihlallerini bilmekte ve buna rağmen kullanıcılara verdiği aracılık hizmetini devam ettirmektedir. Burada merkezi sistemde her ne kadar müzik eserleri bizzat depolanmamakta ise de, kullanıcıların izinsiz olarak müzik eserlerini çoğaltmalarına ve umuma iletmelerine kasıtlı olarak imkan tanındığı ve yardım edildiği için merkezi sisteme dayalı program işletmecilerine karşı FSEK. m. 66 vd. maddelerinde öngörülen davaların açılabilmesi gerekir¹³⁷.

Merkezi sisteme dayalı olmayan müzik değişim programlarında ise Napster türü programlarda olduğu gibi programı hizmete sunan merkezi bir işletici ve buna ait sunucu bulunmamaktadır. Merkezi sistemde olduğu gibi merkezi bir kütük tutulmamakta, sadece arama motoru fonksiyonu ile kullanıcıların birbirileri ile

¹³⁶Napster, sisteme dahil kullanıcıların sadece birbiri ile iletişime geçmesini sağlayan ve bu yolla eserlere erişimi mümkün kılan bir erişim sağlayıcı konumunda değildir. Yapılan aracılığın hak ihlallerini teşvik ettiği, zaten bu amaçla hizmet verildiği gözden kaçırılmamalıdır.

¹³⁷ Memiş, **a.g.e.**, s. 71-72. Aksi görüşte ise merkezi sisteme dayalı veya dayalı olmayan müzik değişim programı ayırımı yapılmaksızın, kullanıcıların internet ortamında müzik eserlerini sunmaları halinde, programı hizmete sunanlara bir dava yönelimemeceği savunulmaktadır. Bu görüş uyarınca, veri halindeki müzik eserlerinin değişimi bizzat sisteme üye kullanıcılar arasında yapılmaktadır. Burada programı internette hizmete sunan kişi ne bir müzik eserini umuma iletmekte ne de depolamaktadır. Sadece sisteme üye kullanıcıların birbirileri ile daha hızlı bir şekilde iletişim kurabilmeleri için protokoller sunmaktadır. Kısacası merkezi sisteme dayalı müzik değişim program hizmeti sunanlar, erişim sağlayıcı konumundadır ve ihlallerle bir alakaları bulunmamaktadır. Bu sebeple bahsi geçen kişiler FSEK. m. 72/ f. 1 , b. (4) uyarınca "aracılık eden" olarak da nitelenemeyecektir., bu kişilere herhangi bir dava yönelimemecektir. Kendigelen, Bozbel, **a.g.m.**, s. 525-527.

iletişime geçmelerinin önü açılmaktadır. Bu sebeple bu tür programlarda, merkezi bir işleticiden değil, programı hazırlayan kişilerden bahsedilir ki, program hazırlayanların da bir sorumluluğu bulunmamaktadır¹³⁸.

3. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Umuma iletim hakkının ihlali halinde açılacak davalarda görevli mahkeme, Adalet Bakanlığı tarafından kurulacak özel ihtisas mahkemeleridir. Bu kapsamda görevli mahkeme, hukuk davaları bakımından Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemeleri ve ceza davaları bakımından Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemeleridir. Bu ihtisas mahkemeleri kurulup yargılama faaliyetine başlayıncaya kadar, hukuk davaları bakımından asliye hukuk ve ceza davaları bakımından asliye ceza mahkemelerinden birisi görevli mahkemedir (FSEK. m. 76/ f. 1)¹³⁹.

Yetkili mahkeme ise, özel ihtisas mahkemelerinin kurulduğu yerlerde bu mahkemelerdir. Bunların bulunmadığı yerlerde, genel yetki kuralı gereğince davalının ikametgahı mahkemesi (HUMK. m. 9) ve umuma iletim hakkının ihlali bir haksız fiil sayıldığından haksız fiilin vuku bulduğu yer mahkemesi (HUMK. m. 21) yetkilidir.

Ayrıca FSEK. m. 66/ son uyarınca, eser sahibinin ikamet ettiği yer mahkemesi de yetkilidir. Maddede her ne kadar “ Eser sahibi, ikamet ettiği yerde de tecavüzün ref'i ve men davası açabilir” denilmiş olsa da, eser sahibinin ikametgahı mahkemesinin tazminat davaları bakımından da yetkili olduğu kabul edilmelidir¹⁴⁰.

¹³⁸ Alman ve Amerikan hukuklarında, merkezi sisteme dayalı olmayan veri değişim programları bakımından, bu programı sunan veya hazırlayanların herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığı kabul edilmektedir. Bu anlayışın Türk Hukukunda da kabulü mümkün olmalıdır. Nitekim bu programlar bütün ülkelerde aynı şekilde işlemektedir. Memiş **a.g.e.**, s. 97-99 ve 122-123

¹³⁹“ *Hukuk davalarına, asliye hukuk mahkemesinin, iki asliye hukuk mahkemesi varsa 1 nolu asliye hukuk mahkemesinin, ikiden fazla asliye hukuk mahkemesi varsa 3 nolu asliye hukuk mahkemesinin; ceza davalarına, asliye ceza mahkemesinin, iki asliye ceza mahkemesi varsa 1 nolu asliye ceza mahkemesinin, ikiden fazla asliye ceza mahkemesi varsa 3 nolu asliye ceza mahkemesinin yetkilendirilmesine... karar verilmiştir.*” Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun “ Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan Doğan Davalarda Görevli ve Yetkili Mahkeme İle İlgili Karar”, RG. 4.4.2001 T. ve 24363 S.

¹⁴⁰ Tekinalp, **a.g.e.**, N.76, s. 279; Genç Arıdemir, **Yayma ve Çoğaltma**, s. 180.

4. İhlallere Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

İnternet ortamında müzik eserlerinin sunumu, sadece bir ülke hukuku ile sınırlı bir olgu değildir. İnternet ağına bağlı birçok milletten kullanıcı veya girişimci müzik eserlerinin internette iletimin etkin rol alabilecektir. Bu bakımdan bir ihlal, birden çok ülke hukukunu ilgilendirebilmekte ve “yabancılık” unsuru internet ortamına aktarılan müzik eserlerinde çoğunlukla söz konusu olabilmektedir. Bu sebeple, konunun ihlallere uygulanacak hukuk bakımından da ele alınması icap eder. Ancak konunun uzmanlık gerektiren bağımsız bir çalışma gerektirmesi sebebiyle, burada ancak tez konusu ile sınırlı bir inceleme yapılacaktır.

İnternet, karmaşık yapısı ve her alanda olduğu gibi fikir ve sanat eserleri hukukuna da etkileri bakımından özel düzenlemeleri gerekli kılmaktadır. Müzik eserlerinin internet ortamında iletimi yoluyla gerçekleşecek ihlallere uygulanacak hukuk bakımından da aynı sonuca varılır. Bu noktada uluslararası arenada genel kabul gören kanunlar ihtilafı kuralları henüz benimsenebilmiş değildir. Konu tartışmalıdır. Görüş olarak ortaya konulan kanunlar ihtilafı kuralları, bir boyutu ile uygulanabilir gözükmekte ise de, diğer yandan beraberinde bazı sorunları getirmektedir. İleri sürülen bazı görüşleri örneklemek gerekirse; internet ağı üzerinden iletimi yapılan eserler, uydu yayınlarına benzetilmiş ve uydu yayınları için öngörülen bağlama kurallarının burada da uygulanabileceği ileri sürülmüştür. Ancak burada “gönderme/ yayın teorisi” ile “Bogsch teorisi”nden hangisinin uygulanacağı bir sorundur¹⁴¹. Gönderme teorisi, uydu sinyallerinin gönderildiği, yani yayının yapıldığı yer hukukunun uygulanmasını öngörür ve internetin yapısı buna benzetilirse, uydu sinyallerinin gönderilmesi ile bir eserin internete aktarılması aynı sayılabilir. Bu açıdan “fiil yeri hukuku”¹⁴² yani eserin internete aktarıldığı yer hukukunun uygulanması gereği ileri sürülmüştür. Ancak internetin yapısı gereği her bir kullanıcı interaktif bir etkiye sahiptir ve iletimini aldığı eserleri yeniden internete sunma imkanına her zaman sahiptir. Diğer yandan fiil yeri hukuku kötüye kullanılabilir,

¹⁴¹ Şebnem Akipek/ Esra Dardağan, “ Sanal Ortamda Gerçekleşen Telif Hakkı İhlallerine Uygulanacak Hukuk”, **AÜHFĐ.**, C. 50, S.3, 2001, s. 123-125.

¹⁴² Akipek,Dardağan, **İhlallere Uygulanacak Hukuk**, s.123-125

eser sahipleri tarafından en az korumanın sağlandığı ülkeden eser internete aktararak eser sahipleri ve bağlantılı hak sahipleri bakımından aleyhe bir durum yaratılabilecektir. Bogsch teorisine göre ise uydu ile yayın, sinyallerin gönderilmesinden alınmasına kadarki bir çok evreden oluşur ve yayınların alındığı ülkelerin hukuku kümülatif olarak somut olayda göz önüne alınmalıdır. İnternete aktarılan eser de bir çok ülkeye ulaşmakta, bu itibarla “sonuç yeri hukuku”¹⁴³, yani iletimi alan yer hukukunun uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Ancak bu görüşte de sorunlarla karşılaşılır. Sonuç yerinden bahsedebilmek için öncelikle, sonuç, yani ihlalden bahsetmek gerekir. Oysa hangi ülke hukukuna göre ihlalin tespit edileceği de tartışma yaratacaktır. “ Eser sahibinin mutad meskeninin veya işyerinin bulunduğu yer hukuku” veya “ failin meskeninin veya işyerinin bulunduğu yer hukuku” kurallarının da uygulanabileceği savunulmaktadır¹⁴⁴.

Türk Hukuku açısından konu ele alınırsa, internet ortamında fikir ve sanat eserlerine yönelik bir ihlalin gerçekleşmesi halinde hangi ülke hukukunun uygulanacağına dair MÖHUK.’de mevcut bir düzenleme bulunmamaktadır. Diğer yandan, ülkemizde yabancılık unsuru taşıyan fikir ve sanat eserleri ile ilgili uyuşmazlıklarda uygulanması söz konusu olabilecek düzenleme, Fikir ve Sanat eserleri Kanunu’nun üst başlığı “ Kanunlar İhtilafı” olan 88. maddesidir. Anılan madde şöyledir:

“Bu Kanun hükümleri:

1. Eser sahibinin vatandaşlığı gözetilmeksizin Türkiye’de ilk defa umuma arzedilen ve Türkiye’de bulunupta henüz umuma arzedilmemiş olan bütün eserlerle Türkiye’de bulunan bütün mektup ve resimlere;

2. Türk vatandaşlarının henüz umuma arzedilmemiş yahut ilk defa Türkiye dışında umuma arzedilmiş bütün eserlerine;

¹⁴³ Akipek, Dardağan, **İhlallere Uygulanacak Hukuk**, s.126 vd.

¹⁴⁴ Akipek, Dardağan, **İhlallere Uygulanacak Hukuk**, s.127. Ayrıca bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Kaplan, a.g.e., s. 168.

3. *Türkiye Cumhuriyetinin bağlı bulunduğu milletlerarası bir andlaşmada uygun hükümler bulunmak şartıyla yabancıların henüz umuma arzedilmemiş veya ilk defa Türkiye dışında umuma arzedilmiş bütün eserlerine; uygulanır.*

Eser sahibinin mensup bulunduğu devletin; Türk eser sahiplerinin haklarını kafi derecede koruması veya milletlerarası bir andlaşmanın yabancı eser sahiplerine taallük eden hususlarda istisna ve tahditlere cevaz vermesi hallerinde Bakanlar Kurulunca bu maddenin birinci ve üçüncü bentleri hükümlerinden istisnalar yapılması kararlaştırılabilir.”

FSEK. m. 88 hükmüne ilişkin ilk olarak söylenebilecek şey, maddenin internet ortamında herhangi bir eser türünün iletimi yoluyla gerçekleşecek ihlallere uygulanacak hukuk bakımından özel bir düzenleme getirmediğidir.

Öte yandan tez konumuzun sınırlarını aşmamak kaydıyla maddeye ilişkin doktrindeki yaklaşımlara da değinmek isteriz. Doktrinde¹⁴⁵ FSEK. m. 88 hükmünün bir kanunlar ihtilafı kuralından çok yabancılar hukuku düzenlemesi niteliği taşıyan bir düzenleme olduğu kabul edilmektedir. Buna gerekçe olarak, maddenin esasen Türk Hukukunun, yani Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun hangi hallerde uygulanacağını gösteren ve Türk Hukukuna üstünlük tanıyan tek taraflı bir bağlama kuralı olduğu ileri sürülmektedir. Madde bir kanunlar ihtilafı kuralı getirerek hangi hukukun uygulanacağını göstermekten uzaktır. Kısacası maddede, “ülkesellik” esası benimsenmiş ve Türk Hukukunun “menşe ülkesi hukuku (**lex loci originis**)¹⁴⁶” olarak baskın şekilde uygulanması öngörülmüştür.

¹⁴⁵ Bu konudaki görüşler için bkz. Akipek, Dardağan, **İhlallere Uygulanacak Hukuk**, s. 118; Kaplan, **a.g.e**, s. 30-31 ve 168 vd. ; Güneş , **a.g.m.**, s. 323. Aksi görüşte FSEK. m. 88, ülkesellik ilkesi esas alınarak, “koruma ülkesi hukuku” bağlama kuralının benimsendiği bir kanunlar ihtilafı kuralı olarak kabul edilmektedir. Bkz. Gülören Tekinalp, **Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları**, 8. Bası, İstanbul, 2004, s. 264 vd.

¹⁴⁶Menşe ülkesi, yayımlanma suretiyle alenileşen eserler bakımından eserin ilk defa yayımlandığı ülke, diğer eserler bakımından ise, eser sahibinin uyrukluk bağı ile bağlı olduğu ülke olarak ifade edilir. Akipek/Dardağan, **İhlallere Uygulanacak Hukuk**, s. 117-118.

İnternet ortamında iletimi yapılan eserler sebebiyle gerçekleşecek ihlallere uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralları bakımından Türk Hukukunda ikili bir ayrıma gidilmektedir. Buna göre ihlallere ilişkin olarak, akdi sorumluluk ve akit dışı sorumluluk kabul edilmektedir. Umuma iletim hakkının internet ortamında ihlalli ise genellikle akit dışı sorumluluk, yani bir haksız fiil olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁴⁷. Bu kapsamda MÖHUK.'de fikrî haklarla ilgili olarak özel bir bağlama kuralına yer verilmediğinden, ilke olarak sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde MÖHUK md. 24 ve haksız fiile dayalı (akit dışı) sorumluluk hallerinde ise MÖHUK md. 25 uygulama alanı bulacaktır¹⁴⁸. Türk mahkemelerinin yetkisi de MÖHUK md. 27 hükmüne göre belirlenecektir¹⁴⁹.

Haksız fiillere ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı MÖHUK m. 25'de düzenlenmiştir. Bu maddenin ilk fıkrasına göre, “*haksız fiilden doğan borçlar haksız fiilin işlendiği yer hukukuna tabiidir.*” Ancak MÖHUK m. 25/ f. 2'de haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması halinde, zararın meydana geldiği yer hukukunun uygulanacağı öngörülmüştür. Burada zararın meydana geldiği yerin tespiti, internetin karmaşık yapısı dolayısıyla her zaman mümkün olmayabilir. Bu bakımdan MÖHUK. m. 25/ f. 3 uyarınca haksız fiil ile “en sıkı ilişkili kanun”un uygulanması söz konusu olabilecektir. Böylece zarar yeri hukukunun belirlenmesindeki güçlük, en sıkı bağlantılı olan hukukun uygulanması ile giderilebilecektir¹⁵⁰.

MÖHUK Tasarısı¹⁵¹ ile artık fikri haklara ilişkin olarak özel düzenleme öngörülmektedir. “Fikri mülkiyete ilişkin haklara uygulanacak hukuk” başlıklı tasarınının 22. maddesine göre “*Fikri mülkiyete ilişkin haklar, hangi ülkenin hukukuna*

¹⁴⁷ Tekinalp, **a.g.e.**, N. 141, s. 330; Akipek/Dardağan, **İhlallere Uygulanacak Hukuk**, s. 115; Kaplan, **a.g.e.**, s. 229.

¹⁴⁸ Akipek/Dardağan, **İhlallere Uygulanacak Hukuk**, s. 115 vd.; Sait Güran et.al., **a.g.e.**, s. 35 (Öngören, **a.g.e.**, s. 84'den naklen).
; Kaplan, **a.g.e.**, s. 229; Eroğlu, **Telif**, s. 82-83.

¹⁴⁹ Sait Güran et.al., **a.g.e.**, s. 35 (Öngören, **a.g.e.**, s. 85'den naklen).

¹⁵⁰ Eroğlu, **Telif**, s. 83.

¹⁵¹ **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı**, (Çevrimiçi), <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1231.pdf>.

göre koruma talep ediliyorsa o hukuka tabidir (MÖHUK. Tasarı m. 22/ 1). Taraflar fikri mülkiyet hakkının ihlalden doğan talepler hakkında, ihlalden sonra mahkemenin hukukunu uygulanmasını kararlaştırabilirler.(MÖHUK. Tasarı 22/2)”

Tasarı ayrıca akti sorumluluk ve akit dışı sorumluluk ayırımına uygun olarak fikri haklara ilişkin olarak yapılan sözleşmeler bakımından ayrı bir düzenleme öngörmüştür. “ Fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler” başlıklı 27. madde şöyledir. “ (1) Fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler, tarafların seçtikleri hukuka tabidir. (2) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde sözleşmeden doğan ilişkiye, fikri mülkiyet hakkını veya onun kullanımını devreden tarafın sözleşmenin kuruluşu sırasındaki işyeri, bulunmadığı takdirde, mutad meskeni hukuku uygulanır. Ancak halin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşme bu hukuka tabi olur.”

Tasarının 63. maddesinin 3. bendi ise FSEK. m. 88’ hükmünü tamamen yürürlükten kaldırmaktadır.

5. Zamaşıımı

Hukuk davalarında zamaşıımı süresi Borçlar Kanunu hükümlerine göre belirlenecektir. Umuma iletim (ve çoğaltma) hakkına yönelik ihlal, genelde haksız fiil oluşturmakla birlikte bazı durumlarda sözleşmeye aykırılık olarak da karşımıza çıkar. Bu bakımdan ikili bir değerlendirmenin yapılması gerekir.

Umuma iletim (ve çoğaltma) hakkının ihlalinin hukuki kaynağı haksız fiil olarak değerlendirildiğinde zamaşıımı, zararın ve failin öğrenilmesinden itibaren 1 yıl ve her durumda fiilin gerçekleşmesinden itibaren 10 yıl olarak kabul edilmektedir (BK. m. 60). Müzik eserinin internet ortamında umuma iletimi ve bu amaçla yapılan veya internette umuma iletilmiş eserden yapılan çoğaltma genellikle hak sahiplerinden gizli olarak yapıldığından bu ihlallerin niteliği, kapsamı ve saldırıda bulunanları kesin olarak belirlemesi çok güçtür. Bu sebeple zamaşıımı, tecavüzün kesin olarak

öğrenildiği tarihten itibaren başlayacaktır¹⁵². Umuma iletim hakkına yönelik haksız fiil sürdükçe zamanaşımı işlemez¹⁵³.

İhlal niteliğindeki fiiller aynı zamanda suç teşkil ediyorsa, bu suç için bir ceza zamanaşımı öngörülmüş ise ve ceza zamanaşımı, hukuk davası bakımından öngörülen zamanaşımından daha uzun ise, ceza zamanaşımı uygulanacaktır (BK. m. 60/f. 2)¹⁵⁴. Bu konuda Yargıtay kararları istikrar kazanmıştır¹⁵⁵.

Umuma iletim hakkına yönelik tecavüz, sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanmakta ise bu takdirde zamanaşımı süresi 10 yıl olacaktır (BK. m. 125)¹⁵⁶. FSEK. m. 68 uyarınca açılacak tecavüzün ref'i davasında, eserin haksız olarak yayınlanması ve/ veya çoğaltılması halinde, şayet eser sahibi sözleşme olması ihtimalinde isteyebileceği miktarın üç kat fazlasına kadar bir bedelin kendisine verilmesini talep etmiş ise, bu talebin mahkemece kabul edilmesi ile “farazi sözleşme”¹⁵⁷ kurulacağı kabul edilmektedir. Bu şekilde kurulan - farazi- sözleşme ilişkilerinde, zamanaşımının BK. m. 125 uyarınca 10 yıl olarak kabul

¹⁵² Benzer görüşte Arlanlı, **a.g.e.**, s. 220; Genç Arıdemir, **Yayma ve Çoğaltma**, s. 181.

¹⁵³ Bu konuda bkz. 11. HD. 13.1.2004 T., 2003/13249 E. , 2004/174 K. (Suluk, Orhan, **a.g.e.**, s. 1021-1022) ;11. HD. 9.10.2000 T., 6431 E. , 7566 K. (Tekinalp, **a.g.e.**, s. 279, N. 76)

¹⁵⁴ Kılıçoğlu'na göre BK. m. 60/ f. 2'deki 1 ve 10 yıllık zamanaşımı süreleri zarar ve ziyan, yani tazminat davaları bakımından öngörülmüştür. Bu itibarla, tazminat dışındaki talepler bakımından daha uzun olan ceza zamanaşımının uygulanması söz konusu olamamalıdır. Kılıçoğlu, **Zamanaşımı**, s. 381.

¹⁵⁵ Suluk / Orhan, **a.g.e.**, s. 1014. “ ... davalılar eyleminin aynı zamanda suç olup (FSEK. m. 73) ceza zamanaşımına tabi olduğu yönünde... tartışılması gerekirken,... yanlış anlam verilerek ve gerekçe gösterilmeden, sırf BK.nun 60'ncı maddesindeki 1 ve 10 yıllık sürelerden söz edilerek,.. davanın zamanaşımı nedeniyle reddi doğru olmamıştır.” 11. HD. 7.12.2000 T., 7663 E. , 9770 K.; ayrıca bkz. 11. HD. 8.10.2003 T., 10001 E. , 9037 K. (Suluk, Orhan , **a.g.e.**, s. 1014-1016) ; 4. HD. 20.9.1979.T., 4725 E. , 9975 K. (YKD., C. VI, S. 8/1980, s. 1082-1085.) “ tüzel kişiler organlarının gerçekleştirdikleri haksız fiillerden dolayı doğrudan sorumludur. Organın haksız fiili aynı zamanda suç teşkil ediyorsa, tüzel kişiye karşı bu haksız fiil nedeniyle açılacak tazminat davalarında uzamış (ceza) zamanaşımı uygulanır.” 11. HD. 2.5.2000 T., 417 E. , 3789 K; 11. HD. 17.11.2000 T., 8885 E. , 9015 K. (Suluk, Orhan , **a.g.e.**, s. 1017-1020.)

¹⁵⁶ Çok istisnai hallerde BK. m. 126'nın uygulanabileceği ve bu sebeple zamanaşımı süresinin 5 yıl olduğu hususunda bkz. Kılıçoğlu, **Zamanaşımı**, s. 277-278.

¹⁵⁷ Farazi sözleşmenin varlığı ilk kez 1958 yılında 4. HD. 18.7.1958. T. , 1957/7180 E. , 1958/ 5077K. ile benimsenmiştir. Gürsel, **Yargısal Uygulama**, s. 979.

edilmesi gerektiği savunulmaktadır¹⁵⁸. Yargıtay'ın da bu görüşü benimsediği görülmektedir¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Uygulamada neredeyse bütün tazminat taleplerinin FSEK.m. 68 hükmüne dayandırıldığı bu bahisle BK. m. 125 uyarınca 10 yıllık zamanaşımından yararlanılmak istenildiği görülmektedir. Gürsel, **Yargısal Uygulama**, s. 979; Suluk, Orhan, **a.g.e.**, s. 1012.

¹⁵⁹“ FSEK. m. 68. maddesi davacı yararına bedele hükmedilmiş olmakla artık tecavüzün men'i isteminde bulunamaz. Zira... taraflar arasında sözleşme yapılmış gibi bir durum hasıl olmakta ve davalının kullanma veya çoğaltma durumu yasal hale gelmektedir. 5846 sayılı yasanın 68. maddesinin düzenleme şeklindeki amacın da bu olduğu anlaşılmaktadır.” 11. HD. 7.7.1987 T., 1936 E.,4131 K.; 11. HD. 26.2.2004 T., 2003/7070E., 2004/ 1799 K. (Suluk, Orhan, **a.g.e.**, s. 1011-1013); 11. HD. , 29.3.2001, 493E., 2537 K. (Kılıçoğlu, **Zamanaşımı**, s. 389 dn.9)

V. İHLALLERİN ENGELLENMESİNE YÖNELİK BAŞVURU USULÜ

A. FSEK. Ek m. 4/ f. 3'ün Öngördüğü Usul

Müzik eserlerinin internette sunumu yolu ile umuma iletim hakkına yönelik ihlallerin önlenmesi amacıyla FSEK.'de tecavüzün ref'i ve tecavüzün men'i davaları düzenlenmiştir¹. Ancak adlarından da anlaşılacağı üzere bu iki düzenleme dava açılmasını öngörmekte ve bu amaçla yargılama yapılması gerekmektedir. FSEK.'de umuma iletim hakkına yönelik ihlalleri engellemeye hizmet eden diğer bir düzenleme vardır ki, o da 5101 sayılı kanun² değişikliğinin 25. maddesi ile FSEK.'e dahil edilen Ek. m. 4/ f. 3 hükmüdür.

Madde ile öngörülen usul şöyledir: “*Dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/ veya görüntü nakline yarayan araçlarla servis ve bilgi içerik sağlayıcılar tarafından eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin bu Kanunda tanınmış haklarının ihlali halinde, hak sahiplerinin başvuruları üzerine ihlale konu eserler içerikten çıkartılır. Bunun için hakları haleldar olan gerçek veya tüzel kişi önce bilgi içerik sağlayıcısına başvurarak üç gün içinde ihlalin durdurulmasını ister. İhlalin devamı halinde bu defa, Cumhuriyet savcısına yapılan başvuru üzerine, üç gün içinde servis sağlayıcıdan ihlale devam eden bilgi içerik sağlayıcısına verilen hizmetin durdurulması istenir. İhlalin durdurulması halinde bilgi içerik sağlayıcısına yeniden servis sağlanır. Servis sağlayıcılar, bilgi içerik sağlayıcılarının isimlerini gösterir listeyi her ayın ilk iş günü Bakanlığa³ bildirir. Servis sağlayıcıları ile bilgi içerik sağlayıcıları, Bakanlıkça istendiği takdirde her türlü bilgi ve belgeyi vermekle yükümlüdür. Bu maddede belirtilen hususların uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir.*

¹ Bkz. bölüm VI., “İHLALLERE KARŞI AÇILABİLECEK DAVALAR”; başlık IV., A, 1 ve 2.

² 12.03.2004 tarih ve 25400 sayılı Resmi Gazete.

³FSEK. m. 1/ B, b. (1) ve Ek. m. 6 hükümleri uyarınca anılan bakanlık Kültür ve Turizm Bakanlığı'nı ifade etmektedir.

Birinci fıkrada bahsi geçen fiilleri kasten ve yetkisiz olarak işleyenler ile bu Kanunda tanınmış hakları ihlal etmeye devam eden bilgi içerik sağlayıcılar hakkında bu Kanunun 72. maddesinin (2) numaralı bendi⁴ hükümleri uygulanır.” (FSEK. Ek. m. 4/ f. 3 ve 4). Bilişim Ağı Hizmetlerinin Düzenlenmesi ve Bilişim Suçları Hakkında Kanun Tasarısı’nda da bu düzenlemeye benzer düzenlemeler bulunmaktadır⁵.

Düzenleme ile idari bir başvuru usulünün öngörüldüğü görülecektir. Zira maddede herhangi bir dava açılmasından bahsedilmemekte ve fakat ihlalde bulunduğu iddia edilen belli kişilere başvurulduktan sonra bir sonuç alınmaması halinde

⁴ Buna göre bu kişiler hakkında üç aydan iki yıla kadar hapis veya beş bin Yeni Türk Lirası’ndan elli bin Yeni Türk Lirası’na kadar ağır para cezasına veya zararın büyüklüğüne göre her ikisine birden hükmedilebilecektir (FSEK. m. 72/ b. 2).

⁵ Tasarı’nın “İçeriğe erişimin düzeltilmesi ve engellenmesi” başlıklı 15. maddesi şöyledir: “ (1) İçerik nedeniyle hakları ihlâlâ uğrayan gerçek veya tüzel kişiler, içerik sağlayıcısına, içerik sağlayıcısına erişilemiyorsa yer sağlayıcısına veya yer sağlayıcıya erişilemiyorsa erişim sağlayıcıya başvurarak içeriğin düzeltilmesini isteyebilirler. Bu istem hakkında en geç üç gün içerisinde cevap verilmesi gerekir. (2) Başvuru sahibinin istemine süresi içinde cevap verilmemesi ya da reddedilmesi hâlinde başvuru sahibi yerleşim yerinde bulunan sulh ceza mahkemesinden içeriğe erişimin engellenmesi kararı verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hâkimi bu istemi üç gün içerisinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Sulh ceza hâkiminin kararına karşı itiraz yoluna gidilebilir. İtiraz mercii üç gün içerisinde itirazı inceleyerek karar verir. İtiraz mercii karar kesindir. (3) Başvuru, yazılı ya da elektronik imzalı belge biçiminde yapılabilir. Başvuruda, hakları ihlâlâ uğrayan gerçek ya da tüzel kişinin açık kimliği, yerleşim adresi, başvuru dayanağı olan belgeler, başvuru konusu içeriğin erişim adresi, yer sağlayıcının adı, erişim sağlayıcının adı ve söz konusu olan içeriğin bulunması gerekir. (4) Hâkimin içeriğe erişimin engellenmesi kararı vermesi halinde, öncelikle içerik sağlayıcı, içerik sağlayıcıya erişilemiyorsa yer sağlayıcı veya yer sağlayıcıya erişilemiyorsa erişim sağlayıcı bu kararın gereğini üç gün içinde yerine getirir.” Tasarı’nın “İçeriğe erişimin engellenmesi tedbiri” başlıklı 37. madde ise şöyledir: “(1) Bu Kanunda sayılan suçların soruşturulmasında veya kovuşturulmasında suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı hâlinde, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle içeriğe erişimin engellenmesine karar verilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır.”

Tasarı, esasen ceza hukukunu ilgilendiren düzenlemeler içerir gibi algılanmaya müsait olsa da, internet ortamında müzik eserlerinin sunumu yoluyla umuma iletim hakkının ihlalinde de, internet sükelerinden içerik sağlayıcı, servis sağlayıcıların hukuki sorumluluklarının belirlenmesi bakımından dikkate alınabilecektir kanaatindeyiz. Nitekim tasarının Genel Gerekeçe’sinde, FSEK. kapsamında korunan eserlere açık atf yapılmakta ve ayrıca internet ortamında gerçekleşen eylemlerin ekonomik bakımdan büyük zararlara yol açması sebebiyle hak sahiplerini koruyan yeni düzenlemelerin yapılması gerektiğine işaret edilmektedir. **Bilişim Ağı Hizmetlerinin Düzenlenmesi ve Bilişim Suçları Hakkında Kanun Tasarısı**, (Çevrimiçi), <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/bilisim.htm>.

Cumhuriyet Savcısına başvuru öngörülmektedir. Burada Cumhuriyet savcısı yargılama yapmazsınızın idari bir karar almaktadır⁶.

Hakkı ihlal edilen kimseler bakımından FSEK. Ek m. 4/ f. 3 hükmü ile iki aşamalı bir koruma sağlanmaya çalışılmıştır. Buna göre ilk aşamada içerik ve servis sağlayıcılarına müracaat ederek ihlalin sona erdirilmesi talep edilecektir. Şayet ihlal 3 gün içinde durdurulmaz ve devam ederse, bu takdirde ikinci aşamaya geçilecek ve hakkı ihlal edilen kimsenin Cumhuriyet Savcısına müracaat etmesi gerekecektir. Cumhuriyet Savcılığına yapılan başvuruda, servis sağlayıcısının içerik sağlayıcısına sunduğu hizmetin durdurulması talep edilecektir.

FSEK. Ek m. 4/ f. 3 ile öngörülen usulün, çeşitli ülkelerde uygulanan “ uyar ve kaldır ” (**notice and take-down**) sisteminin bir benzeri olduğu belirtilmektedir⁷. Bu sistemin temeli, İSS.’nin kendisine bildirilen ihlali derhal kaldırması esasına dayanmaktadır. Sistem, Amerika Birleşik Devletleri’nde 1998 yılında yürürlüğe konulan “Dijital Milenyum Telif Hakları Kanunu” (**Digital Millenium Copyright Act**) ile uygulanmaya başlamıştır. Anılan Kanun yürürlüğe girmeden önce İSS’ler telif hakkı ihlallerine yardım eden ya da ihlale göz yuman ve bundan kar sağlayan kurumlar olarak şiddetli şekilde eleştirilmişlerdir. Zira İSS.’lerin içeriğin iletimine katkıları olmazsa ihlalin gerçekleşmesi imkansızdır. İSS’ler bu eleştirilere, buldukları **web** siteleri üzerinde yer alan her şeyi izlemelerinin mümkün olamayacağı iddialarıyla cevap vermişlerdir⁸.

⁶Memiş, **İhlallerin Engellenmesi Usulü**, s. 72.

⁷ Uyar ve kaldır sistemi, Finlandiya da sözleşme temeline dayanmaktadır. Buna göre meslek birlikleri ile telekomünikasyon kuruluşları arasında bir sözleşme yapılmakta, meslek birlikleri korunan müzik eserlerini telekomünikasyon kuruluşuna bildirecektir. Telekomünikasyon kuruluşu, ihlalde bulunan kullanıcıları ihlal konusunda bilgilendirecek ve uyaracaktır. Meslek birliklerini bildirimine rağmen ihlal niteliğindeki içeriği durdurmamayan telekomünikasyon kuruluşu sorumlu tutulacaktır. Amerika Birleşik Devletlerinde ise uyar ve kaldır sistemi Dijital Milenyum Telif Hakları Kanunu ile kanuni temellere dayandırılmıştır. Bu konuda bkz Akgün el. al. , **a.g.e.** , [http://bilisimsurasi.org.tr/dosyalar/16.doc.](http://bilisimsurasi.org.tr/dosyalar/16.doc;); Memiş, **İhlallerin Engellenmesi Usulü**, s. 63 vd.

⁸Bu konuda bkz. Akgün el. al. , **a.g.e.** , [http://bilisimsurasi.org.tr/dosyalar/16.doc.](http://bilisimsurasi.org.tr/dosyalar/16.doc;); Memiş, **İhlallerin Engellenmesi Usulü**, s. 63; Acun, **İnternet ve Telif Hakları**, s. 18.

Dijital Milenyum Telif Hakları Kanunu bu tartışmaları yeni bir mekanizma oluşturarak sonlandırmıştır. Bu mekanizmaya göre İSS'ler, müşterilerinin eser hakkı ihlal edilmiş bir eseri **on-line** sunmaları halinde “uyar ve kaldır” (**notice and takedown**) tedbirini uygulayacaklar ve böylece mali sorumluluktan kurtulabileceklerdir. Bu mekanizma, eser hakkı ihlallerinde erişimin engellenebilmesi için resmi belgelere dayalı bir “ uyarı ” (**notification**) yapılmasını gerekli kılmaktadır. Bu uyarı, ihlale uğramış materyali yeterli ölçüde tanımlayıcı, imzalanmış ve yazılı olmalı; şikayetçi tarafın adresini ve hak sahibi adına davranmaya yetkili olduğunu belirtir belgeleri kapsamalı; materyalin kullanımına ilişkin olarak hak sahibi tarafından ya da kanuni olarak izin verilmediğini bildirir belgeleri içermelidir. Bu tedbire göre İSS., ihlale ilişkin bir uyarı alır almaz izinsiz materyali ortamdaki kaldırmak zorundadır.

İSS'lerin bu sorumluluktan aşağıdaki durumlarda kurtulabilecekleri belirtilmektedir:

- İSS., ihlalden parasal kazanç elde etmiyorsa,
- İSS, iletinin ihlal oluşturduğunu gösterir bilgiye sahip değilse ya da bu kendisine bildirilmemişse, farkında değilse,
- İhlali öğrenir öğrenmez İSS hızlı bir şekilde bu iletiyi ortamdaki kaldırır ya da erişimini engellerse.

Bu tedbirlerin yanı sıra İSS'lerin, eser hakkı sahiplerinden gelen uyarıları da alacak bir sistem oluşturmaları zorunlu kılınmaktadır. Ayrıca İSS'lerden, ihlali tekrar eden müşterilerinin hesaplarını sona erdirmeyi sağlayacak bir politika uygulamaları ve bu politikadan müşterilerini haberdar etmeleri de istenmektedir. Servis sağlayıcıdan, her ne kadar ihlali tekrarlayan müşterinin hesabını kapatması istenmekteyse de, eğer servis sağlayıcı kişinin ihlale iyi niyeti sonucu karıştığına inanırsa hizmetini sonlandırmakta serbest bırakılmaktadır. Benzer şekilde, servis sağlayıcılar bir sözleşme yaparak

herhangi bir sebeple kullanıcılarının hesaplarını sona erdirmeleri hususunda da serbest bırakılmışlardır⁹.

B. FSEK. Ek m. 4/ f. 3'ün Eleştirisi

FSEK. Ek. m. 4'de içerik ve servis sağlayıcılardan bahsedilmiş olmakla birlikte bu kavramların ne manaya geldiği hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. Kavramlara ilişkin olarak FSEK.'de tanımlama yapılmamıştır. Tanımlama, bu kişilerin sorumluluklarının belirlenmesi bakımından vazgeçilemez bir olgudur. Nitekim İSS.'ler bir çok fonksiyona sahip bir internet süjesidir. İSS., internet ağını işleten kişi; internet ağına girişi sağlayan sunucu (**access- provider**); içerik sağlayıcı (**content-provider**) ve kendi yahut başkalarına ait içeriği depolama hizmeti sunan bir kişi (**host- provider**) olarak karşımıza çıkabilmektedir. İSS.'e karşı başvuru usulünün uygulanabilmesi için bu fonksiyonlardan hangisinin somut olayda söz konusu olduğunun tespiti gerekir. Çünkü bu fonksiyonlara göre somut olayda İSS.'lerin sorumluluğu belirlenebilecektir¹⁰. Öte yandan hangi durumlarda İSS.'lerin sorumluluktan kurtulacağı da belirlenmesi gerekir. Bu konuda Dijital Milenyum Telif Hakları Kanunu'na benzer olarak aynı düzenlemenin benimsenmesi değil fakat, hangi durumlarda sorumluluğun doğmayacağı açıkça düzenlenmelidir. Oysa FSEK. Ek. m. 4'de bu hususun da gözden kaçırıldığı görülmektedir. Sadece İSS.'lere karşı başvuru usulünün uygulanacağından bahseden madde hükmü bu bakımdan yetersiz ve sakıncalıdır. Tanımlar ve sorumlulukların belirlenmesi bakımından belirleyici olacak olan Bakanlıkça çıkarılacak yönetmeliğin de henüz çıkartılmamış olması, söz konusu belirsizliği devam ettirmektedir¹¹.

FSEK. Ek m. 4 kapsamında “ihlal”in var olup olmadığı noktasında Cumhuriyet Savcısına ve özellikle başvuru sahiplerine takdir hakkı tanınması da eleştirilmesi gereken diğer bir husustur. Bir ihlalin var olup olmadığı ve eğer var ise

⁹ Bu konuda bkz. Akgün el. al. , **a.g.e.** , <http://bilisimsurasi.org.tr/dosyalar/16.doc>.

¹⁰ Bu konuda tekrardan kaçınmak amacıyla, daha önce bu konunun ele alındığı başlığa atıf yapmakla yetiniyoruz. Bkz. başlık IV., D, 2, b., “İnternet Servis Sağlayıcıları/ İSS.'ler”.

¹¹ Memiş, **İhlallerin Engelleme Usulü**, s.70-71 ve 73-74.

ihlalin niteliği ve kapsamı ancak uzman bilirkişilerin de katkısının bulunacağı uzun bir yargılama sürecinin sonunda açıklığa kavuşturulabilecektir. FSEK. Ek. m. 4 uyarınca sadece hak sahiplerinin iddiaları üzerine Cumhuriyet Savcılarının karar vermesi doğru değildir. Detaylı bir incelemenin bulunduğu bir yargılama yapılmaksızın verilecek kararda yanılma ihtimali her zaman söz konusu olabilecektir¹². Bu ise İSS.'lerin yersiz olarak hukuki prosedüre maruz kalmaları sonucunu doğuracaktır.

Sistemin sağlıklı işleyebilmesi için içerik sağlayıcılara ilişkin bilgilerin İSS.'lere başvuru esnasında bildirilmesi gerekir¹³. İdari veya yargısal bir başvuru sonucunda harekete geçildiğinde muhatabın açıkça belirlenmesi gerekir. Ancak FSEK. Ek m. 4/ f. 3'de buna ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığı gözükmektedir. Bu bakımdan da madde hükmü eleştiriye açıktır. Diğer yandan “Bilişim Ağı Hizmetlerinin Düzenlenmesi ve Bilişim Suçları Hakkında Kanun Tasarısı”nda, bu konuda daha hassas davranıldığı görülmektedir. “Genel bilgilendirme yükümlülüğü” başlıklı 6. maddede erişim, hizmet ve içerik sağlayıcılar şu bilgileri bilişim ağı üzerinde kendi içeriklerinde hazır bulundurmakla yükümlü tutulmuştur:

- Gerçek kişi ise adı ve soyadı, tüzel kişi ise unvanı,
- Tebligat adresi,
- Elektronik iletişim adresi,
- Vergi kimlik numarası, bir sicile kayıtlı ise sicil numarası,
- Sunduğu hizmet bir merciin iznine veya denetimine tabi bir faaliyet çerçevesinde sunuluyor ise yetkili denetim merciine ilişkin bilgiler.

FSEK.'de öngörülen usul bakımından belki de en önemli husus, bunun Türk Hukuku ile sınırlı yerel bir düzenleme olmasıdır. Hukuka aykırı içeriklerin yurtdışından sunulması ihtimalinde, FSEK. Ek m. 4 ile öngörülen usulün yetersiz kalacağı açıktır. Bu gibi durumlarda uluslararası başvuruların yapılacağı veya bunların ilgili İSS.'lere ulaştırılacağı mercilerin varlığı gerekmektedir¹⁴.

¹² Memiş, **İhlallerin Engelleme Usulü**, s. 72.

¹³ Memiş, **İhlallerin Engelleme Usulü**, s. 58.

¹⁴ Memiş, **İhlallerin Engellenmesi Usulü**, s. 59.

Sonuç olarak FSEK. Ek. m. 4/ f. 3 hükmü bir çok bakımdan yetersiz bir düzenlemedir¹⁵. İnternet süjelerinin ve özellikle İSS.'lerin sorumluluklarını düzenleyen kapsamlı bir kanunun hazırlanması gerekmektedir kanaatimizce.

¹⁵ Memiş bu hükmün uygulanamaz olduğunu belirtmektedir. Memiş, **İhlallerin Engellenmesi Usulü**, s. 73-74.

SONUÇ

1. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 3. maddesinde yerini bulan müzik eserleri, geniş kitleler tarafından çok çeşitli şekillerle haksız olarak yararlanılan bir eser türüdür. İnternetin ortaya çıkışı, müzik eserlerinden bu haksız yararlanmayı dış dünyadan alarak sanal ortama taşımıştır. Bu, hem günümüzü ve hem de geleceği ilgilendiren ve başta müzik eser sahipleri olmak üzere icracı sanatçıların, fonogram yapımcılarının, radyo-televizyon kuruluşlarının, film yapımcılarının FSEK. ile korunan mali haklarını zarara uğratabilecek önemli bir konudur. Meselenin özünde, bir müzik eserinin dış dünyadan alınarak internet ortamına taşınmasının serbest olup olmadığı yatmaktadır. Mali haklar açısından bu soruya cevap ararken baz alınacak temel düzenleme, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 25. maddesinde düzenlenen “işaret, ses ve/ veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı”dır.

2. İnternette görsel, işitsel, yazılı veya bunların bütününden ibaret bir çok verinin iletimi yapılmakta, bu verilerin büyük bir çoğunluğunda sesli öğeler ön plana çıkmaktadır. Lakin her bir sesli öğe, FSEK. kapsamında bir müzik eseri olarak değerlendirilemez. Genel olarak FSEK'in ve özel olarak umuma iletim hakkını düzenleyen FSEK. m. 25 hükmünün uygulanabilirliği, somut olayda FSEK. kapsamında ele alınabilecek bir “müzik eseri”nin mevcudiyetine bağlıdır. Bu hususta bir değerlendirme yapılabilmesi için ise, öncelikle FSEK. kapsamında bir “eser”in genel özelliklerinin bilinmesi icap eder. Çünkü müzik eserlerini –sadece- “*Musiki eserleri, her türlü sözlü ve sözsüz bestelerdir*” şeklinde tanımlayan FSEK. m. 3. hükmü, bir müzik eserinin belirleyici özelliklerinin ortaya konulmasında yeterince açıklayıcı değildir.

FSEK. kapsamında genel bir “eser”i tanımlayan FSEK. m. 1/B, b. (a) hükmü gereğince eser, sahibinin hususiyetini taşımalı ve FSEK.'de düzenlenmiş olan ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eseri olarak sayılan eser kategorilerinden birine dahil bir fikri ürün olmalıdır. Tanımında tereddüt uyandıran “hususiyet” kavramından anlaşılması gereken, eserde sahibinin *üslûbunu* görebilmektir. Sözlü

yada sözsüz her türlü beste uzunluk yada kısalığına, karışık bir yapı sergileyip sergilemediğine, üzerinde kapsamlı olarak çalışılıp çalışılmadığına, notalara dökülmüş ya da doğaçlama olup olmadığına, bilgisayar ve yardımcı diğer teknolojiden yararlanılıp yararlanılmadığına ve bunlar gibi bir çok değerlendirmeye tabi tutulmaksızın eser sahibinin üslûbunu yansıttığı taktirde müzik eseri olarak nitelendirilir. “Üslûp” görüşü günümüz eser üretim eğilimine de uygun bir görüştür. Çok farklı etkilere maruz kalan yaratıcı insan zekası artık tepkisini hem çok farklı ürünlerin meydana getirilmesi yolu ile hem de daha sık dışa vurma eğilimindedir. “Üslûp” görüşü ile sahibinin üslûbunu görebildiğimiz çeşit ve sayı bakımından çok daha geniş yelpazedeki ürün müzik eseri olarak kabul edilebilme imkanı kazanır. Bu bahisle, kendi ruh alemine yakın olarak sesin kaynağını doğada bulan, doğadaki sesleri toplayan ve bunları üslûbunu yansıtarak biçimlendiren bestecilerin kompozisyonlarını (**sound-sampling** yöntemi ile oluşturulan besteleri) dahi çağdaş anlayışa göre müzik eseri saymak gerekir.

3. Hızla gelişen teknoloji, bir çok kavramı beraberinde getirmiştir. “Multimedya” bunlardan birisidir. Kavramın net bir anlam karşılığı bulunmamaktadır. En basit tarifi ile ifade etmek gerekirse multimedya ürün, eser olarak nitelendirilen yahut nitelendirilemeyen işitsel, görsel ve yazılı öğelerin iç içe geçecek şekilde bir bütün halinde kullanıldığı ve özellikle dijitalleşmenin etki ve yardımları ile vücuda getirilen fikri ürünlerdir. Diğer taraftan, bilgisayar anabelleği, **CD.**, **DVD.**, taşınabilir bellek, **İpod** gibi bir çok yenilik de teknoloji ile yaşamlarımıza girmiştir. Müzik eserleri bu sayede bir çok ortama kaydedilebilmekte, bir çok ortamda saklanabilmekte/ depolanabilmekte ve bu ortamlardan diğer ortamlara aktarılabilir. Bir fikri ürünün müzik eseri vasfı kazanmasında, multimedya ürünlerde olduğu gibi bu ürünlerin eser niteliği taşıyan veya taşımayan diğer unsurla birlikte yer almasının veya bu ürünlerin kaydedildikleri, saklandıkları, aktarıldıkları ortam ve materyallerin bir önemi yoktur. Bütün bunlardan bağımsız olarak bu hususta asıl belirleyici olan, eser sahibinin hususiyetini, yani üslûbunu görebileceğimiz sözlü veya sözsüz bir bestenin somut olayda mevcut olmasıdır.

4. Teknolojinin, daha doğru bir ifade ile, teknolojik araçları geliştiren ve üretenlerin, FSEK. ile korunan umuma iletim ve diğer mali ve manevi hakları haleldar etmediği açıktır. Ancak, müzik eserlerinin internette sunumu yoluyla umuma iletim hakkının ihlal edilmesinde bazı teknolojik araçlar ön plana çıkmaktadır. Somut olayda umuma iletim hakkının ihlal edilip edilmediğini belirleyebilmek, ihlallerde kullanılan teknolojik araçların altyapısını ve bunların kullanılması suretiyle ihlalde bulunanların yöntemlerini kavrayabilmeye bağlıdır. Sesli verilerin sıkıştırılmasına özgü olarak kullanılan **Mp3** teknolojisi; genel olarak verilerin sıkıştırılmasında kullanılan diğer sıkıştırma programları; internet kullanıcıları arasında veri transferini son derece kolaylaştıran **P2P (peer- to- peer)** esasına dayalı çalışan veri değişim programları; elektronik posta ve forumlar; internet radyoculuğunda/televizyonculuğunda hukuka uygun olarak yayınlanan müzik eserlerinin kaydedilmesine ve bu yolla elde edilen nüshaların yeniden internete hukuka aykırı olarak aktarılmasını sağlayan kayıt programları; müzik eserlerinin sunumuna dayalı veya müzik eserlerine yer veren **web** sayfaları, umuma iletim hakkının ihlalinde yararlanılan teknolojik araç ve yöntemler olarak somut olayda karşımıza çıkabilmektedir.

5. İnternette gerçekleşecek bir “sunum”un hangi mali hakkın kapsamında değerlendirilmesi gerektiği noktasında FSEK.’in lafzı yanıltıcı olabilmektedir. Yayma hakkını düzenleyen FSEK. m. 23 hükmünde ve temsil hakkını düzenleyen FSEK. m. 24 hükmünde kullanılan ifadeler, internetteki “sunum”ları karşılıyorlarmış gibi algılanmaya son derece müsaittir. Ancak bu sunumların umuma iletim hakkı ile ilgili olduğu hususunda şüphe duymamak gerekir. Kanun koyucu, sağlıklı ve yeterli bir düzenleme ile olmasa da, FSEK. m. 25 hükmünü internet teknolojisini dikkate alarak düzenlemiştir. Maddede geçen “dijital iletim” ve “gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda eser(in)e erişim” ifadeleri, internet teknolojisine yapılan özel atıf niteliğindedir. Nitekim Eski FSEK. m. 25 hükmünü yürürlükten kaldırarak yeni maddede umuma iletim hakkını düzenleyen 21.2.2001 tarih ve 4630 sayılı Kanun gerekçesinde internetten ve eserlerin internet ortamına taşınmasından açıkça bahsedilmektedir. Aynı şekilde 4630 sayılı Kanun’u hazırlayan Millî Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonu raporunda da internetten, eserlerin internet ortamına aktarılmasından ve özellikle eserlerin internet ortamına özgü satış ve diğer iletim

şekillerinde açıkça bahsedilmektedir. FSEK. m. 25 ile düzenlenen işaret, ses ve/ veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı, internet ortamında eser sunumuna özgü, diğer mali haklardan bağımsız ayrı bir mali haktır.

6. İnternet ortamında bir müzik eserinin sunumu yolu ile umuma iletim hakkının ihlal edildiğinden bahsedebilmek için somut olayda üç şartın birlikte gerçekleşmiş olması gerekir. Bunlardan ilki, teknik bakımdan zorunlu bir şarttır; müzik eserinin diğer kişilerin erişimine açık bir sunucuya (**server**'a) yüklenmesi gerekir. Diğer şart, umuma iletim hakkını düzenleyen FSEK. m. 25 hükmünün bir gereğidir; sunumun “umum”a yapılması gerekir. Son şart ise, sunumun izinsiz yapılmış olmasıdır.

7. Umuma iletim hakkını düzenleyen FSEK. m. 25 hükmünde “umum” kavramı sürekli tekrarlanmasına rağmen, büyük bir eksiklik olarak, kavram ne anılan maddede ne de FSEK.'in genelinde açıklanmıştır. Kavram, kişinin, kişisel bağlantılarının bulunduğu yakın/ dar çevresi dışında kalan kişilere müzik eserlerini -internet üzerinden- iletimi olarak anlaşılmalıdır. Hiçbir kişisel ilişkisi bulunmayan yüzlerce/milyonlarca kullanıcının dahil olduğu **P2P** teknolojisine dayalı veri değişim programlarına müzik eserlerinin yüklenmesi bu bağlamda “umum”a iletimdir. Diğer taraftan kavram, müzik eserlerinin internette iletim şekil ve yöntemine göre farklı yorumlanamaz; kavramın her somut olayın özelliklerine uygun olarak değerlendirilmesi gerekir. E-postalar genelde yakın/dar bir şahıs çevresine gönderilmektedir. Buradan hareketle e-posta ile müzik eserlerinin iletimi umuma iletim değildir genellemesi yapılamaz. Propaganda amacıyla siyasi anlam taşıyan bir müzik eserinin kurulan e-posta zinciri ile yüzlerce kişiye gönderilmesi ihtimalinde de “umuma” iletimden bahsedilmelidir.

8. Bir müzik eserinin bizatihi internete aktarılması değil, bu yolla yapılan umuma iletimin izinsiz olması yahut alınan iznin sınırlarını aşması, umuma iletim hakkının ihlali sonucunu doğurmaktadır. Bu kapsamda bir müzik eserinin internet ortamında sunulabilmesi için öncelikle ve özellikle eser sahibinden izin alınması gerekir. Somut olayın özelliklerine göre eser üzerinde hak sahibi olan bağlantılı hak

sahiplerinin, mali hakları devralan kişilerin yahut ruhsat (lisans) sahiplerinin de izni alınmalıdır. Alınacak iznin FSEK. m. 52'e uygun olması gerekir. Bu kapsamda alınacak iznin yazılı olması ve sınırlarının açıkça çizilmiş olması gerekmektedir. Yazılı şekil şartı, ispat şartı olmayıp geçerlilik şartıdır. İnternet ortamında sunulan bir müzik eseri oldukça yaygın bir yararlanmaya maruz kalır. FSEK. m. 52 kapsamında izin alınması bu bakımdan ayrı bir öneme sahiptir. Nitekim FSEK. m. 52'de öngörülen geçerlilik şartı, izni verecek hak sahiplerini hem bu yaygın kullanıma karşı uyarma vazifesi görecektir, hem de yararlanmanın sınırlarını çizerek hak sahiplerinin etkin bir biçimde korunmasına hizmet edecektir.

9. Eser sahibine tanınan mali haklar süre bakımından (FSEK. m. 26-27), kamu düzeni düşüncesiyle (FSEK. m. 30), genel menfaat düşüncesiyle (FSEK. m. 31 vd.) ve özel menfaat düşüncesiyle (FSEK. m. 38 vd.) sınırlandırılmıştır. Kanunen çizilen bu sınırlar çerçevesinde -belirli şartlar altında- müzik eserlerinden izin alınmaksızın yararlanması mali hakları ihlal etmez. Bunlar, uygun düştikleri oranda mali bir hak olan umuma iletim hakkı için de geçerli sınırlandırma sebepleridir.

Bu sınırlama sebeplerinin internet teknolojisi ile uyumlu hale getirilememiş olması FSEK.'deki büyük bir eksikliklerdir. Günümüz koşullarına uygun olarak bu sınırlama sebepleri ile umuma iletim hakkı arasında var olması gereken zorunlu uyum FSEK.'de sağlanamamıştır. Örneğin, internet ortamında faaliyet gösteren eğitim/öğretim kurumları internet teknolojisini kullanarak yüz yüze eğitim/öğretim verebilmektedir. Bu gibi kurumların faaliyetleri FSEK. m. 33 uyarınca "yüz yüze" eğitim/öğretim kapsamına girebilir mi belli değildir. Benzer şekilde, FSEK. m. 38'de şahsi kullanım serbestisi çoğaltma hakkı (FSEK. m. 22) bakımından öngörülmüş iken, şahsi kullanım amacı ile bir müzik eserinin internette umuma iletiminin serbest olup olmadığı hususunda FSEK.'de bir açıklık bulunmamaktadır. Çoğaltma hakkı bakımından şahsi kullanım istisnasını ayrıntılı olarak düzenleyen FSEK. m. 38'de dahi, internet tekniği bakımından bir çok aşamada gerçekleşen çoğaltmaların (**caching**, **routing** vb.) çoğaltma hakkına yönelik ihlal oluşturup oluşturmayacağı hususunda bir açıklık bulunmamaktadır.

10. Umuma iletim hakkı FSEK.'de düzenlenmiş mali bir hak olduğundan, bu hakkın ihlali veya ihlal tehlikesi karşısında FSEK.'de öngörülen yaptırımlar uygulanabilecektir. Bu bağlamda hukuk davaları (tecavüzün ref'i (FSEK. m. 66 ve FSEK. m. 68), tecavüzün men'i (FSEK. m. 69), maddi ve manevi tazminat davaları (FSEK. m. 70); hürriyeti bağlayıcı cezaları da içeren ceza davaları (FSEK. m. 71 vd. maddeler) açılabilir ve diğer bazı tedbirlere (FSEK.m 77-79) başvurulabilir. Ayrıntılı olarak düzenlenen bu yaptırımların, ihlalleri caydırıcı etkiye sahip olduğu söylenebilir. Burada asıl üzerinde durulması gereken husus, internet sùjelerinin fark ve fonksiyonlarının dikkate alınmaksızın FSEK.'de anılan yaptırımların öngörölmüş olmasıdır. Diğer bir deyişle, bir ihlal veya ihlal tehlikesinin varlığı halinde aleyhlerine bu yaptırımlara başvurulabilecek internet sùjelerinin sorumluluk esasları FSEK.'de düzenlenmemiştir. İnternet ortamında kullanıcılar, internet servis sağlayıcıları, telekomünikasyon idareleri, içerik sağlayıcılar gibi birçok farklı sùje bulunmakta, bu sùjeler somut bir olayda farklı fonksiyonlara sahip olabilmektedir. Buna rağmen, FSEK. Ek m. 4/ f. 3 hükmünde "servis sağlayıcı" ve "içerik sağlayıcı" adlarının sadece zikredilmesi dışında, internet sùjelerine ait ne bir tanım ne de bu sùjelerin sorumluluklarına dair bir düzenlemeye FSEK.'de rastlanır. Bu büyük eksiklik sebebiyle, bir müzik eserinin internette sunulması umuma iletim hakkının ihlal edildiği bir durumda, bu sunumla herhangi bir ilişkisi bulunmayan, sunumdan haberdar olmayan diğer internet sùjelerinin de haksız olarak ağır yaptırımlara maruz kalma riski bulunmaktadır. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 30.9.2004 tarih ve 2004/ 9096K.- 2003/12494E. sayılı kararı, böyle bir ihtimalin gerçekleşebileceğini somut olarak gözler önüne sermektedir. Anılan kararda eser, bir kullanıcı tarafından internette umuma sunulmuş, bu sunumda internet servis sağlayıcısının fonksiyonu ve kusurunun bulunup bulunmadığı üzerinde bir araştırma yapılmaksızın, ihlali gerçekleştiren kullanıcı ile birlikte internet servis sağlayıcısı aleyhine de tazminata hükmedilmiştir.

11. 12.03.2004 tarih ve 5101 sayılı kanun değişikliği ile FSEK.'e dahil edilen Ek. m. 4/ f. 3 hükmü, internet ortamında müzik eserlerinin izinsiz olarak umuma iletimini önleyici bir düzenleme olarak karşımıza çıkar. Anılan düzenleme ile, hakkı ihlal edilen kişiler bakımından iki aşamalı bir koruma sağlanmaya

çalışılmıştır. Buna göre ilk aşamada hakkı ihlale uğrayan kimse, içerik sağlayıcısına müracaat ederek ihlalin sona erdirilmesini, yani izinsiz olarak internette sunulan müzik eserinin içerikten çıkartılmasını talep edecektir. Şayet ihlal 3 gün içinde durdurulmaz ve devam ederse, bu takdirde ikinci aşamaya geçilecek ve hakkı ihlal edilen kimsenin Cumhuriyet Savcısına müracaat etmesi gerekecektir. Cumhuriyet Savcılığına yapılan başvuruda, servis sağlayıcısının içerik sağlayıcısına sunduğu hizmetin durdurulması talep edilir.

İlk bakışta FSEK. Ek. m. 4/ f. 3 hükmü, müzik eserlerinin internet ortamında izinsiz olarak umuma sunumunu etkili ve hızlı bir biçimde önleyici bir madde olarak algılanabilir. Bu bakımdan olumlu bir düzenlemedir. Ancak konu üzerinde detaylı düşünüldüğünde, hükmün FSEK. içinde bir çelişki doğurduğu görülür. İhlallerin önlenmesine yönelik olarak FSEK.’de tecavüzün ref’i ve tecavüzün men’i davaları düzenlenmiştir. Bu iki dava, yargılamayı gerekli kılmaktadır. Yargılamada, bir ihlalin somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği, ihlalde bulunan ve bundan zarar gören kişilerin kimler olduğu gibi meseleler detaylı olarak incelendikten sonra kesin olarak sonuca bağlanır. Yapılan yargılamada umuma iletim hakkının gerçekten ihlal edilip edilmediğine dair varılacak sonuç oldukça önemlidir. FSEK. Ek. m. 4/ f. 3 hükmü ile ise idari bir başvuru usulü öngörülmektedir. Zira maddede herhangi yargılamadan bahsedilmemekte ve fakat ihlalde bulunduğu iddia edilen belli kişilere başvurudan sonra sonuç alınamaması halinde Cumhuriyet Savcısına başvuru usulü öngörülmektedir. Burada Cumhuriyet savcısı yargılama yapmazsınız idari bir karar almaktadır. Mahkemede yapılacak yargılama sonucunda umuma iletim hakkının ihlal edilmediği sonucuna varılacak olmasına rağmen, Cumhuriyet Savcısının sırf ilgili kişilerin başvurusu ile “hizmetin durdurulması” yönünde bir karar verebilecek olması sakıncalıdır.

12. FSEK. Ek. m. 4/ f. 3 hükmü, internet ortamında eser sunumlarının kanunla düzenlenmesi bakımından FSEK.’in sağlıklı bir kanun olmadığını da göstermektedir. Nitekim, ihlalleri kolaylaştırması bakımından bugün internetin taşıdığı risk dikkate alınarak bir bütün halinde kanun değişikliği yapılması gerekirken, kanun koyucu bu hususta gerekli hassasiyeti göstermediğini ek maddeler ile gözler

önüne sermiştir. İnternet ortamındaki ihlalleri önlemede etkili olan ve yabancı ülke hukuklarında “ uyar ve kaldır ” (**notice and take-down**) olarak anılan usul dahi ne yazık ki kanun sistematığından uzak bir şekilde ek maddeler ile FSEK. içine dahil edilmiştir. Maddede, internetteki izinsiz sunumu önlemek amacıyla başvurulacak “bilgi içerik sağlayıcı” ve “servis sağlayıcı” gibi kişiler dahi yeterli şekilde açıklığa kavuşturulmamıştır. Bu kişilere ne tür belgelerle ne tür bir başvurunun yapılması gerektiğine dair usul FSEK.’de düzenlenmemiştir.

13. Bütün bu bilgiler ışığı altında iş bu tezde vardığımız nihai sonuç; internetin karmaşık altyapısının ve taşıdığı riskin göz önüne alınarak -başta umuma iletim hakkı olmak üzere- mali ve manevi hakların sağlıklı bir biçimde korunabilmesine hizmet edecek kendi içinde uyumlu yeni bir kanunun hazırlanmasıdır. Her ne kadar FSEK. m. 25.’de “işaret, ses ve/ veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı” düzenlenmiş olsa da, bu, internet ortamında sunumu yapılan müzik eserleri ve diğer eserler bakımından tek başına yeterli bir düzenleme değildir. İnternetin teknik altyapısının, internet ortamında yer alan sùjelerin ve bunların sorumluluk esaslarının belirlenmesine ilişkin olarak FSEK.’de büyük boşluklar bulunmaktadır. Burada kanun koyucu, yeni bir takım maddeleri FSEK.’ e dahil etme yolunu seçmiştir. Fakat söz konusu boşluk bu yolla ne yazık ki kapatılabilecek gibi değildir. Bu sebeple, günümüzü ve geleceği ilgilendiren bu önemli konu üzerinde bir bütün olarak düşünölmeli ve yeni bir kanun hazırlanmalıdır.

KAYNAKÇA

Acun, Ramazan: “İnternet ve Telif Hakları”, (e.y.b.k. **Bilgi Dünyası**, S.1/1, Nisan, 2000, s. 5-26), (Çevrimiçi) <http://www.history.hacettepe.edu.tr/archive/İnternetTelif.html>, 20.03.2006.

Akgün, Kemal / Işıklı, Hasibe / İnce, Murat / Peşkirin, Hülya: “İnternet Yayıncılığı ve İnternet Servis Sağlayıcılarının Sorumlulukları Genel Politikalar ve Düzenleme Önerileri”, (Çevrimiçi), <http://bilisimsurasi.org.tr/dosyalar/16.doc>, 25.04.2006.

Akipek, Şebnem/ Dardağan, Esra: “Sanal Ortamda Telif Hakları”, **BATIDER**, C. XXI, S.1, Haziran 2001, s. 47-77. (a.g.m.)

Akipek, Şebnem/ Dardağan, Esra: “ Sanal Ortamda Gerçekleşen Telif Hakkı İhlallerine Uygulanacak Hukuk” , **AÜHFD.**, C. 50, S.3, 2001, s. 115-139. (İhlallere Uygulanacak Hukuk)

Arıkan, Ayşe Saadet: “İnternetin Fikri ve Sınai Haklar Üzerindeki Etkisi”, **Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001 İzmir**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2002, s.89-105.

Arıdemir-Genç, Arzu: **Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2003. (Çoğaltma ve Yayma)

Arslanlı, Halil: **Fikri Hukuk Dersleri II: Fikir ve Sanat Eserleri**, İstanbul, 1954.

Ateş, Mustafa: **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması**, Ankara, Seçkin, 2003. (a.g.e.)

Ateş, Mustafa: “Fikir ve Sanat Eserlerinin Kamuya Sunulması: Alenileşmemiş ve Yayınlanmamış Eserler Fikri Hukuka Göre Korunamaz mı?”, **BATIDER**, C. XXIII., S. 3, Ankara, Haziran 2006, s.28-39. (Eserler)

Ayiter, Nuşin: **Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri**, Ankara, 1981.

Baygın, Cem: “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na Göre Eser Sahibinin Hakları İle Bağlantılı Haklar”, **AÜEHKD.**, C. V, S.1-4, 2001, s. 297-329. (Bağlantılı Haklar)

Baygın, Cem: “Fikri Hukukta Eser Sahibi ve Eser Üzerindeki Mali Hakları Kullanmaya Kanunen Yetkili Sayılan Kişiler”, **Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı**, C. I, İstanbul, Beta, 2002, s. 145-174. (Eser Sahibi)

Baysal, Yasemin: “Mukayeseli Hukuk ve Uluslararası Sözleşmeler Işığında Türk Hukuk Sisteminde Eser Sahibi ve Telif Hakları”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, 1999.

Bilişim Ağı Hizmetlerinin Düzenlenmesi ve Bilişim Suçları Hakkında Kanun Tasarısı, (Çevrimiçi), <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/bilisim.htm>., 05.06.2006.

Bozbel, Savaş: “İnternet Üzerinden Yapılan Hukuki İşlemler ve Bu Konudaki 97/7 Sayılı AB Yönergesi ile Alman ve İsviçredeki Düzenlemeler”, (Çevrimiçi), <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/SBozbel.html>, 10.03.2006.

Budak, Oben: “İşte Tarkan’ın Gerçek Albümü”, **Sabah Gazetesi**, 15. 04.2006.

Çevik, Orhan Nuri: **İçtihatlı- Notlu Fikri Hukuk Mevzuatı**, Ankara, Yetkin, 1988.

Demir, Önder: “İnternet Servis Sağlayıcısının Cezai Sorumluluğu”, (Çevrimiçi), <http://bilisimsurasi.org.tr/dosyalar/29.txt>, 10.03.2006.

Deren Yıldırım, Nevhis: **Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda İhtiyati Tedbirler**, İstanbul, Alkım, 1999.

DPT: Yedinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, Fikri ve Sınai Haklar Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara, 1995.

DPT: Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı; Fikri Haklar Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara, 2000

Dillon, Thomas: “Avrupa’da Telif Hakları ve Uygulanmasındaki Gelişmeler”, **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002**, C. II, Ankara, 2002, s. 571- 608.

Erel, N. Şafak: **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, Yenilenmiş 2. Bası, Ankara, İmaj Yayınevi, 1998. (a.g.e.)

Erel, N. Şafak: “Fikri Hukukta Musiki ve Sinema Eserleri ve 3257 Sayılı “ Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu”nun İncelenmesi ve Tenkidi”, **YD.**, C.13, S.4, Ekim 1987, s. 532-548. (Musiki Eserleri)

Eroğlu, Sevilay: “İnternette Telif Hakları”, **Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001 İzmir**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2002, s. 65-87. (Telif)

Eroğlu, Sevilay: “İnternette “Aktif Link”ler Yoluyla Fikri Haklara Müdahale”, **Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan**, C.II, İstanbul, Beta, 2003, s. 209- 247. (Link)

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı ve Millî Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonu Raporu, (Çevrimiçi), <http://www2.tbmm.gov.tr/d21/1/1-0538.pdf>, 10.01.2006.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine İlişkin Kanun Tasarısı, (Çevrimiçi), <http://tbmm.gov.tr>., 10.01.2006.

Genç, Arzu: “Sinema ve Müzik Eserleri Açısından 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu İle 3257 Sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu’nun

Karşılaştırılması”, **Bilgi Toplumunda Hukuk, Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan**, C.II, İstanbul, Beta, 2003, s. 249-288. (a.g.m.)

Güran, Sait/ Akünal, Teoman/ Bayraktar, Köksal/ Yurtcan, Erdener/ Kendigelen, Abuzer/ Beller, Önder/ Sözer, Bülent: **İnternet ve Hukuk**, Superonline Workshop Metni.

Gökyayla, Emre: **Telif Hakları ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi**, 2. Bası, Ankara, Yetkin, 2000.

Güneş, İlhami: “İnternet Ortamında Fikri Hak İhlalleri”, **Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi**, S. 6, Y. 2, İstanbul, 2006, s. 312-327.

Hafizoğulları, Zeki: “Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi”, **AÜHFD.**, C. 48, S. 1-4/ 1999, s. 1-14.

Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir: **Eşya Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1991.

Hatemi, Hüseyin / Kocayusufpaşaoğlu, Necip / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir, **Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, C. II. , İstanbul, 1998. (Sözleşme Dışı Sorumluluk)

Hatemi, Hüseyin: **Medeni Hukuka Giriş**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004. (a.g.e.)

Helvacıoğlu, Aslı Deniz / Eraslan, İ. Hakkı / Bulu, Melih: “Dijitalleşen Dünyada Fikri Mülkiyet Haklarının (FMH) Ülkeler Açısından Küresel Rekabet Avantajı Oluşturmadaki Yeri”, (Çevrimiçi),<http://iibf.ogu.edu.tr/kongre/bildiriler>, 09,05,2006.

Hirsch, Ernst E.: **Hukuki Bakımdan Fikri Say, Fikri Haklar (Telif Hukuku)**, C. II, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yay., 1943 (a.g.e.)

IFPI Avrupa Dijital Müzik Araştırması; (Çevrimiçi), <http://www.mu-yap.org/getdata.asp?PID=289>, 20.07.2006.

İlkiz, Fikret: “İçerik ve Erişim Sağlayıcılar”, (Çevrimiçi),
<http://www.umut.org.tr/guncel/Forum.htm> , 25.09.2006.

İnan, Aslan: **İnternet El Kitabı**, Ankara, Sistem Yayıncılık, 2000.

Kaplan, Yavuz: **İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk**, Ankara, Seçkin, 2004.

Kaya, Arslan: “Bilgisayar Programlarının Şahsen Kullanmaya Mahsus Olarak Çoğaltılması Mümkün Müdür?”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul, Beta, 2000, s. 431-458. (a.g.m.)

Kaya, Arslan: “Reklamın Fikri Mülkiyet Hukuku İçindeki Yeri”, **Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı**, C. I, İstanbul, Beta, 2002, s. 459-478. (Reklam)

Kendigelen, Abuzer / Bozbel, Savaş: “Telif Hakları Açısından İnternette Veri Paylaşımı (Peer-to-Peer File Saharing)”, **İnternet ve Hukuk**, Ed. Yeşim Atamer, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 2004, s. 491- 537.

Kılıçoğlu, M. Ahmet: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişletilmiş 4. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004. (a.g.e.)

Kılıçoğlu, M. Ahmet: “Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Zamanaşımı”, **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002**, C. I, Ankara, 2002, s. 366-396. (Zamanaşımı)

Kınacıoğlu, Naci: “Sinema Eserleri ve Bunlarda Eser Sahipliği”, **Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan**, BTHAE., Ankara, 1998, s. 209-219. (Sinema Eserleri)

Kınacıoğlu, Naci: “Telif Hukukunda Reform Yapma Gereği Üzerine”, (çevrimiçi),
<http://www.ilesam.hacettepe.edu.tr/kinacioglugelisim.html>, 16.01.2006

Memiş, Tekin: **Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu**, Ankara, Seçkin, 2002.

Memiş, Tekin: “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile İnternet Ortamında Fikri Hak İhlallerinin Engellenmesi İçin Getirilen Usul ve Bu Usulün Değerlendirilmesi”, **FMHD.**, C. 1, S. 2, 2006, s. 57-76. (İhlallerin Engellenmesi Usulü)

Memiş, Tekin: “Fikri Hukuk Bakımından Link ve Frame Verilmesi”, (Çevrimçi) <http://www.teknoturk.org/docking/yazilar/tt000110-yazi.htm>, 05.05.2006. (Link ve Frame)

Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer/ Oktay Özdemir, Saibe: **Eşya Hukuku**, 11. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006

Olgaç, Senai : **Fikir Hakları ve Yayın Sözleşmeleri**, Ankara 1979.

Öngören, Gürsel: “İnternet Hukuku”, (Çevrimiçi) <http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar>, 17.02.2006.

Özdilek, Ali Osman: “İnternet Üzerinde İletişim Özgürlüğü Üzerine Deklarasyon”, (Çevrimiçi),http://www.ivhp.org.tr/pages/infDetail.php?a_id=34&c_id=7, 28. 5. 2003.

Öztan, Fırat: “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler”, **Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan**, BTHAE., 1998, s. 221-242.

Öztrak, İlhan: **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar**, Ankara, 1977.

Reisoğlu, Safa: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. Bası, İstanbul, Beta, 2006.

Sayısal Haklar Yönetimi (DRM), İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim Teknolojisi Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, İstanbul, 2006.

Suluk, Cahit: **Telif Hakları ve Korsanlıkla Mücadele**, İstanbul, Hayat Yay., 2004.

Suluk, Cahit / Orhan, Ali: **Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku: Genel Esaslar, Fikir ve Sanat Eserleri**, C.II, İstanbul, Arıkan, 2005.

Tandoğan, Haluk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.2, 3. Bası, Ankara, 1987.

Tekinalp, Ünal: **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Güncelleştirilmiş ve Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul, Beta, 2004. (a.g.e.)

Tekinalp, Ünal: “Eser Sahipleri Meslek Birlikleri”, **BATIDER**, C. 10, Y. 1979, s. 67-96. (Meslek Birlikleri)

Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Servet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla: **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993

Tikici, Mehmet Saim: “ Eser Ahlaka Uygun Sayılmasa Bile Fikir ve Sanat Eserleri Yasasına Göre Korunmalıdır ”, (Çevrimiçi), <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=386>, 13.02.2006.

Topaloğlu, Mustafa: **Bilişim Hukuku**; Adana, Karahan Kitabevi, 2005.

Topaloğlu, Mustafa: “ İnternette Fikri Haklar Sorunları ”, (Çevrimiçi), http://www.turkhukuksitesi.com/makale_28.htm, 24.04.2006.

Tosun, Yalçın: “Caching ve Hukuksal Çözüm Önerileri”, **İnternet ve Hukuk**, Ed. Yeşim Atamer , İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 2004, s. 539-561.

Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, (Çevrimiçi), <http://www.tdk.org.tr>, 01.10.2005.

Türkiye Bilişim Şurası, Hukuk Çalışma Grubu Raporu, (Çevrimiçi), <http://bilisimsurasi.org.tr/home.php?golink=rapor>, 03.02.2006.

Türkekul, Erdem: “İnternet Ortamında Fikir ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **İnternet ve Hukuk**, Ed. Yeşim Atamer, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., 2004, s. 561-589.

Üstün, Gürsel: “ Fikri Hukukta Maddi Tazminat Davaları ”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1995. (Tazminat Davaları)

Üstün , Gürsel: “ Yargısal Uygulamada Fikri Haklar”, **İBD.**, C.73, 1999, s. 954-981. (Yargısal Uygulama)

Üstün , Gürsel: **Fikri Hukukla İlgili Bilirkişi Raporları I**, İstanbul 2001. (Raporlar)

Yasaman, Hamdi: “Fikir ve Sanat Eserlerinde İyiniyet ve Dürüstlük Kuralı”, **FMHD.**, S.1, Y. 2005-2006, s. 25-37.

Yavuz, Cevdet: **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 2. Baskı, İstanbul, Beta, 2001.

Yavuz, Levent: “ Telif Hakları İle İlgili Olarak Mahkemeler Tatbikatı”, **Çoğaltma Paneli**, Ankara, 2000, s. 25-30.

Yarsuvat, Duygun: **Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları**, 2. Bası, İstanbul, İÜSBF Yay., 1984.

Yıldız, Murat: “Dijital Müzik Platformunda Gelenek Nokta”, (Çevrimiçi) <http://www.muoyorbir.org.tr/>, 10.02.2006.

Yılmaz, Murat: “ Dijital Kütüphanelerde, Elektronik Veri Tabanlarında ve Multimedya Ürünlerinde Telif Hakkı Sorunu”, **FMR.**, Y.5, C.5, S.1, 2005, s. 77-113.

Yusufoğlu, Fülürya: “Eseri Meydana Getirenlerin Mali Hak Sahibi Sayılmadıkları Haller”, **Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan**, C. II, İstanbul, Beta, 2003, s.397-413.