

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

FİKİR VE SANAT ESERLERİNİN CEZAI HİMAYESİ

Yüksek Lisans Tezi

HİLAL SELCEN TURAN

İstanbul, 2010

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

FİKİR VE SANAT ESERLERİNİN CEZAI HİMAYESİ

Yüksek Lisans Tezi

HİLAL SELCEN TURAN

Danışmanı : Prof. Dr. MEHMET EMİN ARTUK

İstanbul, 2010

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

HUKUK Anabilim Dalı KAMU HUKUKU Bilim Dalı Yüksek Lisans öğrencisi
HİLAL SELCEN TURAN'ın FİKİR VE SANAT ESERLERİNİN CEZAI HİMAYESİ adlı
tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 01.03.2010 tarih ve 2010-3/27 sayılı
kararıyla ile oluşturulan jüri tarafından oy birliği / oy çokluğu ile Yüksek Lisans Tezi
olarak kabul edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

- Tez Savunma Tarihi : 5.17.2010
- 1) Tez Danışmanı : PROF. DR. MEHMET EMİN ARTUK
- 2) Jüri Üyesi : DOÇ. DR. A. CANER YENİDÜNYA
- 3) Jüri Üyesi : YRD. DOÇ.DR. İSA DÖNER

M. Emin Artuk
İsa Döner

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR.....	viii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

BİRİNCİ KISIM

FİKRİ MÜLKİYET KAVRAMI

I-HUKUK SİSTEMİNDE FİKRİ HAKLARIN YERİ.....	3
A-FİKRİ VE SINAİ MÜLKİYET HUKUKU.....	3
B-FİKRİ HAKLARIN NİTELİĞİ.....	4
II- FİKİR VE SANAT ESERLERİ ÜZERİNDEKİ HAKLARIN TANINMASI VE KORUNMASI SÜRECİ.....	6
A-TARİHİ GELİŞİM.....	6
B- FİKRİ HAKLARDA ULUSLAR ARASI HİMAYENİN TEMELİNİ TEŞKİL EDEN SÖZLEŞMELER.....	9
1-BERN SÖZLEŞMESİ (Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme).....	9
2-WIPO (OMPI) (Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Kuruluş Sözleşmesi)	11
3-TRIPS (Ticari Boyutlarıyla Fikri Haklara ve Bu Kapsamdaki Taklit Mallara Dair Sözleşme).....	12
4-ROMA SÖZLEŞMESİ.....	13
5-TELİF HAKLARI EVRENSEL SÖZLEŞMESİ (UCC)	13
6- TELEVİZYON VE RADYO YAYINLARINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER.....	14
C-TÜRKİYE'DEKİ GELİŞMELER.....	14

İKİNCİ KISIM

HUKUKUMUZDA ESER, ESER SAHİBİ VE ESER SAHİBİNİN HAKLARI

I-HUKUKUMUZDA FİKİR VE SANAT ESERLERİNİN

TANIMI VE TÜRLERİ.....	17
A-FİKİR MAHSULÜNÜ ESER YAPAN UNSURLAR.....	18
1-ESERDEKİ SUBJEKTİF KRİTER	18
2-ESERDEKİ OBJEKTİF KRİTER	21
B-KANUNDAKİ FİKİR VE SANAT ESERLERİ TÜRLERİ.....	23
1-İLİM VE EDEBİYAT ESERLERİ.....	24
i-DİL VE YAZI İLE İFADE OLUNAN ESERLER.....	24
ii-BİLGİSAYAR PROGRAMLARI VE BUNLARIN HAZIRLIK TASARIMLARI.....	26
iii-RAKISLAR, YAZILI KOREOGRAFİ ESERLERİ, PANDOMİMALAR VE BUNA BENZER SÖZSÜZ SAHNE ESERLERİ.....	28
iv-TEKNİK VE İLMİ MAHİYETTE FOTOĞRAF ESERLERİ, TEKNİK MAHİYETTEKİ ÇİZİM, PROJE, TASARIM VE MAKETLER.....	30
2-MUSİKİ ESERLERİ.....	31
3-GÜZEL SANAT ESERLERİ.....	32
4-SİNEMA ESERLERİ.....	34
5-İŞLEMELER VE DERLEMELER.....	37
i-TERCÜMELER.....	42
ii-ROMAN, HİKAYE, ŞİİR VE TİYATRO PİYESİ GİBİ ESERLERDEN BİRİNİN BU SAYILAN NEVİLERDEN BİR BAŞKASINA ÇEVİRİLMESİ.....	43
iii-MUSİKİ, GÜZEL SANATLAR, İLİM VE EDEBİYAT ESERLERİNİN FİLİM HALİNE SOKULMASI VEYA FİLİME ALINMAYA VE RADYO VE TELEVİZYON İLE YAYIMA MÜSAİT BİR ŞEKLE SOKULMASI.....	43
iv-MUSİKİ ARANJMAN VE TERTİPLERİ.....	44
v-GÜZEL SANAT ESERLERİNİN BİR ŞEKİLDEN DİĞER ŞEKİLLERE SOKULMASI.....	44
vi-BİR ESER SAHİBİNİN BÜTÜN VEYA AYNI CINSTEN OLAN ESERLERİNİN KÜLLİYAT HALİNE KONULMASI....	45
vii-BELLİ BİR MAKSADA GÖRE VE HUSUSİ BİR PLAN DAHİLİNDE SEÇME VE TOPLAMA ESERLER TERTİBİ.....	45
viii-HENÜZ YAYIMLANMAMIŞ OLAN BİR ESERİN İLMİ ARAŞTIRMA VE ÇALIŞMA NETİCESİNDE	

YAYIMLANMAYA ELVERİŞLİ HALE GETİRİLMESİ.....	46
ix-BAŞKASINA AİT BİR ESERİN İZAH VEYA ŞERHİ	
YAHUT KISALTILMASI.....	46
x- BİR BİLGİSAYAR PROGRAMININ UYARLANMASI,	
DÜZENLENMESİ VEYA HERHANGİ BİR DEĞİŞİM	
YAPILMASI.....	47
xi-VERİ TABANLARI	47
xii- DİĞER İŞLEME ESERLER.....	48
II-ESER SAHİPLİĞİ VE ESER SAHİBİNE TANINAN HAKLAR.....	49
A-ESER SAHİBİ.....	49
1-BİRLİKTE ESER SAHİPLİĞİ.....	52
i-BÖLÜNEBİLİR ESERLERDE (Müşterek Eser Sahipliği).....	52
ii-BÖLÜNEMEZ ESERLERDE (İştirak Halinde Eser Sahipliği).....	54
iii-SİNEMA ESERLERİNDEKİ İSTİSNA.....	56
2-ESER SAHİPLİĞİ KARİNESİ.....	58
i-SAHİBİNİN ADI BELİRTİLEN ESERLERDE.....	59
ii-SAHİBİNİN ADI BELİRTİLMEYEN ESERLERDE.....	60
B-ESER SAHİBİNİN HAKLARI.....	62
1-ESER SAHİBİNİN MANEVİ HAKLARI.....	64
i-UMUMA ARZ HAKKI.....	65
ii-ADIN BELİRTİLMESİ HAKKI.....	70
iii-ESERDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINI MEN ETME HAKKI.....	73
iv-ESER SAHİBİNİN ZİLYET VE MALİKE KARŞI HAKLARI.....	75
2-ESER SAHİBİNİN MALİ HAKLARI	76
i-İŞLEME HAKKI.....	78
ii-ÇOĞALTMA HAKKI.....	81
iii-YAYMA HAKKI.....	85
iv-TEMSİL HAKKI.....	90
v-UMUMA İLETİM HAKKI.....	93
vi-PAY ALMA HAKKI.....	96
3-BAĞLANTILI HAKLAR VE BAĞLANTILI HAK SAHİPLİĞİ.....	98
i-KOMŞU HAKLAR.....	100
a-İcracı Sanatçılar ve Hakları.....	101
b-Fonogram Yapımcıları ve Hakları.....	108
c-Radyo ve Televizyon Kuruluşları ve Hakları.....	110
ii-FİLM YAPIMCILARI VE HAKLARI.....	112

4-HAKLARIN KULLANILMASI.....	114
i-ALENİYET VE YAYIM	114
ii -KORUMA SÜRESİ.....	118
iii-KORUMANIN KANUNİ SINIRLARI.....	120
a-Amme İntizamı Mülahazasıyla Sınırlama	120
b-Genel Menfaat Mülahazasıyla Sınırlama.....	121
c-Hususi Menfaat Mülahazasıyla Sınırlama	123
d-Hükümete Tanınan Yetkiler	125
e-Bağlantılı Haklara İlişkin Sınırlamalar	125

İKİNCİ BÖLÜM

FİKİR VE SANAT ESERLERİ ÜZERİNDEKİ HAKLARIN CEZAI HİMAYESİ

I-GENEL AÇIKLAMA.....	127
A- FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNUNDA	
CEZAI HİMAYE SÜRECİNE BAKIŞ.....	128
B- FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNUNDA BUGÜN İTİBARIYLA	
YER ALAN CEZA HÜKÜMLERİ.....	137
II-MANEVİ, MALİ VE BAĞLANTILI HAKLARA TECAVÜZ SUÇLARI	
(FSEK MD.71).....	138
A-GENEL AÇIKLAMA.....	138
1-FSEK 71.MADDEDE KORUNAN MANEVİ HAKLAR.....	140
2- FSEK 71.MADDEDE KORUNAN MALİ HAKLAR.....	142
3- FSEK 71.MADDEDE KORUNAN BAĞLANTILI HAKLAR.....	145
B-KORUNAN HUKUKİ YARAR.....	146
1-MANEVİ HAKLARA TECAVÜZDE KORUNAN HUKUKİ YARAR..	147
2-MALİ HAKLARA TECAVÜZDE KORUNAN HUKUKİ YARAR	148
3-BAĞLANTILI HAKLARA TECAVÜZDE KORUNAN HUKUKİ	
YARAR	150
C-SUÇUN UNSURLARI.....	151
1-MADDİ UNSURLAR.....	151
i- FİİL.....	152
a-Hukuka Aykırı İşleme.....	154
b-Hukuka Aykırı Temsil.....	157
c- Hukuka Aykırı Çoğaltma.....	159

d-Hukuka Aykırı Değiştirme.....	163
e-Hukuka Aykırı Dağıtma (Yayma)	169
f-Hukuka Aykırı Umuma İletim.....	174
g-Hukuka Aykırı Surette İşlenen ve/veya çoğaltılan Eserleri Yayma,Ticaret Konusu Yapma veya Elinde Bulundurma	179
<i>aa-Hukuka Aykırı İşlenen veya çoğaltılan Eserleri Yayma.....</i>	181
<i>bb-Hukuka Aykırı İşlenen veya çoğaltılan Eserleri Ticaret Konusu Yapma</i>	182
<i>cc-Hukuka Aykırı İşlenen veya çoğaltılan Eserleri Elinde Bulundurma – Depolama.....</i>	184
h-Eser Sahibinin Adının Gizlenmesi Suçları	185
<i>aa-Başkasına Ait Esere Kendi Eseri Olarak Ad Koyma</i>	186
<i>bb-Kaynak Göstermeksizin İktibasta Bulunma.....</i>	189
<i>cc-Yetersiz, Yanlış, Aldatıcı Kaynak Gösterme.....</i>	191
<i>dd-Eseri Tanınmış Başkasının Adıyla oğaltma, Yayma veya Yayınlama</i>	193
ı-Eserin Muhtevasını Kamuya Açıklama	195
j-FSEK'nun 4. Ek Maddesine Muhalefet.....	199
<i>aa-zerindeki Bilgiler Değiştirilen Eserleri Yayma veya Umuma İletme.....</i>	199
<i>bb-Hukuka Aykırı Bilgi İçerik Sağlamaya Devam Etme.....</i>	201
ii-FAİL.....	203
iii-MAĞDUR.....	206
a-Manevi Haklara Tecavüz Suçlarında Mağdur.....	208
b-Mali Haklara Tecavüz Suçlarında Mağdur.....	213
c-Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçlarında Mağdur.....	215
iv-KONU.....	217
v- DAHA AĞIR CEZAYI GEREKTİREN NİTELİKLİ UNSURLAR	217
2-MANEVİ UNSUR.....	218
3-HUKUKA AYKIRILIK UNSURU	221
i-GENEL AÇIKLAMA.....	221
ii-HAK SAHİBİNİN İZİNİ	223
a-İznin (Rızanın) şekli	225

b-İzni Verecek Olan Hak Sahibi	228
c-İzmin Sınırlarının Aşılması.....	229
iii-ESERİN ALENİLEŞMESİ.....	230
iv- HUKUKA AYKIRILIĞI KALDIRAN DİĞER SEBEPLER ...	230
D- CEZAYI AZALTAN VEYA KALDIRAN ŞAHSİ SEBEP OLARAK	
ETKİN PİŞMANLIK.....	233
E- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ	234
1-TEŞEBBÜS.....	234
2-İŞTİRAK.....	236
3-İÇTİMA.....	237
i-FSEK 71. MADDESİNDEKİ SUÇLARDA İÇTİMA.....	237
ii-FSEK 71/1-1. İLE 81.MADDELERİNDEKİ SUÇLARDA	
İÇTİMA.....	240
F-YAPTIRIM	241
G-KOVUŞTURMA USULÜ.....	242
III- HAKLARA TECAVÜZÜN ÖNLENMESİNE DAİR HÜKÜMLERİN İHLALİ	
(FSEK MD. 81).....	246
A-GENEL AÇIKLAMA.....	246
B-KORUNAN HUKUKİ YARAR.....	250
C-SUÇUN UNSURLARI.....	251
1-MADDİ UNSURLAR.....	251
i- FİİL.....	252
a-Bandrol Yükümlülüğüne Aykırı ya da Bandrolsüz	
Olarak Bir Eseri Yayma, Satışa Arz Etme, Ticari	
Amaçla Satın Alma ya da Kabul Etme	253
b-Sahte Bandrol Üretme, Satma, Satışa Arz Etme, Dağıtma,	
Satın Alma, Kabul Etme, Kullanma.....	256
c-Usulünce Temin Edilmiş Bandrolleri Başka Bir Eser	
Üzerinde Kullanma.....	258
d-Hileli Davranışlarla Bandrol Temin Etme.....	261
e-Yetkisi Olmayan Kişilere Bandrol Temin Etme	263
f-Yasal Olarak Çoğaltılmış Bandrollü Nüshaların Yol,	
Pazar, Meydan v.b. Yerlerde Satılması	264
ii-FAİL.....	265
iii-MAĞDUR.....	266
iv-KONU.....	266

v- DAHA AĞIR CEZAYI GEREKTİREN NİTELİKLİ	
UNSURLAR.....	267
2-MANEVİ UNSUR.....	267
3-HUKUKA AYKIRILIK UNSURU	270
D-SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ	270
1-TEŞEBBÜS.....	270
2-İŞTİRAK.....	272
3-İÇTİMA.....	273
i-FSEK 81. MADDESİNDEKİ SUÇLARDA İÇTİMA.....	273
ii-FSEK 81. İLE 71/1-1.MADDELERİNDEKİ SUÇLARDA	
İÇTİMA.....	274
E-YAPTIRIM	275
F-KOVUŞTURMA USULÜ.....	277
IV-KORUYUCU PROGRAMLARI ETKİSİZ KILMAYA YÖNELİK HAZIRLIK	
HAREKETLERİ (FSEK MD.72).....	279
A-GENEL AÇIKLAMA.....	279
B-KORUNAN HUKUKİ YARAR.....	280
C-SUÇUN UNSURLARI.....	280
1-MADDİ UNSURLAR.....	280
i- FİİL.....	281
ii-FAİL.....	282
iii-MAĞDUR.....	283
iv- KONU.....	283
2-MANEVİ UNSUR.....	283
A-SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ.....	284
1-TEŞEBBÜS.....	284
2-İŞTİRAK.....	284
3-İÇTİMA.....	285
B-YAPTIRIM VE KOVUŞTURMA USULÜ.....	285
SONUÇ.....	286
KAYNAKÇA.....	289

KISALTMALAR

AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY.	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
b.	: Bent
Bandrol Yönetmeliği	: Bandrol Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
BK	: Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
BUIUEHY	: Bandrol Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
C.	: Cilt
c.	: Cümle
CD.	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
Der.	: Derleyen
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
f.	: Fıkra
FMR	: Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
Fr.	: Fransızca
FSEİİY	: Fikir ve Sanat Eserlerinin İşaretlenmesine İlişkin Yönetmelik
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HD	: Hukuk Dairesi

HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İng.	: İngilizce
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KHY	: Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliği
md.	: Madde
MK	: Türk Medeni Kanunu
M.Ö.	: Milattan Önce
R.G.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TRIPS	: Agreements on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights Including Trade in Counterfeit Goods
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UCC	: Universal Copyright Convention
v.d.	: Ve devamı
v.s.	: Ve sair
WIPO	: World Intellectual Property Organisation
WTO	: World Trade Organisation
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
YY	: Yüzyıl

GİRİŞ

“Mülkiyet” kavramı, insan algısında menkul veya gayri menkul, yani “eşya” üzerindeki hakkı çağrıştırmaktadır. Fikri mülkiyete konu eser ise, harici bir unsura dayanmaksızın doğrudan “insan” ürünü olmakla belki de en tabii “sahiplik” durumunun konusu olmasına rağmen, eserin eser sahibine aidiyetinin kabulü ve bu aidiyetin sağladığı hakların tanınması süreci asırlara yayılmıştır.

Dünyada, insan yaratıcılığının ürünü olan “eser” üzerindeki hakların hukuki zeminde muhafazası, son birkaç asırdaki gelişmelerle mümkün olmuştur. Klasik mülkiyet anlayışıyla birebir örtüşmeyen ve özellikle manevi bir yönü de bulunan eser üzerindeki hakkın korunmasına ilişkin esasların belirlenmesi ve olgunlaştırılması çabası, gerek ulusal gerek uluslar arası belgelerde, hala devam etmektedir. Norm yapıcı mekanizmaların bu husustaki çabaları yanında; ulaşılabilmemiş pozitif korumayı uygulanabilir kılma ve özellikle topluma fikri mülkiyet hakkına riayet bilinci kazandırma mücadelesi de sürmektedir.

20. yüzyılda, binlerce yıllık bütün gelişiminin katbekat üstünde bir gelişim sergileyen teknoloji; fikir ve sanat eserlerinin muhtevası ve eser kavramı içinde sayılabilecek unsurları belirleme kriterlerinde değişikliklere yol açtığı gibi; bu eserleri kullanma ve eserlerin hak sahibinin hakimiyet alanından kolayca çıkarılarak, hakların ihlaline sebep olma yöntemlerini de çeşitlendirmiştir. Bu sebeple, eser kabul edilebilecek ürünlerin tesbiti, eser üzerindeki hakların belirlenmesi, bu hakların sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı, haklara ne tür tecavüzlerin vaki olduğu ve bu hakların hangi esaslar çerçevesinde hangi yaptırımlarla korunacağı hususlarındaki tartışmalar ve gelişmeler de, zorunlu olarak aynı seyirde devam etmektedir.

1951 tarihli 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunumuz, dünyadaki gelişmelere paralel olarak geliştirilmeye ve eser üzerindeki hakların korunması hususunda Avrupa Birliği’ne uyum çalışmaları çerçevesinde etkin hükümlerle donatılmaya çalışılmaktadır. Eser üzerindeki hakkın cezai himayesine ilişkin hükümler, FSEK’nun 1951 tarihli ilk metninden bu yana mevcuttur ve muhtelif

tarihlerde değişiklikler geçirmiştir. Ancak, günün şartları çerçevesinde etkin bir koruma sağlamak gayesiyle değiştirilen bu hükümler; kanun yapma tekniğindeki hatalar, uygulamada çıkan sorunların yeterince değerlendirilmemesi, bütünü itibariyle birçok değişiklik geçiren FSEK’nda yer alan diğer hükümlerle ceza hükümlerinin tam olarak birbirini karşılar şekilde düzenlenmemesi gibi sebeplerle, özellikle cezai himaye açısından pek çok somut soruna sebep olmaktadır.

Günümüzde, gelişen teknolojik imkanlar sayesinde, eser üzerindeki hakların ihlalinin, günlük rutinde gerçekleştirilebilecek bir hal alması ve esere tecavüz yoluyla kar sağlamak kazanç kaynağı haline getiren korsan sektörünün piyasada ciddi bir işlem hacmine ulaşmış olması, eser üzerindeki hakların korunması hususunda çok daha etkili tedbir ve müeyyideleri gerektirmektedir.

Fikir ve sanat eserlerini koruyan ceza hükümlerini konu alan çalışmamızın ilk bölümünde, fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakların gelişimi sürecine kısaca değinildikten sonra, Türk FSEK’nda eser, eser sahibi, eser sahibine tanınan haklar, bağlantılı hak kavramı incelenecek ve çalışmamızın konusu olan fikir ve sanat eserlerinin cezai himayesine ilişkin ceza hükümleri, “ikinci bölüm”de, mevcut ve olması gereken durum itibariyle -elimizden geldiğince- değerlendirilecektir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun, fikir ve sanat eserlerinin himayesine yönelik ceza hükümleri, 2008 tarihli 5728 sayılı kanunla FSEK’nda yapılan değişiklikten sonra, FSEK’nun 71., 72. ve 81. maddelerinde ve idari para cezalarına ilişkin 10. ek maddede yer almaktadır. 10. ek maddede yer alan yaptırımlar, doğrudan eser üzerindeki hakların korunmasına değil, idari sistemin oturmasının sağlanmasına yöneliktir. Ayrıca, kanunda “eser” niteliğinin korunması kapsamında olmayan; mektuplar, resim ve portreler, haksız rekabet kapsamında ad ve alametler ile işaret resim ve seslere ilişkin tecavüzlere karşı cezai himaye konusunda genel hükümlere atıfta bulunulmuştur. Söz konusu hükümler, sayılan verileri “eser” mahiyeti kapsamı dışında koruduklarından, çalışmamızda sadece bir mahsulün “eser” vasfı sebebiyle doğrudan veya dolaylı korunmasına müteallik FSEK 71., 72. ve 81. maddeler incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

BİRİNCİ KISIM

FİKRİ MÜLKİYET KAVRAMI

I- HUKUK SİSTEMİNDE FİKRİ HAKLARIN YERİ

A- FİKRİ VE SİNAİ MÜLKİYET HUKUKU

Fikri ve sınai mülkiyet hukuku, eşya hukukunun konusu olan klasik ‘mülkiyet’ kavramından ciddi farklılıklar arz eden, kendisine has özellikler ihtiva eden bir hak sahipliğini konu almaktadır. Alışıl gelmiş mülkiyet konuları olan menkul ve gayrimenkuller dışında, maddi varlıklarda tecessüm etmekle birlikte esasen maddi varlık olmayan değerler üzerinde mülkiyet ve tasarruf hakları tanınmaktadır. Nitelik itibarıyla, klasik menkul-gayrimenkul mülkiyetinden farklı bir mülkiyet türü olan, sahiplerine aynı zamanda manevi haklar da ihdas eden ve maddi varlıklar üzerindeki haklardan çok daha kolay ihlal edilebilecek olan bu hakların, maddi malvarlığı mülkiyetini himaye eden normlarla muhafazası mümkün değildir. Bilhassa fikri emek mahsullerinin maddi ve manevi boyutlarını değerleyebilen farklı bir hukuki statüye taşınmaları, bunların klasik mülkiyet kaidelerinden daha farklı ve özellikli bir mülkiyete konu edilmeleri ve pek tabii olarak niteliklerinin gerektirdiği farklı koruma normları ile himaye edilmeleri gibi zorunluluklar, hukuk sisteminde maddi olmayan malvarlığı değerleri için, “fikri ve sınai haklar hukuku” tabir edilen bir alanın teşekkülünü sağlamıştır.

Gayri maddi malvarlığı değerleri üzerindeki hakları ifade eden “fikri ve sınai mülkiyet” kavramı, fikir ve sanat eserleri yanında; patent, faydalı model ve tasarım gibi sair fikri mahsullerin, marka ve coğrafi işaret gibi ayırt edici işaret ve alametlerin, ayrıca entegre devre topografyalarının üzerindeki hakları da

kapsamaktadır. Fikri ve sınai haklar günümüzde ağırlıklı olarak iki başlık altında incelenmekte, fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar için “fikri haklar”, sayılan diğer gayri maddi malvarlıkları için ise “sınai haklar” ifadeleri kullanılmaktadır¹.

Biz de, 5846 sayılı Yasa ile düzenlenen ve korunan “Fikir ve Sanat Eserleri” ni konu alan çalışmamızda, fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakları ifade etmek üzere “fikri hak” ifadesini kullanmayı uygun görüyoruz.

B- FİKRİ HAKLARIN NİTELİĞİ

Fikir ve sanat eserleri, sahiplerinin şahsi yaratıcılıkları ve fikri emekleri sonucu husule gelmiş olduklarından, eser sahibinin eser üzerinde manevi hakları bulunmaktadır. Ancak aynı zamanda iktisadi değerlendirmeye elverişli mahsuller de olan bu eserler, münhasıran sahiplerinin tasarruf edebileceği malvarlığı değerleri arasında da yer almaktadırlar. Fikri hakların iki yönlülüğü, bu hakların, salt malvarlığı hakları arasında mütalaa edilebilecek haklar mı oldukları, yoksa kişilik haklarının bir parçası mı oldukları konusunda görüş ayrılıklarına sebep olmuştur.

Fikir ve sanat eseri sahibinin, sadece eserin tecessüm ettiği maddi varlık üzerinde değil, bunu eser haline getiren soyut değer üzerinde de hak sahibi olduğunun kabul edilmeye başlandığı dönemden bugüne uzanan ve eser sahibinin, eseri üzerindeki hakkının ‘mülkiyet hakkı’ olduğunu kabul eden “Fikri Mülkiyet Teorisi”nin, fikri hakların korunması hususunda tarihi bir görev ifa ettiği kabul edilmektedir. Bununla beraber, eser sahibinin manevi haklarının mülkiyetle izah edilememesi ve eser üzerindeki mülkiyetin, eşya hukukundaki ‘mülkiyet’ kavramı ile birebir örtüşmemesi sebebiyle, ‘mülkiyet hakkı’na dayanan bu teori terk edilmiştir².

Eser üzerindeki manevi hakları göz ardı eden fikri mülkiyet teorisine reaksiyon olarak ortaya çıkan “Şahsiyet Hakları Teorisi” ise, sahibinin kişiliğinin bir parçası olan eserin korunmasını ‘kişiliğin korunması’ olarak kabul etmekte, eserden elde edilen iktisadi menfaatleri de, kişilik hakkının korunmasının

¹ Patent, faydalı model ve tasarımların da esasen fikri mahsuller olmaları, ayrıca bilgisayar programlarını da içeren fikir ve sanat eserlerinin sınai mahiyet kazanmış bulunmaları sebepleriyle, söz konusu ayırımın geçerliliğini kaybettiğine dair bkz. Ünal TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, 4. Bası, Arıkan Yayınları, İstanbul-2005, s.1-2

² Nuşin AYİTER, Hukukta Fikir ve San’at Ürünleri, S.Yayınları, 1981, s.33-34 ; Şafak N. EREL, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara-2009, s.30 ; TEKİNALP, s.85

sonucu saymaktadır. Bu teori de eser üzerindeki hakların, devredilebilen, mirasla intikal eden ve sahibinin ölümüyle son bulmayan haklar olmakla kişilik haklarından ayrıldıkları, ayrıca eser üzerindeki mali hakların tali haklar olarak değerlendirilemeyeceği tenkitleri ile karşılanmıştır³.

Nihayetinde, eser üzerindeki maddi ve manevi hakların göz ardı edilemeyeceği gerçeği karşısında, eser üzerindeki hakları nitelemek için mevcut hak tanımlarının kalıpları ile bağlı kalınamayacağı anlaşılmış, eser sahibinin hakkının, mevcut hak tanımlarından ayrı ve kendisine münhasır nitelik taşıdığı kabulü gerekmiştir. Bu çerçevede, fikri hakların ne sadece kişilik hakkı oldukları ne de salt mali hak oldukları; her iki cepheyi de barındıran çift cepheli özel bir nitelik taşıdıkları görüşü⁴ ortaya çıkmıştır.

Eser sahipliğini bir ‘hukuki durum’ olarak niteleyen “Eser Sahipliği Teorisi” ise fikri hakkı, eser sahibi ile eseri arasındaki, malvarlığına ve şahsiyete ilişkin hak ve yetkiler ihtiva eden objektif bir durum olarak açıklar⁵. Monist Teori olarak da adlandırılan bu teoriye göre, eser üzerinde ayrı ayrı iki hak değil; hem mameleki, hem de manevi yetkiler kapsayan tek bir hak vardır ve Türk Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu da bu teorinin etkisi altında hazırlanmıştır⁶.

Teorik açıklamalar bir yana bırakılırsa, günümüz genel kabulüne göre fikri haklar; sahibinin herkese karşı ileri sürebileceği, sahibine münhasır yetkiler tanıyan ‘mutlak haklar’ arasında yer almaktadır. Ancak, fikri hak, konusu maddi nitelik taşımadığı, yani ‘fikri ürün’ bir ‘eşya’ olmadığı için, ‘ayni hak’ değildir⁷. Yaratıcı-eser sahibinin şahsiyet haklarını ilgilendiren manevi yönleri de bulunan bu hakların; mali yönleri itibarıyla eser sahibinin malvarlığında da yer aldıkları, ancak Medeni Kanundaki menkul mallar dışında, yaratıcı insan zekasının ürünü olmakla üzerinde cisimlendiği maddi mallardan ayrı bir hukuki varlığa ve iktisadi değere sahip olan

³ EREL, s.32 ; TEKİNALP, s.87

⁴ TEKİNALP, s.87 v.d. ; ‘Dualist Teori’ olarak adlandırılan bu görüş için ayrıca bkz. AYİTER, s.35-36

⁵ EREL, s.34 ; AYİTER, s.37

⁶ AYİTER, s.36-37 ; Eser sahibinin eser üzerindeki haklarının hukuki niteliğine ilişkin teoriler için ayrıca bkz. Fırat ÖZTAN, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara-2008, s.23 v.d. ; Duygun YARSUVAT, Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul-1977, s.32 v.d.

⁷ EREL, s. 24-25 ; TEKİNALP, s.7 ; İlhan ÖZTRAK, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, AÜSBF Yayınları, 2. Bası, Ankara-1977, s.2 v.d. ; “Ayni Haklar” için bkz. M.Kemal OĞUZMAN-Özer SELİÇİ-Saibe OKTAY ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul-2009, s.2 v.d.

“gayrı maddi mallar” üzerindeki haklar oldukları kabul edilmektedir. Netice itibariyle fikri haklar, hak sahibine, üçüncü kişilerin bu mallardan yararlanmalarını engelleme yetkisini bahşeden ‘gayrı maddi mallar üzerindeki mutlak yahut inhisari haklar’ olarak tanımlanmaktadır⁸.

II- FİKİR VE SANAT ESERLERİ ÜZERİNDEKİ HAKLARIN TANINMASI VE KORUNMASI SÜRECİ

A- TARİHİ GELİŞİM

İnsanoğlu, binlerce yıldır fikri ve sanatsal ürün ortaya koymakta olmasına rağmen, fikir ve sanat eseri sahibinin eseri üzerindeki hakları, 18. yy.’ın sonlarına kadar hukuki bir himayeyle karşılaşamamıştır. Fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakların tanınması ve korunması süreci, matbaanın icadından önceki ve sonraki dönem şeklinde ikiye ayrılarak değerlendirilmektedir.

Eski çağlarda, özellikle M.Ö. 3. binyıldan itibaren yazının bulunuşuyla birlikte kalıcı eserler ortaya konulmaya başlanmış, ancak bunlar Babil’de ve Mısır tapınak kütüphanelerinde ve hatta çok daha sonraki dönemlerde kamusal nitelik taşıyan Antik Yunan kütüphanelerinde toplanmış ve muhafaza edilmiştir⁹.

Roma Döneminde ise, çoğaltılan kitaplar ve drama yazarlarının eserleri satılmaya başlanmış, ancak özellikle kitapların çoğaltılıp satılması bir ticaret şekli olarak eser sahibi dışındaki müteşebbislere ekonomik fayda sağlamıştır. Eser sahipleri ise, ancak aristokrasiden himaye görmekle iktifa etmiştir¹⁰. Öte yandan, Roma döneminde hukuk ve sanat oldukça gelişmiş olmasına rağmen, eserin, sahibi ile ilişkili ayrı bir soyut varlık olduğu kabul edilmemiş; eserin kaderi, tecessüm ettiği maddenin mülkiyeti üzerindeki hakka bağlanmıştır. Bir tahta üzerindeki resim,

⁸ AYİTER, s.4; EREL, s.26 ; Avrupa Adalet Divanı, AİHS’nin 1 no.lu Protokolünün 1. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkının, her türlü menkul, gayrimenkul, maddi ve gayrimaddi mamelekle ilgili hakları koruduğunu, fikri mülkiyet haklarının da bu kapsamdaki mülkiyet kavramına dahil olduğunu kabul etmektedir. (Sami KARAHAN- Cahit SULUK – Tahir SARAÇ – Temel NAL, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2007, s.26)

⁹ Mehmet YÜKSEL, Fikri Mülkiyet Haklarının Tarihsel Temelleri, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Y.1, C.1, S.2001/2, Ankara-2001, s.90 v.d.

¹⁰ Mehmet YÜKSEL, s.92

tahtanın sahibine; bir şiir, üzerine yazıldığı kağıdın sahibine ait sayılmış, eser de, nakşedildiği eşya gibi eşya hukuku çerçevesinde sahiplendirilmiştir¹¹.

Eser sahibinin hakları Ortaçağ'da da tanınmamış, bir eser, sahibinin rızası olsun olmasın herkes tarafından çoğaltılabilir ve kullanılabilir kabul edilmiştir¹². Bazı bölgelerde ise, eserin çoğaltılması hakkı eserin sahibine değil, kiliseye, krallara ve hatta feodal beylere tanınmıştır¹³. Ancak, gerek İlk gerek Ortaçağ'da, "intihal" kınanan bir fiil olmuş, bir tür hırsızlık sayılmış, tatmin edici derecede olmasa da eser sahibi ile eseri arasında manevi bir rabitanın varlığı kabul edilmiştir¹⁴.

Matbaanın icadı ile yazılı eserlerin kısa sürede çok sayıda çoğaltılması imkanı doğmuş, kitap fiyatları eskiye nispetle oldukça düşmüş ve kitaba yönelik artmışsa da, kitaplar üzerindeki mülkiyet hakları bu kez de matbaacılara ve kitapçılara ait olmuştur¹⁵. Matbaacılık, yeni ve oldukça parlak bir ticari işgal alanı olarak belirmiştir. Bu alanda, bir eseri basmaya hazır hale getirmek için emek harcayan ve masraf yapan ilk matbaacının bastığı eserin, diğer matbaacılar tarafından zahmetsizce kopyalanarak çoğaltılması, ilk tacirin emeğinden ucuzca faydalanılmasına ve haksız rekabete; bu tablo da imtiyazlar döneminin başlamasına yol açmıştır¹⁶. Bu dönemde idari otorite, belirli bir bölge ve sürede bir eserin sadece bir matbaacı tarafından basılması için, matbaacılara "basım imtiyazları" tanımıştır. İlk örnekleri 1469'da Venedik'te, 1500'de Fransa'da ve aynı dönemde Almanya'nın çeşitli bölgelerinde ortaya çıkan zenaat imtiyazı niteliğindeki bu imtiyazlar, genellikle bedel karşılığı, verildikleri devlet sınırları içinde ve hatta zaman zaman daha dar bölgelerde tanınmıştır¹⁷. Süreli olarak tanınan ve sürenin hitamında yine bedel karşılığı yenilenebilen bu imtiyazlar¹⁸, eser sahiplerine eser üzerinde bir koruma sağlamakdan uzak, sadece baskı zenaatini geliştirmek amacı taşımakla kalmıştır¹⁹.

Bu imtiyazların fikri hakların tanınması değil, idari otorite tarafından matbaacılara ticari ayrıcalıklar sağlanması olduğu açıktır. Bunun yanında, 15. yy.'da

¹¹ EREL, s.36 ; Mehmet YÜKSEL, s.93 ; TEKİNALP, s.80 ; YARSUVAT, s.14

¹² EREL, s.36 ; Mehmet YÜKSEL, s.94

¹³ TEKİNALP, s.81

¹⁴ YARSUVAT, s.14-15 ; AYİTER, s.16 ; EREL, s.36

¹⁵ Mehmet YÜKSEL, s.97

¹⁶ EREL, s.36

¹⁷ AYİTER, s.17-18 ; EREL, s. 36-37

¹⁸ EREL, s. 36

¹⁹ AYİTER, s.18

yine Venedik ve Fransa’da bazı yazarlara da eserleri üzerinde basma, satma ve intihali önleme hususlarında imtiyazlar tanınmış²⁰ ise de, bu gelişmelerin idari otoritenin tanıdığı ayrıcalıklardan ibaret kaldığı, eser sahibinin eseri üzerinde tabii bir hakkı olduğunun genel bir kabul görmediği anlaşılmaktadır.

Eser sahibinin hukuki korumaya ulaşması, Tabii Hukuk Ekolü’nde gelişen “Fikri Mülkiyet Teorisi”nin ortaya çıkışıyla olmuştur. Bu teori ile tabii hukuk görüşüne paralel olarak eseri üzerindeki hakkın da, insanın doğuştan sahip olduğu diğer haklar gibi, imtiyazdan bağımsız ve doğrudan sahip olunan bir hak olduğu kabul görmeye başlamıştır²¹.

Fikri haklar alanında günümüz kanunlarının öncüsü sayılan ve bir kitabın yazarı ve mirasçılara neşirden itibaren belirli bir süreyle sınırlı olarak kitabın basımı hususunda inhisari bir hak tanıyan ilk kanun ise, 1709²² yılında İngiltere’de çıkarılmıştır. İngiltere’de daha sonra hakkak ve heykeltıraşların haklarını koruyan 1734 ve 1814 tarihli kanunlar, tiyatro ve musiki eserleri sahiplerinin haklarını düzenleyen 1882 ve 1888 tarihli kanunlar çıkarılmış, bu kanunlardaki hükümler 1911 tarihinde bir kanun altında toplanmış ve nihayetinde 1957 tarihli “Copyright Act” yürürlüğe girmiştir²³.

Fransa’da ise Fransız İhtilali, fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakların tanınması sürecinde de etken rol oynamış; ihtilalle meslek loncaları ve dolayısıyla imtiyazlar ortadan kalkmış ve ihtilalden sonraki birkaç yıl içinde eser sahibinin haklarını tanıyan ve yazarın hayatı boyunca hatta ölümünden sonraki 10 yıl zarfında koruyan, daha sonra eseri kamunun malı sayan kanunlaştırma gerçekleşmiştir²⁴. Fransa’da, temsil ve fikri haklar konulu kanun 1791, 1793, 1810, 1854, 1866 yıllarında özellikle mahkeme içtihatları ışığında çeşitli değişikliklere uğramış, en nihayetinde 1957 tarihinde yeni bir fikir ve sanat eserleri kanunu kabul edilmiştir²⁵.

²⁰ EREL,s.37 ; AYİTER, s.17 v.d.

²¹ AYİTER, s.19

²² Kraliçe Anne Yasası olarak adlandırılan bu yasa, kuruluşundan itibaren telif haklarının yaygın bir yasama konusu oluşturduğu ABD’deki yasaların da temelini teşkil eder. (Mehmet YÜKSEL, s.105)

²³ AYİTER, s.20 v.d. ; YARSUVAT, s.18 ; EREL, s.37

²⁴ TEKİNALP, s.83

²⁵ AYİTER, s.21 ; EREL, s.38

Bu alandaki ilk kanunlaştırma hareketlerinden bir diğeri Almanya’da cereyan etmiştir. 1837’de sadece Prusya’da yürürlüğe giren Prusya Bilim ve Sanat Eserleri Üzerindeki Mülkiyetin Himayesi Kanunu, 1871’de imparatorluk kanunu olarak kabul görmüş ve çeşitli tadiller geçirerek 1965 yılında çıkarılan kanuna yerini bırakmıştır²⁶. İsviçre de, fikir ve sanat eserlerinin korunması hususunda 1884 tarihinde yürürlüğe giren kanunla, bu alandaki ilk kanunlaştırma hareketleri arasında yer almış; nihayetinde, Bern Anlaşmasının Paris ve Brüksel tadilleriyle paralel mahiyetteki 1955 tarihli kanunu çıkarmıştır²⁷.

B- FİKRİ HAKLARDA ULUSLAR ARASI HİMAYENİN TEMELİNİ TEŞKİL EDEN SÖZLEŞMELER

Fikir ve sanat eserleri, kültürün gelişmesinde, insanlığın manevi doyumunu sağlamakta en etken unsurlardandır ve bu sebeple, yaratıldıkları veya umuma arz edildikleri coğrafya dışında da takip edilen ve bütün insanlıkça yararlanılan değerlerdir. Fikir ve sanat eserleri üzerindeki ülkesel koruma, eserin milli sınırların ötesinde de korunmasını sağlamadığından, devletler, uluslar arası korumanın sağlanması için bölgesel ya da evrensel sözleşmeler akdetmişlerdir. Aşağıda bunların başlıcalarına yer verilmiş olup, bu alandaki uluslar arası sözleşmeler, sayılanlarla sınırlı değildir.

1- BERN SÖZLEŞMESİ (Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme)²⁸

Fikri hakların korunmasına ilişkin ilk uluslar arası düzenleme, 1886 tarihli Bern Sözleşmesi’dir. Bern Sözleşmesi, nelerin edebi ve artistik eser sayılacağını, eser sahiplerinin eser üzerindeki haklarını ve bu hakların koruma sürelerini

²⁶ EREL, s.38 ; AYİTER, s.22-23

²⁷ AYİTER, s.23

²⁸ Sözleşme, “Edebi ve Artistik Eserlerin Himayesi Hakkında Bern Sözleşmesi”, “Edebi ve Artistik Eserlerin Korunmasına Dair Uluslararası Anlaşma”, “Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi” olarak da anılmaktadır.

düzenlemektedir²⁹. Sözleşmenin 21. maddesi hükmüyle “Edebiyat ve Sanat Eserlerinin korunması için Milletlerarası Birlik Bürosu” adlı bir büro da kurulmuştur³⁰.

Sözleşme ile ‘karşılıklılık’, ‘eşit işlem’ ve ‘asgari haklar’ ilkeleri benimsenmiştir. Karşılıklılık ilkesi dolayısıyla, eser ve eser sahibi tüm birlik ülkelerinde korunur. Ülke, yabancı eser sahibinin, vatandaş olan eser sahibinin yararlandığı haklardan aynen yararlanmasını sağlayan ‘eşit işlem ilkesi’ ile tamamlanır. Bern Sözleşmesi ayrıca, eşit işlem ilkesinin asgari bir korumayı sağlayamaması halinde uygulanan ‘asgari haklar ilkesi’ni de içerir. Yabancı eser sahibi, doğrudan bu ilkeye dayanabilir³¹. Eğer bir ülkenin iç hukuku, sözleşmenin sağladığı korumadan daha azını veriyorsa, eser sahibi kendi ülkesinde sözleşmenin sağladığı hakları isteyememekte, halbuki birlik üyesi başka bir ülkenin vatandaşı o ülkede bu haklardan yararlanabilmektedir. Böylece üye ülkeler, bir yabancıyı vatandaşlarından daha çok korur duruma düşmemek için, milli mevzuatlarını sözleşmeye uydurma zorunluluğu duymaktadırlar³².

Asgari haklar; eser sahibinin manevi hakları, çeviri hakkı, çoğaltma hakkı, yayın, temsil, radyo ile yayın ve temsil hakkı ve işleme hakkıdır. Koruma süresi, (asgari) 50 yıl olarak belirlenmiştir³³. Ancak ülkesel düzenlemelerde bu süreden daha uzun bir koruma süresi belirlenebilir.

9 Eylül 1886 tarihli Bern Sözleşmesi; 4.5.1896’da Paris’te, 13.11.1908’de Berlin’de, 20.3.1914’de Bern’de, 2.6.1928’de Roma’da, 26.6.1948’de Brüksel’de, 4.7.1967’de Stokholm’de, 24.7.1971 ve 28.9.1979’da Paris’te değiştirilmiştir. Bugün, “Gelişmekte Olan Ükelere İlişkin Özel Hükümler” adlı bir “Ek” de içeren Bern Sözleşmesinde yapılan bütün bu değişiklikler bağımsız sözleşmeler olarak kabul edilmekte ve üyeler tarafından kabul edilmeleri gerekmektedir³⁴.

²⁹ İlhan ÖZTRAK, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Korunması Yönünden Pozitif Hukuktaki Tarihi Gelişim, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.25, No.3, Eylül-1970, s.2-3 ; YARSUVAT, s.20 ; EREL, s.39

³⁰ TEKİNALP, s.69

³¹ TEKİNALP, s.68

³² EREL, s.39

³³ TEKİNALP, s.68 ; Bern Sözleşmesi ile kabul edilen ilkeler hakkında ayrıca bkz. Mustafa ATEŞ, Fikri Haklar ve Bağlantılı Haklara İlişkin Uluslar arası Sözleşmeler ve Türkiye, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Y.6, C.6, S.2006/1, s.19 v.d. (Uluslararası Sözleşmeler)

³⁴ TEKİNALP, s.67-68

Türkiye 1951’de, Bern Sözleşmesi’nin 26 Haziran 1948 tarihinde Brüksel’de tadil edilmiş metnine katılmıştı. Ancak Türkiye, sözleşmenin 8. maddesine³⁵ koyduğu ihtirazi kayıtla, bu madde yerine 1896 tarihli Paris metninin 5. maddesini³⁶ kabul etmişti. Bu suretle, 50 yıllık koruma süresinin beklenmesine dair hüküm reddedilerek; yabancı eserlerin yurt dışındaki ilk baskıları üzerinden 10 yıl geçmekle, bu eserlerin izin ve bedel gözetilmeden Türkçeye çevrilebilmesi serbestisi sağlanmış bulunmaktaydı.

Türkiye, 1995 tarihi itibariyle sözleşmenin Paris metnini 1979³⁷ tarihli son tadili ile de kabul etmiştir. Ancak, ülkeler arasında sözleşmenin uygulanması ve yorumunda çıkacak sorunlar için Uluslar arası Adalet Divanı’nın yargı yetkisini tanıyan 33/1. maddesine çekince koymuştur³⁸.

2- WIPO (OMPI)³⁹ **(Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Kuruluş Sözleşmesi)**

Fikri mülkiyet haklarının korunmasını amaçlayan Bern Sözleşmesine taraf olan ülkeler ile sınai mülkiyet haklarının korunmasını amaçlayan 1883 tarihli Paris Sözleşmesine taraf olan ülkeler; gerek sınai mülkiyetin, gerek edebi ve artistik eserlerin korunması alanında kurulmuş olan birliklerin özerkliğine saygı göstererek, 1967’de Stokholm’de Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Sözleşmesini imzalamış ve Dünya Fikri Mülkiyet Örgütünü kurmuşlardır⁴⁰. Anlaşma 1970 tarihinde yürürlüğe girmiş, 1979 tarihinde tadil edilmiştir. WIPO, hükümetler arası bir organizasyondur.

³⁵ Bern Sözleşmesinin 1948 Brüksel tadilli metninin 8. maddesi; “İşbu sözleşme tarafından himaye edilen edebi ve artistik eserlerin sahipleri, asıl eser üzerindeki hakların devamı müddetince (md.7; eser sahibinin hayatı boyunca ve ölümünden sonra elli sene) bu eserlerin tercümesini yapmak veya tercümesine müsaade etmek hususunda inhisari bir hakka sahiptirler.”

³⁶ Bern Sözleşmesinin 1896 Paris tadilli metninin 5. maddesinin 1. fıkrası; “Birlik memleketlerinden birinin tebaası olan muharrirler veya halefleri, orijinal eserlerinin birlik memleketlerinden birinde intişarından itibaren on sene içinde diğer memleketlerde bunları tercüme etmek veya ettirmek hususunda inhisari bir hakka sahiptirler.”

³⁷ 4117 s.Kanun, R.G.: T.12.07.1995, S.22341

³⁸ Bern Sözleşmesi’nin Türkiye tarafından kabul edilen, 1979’da tadil edilen metni için bkz. R.G., T.21.10.2003, S.25266 ; EREL, s.467 v.d ; Dilek KARAKUZU BAYTAN, Fikir Mülkiyeti Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul-2005, s.326 v.d. ; Anıl ÇEÇEN, Düşünce Hukuku, Doruk Yayınları, Ankara Temmuz-1995, s.421 v.d. ; Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Y.6, C.6, S.2006/1, s.141 v.d.

³⁹ İng. “World Organisation for Intellectual Property”, Fr. “Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle”

⁴⁰ TEKİNALP, s.77 ; sözleşme için ayrıca bkz. ATEŞ, Uluslararası Sözleşmeler, s.27 v.d.

1974 yılından beri Birleşmiş Milletlerin ihtisaslaşmış kuruluşlarından biri olmuş olan WIPO, dünya çapında fikri mülkiyet haklarının korunmasıyla ilgilenmektedir⁴¹.

Örgüt, evrensel kültürün korunmasını sağlamak üzere gerekli önlemleri almak, fikri haklar alanında ülkelerin milli mevzuatlarının birleştirilmesini sağlamak, Bern ve Paris birliklerinin idari hizmetlerini yürütmek, fikri hakların korunmasını geliştirmek ve bu konuda teknik ve hukuki yardım talep eden devletlere yardımcı olmak, fikri mülkiyetle ilgili milletlerarası siciller tutmak ve bütün bu konularda gerekli bilgileri yayımlamak gibi görevler üstlenmiştir⁴².

Türkiye sözleşmeyi 1975 yılında kabul etmiştir⁴³.

3- TRIPS

(Ticari Boyutlarıyla Fikri Haklara ve Bu Kapsamdaki Taklit Mallara Dair Sözleşme⁴⁴)

Fikri ve sınai hukuk alanındaki gelişmelerin uluslar arası mahiyetteki sözleşmelerle önemli ivme kaydettiği muhakkaktır. Ancak teknoloji çağının dünyayı küçültmesiyle fikri, sınai ve ticari haklara konu eser ve ürünlere ulaşmanın son derece kolay hale gelmesi, bu haklara konu eser ve ürünlerin dünya çapında teorik ve pratik açıdan ciddi korumaya kavuşturulması zorunluluğunu getirmiştir. WIPO, fikri haklarda yol gösterici, yardımcı ve geliştirici görevler ifa etmekle beraber, hakların himayesini gözetecek ve ihlallerin yaptırımını sağlayacak bir teşkilata duyulan ihtiyacı giderememiştir.

Dünya Ticaret Örgütü⁴⁵ Sözleşmesinin bir eki olarak 1994'te ortaya çıkan TRIPS, fikri ve sınai hakların ticari alandaki ihlallerine karşı esaslı önlemler getirip taraf devletlerin bu önlemleri ve koruma kaidelerini uygulamakla yükümlü tutulmasını sağladığı gibi, bu yükümlülükleri yerine getirmeyen devletlere ve fikri hakları ihlal edenlere uygulanacak çeşitli yaptırımlar da öngörmektedir.

⁴¹ Cahit SULUK - Ali ORHAN, Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, C. II, Genel Esaslar Fikir ve Sanat Eserleri, Arıkan Yayınları, İstanbul-2005, s.49

⁴² YARSUVAT, s.23 ; EREL, s.40

⁴³ R.G.: T.19.11.1975 S.15417 ; sözleşme metni için bkz. KARAKUZU BAYTAN, s.409 v.d. ; ÇEÇEN, s.438 v.d.

⁴⁴ Sözleşmenin "The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights Including Trade in Counterfeit Goods" olan orijinal ismi Türkçeye muhtelif şekillerde çevrilmiştir.

⁴⁵ World Trade Organisation (WTO)

Sözleşme, mevcut uluslararası sözleşmelerin uygulama alanını genişletmiş, ihlallere karşı gümrüklerde el koyma ve sahte malları imha etme gibi yeni yaptırımlar getirmiş, ihtilafların çözümü mekanizmasına yer vermiş, bilgisayar programları ile data tabanlarının korunmasını fikir ve sanat eserlerine eşit duruma getirerek komşu hakların korunmasında da asgari haklar ve eşitlik ilkelerini tanımış ve yükümlülüklerini ihlal eden üyelere Dünya Ticaret Örgütü'nün sağladığı imkanların çekilmesini öngörmüştür⁴⁶.

Dünya Ticaret Örgütü Sözleşmesine de taraf olan Türkiye, 1995 yılında TRIPS'in tarafları arasına katılmıştır⁴⁷.

4- ROMA SÖZLEŞMESİ

26.10.1961 tarihinde Roma'da imzalanan sözleşme, fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklara komşu haklar olarak nitelendirilen icracı sanatçıların, yayıncı ve yapımcıların haklarını konu almaktadır. Asgari haklar ve eşit işlem ilkelerine yer veren sözleşmede, hak sahipleri ve hakları tanımlanmış, hak sahiplerine tanınan korumanın kapsamı ve sınırları belirtilmiş ve koruma süreleri düzenlenmiştir⁴⁸.

Türkiye, 1995 yılında 4116 S.Kanunla⁴⁹ bu sözleşmenin tarafı olmayı kabul etmiş, ancak sözleşmenin kabulü ve yayımı prosedürü 21 Ekim 2003'te tamamlanabilmiştir⁵⁰.

5- TELİF HAKLARI EVRENSEL SÖZLEŞMESİ (UCC⁵¹)

Fikri mülkiyet alanında Amerika kıtasında; 1889'da Montevideo, 1902'de Mexico, 1906'da Rio de Janeiro, 1910'da Buenos Aires, 1911'de Caracas, 1928'de Havana ve kendisinden önceki sözleşmeleri yürürlükten kaldıran 1946 tarihli

⁴⁶ TEKİNALP, s.78 ; ayrıca bkz. ATEŞ, Uluslar arası Sözleşmeler, s.24 v.d.

⁴⁷ R.G.: T.25.02.1995 S.22213 sözleşme metni için bkz.KARAKUZU BAYTAN, s.442 v.d.; ÇEÇEN, s.503 v.d.

⁴⁸ EREL, s.41 v.d. ; YARSUVAT, s.22 ; ayrıca bkz. ATEŞ, Uluslar arası Sözleşmeler, s.34 v.d.

⁴⁹ 4116 s. Kanun, R.G.: T.12.07.1995, S.22341

⁵⁰ Roma Sözleşmesi'nin Türkçe metni için bkz. R.G., T.21.10.2003, S.25266 ; EREL, s.493 v.d ; KARAKUZU BAYTAN, s.393 v.d. ; ÇEÇEN, s.454 v.d. ; Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Y.6, C.6, S.2006/1, s.173

⁵¹ Universal Copyright Convention

Washington Sözleşmeleri imzalanmıştır. Fikri hukuk alanında Amerika kıtası devletleri ile Avrupa devletleri arasındaki bu sistem farklılıklarını uzlaştırmak amacıyla UNESCO öncülüğünde 1952 tarihli UCC akdedilmiştir⁵².

Türkiye bu sözleşmeye taraf değildir.

6- TELEVİZYON VE RADYO YAYINLARINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER

Televizyon yayıncılarının yayınları üzerindeki haklarının tanınması ve korunmasını, televizyon yayınlarının bazı konularda yeknesaklaştırılmasını ve televizyon programlarının uydu sinyallerinin uluslar arası dağılımını konu alan çok sayıda sözleşme ortaya çıkmış olup, Türkiye bu sözleşmelerin çoğuna taraftır⁵³. Bu sözleşmelerin başlıcaları; Televizyon Yayınlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi⁵⁴, Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi⁵⁵, Milli Sınırlar Dışındaki İstasyonlar Tarafından Yapılan Radyo Yayınlarının Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi⁵⁶, Televizyon Filmleri Vasıtasıyla Programların Mübadelesine Dair Avrupa Sözleşmesi, Uydu Yayınlarına Dair Brüksel Sözleşmesi'dir.

C- TÜRKİYE'DEKİ GELİŞMELER

Osmanlı Devleti döneminde 1857 tarihli bir nizamname ile eser yazma, yayınlama ve basımevleriyle ilgili hükümler getirilmiştir. Kitap sansürüyle ilgili hükümler de içeren bu nizamname yanında, yine 1857 tarihli ilk telif nizamnamesi ile kitabı ilk basanın yaptığı baskının bütün nüshaları tükeninceye kadar üçüncü kişilerin aynı kitabı basması engellenmiştir. Yazarın izni olmadan eserin basılması da zaten mümkün değildir ve yazarın eser üzerinde hayat boyu devam eden bir imtiyaz

⁵² AYİTER, s.26 ; EREL, s.41 ; ayrıca bkz. YARSUVAT, s.21-22: "Dünya Telif Hakları Sözleşmesi" ; ATEŞ, Uluslar arası Sözleşmeler, s.22 v.d. ; sözleşme hakkında ayrıca bkz. ÖZTRAK, Tarihi Gelişim, s.4-5 ; KARAKUZU BAYTAN, s.363 v.d.

⁵³ Sözleşmeler hakkında bkz. ATEŞ, Uluslar arası Sözleşmeler, s.39 v.d.

⁵⁴ R.G. T.08.08.1975, S.15320, Ek Protokol: R.G. T.20.09.1975, S.15362 ; ayrıca sözleşme için bkz. ÇEÇEN, s.553 v.d.

⁵⁵ R.G.: T.12.12.1993, S.21786

⁵⁶ R.G.: T.19.04.1975, S.15213

hakkı bulunmakta olup, basım anlaşmasındaki sayıyı ihlal eden matbaa için cezai müeyyide öngörülmüştür⁵⁷.

Fikri haklarla ilgili ilk esaslı kanun ise, 8 Mayıs 1910 (1326) tarihli “Hakkı Telif Kanunu” dur. İkinci Meşrutiyet Döneminde çıkarılan bu kanun, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun yürürlüğe girdiği 1 Ocak 1952 tarihine kadar uygulanmıştır. Ancak Hakkı Telif Kanunu, hem 1886 tarihli Bern Sözleşmesi’nde kabul edilmiş olan esaslara birçok yönden aykırı idi, hem de günün ihtiyaçlarına cevap vermekten uzaktı. Bedii vasfı olan mimari eserler, fotoğraf eserleri, sinema eserleri ve radyo yayımları Hakkı Telif Kanununda hiç öngörülmemiş, hat ve tezhip eserleri korumaya tabi tutularak sahne eserleri olarak sadece tiyatro ve opera eserleri öngörülmüş, rakıslar, pandomimalar ve tablolar himaye dışı bırakılmıştı. Kanun ayrıca, eser üzerindeki tabii hakka eseri meydana getirmekle sahip olunduğu esasını tanımış olan Bern Sözleşmesine aykırı şekilde, eser sahibinin eseri üzerindeki hakkının tanınması için eserin tescilini şart koşmaktaydı⁵⁸. Bu kanunda, eserin tescili ile himayeye konu olan eser üzerindeki hak, eser sahibinin hayatı boyunca ve ölümünden sonraki 30 yıl için korunmakta, resim ve çizgiler için ise 18 yıllık bir koruma öngörülmekteydi. Kanun, taklidi suç sayarak cezalandırmıştır⁵⁹.

Cumhuriyet döneminde, 1923 yılında imzalanan Lozan Anlaşmasına ekli Ticaret Sözleşmesi, Türkiye’nin Bern Sözleşmesine katılmasını öngörmüş, ancak Türkiye, yabancı eserleri Türkçeye çevirme konusunda serbesti sahibi olabilme amacıyla bir ihtirazi kayıtla Bern’e taraf olmayı taahhüt etmiştir. Ancak Bern’e taraf ülkelerin bu kayda itirazı neticesi, Türkiye bu tarihte Bern’e katılmamıştır⁶⁰. Prof. E. Hirsch’in hazırladığı bugünkü Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun kabul edildiği 1951 yılında ve 1 Ocak 1952 itibariyle yürürlüğe girdiği dönemde Bern Sözleşmesinin 1948 tarihli Brüksel tadiline de taraf olan Türkiye⁶¹, çeviriler konusunda yine sözleşmenin 8. maddesi yerine 1986 tarihli Paris metninin 5. maddesini kabul

⁵⁷ YARSUVAT, s.29 ; AYİTER, s.29-30

⁵⁸ YARSUVAT, s.29-30 ; ÖZTRAK, Tarihi Gelişim, s.5-6 ; EREL, s.47

⁵⁹ AYİTER, s.30 ; YARSUVAT, s.29-30

⁶⁰ EREL, s.47-48 ; ÖZTRAK, Tarihi Gelişim, s.6

⁶¹ 5777 S.Kanun, R.G. T.02.06.1951

etmiştir⁶². Çeviri eserlere olan ihtiyacı sebebiyle yıllarca Paris metninin 5. maddesinden yararlanmış olan Türkiye bugün, sözleşmenin 1971 ve son tadili olan 1979 Paris metnini de kabul etmiş bulunmaktadır. Ayrıca, 2005'te Avrupa Birliği'ne katılım müzakerelerine başlamış olan Türkiye, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun Avrupa Birliği mevzuatına uyumu için Avrupa Birliği direktiflerini de hayata geçirmeye çalışmaktadır⁶³.

1 Ocak 1952'den bu yana yürürlükte bulunan 5.12.1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu⁶⁴, 1983 yılında 2936 s. Kanun⁶⁵, 1995 yılında 4110 s.Kanun⁶⁶, 2001 yılında 4630 s.Kanun⁶⁷, 2004 yılında 5101 s.Kanun⁶⁸ ve en son 2008 yılında 5728 s. Kanunla⁶⁹ muhtelif değişikliklere uğramıştır.

⁶² AYİTER, s.31 ; EREL, s.48 ; Bern Sözleşmesinin Türkiye tarafından ihtirazi kayıt konan Brüksel Metni 8. md. ve bunun yerine kabul edilen Paris Metni 5.md. için yukarıda 35. ve 36. dipnotlara bakınız.

⁶³ Avrupa Birliği direktifleri ve Türkiye'nin uyum çalışmaları hususunda bkz. Ali YARAYAN, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun Avrupa Birliği Mevzuatına Uyumu, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Y.6, C.6, S.2006/1, s. 121 v.d.

⁶⁴ R.G.: T.13.12.1951, S.7931

⁶⁵ R.G.: T.03.11.1983, S.18210

⁶⁶ R.G.: T.07.06.1995, S.22306 ; Gümrük Birliği çerçevesinde 1/95 sayılı AT-Türkiye Ortaklık Konseyi Kararının 8 no.lu ekinde Türkiye için öngörülen yükümlülükler doğrultusunda konsey direktiflerine uyum sağlamak amacıyla 4110 S.Kanunla FSEK'nda yapılan önemli değişiklikler ve süreç hakkında bkz. Abdullah DÖRTLEMEZ, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki Son Değişikliklerin Gerçekleştirilmesi Süreci, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı- Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku 2002, C.I, Ankara-2002, s.538 v.d.

⁶⁷ R.G.: T.03.03.2001, S.24335 mük. ; 4630 S.Kanunla FSEK'nda yapılan değişiklikler ve süreç hakkında bkz. Günay GÖRMEZ, Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukundaki Son Gelişmeler, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı- Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku 2002, C.I, Ankara-2002, s.548 v.d.

⁶⁸ R.G.: T.12.03.2004, S.25400 ; korsan ürünlerle mücadele amacına dayanan bu kanun sadece FSEK'de değil, Belediye Kanunu, Belediye Gelirleri Kanunu, Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkındaki Kanun ve Temmuz 2004 tarihli "Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılması ile Desteklenmesi Hakkında Kanun"la yürürlükten kaldırılan Sinema Video ve Müzik Eserleri Kanunu üzerinde de değişiklikler yapmıştır.

⁶⁹ R.G.: T.08.02.2008, S. 26781

İKİNCİ KISIM

HUKUKUMUZDA ESER, ESER SAHİBİ VE ESER SAHİBİNİN HAKLARI

I- HUKUKUMUZDA FİKİR VE SANAT ESERLERİNİN TANIMI VE TÜRLERİ

Fikir ve sanat eserleri⁷⁰ üzerindeki hakların tanınması ve korunması hususunda, tabii olarak öncelikle korumaya tabi, ‘fikri hak’ konusu olan eserin ne olduğunun tesbiti gerekmektedir. İnsanoğlunun her fikri ürününün eser olarak kabul edilmesi elbette mümkün değildir. Evvela, sahibinin yaratıcılığı sonucu ortaya çıkmış ve bu yaratıcılık mahsulünü, insanoğlunun alelade fikir ürünlerinden ayıran, yani fikir mahsulünü “eser” yapan farkın mahiyetini belirlemek gerekir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 1-B maddesi, bu kanunla korunacak “eser” kavramının tanımına yer vermiş; “eser”i “sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri” olarak tanımlamıştır. Kanunun eser tanımında yer verdiği iki kıstas; “sahibinin hususiyetini taşıyan fikir ve sanat mahsulü olma” ve ayrıca “ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılmış olma”, eser kavramının doktrinde tanımlanmasında da kabul görmüştür. Nitekim doktrinde, kanunun tanımı ile paralel olarak fikir mahsulünü “eser” kavramına sokan iki kriter “sahibinin hususiyetinin taşıma” (subjektif kriter) ve “kanunda gösterilen eser türlerine dahil olma” (objektif kriter) olarak ifade edilmiştir.

“Hukukumuzda fikir ve sanat eserlerinin tanımı ve türleri” başlıklı bu bölümde, fikir mahsulünü “eser” kategorisine sokan unsurlar olarak kabul edilen

⁷⁰ “.bir fikri ürünün eser olabilmesi için hem fikir hem de sanat eseri hüviyetini taşımasına gerek ve hatta imkan yoktur. .. fikri ürün sadece fikir eseri veya sadece sanat eseri olsa da gene FSEK anlamında eser sayılır. Ayrıca fikri mahsulün aynı zamanda endüstriyel tasarım sayılması onun eser vasfını ortadan kaldırmaz.” (TEKİNALP, s.97-98)

kriterler ile FSEK’da sayılan eser türlerinin tanımı, mahiyeti, bu türlerin tahdidi veya yorumla genişletilebilir olup olmadıkları incelenecektir.

A- FİKİR MAHSULÜNÜ ESER YAPAN UNSURLAR

1- ESERDEKİ SUBJEKTİF KRİTER

Bir fikri mahsulü, her insanın meydana getirebileceği fikir ürünlerinden ayırarak onu yaratıcısının hususiyeti ile bezeyen “sahibinin hususiyetini taşıma” unsuru, bu fikri mahsulü herkes tarafından meydana getirilebilecek, yani yaratıcısının şahsiyetine dair bir iz ve ayrıcalık taşımayan alelade emsallerinden ayırmakta, onu genel geçer üretilebilir ve umumun her zaman meydana getirebileceği fikir ürünlerinden farklı kılmaktadır.

Doktrinde subjektif unsurun varlığını belirleme hususunda, yakın ve birbirini tamamlayan tanımlara yer verilmiştir. Buna göre eserin; mevcudu veya bilineni tekrarlayan değil, ancak yaratıcı bir fikri çalışmanın ürünü olduğunu, bir iş mektubu ya da alelade bir fotoğrafın fikri emek ürünü olmakla beraber bu gibi herkes tarafından rasgele meydana getirilebilecek ürünlerin eser sayılmayacağını; ancak fikri bir çalışmanın bir zihni verimin ürünü olan, sahibinin özelliğini, yaratıcı gücünü taşıyan fikri ürünlerin eser niteliğini kazanacakları ifade edilmiştir⁷¹. Yani eserdeki hususiyet; “hiçbir yorumu, düşüncüyü, öğretiyi, düzeni ve özel çaba ve emeği yansıtmayan, herkesin her gün çeşitli sebeplerle ve çoğu kez görevi dolayısıyla ortaya koyduğu ürünle; sahibinin zihinsel çaba ve emeğini, kişisel yorumunu, bilimsel erkini, kabiliyetini, tefekkürünü, değişik ifadesini, şekillendirmesini, kulağa hoş gelen sesleri bulmasını ve desen ile renkleri göze ve duygulara hitap eder şekilde bir araya getirmesini, yani ‘hususiyetini’ taşıyan ürünü ayırmaktadır”⁷².

Sübjektif unsur ağırlıkla bağımsızlık ve yaratıcılık esaslarına dayandırılmış olmakla beraber, fikri çalışmanın bağımsızlığı ve yaratıcılığının kesin şekilde tesbiti de güçlük arz etmektedir. Yargıtay birlik arz eden kararlarında, eser üzerinde

⁷¹ Ernst E.HIRSCH, Hukuki Bakımdan Fikri Say 2.Cilt Fikri Haklar, İ.Ü. Yayınları, İstanbul-1943, s.12 ; EREL, s.51-52 ; ÖZTRAK, s.14 ; AYİTER, s.43-44 ; aynı hususa dair “eserdeki düzey” açıklaması için bkz.:TEKİNALP, s.101

⁷² TEKİNALP, s.98

sahibinin hususiyetinin varlığının, eserin dahil olduğu tür alanında uzmanlaşmış bilirkişilerce tesbit edileceğine hükmetmektedir⁷³.

Eserin bağımsız bir fikri çalışma ürünü olup olmadığının tahlilinde, kendisinden önce yaratılmış, toplumun kültürüne mal olmuş eserlerden istifade edilmeden meydana getirilmiş olması elbette aranmamakta; -gasp veya intihale varmamak kaydıyla- toplumun kültür mirasından bir istifade söz konusu olsa da, eser sahibine atfedilebilecek “az çok bağımsız bir fikri emeğin” var olup olmadığı gözetilmektedir⁷⁴. Sahibinin yaratıcı gücünün esere yansıyor yansımadağının tahlilinde de, eserin daha önce hiçbir yerde görülmemiş olması gibi mutlak bir orijinaliteye sahip bulunması beklenmemektedir. “Var olanlardan başka – mevcutlarla tıpatıp aynı olmayan” hususi bir mahsulün meydana gelmiş olması yeterlidir⁷⁵. Ancak bilgisayar programlarının eser statüsünde olup olmadığının tesbiti açısından bu kapsam daha dar tutulmuş ve Avrupa Konseyinin üyelere gönderdiği 14 Mayıs 1991 tarihli talimatının 1/3 maddesinde “Bir bilgisayar programı, eser sahibinin kendi fikri yaratımı olması bakımından orijinalse korunur; koruma kapsamına alınacak eserin tesbitinde başka hiçbir kriter uygulanmaz” hükmüne yer verilmiştir⁷⁶.

Hususiyetin, kendisini eserin şeklinde mi yoksa muhtevasında mı göstermesi gerektiği, doktrinde ciddi tartışmalara konu olmuştur. Günümüzde ağırlık kazanan ve bizim de taraf olduğumuz görüş, eser sahibinin özelliği ister şekilde ister muhtevada bulunsun, önemli olanın sahibine atfedilebilen az çok yaratıcı bir fikri çaba mahsulünün varlığı olduğu doğrudur⁷⁷. Eserdeki hususiyet, eserin yaratılışında esas alınan fikri muhtevadan olduğu kadar, veriliş tarzından veya her ikisinden birden anlaşılır⁷⁸. Eserdeki içeriğin hususiyete belki de en çok yansıdığı eserlerin, bilimsel eserler olduğu vurgulanmaktadır. Zira bilimsel eserlerde hususiyet

⁷³ Yarg.11.H.D., E.1974/1100, K.1974/1805, T.23.05.1974 ; Yarg.11.H.D., E.1994/982, K.1994/2011, T.11.03.1994; Yarg.11.H.D., E.2002/8275, K.2002/8839, T.11.10.2002 ; Yarg.11.H.D., E.2004/2772, K.2004/12672, T.21.12.2004 (bkz. Kazancı İhtihat Bankası)

⁷⁴ Halil ARSLANLI, Fikri Hukuk Dersleri II Fikir ve Sanat Eserleri, İ.Ü. Yayınları, İstanbul-1954 s.6 ; EREL, s.52-53 ; ÖZTRAK, s.14

⁷⁵ EREL, s.53 ; Arslanlı'nın aynı değerlendirmeye matuf ‘nisbi istiklal prensibi’ne dair bkz. ARSLANLI, s.7

⁷⁶ EREL, s.54

⁷⁷ ARSLANLI, s.8-9 ; EREL, 54 ; Ayrıca, hususiyet tesbitinde evvela muhtevadaki hususiyetin önem arz ettiğine dair bkz.:ARSLANLI, s.8 v.d.

⁷⁸ ÖZTAN, Fikir ve Sanat Eserleri, s.94

bilgi birikiminde ve bilimsel yöntemde tezahür eder. Bu eserlerde hem “ide” hem de bu idenin ifade ediliş tarzı korunur. Zira bilgi birikimi kişiye özgüdür ve bunun bilimsel yöntemle kullanılışı sahibinin hususiyetini yansıtır⁷⁹.

Ağırlıkla kabul edilen bu görüş karşısındaki aksi görüş ise; hususiyetin sadece şekilde ve eserin ifade ediliş tarzında aranması gerektiği, muhtevadaki hususiyetin önem taşımadığı yönündedir⁸⁰. Elbette fikir yürütme aşamasında kalan ya da herkesin aynı konuda aynı zihni faaliyeti gerçekleştirebileceği gündelik konularda ortaya atılan düşünceler, korumaya konu olmayacaktır. Ancak hususiyetin yani koruma konusunun sadece ifadeye münhasır olduğundan bahisle, özel zihni çaba ve yaratıcılık mahsulü olan “muhteva”nın üçüncü kişilerin her türlü kullanımına açık olduğu da kabul edilemez.

Tekinalp’in ayrıntılı şekilde izah ettiği üzere; “*Hususiyetin ‘anlatım’ kavramına bağlanmış olması, eserde sadece şekle önem verildiği ve içeriğin eserin tanımında dikkate alınmadığı anlamına gelmez. Hususiyet şekil ve içerikte, yani her ikisinin bütününde kendisini gösterir. Somut olayın özellikleri şekil ile içeriğin birbirinden ayrılmasını gerektiriyorsa birinde veya diğerinde kendisini gösteren ya da ikisinde de mevcut olan hususiyet eserin tanımlanmasında işlev görür. Alman hukukunda eskiden savunulan eserin ‘ferdiliği’nin sadece şekilde görülebileceği, özellikle edebiyat eserlerinde içerikte, eser sahibinden kaynaklanan ‘ferdiliğin’ mevcut olmadığı, yani mutlu veya acı sonla biten bir aşk hikayesinin (içerik) tarih kadar eski olduğu için korunmayacağı, korunanın, aşk hikayesinin anlatım şekli olduğu görüşü bugün aşılmıştır. Çünkü içeriğin şekli, şeklin de içeriği belirlediği genel kabul görmektedir.*”⁸¹ Nitekim hususiyet, güzel sanat eserlerinde şekilde belirttiği halde, bilim ve edebiyat eserlerinde daha çok muhtevada; yeni fikirde, tahlilde ve tenkitte, muhakeme tarzında, kişiye özgü bilgi birikiminde belirlemektedir⁸².

Her eserde ve her eser türünde sahibinin hususiyetinin esere yansması farklı şekillerde tezahür etmektedir. Nitekim, ilim ve edebiyat eserleri arasındaki edebi eserlerin farklı türlerinde dahi, hususiyet tahlili farklı kıstaslar gerektirebilecektir;

⁷⁹ TEKİNALP, s.100 ; aynı yöndeki görüş için bkz. Gürsel ÜSTÜN, Fikri Hukukta İşleme Eserler, Besam Yayınları, İstanbul-2001, s.16

⁸⁰ SULUK-ORHAN, s.143

⁸¹ TEKİNALP, s.101-102

⁸² ARSLANLI, s.9 ; ÖZTRAK, s.14 ; TEKİNALP, s.100

“ölüm”, “aşk” ya da “yoksulluk” gibi müşterek bir konu taşıyan iki şiirde, hususiyet tahlili noktasında “ifade tarzı”na ağırlık verilmesi doğaldır. Ancak bir romancının romanındaki olaylar örgüsünün aynı şekilde kopyalanarak, sadece farklı cümlelerle yeniden yazıldığı bir yapıtta, sahibinin hususiyetinin “ifade tarzı” ile alakalı olacağı ve olaylar örgüsünün fikir kısmını teşkil ettiğinden bahisle; bunun FSEK korumasından mahrum olduğunun ileri sürülmesi, elbette kabul edilemez.

Hususiyetin, farklı eser türlerinde farklı şekillerde tezahür edeceği şüphesizdir. Bu sebeple, hususiyet unsuruna dair bu genel açıklamalar yanında, eser türleri incelenirken yeri geldikçe özellik arz eden hususiyet üzerinde tekrar durulacaktır.

2- ESERDEKİ OBJEKTİF KRİTER

Soyut bir kavram olarak fikri eser, fikrin tecessüm ettiği somut varlıktan ayrı bir varlık olmakla beraber, fikir eserlerini idrak edebilmek için eserin, duyulara hitap eden vasıtalar üzerinde ortaya çıkmış olması gerekmektedir⁸³. Bununla beraber, fikri ürünün eser olarak kabul edilerek korunması için tamamlanmış olması gerekmez; düzeltilmiş olsun veya olmasın müsvedde, kroki, taslak ya da bunlar olmaksızın bitirilemeyen eserde gelinen noktaya kadarki tamamlanmamış eser, sahibinin hususiyetini yansıtmak koşuluyla eser olarak korunacaktır⁸⁴. Bunun gibi, sahibinin hususiyetini taşıyan bir eserin ilmi veya estetik açıdan yüksek ya da düşük değere sahip olmasının, eserin himayesi açısından bir önemi yoktur⁸⁵. Bir yapıtın eser olarak himayesinde önemli olan husus, yapıtın, sahibinin hususiyetini taşıması ve kanundaki eser türlerinden biri içinde mütalaa edilebilmesidir.

FSEK, eser sahibinin hususiyetine ilişkin unsur yanında, eserin tecessüm edeceği türleri; “ilim ve edebiyat eserleri”, “musiki eserleri”, “güzel sanat eserleri” ve “sinema eserleri” ana grupları olarak belirlemiştir. Kanunun bu dört ana grupta saydığı ve tanımladığı eser türlerinin tahdidi olduğu; bir fikri ürünün bu gruplardan biri dahilinde mütalaa edilememesi durumunda, FSEK kapsamında korunacak fikir

⁸³ ARSLANLI, 13

⁸⁴ TEKİNALP, s.102

⁸⁵ MUSTAFA REŞİT BELGESAY, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, M.Sıralar Matbaası, İstanbul-1956, s.14

veya sanat eseri sayılmayacağı kabul edilmektedir⁸⁶. Kanun, bu ana grupları belirledikten sonra, her bir grup kapsamında yer alan eser çeşitlerini de saymıştır. Ancak ana gruplar altında sayılan resim, heykel, koreografi, harita v.s. gibi eser nevelerinin, sadece ana eser gruplarının örnekleri oldukları, bunların tahdidi olmadıkları ve ana eser gruplarına dahil sayılabilecek başkaca eser türlerinin de bunlara ilave edilebileceği muhakkaktır⁸⁷.

Diğer yandan, fikri ürünün evvela bir cisme bürünerek somutlaşmış ve duyularla algılanabilir hale gelmiş olması şartının gerekçesi olarak; fikir ürününün hukukun konusu olabilmesi için ancak mülkiyete konu olabilecek bir meta vasfını alması, yani iktisaden değerlendirilebilecek hale gelmesi gereği gösterilmiştir. Bu görüşe göre fikri mahsulün somutlaşarak, çoğaltılabilecek ve iktisadi dolaşıma sokulabilecek bir hale gelmesi gerekmektedir ki, hukuka konu olabilecek iktisadi bir menfaat sağlasın⁸⁸. Ancak Arslanlı'nın taraf olduğu ve bizim de katıldığımız karşı görüş, iktisadi elverişliliğin eser vasfının kazanılmasında bir kıtas olmayacağı, zira temelde eserin iktisadi bir gaye ile vücuda getirilmediği yönündedir. Fikri haklar hukuku, eser sahibine, eserinden mali faydalanma hakkını muhafaza imkanı sağlamakta ise de, eser sahibinin şahsi ve manevi menfaatleri göz ardı edilemeyeceğinden, iktisadi istifadeye elverişli olmayan eserlerin de himaye görebilmeleri şarttır⁸⁹. Ancak elbette eserin korumaya tabi olması, mücessem hale gelmiş olmasına bağlıdır.

Eserdeki objektif unsur olarak kabul edilen, “kanundaki eser gruplarından biri olarak somutlaşma” konusunda üzerinde durulması gereken husus; kanunun tahdidi olarak gösterdiği ana grupları sayarken, sadece katı biçimde eser türlerinin sınırlarını çizmek amacı mı güdüldüğü, yoksa henüz eser haline gelmemiş “salt fikir”i, fikir ürünü “eser” haline getiren ayırım olan somutlaşmaya mı dikkat çekildiği hususudur. Nitekim, bu türler dahilinde değerlendirilemeyecek olan, ancak niteliği itibariyle sahibinin hususiyetinin ve yaratıcılığının mahsulü bulunan bir fikri ürünün, tahdidi sayım karşısında FSEK kapsamında korumasız kalacağı açıktır. Kanununun 2. maddesinde yer alan “ilim eserleri” ile 4. maddesinde yer alan “güzel sanat eserleri”

⁸⁶ EREL, s.55 ; ARSLANLI, s.12 ; AYİTER, s.45 ; BELGESAY, s.14

⁸⁷ ARSLANLI, s.12 ; AYİTER, s.45-46 ; ÖZTRAK, s.15 ; TEKİNALP, s.107

⁸⁸ HIRSCH, s.11

⁸⁹ ARSLANLI, s.4

kategorileri; yaratıcı fikri mahsullerin dahil edilebilecekleri, nispeten yoruma müsait bir esneklik barındıran kategorilerdir. Ancak kanaatimizce, kanunda sayılan ve somutlaşmanın niteliğini belirleyen bu dört ana grubun tahdidi kabul edilmemesi ve ayrıca eserin müşahhas hale gelmesi hususunun çerçevesini belirleyen bir tanımın da kanunda yer alması gerekmektedir. Nitekim, eserin somutlaşmasına dair kriter belirleyerek fikri mahsulün eser olup olmadığını değerlendirmek yerine, eser kavramını kanundaki tasnife hapsedmek, yaratıcılık ürünü fikir ve sanat mahsullerinin kanunda öngörülen türlere dahil edilememeleri halinde kanuni himayeden mahrum kalmaları sonucunu doğuracaktır.

B- KANUNDAKİ FİKİR VE SANAT ESERLERİ TÜRLERİ

Yukarıda da değinildiği gibi, FSEK, himayeye mazhar eser türlerini dört ana Grupta saymış ve “Fikir ve Sanat Eserlerinin Çeşitleri” başlığı altında; “İlim ve Edebiyat Eserleri” (md.2), “Musiki Eserleri” (md.3), “Güzel Sanat Eserleri” (md.4) ve “Sinema Eserleri”ne (md.5) yer vermiştir. Kanun, bu türlerde saydığı eserlerin değiştirilmesiyle meydana getirilen ve asıl esere bağlı olan eserlerin mahiyet ve türlerini de “İşleme Eserler” (md.6) olarak tanımlamıştır. Kanundaki ana eser kategorileri tahdidi ise de, bu ana gruplar içinde sayılan eser neveleri tahdidi olmayıp, örnek kabilinden sayılmışlardır. Dolayısıyla kanunda sayılmamış olan farklı eserlerin, ana eser gruplarına dahil sayılmaları mümkündür. Genel eğilim, bir eserin tek bir eser türüne tabi olduğu doğrultusunda olmakla beraber, kanaatimizce aynı eserin birden fazla eser türünün özelliklerini taşıması; örneğin karikatürlerin, hem dil ile ifade edilen eserler kategorisinde, hem de güzel sanat eserleri kategorisinde yer aldığı kabul edilmesi mümkündür.

Kanunda sayılan bu eser türlerine ek olarak, “internet, dijital sistem, sanal bilgi otoyolları, multimedya yapıtlar”ın da⁹⁰ eser olarak değerlendirilebilir olup olmadıkları hususunda netlik yoktur. Ancak multimedya ürünlerinin yeni bir eser kategorisi yaratmadığı hakim kanaat durumundadır⁹¹.

⁹⁰ Multimedya eserler hususunda bkz. Tekin MEMİŞ, Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2002, s.36 v.d. ; TEKİNALP, s.120 v.d. ; ÖZTAN, Fikir ve Sanat Eserleri, 151 v.d.

⁹¹ ÖZTAN, Fikir ve Sanat Eserleri, s.155

1- İLİM VE EDEBİYAT ESERLERİ

FSEK, 2.maddesinde yer verdiği ilim ve edebiyat eserlerini “dil ve yazı ile ifade edilen eserler”, “bilgisayar programları”, “sözsüz sahne eserleri” ve “teknik mahiyetteki çizim, fotoğraf ve maketler” olarak kategorize etmiştir.

Kanaatimizce bir eserin, sayılan bu türlerden birkaçına dair özelliği barındırması da mümkündür. Örneğin 1. bentte sayılan “dil ve yazı ile ifade olunan eserler” ile 3. bentteki “sözsüz sahne eserleri”nin müşterek özellikler ihtiva etmeleri mümkün, hatta zaman zaman zorunludur. Nitekim sözsüz sahne eserleri doğaçlama olmadıkça planlı bir koreografiye dayandıklarından, bu eserler aynı zamanda dil ve yazı ile ifade edilen eserlere ait özellikleri de gösterirler. Aynı eserin, birden fazla eser türünün özelliklerini taşıyabileceği yönündeki kanaatimiz, aynı eser türü içinde sayılan alt kategorilerin katı bir ayrıma tabi tutulamayacakları konusunda da geçerlidir.

i- DİL VE YAZI İLE İFADE OLUNAN ESERLER

Kanunda ilim ve edebiyat eserlerinin ilk örneği olarak, daha ziyade idrake hitap eden “herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserler” sayılmıştır. Dil ile ifade olunan eserler, düşünce ve duyguları ifade için kullanılan, yazı, nota, formül, çizgi, konuşma ve sair her tür sözlü veya yazılı vasıtayla meydana getirilmiş eserlerdir⁹². Fikri ürün, matematik, fizik ve kimyada olduğu gibi rakam, şekil ve formülle anlatılmışsa, gene dil ile ifade edilmiş olur⁹³. Bu eserlerin uzunluk veya kısalıkları önem taşımamakta, eser sahibinin hususiyetini taşımaları yeterli bulunmaktadır⁹⁴.

Dil ve yazı ile ifade olunan eserlerin mutlaka bilimsel veya edebi olmaları gerekmez; ilmi, edebi, dini, siyasi, sosyal ve sair nitelikteki yazı, konferans, sohbet, nutuk, vaaz, roman, hikaye, şiir, şarkı sözü gibi anlatım unsuru içeren eserler bu kategoridedir⁹⁵. Ayrıca sahibinin hususiyetini taşımak kaydı ile; avukat dilekçeleri,

⁹² EREL, s.58

⁹³ TEKİNALP, s.107

⁹⁴ ARSLANLI, s.18

⁹⁵ ARSLANLI, s.18 ; EREL, s.58 ; BELGESAY, s.20

tarifeler, rehberler, ilan broşürleri, katalogların da bu nevi eserler arasında mütalaa edilebilmeleri mümkün görülmektedir⁹⁶.

Dil ile ifade edilmiş olan eserin, mutlaka yazılmış, kaydedilmiş, plak, film, bant ve sair kalıcı bir cisim üzerinde tesbit edilmiş olması da şart değildir⁹⁷. Sadece söylenerek varlık sahasına çıkmış ya da hiçbir cisim üzerine kaydedilmeden ağızdan ağza yayılmış fikri veya ilmi ifadeler de, sahibinin hususiyetini taşıdıkları sürece dil ile ifade edilen eserlerdir ve FSEK kapsamında korumaya tabidir.

Bu eserleri meydana getirirken kullanılmış olan dilin, yaşayan yahut ölü bir lisan olması, mevcut bir lisanın veya terminolojinin kaidelerine uygun bulunması da gerekmemekte⁹⁸, manası anlaşılacak şartıyla ifade edilmek istenen fikrin, dilsiz sabit veya gayri sabit işaretlerle anlatılmış bulunması da yeterli sayılmaktadır⁹⁹. Hatta kanaatimizce, -kelime hazinesi ve gramer yapısı umumun anlayabileceği şekilde anlatılmak ve anlaşılacak kaydı ile- mevcut olmayan bir dil yaratılmak suretiyle meydana getirilen eserler dahi bu kapsamda korunabilir.

Anlaşılacağı üzere, madde metninde yer alan “dil ve yazı ile ifade edilme” lafzı, esasen “dil veya yazı ile ifade edilebilir olma” anlamında kullanılmaktadır.

Tekinalp, bilimsel eserlerde, hususiyetin bilgi birikiminde ve bilimsel yöntemde tezahür ettiğini, bu eserlerde ifade tarzı korunacağı gibi, ifade edilen düşünce ve teorinin de korunacağını, zira öğrenme, araştırma, inceleme ve deneme ile edinilen bilginin kişiye özgü olduğu için sahibinin hususiyetini taşıdığını ve bunun bilimsel yöntemle kullanılması halinde eser sahibinin hususiyetini yansıtacağını ifade etmektedir¹⁰⁰. Biz de, “eserdeki subjektif kriter” bahsinde değindiğimiz üzere, doktrinde tartışmalı olan bu hususta Tekinalp’in görüşüne taraf bulunmaktayız. Zira bilimsel eserde sadece müellifin ifade tarzının korunarak, çok daha zahmetli bir fikri emek gerektiren ilmi muhtevanın koruma dışı bırakılacağını kabul etmek mümkün değildir. Nitekim FSEK çerçevesinde korumaya mazhar olmayan fikir / bilgi, herkes

⁹⁶ TEKİNALP, s.107 ; reklam ve reklam sloganlarının da eser olarak kabul edilebileceği ve bunlar üzerindeki hakların değerlendirilmesi hususunda bkz. Arslan KAYA, Reklamın Fikri Mülkiyet Hukuku İçindeki Yeri, Prof.Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C.I, Beta Yayınları, İstanbul-2002, s.459 v.d. ; ayrıca rehber ve tarifeler, ilan ve afişler, nispeten kataloglar hakkında aksi görüş için bkz.: HIRSCH, s.15 ; AYİTER, s.47

⁹⁷ Bkz. EREL, s.58 ; ÖZTRAK, s.17

⁹⁸ AYİTER, s.48 ; EREL, s.58 ; ÖZTAN, Fikir ve Sanat Eserleri, s.109

⁹⁹ ARSLANLI, s.18

¹⁰⁰ TEKİNALP, s.100

tarafından ileri sürülebilecek görüşlerden ibarettir. “Korunan” fikir / bilgi ise, sahibinin hususiyetini taşıyan, herkesin aynı şekilde ileri sürmesi ya da beyan etmesi mümkün olmayan fikirlere aittir. Eserdeki hususiyet tahlili konusunda da izah ettiğimiz gibi; “bağımsız bir fikri emeğin varlığı”¹⁰¹ ve “fikri çaba mahsulü olma”¹⁰² kriterlerinin, bilimsel eserlerin muhtevaları açısından gerçekleşmiş olduğunda şüphe yoktur. Doktrininde, bilimsel eserlerin muhtevalarının da korunmasının, bilimsel ilerlemeyi sekteye uğratacağına dair görüşler ileri sürülmüş¹⁰³ ise de, FSEK’nun 34. ve 35. maddelerindeki iktibas serbestisi, bilim eserlerinden ilmi amaçla faydalanma hürriyeti tanımakta olduğundan, bu eserlerin muhtevalarının korunması, atıfla alıntı yapabilecek olan ilmi araştırmacılar için mali bir engel teşkil etmeyecek; ancak tamamen koruma dışı sayılmaları, eser sahiplerinin fikri emeklerinin mahsullerini, intihal gibi son derece ağır manevi ihlallere karşı korumasız bırakabilecektir. Kaldı ki korunacak husus, herkes tarafından aynı şekilde ifade edilebilecek muhteva değil, özel ilmi veya fikri çabanın mahsulü olan muhtevadır.

ii- BİLGİSAYAR PROGRAMLARI VE BUNLARIN HAZIRLIK TASARIMLARI

Bilgisayar programları ve bunların hazırlık tasarımları üzerindeki haklar, 1995 yılına kadar FSEK kapsamında korumaya dahil eserler arasında yer almamıştır. 1995 yılında 4110 sayılı Kanunun FSEK’nda yaptığı değişiklikle, bilgisayar programları ile bunların hazırlık tasarımları da, ilim ve edebiyat eserleri kategorisine dahil edilmiştir. Bilgisayar programı, FSEK’nun 1-B/g maddesinde; “*Bir bilgisayar sisteminin özel bir işlem veya görev yapmasını sağlayacak bir şekilde düzene konulmuş bilgisayar emir dizgesini ve bu emir dizgesinin oluşum ve gelişimini sağlayacak hazırlık çalışmaları*” şeklinde tanımlanmıştır.

Bilgisayar programları, birçok unsurdan oluşan ve bilgisayardan arzu edilen sonucu elde etmeye yarayan talimatlar dizisidir. Bunların, birbirinden ayrılarak gözlemlenmesi mümkün olan, program akışı, algoritma, kaynak ve amaç kodu ve

¹⁰¹ ÖZTRAK, s.14; ARSLANLI, s.6 ; EREL, s.52-53

¹⁰² ARSLANLI, s.8-9 ; EREL, 54

¹⁰³ Bkz.TEKİNALP, s.108

kullanıcı ara yüzeyi unsurları bulunmaktadır¹⁰⁴. Bir bilgisayar diliyle ifade olunan ve bilgisayar sisteminin diğer bileşenleri ve kullanıcıları ile birlikte çalışması ve iletişimi işlevini üstlenen programlar (bilgisayar program sonucunu doğuran hazırlık tasarım çalışmalarıyla birlikte ve her biçim altındaki ifadeleriyle) eser sahibinin kendi fikri yaratımı anlamında özgün ise FSEK kapsamında eser olarak korunacaktır¹⁰⁵. Arayüzüne¹⁰⁶ temel oluşturan düşünce ve ilkeleri de içine almak üzere, bir bilgisayar programının herhangi bir ögesine temel oluşturan düşünce ve ilkeler eser sayılmazlar (FSEK md. 2/son).

FSEK 2/1. maddesinin “*her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları*”nı korumaya tabi tuttuğu ve programların hazırlık tasarımlarının korunması için, program haline gelmeden önceki aşamaya kadar ilerlemiş olmaları şartını aradığı görülmektedir. Bilgisayar programlarını oluşturan unsurlardan; kaynak kodu, objektif kod, hazırlık tasarımları, program akışının koruma kapsamında yer alan unsurlar oldukları; algoritma ve arayüzlerin ise koruma kapsamı dışında kaldıkları belirtilmektedir¹⁰⁷. Ancak aslen bağımsız bir bilgisayar programı sayılmayan, sözlük, yardım metinleri gibi programın içinde yer alan unsurlar da, ayrıca eser vasfı taşıyorlarsa FSEK kapsamında korumaya tabi olabilecektir¹⁰⁸.

Korumaya konu programların tanım ve kapsamı, bugün itibariyle büyük ölçüde Avrupa Konseyinin üyelere gönderdiği 14 Mayıs 1991 tarihli talimatına dayanmaktadır. Bu talimata eklenen memorandumda bilgisayar programı, bilgisayarın belirli bir fonksiyon veya görevi ifa etmesi amacıyla verilen bir dizi

¹⁰⁴ Mustafa TOPALOĞLU, Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması, Türkiye Bilişim Vakfı Yayınları, İstanbul-1997, s.85

¹⁰⁵ Danıştay 10. Dairesi'nin T. 27.4.1994, E.1992/4550, K.1994/1856 sayılı kararı için bkz. TOPALOĞLU, s.86-87

¹⁰⁶ Arayüz; bilgisayarın ana biriminin, yazıcı, disk, modem, terminal gibi yan birimlerle bağlantısı sağlayan elektronik aksamdır. (bkz. TEKİNALP, s.111) ; “Arayüz: Bilgisayarın donanım ve yazılım unsurları arasında karşılıklı etkilenme ve bağlantıyı oluşturan program bölümleri”dir.(FSEK md.1/B-h)

¹⁰⁷ Şener DALYAN, Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara-2009, s.79 v.d. ; TOPALOĞLU, s.89 v.d. ; ayrıca kavramların açıklaması için bkz. DALYAN, s.28 v.d. ; Sevilay EROĞLU, Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, Beta Basım, İstanbul-2000, , s.2 v.d. ; ayrıca programlarda kaynak kodların da eser niteliği taşıdığı ve telif hukuku kapsamında korunması gerektiği hususunda bkz. Tekin MEMİŞ, Fikri Hukuk Bakımından Kaynak Kodlarının Korunması, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009, Editör: Tekin Memiş, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul-2009, s.297-298

¹⁰⁸ Serhat KAYPAKOĞLU, Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunması, İpekçi Yayıncılık, İzmir-1997, s.72

komutun herhangi bir şekil, lisan, notasyon veya kodla ifade edilmiş hali olarak açıklanmıştır¹⁰⁹.

Koruma, bir bilgisayar programının herhangi bir şekildeki ifade tarzını kapsar. Ticari yazılım mahiyetindeki bilgisayar programlarında “alenileşme” ise, yazılımın genellikle beta sürümünün¹¹⁰, yazılımla uğraşan kişi ve kuruluşlarının eleştirisine sunulmak üzere tevdi edilmesiyle gerçekleşir¹¹¹.

iii- RAKISLAR, YAZILI KOREOGRAFİ ESERLERİ, PANDOMİMALAR VE BUNA BENZER SÖZSÜZ SAHNE ESERLERİ

FSEK 2/2. maddesi, “*her nevi rakıslar, yazılı koreografi eserleri, pandomimalar ve buna benzer sözsüz sahne eserleri*”ni de ilim ve edebiyat eserleri arasında saymakla, bu kapsamdaki dans ve diğer gösterileri bir bütün halinde meydana getiren hareketler dizisini ve bunların kendi içindeki sistemini korumaktadır.

Raks, pandomim ve koreografi eserleri hükümde örnek olarak sayılmış olup, bunlara, revüler, illüzyonistlerin gösterileri, artistik patinaj ve buz dansının da dahil edilebileceğini ifade eden Erel, dans, bale veya revünün, özel bir yazı türü olan koreografik yazı türü ile tesbit edilmişse, artık ortada dil ile ifade edilen eserler kategorisine giren bir eser olduğunu ileri sürmektedir¹¹². Ancak kanaatimizce, sözsüz sahne eserlerini, ilim ve edebiyat eserleri arasında sayan FSEK, bu bentte hareketlerin şekillerini ve birbirleri ile olan bağlantılarını eser olarak korumakta olduğundan, bunların yazıya dökülmek ya da şematize edilmek suretiyle kayıt edilmeleri, eser nev’ini değiştirmeyecektir. Belirttiğimiz gibi, sözsüz sahne eserleri doğaçlama

¹⁰⁹ EREL, s.59 ; “Aynı zamanda bu terimin ‘akış şeması’ ve ‘donanım’ içine yerleştirilmiş program gibi, aslı programın hazırlık ve tasarım malzemesini de kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği öne sürülmektedir.” (Bkz. EREL , s. 59)

¹¹⁰ “Bir programın beta sürümü, o programın yazılıp bitirildikten sonra hata, eksiklik veya zaafının belirlenmesi amacıyla olabildiğince yaygın olarak test edilmesi için yazılımla uğraşan kişi ya da kuruluşlara ücretsiz olarak dağıtılan, piyasaya sürülmeden önceki son taslak kopyasıdır.” (KAYPAKOĞLU, s.72, dn.275)

¹¹¹ KAYPAKOĞLU, s.72

¹¹² EREL, s.60 ; Ayiter bu halde eserin hem bu bent kapsamında hem de bir dil eseri olarak ayrıca koruma bulacağı görüşündedir. Bkz. AYİTER, s.51 ; Ayrıca bu bentte sayılan ‘koreografik’ eserlerin mahiyetinin izahı ile bunların sahne eserleri kapsamında korunacağı hususunda bkz.TEKİNALP, s.112-113

olmadıkça planlı bir koreografiye dayandıklarından, bu eserler aynı zamanda dil ve yazı ile ifade edilen eserlere ait özellikleri de gösterirler ve bir eserin birden fazla kategoriye has özellikleri barındırması mümkündür.

Doktrinde, “dans”ın ancak dansı oluşturan figürlerin bir metni ya da tekrarlanabilir bir düzeni olması halinde eser haline geleceğinden bahisle, doğaçlamaya dayanan ve tekrarlanma imkanı olmayan dansın eser olmayacağı ifade edilmiştir¹¹³. Ancak fikrimizce, doğaçlamanın baştan sona görsel iletim araçları ile kaydedilmesi ya da bellekte tutulması mümkün olduğundan, bir bütün olarak tekrarlanma imkanı da mevcuttur ve şartları varsa eser olarak korunmalıdır.

Bu kapsamdaki eserlerin özü, yaratılan hareketlerin görüntüsü olduğundan, önceden dizayn edilmiş kül halindeki bu görüntünün icracı sanatçı tarafından icra edilmesi bu bent kapsamında değil, icracı sanatçıların haklarını düzenleyen FSEK 80. md. kapsamında korunacak¹¹⁴, bu dizaynı meydana getiren kişi ise, bu bent kapsamında eser sahibi sayılacaktır.

Sözsüz sahne eserini oluşturan hareketler bütününlük mutlaka insan bedeniyle meydana getirilen hareketlerden oluşması da şart değildir. Kukla veya gölge oyunlarının da, sahibine hasredilebilecek bir eser değeri mevcut ise bu kapsam içinde korunmaları gerektiği kabul edilmektedir¹¹⁵.

Dram ve operanın da bu gruba dahil oldukları¹¹⁶ kabul edilmekle beraber, bu tür eserlerin sadece sözsüz sahne eserleri değil, aynı zamanda dil ile ifade edilen eserler kategorisinde de yer aldıkları kabul edilmelidir. Zira sözsüz sahne eserlerinin aynı zamanda dil ile ifade olunan eser özelliği taşıyabilmeleri yanında dram ve opera gibi eserler, içerdikleri hareketler silsilesi yanında, ihtiva ettikleri metinler itibariyle doğrudan idrake de yönelmektedirler.

Rakıslar, yazılı koreografi eserleri, pandomimalar ve bunlara benzer sözsüz sahne eserleri; müzik veya ses eşliğinde ise, eser şartlarını taşımak kaydı ile sesli kısımları da ayrıca eser olarak korunacaktır¹¹⁷.

¹¹³ TEKİNALP, s.112 ; aksi görüş için bkz. ÖZTAN, Fikir ve Sanat Eserleri, s.120

¹¹⁴ ÖZTRAK, s.18 ; AYİTER, s.51 ; EREL, s.60

¹¹⁵ EREL, s.60

¹¹⁶ ARSLANLI, s.18 ; ÖZTRAK, s.17

¹¹⁷ AYİTER, s.51

iv- **TEKNİK VE İLMİ MAHİYETTE FOTOĞRAF ESERLERİ, TEKNİK MAHİYETTEKİ ÇİZİM, PROJE, TASARIM VE MAKETLER**

FSEK 2/3. maddesinde “*Bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleriyle, her nevi haritalar, planlar, projeler, krokiler, resimler, coğrafya ve topoğrafyaya ait maket ve benzerleri, her çeşit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri, mimari maketler, endüstri, çevre ve sahne tasarım ve projeleri*” şeklinde sayılan bu eserlerin bu madde kapsamında mütalaa edilmeleri, “bedii vasfı bulunmama” şartına bağlıdır. Bu bentte sayılan eserler öğretici, açıklayıcı, uygulamaya imkân sağlayıcı özellik taşırlar ve ayrıca estetik vasfa da sahip olmaları halinde, aynı zamanda güzel sanat eseri olarak da korunurlar¹¹⁸.

Bentte sayılan eserler, öğretici, açıklayıcı ve uygulamaya yönelik iseler de, Yargıtay, bu tür eserlerde de sahibinin hususiyetinin aranması gerektiğini hükme bağlamıştır; “*FSEK, eseri, eser sahibinin hususiyetini taşıyan, ilim-edebiyat, musiki, güzel sanat ve sinema eserleri türlerinden biri içine giren her nevi fikir ve sanat mahsulü olarak tanımlanmıştır. Anılan Yasanın 2/3. maddesinden her nevi haritanın eser mahiyetinde olduğu anlamı çıkıyor ise de, yasanın korumasından yararlanacak bir eser olup olmadığı, bu hükmün 1/B maddesi hükmüyle birlikte değerlendirilerek sahibinin hususiyetini taşıyıp taşımadığının tesbitine bağlıdır.*”¹¹⁹ Ayrıca ilmi ve teknik mahiyet arz eden, öğretici, bilgi verici, açıklayıcı yol gösterici amaçla hazırlanmış şehir planları da sahibinin hususiyetini yansıtıyorsa eser olarak korunur¹²⁰. Bu bentte yer alan eser çeşitleri de belirgin örnekler olarak sayılmış olup, öğretici, açıklayıcı, ilmi ve teknik hususları şekle büründüren ve sahibinin hususiyetini taşıyan diğer eserlerin de bu bent kapsamında korunmaları mümkündür.

Maddenin bu bendi kapsamında mimarlık projeleri de sayılmıştır. Ayrıca güzel sanat eserleri arasında “mimari eserler”e de yer verilmiştir. Anlaşılacağı üzere

¹¹⁸ EREL, s.61 ; TEKİNALP, s.115 ; BELGESAY, s.21 ; Ayiter, bu halde eserin sadece güzel sanat eseri olarak korunacağını, eserin her iki bakımdan da korunmasının hem bedii hem de öğretici niteliğinin aynı ölçüde olması durumunda söz konusu olacağını ifade etmektedir. (Bkz.AYİTER, s.49-50)

¹¹⁹ Yarg. 11. H.D., T.11.10.2002, E.2002/8275, K.2002/8839 (Kazancı İçtihat Bankası)

¹²⁰ Arslan KAYA, Şehir Planları (Rehberleri) Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Eser midir ?, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C.II, Beta Yayınları, İstanbul-2003, s. 325

mimari eser projesi, proje aşamasındayken 2/3. md. kapsamında, mimari eser inşa edilip meydana getirildikten sonra ise “güzel sanat eseri” olarak korunacaktır.

Bu bentte sayılan eserlerin meydana getirilmesinde bilimsel ve teknik metodların kullanılması zorunluluğu karşısında, sahibinin eserdeki hususiyetinin saptanması son derece müşküldür ve bu tür eserlerde hususiyet kriterinin daha ziyade sarf edilen “bağımsız emek” unsurunda toplandığı kabul edilmektedir¹²¹.

2- MUSİKİ ESERLERİ

FSEK'nun 3. maddesinde fikir ve sanat eserleri arasında sayılan musiki eserleri “her nevi sözlü ve sözsüz besteler” olarak tanımlanmıştır. Kanunun lafzından da anlaşılacağı üzere, bu maddeye konu olan “beste” unsurudur. Beste, tek başına musiki eseri olduğu gibi, üzerine bu melodi ile icra edilebilecek sözlerle birlikteyken de musiki eseri olarak korunacaktır. Ancak beste üzerine yazılan sözlerin ayrıca eser mahiyeti taşıması halinde, bunların da ayrıca 2/1. md. kapsamında korunacağı konusunda şüphe yoktur. Bu durumda, bestesi ve güftesi ayrı ayrı eser mahiyeti taşıyan müzik eserlerinde beste ve güfte farklı kişilere aitse, güfte ve beste sahipleri ayrı ayrı korunacaktır¹²².

Musiki eserlerinde ana unsurun, işitme duyusuna hitap eden sesler oldukları¹²³ kabul edilmekle beraber, doktrinde bu eserlerde kullanılan vasitanın sestten başka şeyler de olabilecekleri, mesela musikinin renk veya çizgilerle de ifade edilebileceğine dair görüşler de mevcuttur¹²⁴.

Her türlü kompozisyon, opera, operet, senfoni, keman, piyano veya diğer sazlar için tasarlanmış parçalar, ilahiler, şarkılar, türküler v.s. müzik eserleri arasındadır. Musiki eserini oluşturan bu seslerin mutlaka bir musiki aletinden çıkması yahut nota sisteminin yazıya geçirilmiş olması ya da eserin bant, plak veya dijital ortam üzerinde tesbit edilmiş olması da şart olmayıp; birkaç sazdan, doğrudan insan

¹²¹ EREL, s.62

¹²² TEKİNALP, s.115

¹²³ EREL, s.63 v.d. ; TEKİNALP, s.115 v.d.

¹²⁴ ARSLANLI, s.21

hançeresinden ya da elektronik araçlardan çıkan seslerin, tasarlanmış veya irticalen çalınmış seslerin de hususiyet taşıma şartıyla korunması mümkündür¹²⁵.

Musiki eserlerinde hususiyet, seslerin birbirini izleyişindeki bağlantı silsilesine ve ritmin özelliğine bakılarak anlaşılır ve bu eserlerin muhtevası, aynı zamanda şeklidir de; nitekim klasik müzik eseri dans müziği haline getirildiğinde bağımsız bir eserden değil, ancak işleme eserden bahsedilebilir¹²⁶. Müziğin sanatsal düzeyinin, eser sayılmasında etkili olmayacağı, seslerin birbirine bağlanışının ve ritmin hususiyet taşıdığı her müzik parçasının eser olarak mütalaa edileceği kabul edilmektedir¹²⁷.

Musiki eserini oluşturan birden çok melodiden bütünlük arz eden her biri, mahiyeti icabı sahibinin hususiyetini yansıtmaya yeterli ise eser olarak korunacak¹²⁸, bu melodilerin başka bir esere eklenerek kullanılması, eser üzerindeki hakkı ihlal edecektir.

3- GÜZEL SANAT ESERLERİ

Güzel sanat eserleri, görsel estetik bir haz uyandıran ve genellikle sabit bir tesbit vasıtası üzerinde ifade edilerek varlık alanına çıkan eserlerdir. Bu eserlerin meydana getirilirken hangi cisim üzerinde somutlaştırıldıklarının önemi yoktur. Seçilen cisim, kağıt, tahta, maden, fildişi, taş, tuğla, seramik, buz ve hatta bitki bile olabilir, önemli olan, eserin bir cisim üzerinde somutlaşmış olması ve estetik nitelik taşımasıdır¹²⁹. Bu tür eserlerin tek bir parçadan oluşması şart olmayıp, muhtelif parçaların bir araya getirilmesiyle ortaya çıkan estetik görünüş de bir sanat eseridir¹³⁰.

FSEK 4. maddesinde tanımlanan güzel sanat eserleri, estetik değere sahip olmak kaydı ile;

1. Yağlı ve suluboya tablolar; her türlü resimler, desenler, pasteller,

¹²⁵ HIRSCH, s.42 ; ARSLANLI, s.21 ; AYİTER, s.51; EREL, s.63 ; TEKİNALP, s.115 ;KARAHAN-SULUK-SARAÇ-NAL, s.51-52

¹²⁶ EREL, s.64 ; ARSLANLI, s.22

¹²⁷ TEKİNALP, s.115 ; AYİTER, s.52

¹²⁸ ARSLANLI, s.22 ; aksi görüş için bkz.: HIRSC, s.42 ; ayrıca bu hususta melodinin eser düzeyi ve ana eserde kapladığı yere göre karar verileceğine dair bkz. ÖZTRAK, s.22 ; EREL, s.64

¹²⁹ ARSLANLI, s.23-25 ; EREL, s.70; Ayiter, güzel sanat eserlerinde estetik içeriğin bir boşluk içinde ifade edilebileceğini de belirtmektedir (AYİTER, s.54).

¹³⁰ AYİTER, s.54

gravürler, güzel yazılar ve tezhipler, kazıma, oyma, kakma veya benzeri usullerle maden, taş, ağaç veya diğer maddelerle çizilen veya tespit edilen eserler, kaligrafi, serigrafi,

2. Heykeller, kabartmalar ve oymalar,

3. Mimarlık eserleri,

4. El işleri ve küçük sanat eserleri, minyatürler ve süsleme sanatı ürünleri ile tekstil, moda tasarımları,

5. Fotoğrafik eserler ve slaytlar,

6. Grafik eserler,

7. Karikatür eserleri,

8. Her türlü tipler, mükemmeller,

olarak örneklendirilmiştir.

Doktrinde, bu tür eserlerde bulunması şart koşulan estetik vasfın mutlaka ön planda bulunmasının veya güzel sanat eserlerinin, mutlaka bu tür bir eser yaratmak iradesi ile meydana getirilmesinin gerekmediği; başka amaçlarla meydana getirilen, estetik niteliği haiz, görsel bir haz uyandıran ve bir cisim üzerinde somutlaşmış bulunan yapıtların da güzel sanat eseri vasfı kazanacağı, el işleri ya da süsleme sanatıyla meydana getirilmiş gündelik eşyanın ya da sanat kaygısı güdülmeden yapılan bir binanın dahi sanat estetiğine sahip olmak kaydıyla güzel sanat eseri sayılacağı kabul edilmektedir¹³¹. Ayrıca maddede sayılan eser türleri tahdidi olmayıp, halı ve kumaş desenleri, mücevher, elbise modelleri ve kanunda sayılmayan sair bedii vasfı haiz eserler de güzel sanat eseridir¹³².

Estetik vasfın ön planda bulunması şart değilse de, bir eserin bu bende dahil olması, sahibinin hususiyeti yanında bedii vasfı taşıması şartına da bağlıdır. Hem FSEK 2/3 maddesinde teknik mahiyetteki eserler, hem de güzel sanat eserleri arasında sayılmış olan fotoğrafların, bedii vasfı taşıyıp taşımadıkları, hangi madde kapsamında mütalaa edilecekleri, hatta eser mahiyetinde olup olmadıkları, fotoğraf sanatı ya da teknik görüntüleme uzmanlarının yapacakları inceleme neticesi ortaya çıkacaktır¹³³. Şahıslara ait fotoğraflar ve portreler, eser vasfı taşımasalar dahi

¹³¹ ÖZTRAK, s.23 ; ARSLANLI, s.23-24 ; EREL, s.70

¹³² ÖZTRAK, s.23

¹³³ "... Bu durumda mahkemece yapılacak iş, davacının hak iddia ettiği dava konusu iki fotoğrafın bedii vasfı haiz olup olmadığı, binnetice güzel sanat eseri sayılıp sayılmayacağına tesbiti yolunda bu

FSEK'nun 86. maddesi hükmü ile resimdeki şahıs adına korunmuşlardır. Ancak bu resimlerin aynı zamanda eser vasfı taşımaları halinde, eser sahibinin eser üzerindeki haklarının mı yoksa resim sahibinin resim üzerindeki kişilik haklarının mı öncelik arz edeceği konusunda bir açıklık yoktur. Kanaatimizce, eserden faydalanmak hususunda resimdeki şahsın izni aranmalı, eser sahibi bu çerçevede mali ve manevi haklarını kullanabilmelidir.

Kanununun 2/3. maddesindeki estetik vasıf barındırmayan eser türüne dahil olan mimari plan, kroki ve maketlerin uygulanmasıyla ortaya çıkacak olan mimari yapı ise, sadece sahibinin hususiyetini yansıtmakla değil, ayrıca estetik nitelik taşımak kaydıyla güzel sanat eseri olarak korunur¹³⁴.

Maddede sayılan karikatür türündeki eserler, zaman zaman yazılı anlatım da içerebilmektedir. Ancak yazılı anlatım içerseler de içermeseler de, kanaatimizce idrake yönelik olma özellikleriyle, bunların aynı zamanda dil ile ifade edilen eserler kategorisine dahil olabilmeleri mümkündür.

FSEK'nun 2/3. maddesinde¹³⁵ sayılan teknik mahiyetteki eserler; öğretici, açıklayıcı, uygulamaya imkan sağlayıcı özellikleri yanında ayrıca estetik vasfa da sahip olmaları halinde, aynı zamanda güzel sanat eseri olarak da korunacaklardır¹³⁶. Ayrıca krokiler, resimler, maketler, tasarımlar ve benzeri eserlerin endüstriyel model ve resim olarak kullanılması, düşünce ve sanat eserleri olmak sıfatlarını etkilemez (FSEK md. 4/son) .

4- SİNEMA ESERLERİ

FSEK 5. maddesinde sinema eserleri; *“her nevi bedii, ilmi, öğretici veya teknik mahiyette olan veya günlük olayları tespit eden filmler veya sinema filmleri*

işlerden anlayanlar arasından seçilecek 3 kişilik bilirkişi heyetinden rapor alınarak sonucuna göre bir karar varmaktan ibarettir. ..” (Yarg. 11.H.D., T.21.03.1989, E.1988/4668, K.1989/1821) (bkz. Meşve İçtihat ve Mevzuat Bankası)

¹³⁴ EREL, s.71

¹³⁵ “Bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleriyle, her nevi haritalar, planlar, projeler, krokiler, resimler, coğrafya ve topografyaya ait maket ve benzerleri, her çeşit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri, mimari maketler, endüstri, çevre ve sahne tasarım ve projeleri.” (FSEK md. 2/3)

¹³⁶ EREL, s.61 ; TEKİNALP, s.115 ; BELGESAY, s.21 ; Ayiter, bu halde eserin sadece güzel sanat eseri olarak korunacağını, eserin her iki bakımdan da korunmasının hem bedii hem de öğretici niteliğinin aynı ölçüde olması durumunda söz konusu olacağını ifade etmektedir. (AYİTER, s.49-50)

gibi, tespit edildiği materyale bakılmaksızın, elektronik veya mekanik veya benzeri araçlarla gösterilebilen, sesli veya sessiz, birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisidir” şeklinde tanımlanmıştır. Maddede bu eserlerin kapsayabilecekleri konular itibariyle genel bir tanımla yapıldıktan sonra, “kaydedilme ve gösterilebilir olma” ve “birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisi olma” şartları aranmıştır.

Doktrinde “Sinema”, fotoğraf ve sinema çekimleri için duyarlı bir plastik şerit olan “film” üzerine ard arda kaydedilmiş aslen durağan görüntülerin belli bir hızla perdeye yansıtılmasıyla elde edilen hareketli görüntü dizisi; “sinema eseri” ise sinema tekniğiyle meydana getirilen ve “eser” kavramında bulunması gereken şartları taşıyan fikir ve sanat ürünü¹³⁷ olarak tanımlanmaktadır. Ancak elbette bu eserlerin dijital yöntemle kaydedilmesi de mümkündür. Kanunun verdiği tanımda yer alan; birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisi, kaydedilmiş olma ve gösterilebilir olma şartları, sinema eserlerinin esas unsurları olarak kabul edilmektedir¹³⁸. Ancak eserin gösterildiği aracın önemi yoktur¹³⁹. Bunun yanında sinema eserlerindeki hususiyet şartının tesbitinde; filmin birden fazla kişi tarafından meydana getirilmesinin gerekip gerekmediği, senaryo ve yönetmen şartı bulunup bulunmadığı, hususiyetin hangi alanlarda aranacağı, filmin konu ve niteliğinin dikkate alınıp alınmayacağı, konularında doktrinde fikir birliği yoktur¹⁴⁰.

Madde lafzında eser kategorisi “sinema eseri” olarak belirtilmiş olmakla beraber, ilmi, öğretici, teknik ya da günlük olaylara¹⁴¹ dair filmlerden de bahsedilmekle, bu eserlerin sadece sanat amaçlı sinema filmlerini değil, farklı konular ve amaçlar ihtiva eden her çeşit filmi içerdiği görülmektedir. Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılması ile Desteklenmesi Hakkında Kanun’un 3/b

¹³⁷ Mustafa ATEŞ, Fikir ve Sanat Hukukunda Sinema Eseri ve Eser Sahipliği, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul-2009, s.64-66

¹³⁸ Bu hususta bkz. Yalçın TOSUN, Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul-2009, s.65 v.d.; Naci KINACIOĞLU, Sinema Eseri ve Bunlarda Eser Sahipliği, Prof.Dr.Ali Bozer’e Armağan, Ankara-1998, s.209 v.d.; Ayça AKKAYAN YILDIRIM, 4630 Sayılı Kanun Değişikliği ve Gelişmeler Işığında ‘Sinema Eseri’ ve ‘Sinema Eseri Sahipliği’, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul-2001, s.1 v.d. ; ATEŞ, Sinema Eseri, s.70 v.d.

¹³⁹ Arzu GENÇ, Sinema ve Müzik Eserleri Açısından 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile 3257 Sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu’nun Karşılaştırılması, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C.2, İstanbul-2003, s.261

¹⁴⁰ Bkz. TOSUN, s.71 v.d.

¹⁴¹ Kınacıoğlu, maddedeki, günlük olayların da sinema eseri olabileceğine dair hükmün, ancak istisnai hallerde uygulanabileceği, bunların genel itibariyle eser kavramına dahil olmayacakları görüşündedir (bkz. KINACIOĞLU, s.212)

maddesinde de bu eserlerin; belgesel, kurgu, animasyon ve benzeri türlerde, konulu veya konusuz, uzun veya kısa metrajlı olabilecekleri belirtilmiştir.

Elbette her türlü hareketli görüntü şeridi eser vasfına sahip değildir. Sinema eserleri de sahibinin hususiyetini taşımaları, ayrıca buna ek olarak sinema sanatının teknik yönlerine ilişkin hususlar, gelişigüzel kaydedilmiş görüntülerden ayrılacak derecede özellik göstermelidir. Sinema eserlerinde hususiyet tesbitinde öncelikle sahne kompozisyonu ve sıralaması, ışık tertibatı, görüntü niteliği gibi film sanatı kurallarına bakılacak¹⁴² ve maddede sayıldığı gibi farklı konular ve amaçlar içeren filmlerde, amacın gerektirdiği hususlar, yani filmin ilgili bulunduğu eser kategorilerinin özellik ölçüleri de nazara alınacaktır¹⁴³.

Bir piyesin ya da konferansın filme alınması, bir güvenlik kamerasının aldığı görüntüler, filme alınan spor müsabakaları ve sportif faaliyetler, kural olarak sinema eseri sayılmazlar¹⁴⁴. Bununla beraber, görüntülerin birbirini izlemesinde hususiyet taşıyan bağımsız bir kompozisyon yaratılmışsa, bir nutuk, konser, konferans, opera veya tiyatro görüntülerini sinema eseri saymak mümkün olacaktır¹⁴⁵. Televizyon eserleri de kıyasen, sinema eserlerinin hususiyet ve teknik ölçülerini taşımak kaydı ile sinema eseri sayılabilir¹⁴⁶.

Sinema eserlerinde belirleyici unsur, “hareketli görüntüler dizisi” olduğundan, bu özelliği taşımayan slayt ve diapositifler fotoğraf eserleri kapsamında kalmaktadır¹⁴⁷. Müzik eserlerine eşlik eden kliplerin, çoğu kez müziksiz anlam ifade etmeyecekleri ve çok nadir varsayımlarda sinema eseri sayılabilecekleri kabul edilmektedir¹⁴⁸. Ancak kanaatimizce bunların, kanunun mevcut durumu itibarıyla

¹⁴² ARSLANLI, s.28

¹⁴³ ÖZTRAK, s.27 ; EREL s.74 ; ARSLANLI, s.28

¹⁴⁴ Azra ARKAN, Mukayeseli Hukuk, Uluslar arası Düzenlemeler ve Türk Fikri Hukuk Alanında Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2005, s.204

¹⁴⁵ AYİTER, s.63

¹⁴⁶ ATEŞ, Sinema Eseri, s.87; AYİTER, s.64 ; EREL, s.75

¹⁴⁷ ÖZTRAK, s.26 ; EREL, s.73 ; kanun değişikliğinden önce slayt ve diapositiflerin de sinema eseri sayılmasının eleştirisi ve sinema eserlerinde “hareketli görüntü” şartının aranması gereği hususunda bkz. ARSLANLI, s.27-28

¹⁴⁸ TEKİNALP, s.116 ; İstanbul 2. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 2004/150 E., 2006/267 K. Sayılı kararında, müzik klipinden izinsiz alıntı yapılmasını, maddi ve manevi hak ihlali olarak kabul etmiştir. (bkz. TOSUN, s. 206)

ancak 6/3. maddesinde yer alan “musiki eserlerinin filme alınması” mahiyetindeki işleme eserler kapsamında mütalaa edilmeleri mümkündür¹⁴⁹.

Sinema eserleri üzerinde birlikte eser sahipliği olduğu için, hususiyet; “yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo ve diyalog yazarının hususiyetlerinin bileşkesi” olarak gösterilmiştir¹⁵⁰. Bir sinema eseri için yazılmış senaryo veya bestelenmiş müziğin, sinema eserini oluşturan parçalar arasında yer aldığı; ancak daha önce meydana getirilmiş bir senaryo veya müziğin ise esasında bağımsız bir eser olmakla, bunların sinema eserinde kullanılmasının, işleme olduğu kabul edilmektedir¹⁵¹. Ateş, böyle bir durumda “birlikte sinema eseri sahipliği” durumunun mevcut olmadığını, yani bağımsız olarak meydana getirilen senaryo veya müzik eserinin sahibinin, sinema eserinin birlikte sahipleri arasında yer almayacağını ifade etmektedir¹⁵². Ancak kanaatimizce, FSEK 8/3. madde lafzından bu tür bir ayırım yapıldığı ya da FSEK 6/3. md. lafzından, işleme eserlerin, asıl eser sahibine hiçbir surette başka bir hak vermeyeceği sonucuna ulaşmak mümkün değildir. Eserin bütününe yayılmış, sinema eseriyle özdeşleştirilmiş müzik ve özellikle senaryo ne surette meydana getirilmiş olursa olsun, sahibi, sinema eserinin birlikte sahipleri arasında sayılmalıdır.

5- İŞLEMELER VE DERLEMELER

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 1-B maddesi ‘a’ bendinde, eser kavramını “sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri” olarak tanımladıktan sonra, kanunun 1-B/c maddesinde işleme eser “*Diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip de bu esere nispetle müstakil olmayan ve işleyenin hususiyetini taşıyan fikir ve sanat mahsulleri*” şeklinde; 1-B/d maddesinde derlemeler eser ise “*Özgün eser üzerindeki haklar saklı kalmak kaydıyla, ansiklopediler ve*

¹⁴⁹ Aksi görüş için bkz. Şafak N. EREL, Fikri Hukuk Açısından Müzik Klipleri, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Y.6, C.6, S.2006/1, s. 59

¹⁵⁰ TEKİNALP, s.119 ; çok kişi tarafından meydana getirilen bu gibi eserler için doktrinde geliştirilen “olay yöntemi” ve “kategori yöntemi” kavramları ile FSEK’nun kategori yöntemini benimsediğine dair bkz.

KINACIOĞLU, s.216 ; ATEŞ, Sinema Eseri, s.90

¹⁵¹ KINACIOĞLU, s.218 ; EREL, s.75 ; ARSLANLI, s.27 ; ATEŞ, Sinema Eseri, s.105

¹⁵² ATEŞ, Sinema Eseri, s.105-106

antolojiler gibi muhtevası seçme ve düzenlemelerden oluşan ve bir düşünce yaratıcılığı sonucu olan eser” şeklinde tanımlanmıştır. Hirsch, antoloji ve külliyat gibi seçme ve toplama eserlerin, tertipteki hususiyet sebebiyle ayrı bir işleme eser olduklarını ifade etmektedir¹⁵³. İşleme ve derleme eser ayrımı, eserin yeni bir form kazanmasında gerçekleştirilen işlemlerin tarzını belirleyen bir ayırım olup, derlemeler de işleme eserler arasında yer almaktadır. Gerek işlemler gerekse derlemeler, aynı hukuki rejime tabidirler ve bunları meydana getiren kişileri “işleme eser sahibi” kılarlar.

Kanun, işleme ve derleme eser tariflerini ayrı ayrı yaptıktan sonra 6. maddesinde “*Diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip de bu esere nispetle müstakil olmayan ve aşağıda başlıcaları yazılı fikir ve sanat mahsulleri işlenmedir*” şeklinde bir tarif vererek başlıca işleme eser türlerini;

1. Tercümelere;
2. Roman, hikaye, şiir ve tiyatro piyesi gibi eserlerden birinin bu sayılan nevilere bir başkasına çevrilmesi;
3. Musiki, güzel sanatlar, ilim ve edebiyat eserlerinin film haline sokulması veya filme alınmaya ve radyo ve televizyon ile yayıma müsait bir şekilde sokulması;
4. Musiki aranjman ve tertipleri;
5. Güzel sanat eserlerinin bir şekilden diğer şekillere sokulması;
6. Bir eser sahibinin bütün veya aynı cinsten olan eserlerinin külliyat haline konulması;
7. Belli bir maksada göre ve hususi bir plan dahilinde seçme ve toplama eserler tertibi;
8. Henüz yayımlanmamış olan bir eserin ilmi araştırma ve çalışma neticesinde yayımlanmaya elverişli hale getirilmesi (İlmi bir araştırma ve çalışma mahsulü olmayan alelade transkripsiyonlarla faksimileler bundan müstesnadır.);
9. Başkasına ait bir eserin izah veya şerhi yahut kısaltılması.
10. Bir bilgisayar programının uyarlanması, düzenlenmesi veya herhangi bir değişim yapılması;
11. Belli bir maksada göre ve hususi bir plan dahilinde verilerin ve materyallerin seçilip derlenmesi sonucu ortaya çıkan ve bir araç ile okunabilir veya

¹⁵³ HIRSCH, s.58

diğer biçimdeki veri tabanları (Ancak, burada sağlanan koruma, veri tabanı içinde bulunan veri ve materyalin korunması için genişletilemez) şeklinde sıralamıştır.

Madde metninde geçen “başlıcaları” ifadesi, sayılan bu işleme türlerinin sınırlı sayı prensibine tabi olmadığını, diğer bir eserden istifade suretiyle meydana getirilen ve sahibinin hususiyetini taşıyan başka eserlerin de işleme eser kategorisine dahil edilebileceğini göstermektedir.

İşlemedeki gaye, yeni bir eser yaratmak değil, mevcut bir eseri başka bir biçime sokarak yeniden sunmaktır¹⁵⁴. Asıl eser, işleme neticesinde değişik bir şekil almalıdır ki, işleme eserden bahsedilebilsin. Yoksa, bir musiki eserinin çalınması ya da bir şiirin okunması gibi asıl eserde hiçbir değişiklik yapmayan icra veya temsiller işleme sayılmazlar¹⁵⁵. Bunun gibi, bir müzik parçasının Mp3 formatına çevrilmesinde mevcut esere yaratıcı bir katkı ilave edilmemekte¹⁵⁶, veya sinema filmi gibi yoğun veri içeren görüntü ses verilerini DVX DVD gibi verilere kaydedip tekrardan seyretmeye yarayan tekniklerde sadece kapladıkları alan küçültülmekte olduğundan, bu tür işlemler işleme sayılmazlar¹⁵⁷. Ayrıca bir işlemeden bahsedebilmek için, işlenen verinin, -koruma süresi dolmuş olsun ya da olmasın- bir eser olması gerekir. Hayvan seslerinin, bazı gürültülerin, eser vasfı taşımayan kupürlerin bir araya getirilmesiyle işleme eser oluşturulması söz konusu değildir. Bunlar, şartları mevcutsa orijinal eser sayılabilir¹⁵⁸. Zira işlemeye esas olan fikir ürünü eser niteliğinde değilse, ondan istifade edilerek meydana getirilen ve eser vasfını taşıyan ürün, işleme eser değil, bağımsız bir eserdir¹⁵⁹. Ancak veri tabanları, eser vasfı taşımayan unsurların bir araya getirilmesinin eser sayılmayacağı yönündeki kabule istisna teşkil edebilecektir.

İşleme esere, işleme gayesine aykırı unsurlar eklenemez, çıkarılamaz, değiştirilemez ve işleminin asıl eserin karakteristik hatlarını açıkça barındırması

¹⁵⁴ ÖZTRAK, s.28

¹⁵⁵ ARSLANLI, s.32

¹⁵⁶ MEMİŞ, s.109

¹⁵⁷ R.Yılmaz YAZICIOĞLU, Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar 5846 s. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’ndaki Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul-2009, s.320

¹⁵⁸ Fırat ÖZTAN, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara-1998, s. 223

¹⁵⁹ ÖZTAN, İşlenme Eserler, s.223 ; EREL, s.79

gözetilir¹⁶⁰. İşleme eserler, tamamen bağımsız olmayan, sadece işleyen hususiyetini taşımayan eserlerdir. Sahibinin hususiyetini taşıyan bir eseri başka bir şekle dönüştürme amacı ile meydana getirilen işleme eserlerde, asıl esere sadık kalınarak onun özelliklerinin yansıtılması, diğer yandan işleyen kişinin hususiyetinin de ayrıca bulunması gerekmektedir. Bir musiki eserinin başka bir sese dönüştürülmesi veya mekanik araçlarla bir tablonun kopyalanması gibi asıl eserde herkes tarafından aynı şekilde yapılabilecek değişikliklerle ortaya çıkan formlar, yani bizatihi işleyen özelliğini taşımayan işlemler, eser olarak korunmazlar¹⁶¹.

İşleme eserlerin, sadece asıl eserin ait olduğu eser türü içindeki farklı bir eser çeşidine çevrilmekle meydana getirilebileceği, bu sebeple işleyen hususiyet tahlilinin, asıl eser türünde gözetilen hususiyet özelliği nazara alınarak yapılacağı ifade edilmekte; bu kuralın yegane istisnası olarak, md.6/3'teki “musiki, güzel sanatlar, ilim ve edebiyat eserlerinin filme alınarak, sinema eseri haline dönüştürülmesi” gösterilmektedir¹⁶². Ancak fikrimizce, bir eserin, birden fazla eser türüne dahil olabilmesi mümkün bulunduğundan, işlemenin mutlaka aynı eser türü çerçevesinde yapılan değişikliklere münhasır olduğunun kabulü doğru olmayacaktır. Nitekim doktrinde Üstün, eserin farklı kategorideki bir esere tahviliyle işlenmesinin de mümkün olduğunu ifade etmektedir¹⁶³.

İşlenen eser, daha önce işlenmemiş asıl eser olabileceği gibi, bir eserin işlenmesiyle meydana getirilen işleme eserin tekrar işlenmesi de mümkündür. Bir tercüme dram haline getirilebilir, ya da işleme bir roman bir hikayeye çevrilebilir¹⁶⁴.

Kanununun 21. md. hükmünce, bir eserden onu işlemek suretiyle yararlanma hakkı münhasıran eser sahibine ait olduğundan, asıl eser, sahibinin izni olmadan işlenemez. Ancak Tekinalp'e göre sahibinin izni olmaksızın meydana getirilen işleme eser, eser vasfını kaybetmez; nitekim asıl eser sahibinin iznine tabi olan husus, işleme eserin çoğaltılması, ekonomik olarak değerlendirilir hale gelmesidir. Ayrıca,

¹⁶⁰ ARSLANLI, s.30 ; ÖZTRAK, s.30

¹⁶¹ EREL, s.76-77

¹⁶² ÖZTAN, İşlenme Eserler, s.233 ; BELGESAY, s.31 ; AYİTER, s.67 ; EREL, s.77-79 ; ARSLANLI, s.34 ; Engin ERDİL, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler, İstanbul-2003, s.46 v.d. Bununla beraber Arslanlı, bir sinema eserinin edibi esere ya da musiki eserine çevrilmesinin mümkün olduğunu ifade eder (ARSLANLI, s.34)

¹⁶³ ÜSTÜN, s.84-85

¹⁶⁴ ARSLANLI, s.32

asıl eser sahibinin, eserin işlenmesi hususunda verdiği izin, işleme eserin çoğaltılmasını da kapsadığı kabul edilmektedir¹⁶⁵.

İşlemelerin tek farkı, bağımsız olmayışları, kaynaklarını başka bir eserde bulmuş olmalarıdır. Yoksa işleme eserlerdeki hususiyet ölçüsü, mahiyet itibariyle müstakil eserlerdeki hususiyetten farklı değildir¹⁶⁶. Eser sayılan işlenmelerin, özgün esere doğrudan bağlı oluşları, işleme üzerindeki hakların kullanılmasında, işleyeni, asıl eser sahibine bağlı hale getirmektedir. Ancak bağımsız bir eserin sahibi hangi manevi ve mali haklara sahipse, işleme eser sahibi de işleme eser üzerinde aynı haklara sahiptir¹⁶⁷.

Madde metninde ek ibare olarak, “İstifade edilen eserin sahibinin haklarına zarar getirmemek şartıyla oluşturulan ... işlenmeler, bu kanuna göre eser sayılır.” hükmü yer almakta, Erel de işleme eser şartları arasına “asıl eserle olan ilişkinin belirtilmesi” , asıl eseri ve sahibini tanıtan ifadelerin açıklanması, koşulunu eklemektedir¹⁶⁸. Ancak doktrindeki karşı görüş, maddedeki bu ifadenin yersiz olduğu; zira asıl eser sahibinin haklarına zarar verilmesi durumunda işleme eserin eser vasfını kaybetmeyeceği, sadece asıl eser sahibinin haklarını ihlal etmiş olan işleme sahibinin, hukuki ve cezai müeyyide altında kalacağı, doğrultusundadır¹⁶⁹. Bu görüşteki yazarlar, böyle bir durumda, asıl eser sahibine herhangi bir hak ileri sürülemezse dahi, işlemenin üçüncü kişilere karşı bağımsız bir eser gibi korunacağını kabul ederler¹⁷⁰.

Ancak unutmamak gerekir ki, asıl eserin işleme kavramı ile bağdaşmayan değişikliklere uğratılarak tahrif edilmesi hukuka aykırıdır ve işlemenin bağımsız eser gibi lanse edilmesi intihaldir¹⁷¹. Nitekim intihal, asıl esere yabancı unsurlar eklenerek eser sahibinin gizlenmesi yoluna gidilmekle de gerçekleştirilebilmekte, işlemede ise işleme maksadı açıklanarak, sadece bu amacın gerektirdiği değişiklikler yapılmaktadır. Asıl eserle ilginin saklandığı durumda işleme değil, intihal vardır¹⁷².

¹⁶⁵ TEKİNALP, s.125 ; işleme hususunda izin verilmiş olmasının diğer hakların da devredildiği anlamına gelmeyeceği yönündeki karşı görüş için bkz. ÖZTAN, İşlenme Eserler, s.231

¹⁶⁶ ÖZTAN, İşlenme Eserler, s.226-227 ; ARSLANLI, s.31 ; AYİTER, s.65

¹⁶⁷ ÖZTAN, İşlenme Eserler, s.231 ; TEKİNALP, s.124-127 ;

¹⁶⁸ EREL, s.79

¹⁶⁹ TEKİNALP, s.127 ; ERDİL, İşlenme Eserler, s.46 ; ÜSTÜN, s.86-87

¹⁷⁰ ÜSTÜN, s.86-87

¹⁷¹ EREL, s.79 ; ERDİL, İşlenme Eserler, s.50

¹⁷² ARSLANLI, s.30 ; ÖZTRAK, s.30 ; aynı görüş için bkz.: HIRSCH, s.55

Doktrinde “esinlenme” ya da “ilham alma” olarak tanımlanan; bir eserden, onu işlenmesi sonucunu doğuracak surette istifade edilerek değil de, sadece o eserin mahiyetinin ya da insanda uyandırdığı düşünce ya da duygunun etkisi ile ondan ilham alınarak meydana getirilen eserler, işleme eser değil, bağımsız eser mahiyeti taşırlar¹⁷³. Başka bir esere bağıllığı tereddütsüz anlaşılan bir eserin işleme olduğu, buna karşın başka bir eserle bağlantılı olduğu hissi uyandırmakla beraber, genel itibariyle bağımsız hususiyetleri çok daha fazla olan eserlerin işleme değil, bağımsız eser olduğunu kabul edilmektedir¹⁷⁴.

Kanunun, derleme eserlerin tanımını yapan 1-B/d maddesinde “düşünce yaratıcılığı”ndan bahsedilmektedir. Ancak Erel, 6. maddenin 6, 7, 8. ve 11. bentlerinde örneklenen derleme eserlerde, “eser sahibinin yaratıcı gücünü yansıtan bağımsız fikri emek”ten ibaret olan özellik kıstasından vazgeçildiği; bu tür eserlerin, derleyene, bir çalışma ödülü olarak eser sahibi vasfı sağladığı; yaratıcılık olmasa da emeğin korunduğu ve teşvik edildiği görüşündedir¹⁷⁵. Doktrinde, derlemenin işlemeden ayrıldığı noktanın “toplama eser” mahiyeti taşıması ve eser olmasına rağmen hususiyet unsuru taşımaması olduğu¹⁷⁶; antoloji ve külliyat gibi seçme ve toplama eserlerin, tertipteki hususiyet sebebiyle ayrı bir işleme eser oldukları¹⁷⁷, gibi farklı görüşler mevcuttur¹⁷⁸.

FSEK’nun 6. maddesinde “başlıca işleme ve derlemeler” olarak sayılan örnekler şunlardır;

i- TERCÜMELER

Dil ve yazı ile ifade edilen bir eserin, oluşturulduğu dilden başka bir dile çevrilmesi bir tür işlemedir.

¹⁷³ HIRSCH, s.58 ; TEKİNALP, s.126 ; EREL, s.81 ; ayrıca, intihal, esinlenme ve esinlenme benzeri kavramlar hususunda bkz. Fırat ÖZTAN, Bağımlı Eserler, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara-2003, s. 529 v.d. ; Filiz CERİTOĞLU SENDEL, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İntihal ve Esinlenme, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2009

¹⁷⁴ BELGESAY, s.32

¹⁷⁵ EREL, 78, 84

¹⁷⁶ TEKİNALP, s.124

¹⁷⁷ HIRSCH, s.58

¹⁷⁸ Ayrıca, “derleme eser”lerin eser vasfının değerlendirmesi hususunda bkz. Ünal TEKİNALP, Derleme Eser, Düşünce Yaratıcılığı ve Bunun Hususiyet Üzerindeki Etkisi, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Y.5, C.5, S.2005/1, s.69 v.d.

İşlemenin usulüne uygun olması için, üslubun mümkün olduğu kadar, fikirlerin ise aynen korunarak çevrilmesi gerekmektedir. Bunun yanında tercüme konu dillerin, ölü yahut bilimsel veya teknik bir dil olması önem taşımamakta, çevirenin, her iki dildeki hakimiyetini yansıtan bir fikri emek sarf ederek özellik taşıyan bir çeviri gerçekleştirmiş olması aranmaktadır¹⁷⁹. Diğer yandan, her dilin farklı bir mantığı ve gramer yapısı bulunduğundan, mütercimmin tercüme gayesi içinde orijinal eserdeki kelimeleri aynen kullanması değil, çevrilen dildeki aynı manayı sağlayacak ifadeleri tercih etmesi gerekmektedir ve tercümedeki hususiyet, çevrilen dile intibak derecesine göre ölçülür¹⁸⁰.

Bir eserin çevrilirken yerli kültürel motifler de eklenerek çevrilen dilin ait olduğu toplum adetlerine adapte edilmesinin de, usulüne uygun işleme eser meydana getireceği kabul edilmektedir¹⁸¹.

ii- ROMAN, HİKAYE, ŞİİR VE TİYATRO PİYESİ GİBİ ESERLERDEN BİRİNİN BU SAYILAN NEVİLERDEN BİR BAŞKASINA ÇEVİRİLMESİ

Dil ve yazı ile ifade edilen eserler arasındaki edebi bir eserin, başka bir edebi eser nevine dönüştürülmesi de bir tür işlemedir. Bir romanın işlenerek tiyatro eseri haline getirilmesi, bir tiyatro eserinin hikayeye çevrilmesi ya da birkaç şiirden tiyatro eseri oluşturulması, bu tür işlemenin örnekleridir¹⁸².

iii- MUSİKİ, GÜZEL SANATLAR, İLİM VE EDEBİYAT ESERLERİNİN FİLM HALİNE SOKULMASI VEYA FİLİME ALINMAYA VE RADYO VE TELEVİZYON İLE YAYIMA MÜSAİT BİR ŞEKLE SOKULMASI

Musiki, güzel sanat, ilim ve edebiyat eserlerinin film haline getirilmesi durumunda bu film bir işleme eser olduğu gibi, bunların henüz film yapılmadan, filme alınmaya, radyo veya televizyonda yayıma müsait hale getirilmesi, örneğin bir senaryo ya da radyo programı oluşturacak metin haline dönüştürülmesi sonucu meydana gelen senaryo veya metin de işleme eser mahiyetindedir. Burada, eserin

¹⁷⁹ EREL, s.80

¹⁸⁰ ARSLANLI, s.32

¹⁸¹ ÖZTRAK, s.29

¹⁸² TEKİNALP, s.128

dönüştürülerek yazılı senaryo veya metin haline getirilmiş olması durumunda bir işleme söz konusudur; yoksa zaten yazılı bir eserin hiçbir değişiklik yapılmadan radyoda seslendirilmesi halinde işlemeden değil, sadece asıl eserin temsili veya umuma iletilmesinden bahsedilebilecektir. Diğer yandan, temelde bir senaryo olarak meydana getirilen eser de, bağımsız eserdir.

Bu hususta üzerinde durulması gereken, esasta senaryo olarak meydana gelmiş bir eserin filme alınması durumunda filmin bir işleme mi, yoksa bağımsız bir eser mi olduğudur. Yukarıda “Sinema Eserleri” bölümünde yaptığımız açıklamaları tekrar edersek; bir sinema eseri için yazılmış senaryo veya bestelenmiş müziğin, sinema eserini oluşturan parçalar arasında yer aldığı; ancak daha önce meydana getirilmiş bir senaryo veya müziğin ise esasında bağımsız bir eser olmakla, bunların sinema eserinde kullanılmasının işleme olduğu kabul edilmektedir¹⁸³.

iv- MUSİKİ ARANJMAN VE TERTİPLERİ

Aranjmanlar, bir müzik aleti için meydana getirilen müzik parçasının, birden çok aletle icra edilmeye elverişli hale getirilmesi işlemidir¹⁸⁴. Bir musiki eserinde, temalara sadık kalmak suretiyle yapılan parafraz ve varyasyonlar, başka bir musiki formuna dönüştürme, çok sesli veya tek sesli hale getirme gibi işlemler, eserin belirli bir enstrüman grubu veya orkestra tarafından çalınmak üzere düzenlenmesi gibi işlemler, bağımsız bir fikri emek sonucu meydana getirilmişse, eserin kazandığı yeni form da işleme eser sayılmaktadır¹⁸⁵. Ancak, potpurilerde, sadece sesin değiştirilip başka bir tonda verilmesinde ya da melodi, ritim veya armonide sadece icrayı kolaylaştırmak amacıyla basit bazı değişiklikler yapılması ve orijinal eserin karakterinin aynen muhafazası halinde işlemeden söz edilemez¹⁸⁶.

v- GÜZEL SANAT ESERLERİNİN BİR ŞEKİLDEN DİĞER ŞEKİLLERE SOKULMASI

Bu tür işlemlere, bir fotoğraftan ya da mimari eserden yararlanılarak yapılan bir resim, bir heykelin minyatürü gibi örnekler verilebilir. Ancak güzel sanat

¹⁸³ KINACIOĞLU, s.218 ; EREL, s.75 ; ARSLANLI, s.27

¹⁸⁴ AYİTER, s.53

¹⁸⁵ ÖZTAN, İşlenme Eserler, s.235 ; EREL, s.81 ; AYİTER, s.53 ve 69

¹⁸⁶ ÖZTAN, İşlenme Eserler, s. 227 - 235

eserlerindeki ifade vasıtalarının zenginliği, ortaya çıkan eserin her zaman bir işleme eser olması sonucunu doğurmaz; nitekim orijinal eser işlenmemiş, sadece bir esinlenmeye kaynak olmuş da olabilir¹⁸⁷.

Diğer yandan, işleyenin vasfı aynı eseri aynı şekilde yapmakla da esere yansımaz, zira bir tablonun aynen kopya edilmesinin sahibine işleme hakkı bahşetmeyeceği açıktır¹⁸⁸. İşleyenin yaratıcılığını aksettirmeyen, rutin ve sıradan bir elişi ya da zenaatkar faaliyeti seviyesinde kalan işler de işleme sayılmazlar¹⁸⁹.

vi- BİR ESER SAHİBİNİN BÜTÜN VEYA AYNI CİNSTEN OLAN ESERLERİNİN KÜLLİYAT HALİNE KONULMASI

Derleme mahiyetindeki bu tür işlemler, bir şahsa ait birçok eserin, inceleme ve araştırma kolaylığı sağlanmak üzere, türlerine ya da oluşturulma zamanlarına göre tasnif edilerek bir araya toplanması sonucu meydana gelen¹⁹⁰ eserler topluluğudur. Bir yazarın bütün eserleri ya da aynı mahiyetteki eserleri toplanarak meydana getirilen eserler, bu tür işlemlere örnektir. Ancak dikkat edilmesi gereken husus; sadece meydana getirilen külliyatın işleme eser olarak korunacağı, yoksa bu işleminin sahibine külliyat yapma hususunda münhasır bir hak bahşetmediğidir¹⁹¹. Bu tür derlemelerde, işleyenin fikri çalışması, kendine has tasnifi bulunmalıdır¹⁹². Nitekim derleme eser sahibinin hususiyeti ifadede değil, belli bir maksat çerçevesinde eser seçiminde¹⁹³, seçtiği eserleri bir araya getirirken kurduğu sistemde görülür.

vii- BELLİ BİR MAKSADA GÖRE VE HUSUSİ BİR PLAN DAHİLİNDE SEÇME VE TOPLAMA ESERLER TERTİBİ

Yine bir derleme olan bu türdeki işlemlerde, külliyatlardan farklı olarak, bir araya getirilen eserlerin aynı kişiye ait olması aranmamaktadır. Bu bentteki seçme ve toplama eserler, bilimsel armağanlar, antolojiler, seçilmiş tablo, musiki veya fotoğraf eserlerinin oluşturduğu albümler gibi, muhtelif kişilere ait seçilmiş eserlerin bir araya

¹⁸⁷ Bkz. EREL, s.81 ; TEKİNALP, s.128

¹⁸⁸ ARSLANLI, s.31

¹⁸⁹ ÖZTAN, İşlenme Eserler, s.236

¹⁹⁰ EREL, s.81

¹⁹¹ TEKİNALP, s.129 ; ERDİL, İşlenme Eserler, s.64

¹⁹² ARSLANLI, s.31

¹⁹³ BELGESAY, s.33

toplanarak derlenmesi sonucu meydana gelen eserlerdir. Ancak asıl eserlerin seçimi ve düzenlenmesinde ciddi bir emek bulunmamakta ise, yapılan derlemede eser niteliği yoktur¹⁹⁴. Bu tür derlemelerde de yine, işleyenin kendine has tasnifi ve fikri çalışması bulunmalıdır¹⁹⁵. Ayrıca, seçilen ve toplanan unsurların eser olması gerekmektedir ki, bu bentte tanımlanan bir işlemeden bahsedilebilsin.

viii- HENÜZ YAYIMLANMAMIŞ OLAN BİR ESERİN İLMİ ARAŞTIRMA VE ÇALIŞMA NETİCESİNDE YAYIMLANMAYA ELVERİŞLİ HALE GETİRİLMESİ

Henüz neşredilmemiş olan, başkasına ait bir eserin, bulunarak umuma arza hazır hale getirilmesinin ödülü olarak sahibine işleme eser sahibi vasfı kazandırılan¹⁹⁶ bu tür işlemlerin özelliği, bilinmeyen bir eserin bulunmasının yanı sıra, yayımlanmamış olan bu eserin yayımlanmaya müsait hale getirilmesidir¹⁹⁷.

Maddenin bu bendinde, “ilmi araştırma ve çalışma neticesinde” ifadesi kullanılmış olup, henüz neşredilmemiş bir eserin neşredilir hale getirilmesi ilmi araştırma ve çalışma mahsulü değilse, bu tür işlemeden bahsedilemeyeceği vurgulanmaktadır¹⁹⁸. Maddede de açıkça bilimsel çalışma ürünü olmayan basit transkripsiyon ve faksimilelerin bu kapsamda bir işleme sayılmayacakları zikredilmiştir.

ix- BAŞKASINA AİT BİR ESERİN İZAH VEYA ŞERHİ YAHUT KISALTILMASI

Bilim ve edebiyat eserlerinde söz konusu olan bu işleme türünde; bu eserleri izah veya şerh eden, asıl eserdeki fikirleri değiştirip bozmadan etraflıca yorumlamakta; kısaltan ise asıl eseri, özet teşkil edecek kısa bir tarzda nakletmektedir. Bir eseri özetlemeden, sadece bazı cümle ve parçalarının alınmasıyla meydana getirilen metinler, işleme vasfı taşımazlar¹⁹⁹.

¹⁹⁴ EREL, s.82

¹⁹⁵ ARSLANLI, s.31

¹⁹⁶ EREL, s.82

¹⁹⁷ TEKİNALP, s.130

¹⁹⁸ ARSLANLI, s.31

¹⁹⁹ ÖZTAN, İşlenme Eserler, s. 241 ; ARSLANLI, s.31-35 ; EREL, s.83

Bu tür bir eserin, işleme niteliği göstermesi için, özgün esere bağlılığı devam etmelidir; bir kitabın eser sahibinden başka biri tarafından yenilikler ve değişiklikler işlenerek yeni baskıya hazırlanması, ya da dünya klasiklerinin kısaltılıp basitleştirilerek yayımlanması gibi işlemler, bu işlemlere örnek olarak verilebilir²⁰⁰.

**x- BİR BİLGİSAYAR PROGRAMININ UYARLANMASI,
DÜZENLENMESİ VEYA HERHANGİ BİR DEĞİŞİM YAPILMASI**

Kanunun 1-B maddesinin ‘g’ bendinde tanımlanan “bilgisayar programları” üzerindeki değişikliklerle meydana getirilen yeni formlar, 1995 yılında 4110 sayılı yasa ile yapılan ekleme sonucunda işleme eserler arasına dahil edilmiştir.

Bilgisayar programının işlenmesi olarak kabul edilecek değişikliklere örnek olarak; programı bir bilgisayar dilinden diğerine dönüştürme, genel amaçlı bir hesap tablosu programının ticari sürümünün işleyerek sırf muhasebeye yönelik özel bir hesap tablosu programı yazma²⁰¹, kaynak kodundan amaç koduna veya tersine çevirme, mevcut bir program işlenerek ortaya başka bir program çıkarma, mevcut programda silme ve ekleme gibi işlemler ya da yeni düzenlemeler yaparak programı farklı bir forma getirme, hazırlık ve tasarım malzemesini yüksek düzeyde bir programlama diline veya sadece makine tarafından okunabilecek bir koda dönüştürme²⁰², verilebilir. Elbette bu faaliyet, işleyenin hususiyetini taşıyan yeni bir eser meydana getirmelidir.

xi- VERİ TABANLARI

Derleme olarak kabul edilen veri tabanlarının, derleme eser olarak kanuna dahil edilmeleri, 7/6/1995 tarih ve 4110 sayılı Kanunla yapılan değişikliğe dayanmakta olup, bu bent 21/2/2001 tarihinde 4630 sayılı Kanunla tekrar değiştirilmiştir. 1995 yılından itibaren veri tabanını meydana getirenin korunmasını sağlayan bu eklemeler yanında, 2004 yılında 5101 sayılı Kanunla FSEK’na ilave edilen 8. Ek madde ile, doğrudan veri tabanını meydana getiren kişiye ek olarak, “bir veri tabanının içeriğinin oluşturulmasına, doğrulanmasına veya sunumuna nitelik ve

²⁰⁰ TEKİNALP, s.130

²⁰¹ KAYPAKOĞLU, s.74

²⁰² EREL, s.83

nicelik açısından esaslı bir nispet dahilinde yatırım yapan veri tabanı yapımcısı”na da veri tabanları üzerinde haklar tanınmıştır.

Kanunun 6/11. maddesi veri tabanlarını, “*belli bir maksada göre ve hususi bir plan dahilinde verilerin ve materyallerin seçilip derlenmesi sonucu ortaya çıkan ve bir araç ile okunabilir veya diğer biçimdeki veri tabanları*” ifadesiyle tanımlamıştır. Madde metninde, “ancak, burada sağlanan koruma, veri tabanı içinde bulunan veri ve materyalin korunması için genişletilemez” hükmüne de yer verilmiştir. Yapılan seçme ve toplama işlemi sonucu meydana gelen derleme, bir bütün halinde işleme eser kategorisine girmekle beraber, kendisini oluşturan veri ve bilgilere eser vasfı kazandırmamaktadır. Ancak, veri tabanında bir araya getirilen materyallerin, zaten korunmakta olan eserler olmaları da pek tabii mümkündür.

Veri tabanlarını eser haline getiren dört unsur: sonuç çıkarmaya müsait bilgi, veri ve materyallerin, sonuç çıkarılabilecek olgu, bilgi, rakamlar şeklinde bir araya getirilmesi; verilerin belli bir maksat ya da belli maksatlar dahilinde seçilip derlenmesi; verilerin hususi bir plan dahilinde seçilmesi ve derlenmesi; veri tabanlarının, içtihat içeren CD’ler gibi, bir araç vasıtasıyla okunabilir olmasıdır. Veri tabanları, bilgisayardaki hızlı sınıflandırma, dönüştürme, şekillendirme, güncelleştirme gibi beceriler sebebiyle, çeşitli amaçlarla hazırlanmış “data”lar olarak derlemeler arasında ayrı bir yere sahiptir. Yasal yolla edinilmiş veri tabanlarının şahsen kullanma amacıyla dahi çoğaltılması, hukuka aykırı kabul edilmektedir²⁰³.

xii- DİĞER İŞLEME ESERLER

Arz ettiğimiz gibi, işleme eserlerin düzenlendiği FSEK 6. md. metninde sayılan işleme eserler, “başlıca” işleme eserler olarak sayılmıştır. Arslanlı bunlara ek olarak, bir filmin edebi eser ya da musiki eserine çevrilmesinin de işleme sayılacağını belirtmektedir²⁰⁴. Ayrıca, “parodi” ve benzeri eserlerin de, şartlarını taşımak kaydı ile işleme eserler arasında yer aldıkları²⁰⁵; bir eserin çevrilirken yerli kültürel motifler de eklenerek çevrilen dilin ait olduğu toplum adetlerine adapte edilmesinin de, usulüne uygun işleme eser olarak kabul edileceği belirtmektedir²⁰⁶. Madde metninde

²⁰³ TEKİNALP, s.131-132 ; EREL, s.84-85

²⁰⁴ ARSLANLI, s.34

²⁰⁵ TEKİNALP, s.133

²⁰⁶ ÖZTRAK, s.29

sayılan işlemlerin “başlıca” işlemler olduklarının belirtilmesi karşısında, özgün esere bağlı olmakla beraber işleyenin hususiyetini ve yeni haliyle eser vasfını taşıyan sair eserler, işleme eser olarak kabul edilebilecektir.

II- ESER SAHİPLİĞİ VE ESER SAHİBİNE TANINAN HAKLAR

A- ESER SAHİBİ

FSEK’nun, eser sahibini tanımladığı 8. maddesi uyarınca, “Bir eserin sahibi, onu meydana getirendir”. Maddede, bağımsız eser sahibinden sonra, “Bir işlenmenin ve derlemenin sahibi, asıl eser sahibinin hakları mahfuz kalmak şartıyla onu işleyendir” ifadesine yer verilmiş ve hemen ardından hemen hemen her zaman bir grup çalışmasıyla oluşturulabilecek sinema eserleri için “Sinema eserlerinde; yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı ve diyalog yazarı, eserin birlikte sahibidirler. Canlandırma tekniğiyle yapılmış sinema eserlerinde, animatör de eserin birlikte sahipleri arasındadır” hükmü ile bir “eser sahipleri birliği” tanınmıştır.

“Eserin sahibi onu meydana getirendir” hükmünde de ifade edildiği gibi, eser sahibi olmak için sadece eseri meydana getirmiş olmak yeterlidir. Eser sahibi kabul edilmek için herhangi bir hukuki işleme, bir sicile kaydedilmeye, bir makama bildirmeye, bu yönde bir iradeye veya irade beyanına gerek yoktur. Sadece eserin meydana getirilmiş olması, meydana getiren kişiyi eser sahibi yaparak eser üzerindeki haklarını ve korumayı da kendisine bahşeder. Eser sahipliği hukuki işleme kazanılmadığından, hukuki işlemlere dair hükümleri kıyasen uygulanması da mümkün değildir²⁰⁷. Eserin yaratılması maddi bir fiil olup, hukuk düzeni eser sahipliği sıfatı bahşetmemekte, sadece eser sahibine hak ve yetkiler tanıyarak onu korumaktadır. FSEK 13/2. md. sinema ve müzik eseri sahipleri ile yapımcıları için kayıt ve tescil yükümlülüğü getirmişse de bu hüküm sadece eserin kullanımında ihlallerin önlenmesi ve ispat kolaylığı sağlanması amacına matuf olup, eser üzerindeki hakkın kazanılmasını kamusal bir tasarrufa bağlamamaktadır²⁰⁸.

²⁰⁷ ÖZTRAK, s.35 ; EREL, s.86 ; ARSLANLI, s.62 ; TEKİNALP, s.139

²⁰⁸ TEKİNALP, s.134 ve 140

Eser sahibi sıfatı, sadece eseri meydana getiren gerçek kişilere mahsus olup, bu kişilerin “eser sahibi” sıfatını kazanmaları için tam fiil ehliyetine sahip olmaları aranmamaktadır. Küçükler, kısıtlılar ve gayri mümeyyizler de, hususiyetlerini taşıyan bir eseri meydana getirmekle, doğrudan eser sahibi olurlar²⁰⁹. Ancak tabii olarak bu hakları tasarruf konusu yapabilmelerinde, genel hükümler çerçevesinde kanuni mümessillerinin muvafakati aranabilecektir.

İşleme eserlerde eseri işleyen kişi işleme eser sahibi olmakla beraber, işleme eser üzerindeki haklar, kanunun 20/4. md. hükmü çerçevesinde ancak asıl eser sahibinin müsaade ettiği nispette kullanılabilir. Ancak Tekinalp, asıl eser sahibinin eseri işleme hususunda verdiği muvafakatin, işlenmiş eserin çoğaltılmasına da matuf kabul edilmesi gerektiğini, zira çoğaltma imkanı olmayan bir işlemenin meydana getirilmesine verilen iznin bir anlam ifade etmeyeceğini belirtmektedir²¹⁰. Bu husus, eser sahibinin mali hakları bahsinde incelenecektir.

Bir irade açıklamasını gerektirmeyen eser sahipliği, hukuki işlemle değil doğrudan yaratma eylemi ile doğduğundan; “temsil” gibi hukuki işlemlerde temsil olunan, temsilcinin yarattığı eser üzerinde hak sahibi olamayacağı gibi, bir eserin yaratılmasına kendi hususiyetlerini yansıtmadan yardımda bulunanlar da eser sahibi olamazlar²¹¹.

Eser sahipliğinin belirlenmesinde “yaratma gerçeği ilkesi” uyarınca, eser sahibi olma vasfı sadece gerçek kişilere mahsustur. Tüzel kişiler, FSEK 18. md.²¹² uyarınca bazı durumlarda eser üzerindeki mali hakları kullanma yetkisine doğrudan sahip olmakla birlikte, “eser sahibi” sıfatını kazanamazlar; bu sıfat yaratıcı eser

²⁰⁹ ARSLANLI, s.62-63 ; AYİTER, s.90 ; EREL, s.86 ; TEKİNALP, s.139

²¹⁰ TEKİNALP, s.125 ; işleme hususunda izin verilmiş olmasının diğer hakların da devredildiği anlamına gelmeyeceği yönündeki karşı görüş için bkz. ÖZTAN, İşlenme Eserler, s.231

²¹¹ ARSLANLI, s.63 ; EREL, s.88

²¹² 4110 s.Kanunla yapılan değişiklikten önce FSEK eski 8. maddesi “memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken vücuda getirdikleri eserlerin sahipleri, bunları çalıştıran ve tayin edenlerdir. ... yayımlayanın tayin ettiği plan dairesinde bir eser vücuda getirilmişse, bu eserin sahibi yayımlayandır” hükmünü haiz iken, değişiklikler sonucu aynı fiili durum 18. maddede “Aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça; memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki haklar bunları çalıştıran veya tayin edenlerce kullanılır. Tüzel kişilerin uzuvları hakkında da bu kural uygulanır. Bir eserin yapımıcısı veya yayımcısı, ancak eserin sahibi ile yapacağı sözleşmeye göre mali hakları kullanabilir.” şeklinde farklı hukuki sonuçlara bağlanmıştır.

sahibine ait kalır²¹³. Eser sahipliği ve eser sahibinin gerçek kişi olabileceğine dair hükümler emredici, çalıştıranların mali hakları kullanma salahiyetine dair hüküm ise yedek kuraldır. Eser üzerindeki manevi haklar eseri meydana getiren çalışana; mali hakların kullanılması yetkisi ise, eser, çalışanın sözleşme gereği hizmet akdine konu yapması gereken “iş” olduğu için –ve ancak bu iş kapsamında olduğu zaman– , kanun hükmü gereği çalıştırana ait olur²¹⁴.

FSEK 18. md. belli şartlarla mali hakları sadece kullanma yetkisini doğrudan tüzel kişiye tanıdığından, B.K.’nun neşir mukavelesine ilişkin hükümlerinden 385/2. md.²¹⁵ hükmünün, bu madde ile zımnen ilga edildiği kabul edilmektedir²¹⁶. Diğer yandan, 18.maddedeki “aralarındaki sözleşmeden ve işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça”, ifadesi ile, bu yetkinin emredici hükümle tesis edilmediğine, aksine anlaşmalar yapılarak eser sahibinin mali hakları kullanma yetkisini münhasıran elinde tutabileceğine de işaret edilmiştir.

Eserin bir siparişe, yani istisna akdi çerçevesinde meydana getirilmiş olması halinde ise, 18. madde hükümlerin uygulanabilip uygulanamayacağı hususunda fikir birliği yoktur. Bizim de katıldığımız görüş; eser siparişi sözleşmesi ile meydana getirilen eser üzerindeki fikri haklar ısmarlayana geçmez, ancak ısmarlayan, sözleşmenin amacı kapsamında eseri kullanabilir. Bu kullanım, eser üzerindeki fikri hakların da kullanımını gerektiriyorsa, eser sahibi buna katlanmak zorundadır²¹⁷.

Kanaatimizce, FSEK 10/4. maddesi hükmündeki²¹⁸, üçüncü kişinin hak sahipliği hususunda da, 18. madde için yapılan açıklamalar caridir.

²¹³ EREL, s.87-88 ; aynı yönde Gül OKUTAN NILSSON, Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Tüzel Kişinin Eser Sahipliği Sorunu, Uğur Alacakaptan’a Armağan, Der.Mehmet Murat İnceoğlu, C.2, İstanbul-2008, s.484-485

²¹⁴ Fülürya YUSUFOĞLU, Eseri Meydana Getirenlerin Mali Hak Sahibi Sayılmadıkları Haller, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul-2003, s. 407 v.d.; TEKİNALP, s.135 v.d.

²¹⁵ B.K. 385.md.: “I- Bir veya müteaddit müellif,naşirin tayin eylediği plan dairesinde bir eser telif eylemeği taahhüt ederlerse, ancak mukavele edilen bedele müstahak olurlar. II- Bu takdirde telif hakkı naşire ait olur.”

²¹⁶ EREL, s.87,88 ; OKUTAN NILSSON, s.499 ; ayrıca B.K. 385. madde hükmünün değiştirilerek FSEK’na uygun surette yayımcıya sadece kullanma yetkisi tanınması gerektiğine dair bkz. Cem BAYGIN, Fikri Hukukta Yaratıcı Eser Sahibi ve Eser Üzerindeki Mali Hakları Kullanmaya Kanunen Yetkili Sayılan Kişiler, Prof.Dr.Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C.I, Beta Yayınları, İstanbul-2002, s. 166

²¹⁷ BAYGIN, Eser Sahibi, s.168

²¹⁸ FSEK md. 10/4 “Birden fazla kimsenin iştiraki ile vücuda getirilen eser, ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa bir sözleşmede veya hizmet şartlarında veya eser meydana getirildiğinde yürürlükte olan

1- BİRLİKTE ESER SAHİPLİĞİ

Bir eserin, tek kişi tarafından meydana getirilmesi mümkün olduğu gibi, birden fazla kişinin birlik halinde çalışması ile meydana getirilmesi de mümkündür. Bu halde, eseri meydana getiren kimselerin hepsi, eser sahibi olacaktır. FSEK, bir eseri meydana getiren birden fazla kişinin esere katkılarının eserden ayrılabilip ayrılamadığı kistası ile iki tür “birlikte eser sahipliği” tanımıştır.

Bir eserin birden çok kişiye ait olması durumu toplu mülkiyet rejimine benzetilmiştir. Buna göre doktrinde; eseri meydana getirenlerin katkılarının eserden ayrılabilmesi ve ayrılmış kısımlarının eser vasfını kaybetmeyeceği durumlarda eser sahipleri arasındaki birlik müşterek mülkiyete kıyasen “müşterek eser sahipliği” (md.9), bu katkıların birbirinden ayrılmasının mümkün olmadığı ya da ayrıldığında eser vasfının ortadan kalkacağı durumlarda ise bu birlik iştirak halinde mülkiyete kıyasen “iştirak halinde eser sahipliği” (md.10) olarak tanımlanmıştır²¹⁹.

i- BÖLÜNEBİLİR ESERLERDE (Müşterek Eser Sahipliği)

FSEK 9/1.md. hükmü uyarınca, birden fazla kimselerin birlikte vücuda getirdikleri eserin kısımlara ayrılması mümkünse, bunlardan her biri vücuda getirdiği kısmın sahibi sayılır.

Tek başına telif hakkına konu olması mümkün olan bağımsız eserlerin, sahiplerinin rızaları ile bir araya getirilmesiyle, tek bir eser halinde birleşmiş bu eser üzerinde müşterek eser sahipliği söz konusudur. Ancak bunun için, müşterek eseri meydana getiren eserler, bir araya getirilmeden evvel, sahibinin hususiyetini haiz bağımsız bir eser olarak doğmuş, her eser sahibi kendi eserini bağımsız olarak oluşturmuş bulunmalı, bunlar daha sonra aynı çatı altında birleştirilmiş olmalıdır²²⁰. Nitekim, kanunun “kısımlara ayrılabilme” kistasıyla belirlediği müşterek eserlerin,

herhangi bir yasada aksi öngörülmediği takdirde birlikte eser üzerindeki haklar eser sahiplerini bir araya getiren gerçek veya tüzel kişi tarafından kullanılır. Sinema eseri ile ilgili haklar saklıdır.”

²¹⁹ ARSLANLI, s.67 v.d., 72 v.d. ; EREL, s.89 v.d.. Müşterek mülkiyet (paylı mülkiyet) kavramı için bkz. OĞUZMAN-SELİÇİ-OKTAY ÖZDEMİR, s.253 v.d. ; Aydın AYBAY-Hüseyin HATEMİ, Eşya Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2009, s.127 v.d. ; İştirak halinde (elbirliğiyle) mülkiyet kavramı için bkz. OĞUZMAN-SELİÇİ-OKTAY ÖZDEMİR, s.282 v.d.

²²⁰ EREL, 93 v.d. ; TEKİNALP, s.141 ; aynı hususta bkz.: ARSLANLI, s.72

sahiplerine göre ayrılabilir kısımlarının, kendi başına telif hakkına konu olabilmesi gerekmektedir. Bununla beraber, müşterek eserlerde eser sahiplerinden her birinin eserlerini birleştirerek yeni bir eser oluşturma iradesi ile hareket etmeleri şarttır. Zira, müşterek eserleri “seçme ve toplama” eserlerden ayıran husus da bu iradenin varlığıdır²²¹. Müşterek bir eserin, hem daha önce yayımlanmış olan ayrı eserlerin bir araya getirilmesi suretiyle, hem de yayımlanmak üzere ayrı ayrı hazırlanan eserlerin bir araya getirilmesi suretiyle oluşturulması mümkündür²²².

Eser sahiplerinin, müşterek eseri oluşturan kendi payları zaten bağımsız bir eser niteliğinde olduğundan, her bir eser sahibi kendi payı üzerinde tek başına tasarrufta bulunma hakkına sahiptir. Ancak müşterek eserin tamamı üzerindeki haklar, eser sahiplerinin tümüne aittir ve bu hakların kullanılması ancak oybirliğiyle alınacak kararlarla mümkündür²²³. Maddenin 2. fıkrası uyarınca, “Aksi kararlaştırılmış olmadıkça, eseri birlikte vücuda getirenlerden her biri, müşterek eserin değiştirilmesi veya yayımlanması için diğerlerinin iştirakini isteyebilir. Diğer taraf muhik bir sebep²²⁴ olmaksızın iştirak etmezse, mahkemece müsaade verilebilir.” Kanun, “aynı hüküm mali hakların kullanılmasında da uygulanır” hükmü ile esere dair tasarruflara eser sahiplerinden birinin rıza göstermemesi halinde mahkeme yoluyla rıza yerine geçecek izin verileceğini ve oybirliğinin bu şekilde sağlanabileceğini kabul etmiştir.

Kanununun 10. md. ile tanımlanan iştirak halinde eser sahipliğinde, eserin üçüncü kişilerin tecavüzüne uğraması durumunda, eser sahiplerinden her birine bireysel olarak dava açabilme ve tecavüzü durdurabilme imkanı tanınmışken, müşterek eserleri düzenleyen 9. maddede bu yönde bir hüküm yoktur. Ancak, 10/2. md.nin mezkur hükmünün, kıyas yoluyla müşterek eser sahipliği birliği için de uygulanabileceği kabul edilmektedir²²⁵.

²²¹ ARSLANLI, s.72 ; EREL, s.93-94

²²² ÖZTRAK, s.45

²²³ ÖZTRAK, s.44 ; EREL, s.94 ; müstakil bölümlerin sahiplerinin bu bölümlerdeki tasarrufları için de diğer müşterek eser sahiplerinin izninin alınması gerektiğine dair karşı görüş için bkz. HIRSCH, s.86

²²⁴ “Eserin çevirisini yapacak olan veya eseri sahnede temsil edecek olan kimselerin, gerekli yeterliliğe sahip olmaması gibi hususlar, yargıç tarafından muhik sebep olarak kabul edilebilir.” (Bkz. BELGESAY, s.6-7)

²²⁵ EREL, s.94 ; eserin tümüne yönelik tecavüzlerde tek başına hareketle sadece tecavüzün men ve ref’i için dava açılacağı, tazminat davasında her bir eser sahibinin sadece payına düşen kısmı dava edebileceğine dair ayrık görüş için bkz. HIRSCH, s.86 v.d.

**ii- BÖLÜNEMEZ ESERLERDE
(İştirak Halinde Eser Sahipliği)²²⁶**

FSEK md. 10/1 “birden fazla kimsenin iştirakiyle vücuda getirilen eser ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa, eserin sahibi, onu vücuda getirenlerin birliğidir” hükmü ile, eserin ayrılmaz bir bütün teşkil ettiği durumlarda, müşterek eser sahipliğinden farklı bir birlik tanımıştır.

“Eserin ayrılmaz bir bütün teşkil etmesi” ibaresi ile, eseri meydana getiren kişilerin katkılarının, eserin bütünlüğünü ve eser mahiyetini bozmadan ondan ayrılamayacağı ya da ayrılrsa dahi telif hakkına konu bir eser niteliği taşımayacağı durum ifade edilmektedir. Burada, eserin mutlak surette bölünmez oluşu aranmamaktadır. Nitekim, bir resimde ya da musiki eserinde, eser sahiplerinin katkıları ayırt edilebilse dahi, bu parça ve bölümler tek başına bağımsız eser niteliği taşımayabilirler. Şayet birden fazla şahıs tarafından meydana getirilen bir eserde, her şahsın esere kattığı kısımdan müstakilen faydalanma imkanı varsa, bölünmez bir eserden bahsedilemez²²⁷.

İştirak halinde eser sahipliğinde eser sahiplerinin esere katkılarının mutlaka aynı değerde, nitelikte veya ölçüde olması şart olmayıp, her birinin hususiyetinin esere yansımış olması yeterlidir. Maddenin 3. fıkrası ile belirtildiği gibi, bir eserin vücuda getirilmesinde yapılan teknik hizmetler veya teferruata ait yardımlar, iştirake esas teşkil etmez, iştirake ancak hususiyette payı olanların katkıları esastır²²⁸. Örneğin bir kitabın sadece üslup ve ifadesini düzelten kimse, iştirak halinde eser sahibi olduğu iddiasında bulunamaz²²⁹.

Eser, yaratıcı fikri emeklerini ve hususiyetlerini esere yansıtan şahısların birine değil, doğrudan bu şahısların oluşturduğu birliğe aittir. Bu birliğin doğabilmesi için, eser tamamlanana kadar ya da bu sürecin bir kısmında, yaratıcıların hepsinde

²²⁶ Bu tür eserler doktrinde “ortak eser” (bkz. Akın BEŞİROĞLU, Fikir Hukuku Dersleri, 4. Bası, Arıkan Yayınları, İstanbul-2006, s.179 v.d.) ya da “eser sahipleri arasında birlik” (bkz. TEKİNALP, s.141) olarak da anılmaktadır.

²²⁷ ARSLANLI, s.68 ; AYİTER, s.100 ; EREL, s.89-90

²²⁸ TEKİNALP, s.143 ; ARSLANLI, s.69 ; EREL, s.187

²²⁹ ÖZTRAK, s.46 ; Ayiter, bir kimsenin ısmarladığı bir tablo için fikir vermesi, hatta ve hatta bir kimsenin bir yazar ya da yönetmene hayatını anlatması sonucu yazar ya da yönetmenin bu hayat hikayesinden bir kitap ya da film meydana getirmesi halinde; anlatan kişinin fiilinin bir hukuki münasebet kurmayacağını; sırf fikir vermekle yaratıcı faaliyete ortak olunamayacağını, ancak eserin yaratılması aşamasında esaslı bir katkı sağlanırsa ortak eserden bahsedilebileceğini ifade etmektedir. (Bkz. AYİTER, s.100-101)

ortak çalışmaya dair bir iradenin, ortak eser yaratma hususunda bir anlaşmanın var olması gerekir. Tamamlanmamış bir eserin başkası tarafından tamamlanması durumunda, bizzat asıl eser sahibi bu husustaki iradesini açıklamadıkça, iştirak halinde eser sahipliği doğmaz. Bu husustaki irade, bizzat eser sahibine ait olmalıdır. Eser üzerindeki hakları devralanların ya da eser sahibinin mirasçılarının bu hususta gösterecekleri muvafakat, eser sahibinin rızası yerine geçmez; bu gibi durumlarda ana eser münferiden sahibine ait olup, ortaya çıkan tamamlama, şartları varsa bağımsız bir eser ya da ana eserin bir işlemesi olur²³⁰.

İştirak halinde eser sahipliğini düzenleyen FSEK 10. md.nin 2. fıkrası uyarınca, birliğe adi şirket hakkındaki hükümler uygulanır; eser sahiplerinden biri, birlikte yapılacak bir muameleye muhik bir sebep olmaksızın müsaade etmezse, bu müsaade mahkemece verilebilir ve eser sahiplerinden her biri, birlik menfaatlerine tecavüz edildiği takdirde tek başına hareket edebilir. Bununla beraber doktrinde, B.K.'nun 520 ila 541. md. hükümleriyle düzenlenen adi şirket bir hukuki işlemle meydana gelmesine rağmen, eser yaratma eylemi hukuki işleme bağlı olmadığından, adi şirkete ait hükümlerin iştirak halinde eser sahipliğine ancak nitelikleri elverdiği ölçüde uygulanabileceği, kanunun asıl amacının bu hususta adi şirket hükümlerinin uygulanamayacağı durumları M.K.'un iştirak halinde mülkiyet hükümleriyle tamamlamak olduğu ifade edilmektedir. Bu çerçevede –aksi kararlaştırılmadıkça– eser sahipleri eserdeki gizli paylarının sağladığı mali haklarını tek başlarına kullanamazlar, eserin getireceği kar ve zarardaki hisseleri birbirine eşittir, eserle ilgili tasarruflar için eser sahiplerinin oybirliğiyle karar vermeleri gerekir²³¹. Ancak, eser sahiplerinden biri, eser üzerinde birlikte tasarrufa haklı bir sebebi olmaksızın rıza göstermezse, mahkeme, izin yerine geçecek bir karar verebilir. Bununla beraber eserin üçüncü kişilerin tecavüzüne uğraması durumunda, eser sahiplerinden her birinin bireysel olarak dava açabilme ve tecavüzü durdurabilme hakkı vardır.

FSEK 64. md. uyarınca, eser alenileşmemişse ölenin hakları, diğer eser sahiplerine intikal edecek ve bu şahıslar mirasçılara tazminat ödeme yükümü altında kalacaklar; alenileşmiş ise geride kalan eser sahipleri ölenin mirasçılarını birliğe alıp

²³⁰ EREL, s.90 ; ARSLANLI, s.68-69 ; eseri birlikte oluşturmaya dair anlaşma hususunda bkz. TEKİNALP, s.144

²³¹ ARSLANLI, s.69 ; EREL, s.90 ; AYİTER, s.101

almama konusunda bir karar verebilecek, mirasçılarını birliğe almama kararı verilirse yine mirasçılara bir tazminat ödeyeceklerdir. Ayrıca, bütün eser sahiplerinin muvafakati olmadıkça, birinin borcu için eserin cebri icraya konu olması mümkün değildir.

FSEK 14/3. ve 16. maddeleri ile sadece eser sahibine tanınan manevi haklar çerçevesinde, eserin bütünü üzerinde veya eser sahiplerinden her birinin esere yapacakları katkıda ya da eserin veya eser sahiplerinin birinin adında yapılacak değişiklikler için de oybirliği ile karar verme şartı aranacaktır. Ancak oybirliğiyle verilmiş bir karara rağmen eser sahiplerinden her biri manevi hakların kendi şeref ve itibarını zedeleyecek şekilde kullanılmasına engel olabilecektir²³².

iii- SİNEMA ESERLERİNDEKİ İSTİSNA

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda, 1995 tarihli 4110 s. Kanunla yapılan değişikliğe kadar, sinema eserlerinin sahibi, filmin yapımcısı sayılmaktaydı. Değişiklikten önceki bu hükmün, sinema eserlerinde sadece film yapımcısının eser sahibi olduğuna dair, çürütülmesi mümkün olmayan mutlak bir kanuni karine olduğu kabul edilmekteydi²³³. 1995 yılında 4110 s.Kanunla yapılan değişiklikle, yönetmen, özgün müzik bestecisi ve senaryo yazarı eserin birlikte sahibi sayılmış; ardından 2001 yılında 4630 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, diyalog yazarı ve animasyonlarda animatörler de, eser sahipleri birliğine dahil edilmiş ve film yapımcısı, bağlantılı hak sahipleri arasında yerini almıştır.

Kanun, birlikte meydana getirilen eserler için yukarıda bahsedilen iki tür birlikte eser sahipliğinden ayrı şekilde, sinema eserlerinin niteliği ve oluşturulma sürecini nazara alarak, bu eserlere mahsus istisna bir eser sahipleri birliği tanımaktadır. FSEK 8/3. maddesi "Sinema eserlerinde; yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı ve diyalog yazarı, eserin birlikte sahibidirler. Canlandırma tekniğiyle yapılmış sinema eserlerinde, animatör de eserin birlikte sahipleri arasındadır" hükmü ile, sayılan şahıslardan müteşekkil bir eser sahipleri birliği tanımaktadır.

²³² AYİTER, s.102; ARSLANLI, s.69-70 ; EREL, s.91

²³³ ARSLANLI, s.66-67 ; EREL, s.94 ; Sinema eseri sahipleri hususunda ayrıca bkz. GENÇ, s.265 v.d.

Ayiter, filme emek veren sanatçıların esere katkıları birbirinden bağımsız olmadığı için, sinema eserinin muhtelif eserlerin birleşmesinden oluşan bir karışım olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmekte²³⁴, sinema eserini meydana getiren şahısların katkıları bazen müstakil, bazen de iştirak halinde ya da müşterek mülkiyete yol açacak nitelikte bulunduğundan, maddede tanımlanan birlik, iştirak halinde ve müşterek mülkiyetten oluşan sui generis bir birlik olarak nitelenmektedir²³⁵.

Sinema eserleri üzerinde birlikte eser sahipliği olduğu için, hususiyet; “yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo ve diyalog yazarının hususiyetlerinin bileşkesi” olarak gösterilmiştir²³⁶. Bir sinema eseri için yazılmış senaryo veya bestelenmiş müziğin, sinema eserini oluşturan parçalar arasında yer aldığı; ancak daha önce meydana getirilmiş bir senaryo veya müziğin ise esasında bağımsız bir eser olmakla, bunların sinema eserinde kullanılmasının işleme olduğu kabul edilmektedir²³⁷. Bu takdirde, senaryo ve müzik ancak söz konusu film için hazırlanmışsa, senaryo ve müzik eseri sahibi de FSEK 8/3. md. uyarınca birlikte eser sahibi sayılacak, filmin senaryosu ve müziği, önceden var olan bağımsız eserlerse, sinema eseri işleme sayılacaktır²³⁸. Ateş, ikinci ihtimalde “birlikte sinema eseri sahipliği” durumunun mevcut olmadığını, yani bağımsız olarak meydana getirilen senaryo veya müzik eserinin sahibinin, sinema eserinin birlikte sahipleri arasında yer almayacağını ifade etmektedir²³⁹. Ancak kanaatimizce, FSEK 8/3. madde lafzından bu tür bir ayırım yapıldığı ya da FSEK 6/3. md. lafzından, işleme eserlerin, asıl eser sahibine hiçbir surette başka bir hak vermeyeceği sonucuna ulaşmak mümkün değildir. Eserin bütününe yayılmış, sinema eseriyle özdeşleştirilmiş müzik ve özellikle senaryo ne surette meydana getirilmiş olursa olsun, sahibi, sinema eserinin birlikte sahipleri arasında sayılmalıdır.

²³⁴ AYİTER, s.62 ; sinema eseri sahipliği hususunda ayrıca bkz. AKKAYAN YILDIRIM, s.15 v.d.

²³⁵ EREL, s.95 ; sinema eserlerinin elbirliğiyle mülkiyet hükümlerine tabi olacağına dair ayrık görüş ve eseri meydana getiren parçaların bağımsız değerlendirilebilmeleri hususunda bkz. TOSUN, s.311

²³⁶ TEKİNALP, s.119 ; çok kişi tarafından meydana getirilen bu gibi eserler için doktrinde geliştirilen “olay yöntemi” ve “kategori yöntemi” kavramları ile FSEK’nun kategori yöntemini benimsediğine dair bkz. KINACIOĞLU, s.216 ; ATEŞ, Sinema Eseri, s.90

²³⁷ KINACIOĞLU, s.218 ; EREL, s.75 ; ARSLANLI, s.27 ; ATEŞ, Sinema Eseri, s.105

²³⁸ EREL, s.75-96 ; aynı mahiyetteki görüş için bkz. ARSLANLI, s. 67 ; KINACIOĞLU, s.218

²³⁹ ATEŞ, Sinema Eseri, s.105-106

Öte yandan, müzik ve senaryoyu içeren filmin külliye korunması, müzik ve senaryonun da ayrıca korunmasına engel değildir²⁴⁰. Bunun yanında daha önce yazılmış eserlerin, sinema eserinin senaryosu veya özgün müziğini oluşturmayıp sadece sinema eserinin bir yerinde geçmesi, bu eserlerin sahiplerini sinema eserleri birliğine dahil etmez²⁴¹. Ayrıca, sinema eserinin senaryosu veya özgün müziğini oluşturmayan, daha önce yazılmış eserlerin sinema eseri içinde geçmesi de, bu eserlerin sahiplerini sinema eserleri birliğine dahil etmez²⁴².

Maddede yönetmen, besteci, senaryo ve diyalog yazarı eser sahipleri birliğini oluşturmaktadır. Bununla beraber, FSEK 80/2. md. ile, film yapımcısı bağlantılı hak sahibi olarak tanınmış, eser sahipleri ve icracı sanatçılardan, hakları devralmak kaydı ile, sinema eseri üzerindeki mali hakların kullanımı hususunda hak sahibi kılınmıştır. Kanun, 13/son maddesiyle, filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcıları ile seslerin ilk tespitini gerçekleştiren fonogram yapımcılarına, hak ihdas etmek amacı taşımaksızın, sahip oldukları hakların ihlâl edilmemesi, hak sahipliklerinin belirlenmesinde ispat kolaylığı sağlanması ve malî haklara ilişkin yararlanma yetkilerinin takip edilmesi amacıyla, sinema ve müzik eserlerini içeren yapımlarının kayıt ve tescilini yaptırma mükellefiyeti yüklemektedir²⁴³.

2- ESER SAHİPLİĞİ KARİNESİ

Kanun, bir eserin sahipliği hususunda aksinin ispatı mümkün olan bazı karineler tanımıştır. Eserin umuma arz edilirken sahibinin adının belirtilip belirtilmemesine göre farklı karineler tanınmış ve kanunda bu karinelere “eser sahipliği hakkında karineler” başlığı altında yer verilmişse de, söz konusu karinelerin bir kısmı sadece eser üzerindeki mali hakların kim tarafından kullanılabilceğine işaret etmektedir. Bir ihtilaf durumunda; eser sahibinin tesbiti ya da eser sahibinin kimliği açıklanmadan yayınlanan eserin mali haklarını kullanmaya yetkili şahsın

²⁴⁰ ARSLANLI, s.28 ; EREL, s.75

²⁴¹ KINACIOĞLU, s.218

²⁴² KINACIOĞLU, s.218

²⁴³ Eserin kullanımında ihlallerin önlenmesi ve ispat kolaylığı sağlanması amacına matuf olan bu hüküm, eser üzerindeki hakkın kazanılmasını kamusal bir tasarrufa bağlamamaktadır. (TEKİNALP, s.134, 140)

tesbitinde, aksinin ispatı mümkün olmak kaydıyla, öncelikle kanundaki karineler nazara alınacaktır.

i- SAHİBİNİN ADI BELİRTİLEN ESERLERDE

FSEK 11/1. md. “Yayımlanmış eser nüshalarında veya güzel sanat eserinin aslında, o eserin sahibi olarak adını veya bunun yerine tanınmış müstear adını kullanan kimse, aksi sabit oluncaya kadar o eserin sahibi sayılır” hükmünü haizdir. Eser sahibinin, kendi adını eseri üzerinde belirtmesi, eser üzerindeki manevi haklarındanır. Yayımlanmış eser nüshalarında ya da bir güzel sanat eserinin aslında, bir şahsın eser sahibi olarak gösterilmek üzere adına yer verilmesi, o şahsın eserin sahibi olduğu karinesini doğurur.

Maddede, eser sahibinin gerçek adını ya da müstear adını kullanması hususunda bir fark gözetilmemiş, eser sahibine ait olduğu saptanabilen bir ibarenin kullanılması da aynı karinenin geçerliliği için yeterli görülmüştür. Doktrinde, sadece “tanınmış müstear adın” değil, umumun kime ait olduğunu anlaması kaydıyla; bir işaret, kısaltma ya rumuzun kullanılmış olması da²⁴⁴, bu karinenin doğumu için yeterli görülmüştür. Madde hükmü bir karine tesis etmiş olduğundan, bu karinenin aksini ispat her zaman, her türlü delille²⁴⁵ mümkün olup, ispat külfeti aksini iddia edene aittir.

Maddenin 2. bendinde, “umumi yerlerde veya radyo-televizyon aracılığı ile verilen konferans ve temsillerde, mutad şekilde eser sahibi olarak tanıtılan kimse”nin eser sahibi sayılacağına dair ikinci bir karineye yer vermiştir. Ancak bentteki, “meğer ki, birinci fıkradaki karine yoluyla diğer bir kimse eser sahibi sayılsın” hükmüyle; yayımlanan eser nüshalarının ya da doğrudan eserin üzerinde belirtilen bir eser sahibi bulunması halinde, umumi yerlerde veya kitle iletişim araçlarıyla eser sahibi olarak tanıtılan kişi lehine tanınan karinenin geçerli olmayacağı açıklanmıştır.

Madde metninde, birinci fıkradaki karineyi doğuran olayın gerçekleşme zamanı konusunda bir açıklama bulunmamakla beraber, bu olayın, ikinci fıkradaki karineyi doğuran olaydan daha önce gerçekleşmiş olması gerektiği anlaşılmaktadır.

²⁴⁴ ÖZTRAK, s.47 ; EREL, s.99 ; “tanınmış müstear ad veya işaretlerle yayımlanan eserlerin, sahibi belirtilerek yayımlanan; tanınmamış bir müstear ad veya işaretlerle yayımlanan eserlerin ise sahibinin adı belirtilmeden yayımlanan eserlerden olduğu”na dair bkz. ARSLANLI, s.74

²⁴⁵ TEKİNALP, s.145

ii- SAHİBİNİN ADI BELİRTİLMEYEN ESERLERDE

FSEK 12. md., eser sahibi hakkında karineler başlığı altında yer almakla beraber, 11. maddeden farklı olarak asıl eser sahibinin belirlenmesi hususunda değil, eser üzerindeki hakları kullanma yetkisi verilmiş olan kimsenin belirlenmesi hususunda bir karine teşkil etmektedir. Nitekim maddedeki “yayımlanmış olan bir eserin sahibi 11 inci maddeye göre belli olmadıkça, yayımlayan ve o da belli değilse çoğaltan, eser sahibine ait hak ve yetkileri kendi adına kullanabilir” ifadesiyle, maddede gösterilen “yayımlayan veya çoğaltan” kişilerin, aslen eser sahibine ait olan hakların kullanılması konusunda “yetkili kılındıkları”na dair bir karine tanınmaktadır.

Söz konusu karine, madde metninden de anlaşılacağı üzere, eser sahibinin adı, kimliği gizli tutularak alenileştirilen eserler için geçerlidir. Eseri yayımlayan, yayımlayan da belli değilse çoğaltan, eser üzerindeki hakları kendi adına, ancak tabii olarak asıl eser sahibi hesabına kullanacaktır. Zira eser, ister müstear ad ya da işaretle, ister adsız yayınlanmış olsun, umuma arz edilen ve yayımlanan eserlerde telif hakları yine asıl eser sahibine aittir²⁴⁶. Maddenin 2. fıkrası, “bu yetkiler, 11 inci maddenin 2 nci fıkrasındaki karine ile eser sahibinin belli olmadığı hallerde konferansı verene veya temsili icra ettirene aittir” hükmü ile, eser yayımlayan ya da çoğaltan adına umuma arz edilmemiş de, umumi yerlerde veya radyo-televizyon aracılığı ile verilen konferans ve temsillerde tanıtılmış ise, hakları kullanma yetkisinin, konferansı veren ya da temsili icra ettiren şahsa tanındığına dair ek bir karine tesis etmektedir.

Bu maddelerde lehlerine karine tanınan şahıslar, eser sahibinin eser üzerindeki mali ve manevi hakları kullanabilecekleri gibi, eser üzerinde tasarruf işlemleri yapabilme yetkisine de sahiptirler²⁴⁷. Bu yetkiler, elbette eser sahibinin rızası çerçevesinde kullanılmalıdır. Aksi takdirde, eser sahibinin kim olduğunu bilmeden ya da bildiği halde eser sahibinden rıza almadan eser üzerinde tasarrufta bulunanlar, eser sahibinin haklarına tecavüz etmiş sayılacaklardır.

Maddede sayılan kimselerin eser sahibine ait hak ve yetkileri kullanabileceğine dair karinenin, sadece üçüncü şahıslara karşı hüküm ifade edeceği, eser sahibine karşı ileri sürülemeyeceği, ancak sadece eser sahibi tarafından

²⁴⁶ ARSLANLI, s.74

²⁴⁷ EREL, s.100 ; ARSLANLI, s.75

çürütülebileceği kabul edilmektedir. Eser üzerindeki koruma süreleri dolmuş olsa bile, eser sahipliğinin ispatı her zaman mümkündür.²⁴⁸ Ancak tabii olarak, bu süre dolduktan sonra sadece asıl eser sahibinin kimliği ortaya çıkmış olacak, eser üzerindeki mali haklar, koruma süresi geçmiş olmakla, korunamayacaktır. Kanaatimizce, karinenin sadece üçüncü kişilere karşı ileri sürülebileceği tartışmasızsa da, özellikle eser sahibi veya mirasçılarının hayatta olmaması ya da müdahale imkanı bulunmaması gibi durumlarda, üçüncü kişilerin de karineyi çürütebilecekleri kabul edilmelidir.

Bu karine üçüncü şahıslara karşı mutlak hüküm doğurduğundan, iyi niyetli üçüncü kişilerin, yetkili oldukları karineten kabul edilen kişilerle yaptıkları muameleler ve iktisap ettikleri mali hakların, geçerliliğini koruyacağı kabul edilmektedir. Ancak bu durum bir tecavüz teşkil ediyorsa, eser sahibinin yayıncıya rücu hakkı mevcuttur²⁴⁹.

Maddenin 3. fıkrası, asıl eser sahibi ile bu maddeye göre yetkili oldukları kabul edilen kimseler arasındaki ilişkiye, -aksi kararlaştırılmamışsa-, adi vekalet hükümleri uygulanacağı hükmünü içermektedir. Bu sebeple, B.K.'nun adi vekalet ilişkisini düzenleyen hükümleri çerçevesinde, vekilin eserle ilgili olarak üçüncü şahıslara dava ikame edebilmesi için, eser sahibinden bu hususta özel yetki almış olması gerekmektedir²⁵⁰. Ancak Arslanlı, eser sahibinin kimliğini gizli tutma kararında olmasına rağmen, hukuki işlemler için özel yetki vermek suretiyle kimliğini ifşaya mecbur tutulacağını, bu sebeple dava açma hakkına dair özel bir yetki belgesi tanzim edilmeksizin söz konusu karineye dayanan yayıncıya, üçüncü kişilere dava açabilme hakkı tanınması gerekliliğine işaret etmektedir²⁵¹.

Doktrinde, yetkili kimselerin eser üzerindeki hakları kullanarak sağladıkları hak ve menfaatlerin sahibi oldukları, ancak bu hak ve menfaatleri, vasıtalı temsil ilişkisi ya da inanç sözleşmesini içeren anlaşma uyarınca asıl eser sahibine devretme yükümü altında buldukları nazara alınarak; eser sahibi ile yetkili kimse arasında

²⁴⁸ ARSLANLI, s.74 ;EREL, s.100

²⁴⁹ EREL, s.100 ; ARSLANLI, s.76

²⁵⁰ EREL, s.101; ARSLANLI, s.76

²⁵¹ ARSLANLI, s.76

aynı zamanda vasıtalı temsil ilişkisi ya da inanç sözleşmesinin varlığının da kabul edilmesi gerektiği²⁵², ifade edilmiştir.

B- ESER SAHİBİNİN HAKLARI

FSEK 13/1. maddesi “*Fikir ve sanat eserleri üzerinde sahiplerinin mali ve manevi menfaatleri bu kanun dairesinde himaye görür. Eser sahibine tanınan hak ve salahiyetler eserin bütününe ve parçalarına şamildir.*” hükmünü içermektedir.

Daha önce de ifade edildiği üzere, fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar, yaratıcı insan zekasının ürünü olmakla, üzerinde cisimlendiği maddi mallardan ayrı bir hukuki varlığa ve iktisadi değere sahip olan “gayrimaddi mallar” üzerindeki mutlak haklardır²⁵³. Fikir ve sanat eserlerinin tezahür ettiği madde veya maddeler, maddi mal niteliğinde olup, bu maddi haklarla eser sahipliğinden doğan gayri maddi haklar birbirinden ayrıdır²⁵⁴.

Eser sahibinin eser üzerindeki hakları mali ve manevi haklar olarak ayırmış ise de, eser üzerindeki haklar esasen bir bütündür ve mali hakların daima manevi bir yönü de mevcut olup her ikisi birbirine bağlıdır. Zira mali veya manevi haklar, “eser sahipliği” hukuki durumundan doğan tek bir hakkın; “telif” hakkının sağladığı çeşitli yetkilerden ibarettir²⁵⁵. Manevi haklar, eser sahibinin kişilik saçağı altında bulunmakla haklılık kazanırken, maddi haklar eser sahibine, eserinden özellikle ekonomik yararlanma konusunda inhisari yetkiler verirler²⁵⁶. Ayıter, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun, manevi ve mali yetkiler içeren tek bir hak bulunduğuna dair “monist teori”yi esas aldığını, kanunda mali ve manevi haklar şeklinde ayırım yapılmasının, eser üzerindeki hakkın her iki salahiyeti de içeren bir bütün olduğu gerçeğini değiştirmeyeceğini ifade etmektedir. Kanun, eser üzerindeki hakları mali ve manevi olarak ayırmışsa da, bu hakların kullanımı genellikle birbirine bağlı

²⁵² ARSLANLI, s.75 ; EREL, s.100-101

²⁵³ EREL, s.26

²⁵⁴ ÖZTRAK, s.35 v.d.

²⁵⁵ ARSLANLI, s.78 ; EREL, s.135

²⁵⁶ TEKİNALP, s.9

olduğundan, bir gruptaki haklara yönelik tecavüz, doğrudan diğer gruptaki hakları da zedeleyecektir²⁵⁷.

Eserin hususiyetini aksettiren her türlü faydalanma hakkı, bu faydalanmanın şekil ve tarzını belirleme yetkisi, eser sahibine aittir. Bu yüzden eserden her türlü faydalanma imkanı ve şekli, eser sahibinin iznine tabidir²⁵⁸. Bir eser veya gazetenin isminin, bir sinema eserindeki kahramanların şekillerinin, bir romandaki kahramanların isimlerinin, bilimsel bir eserdeki resimlerin dahi, orijinal, yani eser sahibinin hususiyetine işaret ediyor olmaları halinde, FSEK çerçevesinde korunacakları kabul edilmektedir²⁵⁹. Nitekim maddenin 2. bendinde açıkça belirtildiği üzere, eser sahibine tanınan hak ve yetkiler, eserin bütününe ve parçalarına şamildir. Bir eserin bütünü üzerindeki haklar ancak eser sahibi veya onun yetkilendirdiği kimselerce kullanılabilir gibi; bir şiirin bir veya birkaç dizesi, bir filmin birkaç sahnesi, bir kitapta yazılanların bir kısmı ve sair eser parçaları üzerindeki haklar da, ancak eser sahibi tarafından, ya da eser sahibinin rızası ile yetkilendirilen kimseler tarafından kullanılabilir.

FSEK, eser sahibinin eseri üzerindeki manevi haklarına 14. ila 17. maddelerinde, mali haklarına 21. ila 25. maddelerinde yer vermiştir. Doktrinde FSEK md. 45'te düzenlenen "pay alma hakkı" da, mali haklar arasında mütalaa edilmektedir. Ayrıca Tekinalp, kanunun 43/1. maddesindeki "radyo televizyon gibi araçlarla yayınlanan ve/veya iletilen fikir ve sanat eserlerine ilişkin ödemelere dair hak" olarak tanımlanan hakların da mali haklar arasında yer aldığını ifade etmektedir²⁶⁰.

Eser sahibinin haklarının FSEK'nda sınırlayıcı şekilde sayılmış olması doktrinde eleştirilmektedir. Bizim de katıldığımız bu eleştirilere göre bu sınırlayıcı sayım, eser sahibinin eserinden ancak kanunun gösterdiği haklar çerçevesinde yararlanması sonucunu doğurmakta, eser sahibinin -özellikle eserinden başka şekillerde yararlanılması halinde- engelleme imkanını ortadan kaldırmaktadır²⁶¹.

²⁵⁷ AYİTER, s.112-113 ; EREL, s.135

²⁵⁸ ARSLANLI, s.79-80

²⁵⁹ ÖZTRAK, s.38

²⁶⁰ TEKİNALP, s.150

²⁶¹ AYİTER, s.112-113

1- ESER SAHİBİNİN MANEVİ HAKLARI

Eser sahibinin eser üzerindeki manevi hakları, FSEK'nun 14. ila 17. maddelerinde tanzim edilmiştir. Eser üzerindeki manevi haklar kanunda dört başlık altında; “Eseri Umuma Arz Hakkı”(md.14), “Eserde Adın Belirtilmesi Hakkı”(md.15), “Eserde Değişiklik Yapılmasını Men Etme Hakkı”(md.16) ve “Eser Sahibinin Zilyet ve Malike Karşı Hakları”(md.17) olarak düzenlenmiştir.

Kanunun, 21. ila 25. maddelerinde sayılan mali hakların, 20/1.. md.nin “Alenileşmiş bir eserden eser sahibine münhasıran tanınan faydalanma hakkı, bu kanunda mali hak olarak gösterilenlerden ibarettir.” hükmü çerçevesinde sınırlı sayı prensibine bağlanmış olduğu²⁶² ifade edilmekle beraber, 14. ila 17. maddelerinde sayılan manevi hakların, M.K.'daki kişilik haklarına dayalı yorumla genişletilmesinin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bazı müellifler, manevi haklarda kanunun saydığı yetkilerin, Medeni Kanun'un kişiliğin korunmasına dair hükümleriyle yorumlanıp tamamlanabileceğini öne sürerken²⁶³, karşıt görüş, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun manevi haklar yönünden Medeni Kanun hükümleriyle tamamlanmasının mümkün olmayacağı, zira Medeni Kanun'un ve FSEK'nun ayrı menfaat konularını tanzim ettiği doğrultusundadır²⁶⁴.

Kişilik hakları bir eserin varlığına bağlı olmadan mevcutken, eser üzerindeki manevi haklar eser ile sahibi arasındaki bağ dolayısıyla oluştuğundan, manevi hakların Medeni Kanun'daki kişilik haklarından farklı yönleri bulunsa da, kişilik haklarının bir türü oldukları doğrultusundaki görüşe²⁶⁵ katılmaktayız.

Manevi haklar, doğrudan eser sahibinin kişiliğine bağlanmış olan, herkese karşı ileri sürülebilecek ve uygulanabilecek mutlak inhisari yetkileri haiz haklardır²⁶⁶. FSEK'nda eskiden 8. maddede düzenlenen ve bugün 18. maddede yer alan hüküm uyarınca, memur, hizmetli ve işçilerin meydana getirdikleri eserler üzerinde, çalıştırana tanınan hak sadece mali hakları kullanma yetkisi olduğundan, manevi haklar eseri meydana getiren memur, hizmetli veya işçilere aittir. Nitekim manevi

²⁶² ARSLANLI, s.79 ; EREL, s.136

²⁶³ ARSLANLI, s.79-80 ; ayrıca, FSEK'ndaki manevi hakların tesisinde Medeni Kanun'un kişilik hakları hükümlerinden yararlandığı hususunda bkz. HIRSCH, s.63 v.d., 131 v.d.

²⁶⁴ AYİTER, s.114 ; EREL, s.136

²⁶⁵ TEKİNALP, s.151

²⁶⁶ TEKİNALP, s.151

haklar, eser sahibinin eseriyle olan manevi bağlarını ifade eden haklardır. Bunlar eser sahibine ekonomik ya da parasal yararlar sağlayan haklar değildir. Bunun sonucu olarak manevi haklar başkalarına devir edilemezler, eser sahibinin borçları nedeniyle haczedilemezler, miras yoluyla intikal etmez yani terekeye dahil olmazlar, ayrıca ölüme bağlı tasarruf konusu olamazlar²⁶⁷. Bununla beraber, manevi hakları kullanma yetkisinin, eser sahibi tarafından üçüncü kişilere tanınması mümkündür²⁶⁸. Nitekim FSEK'nun 14. ve 16. maddelerinin 3. fıkraları hükümlerinden de, eser sahibinin bu hakları kullanmak hususunda üçüncü kişilere izin verebileceğinin kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Kanunun 19. maddesinde, eser sahibinin bu hakların kullanılış tarzlarını tesbit etmeden ve bu hususta kimseyi yetkilendirmeden ölmesi halinde, bu haklardan hangilerinin kimler tarafından kullanılacağı düzenlenmiştir.

Doktrinde hakim görüş, manevi hakların miras yoluyla intikal etmeyecekleri doğrultusundadır. Eser üzerindeki manevi hakların bazılarının, FSEK 19. md. çerçevesinde eser sahibinin bazı yakınları ve gerektiğinde mali hakları devralanlar ya da Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından kullanılacakları hüküm altına alınmış ise de, bu kişilere tanınan, sadece bu hakların kullanılması yetkisidir. Manevi haklar eser sahibinin mirasçılara ya da 19. md. de sayılan kişilere intikal etmezler. 19. maddede sayılan kişiler, bu hakları kullanma yetkisine mirasla intikal sebebiyle değil, kanunen sahip olurlar ve mirası reddetseler de “yakınların hakkı” denen bu bağımsız yetkiler, kanunen korunurlar²⁶⁹.

i- UMUMA ARZ HAKKI

FSEK 14. md. çerçevesinde, bir eserin umuma arz edilip edilmeyeceğini, yayımlanma zamanını ve tarzını münhasıran eser sahibi tayin eder. Bütünü veya esaslı bir kısmı alenileşmemiş olan, yahut ana hatları her hangi bir suretle henüz umuma tanıtılmayan bir eserin muhtevası hakkında ancak o eserin sahibi malumat verebilir. Kanun, münhasıran eser sahibine ait olan umuma arz yetkisinin, üçüncü

²⁶⁷ Ahmet M. KILIÇOĞLU, Telif Hakkı ve Yayın Sözleşmesinden Ayırılma, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Y.1, C.I, S. 2001/1, s.45-46

²⁶⁸ OKUTAN NILSSON, s.491 ; TEKİNALP, s.153

²⁶⁹ TEKİNALP, s.152 ; AYİTER, s.200-203

kişilerce izinsiz şekilde kullanılarak FSEK 14. maddedeki manevi hakka tecavüz edilmesi halinde, hukuki ve cezai yaptırımlar öngörmüştür.

Eserin umuma arz edilmesi, herhangi bir surette aleniyete kavuşturulması, eser sahibinin mahrem tutulan çevresinden, cemiyete çıkarılmasıdır. Umuma arzın şekli veya arz edilen insan topluluğunun ne kadar kalabalık olduğunun bir önemi yoktur²⁷⁰. Bu, eserin yayımlanması ile gerçekleştirilebileceği gibi, eserin umumi bir temsili, gösterimi, hususiyetini genel olarak ortaya çıkaracak surette tanıtılması ile de mümkündür. Eser, eser sahibinin özel çevresi dışındaki kişilere, eser sahibinin kontrolü altında tutulamayacak üçüncü kişilerin veya genel olarak toplumun bilgisine sunulmakla, umuma arz edilmiş olur²⁷¹.

Kanunla münhasıran eser sahibine tanınan umuma arz hakkı, eserin umuma ilk arzını ifade eder, bu sebeple bir defa kullanılacak bir haktır²⁷². Eser sahibinin bu hakkı kullanması, tam fiil ehliyeti bulunmasına bağlı olmayıp, medeni hakları kullanma ehliyeti bulunmayanlar da kanuni mümessillerinin rızası olmaksızın eserlerini umuma arz edebilir ve açıklayabilirler²⁷³. Eserin kamuya sunulması hakkı, bizzat eser sahibi tarafından, ya da eser sahibinin, bu hakkı kullanma konusunda yetkilendirdiği kimse tarafından kullanılabilir.

Eser sahibinden, işleme, yayma, temsil ve radyo ile yayımlama (umuma iletim) mali haklarını devralan ya da bu konularda ruhsat alan kimselere, eserin kamuya sunulması yetkisinin de verildiği kabul edilir. Nitekim, devralınan bu hakların kullanılması, ancak eserin kamuya sunulması ile mümkündür. Ancak, çoğaltma hakkı, eser kamuya sunulmadan da kullanılabilir için, eseri sadece çoğaltma hakkını devralan kimsenin, eseri kamuya sunma yetkisi bulunmamaktadır²⁷⁴.

Kanun, eserin kamuya sunulması konusunda hak ve yetki sahibi olan kimselerin, bu hakkı eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek mahiyette kullanamayacaklarına dair bir kısıtlama getirmiş, eser sahibi bu konuda yazılı izin vermiş olsa dahi bu durumda eserin umuma arzını men edebileceğini hükme

²⁷⁰ HIRSCH, s.59

²⁷¹ TEKİNALP, s.154

²⁷² TEKİNALP, s.154 ; HIRSCH, s.133

²⁷³ AYİTER, s.116-117

²⁷⁴ EREL, s. 137 ; aynı görüş için bkz.: ARSLANLI, s.81, ÖZTRAK, s.49

bağlamıştır. Öyle ki, eser sahibinin bu hususta men yetkisini kullanmaktan vazgeçmesi, hükümsüzdür.

Eser sahibinin, bir kez eseri kamuya sunma yetkisi verdikten sonra, bu yetkinin kullanımını men etmesine sebep olan durumun, objektif olarak eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek olması gerekmektedir. Verilen bu hakkın kullanımının, haklı bir sebebe dayanmadan, sadece şahsi fikir değişikliğiyle men edilmesi halinde, objektif olarak itibar zedeleyici bir durumun varlığından bahsedilemez ve sadece duygusal sebeplerle sözleşmeden dönülmesi caiz karşılanmaz²⁷⁵. 14/3. maddede, eser sahibinin verdiği izni, umuma arz tarzının itibar zedeleyici olması sebebiyle geri almasının mümkün olduğu hükme bağlanırken, diğer tarafın tazminat hakkı da mahfuz tutulmaktadır. Maddedeki ifadeden neyin kastedildiği net değildir. Nitekim bir yandan, geri alma hakkı, umuma arz tarzının itibar zedeleyici olması şartına bağlanmış, diğer yandan da diğer tarafın tazminat hakkı mahfuz tutulmuştur. Diğer tarafın tazminat hakkının mahfuz tutulması, geri alma işleminin her hal ve şartta geçerli olduğunu düşündürmektedir. Doktrinde bir görüş, tazminat sorumluluğunun eser sahibinin, “itibarını zedeleyecek duruma kusuruyla sebebiyet verdiği durumda”²⁷⁶ doğduğu, diğer bir görüş ise “men’in haksız olması durumunda”²⁷⁷ doğduğu yönündedir. Maddede, haksız surette de olsa eseri kamuya sunma yetkisi men edilen kişiye tazminat hakkı tanınması, umuma arzın men edilmesinin, haklı da haksız da olsa mutlak geçerli olduğu sonucuna götürecektir.

FSEK, umuma arz edilip edilmemesine karar verme yetkisi ile birlikte, arzın zamanı ve tarzını da münhasıran eser sahibinin ihtiyarına bağlamıştır. Anlaşılacağı üzere, eser sahibinin sadece umuma arz yetkisini tanıdığı kimse bu yetkiyi kazanmakla, yetkinin ne zaman ve tarzda kullanılacağına karar verme hakkına sahip olmamakta, bu hususları eser sahibinin iradesi çerçevesinde tayin etmek zorundadır.

Madde metninde, “yayımlama zamanı ve tarzı” ifadesi yer almakta ise de, kaide, yayımlama dışındaki sair yollarla eserin alenileştirilmesi için de geçerlidir. Eserin kamuya vakitsiz sunulması kadar geç sunulması ya da eser sahibinin razı

²⁷⁵ ÖZTRAK, s.49 ; EREL, s.138 ; AYİTER, s.116 ; ARSLANLI, s. 82

²⁷⁶ EREL, s.138

²⁷⁷ TEKİNALP, s.157

olmadığı, özellikle onun itibarını düşüren bir şekilde umuma arzı da, sahibinin manevi hakkını ihlal edebilecektir²⁷⁸.

Umuma arz edilmemiş bir eserin muhtevası hakkında bilgi verilmesi hakkı da münhasıran eser sahibine aittir. FSEK 14/2. md. ifadesi çerçevesinde, bütünü veya esaslı bir kısmı alenileşmiş olan, yahut ana hatları her hangi bir suretle umuma tanıtılmış olan eserler hakkında, eser sahibi dışındaki kişilerin malumat vermeleri caizdir. Ancak eser henüz bir şekilde alenileşmemiş ya da tanıtılmamışsa, eser sahibine tanınan hak mahfuzdur.

Eserin muhtevası hakkında bilgi verilmesinden kasıt, kamuya, yani belirsiz bir insan topluluğuna açıklanıp tanıtılmasıdır. Eserin sadece belirli kişiye, kişilere tanıtılması ya da sadece eserin meydana getirildiğinin kamuya açıklanması, eserin muhtevası hakkında bilgi vermek anlamına gelmez²⁷⁹.

Erel, eserin muhtevası hakkında, ancak o eser türüne has olan ifade vasıtalarıyla bilgi verilebileceğini, bir musiki, güzel sanat veya sinema eserinin lisanla anlatılmasının, muhtevası hakkında bilgi vermek olmayacağını ve eser sahibinin haklarına tecavüz teşkil etmeyeceğini ifade etmiştir²⁸⁰. Ancak kanaatimizce, örnek olarak sayılan bu eserlerin, kısmen de olsa gösterilmesi, temsil veya teşhir edilmesi, FSEK 13/2. md. çerçevesinde eserin parçalarının umuma arzı anlamına geleceğinden, eserin türüne bakılmaksızın her ne surette olursa olsun muhtevası hakkında açıklama yapmak, eser sahibinin manevi haklarına tecavüz teşkil edecektir. Kaldı ki, madde metninde de, “eserin gösterilmesi, temsili, kısmen ibraz edilmesi” gibi bir ifade yer almamakta, sadece eser hakkında bilgi verilmesinden bahsedilmektedir.

Eser sahibinin başkasına devrettiği bir mali hak sebebiyle eseri kamuya sunma yetkisini de vermiş, ya da “yayımlama” gibi devredilen hakkın niteliği gereği umuma arz yetkisinin de tanınmış sayıldığı durumlarda, eser hakkında malumat verme yetkisinin de tanındığı kabul edilecektir. Zira eser hakkında bilgi verme, eserin umuma arzı veya açıklanmasından daha dar bir kavramdır²⁸¹. Doktrinde, ayrıca, eserin sipariş üzerine yapılarak sipariş verene teslim edilmesi halinde, eser sahibinin,

²⁷⁸ EREL, s.139-140

²⁷⁹ EREL, s. 140

²⁸⁰ EREL, s.140

²⁸¹ AYİTER, s.118 ; EREL, s.140

eserin umuma arz yetkisini de sipariş sahibine devretmiş sayılacağı; aynı şekilde FSEK 18. md. çerçevesinde oluşturulan eserlerde mali hakları kullanma yetkisi çalıştırana tanındığından, bu hakların kullanılması için zarureten gerekli olan umuma arz yetkisinin de çalıştırana tanınmış kabul edileceği ileri sürülmektedir²⁸².

FSEK 19. md., eser sahibinin, eserin umuma arz edilmesi, yayımlanma tarzı ve zamanına dair salahiyetlerin kullanılış tarzını tesbit etmeden yahut bu hususu her hangi bir kimseye bırakmadan ölmesi halinde, bu salahiyetlerin ölümünden sonra vasiyeti tenfiz memuru; bu tayin edilmemişse sırasıyla sağ kalan eşi ile çocukları ve mansup mirasçıları, ana - babası, kardeşleri tarafından kullanılacağı hükmünü taşımaktadır. Ayrıca bu durumda, eserin umuma arz edilmesi veya yayımlanma tarzı, eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek mahiyette ise eserin umuma tanıtılmasını veya yayımlanmasını men etme hakkı da, yine sayılan kişilere aittir. FSEK 19. md. uyarınca salahiyetli kimseler birden fazla olup müdahale hususunda birleşemezler; mahkeme, eser sahibinin muhtemel arzusuna en uygun bir şekilde basit yargılama usulü ile ihtilafı halleder. Eser sahibi veya eser sahibinin ölümünden sonra hakları kullanabilecek kişiler salahiyetlerini kullanmazlarsa; eser sahibinden veya halefinden mali bir hak iktisap eden kimse meşru bir menfaati bulunduğunu ispat şartı ile, söz konusu men yetkisini kendi adına kullanabilecektir. Sayılan yetkili kimselerin bulunmaması ya da haklarını kullanmamaları durumunda, eser memleketin kültürü bakımından önemli görüldüğü takdirde, Kültür ve Turizm Bakanlığı da söz konusu men hakkını, eserin koruma süresi dolmuş olsa dahi, kendi namına kullanabilir (md.19).

Diğer yandan, FSEK 40/2. md., güzel sanat eserlerinin umuma arzı hususunda genel kurala bir istisna getirmekte olan “üzerlerine, sahibi tarafından sarahaten menedici bir kayıt konulmuş olmadıkça güzel sanat eserleri, malikleri veya bunların muvafakatiyle başkaları tarafından umumi mahallerde teşhir edilebilir” hükmünü taşımakta; maddenin 3. fıkrası, açık arttırma ile satılacak olan eserler için de aynı serbestiyi tanımaktadır.

²⁸² TEKİNALP, s.155-156

ii- ADIN BELİRTİLMESİ HAKKI

FSEK 15/1. md. uyarınca, eseri, sahibinin adı veya müstear adı ile yahut adsız olarak, umuma arz etme veya yayımlama hususunda karar vermek salahiyeti münhasıran eser sahibine aittir. Eser sahipliği karinesi bahsinde de değindiğimiz üzere, yayımlanmış eser nüshalarında ya da bir güzel sanat eserinin aslında, bir şahsın eser sahibi olarak gösterilmek üzere adına yer verilmesi, o şahsın eserin gerçek sahibi olduğu karinesini doğurur. Eser sahibinin eseri üzerinde kendi adını belirtmesi, onun manevi haklarından ve FSEK 11. md. ifadesi uyarınca eser sahibinin gerçek adını ya da müstear adını kullanması hususunda bir fark bulunmamakta, sadece “tanınmış müstear adın” değil, umumun kime ait olduğunu anlaması kaydıyla bir işaret, kısaltma ya rumuzun kullanılmış olması da, bu karinenin doğumu için yeterli görülmektedir²⁸³. Bunun yanında, esere kendi adını ya da kısaltma ad veya rumuz koyma tercihi de, tabii olarak bu hakka sahip olan eser sahibine aittir²⁸⁴. Bir eserin kimin tarafından vücuda getirildiğinin ihtilafı olması halinde eser sahibi, sahibin belirlenmesi için mahkemeden tesbit isteyebilir (FSEK md.15/3).

Eser sahibinin adının belirtilmesine dair hükümler, eser sahibinin adının esere konulması yanında, onun eser sahipliğinin, eserin kullanıldığı her halde ve yerde yeterince açık şekilde belirtilmesini de gerektirir. Eser sahibinin adı, sadece eserin üzerinde değil, kullanmanın nitelik ve çapı önemli olmaksızın veya eser sahibine kullanma karşılığında mali bir menfaat sağlanıp sağlanmadığı gözetilmeksizin, eserin kullanıldığı her yerde belirtilmelidir²⁸⁵. Ad belirtme hakkı, eser sahibi tarafından bizzat kullanılabilir gibi, eser sahibinin rızası çerçevesinde, mali hakları devralan kişiler gibi başka kişilerce de kullanılabilir ve bu hakların ya da hakları kullanma yetkisinin başkalarına devredilmiş olması, eserin kullanıldığı her yerde sahibinin adını belirtme zorunluluğunu ortadan kaldırmaz²⁸⁶. Eser üzerinde yayma ve çoğaltma gibi mali bir hakta tasarruf edilmiş olsa dahi, çoğaltma ya da yayma hakkı sahibi, eser sahibinin rızası olmaksızın adında bir değişiklik yapamaz²⁸⁷. Ayrıca ad belirtme

²⁸³ ÖZTRAK, s.47 ; ARSLANLI, s.74 ; EREL, s.99

²⁸⁴ TEKİNALP, s.159

²⁸⁵ TEKİNALP, s. 158

²⁸⁶ EREL, s.141-142

²⁸⁷ ARSLANLI, s.83

hakkı, eserin umuma arzından önce de mevcuttur ve eser sahibi, eseri yayınlanmadan önce de bu hakkın ihlaline müdahale edebilir²⁸⁸.

FSEK 32. ve 40. maddeler hariç olmak kaydıyla, “Korumanın Kanuni Sınırları” başlığı altında inceleyeceğimiz, eserin kullanılmasına dair yasal serbesti tanınan hallerde dahi, eser sahibinin adı üzerindeki hakları devam etmektedir. Zira serbesti, sadece eser sahibinin mali hakları açısından tanınmaktadır²⁸⁹. Görüldüğü üzere adın belirtilmesi hakkı, eser sahibine bir hakkın tanınması yanında, diğer manevi haklarda olduğu gibi, eserin üçüncü kişilerce kullanılması halinde üçüncü kişilerin sorumluluğuna da yol açmaktadır. Eser üzerindeki mali veya manevi hakların, eser sahibi ya da yetkilendirdiği kişilerin rızası haricinde kullanılması caiz olmamakla beraber; bu hakları rıza çerçevesinde veya rıza dışında kullanan kişilerin, eser sahibinin adını gizlemeleri ya da intihal yaratarak eseri kendi adlarıyla yahut başkasının adıyla tanıtımları da, eser sahibinin FSEK 15. md.deki haklarını ihlaldir.

Eser sahibinin eseri üzerinde adının belirtilmesi; bilim ve edebiyat eserlerinde adın çoğaltılmış nüshalarda basılması, müzik eserlerinde dinleyiciye duyurulması veya bunların kaydedilip çoğaltıldığı nüshaların kapağına basılması, sahne eserlerinde program ya da broşür gibi vasıtalarla izleyiciye sunulması, güzel sanat eserlerinde bunların görünür bir yerine imza konulması gibi; her eser türü için o türe has ifade vasıtasıyla olur²⁹⁰. İşleyen, işlemenin aslı ve nüshaları üzerinde asıl eser sahibinin ismini, kararlaştırılan veya adet olan şekilde zikretmek ve meydana gelen eserin bir işleme olduğunu, işlemenin nev’ini de belirtmek suretiyle açıklamak zorundadır²⁹¹. Nitekim 15. maddede, güzel sanat eserlerinden çoğaltma ile elde edilen kopyalarla, bir işlenmenin aslı veya çoğaltılmış nüshaları üzerinde asıl eser sahibinin ad veya alametinin, kararlaştırılan veya adet olan şekilde belirtilmesi ve vücuda getirilen eserin bir kopya veya işlenme olduğunun açıkça gösterilmesi de şart koşulmuştur. Ancak madde hükmü uyarınca, eser niteliğindeki mimari yapılarda, eserin görülen bir yerine eser sahibinin uygun göreceği malzeme ile silinmeyecek

²⁸⁸ TEKİNALP, s.158

²⁸⁹ ÖZTRAK, s.50-52 ; HIRSCH, s.139

²⁹⁰ EREL, s.141 ; ayrıca bkz. HIRSCH, s.138

²⁹¹ HIRCH, s.138 ; ARSLANLI, s.83 ; Anonim türkülerin derleyenleri ve kaynak kişileri hakkında FSEK 15. md. düzenlemesiyle benzer bir düzenleme yapılması gerektiği görüşü için bkz. Uğur ÇOLAK, Türkülerde İşleme Eser Sahipliği ve Sui Generis Koruma Modeli Önerisi, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi Y.8, C.8, S.2008/2, s.95 v.d.

biçimde eser sahibinin adının yazılması, sadece eser sahibinin bu hususta yazılı isteminin bulunması halinde zorunludur.

FSEK 19. md. çerçevesinde eser sahibi, eserin kendi adı ile ya da adsız olarak umuma arz tarzını tesbit etmemiş yahut bu hususu her hangi bir kimseye bırakmamışsa bu salahiyetlerin ölümünden sonra kullanılması, vasiyeti tenfiz memuruna; bu tayin edilmemişse sırasıyla sağ kalan eşi ile çocuklarına ve mansup mirasçılara, ana-babasına, kardeşlerine aittir. Bu kişiler ya da bu kişilerin haklarını kullanmamaları halinde, eser sahibinden veya halefinden mali bir hak iktisap eden kimseler; koruma süresi boyunca herhangi bir kimsenin eserin sahibi olduğunu iddia etmesi halinde, hakiki eser sahibinin tesbitini mahkemeden isteyebilecekleri gibi, sayılan salahiyetli kimselerden hiçbirinin bulunmaması veya bulunup da salahiyetlerini kullanmamaları yahut koruma süresinin dolmuş olması halinde, eser memleketin kültürü bakımından önemli görüldüğü takdirde, Kültür ve Turizm Bakanlığı bu tesbiti mahkemeden isteme hakkına sahiptir.

FSEK, adın belirtilmesi hakkına, 32/1.-2. ve 40. maddeleri ile istisnalar tanımıştır. 32/1.,2. madde çerçevesinde; Büyük Millet Meclisinde ve diğer resmi meclis ve kongrelerde, mahkemelerde, umumi toplantılarda söylenen söz ve nutukların, haber ve malumat verme maksadıyla çoğaltılması, umumi mahallerde okunması veya radyo vasıtasıyla ve başka suretle yayımı serbesttir. Hadisenin mahiyeti ve vaziyetin icabı gerektirmediği hallerde söz ve nutuk sahiplerinin adı zikredilmeyebilir. 40. madde çerçevesinde de; umumi yollar, caddeler ve meydanlara, temelli kalmak üzere konulan güzel sanat eserlerini ve mimarlık eserlerinde yalnız dış şekli; resim, grafik, fotoğraf ve saire ile çoğaltma, yayma, umumi mahallerde projeksiyonla gösterme, radyo ve benzeri vasıtalarla yayımlama; umumi mahallerde teşhir edilen veya açık artırmaya konulan bir eseri sergi veya artırmayı tertip eden kimseler tarafından bu maksatlarla çıkarılacak katalog, kılavuz veya bunlara benzer matbualar vasıtasıyla çoğaltma ve yayma hallerinde, aksine yerleşmiş adet yoksa, eser sahibinin adının zikrinden vazgeçilebilir.

iii- ESERDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINI MEN ETME HAKKI

FSEK 16. md., “eser sahibinin izni olmadıkça eserde veyahut eser sahibinin adında kısaltmalar, ekleme ve başka değiştirmeler yapılamaz” hükmüyle, hem eser üzerinde hem de eser sahibinin gerçek ya da eseri umuma arz ederken kullandığı müstear adı üzerinde değişiklik yapma hakkının münhasıran eser sahibine tanımıştır. Bu çerçevede eser sahibi dışındaki üçüncü kişilerin, eser sahibinin adında ya da eser üzerinde herhangi bir değişiklik yapma hakkı bulunmamaktadır. Eserin cisimleştiği maddenin sahibi dahi eseri bozamaz ve imha edemez (md.17/2).

Diğer yandan kanunun veya eser sahibinin müsaadesiyle bir eseri işleyen, umuma arz eden, çoğaltan, yayımlayan, temsil eden veya başka bir suretle yayan kimse; işleme, çoğaltma, temsil veya yayım tekniği icabı zaruri görölen değiştirmeleri eser sahibinin hususi bir izni olmaksızın da yapabilir (md.16/2). Ancak cevaz verilen bu hal, temsil ya da çoğaltma işlemi bahanesiyle her türlü değişikliği değil, söz konusu işlemin usulü ve tekniği çerçevesinde mutata kabul edilebilecek zorunlu değişiklikleri kapsar²⁹². Bu gibi değişikliklerde değişikliği yapabileceği belirtilen kişilerin takdir yetkisi mutlak değildir ve eser sahibi bu gibi mali hakları devrederken, söz konusu yetkileri de sınırlandırabilir²⁹³. Bunun yanında, eser sahibi, bu tür bir değişikliğe kayıtsız şartsız izin vermiş olsa dahi, şeref ve itibarını zedeleyen ya da eserin mahiyetini ve hususiyetini bozan değişiklikleri men hakkını elinde tutmaktadır. Eser sahibinin bu nevi değişiklikleri men etme yetkisinden vazgeçmesi hükümsüzdür (md.16/3).

Eserde üçüncü kişiler tarafından yapılan değişikliğin olumlu ya da olumsuz olması önem taşımamakta, asıl eserdeki bir hatanın ya da çirkin bir unsurun düzeltilmesi yetkisi de, değişiklik yapma hakkı çerçevesinde sadece eser sahibine ait bulunmaktadır. Nitekim eserde her türlü değişikliği takdir yetkisi, sadece eser sahibine aittir. Mülkiyet hakkı eser üzerindeki hakkın önüne geçemeyeceği için, eserin maliki de eser üzerinde olumlu ya da olumsuz bir değişiklik yapamaz²⁹⁴.

Zaruri görölen değişiklikler dışındaki değişikliklere izin verme hakkı sadece eser sahibine ait olup, bu hakkın mirasla ya da devirle intikali mümkün değildir. Ancak,

²⁹² HIRSCH, s.143

²⁹³ ARSLANLI, s.85

²⁹⁴ TEKİNALP, s.161

eser sahibinin bu tür bir değişiklik karşısında uzun süre sessiz kalarak değişikliğe zımnen izin verdiğinin kabul edilebileceği hallerde, daha sonra aynı hususu dava konusu yapmasının hakkın kötüye kullanılması olacağı kabul edilmektedir²⁹⁵. Nitekim Arslanlı da, eserde, eserin veya sahibinin adında ekleme, kısaltma veya başka değişiklikler yapılmasına eser sahibinin sarahaten izin verebileceği gibi zımnen izin verebileceğini de ifade etmektedir²⁹⁶.

Mimari eserlerin sahiplerinin, eser üzerinde değişiklik yapılması hususundaki inhisari hakları, diğer eserlerdekine nispeten daha sınırlıdır. Zira estetik niteliği haiz mimari eserler, sanat eseri olmanın yanı sıra fonksiyonel nitelikleri bulunan yapılardır ve eser sahibinin FSEK'ndan doğan hakları yanında bina malikinin özel hukuktan doğan hakları ile kamu hukukundan doğan imar nizamına dair tahditler de mevcuttur ve bu sebeple; mimarın, yapının yeni ihtiyaçlara göre tadil edilmesi ya da yıkılarak ortadan kaldırılması zorunluluğu bulunan hallerde, bu hususlarda değişiklik yapılabileceğine dair, daha proje aşamasında yapı malikine yetki vermiş sayıldığı kabul edilmektedir²⁹⁷.

FSEK 19. md. uyarınca, eser sahibi kayıtsız şartsız izin verse dahi, eser sahibinin şeref ve itibarına zarar veren veya eserdeki hususiyeti bozan değişiklikleri men etme yetkisinin, eser sahibinin ölümünden sonra koruma süresince, vasiyeti tenfiz memuru; bu tayin edilmemişse sırasıyla sağ kalan eşi ile çocukları ve mansup mirasçıları, ana - babası, kardeşleri tarafından kullanılabilceğini hükme bağlamıştır. Bu kişiler ya da bu kişilerin haklarını kullanmamaları halinde, eser sahibinden veya halefinden mali bir hak iktisap eden kimseler bu yetkiyi kullanabilirler. Sayılan salahiyyetli kimselerden hiçbirinin bulunmaması veya bulunup da salahiyyetlerini kullanmamaları yahut koruma süresinin dolmuş olması halinde, eser memleketin kültürü bakımından önemli görüldüğü takdirde, Kültür ve Turizm Bakanlığı da bu yetkiye sahiptir (md.19). Ancak bu hüküm, 16. md.'nin 3. fıkrasına atıfta bulunmakla, eser sahibinin şeref ve itibarını düşürecek ya da eserin mahiyetini bozacak değişikliklerdeki men yetkisine atıfta bulunmaktadır. Dolayısıyla, diğer izinsiz değişiklikler karşısında, 19. md.de sayılan kimselerin müdahale hakkı

²⁹⁵ EREL, s.146 ; eserdeki değişikliklere uzun süre sessiz kalmanın zımni izin olduğu ve sonradan açılan davanın hakkın kötüye kullanılması sayılacağı hususunda ayrıca bkz.TEKİNALP, s.162

²⁹⁶ ARSLANLI, s.84 ; ÖZTRAK, s.51

²⁹⁷ EREL, s.148 v.d.; benzer görüş için bkz. TEKİNALP, s.162

bulunmadığı anlamı çıkmaktadır. Madde metni, tamamen izin dışı bu tür tecavüzlere karşı, eser sahibinin ölümünden sonra da sayılan kimselere müdahale hakkı tanınacak şekilde değiştirilmelidir.

iv- ESER SAHİBİNİN ZİLYET VE MALİKE KARŞI HAKLARI

Fikir ve sanat eserlerinin tezahür ettiği madde veya maddeler, maddi mal niteliğinde olup, bunlar üzerindeki haklarla eser sahipliğinden doğan gayri maddi haklar birbirinden ayırırlar²⁹⁸. Eserin cisimlendiği maddi mal, her türlü hukuki işleme serbestçe konu olabilir ve bu cisim üzerinde başka şahıslar lehine haklar tesis edilmesi, eser sahibinin fikri haklarını kural olarak etkilemez. Örneğin bir ressamın veya heykeltıraşın sattığı resim ya da heykel üzerinde, bütün manevi hakları ile bazı mali hakları mevcudiyetini korur. Nitekim FSEK 57/1. md. hükmüyle belirtildiği gibi, asıl veya çoğaltılmış nüshalar üzerindeki mülkiyet hakkının devri, aksi kararlaştırılmış olmadıkça fikri hakların devrini etkilemez. Eserin cisimlendiği maddi mala, mal üzerinde elde ettiği bir hak sebebiyle zilyed olan şahıs, bu maddi malda cisimlenen eser üzerindeki fikri hakların kullanılması hususunda eser sahibine izin vermek zorundadır²⁹⁹.

FSEK 17. md. hükmü çerçevesinde eser sahibi, gerekli durumlarda, aslın maliki ve zilyedinden, koruma şartlarını yerine getirmek kaydıyla; yağlı ve suluboya tablolar, her türlü resimler, desenler, pasteller, gravürler, güzel yazılar ve tezhipler, kazıma, oyma, kakma veya benzeri usullerle maden, taş, ağaç veya diğer maddelerle çizilen veya tespit edilen eserler, kaligrafler, serigrafiler, heykeller, kabartmalar ve oymalar, gibi asılları tek olan eserlerin asılları ile dil ve yazı ile ifade edilen eserler ve musiki eserlerinin sahiplerinin el yazısıyla yazılmış asıllarından, geçici bir süre için yararlanmayı talep etme hakkına sahiptir.

Doktrinde “eserin aslına ulaşma hakkı” olarak adlandırılan bu hakla eser sahibi, geçici bir süre için eserine kavuşmakta ve eserini bir kitaba veya kataloga koymak ya da özel bir amaçla sergilemek imkanını elde etmektedir. Ancak eser sahibi, malik olan kimseyi, eserin kendisine satılmasına zorlayamaz³⁰⁰.

²⁹⁸ ÖZTRAK, s.35 v.d.

²⁹⁹ EREL, s.153

³⁰⁰ TEKİNALP, s.162-163

Maddenin 3. fıkrasında ayrıca, eserin tek ve özgün olması durumunda eser sahibinin, kendisine ait tüm dönemleri kapsayan çalışma ve sergilerde kullanmak amacıyla, koruma şartlarını yerine getirerek iade etmek üzere, eseri isteyebileceği hükme bağlanmıştır. Tekinalp, 3. fıkrada ayrıca düzenlenen bu hakkın, maddenin 1. fıkrasında sayılan eser türleri ile sınırlı olmadığı, yani tek ve özgün olmak kaydı ile her türdeki eser için geçerli olduğu; ayrıca 1. fıkrada tanınan yararlanma hakkının ticari amaçla da kullanılabilmesi halinde, 3. fıkradaki kullanma hakkının ticari amaçla kullanılamayacağı görüşündedir³⁰¹.

Eserden faydalandırma yükümlülüğü, mülkiyet, ayni veya şahsi hak sahipliği veya yeddi eminlik gibi herhangi bir surette eseri zilyedliğinde bulunduran kişidedir ve zilyedin bu borcu, zilyedliğe yani eşyaya bağlı borç hükmündedir³⁰².

FSEK 17. madde, eser sahibine eserden yararlanma ve gerektiğinde eserin kendisine tevdiini isteyebilme hakkını tanımak yanında, eser aslının malikine, eser sahibi ile yapmış olduğu sözleşme şartlarına göre eser üzerinde tasarruf ederken eseri bozmama, yok etmeme ve eser sahibinin haklarına zarar vermeme mükellefiyeti de yüklemektedir. Ancak “eser sahibinin eserde değişiklik yapılmasını men etme hakkı” bahsinde değinildiği üzere, mimari eserlerin tadilinde veya yıkımında imha ve tahrip etmeme mükellefiyetine istisna tanınabileceği kabul edilmektedir.

2- ESER SAHİBİNİN MALİ HAKLARI

Eser sahibinin, manevi hakları yanında eserini iktisaden değerlendirmesi, eserden bizzat yararlanması ya da edim mukabili üçüncü kişilere eserini kullandırması da mümkündür. Bu yetkinin kapsadığı haklar, eser üzerindeki mali haklardır³⁰³. Eser üzerindeki manevi haklar gibi mali hakların da münhasıran eser sahibine ait olmaları sebebiyle, eserin iktisaden değerlendirilmesine, herhangi bir tasarrufa konu edilebilmelerine karar verme ve bu hakları kullanma imkanı da

³⁰¹ TEKİNALP, s.163-164

³⁰² EREL, s.155 ; “Eşyaya bağlı borçlar, bir kimseyi bir mala malik olduğu için yükümlülük altına sokan borçlardır. Bu borçlar, bir sözleşmenin ancak taraflarını borç altına sokacağı prensibine istisna teşkil etmekte ve bir kimse borçlanma yolunda bir irade beyanında bulunmadığı halde sırf bir malın maliki olduğu için bir borçla yükümlü olmaktadır.” (OĞUZMAN-SELİÇİ-OKTAY ÖZDEMİR, s.17) ; ayrıca eşyaya bağlı borçlar hususunda bkz. M.Kemal OĞUZMAN, Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y.1966, C.31, S.1-4, s.209 v.d.

³⁰³ ÖZTRAK, s.36

doğrudan eser sahibine ya da onun rızası çerçevesinde yetkilenmiş kişilere aittir. Bu noktada hak sahiplerinin, kendilerine tanınan mali yetkilerin üçüncü kişilerce kullanılmasını engelleme yetkisi de ortaya çıkar.

Eser sahibinin mali hakları olarak tanımlanan, eserin iktisaden değerlendirilmesine imkan sağlayan haklar, FSEK'nun 21. ila 25. maddelerinde sayılmıştır. “Henüz alenileşmemiş bir eserden her ne şekil ve tarzda olursa olsun faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Alenileşmiş bir eserden eser sahibine münhasıran tanınan faydalanma hakkı, FSEK’nda mali hak olarak gösterilenlerden ibarettir”(FSEK md. 20). Bu çerçevede, eser sahibinin eserinden faydalanma imkanları, kanunda belirtilenlerle sınırlıdır. FSEK’da tanınmayan bir mali hak tesis edilemez ve FSEK çerçevesinde korunmaz. Kanunun mali hakları sınırlı sayı prensibine bağlaması, doktrinde; gelişen tekniğin, eserden farklı faydalanma imkanlarını ortaya çıkarması ihtimali bulunması ve böyle durumlarda eser sahibinin, haklarını korumakta acze düşeceği³⁰⁴, gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmektedir.

Fikir ve sanat eserlerinden iktisaden yararlanmayı sağlayan imkanlar, yani eser üzerindeki mali haklar, işleme hakkı (md.21), çoğaltma hakkı (md.22), yayma hakkı (md.23), temsil hakkı (md.24), umuma iletim hakkıdır (md.25). FSEK’nun 45. maddesinde düzenlenen pay ve takip hakkı da, mali haklar arasında mütalaa edilmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere mali haklar, aynı zamanda üçüncü kişilerin bu hakları kullanmalarını engelleme yetkisini de beraberinde getirir. Üçüncü kişiler, eser sahibinin izni olmadan, bir eseri işleyemez, çoğaltamaz, yayımlayamaz, temsil edemez ve umuma iletmez. Bununla beraber, pay ve takip hakkı, eser sahibine bir men yetkisi tanımamakta, üçüncü kişinin mülkiyetinde bulunan bir eserin her el değiştirmesinde eser sahibine bir alacak hakkı tanımaktadır.

Eserden iktisaden faydalanılması halinde, eser sahibi ile üçüncü kişiler arasında; mali hakların kısmen veya tamamen devri, kiralanması, kamuya ödünç verilmesi, lisans tanınması gibi ilişkiler doğar ve eser sahipliği konumu eser sahibinde kalmak kaydı ile mali haklar hacze, rehne, hapis hakkına konu olabilir³⁰⁵. FSEK’nun 20. maddesi, mali hakların birbirine bağlı olmadığını, bunlardan birinin tasarrufu ve

³⁰⁴ AYİTER, s.125 ; EREL, s.157-158 ; TEKİNALP, s.169-170

³⁰⁵ TEKİNALP, s.169-170

kullanılmasının, üçüncü kişiye devredilmesinin, diğerine tesir etmeyeceğini de hükme bağlamıştır. Örneğin çoğaltma, yayma, temsil hakları, bağımsız haklardır ve bunların biri üzerindeki herhangi bir tasarruf, diğerine sirayet etmeyecektir. Diğer bir deyişle, çoğaltma hakkının devredilmiş olması, işleme, yayma, temsil veya umuma iletim haklarının da devredildiği anlamına gelmez³⁰⁶, ya da yayma hakkının devri, işleme veya temsil hakkının da devredildiğini göstermez³⁰⁷. Ancak, yayma hakkını devralan kimsenin bunu kullanmak için eseri çoğaltmak zorunda olması gibi, devredilen bazı mali hakların kullanılabilmesi için, kullanılması zaruri bulunan diğer bir mali hakkın da müsaade kapsamında olduğu kabul edilmektedir³⁰⁸.

Mali hakları devralan kişi, bu hakları ancak devraldığı nispet, sayı, mahiyet ve süre ile sınırlı olmak kaydıyla kullanabilir. Örneğin eseri, eser sahibinin verdiği izinden daha fazla sayıda çoğaltan, ya da kendisine tanınan süreden sonra da yayan veya eserin bir kısmı üzerinde hak tanınmış olduğu halde bütününden istifade eden kimsenin fiili, hukuka aykırıdır.

Eser üzerindeki mali haklar, miras yoluyla intikal etmeleri ve ivazlı ya da ivazsız olarak üçüncü kişilere devredilebilmeleri açısından maddi mallar üzerindeki mülkiyet hakkıyla benzer yönler taşımakla beraber; süreli olmaları ve eser sahibinin bu hakları devretmesinden sonra dahi eser üzerinde bazı hakları ve tasarruf yetkilerini haiz olmasıyla, klasik mülkiyet kavramından ayrılırlar³⁰⁹. Eser üzerindeki mali hakların devri, maddi mal üzerindeki hakların devrinden ciddi farklılıklar arz eder. Nitekim bu devir, devralana eser üzerinde mülkiyet hakkı tanımaz, sadece eserin iktisaden değerlendirilmesini sağlayan bir takım yetkiler bahşeder.

i- İŞLEME HAKKI

Eser üzerindeki bütün haklar gibi, FSEK 6. madde kapsamında eseri “işleme hakkı” da münhasıran eser sahibine aittir. Bu çerçevede, bir eseri sadece o

³⁰⁶ ARSLANLI, s.93

³⁰⁷ ÖZTRAK, s.55

³⁰⁸ EREL, s.158 ; İşleme hususunun serbest olduğu haller dışında işleme eser sahibi, kendisine bu sıfatla tanınan mali hakları, asıl eser sahibinin müsaade ettiği nispette kullanabilir. İşleme sahibinin işleme üzerindeki mali hakları kullanabilmesi, asıl eser sahibinin muvafakatine bağlı olmakla beraber doktrinde, işleme hakkının devrinin, aynı zamanda işlemenin yayımlanması hakkını da içerdiği, aksi takdirde işleme hakkının devrinin bir anlam taşımayacağı kabul edilmektedir. (TEKİNALP, s.172. Aynı görüş için bkz. EREL, s.158)

³⁰⁹ ÖZTRAK, s.36-37

eserin sahibi işleyebilecek ya da üçüncü bir kişinin eseri işlemesi, ancak eser sahibinin muvafakati ile mümkün olacaktır.

Üçüncü kişinin eseri işlemesi, işleme hakkının usulünce eser sahibinden devralınması ile mümkündür ve bu devir bedelli veya bedelsiz gerçekleşebilir. İşleme hakkının üçüncü kişilere devri, FSEK 52.md. uyarınca yazılı şekilde yapılmadıkça muteber değildir. Doktrin, işleme hakkının devrini içeren sözleşmelerde, devrin hangi işleme eylemini kapsadığının belirtilmesi gerektiğini, aksi takdirde her türlü işlemenin devredilmiş olacağı yönündeki anlaşmaların, geçerli bir hak devri arz etmeyeceğini kabul etmektedir³¹⁰. Ayrıca, işleme hakkını devralan kimse, kendisine hangi tür işleme yetkisi tanınmışsa, eseri ancak bu türde işleyebilir. Kararlaştırılan işleme türü dışında başka bir işleme gerçekleştirilemez.

Doktrinde, eser sahibinin işlemeye dair muvafakatının, işleme eserin iktisaden değerlendirilmesini, mesela çevirinin yayımlanmasına dair muvafakati de barındırdığı kabul edilmektedir. Nitekim aksi takdirde işleme hakkının devrinin tek başına hiçbir anlamı olmayacaktır. Açıkça belirtilmese dahi, işleme hakkının devriyle birlikte devralınmış olduğu kabul edilen haklar, işlemeden ekonomik olarak fayda sağlanması için zaruri olan, işleme hakkının devrinde amaca en yakın olan mali haklardır³¹¹. Karşıt görüş ise, orijinal eser sahibi tarafından işleme hususunda verilen izin, işleme üzerindeki mali hakları işleyene sağlamayacağı; örneğin işleyenin, yaptığı tercümeyle eser sahibinden izinsiz yayımlayamayacağı yönündedir³¹².

İşleme hakkını devralarak işleme bir eser meydana getiren kişi, işleme eserin tekrar işlenmesi hususunda asıl eser sahibinden izin almak zorundadır. Asıl eser sahibinin muvafakati olmadan, işleme eseri tekrar işleyemeyeceği gibi, bu hususta üçüncü bir şahsa da hak tanıyamaz³¹³. Nitekim FSEK 20/4. md. ile işlenme sahibi, işleme üzerindeki mali haklarını eser sahibinin müsaadesi çerçevesinde kullanabileceği hükme bağlanmıştır ve FSEK 49. madde uyarınca, işleme hakkını devren iktisap eden kimse, ancak (asıl) eser sahibi veya mirasçılarının yazılı muvafakatiyle bu hakkı veya kullanma ruhsatını başka birine devredebilir. Bununla beraber, işleme eserin tekrar işlenmesi asıl eser sahibinin muvafakatine bağlı olsa da;

³¹⁰ TEKİNALP, s.172 ; EREL, s.159

³¹¹ ÖZTRAK, s.56 ; EREL, s.160 ; ARSLANLI, s.95-96 ; TEKİNALP, s.172

³¹² ÖZTAN, İşlenme Eserler, s.231

³¹³ ARSLANLI, s.96 ; EREL, s. 160

işleme eser sahibinin rızası olmaksızın, asıl eser sahibi de dahil üçüncü bir kişinin işlemeyi tekrar işleyemeyeceği kabul edilmelidir.

Her işleme, asıl eserde yapılan değişikliklerle vücuda getirildiğinden, eserin işlenmesi aynı zamanda FSEK 16. md. de tanınan eser üzerinde değişiklik yapılmasına dair manevi hakkın kullanılmasını da beraberinde getirmektedir. Bu çerçevede işleme hakkı geçerli bir sözleşme ile üçüncü kişiye devredilmişse dahi, FSEK md. 16 uyarınca, eser sahibinin itibarını zedeleyen ve eserin özelliklerini bozan her türlü değişikliği men etme hakkı mevcudiyetini korumaktadır³¹⁴.

İşleme hakkının üçüncü kişilerce kullanılmasına dair kısıtlamaların, yapılan işleme iktisadi olarak değerlendirilecekse bağlayıcı olduğu ileri sürülmüştür. Umuma arz edilmeden sadece işleyen kişisel çevresinde kalacak işlemler için asıl eser sahibinin iznine gerek olmadığı, bir eserin ekonomik faydalanma amacı taşınmadan şahsen kullanmak için işlenmesinin serbest olduğu kabul edilmektedir³¹⁵. Ancak, sadece işleyen kişisel alanı içinde kalacak işlemler için eser sahibinin iznine gerek bulunmadığı kabul edilebilirse de, kanaatimizce işlemenin eser sahibinin haklarını ihlal etmesi için umuma arz edilmesi yeterlidir. İşlemenin umuma arzında, ekonomik faydalanma amacı taşıyıp taşıyamamasının önemi yoktur.

FSEK, alenileşmiş bir eseri işleme hakkının, belirli durumlarda ve belirli işleme türleri ile sınırlı olmak üzere, üçüncü kişilerce kullanılabilmesini kabul etmiştir. Örneğin, FSEK 31. md. çerçevesinde resmen yayımlanan veya ilan olunan kanun, tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge ve kazai kararların çoğaltılması, yayılması, işlenmesi veya her hangi bir suretle bunlardan faydalanılması mümkündür. Ya da, 34. md. çerçevesinde hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar vermemek veya eserden normal yararlanma ile çelişmemek kaydıyla; yayımlanmış musiki, ilim ve edebiyat eserlerinden ve alenileşmiş güzel sanat eserlerinden, maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde iktibaslar yapılmak suretiyle, hal ve vaziyetinden eğitim ve öğretim gayesine tahsis edildiği anlaşılan seçme ve toplama eserler vücuda getirmek serbesttir.

³¹⁴ TEKİNALP, s.172-173

³¹⁵ EREL, s.159 ; TEKİNALP, s.172 ; Mustafa ATEŞ, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2003, s.164

ii- ÇOĞALTMA HAKKI

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. Eserin nüshalar halinde kopyalanması yanında, eserin işaret, ses ve görüntü nakil ve tekrarına yarayan, bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca kayıt edilmesi veya her türlü ses ve müzik kayıtları gibi, esere tekrar ulaşmayı mümkün kılacak şekilde tesbit edilmesi de çoğaltma hakkı kapsamındadır. (FSEK md.22)

Eserin tek bir nüsha olarak kopyalanması dahi, eserin çoğaltılmasıdır³¹⁶. Eseri tesbit eden bir vasıta ile, eserden istifadeyi mümkün kılacak ve eserin mevcut şekliyle tekrarlanmasını sağlayacak şekilde kaydetmek; eseri el yazısıyla kopyalamak ya da basmak; bir toplantıdaki nutuk ya da bir konserdeki besteyi yazı, bant veya sair biçimde tesbit etmek³¹⁷; eseri ana veya yan bilgisayara geçirmek; bir eserdeki figürün animasyon yoluyla TV kanalına aktarılması dahil eseri depolamak ve göndermek; bir fotoğraf eserini kitap kapağına, bir haritayı davetiyeye, bir motifi broşüre, bir şiiri ilanlara, bir şarkı güftesini reklamlara koymak; bir sanat eserinin fotoğrafını çekip tebrik kartı olarak yollamak; bir tabloyu takvime basmak³¹⁸, müzik eserini Mp3 formatına getirmek³¹⁹; çoğaltma kapsamındadır. Kısacası çoğaltma, bir eserin aslına ihtiyaç duymadan, eserden aynı derecede yararlanmayı sağlayan, herhangi bir sabit vasıtada tecessüm etmiş bir nüsha elde edilmesidir³²⁰. Avrupa Yazılım Yönergesi'nin³²¹ 4.a maddesi uyarınca, bilgisayar programlarında programın ikinci bir kopyasının çıkarılması yanında, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması işlemleri de çoğaltma kapsamında sayılmış³²² FSEK 22/3. md. ile yönergeye uyum sağlanmıştır.

³¹⁶ ARSLANLI, s.97 ; AYİTER, s.128 ; ÖZTRAK, s.57 ; EREL, s. 163

³¹⁷ EREL, s.162-164

³¹⁸ TEKİNALP, s.173

³¹⁹ Abuzer KENDİGELEN- Savaş BOZBEL, Telif Hakları Açısından İnternette Veri Paylaşımı (Peer-to-Peer, File Sharing) İnternet ve Hukuk , Der.Yeşim Atamer, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul-2004, s. 511 v.d.

³²⁰ BELGESAY, s.62 ; ARSLANLI, s.97 ; ÖZTRAK, s.56-57

³²¹ 1991 Avrupa Yazılım Yönergesi için bkz. ÇEÇEN, s.572 v.d.

³²² Bkz. Arslan KAYA, Bilgisayar Programlarının Şahsen Kullanmaya Mahsus Olarak Çoğaltılması Mümkün müdür?, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, Beta Yayınları, İstanbul-2000, s.439 ; Yargıtay 11. HD, 15.01.2001 tarihli ve 1804/4344 sayılı, yayınlanmamış kararında, bilgisayar

Bir eserin web sayfasına yerleştirilmesinin umuma iletim hakkı yanında çoğaltma hakkını da kapsadığı kabul edilmekte³²³ ayrıca internette yer alan eserin internet kullanıcısı tarafından kopyalanarak bilgisayara ya da CD gibi materyallere kaydedilmesi³²⁴, veya başka bir web sitesine yüklenmesi de³²⁵ çoğaltma sayılmaktadır.

Doktrinde, güzel sanat eserlerinin aslının model alınarak, aynı yöntemle yeni bir eser meydana getirilmesinin çoğaltma olmadığı, zira çoğaltmanın, eserin taklit edilmesiyle değil, kopyalanması suretiyle gerçekleşebileceği görüşünde olan müellifler bulunmaktadır. Bu görüşe göre, eser sahibinin izni olmadan eserin taklidi ile yeni bir eser meydana getirilmesi, örneğin bir tablonun aynı yöntemle başkası tarafından yapılması halinde orijinal bir güzel sanat eseri³²⁶ ya da bir işleme eserden³²⁷ bahsedilecektir. Bir güzel sanat eserinden fotoğraf ya da resim alınmasının, eser üzerindeki hangi hakkın kullanılması olduğu hususu ise tartışmalıdır. Bazı müellifler, bu tür kopyaların çoğaltma değil, işleme eser meydana getirme olduğunu kabul ederken³²⁸, bizim de katıldığımız karşıt görüş bunun çoğaltma kapsamında olduğu³²⁹ doğrultusundadır.

Eser üzerindeki diğer haklar gibi çoğaltma hakkı da bizzat eser sahibi tarafından ya da eser sahibinin bu hakkı kullanma yetkisi tanıdığı kişiler tarafından kullanılabilir. Çoğaltma hakkının devri, her mali hakkın devri gibi, FSEK 52. md. çerçevesinde yazılı şekil şartına bağlıdır.

İşleme hakkı bahsinde de değindiğimiz gibi, işleme hakkının devredildiği durumlarda çoğaltma hakkının da devredildiği kabul edilmektedir. Aynı şekilde, eseri yayma hakkı devredilmiş ve bu hakkın kullanılması için eserin çoğaltılması zaruri ise, açıkça belirtilmemiş olsa dahi çoğaltma hakkının da devredilmiş sayılacağı kabul

veri tabanının lisanssız olarak kullanılması eyleminin FSEK md.22/3 uyarınca, programın başka bilgisayara yüklenmesi depolanması olduğunu ve bunun çoğaltma hakkının ihlalini oluşturduğunu kabul etmiştir (Bkz. TEKİNALP, s.173-174)

³²³ MEMİŞ, s.128-129 ; doktrinde, eserin üçüncü kişi tarafından izinsiz internete yüklenmesinin “yayma” hakkının ihlali olduğuna dair bkz. Şebnem AKİPEK- Esra DARDAĞAN, Sanal Ortamda Telif Hakları, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.21, S.1, Haziran, 2001- Ankara, s.59

³²⁴ MEMİŞ, s.129

³²⁵ AKİPEK-DARDAĞAN, s.57

³²⁶ BELGESAY, s.26 ; ÖZTRAK, s.24-25

³²⁷ EREL, s.164

³²⁸ AYİTER, s.131 ; EREL, s.166

³²⁹ ÖZTRAK, s.56 ; TEKİNALP, s.173 ; ARSLANLI, s.98

edilmektedir³³⁰. Bununla beraber, çoğaltma hakkının kullanılması için eserin kamuya sunulması, yayımlanması veya temsil edilmesi gerekmediğinden, sadece çoğaltma hakkının devredilmiş olması, diğer hakların da devredildiğini göstermez³³¹.

FSEK 22/2. md. “..mimarlık eserlerine ait plan, proje ve krokilerin uygulanması da çoğaltma sayılır. Aynı kural, kabartma ve delikli kalıplar hakkında da geçerlidir.” hükmünü içermektedir. Bu çerçevede, bir plan veya projenin mevcut hali ile kopyalanması, çoğaltılması olacağı gibi, projenin yapı olarak inşa edilmesi de, eserin çoğaltılmasıdır. Mimari plan ve projeler üzerindeki çoğaltma hakkının devredilmesi halinde, devralanın sadece plan ve projeyi çoğaltma hakkına mı, yoksa devir sözleşmesinde açıkça belirtilmese de projeyi uygulayarak yapı oluşturma hakkına da mı sahip olacağı açık değildir. Kanaatimizce, eğitim, örnekleme ya da bilgi içeriği oluşturma amaçları ile plan ve projelerin, proje olarak çoğaltılması mümkün olduğundan, bu tür eserlerin çoğaltma hakkının devrinde, çoğaltmanın ne surette gerçekleştirileceğinin açıkça kararlaştırılması, inşa etme izni açıkça belirtilmedikçe çoğaltma hakkını devralanın eseri inşa etmeye hak kazanmadığı kabul edilmelidir. Ancak elbette hal ve vaziyetten aksi anlaşılıyorsa, devrin, eserin inşasına yönelik olduğu sonucuna da ulaşılabilir.

FSEK 57/2. md., bir güzel sanat eseri üzerinde çoğaltma hakkını haiz olan bir kimseden kalıp ve sair çoğaltma aletlerinin zilyedliğini iktisap eden kimsenin, aksi kararlaştırılmamışsa, çoğaltma hakkını da iktisap etmiş sayılacağını hükme bağlamıştır. Asıl eser sahibinin, eserin çoğaltma vasıtalarıyla birlikte eser üzerindeki çoğaltma hakkını devrettiği kimse, devraldığı hakkı üçüncü kişilere devir yetkisine sahip değilse, maddedeki düzenlemeyle, eser sahibinin rızası hilafına eserin çoğaltılmasına cevaz verilebilecektir. Zira madde metninde asıl eser sahibinden değil, “çoğaltma hakkını haiz olan bir kimseden” çoğaltma aletlerini devralmak yeterli görülmüştür. Bu sebeple maddede değişiklik yapılarak, çoğaltma hakkının devri hususunda eser sahibinin rızasının gözetilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Çoğaltma ve tabii olarak üçüncü kişilerin eseri çoğaltmasını önleme hakkı eser sahibine ait olmakla beraber, FSEK 38/1. md. hükmü çerçevesinde, bütün fikir

³³⁰ EREL, s.162

³³¹ EREL, s.162 ; sözleşmede açıkça aksi belirtilmedikçe ya da vaziyetin aksini işaret etmediği durumlarda sırf çoğaltma hakkının devrinin yayma hakkını da barındırdığına ilişkin karşı görüş için bkz.: TEKİNALP, s.175

ve sanat eserlerinin, kâr amacı güdülmeksizin şahsen kullanmaya mahsus çoğaltılması mümkündür. Ancak, bu çoğaltma hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar veremez ya da eserden normal yararlanmaya aykırı olamaz. Doktrinde FSEK 38. maddedeki serbestinin, veri tabanları için geçerli olmadığı, yasal yolla edinilmiş veri tabanlarının şahsen kullanma amacıyla dahi çoğaltılmasının hukuka aykırı olduğu kabul edilmektedir. Zira veri tabanları zaten, şahsi kullanım için meydana getirilmektedir³³². Bunun gibi, FSEK'nun 38/3. maddesi ile bilgisayar programının çoğaltılması serbestisini sadece programı yasal yollardan edinen kimseye tanıyan istisnaların sınırlı olarak belirtildiği, dolayısıyla bilgisayar programlarının da şahsi kullanım serbestinin istisnası olduğu ve şahsi kullanım amacıyla üçüncü kişilerce çoğaltılamayacağı kabul edilmektedir³³³. Aynı yöndeki diğer bir görüş; FSEK md. 38'in lafzı itibariyle bilgisayar programlarını bu serbestinin dışında tuttuğu kabul edilemeyecekse de, çoğaltma kapsamındaki tüm fiilleri eser sahibinin iznine tabi tutan Avrupa Yazılım Yönergesi'ne³³⁴ dayanan ülkesel düzenlemelerde, yönerge kaideleri dışına çıkılarak FSEK 38/1. madde hükmünün bilgisayar programları konusunda uygulanamayacağı yönündedir³³⁵. Kanaatimizce, mimari eser plan, proje ve krokilerinin uygulanması hususunda da şahsi kullanım amacıyla kullanma serbestisi tanınmamalıdır.

FSEK'nda, eser sahibinin çoğaltma ve izinsiz çoğaltmayı engelleme hakkı konusunda başka istisnalara da yer verilmiştir. Kanununun 31. md. uyarınca resmen yayımlanan veya ilan olunan kanun, tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge ve kazai kararların çoğaltılması, yayılması, işlenmesi veya herhangi bir suretle bunlardan faydalanılması; 32/1. md. uyarınca Büyük Millet Meclisinde ve diğer resmi meclis ve kongrelerde, mahkemelerde, umumi toplantılarda söylenen söz ve nutukların, haber ve malumat verme maksadıyla çoğaltılması, umumi mahallerde okunması veya radyo vasıtasıyla ve başka suretle yayımı; 37. md. uyarınca hak sahibinin hukuki menfaatlerine zarar verecek şekilde veya eserden normal yararlanmaya aykırı biçimde

³³² EREL, s.84-85 ; TEKİNALP, s.132 ; Yargıtay 11. HD, 15.01.2001 tarihli ve 1804/4344 sayılı, yayınlanmamış kararında, bilgisayar veri tabanının lisanssız olarak kullanılması eyleminin FSEK md. 22/3 uyarınca, programın başka bilgisayara yüklenmesi depolanması olduğunu ve bunun çoğaltma hakkının ihlalini oluşturduğunu kabul etmiştir (TEKİNALP, s.173-174).

³³³ EROĞLU, Bilgisayar Programları, s.83 v.d. ; DALYAN, s.163 v.d.

³³⁴ 1991 Avrupa Yazılım Yönergesi için bkz. ÇEÇEN, s.572 v.d.

³³⁵ KAYA, Bilgisayar Programları, s.452-454

kullanılmamak şartıyla, haber mahiyetinde olmak ve bilgilendirme kapsamını aşmamak kaydıyla, günlük hadiselere bağlı olarak fikir ve sanat eserlerinden bazı parçaların işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan vasıtalara alınması, bu parçaların çoğaltılması, yayılması, temsil edilmesi veya radyo ve televizyon gibi araçlarla yayınlanması, serbesttir. Genel olarak eser sahibinin mali haklarının üçüncü kişilerce kullanılmasını engelleme hakkına sınırlama getiren bu maddeler yanında, kanununun 30/1. md. “Fotoğraflar, umumi emniyet mülahazasıyla veya adli maksatlar için sahibinin rızası alınmaksızın, resmi makamlar veya bunların emriyle başkaları tarafından her şekilde çoğaltılabilir ve yayılabilir” hükmünü taşımaktadır. Ayrıca FSEK 34. ve 35. maddeleri ile, yayımlanmış musiki, ilim ve edebiyat eserleriyle alenileşmiş güzel sanat eserlerinden, belirli şartlarla ve kanunda gösterilen amaçların gerektirdiği ölçüde ve şekilde iktibas yapılmasına cevaz verilmiştir.

iii- YAYMA HAKKI

Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak hakkı münhasıran eser sahibine aittir. (md.23/1). Bir eserin aslından çoğaltma ile elde edilen nüshaları, hak sahibinin rızasıyla satışa çıkarılma veya dağıtılma yahut diğer bir şekilde ticaret mevkiine konulma suretiyle umuma arz edilirse, o eser yayımlanmış sayılır. (md.7/2)

Kanununun 7/2. maddesi eser nüshalarının dağıtılmasıyla kamuya sunulması fiili durumu olan “yayım” kavramını tanımlarken, 23. maddesi “yayım” durumunun gerçekleşmesi için gereken ve kullanılması eser sahibinin iradesine bağlı bir hak olan yayma hakkının mali haklardan biri olduğunu ve kullanım çerçevesini düzenlemektedir³³⁶. Yayma hakkı, eser sahibinin mali haklarından biri; yayım ise yayma hakkının kullanılması ile eser nüshalarının kamuya sunulmasıdır³³⁷. Ancak eserin somutlaştığı cisim kamuya sunulmadan eserin sadece gösterilmesi, okunması ya da çalınmasının yayım değil eserin kamuya sunulması kapsamında kaldığı kabul edilmektedir³³⁸. Eserlerin yayımı, ilim ve edebiyat eserlerini kitap, dergi, fasikül ve sair basılı nüshalar halinde; müzik ve sinema eserlerini bant, CD, DVD ve sair tesbit

³³⁶ AYİTER, s.133 ; EREL, s.170

³³⁷ Arzu GENÇ ARIDEMİR, Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2003, s.94

³³⁸ Mustafa ATEŞ, Fikri Hukukta Eser, Ankara-2007, s.97

vasıtalarıyla çoğaltılmış nüshalar halinde; güzel sanat eserlerini veya bunların kopyalarını umuma arz etmek, satmak, dağıtmak, kiralamak, ödünç vermek suretiyle gerçekleştirilebilir. Eserin yayımı, tesbit edildiği vasıtanın, geçici veya devamlı olarak üçüncü kişilere ulaştırılmasıdır.

Yayımın tanımlandığı 7/2. md.'de, yayımın, eserin çoğaltılmış nüshalarının dağıtımını olduğu ifade edilmektedirken, 23. md.'de eserin aslının da yayıma konu olabileceği düzenlenmiştir. Doktrinde bazı müellifler, sadece eserin çoğaltılmış nüshalarının yayıma konu olacağını, eserin aslının umuma sunulması halinde temsil hakkının; bir vasıta ile yayım söz konusu ise 25. maddede düzenlenen umuma iletim hakkının kullanılmış olacağını ifade ederken³³⁹, karşıt görüş, eserin aslının da yayıma konu olabileceği doğrultusundadır³⁴⁰.

Bir eserin veya çoğaltılmış nüshalarının, satılmak üzere piyasaya sürülmesi yayma hakkı kapsamında olduğu gibi, bedelsiz dağıtılması, ödünç verilmesi, kiralanması da yayma hakkı kapsamındadır. Yayma hakkı, eser sahibinin mali hakları arasında olmakla beraber, eser sahibinin maddi menfaat sağlamadan eserini yayması mümkündür.

Eser sahibi, eseri yaymaya karar verme ve bunun şeklini tayin etme hakkına münhasıran sahip olduğu gibi, bu hakkın üçüncü kişilerce kullanılmasını engelleme hakkına da sahiptir. Münhasıran eser sahibine tanınan yayma hakkı, bizzat eser sahibi tarafından ya da eser sahibinin izni çerçevesinde üçüncü kişilerce kullanılabilir. Yayma hakkının devri de, diğer mali haklarda olduğu gibi FSEK 52. md. çerçevesinde yazılı şekil şartına bağlanmıştır. Ancak işleme ve çoğaltma hakkına dair izahatta da belirttiğimiz gibi, eser üzerindeki bir hakkın devrinde devralınan hakkın kullanılması, zorunlu olarak ya da hakkaniyet çerçevesinde diğer bir mali hakkın kullanılmasını da gerektiriyorsa, bu hakkın da devir kapsamında olduğunu kabul etmek gerekecektir. Bu çerçevede, işleme hakkının devrinde, -aksi kararlaştırılmadıkça- (işlemeyi) yayma hakkının da devredildiği³⁴¹; yayma hakkını

³³⁹ AYİTER, s.134 ; EREL, s. 170-171 ; ARSLANLI s.102 ; bu görüşü benimseyen Erel, güzel sanat eserlerinin istisna teşkil ettiğini, bu eserlerin asıllarının satışı, kiralanması veya ödünç verilmesinin yayma kapsamında olduğunu kabul etmektedirler. Bkz. EREL, s.172

³⁴⁰ TEKİNALP, s.174

³⁴¹ ARSLANLI, s.95-96 ; ÖZTRAK, s.56 ; EREL, s.160 ; TEKİNALP, s.172 ; işleme hususunda izin verilmiş olmasının diğer hakların da devredildiği anlamına gelmeyeceği yönündeki karşı görüş için bkz. ÖZTAN, İşlenme Eserler, s.231

devralan kişi yayılması kararlaştırılan çoğaltılmış nüshaları eser sahibinden almamışsa, yani eserin yayılması için çoğaltılması zarureti de mevcutsa, açıkça belirtilmemiş olsa dahi çoğaltma hakkının da devredilmiş sayılacağı kabul edilmektedir³⁴². Çoğunluk görüş aksini savunmakla beraber³⁴³, Tekinalp, sözleşmede açıkça aksi belirtilmedikçe ya da vaziyetin aksini işaret etmediği durumlarda, çoğaltma hakkının devredilmiş olmasının yayma hakkının da devri anlamına geldiğini ileri sürmektedir³⁴⁴.

Diğer yandan, daha önce yayımlanmamış ya da herhangi bir surette alenileşmemiş bir eser üzerindeki yayma hakkının devri halinde, devralanın, umuma arz manevi hakkını (md.14) kullanmak üzere yetkilendirildiği de kabul edilmelidir.

Eseri kiralama ve kamuya ödünç verme³⁴⁵ yetkisi eser sahibinde kalmak kaydıyla, belirli nüshaların hak sahibinin yayma hakkını kullanması sonucu mülkiyeti devredilerek ülke sınırları içinde ilk satışı veya dağıtımını yapıldıktan sonra, bunların yeniden satışı eser sahibine tanınan yayma hakkını ihlal etmez (FSEK, md.23/2). Uygulamada ve doktrinde “tükenme ilkesi”³⁴⁶ olarak adlandırılan bu durumu düzenleyen madde hükmü uyarınca, eser sahibinin rızası çerçevesinde gerçekleşen yayma işlemi neticesi umuma arz edilen eser nüshaları üzerinde, eser sahibinin yayma hakkı tükenmiştir. Eser sahibi, bu nüshalar üzerindeki yayma hakkını bir defa kullanmakla tüketmiş olduğundan; bu nüshaları eser sahibinin

³⁴²EREL, s.162 ; BK 372.md.’de düzenlenen neşir mukavelesinin, naşire çoğaltma ve yayma borcu yüklemekte iken, FSEK çerçevesinde bu iki hakkın farklı tasarruflara konu olabileceğinde dair bkz.: ARSLANLI, s.100-101 ; AYİTER, s.134

³⁴³ Bkz. ARSLANLI, s.101 v.d. ; EREL, s.162

³⁴⁴ TEKİNALP, s.175

³⁴⁵ Fikir ve sanat eserlerinin kiralınması ve kamuya ödünç verilmesi kavramları için bkz. Cüneyt YÜKSEL, Fikri Mülkiyet Hukukunda Kiralama ve Ödünç Verme Hakları, İÜHFİM, C.55, S.4, Y.1997, s.253 v.d. ; TEKİNALP, s.175 v.d. ; Pervin DEDELER BEZİRCİ, Telif Hakları Kapsamında Kiralama ve Ödünç Verme Hakkı ile İlgili Avrupa Birliği Direktifleri ve Kütüphanelere Yansımaları, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, C.4., S.16, s.835 v.d. ; “AT’nun 19.11.1992 tarih ve 92/100 sayılı ‘Fikri Hakların Kiralanması, Ödünç Verilmesi ve Bazı Bağlantılı Haklar’ direktifinin 12. maddesinin tanımı çerçevesinde eserin kiralınması; bir eserin aslının veya çoğaltılmış nüshalarının doğrudan veya dolaylı olarak ekonomik ve/veya ticari bir yarar elde etmek amacıyla belirli (sınırlı) bir süre için bir kimsenin kullanımına tahsis edilmesi, eserin ödünç verilmesi ise; aynı fiilin ekonomik ve/veya ticari bir amaç elde edilmeden gerçekleştirilmesidir.” (Cüneyt YÜKSEL, s.254) ; Avrupa Konseyi Kiralama ve Ödünç Verme Yönergesi metni için bkz. ÇEÇEN, s.579 v.d.

³⁴⁶ Tükenme ilkesi hakkında ayrıca bkz. Burçak YILDIZ, Eser Sahibinin Yayma Hakkının Tükenmesi, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara-2003, s.579 v.d. ; Ayşe Saadet ARIKAN, Fikri Sınai Hakların Tüketilmesi ve Rekabet Hukuku, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı- Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku 2002, C.I, Ankara-2002, s.754 v.d. ; Güzel sanat eserlerinin satış bedellerinden pay verilmesi olarak FSEK’nun 45. maddesinde düzenlenen pay alma hakkının, tükenme ilkesinin istisnasını teşkil ettiğine dair bkz. AYİTER, s.145

haklarını ihlal etmeden bir defa satın almış olan kimsenin, nüshaları üçüncü kişilere satması, bu üçüncü kişilerin sair üçüncü kişilere satması serbesttir. Hakkın tükenmesine bağlı olan bu serbesti, ancak hak sahibinin yayma hakkını kullanması sonucu mülkiyeti devredilen “nüshalar” için geçerlidir; eser sahibi ya da yetkilendirilmiş yayma hakkı sahibi dışında, eser üzerinde yayma hakkına sahip olmayan üçüncü kişilerin haksız surette eseri yayımlaması sonucu mülkiyet devrine konu olan nüshalar üzerinde yayma hakkı tükenmemiş olup, hak sahibinin rızası hilafına yayılan bu nüshaların her tekrar satışı, eser sahibinin yayma hakkını ihlal edecektir.

Maddede, yayma hakkının tüketilmiş sayılması için, ilk satış ve dağıtımın ülke içinde gerçekleşmiş olması şartı da aranmıştır. Eser nüshalarının piyasaya ilk çıkışı yurt dışında gerçekleşmişse, bu nüshaların Türkiye’ye getirilerek satılması, yayma hakkının ihlali niteliğindedir. Bunun gibi, maddede ilk satışı veya dağıtımı yapılmış olan nüshaların sadece yeniden satışı konusunda serbestlik tanınmakta, kiralama ve kamuya ödünç verme yetkisinin eser sahibinde kaldığı belirtilmektedir. Bu çerçevede, yurt içinde eser sahibi tarafından bir defa kullanılmış olmakla yayma hakkı tükenen eser nüshalarının ikinci ve müteakip satışları serbestse de, bu nüshaların kiralama veya kamuya ödünç verilmesi hakkı eser sahibinde kaldığından, izinsiz kiralama veya kamuya ödünç verme eser sahibinin yayma hakkının ihlali niteliğindedir. Madde metninde, kiralama ve kamuya ödünç verme eser sahibinde tutularak satışa ilişkin bir serbestiye yer verilmekle beraber, kanaatimizce yayma hakkı tükenmiş nüshaların bedelsiz dağıtımı ya da bağışlanması da yayma hakkını ihlal etmez.

Uygulamada, daha iyi baskı tekniklerinden faydalanmak için eserin yurt dışında çoğaltıldığı; ya da özellikle orijinali yabancı dilde oluşturulmuş olan ilim ve edebiyat eserlerinin orijinal eserde yer alan şekil ve özgün resim unsurlarının kaliteli basılması için orijinal eseri çoğaltan firma vasıtasıyla çoğaltıldığı; veya yabancı hak sahibinin, eserin orijinalini yahut Türkçe tercümesini basıp çoğaltarak, bu nüshaları, Türkiye’de yayma hakkı tanıdığı kişilere devrettiği görülmektedir. FSEK 23. md. “Eser sahibinin izniyle yurt dışında çoğaltılmış nüshaların yurda getirilmesi ve bunlardan yayma yoluyla faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Yurt dışında çoğaltılmış nüshalar her ne surette olursa olsun eser sahibinin ve/veya eser sahibinin iznini haiz yayma hakkı sahibinin izni olmaksızın ithal edilemez.”

ifadesiyle eserin, eser sahibinin izniyle dahi olsa yurt dışında çoğaltılmış nüshalarının, Türkiye’de sadece yayma hakkına sahip olan kişi tarafından umuma arz edilebileceğini hükme bağlamıştır.

Kanun, üçüncü kişilere, eser sahibinin izni olmaksızın eseri yayma serbestisi getiren istisnalar düzenlemiştir. 31. md. uyarınca, resmen yayımlanan veya ilan olunan kanun, tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge ve kazai kararların çoğaltılması, yayılması ; 32/1. md. uyarınca Büyük Millet Meclisinde ve diğer resmi meclis ve kongrelerde, mahkemelerde, umumi toplantılarda söylenen söz ve nutukların, haber ve malumat verme maksadıyla çoğaltılması, umumi mahallerde okunması veya radyo vasıtasıyla ve başka suretle yayımı; 37. md. uyarınca hak sahibinin hukuki menfaatlerine zarar verecek şekilde veya eserden normal yararlanmaya aykırı biçimde kullanılmamak şartıyla, haber mahiyetinde olmak ve bilgilendirme kapsamını aşmamak kaydıyla, günlük hadiselerle ilgili olarak fikir ve sanat eserlerinden bazı parçaların işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan vasıtalara alınması, bu parçaların çoğaltılması, yayılması, temsil edilmesi veya radyo ve televizyon gibi araçlarla yayınlanması, serbesttir. Genel olarak eser sahibinin mali haklarının üçüncü kişilerce kullanılmasını engelleme hakkına sınırlama getiren bu maddeler yanında, kanununun 30/1. md. “Fotoğraflar, umumi emniyet mülahazasıyla veya adli maksatlar için sahibinin rızası alınmaksızın, resmi makamlar veya bunların emriyle başkaları tarafından her şekilde çoğaltılabilir ve yayılabilir” hükmünü haizdir. Ayrıca FSEK 34. ve 35. maddeleri uyarınca, yayımlanmış musiki, ilim ve edebiyat eserleri ile alenileşmiş güzel sanat eserlerinden, belirli şartlarla ve kanunda gösterilen amaçların gerektirdiği ölçüde ve şekilde iktibas yapılması ve 36. md. uyarınca Basın Kanunu’nun 15. maddesi³⁴⁷ hükmü mahfuz kalmak üzere basın veya radyo tarafından umuma yayılmış bulunan günlük havadisler ve haberlerin serbestçe iktibas edilmesi; gazete veya dergilerde çıkan içtimai, siyasi veya iktisadi günlük meselelere müteallik makale ve fıkraların iktibas hakkı sarahaten mahfuz tutulmamışsa aynen veya işlenmiş şekilde diğer gazete ve dergiler tarafından alınması ve radyo vasıtasıyla veya

³⁴⁷ 15. maddesine atıf yapılan Basın Kanunu, 26.06.2004 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 5187 sayılı kanunla yürürlükten kaldırılmış, yeni Basın Kanununun 24. maddesiyle, bir süreli yayında yayımlanmış olan haber, yazı ve resimleri kaynak göstermeden yeniden yayımlayanlar ile bu eserlerin yeniden yayımlama hakkı saklı tutulmuş olduğu halde yayın sahibinin izni olmadan yeniden yayımlayanlar için para cezaları öngörülmüştür.

diğer bir suretle yayılması, iktibas hakkı mahfuz tutulsa bile sözü geçen makale ve fıkraların kısaltılarak basın özetleri şeklinde alınması, radyo vasıtasıyla veya diğer bir suretle yayılması caizdir.

iv- TEMSİL HAKKI

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

Yaymada, eser bir madde üzerinde tecessüm ettirilmişken, temsilde bir şiirin okunması, bir bestenin çalınması, bir dramın oynanması ya da bir filmin gösterilmesinde olduğu gibi, üçüncü kişiler eseri dinleyerek ya da izleyerek ona ulaşırlar³⁴⁸. Yayım, eserin “tecessüm ettiği vasıta”nın üçüncü kişilere ulaşması, temsil ise doğrudan eserin üçüncü kişilerin vukufuna sunulmasıdır. Bir müzik eserinin kaydedildiği CD’nin ya da bir filmin kaydedildiği DVD’nin satılması eserin yayımı iken, aynı müzik eserinin umumi bir mahalde çalınması ya da filmin gösterilmesi; bir roman ya da makalenin okunması ya da okunabilecek şekilde gösterilmesi, güzel sanat eserinin teşhiri, eserin temsili veya kullanılan araca göre umuma iletimidir.

Kanunda eserin temsiline örnek olarak sayılan okumak, çalmak, oynamak, göstermek gibi fiiller dışında da, herhangi bir şekilde eserin duyularla algılanmaya müsait kılınması, eserin temsildir. Temsilden bahsedebilmek için aranan husus, eserin umumi bir yerde duyulara hitap eder şekilde kamuya sunulması ve bu sunumun o ana mahsus ve geçici olmasıdır³⁴⁹. Temsilden bahsedebilmek için, eserin kamuya sunulduğu yerin umumi bir yer olması gerekir. Özel arkadaş ya da aile çevresinde gerçekleşen bir temsil, temsil hakkının kullanılması anlamına gelmez, zira temsilin gerçekleşmesi için umuma arz keyfiyeti bulunmalıdır. Bu sebeple ücretli ya da ücretsiz, herkesin girebileceği yerlerde gerçekleştirilen temsil, umumi mahalde gerçekleşmiştir. Ancak temsil edilen yerin ücretli olması, bu yerin umumi bir yer

³⁴⁸ ARSLANLI, s.104

³⁴⁹ AYİTER, s.136 ; EREL, s.175-177

olduğunun göstergesi sayılabilir³⁵⁰. Herkesin girebileceği umumi yerle kastedilen umum kavramı, mevcut bir topluluğu ya da potansiyel bir topluluğu işaret eder; bir tiyatro oyununun, özel çevre dışında herkesin girebileceği bir tiyatro salonunda sahnelenmesi, salon boş dahi olsa temsil keyfiyetinin gerçekleşmesidir³⁵¹.

Temsil hakkını düzenleyen 24. madde uyarınca, eserin umumi mahallerde doğrudan doğruya temsili yanında; işaret, ses veya resim nakline yarayan araçlar vasıtasıyla okunması, çalınması, oynanması, gösterilmesi de temsil hakkı kapsamındadır. Buna göre, bir müzik eserinin umumi bir mahalde canlı icrası, ya da bir tiyatro eserinin oynanması temsil olduğu gibi, müzik eserinin kaydedildiği plağın umumi bir mahalde çalınması ya da oynanan dramın kaydının umumi bir mahalde gösterilmesi de temsildir. “Vasıtalı temsil”³⁵² olarak adlandırılan bu temsilde, eserin umumi mahalde çalınması ya da gösterilmesini içeren kaydın, yine umumi bir mahaldeki temsili içermesi şart değildir. Stüdyoda kaydedilmiş bir müzik eserinin umumi mahalde çalınması da, eserin vasıtalı olarak temsil edilmesidir. Bunun yanında, bir tiyatro oyununun televizyonda naklen yayımlanması ya da bir konferansın ses nakli ile aynı anda başka bir yerde dinletilmesi gibi; “eserin umuma arz edilmek üzere vuku bulduğu mahalden başka bir yere herhangi bir teknik vasıta ile nakli de” temsilin bir türüdür (md.24/2). Nakil vasıtalarıyla gerçekleştirilen bu tür temsiller “vasıtalı temsil” kapsamındadır.

Temsil hakkının devri, sözleşmede aksine hüküm yoksa sadece doğrudan doğruya temsili kapsamaktadır. Zira 24/2. md. ile, mevcut temsilin nakil vasıtasıyla başka bir yere nakli hakkının da münhasıran eser sahibine ait olduğunu ayrıca belirtmiştir. Kaldı ki eserin tesbit edildiği kayıttan yayını içeren diğer vasıtalı temsil halinde de, bu kaydı gerçekleştirmek için izin alınmış olması, temsil hakkının da devralındığı anlamına gelmez³⁵³. Sinema eserlerinin temsili ise ancak sinema makinesi aracılığıyla mümkün olduğundan, sinema eserlerinin bu vasıtalarla gösterimi, doğrudan temsil kapsamındadır³⁵⁴.

³⁵⁰ ARSLANLI, s.107-108 ; ÖZTRAK, s.60

³⁵¹ ATEŞ, s.179

³⁵² ARSLANLI, s.106 ; ÖZTRAK, s.59

³⁵³ ÖZTRAK, s.59 ; EREL, s.178

³⁵⁴ AYİTER, s.137

Eser sahibi, temsil hakkını bizzat kullanabileceği gibi, bu hakkın kullanılması salahiyetini üçüncü kişilere tanınması ya da bu hakkı devretmesi de mümkündür. Bütün mali haklarda olduğu gibi bu tür muvafakat ve devirler, FSEK 52. md. çerçevesinde yazılı şekil şartına bağlıdır. Eser temsil edilmiş ve bu temsil kaydedilmişse, bu kayıt üzerinde, temsili gerçekleştiren icracı sanatçıların ve varsa FSEK 80. md.'de sayılan diğer bağlantılı hak sahiplerinin de mali hakları mevcut olduğundan, bunların mali haklarının kullanılmasında ve devrinde sayılan diğer bağlantılı hak sahiplerinin de muvafakati gerekir. Bu husus, bağlantılı haklar bahsinde incelenecektir.

Eser sahibinin ya da icracı sanatçıların eserin temsilinin kaydedilmesine muvafakat etmiş olmaları, kaydın umumi mahallerde çalınarak ya da gösterilerek eserin temsiline muvafakat edildiğini göstermez. Söz konusu kayıtların umumi mahallerde çalınması veya gösterilmesi için eser sahibi, icracı sanatçılar ve varsa yapımcıdan, izin alınması gerekmektedir³⁵⁵. Bunun gibi, bir eser çoğaltılıp yayımlanmış olsa dahi, umumi mahallerde temsili hakkı eser sahibine aittir³⁵⁶.

Kanun, üçüncü kişilere, eser sahibinin izni olmaksızın eserin temsil edilmesi serbestisi tanıyan istisnalar düzenlemiştir. 33. madde uyarınca, yayımlanmış bir eserin; tüm eğitim ve öğretim kurumlarında, yüz yüze eğitim ve öğretim maksadıyla doğrudan veya dolaylı kâr amacı gütmeksizin temsili, eser sahibinin ve eserin adının mutad şekilde açıklanması şartıyla serbesttir. Ayrıca, 32/1. md. uyarınca Büyük Millet Meclisinde ve diğer resmi meclis ve kongrelerde, mahkemelerde, umumi toplantılarda söylenen söz ve nutukların, haber ve malumat verme maksadıyla çoğaltılması, umumi mahallerde okunması veya radyo vasıtasıyla ve başka suretle yayımı; 35/4. md. uyarınca alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ilmi konferans veya derslerde, konuyu aydınlatmak için projeksiyon ve buna benzer vasıtalarla gösterilmesi; 36/2. md. uyarınca gazete veya dergilerde çıkan içtimai, siyasi veya iktisadi günlük meselelere müteallik makale ve fıkraların iktibas hakkı sarahaten mahfuz tutulmamışsa aynen veya işlenmiş şekilde diğer gazete ve dergiler tarafından alınması ve radyo vasıtasıyla veya diğer bir suretle yayılması, iktibas hakkı mahfuz tutulsa bile sözü geçen makale ve fıkraların kısaltılarak basın özetleri şeklinde

³⁵⁵ EREL, s.180

³⁵⁶ ARSLANLI, s.106

alınması, radyo vasıtasıyla veya diğer bir suretle yayılması; 37. md. uyarınca hak sahibinin hukuki menfaatlerine zarar verecek şekilde veya eserden normal yararlanmaya aykırı biçimde kullanılmamak şartıyla, haber mahiyetinde olmak ve bilgilendirme kapsamını aşmamak kaydıyla, günlük hadiselere bağlı olarak fikir ve sanat eserlerinden bazı parçaların işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan vasıtalara alınması, bu parçaların çoğaltılması, yayılması, temsil edilmesi veya radyo ve televizyon gibi araçlarla yayınlanması; 40. md. uyarınca mimarlık eserlerinde yalnız dış şekle mahsus olmak kaydıyla, umumi yollar, caddeler ve meydanlara, temelli kalmak üzere konulan güzel sanat eserlerini resim, grafik, fotoğraf ve saire ile çoğaltarak umumi mahallerde projeksiyonla gösterme, radyo ve benzeri vasıtalarla yayımlama, eser sahibinin açık bir men kaydı yoksa güzel sanat eserlerinin, malikleri veya bunların muvafakatiyle başkaları tarafından umumi mahallerde teşhiri veya açık artırma ile satılacak eserlerin umuma teşhiri, serbesttir.

v- UMUMA İLETİM HAKKI³⁵⁷

Bir eserin aslının veya çoğaltılmış nüshalarının, 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 (FSEK md.25/1).

Doktrinde, umuma iletim hakkının, temsil hakkı kapsamındaki “umuma arz” kavramıyla aynı hususu içerdiği ve kaynağının FSEK 7. md.’de tanımlanan “umuma arz” olduğu³⁵⁸, 25. madde hükmünde sadece bir dolaylı (vasıtalı) temsil vasıtası olarak umuma iletim (yayın) hakkının düzenlendiği ve bunun yayma hakkıyla bir ilgisinin bulunmadığı³⁵⁹ ifade edilmektedir. Ancak kanaatimizce umuma iletim hakkı kapsamında sayılan fiiller, dar anlamda yayma hakkına ve temsil hakkına konu

³⁵⁷ FSEK 25. maddesi “Radyo ile Yayın Hakkı” başlığını taşımaktayken, 2001 yılında 4630 s. Kanunla yapılan değişiklikle kapsamı genişletilmiş ve “işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı” olarak düzenlenmiştir. Maddenin söz konusu değişiklikten önceki hali ile kapsadığı haklar hususunda bkz. Mustafa Erdem CAN, Radyo ve Televizyon Yayınları Üzerindeki Fikri Haklar, AÜHFD, C.48, S.1-4, Ankara 1999, s.291 v.d.

³⁵⁸ TEKİNALP, s.182

³⁵⁹ EREL, s.183

işlemleri barındırmakta ve ayrıca sadece kendi bünyesinde spesifik fiiller de içermektedir. Maddenin 1. fıkrasındaki radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla yayınlanması ve tekrar yayınlanması, temsil hakkı kapsamındaki işlemlerdir ve bu konuda tartışma yoktur. Maddenin 2. fıkrasındaki, eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını telli veya telsiz araçlarla satış, diğer biçimlerde umuma dağıtma veya sunma, ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda eserine erişimini sağlamak suretiyle umuma iletim kavramları ise, bir anlamda eseri yayma sonucunu da doğurabilecek işlemlerdir.

FSEK 25. maddesi “Radyo İle Yayın Hakkı” başlığını taşımaktayken, 2001 yılında 4630 s. Kanunla yapılan değişiklikle “işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı” olarak yeniden düzenlenmiştir. Eserin radyo ve televizyonla yayını, eserin temsil edilmesi sonucunu doğuracaktır. Ancak gelişen teknolojiyle, eserin anlık ve geçici şekilde temsilini sağlayan radyo ve televizyondaki yayının, alıcı radyo ve televizyon cihazı vasıtasıyla kaydedilmesi ve daha mühimi eserin bir kopyasının internet vasıtasıyla dosya halinde farklı kişilere gönderilmesi imkanı doğmuştur. Eserin dosya halinde internet üzerinden başkalarına gönderilmesiyle, eserden aynı şekilde faydalanmayı sağlayan bir nüsha ortaya çıkmakta, yani eser çoğaltılmış olmaktadır. Ancak aynı zamanda, eserden aynı şekilde faydalanmayı sağlayacak nüsha, başka bir kişinin kullanım alanına dahil edilmiştir ve yayma işlemi gerçekleşmiştir. Bu ve benzer biçimlerdeki yayma işlemlerinin umuma iletim hakkı kapsamında mütalaa edildiği, 25. maddenin 2. fıkrasında yer alan eserin telli veya telsiz araçlarla “satışı”, “dağıtılması” ve “sunulması” ifadelerinden de açıkça anlaşılmaktadır.

Diğer yandan, umuma iletim hakkı, temsil ve yayma hakkı çerçevesindeki bir takım fiiller yanında; tam anlamıyla temsil veya yayma hakları kapsamına dahil edilemeyecek mahiyetteki, eserin sunulmasına ilişkin spesifik fiilleri de bünyesinde barındırmaktadır. Zira, eserin belirli kimselere gönderilmeden, sadece internet ortamına yüklenmesi ve herkesin rahatça eseri kopyalaması³⁶⁰ mümkündür. Bu halde eseri internet ortamına yükleyen kimse, diğer bir kimsenin kullanım alanına eserin bir

³⁶⁰ İnternet ve medya ortamındaki eserlerin takibi, kullanımın kontrol altına alınması ve hak sahiplerinin tanımlanması ilişkin “Sayısal Hak Yönetimi” (DRM) hakkında bkz. Erdem TÜRKEKUL, Dijitalleşme ve Fikri Haklar, Ankara Barosu Uluslar arası Hukuk Kurultayı, 8 Ocak -11 Ocak 2008, Ankara, s.197 v.d.

kopyasını dahil etmemekte, ancak her isteyen bu işlemi gerçekleştirmesini sağlayacak şekilde eseri sunmaktadır. Bu halde devreye, üçüncü kişilerin eseri izleme/dinleme ya da kopyalama yönündeki iradeleri girmektedir. Eseri izleme ya da kopyalama imkanını tamamen üçüncü kişilerin iradesine bırakan ve dolayısıyla bu hakların asıl maliki eser sahibinin irade alanından çıkarabilecek olan bu ve benzeri fiiller; umuma iletim hakkının spesifik içeriğini teşkil etmektedir.

Arslanlı, maddenin eski halinde yer alan “radyo ile yayın” hakkını açıklarken, bunun esasen bir tür temsil olduğunu, temsil keyfiyetine has özelliklerle, eserin duylara hitap edecek şekilde kamuya sunulduğunu ifade etmekte ve aradaki farkın; temsil, geniş anlamda yer bakımından muayyen olan umumi bir alanda ya da sınırsız bir alanda gerçekleştirilebilecekken, radyo ile yayının daima gayri muayyen ve sınırsız bir alana yönelik bulunması olduğunu belirtmektedir³⁶¹. Öztrak ise, radyo-televizyon gibi vasıtalar yardımıyla eserin, çok geniş ve belirsiz halk kitlelerine çok daha kolay şekilde ulaşmasının, bu hususun temsil hakkından ayrıca tanımlanmasını gerektirdiğine³⁶² dikkat çekmiştir. Gelişen teknoloji ile bugün, eserin umuma arzı ve eserden faydalanma imkanları son derece çeşitlilik kazanmış olup, umuma iletim hakkına dair düzenleme, bu çeşitli faydalanma imkanları karşısında eser sahibinin haklarını muhafaza etme amacı taşımaktadır.

Umuma iletimdeki yayın kapsamına, radyo, televizyon, kablo, telsiz, uydu yayınları gibi, eserin elektromanyetik dalgalarla yapılan her türlü yayını ve kamuya yönelik kablolu kapalı devre yayınları ya da yayının alıcı cihazın bulunduğu yerden başka bir umumi yere sırf yayını nakleden bir aletle taşınması da girmektedir³⁶³.

Eserin sayılan suretlerde yayınlanması yanında, bu şekilde yayınlanmış olan eserlerin, bu kuruluşların yayınlarından alınarak başka yayın kuruluşları tarafından yeniden yayınlanması suretiyle kamuya sunulması da, umuma iletim kapsamında olup “yeniden iletim” olarak adlandırılmıştır. Bir televizyon kuruluşu ya da elektromanyetik dalgalar veya kablo vasıtasıyla yayın yapan bir kuruluşun, herhangi bir eseri veya icrasını işaret ses ve/veya görüntü nakleden araçlarla yayınlaması “iletim”, bu tür yayın işletmelerinden diğer birinin mevcut bu yayını alarak yeniden

³⁶¹ ARSLANLI, s.110

³⁶² ÖZTRAK, s.60

³⁶³ EREL, s.183

yayınlaması “yeniden iletim”dir³⁶⁴. Ancak eser sahibi, umuma iletim için izin vermiş olsa da, bu izin kural olarak ilk yayını kapsayacağından, başka bir kuruluşun ilk yayınlayan kuruluştan aldığı eseri tekrar yayınlayabilmesi için, eser sahibinden ayrıca izin alınması gerekmektedir. Zira bu “yeniden yayın”, bir tür vasıtalı temsildir³⁶⁵.

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(25/2). Tekinalp, maddenin bu hükmündeki “kişilerin seçtikleri yer ve zamanda esere erişimi” şeklinde tanımlanan durumun, eserin internet ortamına konmasını karşıladığını, bu çerçevede eserin internette yayımının umuma iletim hakkı kapsamında olduğunu ifade etmektedir³⁶⁶.

Temsil hakkına getirilecek sınırlamaların, umuma iletim hakkı için de geçerli olduğu kabul edilmektedir³⁶⁷.

vi- PAY ALMA HAKKI

FSEK 45. maddesi, eser sahibinin eseri üzerindeki mali ve manevi hak ve yetkileri yanında, bazı eserlere mahsus olarak bir “pay alma” (takip) hakkı düzenlemektedir. Ülkemizde henüz ölü bir hüküm olan pay ve takip hakkı, kanunda mali haklar arasında sayılmış olmamakla beraber eser üzerinde sahibine mali bir hak tanımaktadır³⁶⁸.

³⁶⁴ TEKİNALP, s.181

³⁶⁵ EREL, s.183-184

³⁶⁶ TEKİNALP, s.181 ; yazar başka bir yerde, eserin internet ortamında yayımının, FSEK 23. md. kapsamında yayma hakkı olarak değerlendirilebileceğini de ifade etmektedir: TEKİNALP, s.174 ; Ayrıca, internette yayımın, yayma hakkı kapsamında olduğu için maddenin 2. bendinin yersiz olduğuna dair görüşler için bkz.:ATEŞ, s.192 v.d.

³⁶⁷ EREL, s.185 ; Ayiter, umuma iletimde cari olan sınırlamaların, yayma hakkına getirilen sınırlamalar olduğunu ifade etmektedir: AYİTER, s.141

³⁶⁸ ARSLANLI, s.113 ; EREL, s.187 ; AYİTER, s.145 ; ayrıca Pay ve Takip Hakkının “yayma hakkının tüketilmesi ilkesi” nin bir istisnası olduğuna dair bkz. AYİTER, s.145 ; ayrıca, Almanya’da 2002 yılında yürürlüğe giren Eser Sahiplerinin ve İcracı Sanatçıların Sözleşmesel Konumunu Güçlendirme Kanunu ile düzenlenmiş olan reform niteliğindeki hükümleri arasında, eserin çok satanlar listesine girmesi halinde eser sahibine, sonradan kazanılan gelire katılma hakkı için bkz. Canan YILMAZ, Eser Sahibinin Eserin Çok Satanlar (Best-Seller) Listesinde Yer Alması Halinde Elde Edilen Gelire Katılma Hakkı, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C.II, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2009, s.1609 v.d.

Pay alma hakkı çerçevesinde; 45. maddede sayılan orijinal eserler veya özgün eser sayılacağı belirtilen kopyalar, eser sahibinin veya mirasçılarının tasarrufuyla yasal olarak üçüncü kişilerin mülkiyetine geçmiş olsa dahi, bunları ellerinde bulunduran kişiler eseri her satışlarında, eser sahibine satıştan bir pay ödemekle mükelleftir. Ancak bu mükellefiyetin doğması, söz konusu satış bedeli ile bir önceki satış bedeli arasında açık bir nispetsizlik bulunmasına bağlıdır.

Pay alma hakkı, ancak eserin “koruma süresi” içindeki satışları için söz konusudur. Eser sahibinin veya ölmüş olması halinde maddede gösterilen kişilerin pay alma hakkı, şartları mevcutsa eserin koruma süresi içindeki her satışında ortaya çıkar. Maddede, pay alma hakkının doğması için, bedelinden pay almaya konu edilen satışla bir önceki satış arasında nispetsizlik bulunması aranmış olmakla beraber, bu nispetsizlik için kesin bir oran ya da ölçü belirlenmemiştir.

Maddede, pay alma hakkının doğması için, sadece daha önceki son satışla yeni satış arasındaki bedel farkı esas alınmakta, bir önceki satışın mutlaka eser sahibi tarafından yapılan satış olması aranmamaktadır. Gözetilen husus, nispetsiz bedel farkının eseri alıp satan kişi lehine yüksek bir kazanç oluşturmasıdır. Bu kazanç, eserin cebri satışı sonucu, eseri elinde bulunduran kişinin pasifinin azalması da olabilir. Nitekim maddede, cebri satış hallerinde, eser sahibine ödenecek olan payın ancak diğer alacaklar tamamen ödendikten sonra ödeneceği hükme bağlanmıştır.

Pay verme borcu altında bulunan kişi, eseri nispeten düşük bir bedelle alıp, aldığı bedelin çok üstünde bir bedelle satan gerçek veya tüzel kişidir ve satışın vuku bulunduğu müessese sahibi de, satıcı ile birlikte müteselsilen mesuldür. Pay alma hakkı ise; eser sahibi, o ölmüşse miras hükümlerine göre ikinci dereceye kadar ve bu derece dahil yasal mirasçıları ve eşi, bunlar da yoksa ilgili alan meslek birliğidir. Bedel farkından ödenecek payın oranı Bakanlar Kurulunca çıkarılacak bir kararname ile tesbit edilecektir ve bu kararnamede ödemeye ilişkin usul de belirlenecektir. Bakanlar Kurulunca çıkarılacak bir kararnamede bedel farkının yüzde onunu geçmemek şartıyla farkın nispetine göre tesbit edilecek bir pay oranı belirleneceği hükme bağlanmıştır (FSEK md.45). Ancak bu kararname, bugüne kadar çıkarılmamıştır. Maddede ayrıca, pay verme borcunun zamanaşımı, bu borcu doğuran satıştan itibaren beş yıl olarak belirlenmiştir.

Pay alma hakkını düzenleyen 45. maddede, bu hususun düzenleneceği kararnamede tesbit edilecek miktarı aşmayan bedelle gerçekleşen satışların pay vermek borcundan muaf tutulacağı da ifade edilmiştir. Bu durumda, eserin alış ve satış fiyatı arasında nispeten bir fark bulursa dahi; satış bedeli, düzenlenecek olan kararnamede alt sınır olarak kabul edilecek meblağı aşmadıkça, pay alma hakkı doğmayacaktır.

Pay alma hakkına konu olabilecek eserler ve bu eserlerin orijinalleri dışındaki nüshalarının pay almaya konu edilmesi için taşınması gereken özellikler, maddede sayılmıştır. Buna göre pay alma hakkına konu olabilecek eserler; mimarî eserler hariç olmak üzere, FSEK 4. maddesinde sayılan güzel sanat eserlerinin asılları ile eser sahibinin kendisinin sınırlı sayıda meydana getirdiği veya eser sahibinin kontrolünde ve izniyle meydana getirilmiş ve eser sahibi tarafından imzalanmış veya başka bir şekilde işaretlenmiş olmaları nedeniyle özgün eser olduğu kabul edilen kopyaları; FSEK'nun 2. maddesinin 1 numaralı bendinde ve 3. maddesinde sayılıp da yazarlarla bestecilerin el yazısıyla yazılmış eserlerinin asıllarıdır.

3- BAĞLANTILI HAKLAR VE BAĞLANTILI HAK SAHİPLİĞİ

Eser yaratıcısının eseri üzeri hakları yanında; eser sahibi olmadıkları halde mevcut bir eser üzerindeki fiili bir takım işlemleriyle korunmaya değer bir hak elde eden kişiler mevcuttur. Söz konusu işlemler, eserin icra edilmesi, tesbit ve yapım görevi üstlenilmesi, eserin radyo televizyon yoluyla yayıma müsait hale getirilerek bu kanallarla temsil suretiyle yayınlanması ya da film yapımcılarında olduğu gibi, yapımı gerçekleştiren unsurların belirlenip bir araya getirilmesi hususunda yatırım yapılması olabilir. Bu kişilere, sarf ettikleri emek ya da yaptıkları yatırımla meydana gelen icra, fonogram, yayın ve film üzerinde tanınan haklar, “bağlantılı haklar” olarak adlandırılmaktadır.

FSEK 1/B maddesinin j bendinde bağlantılı hakların, “*eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla komşu hak sahipleri ile filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcılarının sahip oldukları haklar*” oldukları belirtilmiştir. 2001 yılında 4630 sayılı Yasa ile yeniden tanzim edilen, bağlantılı hakların düzenlendiği FSEK 80. maddesinde, “Eser Sahibinin Haklarına Komşu

Haklar” ve “Film Yapımcısının Hakları” olmak üzere ikiye ayrılan bu haklardan icracı sanatçının, fonogram yapımcısının ve radyo televizyon kuruluşlarının hakları, komşu haklar başlığı altında yer almaktadır.

Bağlantılı hakların nelerden ibaret oldukları ve mahiyetleri, ulusal veya uluslar arası düzenlemelerde yeknesak değildir. Ancak bağlantılı hakların yasal temeli olarak kabul edilebilecek olan Roma Anlaşması’ndaki ayrıma uygun olarak ortaya çıkan icracı sanatçılar, fonogram yapımcıları ve yayın kuruluşları; bağlantılı hakları tanıyan hemen hemen tüm yasal düzenlemelerde bağlantılı hak sahibi olarak kabul edilmişlerdir. Hukukumuzda “komşu haklar” olarak adlandırılan bu haklar yanında, film yapımcısının hakları da bağlantılı hak olarak kabul edilmiştir. Bunun yanında, bağlantılı haklar hukuki düzenlemelerde sınırlı sayıda sayıldıklarından, sayılanlardan başka bir bağlantılı hakkın varlığından bahsedilemez. Ayrıca bağlantılı haklara ilişkin hükümler özel hüküm niteliğinde olup; bağlantılı haklar konusunda mutlaka bu hakka ilişkin düzenlemeye göre talepte bulunulmalıdır; bu konuda genel hükümlere gidilemez³⁶⁹.

İcra sanatçı, fonogram yapımcısı, radyo televizyon kuruluşu ya da film yapımcısının FSEK çerçevesinde bağlantılı hak sahibi olarak korunabilmesi için, söz konusu işlemleri eser sahibinden aldıkları izinle yapmış olmaları gerekmektedir. Nitekim bağlantılı hak sahiplerinin haklarını düzenleyen FSEK 80. maddesinde, sayılan kişilerin, asıl eser sahibinden izin aldıktan sonra bu haklara sahip olacakları açıkça belirtilmiştir.

Eser sahibinin hakları gibi, bağlantılı hakların da mutlak haklar olarak münhasıran sahibine ait olduğu kabul edilmektedir. Bağlantılı hak sahibi bu mutlak hakkını herkese karşı ileri sürebilir ve bağlantılı hak sahibi olduğu üründen üçüncü kişilerin yararlanması hususunda izin vermek veya bunu yasaklamak yetkilerine de sahiptir³⁷⁰. İcra üzerindeki hak ve radyo televizyon kuruluşlarının programlar üzerindeki haklarının bağımsız mutlak haklar oldukları; fonogram ve film

³⁶⁹ ARKAN, s.33-36 ; bu üçlü ayrımın dışındaki kimseleri de bağlantılı hak sahibi olarak kabul eden farklı hukuki düzenlemeler ve doktrinde bağlantılı hakların genişletilmesini öngören görüşler hususunda bkz. ARKAN, s.34 v.d.

³⁷⁰ ARKAN, s.31

yapımcılarının da tesbit ve filmler üzerinde mutlak bir kullanma hakları bulunduğu kabul edilmektedir³⁷¹.

Komşu hak sahipleri ile filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren yapımcıların verdikleri izinlerin yazılı olması zorunludur (FSEK md. 80/6). Eser sahiplerinin hakları ile bağlantılı haklara sahip olanlar da eser sahipleri gibi Tecavüzün Ref'i, Tecavüzün Men'i ve Tazminat Davası haklarından faydalanırlar (FSEK md. 80/9) ve ayrıca bağlantılı hakka konu ürün, tesbit, yapım veya icraya yönelen tecavüzler, hak sahibinin şikayeti ile cezai yaptırıma bağlanabilir (FSEK md.71).

FSEK 80/7. maddesinde bağlantılı haklar üzerinde üçüncü kişilere serbesti tanıyan haller sayılmıştır. Buna göre, hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep dışında zarar vermemek veya eserden normal yararlanmaya aykırı olmamak kaydıyla; fikir ve sanat eserlerinin kamu düzeni, eğitim-öğretim, bilimsel araştırma veya haber amacıyla ve kazanç amacı güdülmeksizin icra edilmesi ve kamuya arzı; fikir ve sanat eserleri ile radyo-televizyon programlarının yayınlanma ve kâr amacı güdülmeksizin şahsen kullanmaya mahsus çoğaltılması; radyo-televizyon kuruluşlarının kendi olanaklarıyla kendi yayınları için yaptıkları kısa süreli geçici tespitleri kullanmaları durumunda ve Kanununun 30., 32., 34., 35., 43., 46. ve 47. maddelerinde belirtilen hallerde, komşu hak sahibi ile film yapımcısının yazılı izni gerekli değildir.

i- KOMŞU HAKLAR

Komşu haklar ve komşu hak sahipleri, Türkiye'nin de taraf olduğu Roma Sözleşmesiyle düzenlenmiş ve korunmuşlardır. Ayrıca TRIPS'in 14. maddesi, komşu haklara tahsis edilmiştir. FSEK 80. md, Roma sözleşmesi ve TRIPS'e uygun olarak, komşu hak sahiplerini üç grup olarak belirlemiştir³⁷². Buna göre komşu hak sahipleri; "icracı sanatçılar", "fonogram yapımcıları" ve "radyo ve televizyon kuruluşları" dır.

Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliği'nin 4/a maddesinde komşu hak "*eser sahibinin haklarına zarar vermeden ve onun rızası ile bir eseri özgün biçimde icra eden veya icrasına katılan, bir icrayı ya da sesleri ilk defa tesbit eden, yayınlayan gerçek ve tüzel kişilerin münhasıran sahip oldukları; icrayı tesbit*

³⁷¹ TEKİNALP, s.256

³⁷² TEKİNALP, s.256 ; bağlantılı hakların korunmasına öncülük eden uluslar arası anlaşmalar hakkında izahat için bkz. ARKAN s.13 v.d.

etme, çoğaltma, kiralama, telli-telsiz her türlü araçla yayınlama ve kamuya açık yerlerde temsil suretiyle bundan faydalanma hakları” olarak tanımlanmıştır. Eser sahibinin iznine bağlı olarak ortaya çıkan bu hakların, ancak eser sahibinin eser üzerindeki haklarına zarar verilmeden kullanılabilceği, FSEK 80/1. maddesinin 1. bendinde de ifade edilmiş, “*eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla ve eser sahibinin izniyle bir eseri özgün bir biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden sanatçıların, bir icra ürünü olan veya sair sesleri ilk defa tespit eden fonogram yapımçıları ile radyo-televizyon kuruluşları*” komşu hak sahibi kabul edilmiştir. Buna göre, bir komşu hakkın mevcudiyetinden bahsedebilmek için; her bağlantılı hakta aranan eser sahibinin izni yanında, eser sahibinin haklarına zarar vermeme şartı da gözetilecektir.

Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliği’nde, komşu hak sahiplerinin haklarının devir ve intikalinin de, FSEK ve genel hükümler çerçevesinde gerçekleştirileceği hükme bağlanmıştır (KHY md.23).

a- İcracı Sanatçılar ve Hakları

İcracı sanatçı, icra ederek bir eseri yorumlayan ve böylece eserin geniş halk kitlelerine ulaşmasına aracılık eden, eser sahibi tarafından yaratılmış eseri, kendi sanatçı becerisi ile başkalarına aktaran kişidir. Eser sahibinin korunmasının temelinde, yaratıcılık yeteneği yatarken; icracı sanatçının korunmasının temelinde eserin halka ulaşmasına aracılık edilmesi, yayılmasına katkıda bulunulması yatmaktadır. İcracı sanatçının sergilediği fikri çaba ile yeni bir eser doğmamaktadır, zira icracı sanatçı sadece mevcut bir eseri yorumlar, yeni bir eser ortaya çıkarmaz³⁷³; meğer ki sanatçı, eseri icra ederken doğaçlama yoluyla kendi hususiyetini yansıtan eklemelerle esere aslından farklı bir mahiyet kazandırsın³⁷⁴.

Uluslar arası ve ulusal düzenlemelerde ve doktrinde genel olarak; oyuncular, ses sanatçıları, müzisyenler, bir müzik aleti çalanlar, icraya sanatsal katkı sağlayarak yön veren orkestra veya koro şefleri ya da tiyatro yönetmenleri, dansçılar, anlatanlar, söyleyenler, hatta şartların varlığı halinde şiir icra edenler, kukla oynatanlar, dublaj yapanlar v.b. diğer kişiler icracı sanatçı olarak kabul edilmektedir³⁷⁵.

³⁷³ ARKAN, s.40 ; AYİTER, s.72 v.d. ; Cem BAYGIN, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na Göre Eser Sahibinin Hakları ile Bağlantılı Haklar, AÜEHFD, 2001, C.5, S.1-4, s.301

³⁷⁴ ARSLANLI, s.50 ; EREL, s.209

³⁷⁵ TEKİNALP, s.258 ; ARKAN, s.43 v.d. ; BAYGIN, Bağlantılı Haklar, s.300

Sadece sanatsal faaliyet gösteren kişiler icracı sanatçı olarak korunabilir; ses ve görüntü teknisyenleri, rejisör yardımcıları, kameramanlar, ışıkçılar, suflörler, efektçiler, dekorcular, diksiyon öğretmenleri, kostüm ve sahne dizaynırları, makyajcılar v.b. gibi, sanatsal faaliyet göstermeyen, sadece teknik işlemler gerçekleştiren kişilerin sanat eserine katkıları bulunsa da, bunlar icracı sanatçı sayılmazlar. Nitekim bu kişilerin faaliyetleri bir eserin icrasını içermemekte, bu kimseler eserin umuma sunulmasında doğrudan rol almamaktadır³⁷⁶. Kostüm ve sahne dizaynı veya maske ve makyaj yapanlar, icracı sanatçı değil, şartları varsa güzel sanat eseri sahibi sayılabilirler³⁷⁷.

Ancak bir eser icra eden kişiler icracı sanatçı olabilirler. İcra edilen eser, koruma süresi dolmuş olan bir eser olsa dahi, icrayı gerçekleştiren kişi icracı sanatçı sıfatını ve buna bağlı hakları kazanır. Önemli olan, icra edilen ürünün bir eser olmasıdır³⁷⁸. Eser sahibinin, kendi eserini icra etmesi de mümkündür ve bu halde hem eser sahibi, hem de icracı sanatçı olarak korunacaktır³⁷⁹. Bunun yanında, örneğin stand up gibi, genellikle daha önce hazırlayıp tasarlamış oldukları şeyi icra edenlerin icrayı doğaçlama olarak gerçekleştirmesi halinde, eser niteliği ve icranın mevcut olduğu kabul edilmektedir³⁸⁰.

Nitelikleri itibarıyla, müzik eserleri, sinema eserleri veya icraya uygun ilim ve edebiyat eserleri icraya konu olabilecek eserlerdir. İllüzyonist, palyaço, akrobat gibi kimselerin fiilleri eser niteliğinde olmamakla beraber, her somut olayda özel değerlendirme yapılarak bunların da sahibinin özelliğini taşıyan bir eser olarak kabul edilebileceği hallerde, bu kişilerin de icracı sanatçı olarak korunmaları mümkün görülmektedir. Bunun yanında, artistik patinaj veya su balesi gibi sanatsal faaliyet olarak değerlendirilebilecek spor faaliyetleri dışında, spor faaliyetlerini gerçekleştiren

³⁷⁶ Emre GÖKYAYLA, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na Göre İcra Sanatçı Kavramı ve İcra Sanatçının Hak Sahibi Olmasının Şartları, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C.I, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2009, s.756 ; ARKAN, s.44-45 ; TEKİNALP, s.258 ; aksi görüş için bkz. EREL, s. 211

³⁷⁷ GÖKYAYLA, s.757 ; ARKAN, s.49

³⁷⁸ ARKAN, s.50

³⁷⁹ TEKİNALP, s.257 ; ARKAN, s.50 ; kendi eserini icra eden eser sahibinin sadece eser sahibi sıfatıyla korunacağı yönündeki karşı görüş için bkz.: EREL, s.208; AYİTER, s. 75 ; ATEŞ, s.216

³⁸⁰ GÖKYAYLA, s.756

kişiler genel olarak bir sanat icra etmediklerinden icracı sanatçı kabul edilmeleri mümkün değildir³⁸¹.

Madde metninde icracı sanatçı sıfatının kazanılması, eserin ancak “özgün bir biçimde” icra edilmesi şartına bağlanmıştır. İcra, icracının kişiliğinin yansıdığı yorum ile özgün nitelik kazanır. Bir eseri özgün bir biçimde yorumlamadan, herkesin aynı şekilde yapabileceği tarzda okuyan, anlatan, söyleyen, nakleden kişi, eser icra etmiş olmaz³⁸². Özgünlük, icracının, icrada kendi kişisel ve sanatsal özelliklerinin yer alması ve bu şekilde yapılan icranın diğer icralardan ayrılması şeklinde tanımlanabilir³⁸³.

Ancak gerçek kişiler icracı sanatçı olabilir, zira korunan, sanatçının fikri emeğidir ve ‘özgünlük’ unsuru, ancak insan tarafından bizzat gerçekleştirilebilir³⁸⁴. Bununla beraber, icracı sanatçı kabul edilmek için de temyiz kudretine sahip olmak gerekmez, nitekim icra hukuki işlem değil, maddi bir fiildir³⁸⁵.

İcra, bireysel olarak gerçekleştirilebileceği gibi, topluluk halinde de gerçekleştirilebilir. Bu durumda korumaya ilişkin haklar, bireysel katkının kapsam ve önemi dikkate alınmadan, icrayı gerçekleştiren topluluktakilerin tümüne özgülenmiştir³⁸⁶.

Eseri icra eden kişinin, kanuni korumadan yararlanabilmesi, eser sahibinden, eseri icra edebileceğine dair izin almış olmasına bağlıdır. İzin şartı elbette koruma süresi dolmamış eserlerin icrasında söz konusudur. Bu izin, her türlü mali hakkın devrinde olduğu gibi, FSEK 52. md. çerçevesinde yazılı şekil şartına bağlıdır. Doktrinde bu iznin, eserin “doğrudan temsil” hakkının icracıya devri ya da bu hakkı kullanma hususunda izin verilmesi mahiyetinde olduğu, zira eserin icrasının, temsil olduğu kabul edilmektedir³⁸⁷. Bu çerçevede, “doğrudan temsil” hakkını eser sahibinden devralan ya da bu hakkın kullanılması hususunda ondan izin alan icracı sanatçı, icrası icraya dair diğer şartları da barındırmaktaysa, icracı sanatçıya tanınan bağlantılı haklara sahip olacaktır. Maddenin mevcut hükmü itibarıyla, eser sahibinden

³⁸¹ ARKAN, s.47-48 ; GÖKYAYLA, s.758

³⁸² EREL, s.209 ; TEKİNALP, s.258 ; icranın özgünlüğü değerlendirmesi için bkz. GÖKYAYLA, s.763-764

³⁸³ ARKAN, s.51

³⁸⁴ TEKİNALP, s.257 ; ARKAN, s.44

³⁸⁵ ARKAN, s.44

³⁸⁶ TEKİNALP, s.257

³⁸⁷ ARKAN, s.56

izin alınmadan gerçekleştirilen icra, ne denli iyi olursa olsun, kanunun icracı sanatçıya tanıdığı hakları doğurmayacaktır. Ayrıca, (umumi mahalde) izinsiz gerçekleştirilen icra, eser sahibinin haklarının ihlalidir.

Eser sahibinden alınan izinle gerçekleştirilen icra, icra üzerindeki bağlantılı hakların kendiliğinden (ipso iure) doğmasını sağlar. Eser sahibinin bir defa icra hususunda izin vermesinin yeterli olduğu ve icra üzerindeki bağlantılı hakların kullanılması hususunda ayrıca izin vermesinin gerekmediği ifade edilmektedir³⁸⁸. Bununla beraber; bizim de görüşlerine katıldığımız bazı müellifler, eser sahibinin icracıya izin verirken, bazı mali hakların kullanılmasına izin vermediğini belirterek icracının bağlantılı haklarının sınırlanabileceğini kabul etmekte iken³⁸⁹; karşıt görüş, eser sahibinin icracı sanatçıya tanıdığı hakları sınırlayamayacağı yönündedir³⁹⁰.

İcracı sanatçılara, icra üzerindeki mali hakları yanında diğer bağlantılı hak sahiplerinden farklı olarak manevi haklar da tanınmıştır. İcracı sanatçının icrası üzerindeki hakkı, mali ve manevi hakların bir bütün oluşturduğu mutlak bir haktır³⁹¹. FSEK 80/1-A.1. maddesi, icracı sanatçının manevi haklarını, eser üzerindeki manevi haklar gibi, icra üzerindeki mali haklardan bağımsız olarak korumuştur. Buna göre icracı sanatçılar; mali haklardan bağımsız olarak ve bu hakları devretmelerinden sonra dahi, tespit edilmiş icraları ile ilgili olarak uygulama şartlarının gerektirdiği durumlar hariç, icralarının sahibi olarak tanıtılmalarını ve icralarının kendi itibarlarını zedeleyebilecek şekilde tahrif edilmesi ve bozulmasının önlenmesini talep etme hakkına sahiptirler. Ayrıca, Komşu Haklar Yönetmeliği'nin 10. maddesinde, icracı sanatçıların, (icranın kaydedildiği) işaret, resim ve ses nakline yarayan araçlarda adlarının belirtilmesini isteme hakkına sahip oldukları belirtilmiştir.

İcracı sanatçının mali hakları, FSEK 80/1-A maddesinde sayılmıştır. Bu haklar, sınırlı sayı prensibine tabidir, maddede sayılanları aşacak şekilde

³⁸⁸ TEKİNALP, s.261 ; ARKAN, s.57

³⁸⁹ TEKİNALP, s.261

³⁹⁰ ARKAN, s.57 ; Arkan ayrıca, icra izni verildiğinin ya da doğrudan temsil hakkının devredildiğinin açıkça belirtilmiş olması halinde; ayrıca nasıl ve hangi tür vasıtalarla icra edileceğinin belirtilmesine gerek bulunmadığı görüşündedir, s.59 ; aynı görüş için bkz. GÖKYAYLA, s.765

³⁹¹ TEKİNALP, s.259 ; ayrıca eser sahibinin eseri üzerindeki mutlak hakları ile icracı sanatçının icra üzerindeki mutlak haklarının bağdaştırılması hususunda bkz. TEKİNALP, s.262

genişletilemezler³⁹². Buna göre FSEK 80/1-A maddesi çerçevesinde, bir eseri sahibinin izniyle özgün bir biçimde yorumlayan icracı sanatçı;

- bu icranın tespit edilmesine; bu tespitin çoğaltılmasına, satılmasına, dağıtılmasına, kiralanmasına ve ödünç verilmesine, işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletimine ve yeniden iletimine ve temsiline izin verme veya yasaklama hususunda münhasıran hak sahibidir,

- icracı sanatçı, yurt içinde henüz satışa çıkmamış veya başka yollarla dağıtılmamış tespit edilmiş icralarının, aslı veya çoğaltılmış nüshalarının satış yoluyla veya diğer yollarla dağıtılması hususunda izin verme veya yasaklama hakkına sahiptir,

- icracı sanatçı, tespit edilmiş icrasının veya çoğaltılmış nüshalarının telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtımına veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda icrasına ulaşılmasını sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkına sahiptir.

Görüldüğü üzere, eser sahibine eseri üzerinde tanınan işleme hakkı dışındaki mali haklar ana hatlarıyla, icra ve icranın tesbiti üzerinde icracı sanatçıya da tanınmış; ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere bu hakların iktisabı, icranın eser sahibinin izniyle meydana getirilmesi şartına bağlanmıştır. Buna göre, kanunun 22. ila 25. maddeleri arasında sayılan eser sahibinin mali haklarına paralel haklar; eser sahibinin izniyle meydana getirilen icralar üzerinde icracı sanatçıya aittir. Ancak belirttiğimiz gibi, eser sahibinin icracı sanatçıya verdiği iznin mahiyeti ve bu izinde hakların kısıtlanabilip kısıtlanamayacağı hususu tartışmalıdır ve icra edilen şey başkasına ait bir eser olduğundan, eser sahibinin hakları ile icracı sanatçının haklarının çatışması ihtimali her zaman mevcuttur. Nitekim 80. maddede, komşu haklara konu işlemler için “eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla” ifadesine yer verilmiş olmakla beraber, bu kaydın icranın gerçekleştirilmesi hususunda mı, yoksa komşu hakların kullanılmasında mı, ya da her iki halde de mi geçerli olduğu açık değildir. Tekinalp, bu ilkenin hem icrayı, hem de icranın tesbiti ve ticarete konulmasını kapsadığını³⁹³ kabul etmektedir.

³⁹² ARKAN, s.73 ; TEKİNALP, s. 262

³⁹³ TEKİNALP, s.260

Maddede, eser üzerindeki mali haklara ilişkin paralel düzenleme, icranın tesbit edilmiş nüshalarına özgülenmiş ve icranın tesbiti hakkının da münhasıran icracı sanatçıya ait olduğu hükme bağlanmıştır. Eser sahibinin “çoğaltma hakkı”nı incelediğimiz bölümde belirttiğimiz üzere; FSEK’nun çoğaltma hakkını düzenleyen 22. maddesinde “eserin işaret, ses ve görüntü nakil ve tekrarına yarayan, bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca kayıt edilmesi, her türlü ses ve müzik kayıtları” çoğaltma şekilleri arasında sayılmıştır ve eseri tesbit eden bir vasıta ile, eserden istifadeyi mümkün kılacak ve eserin mevcut şekliyle tekrarlanmasını sağlayacak şekilde onu kaydetmek; eseri basmak; bir toplantıdaki nutuk ya da bir konserdeki besteyi yazı, bant veya sair biçimde tesbit etmek, çoğaltma hakkı kapsamındadır³⁹⁴. 80. maddede, icranın mücessem hale gelmesini sağlayan tesbit işlemi lafzen hükme alınmış ve bu hak da münhasıran icracı sanatçıya tanınmıştır³⁹⁵. Arkan’a göre, icracı sanatçının icranın tesbitine izin vermiş olması, tesbitin çoğaltılmasına da izin verdiği anlamına gelmemektedir; zira hakların kullanılması birbirinden bağımsızdır³⁹⁶.

İcra sanatçıları bu haklarını uygun bir bedel karşılığında sözleşme ile yapımcıya devredebilirler (80/1-A.5). Nitekim icra üzerindeki hakların kullanılması, genellikle gerekli alt yapı ve yayımı sağlayabilecek yapım şirketlerine bırakılmaktadır. İcra, bir orkestra, koro veya tiyatro grubu tarafından gerçekleştirilmesi halinde, orkestra veya koroda yalnız şefin, tiyatro grubunda ise yalnız yönetmenin izni yeterlidir. Ayrıca bir müteşebbisin girişimi ile ve bir sözleşmeye dayanılarak gerçekleştirilen icralar için müteşebbisin de izninin alınması gereklidir. (80/1-A.6,7)

İcra sanatçının eser sahibinden aldığı iznin mahiyetinin belirlenmesi gereği, icra üzerindeki hakların devri veya kullanma yetkisinin üçüncü kişilere bırakılacağı durumlarda daha ciddi bir boyut kazanmaktadır. Nitekim eser sahibinin icracı sanatçıya verdiği izin, eserin yalnız bir defa icra edilmesini kapsıyorsa, izinli icra ile icracı sanatçının kendiliğinden doğan mali haklarının üçüncü kişiye devredilebilmesi

³⁹⁴ EREL, s.162-164

³⁹⁵ Tekinalp, icranın tesbiti için verilen iznin, icracı sanatçının icrası üzerindeki mutlak hakkını üçüncü kişi lehine sınırlandıran, hukuki işlem benzeri bir irade açıklaması olduğunu ifade etmektedir. İcra tesbiti ve icradan doğan diğer mali haklar için üçüncü kişilere verilebilecek iznin şekli ve hukuki sonuçları için bkz.: TEKİNALP, s.259 v.d. ; ARKAN, s. 113 v.d.

³⁹⁶ ARKAN, s.77 ; aksi görüş için bkz. BAYGIN, Bağlantılı Haklar, s.310-311

halinde, eser sahibinin bu hususta bir men yetkisi olup olmadığı ve icracının diğer salahiyetleri kullanma hakkı varsa bunun kaynağının ne olduğu tartışmalıdır. Erel, icracı sanatçı eser sahibinden sırf bir defaya mahsus vasıtasız icra ve temsil için izin almış olsa dahi, bu icranın iktisaden değerlendirilmesine yarayacak hakların da icracıya tanındığı ve bu icra ile sınırlı kalmak kaydı ile icracı sanatçının icrası üzerindeki müteakip tasarruflara da hak sahibi sayılacağını kabul etmekteyken³⁹⁷ Arkan, FSEK 52. md. çerçevesinde, eser sahibinin bir mali hakkını devretmiş olmasının, diğer mali hakların da devredildiği anlamına gelmeyeceği, ancak burada doğrudan kanunun tanıdığı bağlantılı haklar çerçevesinde yorum yapılarak bu haklara icracının münhasıran sahip kılındığının kabulü gerektiği görüşündedir³⁹⁸. Bununla beraber doktrinde diğer bir görüşe göre, eser sahibi ile icracı sanatçının hakları birbirinden bağımsız ve ayrı ayrı mevcuttur. Bu sebeple icra edilen eseri kullanmak isteyen üçüncü kişiler, sadece icracının iznine değil, eser sahibinin iznine de ihtiyaç duyar³⁹⁹.

İcra sanatçıların hakları üzerindeki koruma süresi, icranın tesbitinin ilk yayınlandığı tarihten, yayınlanmamışsa icranın ilk aleniyet kazandığı tarihten itibaren 70 yıldır (FSEK md. 82). İcra üzerindeki mali hakların miras yoluyla intikal edip etmeyeceği ise tartışmalıdır. Bazı müellifler, icra üzerindeki mali hakların mirasçılara intikal etmeyeceği kanaatindeyken⁴⁰⁰, bazıları, icracı sanatçının, hayattayken icrasının tesbitine, çoğaltılması ve yayılmasına izin vermiş olması şartıyla bu hakkın mirasçılara intikal edeceği görüşündedir⁴⁰¹. FSEK'nun, koruma süresi olarak yayım veya alenileşmeden itibaren 70 yıllık bir süre tanınmasının, kanun koyucunun, bu hakların mirasçılara da intikal edeceğini öngördüğüne işaret ettiği kanaatindeyiz. Kaldı ki, icra üzerindeki haklar, eser sahibinin mali haklarına paraleldir ve eser sahibinin mali hakları miras yoluyla intikal ederler.

FSEK'nun icracı sanatçılarla ilgili hükümleri; Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan, veya Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmamakla birlikte; icraları, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde gerçekleştirilen, bu Kanun hükümlerinin uygulandığı

³⁹⁷ EREL, s. 213-214

³⁹⁸ ARKAN, s.57 v.d.

³⁹⁹ BAYGIN, Bağlantılı Haklar, s.311

⁴⁰⁰ AYİTER, s.80

⁴⁰¹ EREL, s.215-216

ses taşıyıcılarına dahil edilen ve bir ses taşıyıcısına tespit edilmemiş ancak bu Kanun hükümlerinin uygulandığı fonogramlara veya ilk film tespitlerine dahil edilen ve bir fonograma veya bir filme tespit edilmemiş ancak bu Kanun hükümlerinin uygulandığı radyo-televizyon yayınlarıyla yayınlanan, icracı sanatçılara uygulanır (md.82/1). FSEK'nun bağlantılı haklarla ilgili hükümleri ayrıca, Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu bir uluslararası antlaşma hükümlerine göre korunan icracı sanatçılara, yapımcılara ve radyo-televizyon kuruluşlarına da uygulanır (md.80/4).

b- Fonogram Yapımcıları ve Hakları

FSEK 80/1.B maddesi ile, bir icra ürünü olan veya sair sesleri ilk defa tespit eden fonogram yapımcıları da komşu hak sahibi sayılmışlardır. “Fonogram” Kanununun 1/B-f maddesinde “*sinema eseri gibi görsel-işitsel eserler içindeki ses tespitleri hariç olmak üzere, bir icrada yer alan seslerin veya diğer seslerin veya ses temsillerinin tespit edildiği ses taşıyıcısı fiziki ortam*” olarak tanımlanmış, 1. maddesinde de fonogram yapımcının, “seslerin ilk tespitini yapan” kişi olduğu ifade edilmiştir. “Ses taşıyıcısı fiziki ortam”dan kasıt; CD, plak, kaset gibi ses kaydedilebilen cisimlerdir. Tespit ise kanunda, “seslerin veya ses temsillerinin veya ses ve görüntülerin anlaşılabilir, çoğaltılabilir veya iletilebilir şekilde bir araca kaydedilmesi işlemi” olarak tanımlanmıştır (FSEK md.1/B-e).

Fonogram yapımcısı, yapım için gerekli örgütü kurup organizasyon ve alt yapıyı sağlayarak ses icrasını veya sesleri ilk tesbit eden gerçek veya tüzel kişidir⁴⁰². Eser yahut icrayı çoğaltma ve tekrara yarayacak vasıta ve aletlerin imali için bir müteşebbis olarak sermaye yatırmakta, örgüt kurmakta, organizasyon yapmaktadır. Bu tür vasıta ve aletlerin haksız surette kolayca kopyalanmaları mümkün olduğundan, yapımcının bu tür tecavüzlere karşı korunması gerekmiştir. Yapımcıya sağlanan korumanın hukuki dayanağı, haksız rekabettir⁴⁰³.

Kanununun 80/1-B maddesinde, yapımcısı korunan fonogramların içeriği için “bir icra ürünü olan veya sair sesler” ifadesi kullanılmıştır. Eser icrasının tesbiti niteliğinde olmayan seslerin tesbitini içeren fonogramların da komşu hak sahipliği bahşedip etmeyeceği konusunda farklı görüşler vardır. Arkan, genel kabul gören

⁴⁰² ARKAN, s.137 ; TEKİNALP, s.265 ; EREL, s.217-218

⁴⁰³ EREL, 218-219

görüŖe göre eser icrası niteliğinde olmayan seslerin tesbit edildiği fonogramların da bu kapsamda mütalaa edildiğini kabul etmekle beraber; seslerin tesbitine ilişkin korumanın sadece bir eserin icrasını içerdiği hallere indirgenmesi gerektiği görüşündedir⁴⁰⁴.

Fonogram yapımcısının, komŖu hak sahibi olarak kendisine tanınan bağlantılı haklara sahip olması ve bunları kullanması için; hem eser sahibinden eser üzerindeki tesbit hakkını, hem de icracı sanatçıdan icra üzerindeki tesbit hakkını kullanma yetkisini devralması şarttır (md. 80/1.B). Doktrinde, tesbitin, eser ve sahibi ve/veya icracı sanatçıdan mali hakları kullanma yetkisi devralarak kullanılabileceğini öne süren yazarlar⁴⁰⁵ karşısında, sadece tesbit hakkına ilişkin, ruhsat niteliğinde bir izin alınması ile kanunda yapımcıya tanınan haklara sahip olunabileceğini ileri süren yazarlar da⁴⁰⁶ vardır.

Korunan bu hakkın konusu, eser veya eserin icrası değil, bunların tesbit veya tekrarına yarayan araçlar ile bunları imal eden kişilerdir⁴⁰⁷. Kanunun 80/1-B maddesinde, fonogram yapımcısına tanınan mali haklar sayılmış olup, yapımcının manevi bir hakkı bulunmamaktadır. Buna göre, eser sahibinin ve icracı sanatçının izni ile yapılan tespit üzerinde;

- doğrudan veya dolaylı olarak çoğaltılması, dağıtılması, satılması, kiralanması ve kamuya ödünç verilmesi hususlarında izin verme veya yasaklama hakları münhasıran fonogram yapımcısına aittir. Yapımcılar tespitlerinin işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletimine ve yeniden iletimine izin verme hususunda münhasıran hak sahibidir,

- fonogram yapımcısı, yurt içinde henüz satıŖa çıkmamıŖ veya başka yollarla dađıtılmamıŖ tespitlerinin aslının veya çođaltılmıŖ nüshalarının satıŖ yoluyla veya diğer yollarla dağıtılması hususunda izin verme ve yasaklama hakkına sahiptir,

- fonogram yapımcısı, icraların tespitlerinin telli veya telsiz araçlarla satıŖı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılmasına veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda tespitlerine ulaŖılmasını sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkına sahiptir.

⁴⁰⁴ ARKAN, s.129

⁴⁰⁵ TEKİNALP, s.265

⁴⁰⁶ ARKAN, s.142-143

⁴⁰⁷ EREL, s.218

Görüldüğü üzere, gerekli izinleri sağlayarak tesbiti gerçekleştiren fonogram yapımcısına, gerçekleştirdiği tesbit ve bu tesbiti sağlayan araçlar üzerinde tanınan haklar, işleme hakkı hariç, eser sahibinin eseri üzerindeki mali hakları ile paraleldir. Ayrıca, fonogramlara tespit edilmiş icraların ve filmlerin, her ne şekilde olursa olsun umuma iletilmesi halinde, bunları kullananlar, eser sahiplerinin yanı sıra, icracı sanatçılara ve yapımcılara veya ilgili alan meslek birliklerine de bu kullanımlara ilişkin uygun bir bedeli ödemekle yükümlüdürler (md. 80/3).

FSEK'nun fonogramlar ile ilgili hükümleri; yapımcıları Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan, veya Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde bulunan fonogramlara uygulanır (md.82/2). FSEK'nun bağlantılı haklarla ilgili hükümleri ayrıca, Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu bir uluslararası antlaşma hükümlerine göre korunan icracı sanatçılara, yapımcılara ve radyo-televizyon kuruluşlarına da uygulanır (md.80/4). Yapımcıların, gerçekleştirdikleri tesbitler üzerindeki hakları için koruma süresi, ilk tespitin yapıldığı tarihten itibaren yetmiş yıldır (md.82/6)

c- Radyo ve Televizyon Kuruluşları ve Hakları

Radyo televizyon kuruluşlarının, yayınları üzerindeki hakları FSEK'nda komşu haklar kapsamında koruma altına alınmıştır. Bu kuruluşlara yayınları üzerinde haklar tanınması, bir yönüyle, yapımcılar için olduğu gibi organizasyon ve yatırım sahibini koruma amacı taşımakta; bir yönüyle de yayınlarının çoğu zaman “eser” ya da “icra” mahiyetinde olmalarına dayanmaktadır.

Bu kuruluşlar, bir eser yaratmak üzere gerçek kişileri istihdam ederek yayınlarında bu eserin icra ve temsiline yer verebilir; asıl eser sahibinden eserin radyo ile yayın hakkını devralıp eseri yayınlabilir; icracı sanatçı ile yaptığı sözleşmeyle icrayı bizzat tesbit edip yayınlabilir; yapımcı ile sözleşme yaparak onun gerçekleştirdiği tesbiti yayınlabilir⁴⁰⁸.

Radyo televizyon kuruluşlarının komşu hak sahibi sayılmaları için, yayınlarında bir fikir ve sanat eserine veya bir eserin icra yahut temsiline yer vermiş olmaları gerektiği görüşü⁴⁰⁹ karşısında, eser niteliği taşımayan yayınlarının da bağlantılı haklar kapsamında korunacağına dair görüşler de⁴¹⁰ mevcuttur.

⁴⁰⁸ EREL, s.222

⁴⁰⁹ EREL, s.223

⁴¹⁰ TEKİNALP, s.266

Kanunun 80/1-C maddesinde, radyo televizyon kuruluşlarına, yayınladıkları programlar üzerinde tanınan mali haklar sayılmış olup, bu kuruluşların manevi bir hakkı bulunmamaktadır. Buna göre, radyo-televizyon kuruluşları, gerçekleştirdikleri yayınlar üzerinde;

- yayınlarının tespit edilmesine, diğer yayın kuruluşlarınca eş zamanlı iletimine, gecikmeli iletimine, yeniden iletimine, uydu veya kablo ile dağıtımına izin verme veya yasaklama,
- özel kullanımlar hariç olmak üzere, yayınlarının herhangi bir teknik veya yöntemle, doğrudan veya dolaylı bir şekilde çoğaltılmasına ve dağıtımına izin verme veya yasaklama,
- yayınlarının umuma açık mahallerde iletiminin sağlanmasına izin verme veya yasaklama,
- tespit edilmiş yayınlarının, gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda yayınlarına ulaşılmasını sağlamak suretiyle umuma iletimine izin verme,
- haberleşme uyduları üzerindeki veya kendilerine yöneltilmiş olan yayın sinyallerinin diğer bir yayın kuruluşu veya kablo operatörü veya diğer üçüncü kişiler tarafından umuma iletilmesi ve şifreli yayınlarının çözülmesine ilişkin izin verme veya yasaklama,

hususlarında münhasıran hak sahibidir.

Kanunun 43. maddesi⁴¹¹ ile, radyo televizyon kuruluşlarının, yayınlayacakları sahneye konmuş eserler için hak sahiplerinden ve diğer eserlerin mali haklarını kullanma yetkisine sahip meslek birliklerinden izin almak ve bunlar için ücret ödemek zorunda oldukları hükme bağlanmıştır. Ancak, diğer komşu hak sahiplerinin hak sahibi olabilmeleri, eser veya icra sahiplerinden izin alma şartına bağlanmışken, radyo televizyon kuruluşları için böyle bir şarta yer verilmemiştir. Bu çerçevede maddenin mevcut durumu itibariyle, radyo televizyon kuruluşlarının izin almadan yaptıkları yayınlar için eser sahiplerine karşı mükellefiyet altında olacakları tartışmasız olmakla beraber; hak sahibi olmaları izin şartına bağlanmadığı için, izinsiz

⁴¹¹ Doktrinde, radyo televizyon kuruluşlarının alacakları izin için meslek birliklerini muhatap gösteren FSEK 43. maddesi düzenlemesinin, asıl hak sahibinin hakları üzerindeki yetkilerinin kaybına yol açacağı için Anayasa'nın 36. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. (ARKAN, s.182)

gerçekleştirdikleri yayınlar için dahi bağlantılı hak sahibi olabilecekleri sonucuna varılmaktadır.

FSEK'nun radyo-televizyon yayınlarıyla ilgili hükümleri; merkezleri Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde olan, veya Türkiye Cumhuriyeti sınırları içindeki yansıtıcı ile yayınlanan radyo-televizyon programlarına uygulanır (md. 82/3). Ayrıca Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu bir uluslararası antlaşma hükümlerine göre korunan radyo-televizyon kuruluşları da, bağlantılı hakların tanıdığı korumadan faydalanacaktır (md.82/4).

Radyo-televizyon kuruluşlarının yayınları üzerindeki haklarının koruma süresi, programın ilk yayınlandığı tarihten itibaren 70 yıldır (md.82/son).

ii- FİLM YAPIMCILARI VE HAKLARI

Film yapımcısı⁴¹², filmi üreten, imal eden, filmin gerçekleşmesi için gerekli olan parayı bulan, örgütü kuran, çoğu zaman yönetmeni, hatta senaryo yazarı ve özgün müzik bestecisini seçen; sinema eserini sermayesi ve örgütlenme gücüyle gerçekleştirip, filme, yani şerit üzerine tesbit eden kişidir⁴¹³. FSEK, 1995 yılında 4110 s.Kanunla yapılan değişiklikten önce sinema eseri sahibi olarak doğrudan ve müstakilen film yapımcısını tanımaktayken, bu kanunla yönetmen, özgün müzik bestecisi ve senaryo yazarı eserin birlikte sahibi sayılmıştır. 2001 yılında 4630 sayılı Kanunla yapılan son değişiklikle, diyalog yazarı da eser sahipleri birliğine dahil edilmiş ve film yapımcısı, bağlantılı hak sahipleri arasında yerini almıştır.

Doktrinde, 80/2. md. hükmü ile, film tesbitinin yapılabilmesi için, eser sahibinin mali hakları kullanma yetkisini film yapımcısına devretmesi şartı getirildiğini kabul eden yazarlar⁴¹⁴ karşısında, film yapımcısının sadece tesbit hakkına ilişkin izni almasının, bağlantılı haklara sahip olabilmesi için yeterli olduğunu⁴¹⁵ öne süren yazarlar da vardır. Ancak FSEK 80/2. maddede, “filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcısı, eser sahibinden ve icracı sanatçıdan mali hakları kullanma yetkisini devraldıktan sonra aşağıda belirtilen haklara sahiptir” ifadesi yer

⁴¹² Arkan, bağlantılı hakları düzenleyen FSEK 80. maddesinde “film yapımcısı” ifadesi kullanılmış ise de, her film yapımcısının değil, sadece eser niteliği taşıyan sinema eseri yapımcısının bağlantılı hak sahibi sayılması gerektiğini öne sürmektedir (ARKAN, s.201)

⁴¹³ TEKİNALP, s.255-256,267

⁴¹⁴ TEKİNALP, s.268

⁴¹⁵ ARKAN, s.207-208

almaktadır. Madde metni itibariyle, film yapımcısının, mali hakları kullanabilmesi, eser sahibinden ve icracı sanatçıdan mali hakları kullanma konusunda alacağı muvafakate bağlıdır. Film yapımcısının, eser sahibi ve icracı sanatçılardan alacağı izin, FSEK 52. md. çerçevesinde yazılı olması gerekir.

FSEK 80/2-1. md. kapsamında, filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcısı, eser sahibinden ve icracı sanatçıdan mali hakları kullanma yetkisini devraldıktan sonra aşağıda belirtilen haklara sahiptir;

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

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

- Film yapımcısı, film tespitlerinin telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılmasına veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda tespitlerine ulaşılmasını sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkına sahiptir.

Film yapımcısının, film, yani şeritteki tesbit üzerindeki bu hakları, herkese karşı ileri sürülebilen, koruyucu mutlak bir “kullanım hakkı”dır. Bu hak, şeritteki tesbite ilişkindir, yoksa yapımcının sinema eseri üzerinde herhangi bir mali veya manevi hakkı yoktur; o sadece sinema eserinin tesbiti üzerindeki mali hakların “kullanılması”nı bir sözleşmeyle devren kazanabilir. Mali ve manevi haklar, eser sahibinde kalır⁴¹⁶. Bir sinema eserinde, olağan şekilde adı bulunan gerçek veya tüzel kişi aksine bir kanıt bulunmadıkça filmin ilk tespitini gerçekleştiren yapımcı olarak kabul edilir. (md.80/2-3)

Fonogramlara tespit edilmiş icraların ve filmlerin, her ne suretle olursa olsun umuma iletilmesi halinde, bunları kullananlar, eser sahiplerinin yanı sıra, icracı

⁴¹⁶ TEKİNALP, s.267-268

sanatçılara ve yapımcılara veya ilgili alan meslek birliklerine de bu kullanımlara ilişkin uygun bir bedeli ödemekle yükümlüdürler (md.80/2-2).

Sinema eserlerinin birlikte sahipleri filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren yapımcıya mali haklarını devrettikten sonra, sözleşmelerinde aksine veya özel bir hüküm bulunmadığı takdirde filmin dublajına veya alt yazı yazılmasına itiraz edemezler(md.80/2-4) Müzik eseri sahibi, filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren yapımcı ile yaptığı sözleşmedeki hükümler saklı olmak kaydıyla eserini yayımlama ve icra hakkını muhafaza eder (md.80/2-5).

FSEK'nun ilk film tesbitleri ile ilgili hükümleri; yapımcıları Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan, veya Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde bulunan filmlere uygulanır (md.82/2). FSEK'nun bağlantılı haklarla ilgili hükümleri ayrıca, Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu bir uluslararası antlaşma hükümlerine göre korunan icracı sanatçılara, yapımcılara ve radyo-televizyon kuruluşlarına da uygulanır (md.80/4). Yapımcıların, gerçekleştirdikleri tesbitler üzerindeki hakları için koruma süresi, ilk tespit yapıldığı tarihten itibaren yetmiş yıldır (md.82/6).

4- HAKLARIN KULLANILMASI

i- ALENİYET VE YAYIM

Hak sahibinin rızasıyla umuma arz edilen bir eser alenileşmiş sayılır (FSEK 7/1). Bir eserin alenileşmesinin fiili unsuru; eserin okunması, çalınması, temsili, teşhiri gibi yollarla, geniş veya dar yahut resmi veya gayri resmi bir çevrede umuma arz edilmesidir. İradi unsuru ise, eser sahibinin bizzat veya yetkilendireceği üçüncü kişiler vasıtasıyla eserinin kamuya sunulması hususundaki niyetidir⁴¹⁷.

Eser sahibi eserini, kendisinin sınırlarını belirleyemeyeceği üçüncü kişilerin eser hakkında bilgi sahibi olabilmesi sonucunu doğuracak şekilde açıklıyorsa, eser sahibinin eseri alenileştirme niyeti bulunduğu kabul edilecektir. Eser sahibinin eserini açıklaması, eseri üzerinde tasarrufta bulunması, bir güzel sanat eserinin satılması, bir sergide teşhiri, kamuya duyurma niyeti ile tek bir basın mensubuna göstermesi, aleniyet için yeterlidir. Ancak eserin incelenmesi için yayıncıya veya tiyatro idaresine

⁴¹⁷ ARSLANLI, s.43-44 ; EREL, s.105

gönderilmesi, akraba veya dost çevresinde açıklanması gibi hallerde, eserin alenileşmesi niyetinin varlığından bahsedilemez ve eser alenileşmiş sayılmaz⁴¹⁸.

Alenileşme, eserin bir şekilde umuma sunulmasıyla mümkün olduğundan, münhasıran eser sahibine tanınan “umuma arz” (md.14) manevi hakkının kullanılması sonucu eser aleniyet kazanacaktır. Nitekim kanun 7/1. maddesinde, eserin alenileşmiş sayılması için hak sahibinin rızası ile umuma arz edilmesi şartını aramıştır. Hakim olan görüş, kanunun ifadesi çerçevesinde, eserin, eser sahibinin rızasıyla açıklanması halinde aleniyetin söz konusu olacağı⁴¹⁹ yönünde olmakla beraber Erel, aleniyetin fiili bir durum olduğunu ve sahibinin rızası olsun olmasın bir defa umuma arz edilen eserin alenileşmiş sayılacağını ileri sürmektedir⁴²⁰. FSEK, eserin alenileşmesi ve alenileşmemiş olması hallerini; eser sahibi, mirasçıları veya üçüncü şahıslar için farklı hukuki sonuçlara bağlamaktadır. Bu açıdan eserin alenileşmiş olup olmadığı, alenileşmişse zamanı, önem taşımaktadır. Biz de, eser sahibinin rızası bulunmadığı halde, üçüncü kişilerin “umuma arz” hakkına tecavüz ederek eseri açıklamalarıyla, aleniyete bağlanan hukuki sonuçların gerçekleşmeyeceği kanaatindeyiz.

Doktrinde tartışmalı olan diğer bir konu, henüz açıklanmamış olan eser üzerindeki hakların niteliğidir. Bir kısım müellif, eser sahibinin alenileşmemiş eseri üzerindeki haklarının şahsiyet hakları olduğunu kabul ederken⁴²¹, bizim de katıldığımız karşı görüşe göre, eser henüz alenileşmiş olmasa da eser sahibinin eseri üzerinde eser sahibi olmaktan doğan mutlak hakları mevcuttur⁴²².

Bir eserin umuma arz edilip edilmemesini, yayımlanma zamanını ve tarzını münhasıran eser sahibi tayin eder. Bütünü veya esaslı bir kısmı alenileşmemiş olan, yahut ana hatları her hangi bir suretle henüz umuma tanıtılmayan bir eserin muhtevası hakkında ancak o eserin sahibi malumat verebilir (md.14), henüz alenileşmemiş bir eserden her ne şekil ve tarzda olursa olsun faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir (md.20/1), eser üzerindeki hakların koruma süresi, eserin alenileşmesinden önce cereyana başlamaz (md.26/3), yayımlanmış bir eserin⁴²³; tüm

⁴¹⁸ AYİTER, s.108 ; ARSLANLI, s.44

⁴¹⁹ HIRSCH, s.59 ; AYİTER, s.107 ; ARSLANLI, s.43

⁴²⁰ EREL, s.104

⁴²¹ ARSLANLI, s.42-43

⁴²² AYİTER, s.107

⁴²³ “Hükümde yer alan ‘yayımlanmış eser’ deyimini, güzel sanat ve sinema eserlerini de kapsayacak şekilde ‘alenileşmiş eser’ olarak anlamak gerekir.” (EREL, s.247)

eğitim ve öğretim kurumlarında, yüz yüze eğitim ve öğretim maksadıyla doğrudan veya dolaylı kâr amacı gütmeksizin temsili, eser sahibinin ve eserin adının mutad şekilde açıklanması şartıyla serbesttir (md.33), eğitim ve öğretim için seçme ve toplama eserler meydana getirirken maksadın haklı göstereceği nispette iktibas yapılması serbestisi ancak alenileşmiş eserler için söz konusudur (md.34/1), bir eserin bazı cümle ve fıkralarının müstakil bir ilim ve edebiyat eserine alınması; bir bestenin parçalarının müstakil bir musiki eserine alınması; güzel sanat eserlerinin ve yayımlanmış diğer eserlerin, maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde ve münderecatını aydınlatmak maksadıyla bir ilim eserine konulması; güzel sanat eserlerinin ilmi konferans veya derslerde, konuyu aydınlatmak için projeksiyon ve buna benzer vasıtalarla gösterilmesi hususunda tanınan serbesti, ancak alenileşmiş eserler için söz konusudur (md.35/1) eser sahibinin veya mirasçılardan birinin mülkiyeti altında bulunan bir eserin müsvedde veya asılları ile sinema eserleri hariç olmak üzere eserler üzerindeki mali haklar; eser henüz alenileşmemişse kanuni veya akdi bir rehin hakkının, cebri icranın veya hapis hakkının konusu olmaz (md.61), eseri birlikte vücuda getirenlerden biri, eserin tamamlanmasından yahut alenileşmesinden önce ölürse hissesi, diğerleri arasında taksime uğrar (md.64/1), alenileşmemiş bir eserin sahibinin rızası bulunmaksızın umuma arzı, eser sahibine, tecavüzün ref'ini (md.67/1) ve failin cezalandırılmasını (md.71/1) talep hakkı sağlar.

FSEK 7/2. maddesi “bir eserin aslından çoğaltma ile elde edilen nüshaları hak sahibinin rızasıyla satışa çıkarılma veya dağıtılma yahut diğer bir şekilde ticaret mevkiine konulma suretiyle umuma arz edilirse o eser yayımlanmış sayılır” hükmünü taşımaktadır. Yayımda da yine hak sahibi ya da yetkilendirdiği kişinin rızası aranacaktır ve yayım da eserin alenileşmesi sonucunun doğurur. Ancak yayımda fiili unsur alenileşmeye nispeten daha dardır⁴²⁴. Zira eserin yayımlanması, alenileşmesi sonucunu doğuracağı halde, yayımlanmayan esere de aleniyet kazandırılması mümkündür. Doktrinde bazı müellifler, sadece eserin çoğaltılmış nüshalarının

⁴²⁴ ARSLANLI, s.44-45 ; AYİTER, s.110

yayıma konu olacağını ifade ederken⁴²⁵, karşıt görüş, eserin aslının da yayıma konu olabileceği doğrudur⁴²⁶.

Yayım, genellikle satmak, bedel karşılığı kamuya ödünç vermek ya da kiraya vermek suretiyle eserin ticari alana çıkarılması şeklinde kendisini göstermekle beraber, eser veya eser nüshalarının ticari maksat taşımaksızın dağıtılması veya kamuya ödünç verilmesi de yayım sayılır. Ticari yazılım mahiyetindeki bilgisayar programlarında alenileşme” ise, yazılımın genellikle beta sürümünün⁴²⁷, yazılımla uğraşan kişi ve kuruluşlarının eleştirisine sunulmak üzere tevdi edilmesiyle gerçekleşir⁴²⁸.

Bern Sözleşmesi, anlaşmaya taraf olan devlet vatandaşlarının eserleri üzerindeki korumanın sağlanması için, eserin yayımlanmış veya ilk olarak taraf devletlerden birinde yayımlanmış olmasını aramaktadır. Ayrıca sözleşmeye taraf olmayan ülkelerin vatandaşlarına ait eserler şayet taraf ülkelerden birinde yayımlanmışsa, bu eserler de korunacaktır. Eserin, ilk yayımından itibaren 30 gün içinde başka bir ülkede de yayımlanması halinde, eserin aynı anda yayımlanmış olacağı kabul edilir. Ancak bu ülkelerden biri sözleşmeye taraf değilse, taraf devlette gerçekleşen yayım, eserin yayım tarihi sayılır⁴²⁹.

Bir eserin umuma arz edilip edilmemesini, yayımlanma zamanını ve tarzını münhasıran eser sahibi tayin eder (md.14/1), eseri, sahibinin adı veya müstear adı ile yahut adsız olarak, umuma arz etme veya yayımlama hususunda karar vermek salahiyeti münhasıran eser sahibine aittir (md.15/1), bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak hakkı münhasıran eser sahibine aittir (md.23/1), forma veya fasikül halinde yayımlanan eserlerde son forma veya fasikülün yayımlandığı tarih, eserin aleniyeti tarihi sayılır. Fasıla ile yayımlanan müteaddit ciltlerden müteşekkil eserlerin her bir cildi ile bülten, risale, mevkute ve yıllıklar gibi eserlerde aleniyet tarihi bunlardan her

⁴²⁵ AYİTER, s.109, 134 ; EREL, s. 106,170-171 ; ARSLANLI s.102 ; bu görüşü benimseyen bazı yazarlar, güzel sanat eserlerinin istisna teşkil ettiğini, bu eserlerin asıllarının satışı, kiralanması veya ödünç verilmesinin yayma kapsamında olduğunu kabul etmektedirler. Bkz. EREL, s.172

⁴²⁶ TEKİNALP, s.174

⁴²⁷ “Bir programın beta sürümü, o programın yazılıp bitirildikten sonra hata, eksiklik veya zaafının belirlenmesi amacıyla olabildiğince yaygın olarak test edilmesi için yazılımla uğraşan kişi ya da kuruluşlara ücretsiz olarak dağıtılan, piyasaya sürülmeden önceki son taslak kopyasıdır.” (KAYPAKOĞLU, s.72, dn.275)

⁴²⁸ KAYPAKOĞLU, s.72

⁴²⁹ AYİTER, s.111 ; EREL, s.108-109

birinin yayımlanma tarihidir (md.26/4), resmen yayımlanan veya ilan olunan kanun, tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge ve kazai kararların çoğaltılması, yayılması, işlenmesi veya her hangi bir suretle bunlardan faydalanma serbesttir (md.31), yayımlanmış bir eserin⁴³⁰; tüm eğitim ve öğretim kurumlarında, yüz yüze eğitim ve öğretim maksadıyla doğrudan veya dolaylı kâr amacı gütmeksizin temsili, eser sahibinin ve eserin adının mutad şekilde açıklanması şartıyla serbesttir (md.33), eğitim öğretim gayesiyle meydana getirilecek seçme ve toplama eserler için öngörülen iktibas serbestisi, ancak yayımlanmış eserlerden yapılacak iktibaslarda mümkündür (md.34/1), yayımlanmış bir bestenin en çok tema, motif, pasaj ve fikir nevinden parçalarının müstakil bir musiki eserine alınmak suretiyle iktibas veya yayımlanmış diğer eserlerin, maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde ve münderecatını aydınlatmak maksadıyla bir ilim eserine konulması serbesttir (md.35/1.2-3) ; basın veya radyo tarafından umuma yayılmış bulunan günlük havadisler ve haberler serbestçe iktibas olunabilir, ayrıca gazete veya dergilerde yayımlanmış olan içtimai, siyasi veya iktisadi günlük meselelere müteallik makale ve fıkraların iktibas hakkı sarahaten mahfuz tutulmamışsa aynen veya işlenmiş şekilde diğer gazete ve dergiler tarafından alınması ve radyo vasıtasıyla veya diğer bir suretle yayılması serbesttir (md. 36/1-2).

ii- KORUMA SÜRESİ

Fikir ve sanat eserleri üzerinde eser sahibine tanınan mali haklar, zamanla sınırlandırılmıştır. Koruma süresi dolduktan sonra herkes, eser sahibine tanınan mali haklardan faydalanabilir. Ancak koruma süresi, eser üzerindeki mali haklar için geçerlidir. Manevi haklara dair koruma, mali haklardaki gibi 70 yıla sınırlı değildir. Fikir ve sanat eserleri kültür varlıkları olduklarından, eser sahibinin eseri üzerindeki manevi hakları için ebedi koruma söz konusudur⁴³¹.

Mali haklar üzerindeki koruma süresi eser sahibinin yaşadığı müddetçe ve ölümünden itibaren 70 yıl devam eder (md.27/1). Ancak bu süre, eserin alenileşmesinden önce cereyana başlamaz (md.26/3). Sahibinin ölümünden sonra alenileşen eserler için koruma süresi ise ölüm tarihinden itibaren 70 yıldır (md.27/2).

⁴³⁰ “Hükümde yer alan ‘yayımlanmış eser’ deyimini, güzel sanat ve sinema eserlerini de kapsayacak şekilde ‘alenileşmiş eser’ olarak anlamak gerekir.” (EREL, s.247)

⁴³¹ TEKİNALP, s.153 ; aksi görüş için bkz. EREL, s.113 v.d.

Umuma arz, hak sahibinin rızası hilafına meydana gelmiş ve eser, sahibinin rızası hilafına alenileşmişse, bu alenileşme koruma süresinin işlemeye başlamasını sağlamaz; meğer ki, eser sahibi zımni veya açık bir icazet vermiş olsun⁴³².

Sahibinin adı belirtilmeden yayımlanan eserler için koruma süresi, eserin aleniyet tarihinden sonra 70 yıldır; meğer ki eser sahibi bu sürenin bitmesinden önce adını açıklamış bulunsun (md.27/3).

Eser sahibi birden fazlaysa, koruma süresi son hayatta kalan eser sahibinin ölüm tarihi nazara alınarak hesaplanır (md.27/1, 26/6). İştirak halinde eser sahipliğinde koruma süresi, eser sahiplerinden son sağ kalanın ölümü tarihinden başlar⁴³³. Müşterek eser sahipliğinde koruma süresi ise, her kısmın sahibi hakkında müstakilen cereyan eder⁴³⁴. Ancak ortak eser için koruma, eser sahiplerinden son sağ kalanın ölümü tarihinden başlar⁴³⁵.

Bir eserin aslı veya işlenmeleri için tanınan koruma süreleri birbirine tabi değildir (md.26/2).

Forma veya fasikül halinde yayımlanan eserlerde son forma veya fasikülün yayımlandığı tarih, eserin aleniyeti tarihi sayılır. Fasıla ile yayımlanan müteaddit ciltlerden müteşekkil eserlerin her bir cildi ile bülten, risale, mevkute ve yıllıklar gibi eserlerde aleniyet tarihi bunlardan her birinin yayımlanma tarihidir (md.26/4).

İlk eser sahibi tüzel kişi ise, koruma süresi aleniyet tarihinden itibaren 70 yıl (md.27/4), veri tabanı yapımıcısına sağlanan koruma ise, aleniyet tarihinden itibaren on beş yıldır (Ek md.8/son).

Eser sahibinin ölümünden itibaren başlayan sürelerin hesabında, eser sahibinin öldüğü seneyi takip eden yılın ilk günü; aleniyet tarihinden başlayan sürelerin hesabında ise eserin ilk defa alenileştiği veya alenileşmiş sayıldığı seneyi takip eden yılın ilk günü, başlangıç tarihi sayılır (md.26/5-6).

Kanun, koruma süresinin kaldırılmasını veya koruma süresi dolsa dahi korumanın devamını sağlayan istisnalar öngörmüştür. Memleket kültürü için önem arz eden, Türkiye'de veya Türkiye dışında Türk vatandaşları tarafından vücuda getirilmiş olan ve aynı zamanda yayımlanmış nüshaları iki yıldan beri tükenmiş

⁴³² HIRSCH, s.59

⁴³³ ARSLANLI, s.71

⁴³⁴ ARSLANLI, s.73, ÖZTRAK, s.44

⁴³⁵ HIRSCH, s.85

bulunduğu halde hak sahibinin uygun bir süre içinde yeni bir baskısını yapmayacağı tespit edilen eserler üzerindeki mali haklardan faydalanma salahiyeti, bir kararname ile ve hak sahiplerine münasip bir bedel ödenerek koruma süresinin bitiminden önce kamuya mal edilebilir (md.47). Çoğaltma ve yayımı eser sahibi tarafından açıkça men edilmemiş olan ve umumi kütüphane, müze ve benzeri müesseselerde saklı bulunan henüz yayımlanmamış veya alenileşmemiş eserler, mali haklarla ilgili koruma süresi dolmuş olmak şartıyla, bulunduğu kamu kurum ve kuruluşuna ait olur (md.46).

iii- KORUMANIN KANUNİ SINIRLARI

FSEK, fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakların korumasını, bazı sınırlamalara tabi tutmuştur. Bu sınırlamaların bir kısmı, hak sahiplerinin haklarını kullanabilmelerini engellemekte, bir kısmı ise üçüncü kişilerin eserden, hak sahibinin iznini almadan yararlanabilmelerinin yolunu açmaktadır.

Hakların sınırlanmasına ilişkin hükümlere, kanunun 30. ila 47. maddelerinde yer verilmiş ve bu sınırlamalar “amme intizamı mülahazasıyla”, “genel menfaat mülahazasıyla”, “hususî menfaat mülahazasıyla” ve “hükümete tanınan yetkiler” başlıkları altında sınıflandırılmıştır. Bunların yanında FSEK 80. madde ile bağlantılı haklar üzerindeki sınırlamalara yer verilmiştir. Bu sınırlamalara, fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakları ve bağlantılı hakları incelerken, yeri geldikçe değinmiştik. Bu sınırlamaların önemi, eser üzerinde hak sahibi olanların bu haklarının cezai muhafazasında ortaya çıkan istisnalar olmalarında kendisini göstermektedir. Nitekim kanunun, üçüncü kişilere eserden yararlanma hakkı tanınması şeklinde ortaya çıkan bu sınırlamalar, kanuni çerçeveye riayet edilerek uygulanmaları halinde birer hukuka uygunluk sebebi oluşturmaktadırlar.

a- Amme İntizamı Mülahazasıyla Sınırlama

FSEK, eser üzerindeki hakların amme intizamı amacıyla sınırlanmasını düzenlediği 30. maddesi ile; eserin ispatı maksadıyla mahkeme ve diğer resmi makamlar huzurunda veya zabıta ve ceza işlerinde bir muameleye konu teşkil etmek üzere kullanılması serbestisi getirmiş, ayrıca fotoğraf eserlerinin genel emniyetin sağlanabilmesi amacıyla veya adli maksatlar için sahibinin rızası alınmaksızın, resmi makamlar veya bunların emriyle başkaları tarafından her şekilde çoğaltılıp yayılabileceğini hükme bağlamıştır.

30/2. madde hükmü ile, eserin her hangi bir suretle ticaret mevkiine konmasını, temsilini veya diğer şekillerde kullanılmasını meneden yahut müsaade veya kontrole bağlı tutan kamu hukuku hükümleri mahfuz tutulmuştur. Örneğin, hakaret (TCK md.125), suç işlemeye tahrik (TCK md.214), suçu ve suçluyu övme (TCK md.215), halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama (TCK md.216), müstehcenlik (TCK md.226), cinsel saldırı, cinayet ve intihara özendirme (Basın Kanunu md.20) gibi, farklı kanun hükümleri ile yasaklanan fiillerin gerçekleşmesine yol açacak surette eserin kullanılması hususunda, eser üzerinde hak sahibi olan kimsenin hak ve yetkileri sınırlandırılmaktadır.

b- Genel Menfaat Mülahazasıyla Sınırlama

Genel menfaat mülahazasıyla sınırlamayı düzenleyen 31. ila 37. maddelerde, mevzuat, içtihat ve nutukların, haberlerin, gazete münderecatlarının kullanılması ile eğitim öğretim amacıyla eserlerin derlemeye konu edilmesi ve sınırlı olarak başkasının eserinden iktibas yapılabilmesi serbestileri ile bu serbestilerin sınırları hükme bağlanmıştır.

Resmen yayımlanan veya ilan olunan kanun, tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge ve kazai kararların çoğaltılması, yayılması, işlenmesi veya her hangi bir suretle bunlardan faydalanma serbesttir (md.31). Bu serbesti, mevzuat ve içtihatların asılları hakkındadır, bunlar işlenmiş, mesela yabancı bir dile çevrilmiş veya şerh edilmişse, sair eserlerde olduğu gibi işleyenin tercüme ve şerh edilen kısımlar üzerindeki telif hakkı mahfuzdur⁴³⁶.

Büyük Millet Meclisinde ve diğer resmi meclis ve kongrelerde, mahkemelerde, umumi toplantılarda söylenen söz ve nutukların, haber ve malumat verme maksadıyla çoğaltılması, umumi mahallerde okunması veya radyo vasıtasıyla ve başka suretle yayımı serbesttir. Hadisenin mahiyeti ve vaziyetin icabı gerektirmediği hallerde söz ve nutuk sahiplerinin adı zikredilmeyebilir (32/1-2). Hüküm, toplum ve devlet hayatında önemi olan ve gizliliği bulunmayan her türlü toplantıda söylenen söz ve nutukları kapsamaktadır. Bununla beraber söz konusu serbesti, söz haline gelmeyen yazılı muhtıra, rapor, layiha ve benzerlerini kapsamaz⁴³⁷.

⁴³⁶ ARSLANLI, s.127

⁴³⁷ AYİTER, s.160

Yayımlanmış bir eserin⁴³⁸; tüm eğitim ve öğretim kurumlarında, yüz yüze eğitim ve öğretim maksadıyla doğrudan veya dolaylı kâr amacı gütmeksizin temsili, eser sahibinin ve eserin adının mutata şekilde açıklanması şartıyla serbesttir (md.33).

Eser ve eser sahibinin adını mutata şekilde zikretmek ve ayrıca sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar vermemek veya eserden normal yararlanma ile çelişmemek kaydıyla, yayımlanmış musiki, ilim ve edebiyat eserlerinden ve alenileşmiş güzel sanat eserlerinden, maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde iktibaslar yapılmak suretiyle, hal ve vaziyetinden eğitim ve öğretim gayesine tahsis edildiği anlaşılan seçme ve toplama eserler vücuda getirilmesi ve Milli Eğitim Bakanlığı tarafından onanan, münhasıran okullara mahsus radyo yayımları oluşturulması serbesttir. Ancak her nevi fotoğraf eserleri, haritalar, planlar, projeler, krokiler, resimler, coğrafya ve topografyaya ait maket ve benzerleri, mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri, mimari maketler, endüstri, çevre ve sahne tasarım ve projeleri ile tablolar, resimler, desenler, pasteller, gravürler, güzel yazılar ve tezhipler, kazıma, oyma, kakma veya benzeri usullerle maden, taş, ağaç veya diğer maddelerle çizilen veya tespit edilen eserler, kaligrafi, serigrafi gibi eserler, sadece seçme ve toplama eserin münderecatını aydınlatmak üzere iktibas edilebilir (md.34).

Alenileşmiş bir eserin bazı cümle ve fıkralarının müstakil bir ilim ve edebiyat eserine alınması; yayımlanmış bir bestenin en çok tema, motif, pasaj ve fikir nevinden parçalarının müstakil bir musiki eserine alınması; alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ve yayımlanmış diğer eserlerin, maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde ve münderecatını aydınlatmak maksadıyla bir ilim eserine konulması; alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ilmi konferans veya derslerde, konuyu aydınlatmak için projeksiyon ve buna benzer vasıtalarla gösterilmesi, suretiyle yapılan iktibaslar serbesttir. İktibasın belli olacak şekilde yapılması lazımdır. İlim eserlerinde, iktibas hususunda kullanılan eserin ve eser sahibinin adından başka bu kısmın alındığı yer belirtilir (md.35).

İktibas edilen gazete, dergi ve ajansın ve eğer bunlar da başka bir kaynaktan alınmışlarsa o kaynağın adı, tarih ve sayısından başka makale sahiplerinin adı,

⁴³⁸ “Hükümde yer alan ‘yayımlanmış eser’ deyimini, güzel sanat ve sinema eserlerini de kapsayacak şekilde ‘alenileşmiş eser’ olarak anlamak gerekir.” (EREL, s.247)

müstear adı veya alameti zikredilmek şartıyla; Basın Kanunu'nun 15. maddesi⁴³⁹ hükmü mahfuz kalmak üzere basın veya radyo tarafından umuma yayılmış bulunan günlük havadisler ve haberler serbestçe iktibas olunabilir; gazete veya dergilerde çıkan içtimai, siyasi veya iktisadi günlük meselelere müteallik makale ve fıkraların iktibas hakkı sarahaten mahfuz tutulmamışsa aynen veya işlenmiş şekilde diğer gazete ve dergiler tarafından alınması ve radyo vasıtasıyla veya diğer bir suretle yayılması serbesttir (md.36/1-3). Maddenin 2. fıkrası, “iktibas hakkı mahfuz tutulsa bile sözü geçen makale ve fıkraların kısaltılarak basın özetleri şeklinde alınması, radyo vasıtasıyla veya diğer bir suretle yayılması caizdir” hükmünü haiz olmakla beraber, Basın Kanunu'nun 24. maddesinde, bir süreli yayında yayımlanmış olan haber, yazı ve resimlerin yeniden yayımlanma hakkının saklı tutulduğu halde bunları yayımlayanlar için para cezası öngörülmektedir. FSEK ve Basın Kanunu'ndaki hükümler arasındaki çelişkinin net biçimde giderilmemesi, aynı fiilin hak mı, suç mu olduğu hususunda tereddüt yaratmaktadır.

Hak sahibinin hukuki menfaatlerine zarar verecek şekilde veya eserden normal yararlanmaya aykırı biçimde kullanılmamak şartıyla; haber mahiyetinde olmak ve bilgilendirme kapsamını aşmamak kaydıyla, günlük hadiselerle ilgili olarak fikir ve sanat eserlerinden bazı parçaların işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan vasıtalara alınması, bu şekilde alınmış parçaların çoğaltılması, yayılması, temsil edilmesi veya radyo ve televizyon gibi araçlarla yayınlanması serbesttir (md.37).

c- Hususi Menfaat Mülahazasıyla Sınırlama

Bütün fikir ve sanat eserlerinin, kâr amacı güdülmeksizin şahsen kullanmaya mahsus çoğaltılması mümkündür. Ancak, bu çoğaltma hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar veremez ya da eserden normal yararlanmaya aykırı olamaz (md.38/1).

“Şahsen kullanma” eser nüshalarının bizzat çoğaltan kişinin şahsi ihtiyaçları yanında makul bir ölçüde aile ve iş çevresi gibi yakın bir muhit içinde de kullanma

⁴³⁹ 15. maddesine atıf yapılan Basın Kanunu, 26.06.2004 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 5187 sayılı kanunla yürürlükten kaldırılmış, yeni Basın Kanununun 24. maddesiyle, bir süreli yayında yayımlanmış olan haber, yazı ve resimleri kaynak göstermeden yeniden yayımlayanlar ile bu eserlerin yeniden yayımlama hakkı saklı tutulmuş olduğu halde yayın sahibinin izni olmadan yeniden yayımlayanlar için para cezaları öngörülmüştür.

şekli olarak kabul edilmektedir⁴⁴⁰. Ancak şahsen kullanma makul bir ölçü içinde kalmalı, kişilerin bilim, kültür, sanat, öğrenim gibi ihtiyaçları dışına çıkarak kazanç elde etme amacına yönelmemelidir⁴⁴¹.

Kanununun 38. maddesinin ilk fıkrasında, bütün fikir ve sanat eserleri için şahsi kullanım amacıyla çoğaltma serbestisi tanındıktan sonra, bilgisayar programları için ayrıntılı düzenleme yapılmıştır. Buna göre, bilgisayar programını yasal yollardan edinen kişinin programı yüklemesi, çalıştırması ve hataları düzeltmesi, veya bilgisayar programının kullanımı için gerekli olduğu sürece, bilgisayar programını kullanma hakkına sahip kişinin bir adet yedekleme kopyası yapması, sözleşme ile önlenemez (md.38/3).

Doktrinde şahsen kullanma amacıyla çoğaltma serbestisinin, veri tabanları için geçerli olmadığı, yasal yolla edinilmiş veri tabanlarının şahsen kullanma amacıyla dahi çoğaltılmasının hukuka aykırı olduğu kabul edilmektedir. Zira veri tabanları zaten, şahsi kullanım için meydana getirilmektedir⁴⁴². Bunun gibi, FSEK'nun bilgisayar programının çoğaltılması serbestisini sadece programı yasal yollardan edinen kimseye tanıyan istisnaların sınırlı olarak belirtildiği 38/3. maddesinde hükmü ile bilgisayar programlarının da şahsi kullanım serbestinin istisnası olduğu ve şahsi kullanım amacıyla üçüncü kişilerce çoğaltılamayacağı kabul edilmektedir⁴⁴³. Aynı yöndeki diğer bir görüş; FSEK md. 38'in lafzı itibariyle bilgisayar programlarını bu serbestinin dışında tuttuğu kabul edilemeyecekse de, çoğaltma kapsamındaki tüm fiilleri eser sahibinin iznine tabi tutan Avrupa Yazılım Yönergesi'ne⁴⁴⁴ dayanan ülkesel düzenlemelerde, yönerge kaideleri dışına çıkılarak FSEK 38/1. madde hükmünün bilgisayar programları konusunda uygulanamayacağı yönündedir⁴⁴⁵.

Umumi yollar, caddeler ve meydanlara, temelli kalmak üzere konulan güzel sanat eserlerini; resim, grafik, fotoğraf ve saire ile çoğaltma, yayma, umumi mahallerde projeksiyonla gösterme, radyo ve benzeri vasıtalarla yayımlama caizdir. Bu salahiyet mimarlık eserlerinde yalnız dış şekle münhasırdır (md.40/1).

⁴⁴⁰ KAYA, Bilgisayar Programları, s.442

⁴⁴¹ AYİTER, s.170

⁴⁴² EREL, s.84-85 ; TEKİNALP, s.132

⁴⁴³ EROĞLU, Bilgisayar Programları, s.83 v.d. ; DALYAN, s.163 v.d.

⁴⁴⁴ 1991 Avrupa Yazılım Yönergesi için bkz. ÇEÇEN, s.572 v.d.

⁴⁴⁵ KAYA, Bilgisayar Programları, s.452-454

Üzerlerine, sahibi tarafından sarahaten menedici bir kayıt konulmuş olmadıkça güzel sanat eserleri, malikleri veya bunların muvafakatiyle başkaları tarafından umumi mahallerde teşhir edilebilir (md.40/2) Açık artırma ile satılacak eserler umuma teşhir olunabilir. Umumi mahallerde teşhir edilen veya açık artırmaya konulan bir eseri sergi veya artırmayı tertip eden kimseler tarafından bu maksatlarla çıkarılacak katalog, kılavuz veya bunlara benzer matbualar vasıtasıyla çoğaltma ve yayma caizdir. Bu hallerde, aksine yerleşmiş adet yoksa, eser sahibinin adının zikrinden vazgeçilebilir. (md.40/3-4).

d- Hükümete Tanınan Yetkiler

Memleket kültürü için önemi haiz görülen bir eser üzerindeki mali haklardan faydalanma salahiyeti, hak sahiplerine münasip bir bedel ödenmek suretiyle koruma süresinin bitiminden önce kamuya mal edilebilir (md.47). Bir eserin bu şekilde kamuya mal edilmesi ve herkesin kullanımına açılması için, bir kararname çıkarılması ve ayrıca eserin Türkiye'de veya Türkiye dışında Türk vatandaşları tarafından vücuda getirilmiş olup, yayımlanmış eser nüshalarının iki yıldan beri tükenmiş bulunması ve hak sahibinin uygun bir süre içinde eserin yeni bir baskısını yapmayacağına tespit edilmesi gerekir (md.47).

Devlete ait bir diğer serbesti de, FSEK'nun 5. ek maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, kanun çerçevesinde korunan çoğaltılmış fikir ve sanat eserleri kültür mirasının korunması ve devam ettirilmesi amacıyla Kültür Bakanlığı tarafından derlenir (Ek.Md.5). Maddede, derleme işlemine dair usul ve esasların Kültür Bakanlığı tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirleneceği de hükme bağlanmıştır, ancak bu derlemelerin akıbeti, kamuya sunulup sunulmayacağı ve nasıl değerlendirileceği konusunda açıklık bulunmamaktadır.

e- Bağlantılı Haklara İlişkin Sınırlamalar

Esasen, bağlantılı hakların üçüncü kişilerce kullanılması hususunda komşu hak sahiplerinin yazılı izninin bulunması gerekmektedir. Ancak bağlantılı hakların düzenlendiği FSEK 80. maddesinde, bağlantılı hak sahiplerinin yazılı izni bulunmaksızın icra, fonogram ve yapımların üçüncü kişilerce kullanımı serbest kılınmıştır (md.80/7). Buna göre;

“Aşağıda belirtilen hallerde komşu hak sahibi ile film yapımcısının yazılı izni gerekli değildir:

1. Fikir ve sanat eserlerinin kamu düzeni, eğitim-öğretim, bilimsel araştırma veya haber amacıyla ve kazanç amacı güdülmeksizin icra edilmesi ve kamuya arzı.

2. Fikir ve sanat eserleri ile radyo-televizyon programlarının yayınlanma ve kâr amacı güdülmeksizin şahsen kullanmaya mahsus çoğaltılması.

3. Radyo-televizyon kuruluşlarının kendi olanaklarıyla kendi yayınları için yaptıkları kısa süreli geçici tespitler.

4. Bu Kanunun 30 uncu, 32 nci, 34 üncü, 35 inci, 43 üncü, 46 ncı ve 47 nci maddelerinde belirtilen haller.

Bu uygulama, hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep dışında zarar veremez veya eserden normal yararlanmaya aykırı olamaz.”

Bu serbestiden faydalanarak bağlantılı hakka konu icra, fonogram ve yapımları kullanan kimselerin hukuka uygun hareket etmiş sayılmaları, elbette maddede tanınan serbestiye dair sınırları içinde hareket etmelerine bağlıdır.

İKİNCİ BÖLÜM

FİKİR VE SANAT ESERLERİ ÜZERİNDEKİ HAKLARIN CEZAI HİMAYESİ

I- GENEL AÇIKLAMA

Fikir ve sanat eserleri üzerinde eser sahibinin hakları, eser sahibine eserinden istifade imkanı sağladığı gibi, üçüncü kişilerin bu hakları izinsiz olarak kullanmalarını önleme imkanı da bahşetmektedir. Kanun, üçüncü kişilerin, münhasıran eser sahibine tanınan mali ve manevi hakları ihlal ederek gerçekleştirdikleri tecavüzlere karşı; tecavüzün durdurulması, önlenmesi, tecavüzden doğan maddi ve manevi zararların tazmini, eser üzerindeki hakkın kullanılması sebebiyle bedel ödencesi, mütecavizin cezalandırılması gibi hukuki ve cezai yaptırımlar öngörmüştür. Bağlantılı hak sahiplerinin haklarına yönelecek tecavüzler de, bu tür hukuki ve cezai yaptırımlara tabi kılınmıştır.

Çalışmamız, fikir ve sanat eserlerinin cezai himayesini konu aldığından, bu çalışmada Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda yer alan, eser sahibi ve bağlantılı hak sahiplerinin haklarına tecavüz suçları, haklara tecavüzün önlenmesi kapsamında düzenlenen bandrol suçları ve bilgisayar programlarını koruyan ilave programları etkisiz kılmaya yönelik suçlar incelenecektir. Bununla beraber, cezai yaptırıma bağlanan tecavüzler, hukuki yaptırımlara da bağlanmış olduğundan, gerektiğinde fiil tesbiti açısından hukuk mahkemeleri ve yüksek mahkemelerin hukuk dairelerinin kararlarından da yararlanılacaktır.

A- FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNUNDA CEZAI HİMAYE SÜRECİNE BAKIŞ

1951 tarihli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, muhtelif kanunlarla⁴⁴⁶ değişikliklere uğramıştır. Bu değişikliklerde, iç hukuk mevzuatının, fikri hakların uluslar arası alanda ulaştığı himayeye kavuşturulması çabası, teknik gelişmelerle ortaya çıkan eser sahibinin haklarına dair tanımların geliştirilmesi ihtiyacı, fikri hak ihlallerinin çeşitlilik kazanması ve özellikle teknolojik gelişmeler sonucu fikri haklara tecavüzlerin son derece kolay hale gelmesi gibi faktörler rol oynamıştır.

Kanunun geneline sirayet eden değişiklikler, ceza hükümlerinin de sık sık değişmesine sebep olmuştur. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun ilk halinde; fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklara karşı suçlar manevi haklara tecavüz (md.71)⁴⁴⁷ ve mali haklara tecavüz (md.72)⁴⁴⁸ suçları olarak ayrılmış ve mali haklardan haksız faydalanma niteliğindeki sair tecavüzlere “diğer suçlar” (md.73)⁴⁴⁹

⁴⁴⁶ Haklar ve himayelerine ilişkin maddelerde; 1983 yılında 2936 s. Kanun, 1995 yılında 4110 s.Kanun, 2001 yılında 4630 s.Kanun, 2004 yılında 5101 s.Kanun, 2008 yılında 5728 s. Kanunla değişiklik yapılmıştır.

⁴⁴⁷ Manevi Haklara Tecavüz – Madde 71 : “Bu kanun hükümlerine aykırı olarak kasten;

1. Eser sahibi veya halefinin rızası olmadan henüz alenileşmemiş bir eseri umuma arz eden veya yayımlayan;
2. Bir esere veya çoğaltılmış nüshalarına, sahip veya halefinin müsaade etmediği bir ad koyan;
3. Başkasının eserini kendi eseri veya kendi eserini başkasının eseri olarak gösteren veya 15 inci maddenin ikinci fıkrası hükmüne aykırı hareket eden;
4. 32, 33, 34, 35, 36, 37, 39 ve 40 ıncı maddelerdeki hallerde kaynak göstermeyen veya yanlış yahut kifayetsiz veya aldatıcı kaynak gösteren; kimseler hakkında 500 liradan 5.000 liraya kadar ağır para cezası veya 7 günden üç aya kadar hapis cezası hükmolunur.”

(Maddenin Kanundaki ilk halidir. Bkz. BELGESAY, s.130)

⁴⁴⁸ Mali Haklara Tecavüz – Madde 72 : “Hak sahibinin muvafakati olmaksızın bu kanuna aykırı olarak kasten:

1. Bir eseri herhangi bir şekilde işleyen
2. Bir eseri herhangi bir şekilde çoğaltan;
3. Bir eser veya işlenmelerinin kendisi tarafından çoğaltılmış nüshalarını satan veya satışa veyahut tedavüle arz eden;
4. Bir eseri veya işlenmelerini temsil veya teşhir eden yahut umumi yerlerde gösteren veya radyo yahut buna benzer vasıtalar ile yayan;

kimseler hakkında 500 liradan 5.000 liraya kadar ağır para cezası veya 7 günden üç aya kadar hapis cezası hükmolunur.”

(Maddenin Kanundaki ilk halidir. Bkz. BELGESAY, s.130-131)

⁴⁴⁹ Diğer Suçlar – Madde 73 : “Kasten

1.Bu kanun hükümlerine aykırı olarak çoğaltıldığını bildiği veya bilmesi icap ettiği bir eserin nüshalarını satışa çıkaran veya bunlardan umumi yerlerde temsil veya radyo ile yayım maksadı ile yahut kar temini için diğer herhangi bir suretle faydalanan;

başlığı altında yer verilmişti. Ayrıca, kanunun 82. maddesi ile; “Sanatkarların Korunması” başlığı altında 80. ve 81. maddelerde düzenlenen ve bugün sinema eseri sahipleri ve icracı sanatçı olarak kabul edilen kimselere tanınan sınırlı bazı hakların, 73. maddede öngörülen hükümlerle korunacağı kabul edilmişti⁴⁵⁰.

FSEK’nda 1983 yılında 2936 S. Kanunla yapılan değişiklikle, manevi haklara tecavüz suçlarını içeren 71. maddenin 1. ve 2. fıkralarındaki suçlara, “eser sahibinin veya halefinin yazılı izni olmadan” ibaresi eklenmiş ve suç tipi, “yazılı” izin şartının bulunmamasına bağlanmıştır. Ayrıca 1. fıkradaki eserin “umuma arzı ve yayımlanması” fiilleri için alenileşmemiş olma şartı kaldırılmış ve umuma arz veya yayım fiilinin, eser alenileşmiş olsun olmasın işlenmesi halinde suçun oluşacağı hükme bağlanmıştır. Bunun yanında, bu maddedeki fiiller için öngörülen para “veya” hapis cezası, “para, hapis” cezası olarak değiştirilerek terditli cezalandırma hükmü kaldırılmıştır. Söz konusu değişiklikle, “Mali Haklara Tecavüz” fiillerini düzenleyen FSEK 72. maddesindeki suçların oluşup oluşmadığını belirleyecek olan iznin de “yazılı” olması şartı maddeye eklenmiştir. Aynı şekilde, “Sanatkarların Korunması” başlığıyla düzenlenen 80. ve 81. maddelerdeki hakların üçüncü kişilerce kullanılması için de “yazılı” izin şartı getirilmiştir. “Mali Haklara Tecavüz” (md.72) ve “Diğer Suçlar” (md.73) için öngörülen cezalarda da “veya” hükmü kaldırılarak, hapis ve para

2.Bu kanun hükümlerine aykırı olarak satışa çıkarıldığını bildiği veya bilmesi icap ettiği bir eserin nüshalarını başkalarına satan veya bunlardan umumi yerlerde temsil veya radyo ile yayım maksadiyle veya kar temini için herhangi bir surette faydalanan;

3.Mevcut olmadığını veya üzerinde tasarruf salahiyeti bulunmadığını bildiği veya bilmesi icap ettiği mali hakkı veya ruhsatı başkasına devreden veya veren yahut rehin eden veyahut herhangi bir tasarrufun konusu yapan;

4.Kendisine sözleşme veya kanunla müsaade edilen miktardan fazla nüsha çoğaltan veya çoğalttıran; Kimseler hakkında 1.00 liradan 10.000 liraya kadar ağır para cezası veya bir aydan bir yıla kadar hapis cezası hükmolunur.”

(Maddenin Kanundaki ilk halidir. Bkz. BELGESAY, s.131) Bu maddenin 4. fıkrası 21.2.2001 tarih ve 4630 sayılı Kanunun 36. maddesi g bendi hükmü gereğince yürürlükten kaldırılmıştır.

⁴⁵⁰ FSEK’nun ilk metninde, “Sanatkarların Korunması” adlı bölümün “Sinema Eserleri” başlığıyla düzenlenen 80. maddesinde, sinema eserlerinde baş rol alanlar, senarist, besteci, yönetmen, orkestra şefi, solistler gibi, bugün sinema eseri sahibi ya da bağlantılı hak sahibi gibi kimselerin, o tarihte sinema eseri sahibi sayılan film yapımcısından film ve reklamlarda adlarının zikredilmesini isteme hakkının bulunduğu, ayrıca sinema ve radyo işletmecisinden, adlarının zikredilmesini isteme hakkının bulunduğu kabul edilmiştir. “İşaret, Resim ve Ses Nakline Yarayan Aletlerde” başlığıyla düzenlenen 81. maddesinde ise; ilim, edebiyat veya musiki eserlerinin, temsili veya radyo gibi vasıtalarla yayımının işaret, resim ve ses nakline yaraya araçlara kaydedilirse; bunların ancak sanatkarın muvafakatiyle çoğaltılabılıp yayımlanabileceği; grup halinde yapılan icralarda şefin izninin yeterli sayılacağı veya varsa organizasyonu ayarlayan müteşebbisin de izninin gerekeceği; ayrıca şef, solist, oyuncu gibi sanatçıların, işaret, ses veya resim nakline yarayan araçlarda isimlerinin zikredilmesini isteyebilecekleri,kabul edilmiştir. Bu hakları korumak için hüküm ihtiva eden 82/3. maddede ise; 80. ve 81. maddelerdeki hallerde 73/1-1. ve 2. bentlerin uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

cezasının bir arada uygulanmasının yolu açılmıştır. Söz konusu değişiklikle ayrıca, suçların cezaları ağırlaştırılmıştır⁴⁵¹.

Kanun koyucu, 1995 yılında 4110 S. Yasa ile FSEK’nda yine bir değişikliğe gitmiş, söz konusu yasa ceza hükümlerini de değiştirmiştir. Kanunun 71., 72., 73. maddelerinde düzenlenen suçlar için öngörülen cezalar arttırılmıştır. “Bir eseri ve işlemelerini kiralamak” fiili ve “eser sahibinin izni olmadan yapılan nüshaları ithal etmek” fiili, 72. maddede düzenlenen mali haklara tecavüz suçlarına ilave edilmiştir. “Diğer Suçlar” başlığı altındaki 73. madde de değiştirilmiş, “bu kanun hükümlerine aykırı olarak çoğaltıldığını bildiği veya bilmesi icap ettiği bir eserin nüshalarını ticari amaçla elinde bulundurmamak” ve ayrıca “yegane amacı bir bilgisayar programını korumak için uygulanan bir teknik aygıtın geçersiz kılınmasına veya izinsiz ortadan kaldırılmasına yarayan herhangi bir teknik aracı ticari amaç için elinde bulundurmamak ve dağıtmak” fiilleri de, 73. md. kapsamında kanuna eklenmiştir. Söz konusu kanun değişikliği, bandrol suçları ve bağlantılı haklar açısından büyük önem taşımaktadır. Nitekim süreli olmayan yayınlarda bandrol zorunluluğu bu değişiklikle kanuna girmiş ve bu eserleri bandrolsüz çoğaltmak ve yaymak suç sayılmıştır. Kanunun 81. maddesinin “Fikri Haklara Tecavüzün Önlenmesi” başlığı altında değiştirilmesiyle FSEK’na dahil olan bandrol suçları yanında, hak sahiplerinin haklarına tecavüzde talep halinde tecavüze konu eser nüshalarının toplatılacağı, tecavüzde kullanılan teknik araçların mühürleneceği ve bu suçlarla ilgili olarak 3005 S. Meşhud Suçların Muhakeme Usulü Kanunu hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir. 4110 S. Yasanın FSEK’nda yaptığı bir diğer önemli değişiklik; FSEK’nun 80. maddesinin değiştirilerek “komşu hak” sahiplerinin haklarının tanınmasıdır. Değişik 80. madde ile; icracı sanatçıların, ses taşıyıcısı yapımcılarının, radyo televizyon kuruluşlarının, eser sahibinin haklarına komşu hakları olduğu, komşu haklara konu tesbit ve yayınlardan çoğaltma, kiralama, yayınlama, temsil gibi faydalanma hakkının komşu hak sahiplerinde bulunduğu kabul edilmiş ve hukuki yaptırım yanında, komşu hak sahiplerinin yazılı izni bulunmaksızın, hak sahiplerine tanınan haklardan faydalanan mütecavizler için cezai yaptırım öngörülmüştür⁴⁵².

⁴⁵¹ Suçları düzenleyen maddelerin 1983 T. ve 2936 S. Yasayla yapılan değişiklikten sonraki hali için bkz.Orhan Nuri ÇEVİK, İçtihatlı Notlu Fikri Hukuk Mevzuatı, Yetkin Basım, Ankara – 1988, s.47 v.d.

⁴⁵² Suçları düzenleyen maddelerin 1995 T. ve 4110 S. Yasayla yapılan değişiklikten sonraki hali için bkz. ÇEÇEN, s. 31 v.d.

FSEK’nda, 2001 yılında 4630 S. Kanunla yapılan değişik sonucu ise, “eser sahibinin yazılı izni olmaksızın bir eseri değiştirmek” fiili, 71. maddedeki manevi haklara tecavüz suçlarına; yine hak sahibinin yazılı izni olmaksızın “bir eseri temsil etmek veya topluma açık yerlerde göstermek, bu gösterimi düzenlemek veya dijital iletim de dahil olmak üzere her nevi işaret, ses ve/veya görüntü iletimine yarayan araçlarla yaymak veya yayımına aracılık etmek”, “bir eseri kiralamak veya kamuya ödünç vermek”, “yapılan nüshaları yasal veya yasal olmayan yollardan ülkeye sokmak ve her ne şekilde olursa olsun ticaret konusu yapmak ve kullanmak” fiilleri de 72. maddedeki mali haklara tecavüz suçu teşkil eden fiiller arasına eklenmiştir. 73. maddenin 4. bendindeki “kendisine sözleşme veya kanunla müsaade edilen miktardan fazla nüsha çoğaltmak veya çoğalttırmak” ibaresi, kanundaki diğer hükümler çerçevesinde cezalandırılabilir olduğundan, maddeden çıkarılmıştır. Bandrol zorunluluğunu düzenleyen 81. madde de değiştirilmiş ve eseri bandrolsüz yaymak yanında farklı bandrol suçları da düzenlenmiştir⁴⁵³.

⁴⁵³ MADDE 81 - **(Değişik: 4630 - 21.2.2001 / m.33)** Musiki ve sinema eserlerinin çoğaltılmış nüshaları ile süreli olmayan yayınlara bandrol yapıştırılması zorunludur. Ayrıca, kolay kopyalanmaya müsait diğer eserlerin çoğaltılmış nüshalarına da eser veya hak sahibinin talebi üzerine bandrol yapıştırılması zorunludur.

Bandroller, Kültür Bakanlığınca bastırılır ve satılır. Bakanlık, meslek birlikleri aracılığı ile de bandrol satışı yapabilir. Bandrol gelirleri, Bakanlık adına ulusal bir bankada açılacak hesaba yatırılır. Gelirler, fikri mülkiyet sisteminin güçlendirilmesi ile yurt içindeki ve yurt dışındaki kültür varlıklarının korunmasına ve devam ettirilmesine yönelik faaliyetlerde kullanılır.

Bir esere bandrol alınabilmesi için, bandrol talebinde bulunanın yasal hak sahibi olduğunu gösterir bir taahhütnameyi doldurması zorunludur. Kültür Bakanlığınca tespit edilen diğer evrak ve belgelerle birlikte başvuru yapılır. Bakanlık, bu başvuru üzerine, başka bir işleme gerek kalmaksızın on iş günü içinde bandrol vermek mecburiyetindedir.

Bandrol temini ve kullanımına ilişkin ihlal halleri şunlardır:

1. Bu Kanuna göre bandrol alınması gereken bir eserin, bandrol alınmaksızın çoğaltılması, satılması, dağıtılması, kiralanması, ödünç verilmesi, umuma arz edilmesi veya herhangi bir biçimde ticaret konusu yapılması veya kullanılması veya bir başka şekilde fayda sağlanması.

2. Sahte bandrol imal edilmesi, sahte bandrolün eser nüshaları üzerine koyulması, sahte bandrolden her ne şekilde olursa olsun ticari menfaat sağlanması.

3. Bu Kanun ve ilgili mevzuata göre bandrol alma hakkı olmadığı halde, sahte evrak veya dokümanlarla veya herhangi bir biçimde Kültür Bakanlığı veya yetkilendirdiği kuruluşların yanıltılarak bandrol alınması.

4. Eser sahibinin izni olmaksızın çoğaltılan nüshalar üstüne bandrol yapıştırılması veya bu nüshalardan ticari menfaat elde edilmesi veya eser sahibinin haklarını ihlal edici şekilde bu nüshaların bedelsiz yayılması.

5. Münhasıran bir eser için verilen bandrolün başka bir eser için kullanılması.

6. Bu Kanuna ve ilgili mevzuata uygun alınmış bandrollerin eser nüshalarına belirlenen şekilde yapıştırılmadan, nüshaların bedelli ve bedelsiz yayılması ve bir başka şekilde faydalanılması.

Mülki idare amirleri tarafından, İçişleri, Maliye ve Kültür Bakanlıkları ile eser sahipleri ve/veya eser sahipleri ile bağlantılı hak sahipleri meslek birlikleri temsilcilerinden illerde oluşturulacak bir Komisyon, ikinci fıkrada bahsi geçen ve bandrolenmesi zorunlu olan eserlerin bandrollü olup olmadıklarını her zaman denetleyebilir. Bu maddede belirtilen ihlal hallerinde, eser sahiplerinin,

FSEK'nda 2004 yılında 5101 S.Kanunla⁴⁵⁴ yapılan değişiklik ise FSEK'nun 72.⁴⁵⁵ ve 73.⁴⁵⁶ maddelerini bütünüyle yenilemiş, mevcut bir sözleşme olmasına

bağlantılı hak sahiplerinin veya diğer hak sahiplerinin komisyona başvurması üzerine veya komisyonun re'sen talebi ile zabıta harekete geçerek, bu nüshaları, yayınları ve çoğaltmaya yarayan her türlü aracı ve diğer delilleri toplayarak, taşınmaz olanlarını emanet altına aldıktan sonra, toplanan delilleri Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusu ile birlikte sevk eder. Cumhuriyet Başsavcılığı üç gün içinde yetkili mahkemeden usulsüz çoğaltımın gerçekleştirildiği yerin kapatılmasını, burada bulunan nüsha veya yayınlara el konulmasını ve bu konuda kullanılan teknik araçların mühürlenmesini ve satışını talep eder.

Bu maddede belirtilen hususların uygulanmasına ve Komisyonun kurulmasına ilişkin usul ve esaslar Kültür Bakanlığı tarafından bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren altı ay içinde çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

Bu maddede belirtilen ihlal hallerinden birini kasden işleyenler hakkında, dört yıldan altı yıla kadar hapis ve ellimilyar liradan yüzellimilyar liraya kadar ağır para cezasına hükmolunur.

⁴⁵⁴ R.G.: T.12.03.2004, S.25400 ; 5101 S. Kanununun FSEK'ndaki etkileri hususunda detaylı bilgi için bkz. Ahmet KILIÇOĞLU, Fikri Haklar Alanında 5101 Sayılı Kanunla Getirilen Yenilikler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.17, S.55, Ankara - 2004, s.65 v.d.; Cahit SULUK, Telif Hakları ve Korsanlıkla Mücadele, Hayat Yayınları, İstanbul-2004

⁴⁵⁵ MADDE 72 - (**Değişik: 5101 - 3.3.2004 / m.18**) Bu Kanuna aykırı olarak kasten;

1. Aralarında mevcut bir sözleşme olmasına rağmen bu sözleşme hükümlerine aykırı olarak bir eser veya işlenmelerinin kendi tarafından çoğaltılmış nüshalarını satan veya dağıtan kişiler hakkında, üç aydan iki yıla kadar hapis veya onmilyar liradan ellimilyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden,

2. Hak sahibinin izni olmaksızın bir eseri ve çoğaltılmış nüshalarını, bu Kanunun 81 inci maddesinin yedinci fıkrasında sayılan yerlerde satan kişiler hakkında üç aydan iki yıla kadar hapis veya beşmilyar liradan ellimilyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden,

3. Hak sahibinin izni olmaksızın;

a) Bir eseri herhangi bir şekilde işleyen,

b) Bir eseri herhangi bir şekilde çoğaltan,

c) Bir eseri herhangi bir şekilde yayan,

d) Bir eserin nüshalarını yasal veya yasal olmayan yollardan ülkeye sokan ve her ne şekilde olursa olsun ticaret konusu yapan,

e) 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 ellimilyar liradan yüzellimilyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden hükmolunur.

⁴⁵⁶ MADDE 73 - (**Değişik: 5101 - 3.3.2004 / m.19**) Bu Kanunun 71, 72, 80 ve 81 inci maddelerinde belirtilen suçlar dışında kalan diğer suçlar hakkında aşağıdaki hükümler uygulanır:

1. Kasten;

a) Bu Kanun hükümlerine aykırı olarak çoğaltıldığını bildiği veya bilmesi icap ettiği bir eserin nüshalarını ticari amaçla elinde bulunduran,

b) Mevcut olmadığını veya üzerinde tasarruf yetkisi bulunmadığını bildiği veya bilmesi icap ettiği mali hakkı veya ruhsatı başkasına devreden veya veren yahut rehnedi veyahut herhangi bir tasarrufun konusu yapan,

c) Yegane amacı bir bilgisayar programını korumak için uygulanan bir teknik aygıtın geçersiz kılınmasına veya izinsiz ortadan kaldırılmasına yarayan herhangi bir teknik aracı, ticari amaç için elinde bulunduran veya dağıtan,

Kişiler hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis veya ellimilyar liradan yüzellimilyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden,

2. Kasten; bu Kanunun hükümlerine uygun olarak çoğaltılmış ve yayılmış eser nüshalarının, yapımların ve fonogramların, çoğaltma ve yayma hakkı sahiplerinin ayırt edici unvan, marka ve künye

rağmen bu sözleşme hükümlerine aykırı olarak bir eser veya işlenmelerinin kendi tarafından çoğaltılmış nüshalarını satmak veya dağıtmak; hak sahibinin izni olmaksızın bir eseri ve çoğaltılmış nüshalarını, yol, meydan, pazar, kaldırım, iskele, köprü ve benzeri yerlerde satmak; hak sahibinin izni olmaksızın bir eseri “herhangi bir şekilde” yaymak; veri tabanı yapımcısına tanınan hakları ihlal etmek fiilleri ve ayrıca korsanla mücadele kapsamında, FSEK hükümlerine uygun olarak çoğaltılmış ve yayılmış eser nüshalarını, yapımları ve fonogramları, “çoğaltma ve yayma hakkı sahiplerinin ayırt edici unvan, marka ve künye bilgileriyle birlikte tıpkı basım ve yapım yoluyla, işaret, yazı, ses, hareketli veya hareketsiz görüntü ya da veri tekrarına yarayan alet veya yöntemlerle” çoğaltmak veya bu şekilde çoğaltılmış nüshaları yaymak, fiilleri de suç sayılmış ve korsanla mücadele kapsamında düzenlenen bu son suç için nispeten ağır cezalar öngörülmüştür. Söz konusu değişiklikten önce, suçların cezası hapis ve para cezası olarak belirlenmişken, bu değişiklik sonucu hapis veya para cezasına ya da her ikisine birden hükmetmeye karar verme yetkisi, yargıya bırakılmıştır. Bunun yanında, kanundaki suçların unsurlarını taşımaları halinde Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu hükümlerinin uygulanacağı (md.75), haklara tecavüz ihtimalinde yaptırım gerektiren nüshaların ithalat veya ihracatı sırasında, 4926 S. Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun ilgili hükümlerinin uygulanacağı (md.77) hükümleri kanuna eklenmiş ve bandrol suçlarına ilişkin 81. madde⁴⁵⁷ yine değiştirilmiştir.

bilgileriyle birlikte tıpkı basım ve yapım yoluyla, işaret, yazı, ses, hareketli veya hareketsiz görüntü ya da veri tekrarına yarayan alet veya yöntemlerle çoğaltan veya bu şekilde çoğaltılmış nüshaları yayan, kişiler hakkında üç yıldan altı yıla kadar hapis veya yirmimilyar liradan ikiyüzmilyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden, Hükmolunur.

⁴⁵⁷ MADDE 81 - (**Değişik: 5101 - 3.3.2004 / m.24**) Musiki ve sinema eserlerinin çoğaltılmış nüshaları ile süreli olmayan yayınlara bandrol yapıştırılması zorunludur. Ayrıca, kolay kopyalanmaya müsait diğer eserlerin çoğaltılmış nüshalarına da eser veya hak sahibinin talebi üzerine bandrol yapıştırılması zorunludur. Bandroller, Bakanlıkça bastırılır ve satılır. Bakanlıkça belirlenen satış fiyatı üzerinden meslek birlikleri aracılığı ile de bandrol satışı yapılabilir.

Bandrol alınabilmesi için, bandrol talebinde bulunanın yasal hak sahibi olduğunu beyan eden bir taahhütnameyi doldurması zorunludur. Bakanlıkça tespit edilen diğer evrak ve belgelerle birlikte başvuru yapılır. Bakanlık, bu başvuru üzerine başka bir işleme gerek kalmaksızın on iş günü içinde bandrol vermek mecburiyetindedir. Beyana müstenit yapılan bu işlemlerden Bakanlık sorumlu tutulamaz.

Bandrol yapıştırılması zorunlu nüshaların tespit edilmesi ve çoğaltılmasına ilişkin materyalleri üreten ve/veya bu materyallerin dolum ve çoğaltımını yapan yerler, bu maddede belirtilen taahhütnamenin bir kopyasını almak, saklamak ve istendiğinde yetkili makamlara ibraz etmekle yükümlüdür.

5101 S. Kanun değişikliğiyle, “korsan” tabir edilen, fikir ve sanat eserlerinin aynen kopyalanarak büyük bir ticari alana yayılmasını sağlayan, çoğunlukla da ekip

Bakanlık ile mülki idare amirleri bandrollenmesi zorunlu olan nüshaların ve süreli olmayan yayınlara, bandrollü olup olmadıklarını her zaman denetleyebilir. Gerekli görüldüğünde, mülki idare amirleri re'sen veya Bakanlığın talebi ile bu denetimi gerçekleştirmek üzere illerde denetim komisyonu oluşturabilir. İhtiyaç halinde; bu komisyonlarda Bakanlık ve ilgili alan meslek birlikleri temsilcileri de görev alabilirler. Bu maddede belirtilen ihlallerde, genel kolluk ve zabıta; re'sen ve/veya hak sahipleri, komisyon, meslek birlikleri, Bakanlık veya ilgili diğer kanunlarla kendisine yetki ve görev verilmiş olanların ihbarı üzerine harekete geçerek, usulsüz ve izinsiz olarak çoğaltılmış ve yayılmış nüsha ve yayınlar ile bunları çoğaltmaya yarayan her türlü aracı ve diğer delilleri toplayarak, taşınmaz olanlarını emanet altına aldıktan sonra, toplanan delilleri Cumhuriyet savcısına suç duyurusu ile birlikte sevk eder.

Cumhuriyet savcısı üç gün içinde yetkili mahkemeden usulsüz çoğaltılmış nüsha veya yayınlara el konulmasını, imhasını, bu konuda kullanılan teknik araçların mühürlenmesini ve satışını ve usulsüz çoğaltımın gerçekleştirildiği yerin kapatılmasını talep eder.

Nüsha ve yayınların el konulduğu tarihten itibaren onbeş gün içerisinde, eser veya hak sahipleri tarafından yetkili mahkemeye herhangi bir şikayet veya başvuruda bulunulmaz ise, Cumhuriyet savcısının talebi üzerine yetkili mahkeme, davaya esas olacak sayıda nüshanın muhafaza edilerek, diğerlerinin imhasına veya bunların hammadde olarak yeniden kullanımlarına dair imkanların olması halinde, mevcut halleriyle veya bir daha kullanılmayacak derecede vasıfları bozulmak suretiyle, hammadde olarak satışına karar verir. Belirtilen süre içinde eser veya hak sahipleri tarafından bir şikayet veya başvuru yapılması halinde bu Kanunun 68 inci madde hükümleri uygulanır.

Bu Kanun kapsamında korunan, yasal olarak çoğaltılmış, bandrollü nüshaların da yol, meydan, pazar, kaldırım, iskele, köprü ve benzeri yerlerde satışı yasaktır. Bu nüshalara da genel kolluk veya zabıta gördüğü yerde el koymak ve topladığı nüsha ve yayınları yetkili mercilere göndermek zorundadır. Bu şekilde toplanan nüsha ve yayınların, satış veya diğer yollarla değerlendirilme şekli ilgili alan meslek birliklerinin de görüşlerini almak suretiyle Bakanlıkça belirlenir.

Bu maddede belirtilen hususların uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir.

Bu madde hükümlerine aykırı olarak kasten,

1. Bu Kanuna göre bandrol alınması gereken eser, icra ve yapımların tespit edildiği kaset, CD, VCD ve DVD gibi taşıyıcı materyaller ile süreli olmayan yayımları;

a) Bu maddenin yedinci fıkrasında sayılan yerlerde, bandrol almaksızın satanlar hakkında, üç aydan iki yıla kadar hapis veya beşmilyar liradan ellimilyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden,

b) Bandrol almaksızın çoğaltan ve yayan veya eser sahibinin ve bağlantılı hak sahibinin haklarını ihlal edecek şekilde bedelsiz yayan, bu Kanuna ve ilgili mevzuata uygun alınmış bandrolleri mevzuatta belirlenen şekilde yapıştırmadan bedelli ve bedelsiz yayan kişiler hakkında, iki yıldan dört yıla kadar hapis veya ellimilyar liradan yüzellimilyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden,

2. Bu Kanun ve ilgili mevzuata göre bandrol alma hakkı olmadığı halde, sahte evrak veya dokümanlarla veya herhangi bir biçimde Bakanlık veya yetkilendirdiği kuruluşları yanıltarak bandrol alan, münhasıran bandrol alınması gereken eser, icra ve yapımların tespit edildiği kaset, CD, VCD ve DVD gibi taşıyıcı materyaller ile süreli olmayan yayınlar için verilen bandrolleri amacı dışında kullanan kişiler hakkında, iki yıldan dört yıla kadar hapis veya yirmimilyar liradan ikiyüzmilyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden,

3. Sahte bandrol imal eden, kullanan ve/veya sahte bandrolden her ne şekilde olursa olsun ticari menfaat sağlayan kişiler hakkında, üç yıldan altı yıla kadar hapis veya ellimilyar liradan ikiyüzellimilyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden, Hükmolunur.

Yukarıdaki fıkrada sayılan ve yaptırım gerektiren fiillerden birini kasten işleyenler hakkında; 3005 sayılı Meşhud Suçların Muhakeme Usulü Kanunu, 1 inci maddesinin (A) bendindeki mahal ve 4 üncü maddesindeki yazılı zaman kaydına bakılmaksızın uygulanır ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 344 üncü maddesinin (8) numaralı bendindeki şart aranmaksızın kamu davası açılır.

organizasyonu ile gerçekleştirilen usulsüzlükler engellenmeye çalışılmıştır. Korsan ürünlerle mücadele amacına dayanan bu kanun sadece FSEK’nda değil, aynı amaçla Belediye Kanunu, Belediye Gelirleri Kanunu, Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkındaki Kanun ve Temmuz 2004 tarihli “Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılması ile Desteklenmesi Hakkında Kanun”la yürürlükten kaldırılan Sinema Video ve Müzik Eserleri Kanunu üzerinde de değişiklikler yapmıştır. 5101 S.Kanun gerekçesinde, fikri mülkiyet sisteminin güçlendirilerek ülkemizin bilgi toplumu olma yolunda ilerlemesinin sağlanması, ayrıca hürriyeti bağlayıcı cezalarla para cezaları arasında terditli seçim hakkı sağlamak suretiyle yargıca cezaları şahsileştirme imkanı sağlanması gibi ihtiyaçlar zikredilmiştir⁴⁵⁸.

5101 S. Kanunla yapılan değişiklikten sonra, 2005 ve 2007 yılında, eser nüshalarının işaretlenmesine dair değişiklik ve kanunlar ihtilafına ilişkin özel maddenin ilga edilmesi gibi bir takım değişiklikler geçiren FSEK’nda esaslı değişiklik, 2008 yılında 5728 S. Kanunla yapılmış ve ceza hükümleri yeniden düzenlenmiştir.

5728 S. Kanun değişikliğinden önce, esere ve bağlantılı haklara tecavüz teşkil eden suçlara karşı sıkı güvenlik tedbirleri (FSEK eski md.75) öngörülmüş, kovuşturmada Meşhut Suçların Muhakeme Usulü Hakkında Kanun hükümlerinin (FSEK eski md.75/6, 81/son), korsan ürünlerin ithalat ve ihracatında Kaçakçılığın Önlenmesine Dair Kanun hükümlerinin (FSEK eski md.77/2) ve şartların varlığı halinde Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmişti. 5728 S. Kanunla yapılan değişiklikle, zaten mülga olan Meşhut Suçların Muhakeme Usulü Hakkında Kanun⁴⁵⁹ ve Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu⁴⁶⁰ ile Kaçakçılığın Önlenmesine Dair Kanun hükümlerinin uygulanacağına dair hükümler çıkarılmış; tecavüzlerde işletme sahibinin, müdürünün, hukuka aykırı temsilin gerçekleşmesinde yardımcı olan kişilerin ve tüzel kişilerin

⁴⁵⁸ 5101 S.Kanunla yapılan değişikliklerde hükümet gerekçesi hususunda bkz. Nazif KAÇAK, Açıklamalı İçtihatlı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Kartal Yayınevi, Ankara-2004, s.368, 521

⁴⁵⁹ 3005 Sayılı Meşhud Suçların Muhakeme Usulü Hakkında Kanun, 23.03.2005 tarih ve 5320 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 18/b maddesi ile 01.06.2005’ten itibaren geçerli olmak üzere yürürlükten kaldırılmıştır.

⁴⁶⁰ Kanun, 23.03.2005 tarih ve 5320 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 18/d maddesi ile 01.06.2005’ten itibaren geçerli olmak üzere yürürlükten kaldırılmıştır.

cezalandırılmasını öngören FSEK eski 74. madde ile zabıt, müsadere ve imhaya ilişkin FSEK eski 79. madde ilga edilmiş; kovuşturma ve tekerrür başlıklı 75. madde “Soruşturma ve Kovuşturma” şeklinde değiştirilerek tekerrüre ilişkin hükümler maddeden çıkarılmıştır. Görev ve ispat (md.76), ihtiyati tedbirler ve gümrüklerde geçici olarak el koyma (md.77) ile ilgili maddelerde de değişiklikler yapılmıştır.

2008 yılından önce FSEK’nda öngörülen suçlar ve cezaları “Manevi Haklara Tecavüz” (FSEK eski md.71), “Mali Haklara Tecavüz” (FSEK eski md.72), “Diğer Suçlar” (FSEK eski md.73), Haklara tecavüzün önlenmesi (md.81), bağlantılı hak sahiplerinin haklarına karşı tecavüzlere ilişkin düzenlemeler (FSEK eski md.80/10), eser nüshaları üzerindeki bilgilere, servis ve bilgi içerik sağlayıcılara ilişkin düzenlemeler (Ek madde 4), veri tabanı yapımcılarına ilişkin düzenlemeler (Ek madde 8) idari para cezaları (Ek madde 10) olarak tanzim edilmişti. 2008 yılında 5728 S. Kanunla⁴⁶¹ yapılan değişiklikle 72. maddede sadece “Koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri” ne ilişkin bir düzenleme yapılmış, 73. ve 80/10. madde ilga edilmiş; mali, manevi ve bağlantılı haklara ilişkin suçlar kanununun 71. maddesinde toplanmıştır. Ayrıca, 4. ek maddenin eski 72. maddeye atıf yapan son fıkrası da 72. maddenin değiştirilmesiyle ilga edilerek, 71. maddenin 2. fıkrasında 4. ek maddede men edilen fiillere ilişkin cezai yaptırım öngörülmüştür. Diğer yandan haklara tecavüzlerin önlenmesini öngören ve bandrol suçlarını düzenleyen 81. madde de değiştirilmiştir.

2008 tarihinde gerçekleşen kanun değişikliğinden önce, veri tabanı yapımcısının haklarına ilişkin düzenlemeler içeren 8. ek maddenin⁴⁶² son fıkrasında, yapımcıya tanınan hakları ihlal edenler hakkında 72. maddenin 3. bendine atıf

⁴⁶¹ R.G.: T.08.02.2008, S.26781

⁴⁶² Ek Madde 8- (Ek: 3/3/2004-5101/26 md.) Bir veri tabanının içeriğinin oluşturulmasına, doğrulanmasına veya sunumuna nitelik ve nicelik açısından esaslı bir nispet dahilinde yatırım yapan veri tabanı yapımcısı, ayrıca, veri tabanının içeriğinin önemli bir kısmının veya tamamının; a) Herhangi bir araç ile herhangi bir şekilde sürekli veya geçici olarak başka bir ortama aktarılması, b) Herhangi bir yolla dağıtılması, satılması, kiralanması veya topluma iletilmesi, Hususlarında bu Kanunda sayılan istisnalar ile kamu güvenliği, idarî ve yargı işlemlerinin gerektirdiği istisnalar dışında izin vermek veya yasaklamak hakkına sahiptir.

Veri tabanı yapımcısına sağlanan koruma aleniyet tarihinden itibaren onbeş yıldır.

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

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

yapılmıştı. Ancak mali haklara tecavüzü düzenleyen 72. madde 2008 değişikliğiyle tamamen değiştirilmiş ve bilgisayar programlarını koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketlerine ilişkin tek bentten müteşekkil bir hüküm⁴⁶³ taşır hale gelmiştir. Bu çerçevede, eski 72. maddenin, artık mevcut olmayan üçüncü bendine atıf yapan 8. ek maddenin son fıkrasının değiştirilmeden bırakılması, cezalandırılmayan bir hukuka aykırılığın mevcudiyetine yol açmaktadır.

B- FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNUNDA BUGÜN İTİBARIYLA YER ALAN CEZA HÜKÜMLERİ

5728 S.Kanun değişikliğiyle, 2008 tarihinden sonraki haliyle Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun eserin korunması kapsamında suç tanımı yaptığı ve ceza öngördüğü hükümler, 71., 72., 81. maddelerinde ve idari para cezalarına ilişkin 10. ek maddede yer almaktadır. 10. ek maddede yer alan yaptırımlar, doğrudan eser üzerindeki hakların korunmasına değil, idari sistemin oturmasının sağlanmasına yöneliktir. Bu sebeple çalışmamızda, 71., 72. ve 81. maddedeki suçlar incelenecektir.

Hak sahiplerinin manevi, mali veya bağlantılı haklarına tecavüz teşkil eden suçlar FSEK md. 71'de sayılmış olup, bu madde kapsamında yapılacak kovuşturma ile bilgisayar programlarının hukuka aykırı olarak çoğaltılmasının önüne geçmek amacıyla oluşturulmuş ilave programları etkisiz kılmaya yönelik suçlara (md.72) ilişkin kovuşturma, hak sahiplerinin şikayetine bağlıdır (md.75). Haklara tecavüzün önlenmesi başlığını taşıyan FSEK 81. maddesinde ise, fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakları korumaya yönelik bir tedbir olarak, bazı eserlerin çoğaltılmış nüshalarına bandrol yapıştırılması zorunluluğu zikredilmiş ve bu zorunluluğa uyulmaması halinde hak sahiplerinin şikayetine gerek kalmadan, faillerin re'sen cezalandırılacakları öngörülmüştür. Bu düzenleme, eser üzerindeki hak ihlallerinin önlenmesinin, kamu düzeninin korunması açısından zorunlu olduğunu göstermektedir.

⁴⁶³Madde 72- (Değişik: 23/1/2008-5728/139 md.) Koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri(2) Bir bilgisayar programının hukuka aykırı olarak çoğaltılmasının önüne geçmek amacıyla oluşturulmuş ilave programları etkisiz kılmaya yönelik program veya teknik donanımları üreten, satışa arz eden, satan veya kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran kişi altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

II- MANEVİ, MALİ VE BAĞLANTILI HAKLARA TECAVÜZ SUÇLARI (FSEK MD.71)

A- GENEL AÇIKLAMA

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, 71. maddesi ile manevi haklara tecavüz suçlarını düzenlemektedirken, 5728 sayılı kanunla 2008’de yapılan değişiklikle; daha önce FSEK 72. maddede düzenlenen eser üzerindeki mali haklara tecavüz suçları ve FSEK 80/son maddede düzenlenen bağlantılı hak sahiplerinin haklarına tecavüz suçlarına ilişkin düzenlemeler de, 71. maddede toplanmıştır. Önceki açıklamalarımızda da izah edildiği üzere FSEK, eser üzerindeki hakları mali ve manevi haklar olarak ayırmışsa da, eser üzerindeki haklar esasen bir bütündür ve mali hakların daima manevi bir yönü de mevcut olup her iki tür hak birbirine bağlıdır. Zira mali veya manevi haklar, “eser sahipliği” hukuki durumundan doğan tek bir hakkın; “telif” hakkının sağladığı çeşitli yetkilerden ibarettir⁴⁶⁴. Eser üzerindeki mutlak hak, inhisari mahiyette mali ve manevi yetkiler içermektedir. Manevi haklar, eser sahibinin kişilik saçağı altında bulunmakla haklılık kazanırken, maddi haklar eser sahibine, eserinden ekonomik yararlanma konusunda inhisari yetkiler verirler⁴⁶⁵. Kanun, eser üzerindeki hakları mali ve manevi olarak ayırmışsa da, bu hakların kullanımı genellikle birbirine bağlı olduğundan, bir gruptaki haklara yönelik tecavüz, doğrudan diğer gruptaki hakları da zedeleyecektir⁴⁶⁶.

Kanunda “Manevi, mali veya bağlantılı haklara tecavüz” başlığı altında yer alan 71. madde;

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

1. Bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın işleyen, temsil eden, çoğaltan, değiştiren, dağıtan, her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma ileten, yayımlayan ya da hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri satışa arz eden, satan, kiralamak veya ödünç vermek

⁴⁶⁴ ARSLANLI, s.78 ; EREL, s.135

⁴⁶⁵ TEKİNALP, s.9

⁴⁶⁶ AYİTER, s.112-113 ; EREL, s.135

suretiyle ya da sair şekilde yayan, ticarî amaçla satın alan, ithal veya ihraç eden, kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran ya da depolayan kişi hakkında bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

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

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

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

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

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

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

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

hükümlerini içermektedir.

Esasen bütün bu hakların ihlali aynı maddede cezai yaptırıma bağlanmışsa da, ihlal edilen hakkın kapsamını tayin ve FSEK'daki değişiklikte ortaya çıkan yeni durumu tahlil açısından, korunan haklara göre genel bir açıklama yapma gereği duyuyoruz.

1- FSEK 71. MADDEDE KORUNAN MANEVİ HAKLAR

2008 tarihli kanun değişikliğinden önce FSEK, 71. maddesinde manevi haklara tecavüz suçları; *eseri izinsiz olarak umuma arz etmek ve yayımlamak, izinsiz olarak esere veya çoğaltılmış nüshalarına ad koymak, başkasının eserini kendi eseri veya kendi eserini başkasının eseri olarak göstermek, güzel sanat eserlerinin çoğaltılmış nüshalarında veya işlemlerde asıl eser sahibinin adını kararlaştırılan veya adet olan şekilde göstermemek ya da kopya ve işleme olduğunu göstermemek, FSEK 32., 33., 34., 35., 36., 37., 39. ve 40. maddelerinde belirtilen hallerde usulüne uygun ve doğru şekilde kaynak göstermemek, eser sahibinin yazılı izni olmadan bir eseri değiştirmek*, olarak sayılmıştı. 2008 tarihli kanun değişikliğinden sonra söz konusu suçlar 71/1. maddenin 1., 2., 3., 5., 6. bentlerinde varlıklarını muhafaza etmişlerdir. Bunlara ek olarak, 14. maddenin 2. fıkrasındaki umuma arz keyfiyetini de kapsayabilecek olan “eser hakkında malumat vermek” manevi hakkının üçüncü kişilerce ihlal edilmesi de, 71/1. maddenin 4. bendi ile suç olarak düzenlenmiştir.

Hak sahiplerinin yazılı izni olmaksızın bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı değiştirmek (md.71/1-1) ; şayet daha önce umuma arz edilmemişlerse, hak sahiplerinin yazılı izni olmaksızın bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletmek, yayımlamak, hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri satışa arz etmek, satmak, kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yaymak (md.71/1-1) ; başkasına ait esere, kendi eseri olarak ad koymak (md.71/1-2) ; bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunmak (md.71/1-3) ; hak sahibi kişilerin izni olmaksızın, alenileşmemiş bir eserin muhtevası hakkında kamuya açıklamada bulunmak (md.71/1-4) ; bir eserle ilgili olarak yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak göstermek (md.71/1-5) ; bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı, tanınmış bir başkasının adını kullanarak çoğaltmak, dağıtmak, yaymak veya yayımlamak (71/1-6) fiilleri, eser sahibinin manevi haklarını ihlal eden suçlar niteliğindedir.

FSEK md.71/1-1’de sayılan hak sahiplerinin yazılı izni olmaksızın bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletmek, yayımlamak, hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan

eserleri satışı arz etmek, satmak, kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yaymak fiilleri, eser üzerindeki mali hakların ihlali niteliğindedir. Bununla beraber, FSEK 14. madde ile eser sahibine tanınan umuma arz hakkı, eserin umuma ilk arzını ifade eden ve bir defa kullanılabilir bir hak olduğundan⁴⁶⁷, söz konusu fiillerle eser ilk defa umuma arz ediliyorsa, FSEK 14. maddede tanınan umuma arz manevi hakkı da aynı zamanda ihlal edilmiş olacaktır.

FSEK' nun 71/1. maddesinin 6. bendinde, “bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı, tanınmış bir başkasının adını kullanarak çoğaltmak, dağıtmak, yaymak veya yayımlamak” suçu düzenlenmiştir. Bu suç kanuna 2008 yılında yapılan değişiklikle dahil olmuştur. Söz konusu değişiklikten önce kanunun eski 71. maddesinde, “başkasının eserini kendi eseri veya kendisinin eserini başkasının eseri olarak göstermek” fiilleri suç olarak düzenlenmişti. Maddenin yeni metninde ise, bir eser, icra, fonogram veya yapım üzerinde başkasının adını kullanmak suç sayılmış, ancak failin bu fiili hak sahibi olduğu bir eser üzerinde mi yoksa başkasına ait bir eser üzerinde mi gerçekleştireceği konusunda açıklama yapılmamıştır. Kanaatimizce, bu fiilin fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakları ihlal eden bir suç sayılması, failin başkasına ait bir eseri üçüncü kişinin adıyla kullanması halinde mümkündür. Nitekim maddede sayılan fiillerin; eser, icra, fonogram veya yapım üzerindeki manevi hakların sahibi ya da sahipleri tarafından işlenmesi halinde, adı kullanılan tanınmış kişiye ait bir eser bulunmadığından bu kişinin eser üzerindeki haklarından bahsedilemeyecek, sadece M.K. kapsamındaki kişilik haklarından, isim üzerindeki hakkın (MK md.25) zarara uğraması söz konusu olacaktır. Şayet bu fiiller, eser, icra, fonogram ya da yapım üzerinde hakkı bulunan kişiler dışındaki üçüncü kişiler hatta bunlar üzerinde sadece mali haklara sahip olan kişilerce işlenecek olursa, adı kullanılan tanınmış kişinin değil; fakat eser, icra veya fonogram ya da yapımın içerdiği eser üzerinde manevi hakka sahip olan kişilerin manevi hakları ihlal edilmiş olacak ve fiil suç teşkil edecektir. Bu husustaki açıklamalarımız, suçun maddi unsuru incelemesinde yer almaktadır.

⁴⁶⁷ TEKİNALP, s.154 ; HIRSCH, s.133

2- FSEK 71. MADDEDE KORUNAN MALİ HAKLAR

Yine 2008 tarihli kanun değişikliğinden önce FSEK, 72. maddesi ile mali haklara tecavüz suçları; *eser veya işlenmelerinin mevcut sözleşmeye aykırı surette çoğaltılmış nüshalarını satmak ve dağıtmak; hak sahibinin izni olmaksızın bir eseri veya çoğaltılmış nüshalarını yol, meydan, pazar, kaldırım, iskele, köprü ve benzeri yerlerde satmak; bir eseri hak sahibinin izni olmaksızın işlemek, çoğaltmak, yaymak, eser nüshalarını yasal ya da gayri yasal yollarla ülkeye sokmak, ticaret konusu yapmak, umuma açık yerlerde göstermek, temsil etmek, umuma iletmek veya yayımına aracılık etmek*, olarak sayılmıştı. 2008 tarihli kanun değişikliğinden sonra mali haklara tecavüz teşkil eden fiiller 71/1. maddenin 1. bendinde sayılmış olup, mali haklara tecavüz olarak gösterilen fiillerin eski 72. maddede yer alan fiilleri birebir karşılamadığı görülmektedir. Eski 72. maddede sayılan suçlar, mali hak ihlallerinin her türüne karşı koruma sağlayamadıysa da, içerdiği bazı suç tanımlarının yeni düzenlemede yer almaması ciddi bir eksiklik teşkil etmektedir. Nitekim, her iki düzenlemede de, hak sahibine tanınan mali hakların izinsiz üçüncü kişilerce kullanılması suç sayıldığı gibi, bu hakların ihlali ile elde edilen eser nüshalarının yayım ve dağıtımını da ayrıca suç olarak tanımlanmıştır. Ancak, bugünkü 71. maddede, “hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri” satışı arz eden, satan, kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yayan, ticarî amaçla satın alan, ithal veya ihraç eden, kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran ya da depolayan kişiler için ceza öngörülmüş olmakla beraber; maddenin “bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın işleyen, temsil eden, çoğaltan, değiştiren, dağıtan, her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma ileten, yayımlayan” tanımında eksiklik bulunmaktadır. Nitekim eserin izinsiz olarak işlenmesi, çoğaltılması, temsil edilmesi, umuma iletilmesi ve yayımlanması fiilleri, FSEK 21., 22., 24., 25. maddelerde sayılan mali hakları karşılamakta olup, 23. maddede düzenlenen “yayma” hakkına ilişkin tecavüzleri nitelemek üzere “dağıtmak” ibaresinin kullanılması, son derece hatalıdır. Zira “dağıtmak” ibaresi, 23. maddede yayma hakkı kapsamındaki işlemleri tanımlamada

kullanılmış olduğundan, bu ifadenin, hukuki “yayma” teriminin kapsamını bütünüyle karşılamayacağı açıktır.

Öte yandan, maddede suç teşkil eden fiiller sıralanırken “yayımlama” ifadesi de sayılmıştır. Ancak “yayım” kavramı FSEK’nda tanımlanan kavramlardan biridir ve 7/2. md., “Bir eserin aslından çoğaltma ile elde edilen nüshaları hak sahibinin rızasıyla satışa çıkarılma veya dağıtılma yahut diğer bir şekilde ticaret mevkiine konulma suretiyle umuma arz edilirse o eser yayımlanmış sayılır” hükmünü içermektedir. Aynı terimin, kanunun bir yerinde eser sahibinin rızasıyla meydana getirilen hukuka uygun bir durum için kullanılırken, başka bir yerinde suç vasfı taşıyan fiil olarak gösterilmesi, suç tanımıyla neyin kastedildiği konusunda tereddüt yaratmaktadır. Öte yandan bu tür bir çelişkinin hiçbir yasal düzenlemede yer almaması gerekirken özellikle ceza hükmünde bulunması, suçun kanuni unsurunun sorgulanması tehlikesine götürecektir. Kanun koyucu, yaptırma bağladığı fiilleri, çelişkiye mahal vermeyecek surette ve sarih şekilde açıklamalıdır. Biz, çalışmamızda “yayımlama” fiilini “dağıtma” fiilinin açıklaması içinde mütalaa etmeyi uygun görüyoruz.

Diğer yandan, eski 72. maddede eser nüshalarını izinsiz olarak yasal ya da gayri yasal yollarla ülkeye sokmak fiili suç olarak tanımlanmaktayken, yeni 71/1. maddede sadece “hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserlerin” ithali veya ihracı suç olarak sayılmış, hukuka uygun surette çoğaltılan eser nüshalarının, eser sahibinin izni olmaksızın ülkeye sokulması, suç sayılmamıştır. Bu hükmün yeni 71/1. maddede yer almaması, yayma hakkının tüketilmesi ilkesinin ülkeselliği prensibiyle çelişmektedir. Nitekim, FSEK 23/2. maddesi; “Eser sahibinin izniyle yurt dışında çoğaltılmış nüshaların yurt içine getirilmesi ve bunlardan yayma yoluyla faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Yurt dışında çoğaltılmış nüshalar her ne surette olursa olsun eser sahibinin ve/veya eser sahibinin iznini haiz yayma hakkı sahibinin izni olmaksızın ithal edilemez. Kiralama ve kamuya ödünç verme yetkisi eser sahibinde kalmak kaydıyla, belirli nüshaların hak sahibinin yayma hakkını kullanması sonucu mülkiyeti devredilerek ülke sınırları içinde ilk satışı veya dağıtımı yapıldıktan sonra bunların yeniden satışı eser sahibine tanınan yayma hakkını ihlal etmez” hükmünü içermektedir. Eserin yurt dışında hukuka uygun surette çoğaltılmış nüshalarının yurda getirilmesi hakkı münhasıran eser sahibine tanınmış olduğu halde,

bu nüshaları eser sahibi rızası hilafına yurda sokan üçüncü kişiler için bir yaptırım öngörülmemesi, yayma kapsamında tanımlanan mali hakkın, ihlallere karşı cezai korumadan yoksun bırakılması sonucunu doğurmaktadır.

FSEK 71/2. maddede “Bu Kanunun ek 4 üncü maddesinin birinci fıkrasında bahsi geçen fiilleri yetkisiz olarak işleyenler ile bu Kanunda tanınmış hakları ihlâl etmeye devam eden bilgi içerik sağlayıcılar hakkında, fiilleri daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” hükmüne yer verilmiştir. Ek 4. maddenin 1. fıkrası, eser nüshalarının topluma sunulması sırasında hak sahipleri tarafından eser üzerinde gösterilen bilgilerin yetkisiz kişilerce değiştirilmiş ya da silinmiş olması halinde eserlerin dağıtılamayacağı hükmünü içermektedir⁴⁶⁸. Ek 4. maddenin 2. fıkrasında, “yukarıdaki fıkra hükümleri fonogramlar ve fonogramlarda tespit edilmiş icralar bakımından da uygulanır” hükmü yer almakta olduğu halde, 71/2. maddede sadece 1. fıkra hükmüne aykırı davranışların cezalandırılacağına hükme bağlanmış olması, üzerindeki bilgiler yetkisiz kişilerce değiştirilmiş ya da silinmiş olan fonogramları dağıtan kişiler hakkında ceza hükmünün uygulanabilir olup olmadığı hususunda tereddüde yol açabilecektir.

2008 tarihli değişiklikle mali haklara tecavüz suçları arasından çıkarılan bir diğer fiil, eser ve çoğaltılmış nüshaların yol, meydan, pazar, kaldırım, iskele, köprü ve benzeri yerlerde satışdır. Kanun değişikliğinden sonra bu fiil, 81/7. maddede suç olarak tanımlanmış ve Kabahatler Kanununun 38/1. maddesi çerçevesinde cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır.

5728 S. Yasayla ilga edilen 73. maddede yine eser sahibinin eser üzerindeki mali haklarını zarara uğratan: hukuka aykırı çoğaltılmış olduğu bilinen veya bilinmesi gereken eser nüshalarını ticari amaçla elde bulundurmak; mevcut olmayan ya da tasarruf yetkisine sahip olunmayan mali hak veya ruhsatı tasarruf konusu yapmak; bilgisayar programlarını koruyan bir aygıtı geçersiz kılmaya veya ortadan kaldırmaya

⁴⁶⁸ Ek Madde 4 – (Ek: 21/2/2001 - 4630/37 md.)

Eser ve eser sahibi ile eser üzerindeki haklardan herhangi birinin sahibi veya eserin kullanımına ilişkin süreler ve şartlar ile ilgili olarak eser nüshaları üzerinde bulunan veya eserin topluma sunulması sırasında görülen bilgiler ve bu bilgileri temsil eden sayılar veya kodlar yetkisiz olarak değiştirilen veya ortadan kaldırılan eserlerin asılları veya kopyaları dağıtılamaz, dağıtılmak üzere ithal edilemez, yayınlanamaz veya topluma iletilemez (1.f.)

Yukarıdaki fıkra hükümleri fonogramlar ve fonogramlarda tespit edilmiş icralar bakımından da uygulanır.(2.f.)

yarayan bir aracı ticari amaçla elinde bulundurmak veya dağıtmak, fiilleri de suç olarak sayılmıştı. Değişikle; hukuka aykırı şekilde çoğaltılmış eser nüshalarını elinde bulundurmak suçunun tanımından “hukuka aykırı çoğaltılmış olduğu bilinen veya bilinmesi gereken eser nüshaları” ifadesi çıkarılmış, yeni 71/1. madde ile hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri ticarî amaçla satın alan, kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran ya da depolayan kişilerin cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Bilgisayar programlarını koruyan bir aygıtı geçersiz kılmaya veya ortadan kaldırmaya yarayan bir aracı ticari amaçla elinde bulundurmak veya dağıtmak suçu; bu tür teknik donanımları üretmek, satışa arz etmek, satmak veya kişisel kullanım amacı dışında elinde bulundurmak şeklinde yeniden tanımlanarak 72. maddede düzenlenmiştir. Eski 73. madde kapsamındaki suçlar arasında sayılan; mevcut olmayan ya da tasarruf yetkisine sahip olunmayan mali hak veya ruhsatı tasarruf konusu yapmak suçu kanundan çıkarılmış ve bu tür fiilleri suç kabul eden bir hükme yer verilmemiştir.

3- FSEK 71. MADDEDE KORUNAN BAĞLANTILI HAKLAR

Bağlantılı hak sahipleri, ancak kanunun 80. maddesi ile kendilerine tanınan hakları ihlal eden suçlar sebebiyle mağdur veya suçtan zarar gören sıfatına sahip olacaktırlar. FSEK 71. maddede sayılan suçlar, 80. madde ile bağlantılı hak sahiplerine tanınan hakları zedeleyebilecekleri nispette bağlantılı hak sahipleri aleyhine suç teşkil eder.

5728 S.Kanunla gerçekleşen değişiklikten önce FSEK 80/son maddesinde düzenlenen bağlantılı hak sahiplerinin haklarına tecavüz suçları; 80. maddede sayılan hakların ihlal edilmesi ve icra, fonogram veya yapımların izinsiz çoğaltılmış nüshalarının yol, meydan, pazar, kaldırım, iskele, köprü ve benzeri yerlerde satılması olarak gösterilmişti. Kanun değişikliği ile bağlantılı haklara ilişkin suçlar da 71. madde kapsamına alınmıştır.

5728 S. Kanunla yapılan değişiklik sonrası bağlantılı hak sahipleri arasında sayılan radyo televizyon yayıncılarının cezai koruma dışında tutulduğu, zira 71. maddede korunan sùjelerin eser sahibi, icracı, fonogram yapımcısı ve film yapımcısı

olduğu ifade edilmiştir⁴⁶⁹. Ancak 71/1. maddenin 1. bendinde geçen “eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın” ifadesinde “yayın sahibi”nin sayılmamış olması, maddenin suç tanımını belirleyici temel unsuru “Bu Kanunda koruma altına alınan fikir ve sanat eserleriyle ilgili manevi, mali veya bağlantılı hakları ihlal ederek” ifadesi karşısında, radyo televizyon kuruluşları haklarının cezai korumadan yoksun bırakıldığı sonucuna götürmez. Radyo televizyon yapımcılarının bağlantılı hakları, FSEK 71. maddede düzenlenen fiillere karşı cezai koruma kapsamındadır. Radyo televizyon yapımcıları sadece, maddede suç olarak sayılan fiilleri hukuka uygun hale getirebilecek “yazılı izin” alınacak kişiler arasında sayılmamıştır. Sehven gerçekleştiğini zannettiğimiz bu eksik sayım, bu suçlarda ilgilinin rızasının, fiili hukuka uygun hale getirdiği gözetilerek uygulama aşamasında giderilebilecek mahiyetteki bir eksikliklerdir.

B- KORUNAN HUKUKİ YARAR

Hukukun birincil amacı, bireylerin her türlü saldırılara karşı korunması, yaşamlarını güven ortamı içinde sürdürmelerinin teminidir. İkinci olarak, hukukun toplumsal düzeni sağlama işlevi de bulunmaktadır⁴⁷⁰. Ceza hukuku alanında sosyal düzeni bozucu hareketler, icra ve ihmâl şeklindeki ihlallerden doğan zararlar, diğer hukuk dallarını ihlal eden fiil ve hareketlerin sebebiyet verdiği zararlara göre çok daha ağırdır⁴⁷¹.

Hukuk düzeninin suç kabul ettiği fiiller, esasen birbiriyle bağlantılı olan; “kişilerin menfaatleri”nin zarara uğraması ve genel itibariyle “kamu düzeni”nin zedelenmesine yönelik olduğu için cezai yaptırıma tabidir. Kamusal ya da kişisel bir menfaatin, ceza yaptırımını gerektirecek derecede zedelenmiş olduğunun kabulü; elbette öncelikle zedelenen bu menfaatin belirlenmesiyle mümkündür. Ceza Kanunumuzda da, suçlar, zedeledikleri toplumsal ve kişisel yararlar göre tasnif edilmiştir. Millete ve devlete karşı suçlar, topluma karşı suçlar, kişilere karşı suçlar

⁴⁶⁹ İlhami GÜNEŞ, 5728 Sayılı Yasa Sonrası Mali, Manevi Hak ve Bağlantılı Hak İhlalleri, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, C.4, S.14, İstanbul-2008, s.352

⁴⁷⁰ Mehmet Emin ARTUK – Ahmet GÖKCEN – A.Caner YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara-2009, s.3

⁴⁷¹ Sulhi DÖNMEZER – Sahir ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C.I, 12. Bası, Beta Yayınları, İstanbul-1997, s.4

gibi genel ayrımlar yanında, suçun somut konusunun belirlendiği normları yakınlık ve bağlantılılık derecesine göre hususileştirerek korunan hukuki yararın tesbitini kolaylaştıran ayrımlar yapılmıştır.

FSEK’nda yer alan suçlarla korunan hukuki yarar ise, suçların yöneldiği hakkın niteliğine göre ayrıma tabi tutulabilir. Bu sebeple, manevi, mali ve bağlantılı haklara ilişkin suçlarda korunan hukuki yararı ayrı ayrı değerlendirmekte fayda görüyoruz.

1- MANEVİ HAKLARA TECAVÜZDE KORUNAN HUKUKİ YARAR

Eser sahibinin manevi hakları, FSEK’nun 14., 15. ve 16. maddelerinde sayılan “Umuma Arz Salahiyeti”, “Adın Belirtilmesi Salahiyeti”, “Eserde Değişiklik Yapılmasını Men Etmek” olarak sayılmış, bu haklar, çalışmamızın “Eser Sahibinin Manevi Hakları” bölümünde incelenmiştir. Aynı bölümde incelediğimiz ve kanunun 17. maddesinde düzenlenen “eser sahibinin zilyed ve malike karşı hakları” da, eser sahibinin manevi hakları arasında mütalaa edilmekle beraber, kanun, 17. maddenin 1. ve 3. fıkraları kapsamındaki eserden faydalanma hakkı için cezai himaye tanımamıştır. Nitekim belirttiğimiz üzere eser sahibinin bu hakkı ileri sürebileceği kişiler eserin zilyedi veya malikidir. Zilyed veya malike tahmil edilen eserden faydalandırma yükümlülüğü, mülkiyet, ayni veya şahsi hak sahipliği veya yeddi eminlik gibi herhangi bir surette eseri zilyedliğinde bulunduran kişidedir ve zilyedin bu borcu, zilyedliğe yani eşyaya bağlı borç hükmündedir⁴⁷². Bu çerçevede eser sahibinin 17. maddenin 1. ve 3. fıkraları kapsamındaki hakkını kullanması ve koruması, cezai hükümler vasıtasıyla değil, özel hukuk hükümleri kapsamında mümkündür. Ancak 17. maddenin 2. fıkrasında eser aslı üzerinde mülkiyet iktisap eden kişinin eseri bozamayacağı, yok edemeyeceği ve eser sahibinin haklarına zarar veremeyeceği hükme bağlanmış olup; 71/1. madde ile de eserin, hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın değiştirilmesi cezalandırılmıştır.

FSEK 71. maddesi 14., 15., 16., 17/2. maddelerde sayılan manevi hakların üçüncü kişilerce ihlal edilmesini cezalandırmaktadır. 71/1. maddenin 3. ve 5.

⁴⁷² EREL, s.155

bentlerinde, eserden kaynak göstermeksizin ya da yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak göstererek iktibasta bulunmak suç sayılmış olup, bu suçların eser sahibinin mali haklarını ihlal eden tarafları da bulunmakta, ayrıca alıntı şeklindeki eser kısımlarında eser sahibinin adının gizlenmesi, manevi hak ihlali teşkil etmektedir.

Sayılan manevi hakların Medeni Kanun'daki kişilik haklarından farklı yönleri bulunsa da, kişilik haklarının bir türü oldukları⁴⁷³ kabul edilir. Bu çerçevede, manevi haklara tecavüz suçlarının, kişilik haklarının ihlalini teşkil ettiği ve “kişilere karşı işlenen suçlar” kapsamında oldukları ifade edilmiştir⁴⁷⁴. Ayrıca eser üzerindeki haklar, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin, ilim, edebiyat ve sanat eserleri sahiplerinin manevi ve mali menfaatlerini koruma hakkını düzenleyen 27/1. maddesi ile Anayasal güvence altındaki “sanatın ve sanatçının korunması” (AY. md.64), “düşünce ve kanaat hürriyeti” (md.25), “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” (md.26), “bilim ve sanat hürriyeti” (md.27) ile de ilişkilendirilmektedir⁴⁷⁵.

2- MALİ HAKLARA TECAVÜZDE KORUNAN HUKUKİ YARAR

Çalışmamızın “Eser Sahibinin Mali Hakları” bölümünde de incelediğimiz üzere, FSEK'nun eser sahibine tanıdığı mali haklar işleme (md.21), çoğaltma (md.22), yayma (md.23), temsil (md.24), umuma iletim (md.25) haklarıdır ve kanunun 45. maddesinde düzenlenen pay alma hakkı da, eser sahibinin mali hakları arasında kabul edilmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere mali haklar, aynı zamanda üçüncü kişilerin bu hakları kullanmalarını engelleme yetkisini de beraberinde getirir. Üçüncü kişiler, eser sahibinin izni olmadan, bir eseri işleyemez, çoğaltamaz, yayımlayamaz, temsil edemez ve umuma iletemez. Bununla beraber, pay ve takip hakkı, eser sahibine bir men yetkisi tanımamakta, üçüncü kişinin mülkiyetinde bulunan bir eserin her el değiştirmesinde eser sahibine bir alacak hakkı tanımaktadır. Bu çerçevede, 21. ila 25. maddelerde sayılan haklardan farklı olarak, 45. maddede

⁴⁷³ TEKİNALP, s.151

⁴⁷⁴ Teknail ÖZDERYOL, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2006, s.93

⁴⁷⁵ Zeki HAFIZOĞULLARI, Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi, AÜHFD, C.48, S.1-4, Ankara 1999, s.1 ; YAZICIOĞLU, s. 186

düzenlenen “pay alma” mali hakkının ihlali, cezai yaptırıma bağlanmamıştır. Hak sahibine bir alacak hakkı tanıyan “pay alma hakkı”nın kullanılması ve korunması, cezai himaye ile değil, özel hukuk hükümleri çerçevesinde mümkündür.

FSEK 71. maddesi ile 21., 22., 23., 24., 25. maddelerde sayılan mali hakların üçüncü kişilerce ihlal edilmesi cezalandırılmaktadır⁴⁷⁶. Eser üzerindeki mali haklar, eser sahibine, eserini iktisadi olarak değerlendirme imkanı tanıyan ve hak sahipleri dışındaki kişilerin bu yetkileri kullanmasını yasaklayan haklardır. Mali haklarla eser sahibine, eserinden bizzat yararlanma, üçüncü kişilerin yararlanmasını engelleme veya eserden yararlanmak isteyen üçüncü kişilerden bir karşı edim talep etme yetkisi tanınmıştır⁴⁷⁷. Eser üzerindeki manevi haklar gibi mali hakların da münhasıran eser sahibine ait olmaları sebebiyle, eserin iktisaden değerlendirilmesine, herhangi bir tasarrufa konu edilebilmelerine karar verme ve bu hakları kullanma imkanı doğrudan eser sahibine ya da onun rızası çerçevesinde yetkilenmiş veya kanunen yetkilendirilmiş kişilere aittir. Bu noktada hak sahiplerinin, kendilerine tanınan mali yetkilerin üçüncü kişilerce kullanılmasını engelleme hakkı da ortaya çıkmaktadır.

Fikri hakların niteliği bahsinde de değindiğimiz gibi, yaratıcı eser sahibinin şahsiyet haklarını ilgilendiren manevi yönleri de bulunan fikri hakların; mali yönleri itibarıyla eser sahibinin malvarlığında yer aldıkları, ancak Medeni Kanundaki menkul mallar dışında, yaratıcı insan zekasının ürünü olmakla üzerinde cisimlendiği maddi mallardan ayrı bir hukuki varlığa ve iktisadi değere sahip olan “gayri maddi mallar” üzerindeki haklar oldukları kabul edilmektedir. Fikri haklar, hak sahibine, üçüncü kişilerin bu mallardan yararlanmalarını engelleme yetkisini bahşeden ‘gayri maddi mallar üzerindeki mutlak yahut inhisari haklar’ olarak tanımlanmakta⁴⁷⁸ yani bir yönü ile malvarlığı hakları arasında yer almaktadır. Nitekim bugün kabul edilen ve eser sahipliğini bir ‘hukuki durum’ olarak niteleyen “Eser Sahipliği Teorisi”, fikri hakları, eser sahibi ile eseri arasındaki, malvarlığına ve şahsiyete ilişkin hak ve yetkiler ihtiva eden objektif bir durum olarak açıklamaktadır⁴⁷⁹. Öte yandan Avrupa Adalet Divanı, AİHS’nin 1 no.lu Protokolünün 1. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkının, her

⁴⁷⁶ Ancak belirttiğimiz üzere, 71/1. maddede yer alan “dağıtan” ibaresi, yayma hakkı çerçevesindeki bütün fiilleri kapsamaması, uygulamada yayma hakkının korunması hususunda zafiyete yol açabilecek bir eksikliklerdir.

⁴⁷⁷ ÖZTRAK, s.36

⁴⁷⁸ AYİTER, s.4; EREL, s.26

⁴⁷⁹ EREL, s.34 ; AYİTER, s.37

türlü menkul, gayrimenkul, maddi ve gayrimaddi mamelekle ilgili hakları koruduğunu, fikri mülkiyet haklarının da bu kapsamdaki mülkiyet kavramına dahil olduğunu kabul etmiştir⁴⁸⁰.

Netice itibariyle, eser üzerindeki mali haklar, eser sahibinin malvarlığı değerleri arasındadır ve bunlara karşı işlenen suçlar, mülkiyet hakkının ihlalini teşkil etmektedir. Anayasamızın 35. maddesi⁴⁸¹ ile güvence altına alınan mülkiyet hakkını ihlale yönelik olan bu suçlar, kişilere karşı suçlar arasında “malvarlığına karşı suçlar” kapsamında değerlendirilebilir

3- BAĞLANTILI HAKLARA TECAVÜZDE KORUNAN HUKUKİ YARAR

Bağlantılı haklar ve bağlantılı hak sahipleri bahsinde incelediğimiz üzere, kanun bağlantılı hakları “Komşu Haklar” ve “Film Yapımcısının Hakları” olarak ikiye ayırmış, komşu haklar kapsamında “İcracı Sanatçıların”, “Fonogram Yapımcılarının” ve “Radyo Televizyon Kuruluşlarının” haklarını saymıştır. Bu çerçevede, kanunda sayılmış olan dört tür bağlantılı hak mevcuttur ve bu hakların hepsi sahiplerine mali yetkiler tanırken, icracı sanatçılara manevi hak ve yetkiler de tanınmaktadır.

İcracı sanatçının icrası üzerindeki hakkı, mali ve manevi hakların bir bütün oluşturduğu mutlak bir haktır⁴⁸². FSEK 80/1-A.1. maddesi, icracı sanatçının manevi haklarını, eser üzerindeki manevi haklar gibi, icra üzerindeki mali haklardan bağımsız olarak korumuştur. Buna göre icracı sanatçılar; mali haklardan bağımsız olarak ve bu hakları devretmelerinden sonra dahi, tespit edilmiş icraları ile ilgili uygulama şartlarının gerektirdiği durumlar hariç, icralarının sahibi olarak tanıtılmalarını ve icralarının kendi itibarlarını zedeleyebilecek şekilde tahrif edilmesi ve bozulmasının

⁴⁸⁰ KARAHAN- SULUK – SARAÇ – NAL, s.26

⁴⁸¹ Anayasa'nın 35. maddesi uyarınca herkes mülkiyet hakkına sahiptir ve mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabilir. Diğer yandan, eser üzerindeki manevi haklar gibi mali haklar da, İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nin, ilim, edebiyat ve sanat eserleri sahiplerinin manevi ve mali menfaatlerini koruma hakkını düzenleyen 27/1. maddesi ve Anayasal güvence altındaki “sanatın ve sanatçının korunması” (md.64), “düşünce ve kanaat hürriyeti” (md.25), “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” (md.26), “bilim ve sanat hürriyeti” (md.27) ile ilişkilendirilmektedir (Bkz. HAFIZOĞULLARI, s.1)

⁴⁸² TEKİNALP, s.259

önlenmesini talep etme hakkına sahiptirler. Netice itibariyle, icracı sanatçıların manevi veya mali haklarına yönelik tecavüzlere ilişkin cezai hükümler, kişilerin ve malvarlığının korunmasını hedef almaktadır.

Fonogram yapımcısına sağlanan korumanın hukuki dayanağı, haksız rekabettir⁴⁸³ ve FSEK 80/1-B maddesinde yapımcının mali hakları sayılmış olup, fonogram yapımcısının manevi hakkı bulunmamaktadır. Aynı şekilde, kanunun 80/1-C maddesinde, radyo televizyon kuruluşlarına, yayınladıkları programlar üzerinde tanınan mali haklar sayılmıştır ve bu kuruluşların da manevi bir hakkı bulunmamaktadır.

Film yapımcısının da, -eser üzerindeki hakları devralmadığı müddetçe- sinema eseri üzerinde herhangi bir mali veya manevi hakkı bulunmayıp, sahip olduğu hak film şeridindeki tesbit üzerindeki mutlak bir kullanma hakkıdır⁴⁸⁴. Bu hak, yapımcının malvarlığına ilişkin bir değerdir.

Netice itibariyle, icracı sanatçıların hakları dışındaki bağlantılı haklar, sadece mali faydalanma imkanı sağlayan ve malvarlığı değeri oluşturan haklar olup, bu hakların muhafazasına ilişkin cezai hükümlerle, malvarlığının korunması hedeflenmektedir.

C- SUÇUN UNSURLARI

1- MADDİ UNSURLAR

Suç oluşturulan unsurlar arasında maddi unsurun muhakkak yer aldığı tartışma yoktur ve her suç tipinde “hareket”, “netice” ve “sebebiyet alakası” (illiyet bağı) maddi unsurları mevcuttur⁴⁸⁵. Hareket, netice ve illiyet bağı, suçun maddi unsurları arasındaki “fiil”i meydana getiren unsurlardır. Fiil yanında “fail”, “mağdur”, “konu” ve “nitelikli unsurlar” da suçun maddi unsurları arasında mütalaa edilmektedir⁴⁸⁶. Çalışmamızda, FSEK 71. maddede düzenlenen suçların maddi unsuru; fiil, fail, mağdur, konu, nitelikli unsurlar, alt başlıkları ile incelenecektir.

⁴⁸³ EREL, 218-219

⁴⁸⁴ TEKİNALP, s.267-268

⁴⁸⁵ Nurullah KUNTER, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul-1954, s.3

⁴⁸⁶ ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.228, 235 v.d.

i- FİİL

FSEK 71. maddenin 1. fıkrasında, “Bu Kanunda koruma altına alınan fikir ve sanat eserleriyle ilgili manevi, mali veya bağlantılı hakları ihlal ederek” cümlesine yer verildikten sonra suç teşkil eden fiiller sıralanmış ve maddenin 2. fıkrasında iki ayrı suça yer verilmiştir.

Suçun söz konusu olabilmesi için, öncelikle dış alemde değişiklik meydana getirmeye yönelmiş müsbet veya menfi bir hareketin, bir fiilin bulunması gerekir⁴⁸⁷. Kanunlarda, suç teşkil eden bazı fiillerin hangi hareketlerle meydana getirileceği göstermişken, bazılarında sadece netice gösterilmiş ve hangi hareketle meydana gelirse gelsin, gösterilen neticenin gerçekleşmesi suçun oluşması için yeterli sayılmıştır. Suçun hareket şeklinin tipte belirtilmiş olması halinde “bağlı hareketli” suçtan, neticenin herhangi bir şekilde gerçekleştirilebileceği durumlarda ise “serbest hareketli” suçtan bahsedilir⁴⁸⁸. FSEK’nun 71. maddesinde yer alan suçlardan “bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletmek” suçunun, bağlı hareketli bir suç olduğu kabul edilmekte⁴⁸⁹ ise de, sayılan yöntemler esasen FSEK md 25’teki umuma iletim hakkının tanımına işaret ettiğiinden, kanaatimizce söz konusu suç da, diğerleri gibi serbest hareketli bir suçtur. Kanun, maddedeki suçların oluşması için herhangi bir hareket belirlememiş olduğundan, maddedeki suçlar, amaca elverişli her türlü hareketle işlenebilecek serbest hareketli suçlardır.

FSEK 71/1. maddenin 1. bendinde, mali ve bağlantılı hakları ve bazı manevi hakları ihlal eden fiiller sayılmaktadır. Doktrinde, 71/1-1. maddede, üç ayrı hukuki yarara (mali, manevi, bağlantılı haklar) yönelik üç ayrı suç bulunduğu ve bu bentte sayılıp eser üzerindeki mali haklara tecavüz niteliğinde olan fiillerin, “mali haklara tecavüz suçu”nun seçimlik hareketleri olduğu; ancak, gerçekleştirilen bir fiilin, birbirinden bağımsız olan manevi, mali ve bağlantılı hakların korunmasında, bu üç ayrı suç ilgilendiren icra hareketlerinin seçimlik hareket teşkil etmediği ifade

⁴⁸⁷ DÖNMEZER-ERMAN, C.I, s.366

⁴⁸⁸ ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.268-269 ; ayrıca bkz. Kayıhan İÇEL - A.Hakan EVİK, İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap, 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul-2007, s.60 ; DÖNMEZER-ERMAN, C.I, s. 272-273 ; İzzet ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2009, s.172

⁴⁸⁹ YAZICIOĞLU, s.203

edilmektedir⁴⁹⁰. Yazıcıoğlu tarafından dile getirilen bu kabule göre, fiillerin bu üç hukuki yarardan sadece birine yönelmesi halinde, seçimlik hareketler oldukları kabul edilecek; ancak suçun konusu aynı olsa da, birden fazla hukuki yararı ihlal etmeleri halinde, farklı gruptaki hakkı zedeleyen ikinci ya da üçüncü suçun meydana geldiği kabul edilecektir.

Bilindiği üzere, maddi unsurun hareket ögesi, “icrai” olabileceği gibi, kanunun hareketsizliği suç saydığı hallerde “ihmalî” yani yapılması gereken hareketi yapmamak şeklinde de gerçekleşebilir. 71. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen, bilgi içerik sağlayıcıların FSEK’nda tanınmış hakları ihlâl etmeye devam etmeleri suçu, ihmalî suç⁴⁹¹ vasfındadır. Nitekim, “ihlale devam etme” kavramı, FSEK’nun Ek 4/3. maddesinde açıklanmıştır. Bu husus, bu suça ilişkin başlık altında incelenecektir.

⁴⁹⁰ YAZICIOĞLU, s.317-318, s.359-360 ; Ancak bizim kanaatimizce, sayılan bu fiillerin her biri ayrı suç teşkil edeceğinden, aynı suçun seçimlik hareketlerle işlenmesi değil, her bir fiille ayrı bir suç işlenmesi söz konusudur. Sayılan fiillerin hepsinin aynı maddede gösterilip aynı müeyyideye tabi kılınmış olması, mutlaka seçimlik hareketli suçun düzenlendiği sonucuna götürmez. Nitekim kanun, birden fazla suçu aynı hükümde göstermiş de olabilir (bkz. Faruk EREM-Ahmet DANIŞMAN-Mehmet Emin ARTUK, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Tümüyle Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara-1997, s.256). Seçimlik hareketli suçlarda, kanun belirli bir neticeyi meydana getirmeye elverişli birkaç hareket göstermektedir (bkz. DÖNMEZER-ERMAN, C.I, s.373) ve seçimlik hareketlerden hepsinin birden yapılması halinde ortada yine tek bir suç vardır (bkz. ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.258). Ancak fikrimizce, FSEK’nun 71/1-1. maddesinde sayılan fiillerin her biri, tek suçun seçimlik hareketleri değil, bağımsız bir suça meydan veren fiillerdir; zira bu fiiller, kanunda düzenlenen ayrı hakların ihlaline yöneliktir. Örneğin fail, bir tiyatro eserini izinsiz çoğaltıp yaysa ve diğer taraftan aynı eseri sahneleyerek temsil etse ; veya fail, bir romanı senaryo haline getirmek suretiyle izinsiz işledikten sonra bu senaryoyu film haline getirerek dağıtsa, ayrıca aynı romanı kitap halinde yaysa, tek suçun seçimlik hareketlerinden bahsedilemeyeceği kanaatindeyiz. Doktrinde seçimlik hareketli suçlara örnek olarak, TCK 204/1’de düzenlenen resmi belgede sahtecilik suçu gösterilmektedir. Failin resmi belgeyi sahte olarak düzenlemesi veya gerçek bir belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştirmesi ya da sahte resmi belgeyi kullanması hareketlerinden birini yapması halinde, resmi belgede sahtecilik suçu işlenmiş olur (bkz. Timur DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2006, s.215). Ancak FSEK’nun 71/1-1. maddesinde sayılan fiillerin her biri, bağımsız bir neticeyi, ayrı bir suçu oluşturmaktadır. Nitekim bir resmi belgeyi sahte olarak düzenleyen kişi ile bunu kullanan kişi, iştirak halinde “resmi belgede sahtecilik” suçunu, yani aynı suçu işlemiş olacakları halde; bir eseri hukuka aykırı surette çoğaltan kişi ile bu nüshaları yayan kimse, “eseri hukuka aykırı çoğaltmak ve yaymak suçu”nu birlikte işlemiş olmazlar. Nitekim bu fiiller tek bir suç meydana getirmez, tek bir hakkı ihlal etmezler. Çoğaltan kimse “hukuka aykırı çoğaltma” suçunun, bu nüshaları yayan kimse ise “hukuka aykırı çoğaltılmış nüshaları yayma” suçunun, yani ikinci, farklı bir suçun failidir.

⁴⁹¹ “İhmalî suçlarda söz konusu olan fiil, sadece normatif olarak muayyen bir davranışın gerçekleştirilmemesi, belli bir davranışta bulunmamasıdır.” (bkz. ÖZGENÇ, s.212) ; İhmalî suçlarda ihmal edilen hareket yapılsaydı netice kesinlik sınırında bir olasılıkla engellenebilecekti denebiliyorsa, ihmal nedenseldir (bkz. Hakan HAKERİ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2009, s.171) ; İhmalî suç kavramı için ayrıca bkz. Ayhan ÖNDER, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul-1992, s.173 v.d. ; ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.260 v.d. ; kavramlar için ayrıca bkz. DÖNMEZER-ERMAN, C.I, s.377-378

Maddede yer alan “ihlale devam etme” suçu dışındaki diğer suçlar, icrai hareketlerle işlenebilecek suçlardır.

Suçun maddi unsurunu oluşturan öğelerden biri de, insanın dış dünyaya yansıyan icrai ya da ihmali davranışı sonucu dış dünyada meydana gelen değişiklik, “netice”dir⁴⁹².

Bu değişiklik, bir zarar veya tehlike yahut hukuku ihlal şeklinde olabilir. Kanun bazen neticeyi gösterirken, bazen belirtmez ve bu halde suçun tamamlanmış sayılması için “hareketten başka bir de neticenin gerçekleşmesi gereken” ve “hareketten başka bir netice aranmayan” suçlar ayrımı doğar. Adam öldürme suçunun gerçekleşmesi ölüm neticesinin meydana gelmesine bağlıyken, hakaret suçunun gerçekleşmesi fiilin icrasıyla tamamlanır ve ayrıca mağdurun şerefine zedelenmesi gibi bir neticenin gerçekleşmesi aranmaz⁴⁹³. Kanunun, ayrıca bir netice aramadığı bu suçlar doktrinde, “neticesi harekete bitişik suçlar”⁴⁹⁴, “şeklî suçlar”⁴⁹⁵, “sırf hareket suçları”⁴⁹⁶ gibi ifadelerle nitelenmektedir.

FSEK’nun 71. maddesinde düzenlenen suçlar, “şeklî suçlar”dır. Kanun, suç meydana getiren fiilleri saymış, bu fiillerin gerçekleştirilmesini suçun oluşması için yeterli görmüştür. Bu sebeple, eser sahibi veya diğer hak sahiplerinin maddi ya da manevi bir zarara uğrayıp uğramadıkları ayrıca sorgulanmayacak, sayılan fiillerin gerçekleştirilmiş olmasıyla, suç tamamlanacaktır.

Çalışmamızda, maddede sayılan fiiller incelenirken, ihlal ettikleri hakların mahiyetleri ve bu itibarla hangi tür eylemlerin ihlal kapsamında değerlendirilebileceği üzerinde durulacaktır. Ayrıca bu bölümde, ifadenin akılcılığını sağlamak adına, eser, icra, fonogram, yapım kavramlarının hepsini ifade etmek üzere eser kavramı kullanılacak, mali hak ihlali bunlardan sadece birine ilişkin ise ayrıca belirtilecektir.

a- Hukuka Aykırı İşleme

FSEK 71/1-1. maddesindeki “bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın işlemek” suçu, FSEK 21. maddesinde

⁴⁹² ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.235

⁴⁹³ DÖNMEZER-ERMAN, C.I, s.381-382

⁴⁹⁴ KUNTER, Maddi Unsurlar, s.107 ; DÖNMEZER-ERMAN, C.I, s.384

⁴⁹⁵ KUNTER, Maddi Unsurlar, s.107 ; DÖNMEZER-ERMAN, C.I, s.382 ; DEMİRBAŞ, s.227 v.d. ; ÖNDER, s.172-173

⁴⁹⁶ “Sırf Hareket Suçları” ibaresini benimseyen yazarlar, her suçun mutlaka bir netice meydana getirmeyebileceği, her suçta bir netice olduğu fikrinin terk edilmesi gerektiği görüşündedirler. Bkz. ÖZGENÇ, s.177 ; ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.275

münhasıran eser sahibine ait olduğu belirtilen ve Birinci Bölüm’de Eser Sahibinin Hakları başlığı altında incelediğimiz “İşleme Hakkı”na yönelecek tecavüzleri cezai yaptırıma bağlamaktadır.

71/1-1. maddede yer alan izinsiz işleme, sadece fikir ve sanat eserlerinin izinsiz işlenmesini ifade etmektedir. Nitekim 71. madde, içerdiği suçların tamamını niteler biçimde “Bu Kanunda koruma altına alınan fikir ve sanat eserleriyle ilgili manevi, mali veya bağlantılı hakları ihlal ederek” ibaresiyle başlamaktadır ve FSEK hükümleri çerçevesinde “işleme” işlemi sadece eser niteliği taşıyan ürünler üzerinde gerçekleştirilebilir. Maddede “bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın işlemek” ibaresi yer almakta ise de, bu, özellikle de cezai yaptırım öngören bir kanun hükmünde bulunmaması gereken hatalı ifade biçiminden ibarettir.

Bununla beraber, elbette icra, fonogram veya yapımın içerdiği eser üzerinde işleme yapılması mümkündür. Ancak bu işlemenin izinsiz olması halinde bağlantılı hak sahibine ilişkin bir hak değil, bağlantılı hakka konu yapımın içerdiği eserin sahibine ait işleme hakkı ihlal edilmiş olacaktır.

Birinci Bölüm’de Eser Sahibinin Hakları bahsinde de incelediğimiz gibi, eser üzerindeki mali haklar arasındaki işleme hakkı, eser üzerindeki bütün haklar gibi, münhasıran eser sahibine aittir. Bu çerçevede, bir eseri sadece o eserin sahibi işleyebilir ya da üçüncü bir kişinin eseri işlemesi, ancak eser sahibinin muvafakati ile mümkündür.

Hukuka aykırı işleme suçu, eser üzerindeki hak sahibi kişilerden yazılı izin olmaksızın eserin işlenmesi suretiyle gerçekleşir. Ancak, umuma arz edilmeden sadece işleyen kişisel çevresinde kalacak işlemler için asıl eser sahibinin iznine gerek olmadığı, bir eserin ekonomik faydalanma amacı taşınmadan şahsen kullanmak için işlenmesinin serbest olduğu kabul edilmektedir⁴⁹⁷. Belgesay’ın ifadesiyle sadece bir müsvedde yapılmakla eser sahibinin hakları için bir tehlike doğmayacağından, piyasaya arz edilmeyen bir işleme suç teşkil etmez⁴⁹⁸. Kaldı ki, sadece işleyen kişisel alanında tutulan bir işlemeden haberdar olunarak ceza yargılamasına konu edilebilmesi de müşküldür. Bu kapsamda, FSEK 1-B/c ve 1/B/d

⁴⁹⁷ ATEŞ, s.164 ; EREL, s.159 ; TEKİNALP, s.172

⁴⁹⁸ BELGESAY, s.133

maddelerdeki işleme ve derleme tanımları çerçevesinde, hukuka aykırı işleme suçunun maddi unsuru; diğer bir eserin sahibinden yazılı izin almaksızın, bu eserden istifade suretiyle vücuda getirilip de bu esere nispetle müstakil olmayan ve işleyenin hususiyetini taşıyan fikir ve sanat mahsulleri veya ansiklopediler ve antolojiler gibi muhtevası seçme ve düzenlemelerden oluşan ve bir düşünce yaratıcılığı sonucu olan eserler meydana getirmek ve meydana getirilen bu işlemeden ekonomik yarar sağlamak veya işlemeyi umuma sunmaktır.

Eserin şahsen kullanılmak amacıyla işlenmesinin serbest olduğu kabul edilmekte ise de, 17. maddenin 1. fıkrasında sayılan ve eser sahibine, üçüncü kişinin mülkiyetinde bulunan asıl eserden faydalanma hakkı tanınan eserlerin asıllarının, şahsen kullanılmak üzere aslın maliki tarafından dahi işlenemeyeceği kanaatindeyiz. Zira eser sahibinin bu eserler üzerinde hala umuma iletme, arz, temsil hakları devam etmekte ve kullanılabilir nitelikte bulunmaktadır. Dolayısıyla işleme kapsamında dahi olsa eser asılları kullanılarak yapılacak değişiklikler, şahsi kullanım alanında kalacak değişiklikler sayılamaz. Nitekim 17/2. madde eserin tahrifini, aslın maliki için de yasaklamaktadır. Bu sebeple, 17/1. maddede sayılan asıl eser nüshalarının işlenmesinin hukuka aykırı işleme olarak kabul edilmesi için, umuma arz şartı aranmamalıdır.

FSEK, eseri izinsiz değiştirmeyi de suç olarak göstermiştir. Bu çerçevede; işleme kavramı, işleyenin hususiyetini taşıyan ve kanundaki tanımla bağdaşan asıl esere bağımlı bir eser meydana getirmeyi ifade ettiğinden, üçüncü kişinin asıl eser üzerinde yaptığı değişiklik sonucunda, hususiyet taşıyan bir eser meydana gelmiyorsa, hukuka aykırı işlemeden değil, hukuka aykırı değiştirmeden bahsedilebilir.

Eser sahibinden, eserin işlenmesi hususunda alınan iznin aşılması halinde de hukuka aykırı işleme suçu oluşacaktır. Örneğin eser sahibinden, romanını sadece Türkçeden Fransızcaya çevirme konusunda izin alan kimsenin, bu romanı tiyatro eseri haline getirecek surette işlemeye hakkı bulunmamaktadır. Alınan iznin sınırının aşılmasıyla hukuka aykırı işleme suçu oluşur.

İşleme hakkı konusunda izin alarak işleme bir eser meydana getiren kişi, işleme eserin tekrar işlenmesi hususunda da asıl eser sahibinden izin almak zorundadır. Asıl eser sahibinin muvafakati olmadan, işleme eseri tekrar

işleyemeyeceği gibi, bu hususta üçüncü bir şahsa da hak tanıyamaz⁴⁹⁹. Nitekim FSEK 20/4. md. uyarınca işleme sahibinin, işleme üzerindeki mali haklarını eser sahibinin müsaadesi çerçevesinde kullanabileceği hükme bağlanmıştır ve FSEK 49. maddesi uyarınca, işleme hakkını devren iktisap eden kimse, ancak (asıl) eser sahibi veya mirasçılarının yazılı muvafakatiyle bu hakkı veya kullanma ruhsatını diğer birine devredebilir. Bu çerçevede, usulüne uygun izinle eseri işlemiş olan kimsenin, kendi işlemesini tekrar işlemek hususunda asıl eser sahibinden izin almadan, tekrar işlemeyi gerçekleştirmesi de, hukuka aykırı işleme sayılacaktır. Bununla beraber, işleme eserin tekrar işlenmesi -asıl eser sahibinin muvafakatine bağlı da olsa-, sadece işleyene ait bir haktır. Dolayısıyla, işleme eser sahibinin rızası olmaksızın, asıl eser sahibi de dahil herhangi bir kimsenin işleme eseri tekrar işlemesi, hukuka aykırı işlemedir.

İşleme, eser üzerinde bir takım değişiklikler yapılması ile mümkündür. Eser üzerindeki her değişiklik işleme değilse de; -derleme kapsamında olmayan- her işleme, eserin değiştirilmesidir. Eserin değiştirilmesi, eser sahibinin manevi hakları arasındadır ve 71/1-1. maddede hukuka aykırı değiştirmenin de suç olduğu kabul edilmiştir. Bu halde eserin işlenmesi ile aynı zamanda eserin değiştirilmesi fiili de icra edilir. Kanaatimizce eserin değiştirilmesi, işleme fiilinin meydana getirilmesi için zorunlu bir unsur olduğundan, hukuka aykırı işleme suçu, bileşik suç⁵⁰⁰ teşkil eder.

b- Hukuka Aykırı Temsil

FSEK 71/1-1. maddesindeki “bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın temsil etmek” suçu, FSEK 24. maddesinde münhasıran eser sahibine ait olduğu belirtilen ve Birinci Bölüm’de Eser Sahibinin Hakları başlığı altında incelediğimiz “temsil hakkı”na yönelecek tecavüzleri cezai yaptırıma bağlamaktadır.

FSEK 24. maddesinde, temsil hakkının kapsamını tarif etmek üzere “bir eseri, doğrudan doğruya yahut işaret, ses veya resim nakline yarayan aletlerle umumi mahallerde okumak, çalmak, oynamak ve göstermek gibi ..” ifadesi kullanılmış, “umuma arz edilmek üzere vuku bulduğu mahalden başka bir yere herhangi bir teknik

⁴⁹⁹ ARSLANLI, s.96 ; EREL, s. 160

⁵⁰⁰ Bileşik suç (mürekkep suç) TCK’nun 42. maddesinde “Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçta bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.” hükmüyle tanımlanmıştır. Kavram için bkz. ÖZGENÇ, s. 503 v.d. ; DEMİRBAŞ, s.471 ; ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 667 v.d. ; DÖNMEZER-ERMAN, C.I, s. 406 v.d. ; HAKERİ, Genel Hükümler, s. 438 v.d.

vasıta ile nakli” de temsil hakkı kapsamında sayılmıştır. 24. maddedeki “gibi” ifadesinin de gösterdiği üzere, hukuka aykırı temsil suçunun maddi unsurunu oluşturabilecek olan fiiller, 24. maddede sayılanlarla sınırlı değildir. Üçüncü kişilerin, eseri dinleyerek ya da izleyerek ona ulaşmaları⁵⁰¹ sonucunu doğuran ya da tekniğin gelişen vasıtalarıyla herhangi bir şekilde eseri doğrudan duyularıyla algılamalarını sağlayan fiiller temsil kapsamındadır. Zira temsilden bahsedebilmek için aranan husus, eserin umumi bir yerde duyulara hitap eder şekilde kamuya sunulması ve bu sunumun o ana mahsus ve geçici olmasıdır⁵⁰².

Bu çerçevede FSEK 71/1-1. maddesindeki bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapıyı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın temsil etmek suçunun maddi unsuru; eser sahibinin yazılı izni olmaksızın eseri umumi bir yerde okumak, çalmak, oynamak, göstermek ve benzeri fiillerle, üçüncü kişilerin o ana mahsus ve geçici bir şekilde, eseri dinleyerek ya da izleyerek ona ulaşmalarını veya duyularıyla herhangi bir şekilde algılamalarını sağlayacak surette kamuya sunulmasıdır. Bu çerçevede, bir şiirin okunması, bir bestenin çalınması, bir dramın oynanması ya da bir filmin gösterilmesi⁵⁰³, güzel sanat eserinin teşhiri, bir roman ya da makalenin okunması ya da okunabilecek şekilde gösterilmesi gibi eserin temsili niteliğindeki fiillerin umumi mahallerde izinsiz gerçekleştirilmesi hukuka aykırı temsil suçunu oluşturacaktır. Bunun gibi, “hak sahibinin yazılı izni olmaksızın” bir müzik eserinin kaydedildiği plağın umumi bir mahalde çalınması, oynanan dramın kaydının umumi bir mahalde gösterilmesi, tiyatro oyununun televizyonda naklen yayımlanması ya da bir konferansın ses nakli ile aynı anda başka bir yerde dinletilmesi gibi vasıtalı temsiller de suç oluşturur. Ancak müzik eserinin kaydedildiği CD nin ya da bir filmin kaydedildiği DVD nin satılması hukuka aykırı temsil değil, hukuka aykırı yayma (dağıtım) niteliğindedir. Nitekim bu şekilde eser doğrudan algılanacak surette, anlık ve geçici şekilde umuma sunulmamakta, eserin kalıcı olarak kaydedildiği materyal dağıtılmaktadır.

İzinsiz temsilin suç oluşturması, temsilin umumi yerde gerçekleştirilmesine bağlıdır. Arkadaş ya da aile çevresi gibi, sınırları belirlenebilecek olan ve belirlenen

⁵⁰¹ ARSLANLI, s.104

⁵⁰² AYİTER, s.136 ; EREL, s.175-177

⁵⁰³ ARSLANLI, s.104

kişiler huzurunda gerçekleştirilen temsil, izinsiz de olsa hukuka aykırı temsil suçunu oluşturmaz. Ancak –boş dahi olsa- herkesin girebileceği bir tiyatro salonu gibi umumi bir mahalde⁵⁰⁴ yapılan izinsiz temsil, suçtur.

Temsil edilen eser alenileşmemiş ise, temsil ile alenileşme de gerçekleşecektir. Erel, izinsiz temsilin aynı zamanda izinsiz umuma arzı da kapsadığı bu durumda, 71. maddedeki müeyyidenin uygulanacağını belirtmiştir⁵⁰⁵.

c- Hukuka Aykırı Çoğaltma

FSEK 71/1-1. maddesindeki “bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın çoğaltmak” suçu, FSEK 22. maddesinde münhasıran eser sahibine ait olduğu belirtilen ve Birinci Bölüm’de Eser Sahibinin Hakları başlığı altında incelediğimiz “çoğaltma” hakkına yönelecek tecavüzleri cezai yaptırıma bağlamaktadır.

Hukuka aykırı çoğaltma suçunun maddi unsuru; hak sahiplerinin izni olmaksızın, bir eserin aslından veya kopyalarından, herhangi bir şekilde ikinci bir kopya nüsha çıkarmak veya eseri herhangi bir şekilde kaydetmektir.

FSEK 22. maddesinde, bir eserin aslının veya kopyalarının, herhangi bir şekil veya yöntemle, tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak çoğaltılması, eserlerin aslından ikinci bir kopyasının çıkarılması yanında,

- eserin işaret, ses ve görüntü nakil ve tekrarına yarayan, bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca kayıt edilmesi, kabartma ve delikli kalıplara alınması,
- ses ve müziklerin kaydedilmesi,
- mimari plan, proje ve krokilerin uygulanması,
- bilgisayar programlarının yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması,

işlemleri de çoğaltma sayılmıştır. Bu fiillerin, hak sahiplerinden izin alınmaksızın ika edilmesi halinde, hukuka aykırı çoğaltma suçu oluşur. Ancak, maddede sayılan ve bilgisayar programının geçici çoğaltılması olan işlemler, programı yasal yollardan edinen kişi için suç teşkil etmez (md.38/3).

⁵⁰⁴ ATEŞ, s.179

⁵⁰⁵ EREL, s.181

Yargıtay, özellikle basılı eser nüshalarının hukuka aykırı çoğaltılmış olup olmadıklarının tesbiti hususundaki incelemenin, uzman bilirkişi marifetiyle yapılması gerektiğine işaret etmektedir⁵⁰⁶.

Hukuka aykırı çoğaltma suçunun oluşması için mutlaka bir araçtan faydalanmak ya da eserden çok sayıda nüsha çıkarmak gerekmez. Hak sahibinin yazılı izni olmaksızın, eserin; tek bir nüsha dahi olsa kopyalanması⁵⁰⁷, el yazısıyla kopyalanması, eserin basılması, eseri tesbit eden bir vasıta ile eserden istifadeyi mümkün kılacak ve eserin tekrarlanmasını sağlayacak şekilde kaydedilmesi, bir konserdeki bestenin ya da bir toplantıdaki nutkun yazı, bant veya sair biçimde tesbit edilmesi⁵⁰⁸, ana veya yan bilgisayara geçirilmesi; bir eserdeki figürün animasyon yoluyla TV kanalına aktarılması dahil eserin depolanması ve gönderilmesi; bir fotoğraf eserinin kitap kapağına, bir haritanın davetiyeye, bir motifin broşüre, bir şiirin ilanlara, bir şarkı güftesinin reklamlara koyulması, bir tablonun takvime basılması⁵⁰⁹, müzik eserinin Mp3 formatına getirilmesi⁵¹⁰ kısacası bir eserin aslına ihtiyaç duymadan, eserden aynı yoldan yararlanmayı sağlayan, herhangi bir sabit vasıtada tecessüm etmiş bir nüsha elde edilmesi⁵¹¹ ile hukuka aykırı çoğaltma suçu işlenmiş olacaktır.

Bir eserin web sayfasına izinsiz olarak yerleştirilmesi umuma iletim hakkının ihlali yanında çoğaltma hakkının da ihlalidir⁵¹². Ayrıca internette yer alan eserin internet kullanıcısı tarafından kopyalanarak bilgisayara ya da CD gibi materyallere kaydedilmesi⁵¹³ veya başka bir web sitesine yüklenmesi⁵¹⁴ veya başka bir kişisel

⁵⁰⁶ “... tutanakla zaptedilip yediemine teslim edilen ve Cambridge yayımlarına ait olduğu belirtilen 71 adet kitap üzerinde de bilirkişi incelemesi yaptırılmadan eksik inceleme ile karar verilmesi ...” Yarg.7.C.D. 8.7.2004/21271-9230 (Mustafa ALBAYRAK, Fikir ve Sanat Eserleri ile Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar, Adil Yayınevi, Ankara-2004, s.105-106) ; “... mevcut orijinal numunelerinin de getirilmesi ve kitapların bilirkişiye teslim edilerek mukayeseli bilirkişi incelemesi yaptırıldıktan sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekir...” Yarg. 7.C.D., T.25.06.2003, E.2002/19344, K.2003/5417 (SULUK-ORHAN, s.1039)

⁵⁰⁷ ARSLANLI, s.97 ; AYİTER, s.128 ; ÖZTRAK, s.57 ; EREL, s. 163

⁵⁰⁸ EREL, s.162-164

⁵⁰⁹ TEKİNALP, s.173

⁵¹⁰ KENDİGELEN-BOZBEL, s. 511 v.d. ; ÖZDERYOL, s.146

⁵¹¹ BELGESAY, s.62 ; ARSLANLI, s.97 ; ÖZTRAK; s.56-57

⁵¹² MEMİŞ, s.128-129

⁵¹³ MEMİŞ, s.129

⁵¹⁴ AKİPEK-DARDAĞAN, s.57

kullanıcıya gönderilmesi⁵¹⁵ işlemleri çoğaltma kapsamında olduğundan bu işlemler de hak sahiplerinin izni olmaksızın gerçekleştirildikleri takdirde, hukuka aykırı çoğaltma suçunu oluşturur.

FSEK'nun, çoğaltma hakkı kapsamında saydığı mimari eser projelerinin hak sahibinin izni olmaksızın uygulanması, yani projede tasarlanan yapının inşa edilmesi de hukuka aykırı çoğaltmadır. Elbette, eser vasfı taşıyan plan, proje veya krokilerin mevcut hali ile izinsiz kopyalanması da, aynı suç oluşturacaktır.

Eseri çoğaltmanın suç teşkil etmesi için, hak sahiplerinin yazılı izninin bulunmaması gerekir. Ancak hak sahibinin üçüncü kişiye yazılı izinle eserden faydalanma imkanı tanıdığı durumlarda, izin verilen faydalanma için eserin çoğaltılması gerekiyorsa, sırf “çoğaltma” yetkisinin izinde zikredilmemesi, iznin bulunmadığı şeklinde yorumlanamaz. Nitekim, Birinci Bölüm'de işleme hakkı bahsinde de değindiğimiz gibi, işleme hakkının devrinin tek başına hiçbir anlamı olmayacağından, işleme hakkının devredildiği durumlarda çoğaltma hakkı da devredilmiş sayılmaktadır. Açıkça belirtilmese dahi, işleme hakkının devriyle birlikte devralınmış olduğu kabul edilen haklar, işlemeden ekonomik olarak fayda sağlanması için zaruri olan, işleme hakkının devrinde amaca en yakın olan mali haklardır⁵¹⁶. Aynı şekilde, eseri yayma hakkı devredilmiş ve bu hakkın kullanılması için eserin çoğaltılması zaruri ise, açıkça belirtilmemiş olsa dahi çoğaltma hakkının da devredilmiş sayılacağı kabul edilir⁵¹⁷. Bu gibi hallerde, izinsiz çoğaltmadan ve suçun oluştuğundan bahsedilemez.

Öte yandan, FSEK 80. maddesi çerçevesinde, bağlantılı hak sahiplerinin de bağlantılı hakka konu tesbit, yayın ve sair ürünleri çoğaltma hakkı vardır. Bağlantılı haklara konu bir icra, fonogram ya da yapımın içerdiği eserin sahibinden alınan izin, icra, fonogram ya da yapımın çoğaltılması için yeterli değildir. Bağlantılı hak sahiplerinin rızası bulunmaksızın icra, fonogram ya da yapımın çoğaltılması, hukuka aykırı çoğaltma suçunu oluşturur. Çoğaltan kişi, hem bağlantılı hak sahibinden hem de bağlantılı hakka konu ürünün içerdiği eser sahibinden izin almamışsa, her iki

⁵¹⁵ Türkay ALICA, Bilişim ve Hukuk, Ankara Barosu Uluslar arası Hukuk Kurultayı-2008, 8 Ocak-11 Ocak 2008, Ankara, s. 194

⁵¹⁶ ÖZTRAK, s.56 ; EREL, s.160 ; ARSLANLI, s.95-96 ; TEKİNALP, s.172

⁵¹⁷ EREL, s.162

gruptaki hak sahibinin çoğaltma hakkına tecavüz etmiş olacaktır. Kanaatimizce bu durumda farklı neviden fikri içtima⁵¹⁸ söz konusudur.

Hak sahibi kişi veya kişilerden eserin çoğaltılması hususunda yazılı izin almış olan kimsenin, iznin sınırlarını aşması halinde de hukuka aykırı çoğaltma suçu oluşacaktır. Nitekim, alınan izin, çoğaltma süresi veya adedi ya da hem süre hem adet bakımından sınırlandırılmış olabilir. Hak sahibinden, eserin bir yıl boyunca çoğaltılması hususunda izin alan kişinin bir yıl dolduktan sonra gerçekleştireceği çoğaltma, hukuka aykırı çoğaltmadır. Aynı şekilde eserden 1000 adet çoğaltma hakkı tanınan kimsenin iznin sınırını aşarak 1100 adet çoğaltması halinde, iznin sınırı dışındaki 100 adet nüsha, hukuka aykırı surette çoğaltılmış olacaktır. İzin sınırının aşıldığı bu gibi hallerde, sınırı aşan kısımdaki çoğaltma eylemleri de hukuka aykırı çoğaltma suçunu oluşturur.

FSEK’nda, eser sahibinin haklarına ilişkin sınırlamalar içeren hükümler mevcuttur. Söz konusu hükümler, Birinci Bölüm’de korumanın kanuni sınırları bahsinde ve yeri geldikçe eser sahibinin haklarına ilişkin açıklamalarımızda incelenmiş olup, 71. maddede sayılan suçların hukuka aykırılık unsuruna dair açıklamalarımızda değinileceği gibi, bunlar, hukuka uygunluk sebebi teşkil edebilecek sınırlamalardır. Çoğaltma ve tabii olarak üçüncü kişilerin eseri çoğaltmasını önleme hakkı eser sahibine ait olmakla beraber, hukuka uygunluk sebepleri arasındaki FSEK 38/1. md. hükmü çerçevesinde, bütün fikir ve sanat eserlerinin, kâr amacı güdülmeksizin şahsen kullanmaya mahsus çoğaltılması mümkündür. Ancak, bu çoğaltma hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar veremez ya da eserden normal yararlanmaya aykırı olamaz.

Doktrinde şahsen kullanma amacıyla çoğaltma serbestisinin, veri tabanları için geçerli olmadığı, yasal yolla edinilmiş veri tabanlarının şahsen kullanma amacıyla dahi çoğaltılmasının hukuka aykırı olduğu kabul edilmektedir. Zira veri

⁵¹⁸ Doktrinde, TCK’nun 43/2. maddesinde tanımlanan “aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi” durumu “aynı neviden fikri içtima” ; 44. maddesinde tanımlanan “işlenen bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşması” durumu ise “farklı neviden fikri içtima” olarak adlandırılmaktadır. Bağlantılı hakka konu bir yapıtın çoğaltılması, aynı anda hem yapıtın içerdiği eserin sahibinin hem bağlantılı hak sahibinin çoğaltma hakkını ihlal ediyorsa da, söz konusu hakların biri FSEK’nun 22. maddesinde, diğeri 80. maddesinde düzenlenmiş olduğundan, esasen birden fazla farklı suç meydana geldiğinden, farklı neviden fikri içtima söz konusudur. Bu husus ileride “İçtima” bahsinde incelenecektir. Aynı neviden ve farklı neviden fikri içtima için ayrıca bkz. ÖZGENÇ, s.518 v.d. ; İÇEL-EVİK, s. 287 v.d. ; ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 691 v.d.

tabanları zaten, şahsi kullanım için meydana getirilmektedir⁵¹⁹. Bunun gibi, FSEK'nun bilgisayar programının çoğaltılması serbestisini sadece programı yasal yollardan edinen kimseye tanıyan istisnaların sınırlı olarak belirtildiği 38/3. maddesinde hükmü ile bilgisayar programlarının da şahsi kullanım serbestinin istisnası olduğu ve şahsi kullanım amacıyla üçüncü kişilerce çoğaltılamayacağı kabul edilmektedir⁵²⁰. Aynı yöndeki diğer bir görüş; FSEK md. 38'in lafzı itibariyle bilgisayar programlarını bu serbestinin dışında tuttuğu kabul edilemeyecekse de, çoğaltma kapsamındaki tüm fiilleri eser sahibinin iznine tabi tutan Avrupa Yazılım Yönergesi'ne⁵²¹ dayanan ülkesel düzenlemelerde, yönerge kaideleri dışına çıkılarak FSEK 38/1. madde hükmünün bilgisayar programları konusunda uygulanamayacağı yönündedir⁵²². Ancak hukuka uygun olarak elde edilen bir bilgisayar programının bir adet yedek kopyasının alınmak suretiyle çoğaltılması 38. maddede tanınan şahsi kullanım serbestisi kapsamında serbesttir⁵²³.

d- Hukuka Aykırı Değişirme

FSEK 71/1-1.maddede yer alan izinsiz değişirme suçu, sadece fikir ve sanat eserlerinin izinsiz değiştirilmesine ve icracı sanatçıların tesbit edilmiş icralarının, itibarlarını zedeleyebilecek şekilde tahrif edilmesine yönelik fiilleri içermektedir. Nitekim 71. madde, içerdiği suçların tamamını niteler biçimde "Bu Kanunda koruma altına alınan fikir ve sanat eserleriyle ilgili manevi, mali veya bağlantılı hakları ihlal ederek" ibaresiyle başlamaktadır. FSEK hükümleri çerçevesinde "değişirme" hakkı sadece manevi hakları kapsamında eser sahibine ve tahrif suretiyle gerçekleştirilmekte ise icracı sanatçının hakları kapsamında hak sahibine tanınmıştır. Maddede "bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın ... değiştirmek" ibaresi yer almakta ise de, bu, özellikle de cezai yaptırım

⁵¹⁹ EREL, s.84-85 ; TEKİNALP, s.132

⁵²⁰ EROĞLU, Bilgisayar Programları, s.83 v.d. ; DALYAN, s.163 v.d.

⁵²¹ 1991 Avrupa Yazılım Yönergesi için bkz. ÇEÇEN, s.572 v.d.

⁵²² KAYA, Bilgisayar Programları, s.452-454

⁵²³ YAZICIOĞLU, s.325 ; DALYAN, s.163 ; KAYPAKOĞLU, s.76 ; "Yedek kopya çıkarma hakkı, programın meşru müktesibine tanınmış bir haktır. Programın orijinal nüshasının bozulabileceği ve yerine yenisini ikame etmenin mümkün olmadığı bütün hallerde kullanım hakkını güvenceye almak amacı ile yedek kopya çıkarılabilir. Bu hak tek bir kopya ve yedek olarak kullanmak amacıyla sınırlıdır. Özel ihtiyaçlar için kişisel olarak yahut işyeri dışında evde kullanmak amacıyla kopya çıkarılamaz." (Şafak N. EREL, Fikri Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. İlhan Öztrak'a Armağan, Ocak-Haziran 1994, s.150)

öngören bir kanun hükmünde bulunmaması gereken hatalı ifade biçiminden ibarettir. Değiştirme işlemi diğer bağlantılı hak sahiplerinin fonogram, yapım ya da yayınları üzerindeki haklarını etkiliyorsa, kanaatimizce sadece –şartlarının oluşması koşuluyla- haksız rekabet hükümleri kapsamında müeyyidelendirilebilir.

FSEK 16/1. md. eserde, eserin adında veya eser sahibinin adında değişiklik yapma hakkının münhasıran eser sahibine ait olduğunu hükme bağlamıştır. 71/1. maddenin 1. bendindeki hukuka aykırı değiştirme suçu, 16. maddede tanınan manevi hakların tamamını değil, eserde ve eser adında yapılacak değişiklikleri kapsamaktadır⁵²⁴. Zira kanaatimizce isimsiz bir esere ad koymak ya da bir eserin adını değiştirmek, eserde değişiklik yapılmasıdır ve bu fiillerin hak sahibinin rızası dışında gerçekleştirilmesi, hukuka aykırı değiştirme suçunu meydana getirir.

FSEK'nun eserde değişiklik yapılmasını men eden diğer bir hükmü ise, 17/2. maddede yer almaktadır. Buna göre, eserin cisimleştiği maddenin sahibi de eseri bozamaz ve imha edemez. Bunun yanında, FSEK'nun 80. maddesi ile bağlantılı hak sahiplerinden sadece icracı sanatçılara “mali haklardan bağımsız olarak” icra üzerindeki tahrifleri önleme hakkı tanınmıştır. Buna göre icracı sanatçılar, mali haklardan bağımsız olarak ve bu hakları devretmelerinden sonra dahi, tespit edilmiş icraları ile ilgili olarak uygulama şartlarının gerektirdiği durumlar hariç, icralarının sahibi olarak tanıtılmalarını ve icralarının kendi itibarlarını zedeleyebilecek şekilde tahrif edilmesi ve bozulmasının önlenmesini talep etme hakkına sahiptirler.

Öncelikle, hukuka aykırı değiştirme suçunun hangi tür değiştirmeyi kapsadığını belirlemek gerekir. Yapılan değişiklikler, değiştirenin hususiyetini taşıyan ve ortaya işleme eser çıkaran değişiklikler ise, yani üçüncü kişinin asıl eser üzerinde yaptığı değişiklik sonucunda, hususiyet taşıyan yeni bir eser meydana geliyorsa, hukuka aykırı değiştirmeden değil, hukuka aykırı işlemekten bahsedilecektir.

Hukuka aykırı işleme suçu, eser üzerindeki hak sahibi kişilerden yazılı izin almaksızın eserin işlenmesi suretiyle gerçekleşir. Ancak, kamuya sunulmadan sadece işleyen kişisel çevresinde kalacak işlemler için asıl eser sahibinin iznine

⁵²⁴ FSEK'nun eski 71/b maddesi, “sahip veya halefinin yazılı izni olmadan, bir esere veya çoğaltılmış nüshalarına ad koyan” kişiler için cezai müeyyide öngörmekteydi. Ancak 5728 s. Kanun değişikliğiyle bu hüküm kanundan çıkarılmış ve hükmün içerdiği suçu düzenleyen bir hükme yer verilmemiştir.

gerek olmadığı, bir eserin ekonomik faydalanma amacı taşınmadan ya da sadece şahsen kullanmak için işlenmesinin serbest olduğu kabul edilmektedir⁵²⁵. Bu kriterin, izinsiz değiştirme işlemi için de geçerli olduğu görüşüdeyiz. Zira eserin değiştirilmiş hali üçüncü kişilere sunulmuyor, sadece değişiklik yapan kimsenin kişisel alanı içinde kalıyorsa, eser sahibinin haklarının zedelenmesi tehlikesi söz konusu olmayacak ve suç oluşmayacaktır. Ancak ne var ki, 17. maddenin 1. fıkrasında sayılan ve eser sahibine, üçüncü kişinin mülkiyetinde bulunan asıl eserden faydalanma hakkı tanınan eserlerin asılları, şahsen kullanılmak üzere aslın maliki tarafından dahi değiştirilemez. Zira eser sahibinin bu eserler üzerindeki bazı hakları kullanma ihtimali mevcut olduğundan eserde yapılacak değişiklikler, şahsi kullanım alanında kalacak değişiklikler sayılamaz. Nitekim 17/2. madde eserin tahrifini, aslın malikine dahi yasaklamaktadır.

Eser sahibinin izni olmaksızın, dil ve yazı ile ifade edilmiş bir eseri oluşturan metinlerde, cümlelerde, kullanılan ifadelerde veya biçimlerde, konuda değişiklik yapılması, eserden parçalar çıkarılması ya da esere ilaveler yapılması; bir sinema eserindeki sahnelerin çıkarılması, eklenmesi, yeni efektler ilave edilmesi, diyalogların ya da müziğin değiştirilmesi, kısaltılması ya da uzatılması; bir müzik eserinin melodilerinde değişiklikler, eklemeler veya çıkarmalar yapılması; bir heykelin yontulması ya da yeni eklemeler yapılması; bir tabloya yeni renkler ve şekiller eklenmesi ya da mevcut renk ve şekillerden bazılarının silinmesi gibi işlemler, eserin değiştirilmesine örnek olarak verilebilecek fiillerdir. Bu gibi, eserde değişiklik husule getiren her tür fiilin eser sahibinin yazılı izni bulunmaksızın gerçekleştirilmesi, hukuka aykırı değiştirme suçunu oluşturur.

Eserin imha edilmesinin; 16. maddede yer almayan, ancak 17/2. maddede eser aslının maliki için men edilen bir husus olmakla beraber, eser aslının maliki dışındaki kimselerce gerçekleştirilmesi halinde de eser sahibinin manevi ve mali haklarına ağır zarar verecek bir fiil olduğunda şüphe yoktur. Kanaatimizce eserin izinsiz imhası lafzını içeren bir norm kanuna eklenmeli ve eseri değiştirme suçundan daha ağır bir müeyyideye bağlanmalıdır. Ancak kanunun şu haliyle, eserin imhası da eserde izinsiz değişiklik yapılması⁵²⁶ suçu kapsamında değerlendirilebilir.

⁵²⁵ EREL, s.159 ; TEKİNALP, s.172 ; ATEŞ, s.164

⁵²⁶ ARSLANLI, s.87 ; ÖZTRAK, s.54

16. maddede sadece eserde yapılacak değişikliklerden bahsedilmekte, eserin değiştirilmiş sayılması için bozulmuş olması şartı aranmamaktadır. Ancak 17/2. maddede, eserin aslının malikinin eseri bozamayacağı ve yok edemeyeceği hükme bağlanmaktadır. Her iki maddedeki ifade farkından, eser aslının malikine eserde olumlu değişiklikler yapma hakkı tanındığı gibi bir sanı uyansa da, kanaatimizce 16. maddedeki genel hüküm eser aslına malik olan kimse için de geçerlidir. Tekinalp, eserde üçüncü kişiler tarafından yapılan değişikliğin olumlu ya da olumsuz olmasının önem taşımadığını, asıl eserdeki bir hatanın ya da çirkin bir detayın düzeltilmesi yetkisinin de, değişiklik yapma hakkı çerçevesinde sadece eser sahibine ait bulunduğunu ve mülkiyet hakkı eser üzerindeki hakkın önüne geçemeyeceği için, eserin malikinin de eser üzerinde olumlu ya da olumsuz bir değişiklik yapamayacağını ifade etmektedir⁵²⁷. Bu çerçevede, eser aslının maliki olan kimsenin eserde izinsiz olarak değişiklik yapması da, hukuka aykırı değiştirme suçunu oluşturur.

“Hukuka Aykırılık Unsuru” bahsinde, bir hukuka uygunluk sebebi olarak değindiğimiz FSEK md.16/2’de, kanunun veya eser sahibinin müsaadesiyle bir eseri işleyen, umuma arz eden, çoğaltan, yayımlayan, temsil eden veya başka bir suretle yayan kimselere; işleme, çoğaltma, temsil veya yayım tekniği icabı zaruri görülen değiştirmeleri, eser sahibinin hususi bir izni olmaksızın da yapabilme yetkisi tanınmıştır. Ancak, cevaz verilen bu hal, temsil ya da çoğaltma işlemi bahanesiyle her türlü değişikliği değil, söz konusu işlemin usulü ve tekniği çerçevesinde mutata kabul edilebilecek zorunlu değişiklikleri kapsar⁵²⁸ ve bu gibi değişikliklerde değişikliği yapabileceği belirtilen kişilerin takdir yetkisi mutlak değildir⁵²⁹. “İşlemin usulü ve tekniği çerçevesinde mutata kabul edilebilecek” zorunlu değişikliklerin sınırları ve mahiyeti, elbette her eser türüne göre farklılık arz edecektir. Öte yandan, bu değişikliklerin zorunluluk kapsamında asgari oranda gerçekleştirilmesi gerekir. İşlemin usul ve tekniğinin zorunlu kıldığı değişiklikler, bu zorunluluğun sınırları aşılarak gerçekleştirilecek olursa, artık zorunluluktan değil, eserde keyfi değişikliklerden bahsedilir ki, eser sahibinin manevi hakkını ihlal ederek hukuka

⁵²⁷ TEKİNALP, s.161

⁵²⁸ HIRSCH, s.143

⁵²⁹ ARSLANLI, s.85

aykırı değiştirme suçu meydana gelir. Yapılan değişikliğin zorunlu olup olmadığı, eserin t¼r¼ ve değişikliği zorunlu kılan işlem konusunda uzman kişilerce tesbit edilebilir. Bununla beraber Arslanlı, eser sahibinin bu gibi mali hakları devrederken, s¼z konusu yetkileri de sınırlandırabileceęini⁵³⁰ kabul etmektedir. Bizim de katıldığımız bu g¼r¼ř çerçevesinde, eser sahibi; eserin çoğaltma, temsil ve yayma yetkilerini üç¼nc¼ kişilere verirken zorunlu değişikliklerin dahi yapılmasını açıkça met etmişse, usul ve teknik icabı zorunlu sayılan değişikliklerin yapılması da hukuka aykırı değiştirme suçunu oluşturur. Ancak üç¼nc¼ kişilere tanınan hak eserin işlenmesi hakkı ise, işleme hakkının kullanılması eser üzerinde değişiklik yapılmadan m¼mk¼n olmayacağından, eser sahibinin men yetkisi sadece 16/3. fıkrada zikredilen kendi şeref veya itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan değişiklikler için geçerli olacaktır.

Eser üzerinde değişiklik yapılması hakkı m¼nhasıran eser sahibine aittir ve eser sahibinin izni olmaksızın eserde değişiklik yapılması suçtur. Eser sahibinin rızası çerçevesinde yapılan değişiklikler suç teşkil etmez. Ancak FSEK md. 16/3, eser sahibinin rızası çerçevesinde yapılacak değişiklikler hususunda bir sınırlama getirmektedir. H¼kme g¼re; eser sahibi kayıtsız ve şartsız olarak izin vermiş olsa bile şeref veya itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her t¼rl¼ değiştirilmeleri menedebilir ve menetme yetkisinden bu hususta s¼zleřme yapılmış olsa bile vazgeçmek h¼k¼ms¼zd¼r. Ancak ne var ki, eser sahibinin itibarını zedeleyecek ya da eserin mahiyet ve hususiyetini bozan değişikliklerin sınırlarının kesin hatlarla çizilmesi m¼řk¼ld¼r. Diğer yandan, değişiklik yapma hakkı tanınan veya eser üzerinde işleme, temsil, yayma haklarını iktisap eden kimselerin bu haklarını kullanmak üzere eser üzerinde değişiklik yapmaya başladıktan sonra, eser sahibinin, yapılan değişikleri eserin mahiyetini bozucu olarak değerlendirmesi ve bunların giderilmesini talep etmesi de m¼mk¼nd¼r. Bu gibi durumlarda, 16/3. madde h¼km¼, suçun oluştuğu anın tesbitinde önem arz edecektir. Nitekim eser sahibinin verdiği değişiklik yapma yetkisine dayanarak ya da 2. fıkrada serbest sayılan hallerden faydalanarak eseri değiştiren kimse, eser sahibi, değişikliklerin itibarını ya da eserin hususiyetini d¼ř¼rd¼ę¼ iddiasıyla men yetkisini kullanana kadar, hukuka uygun davranmış sayılacaktır. Eser sahibi, s¼z konusu gerekçelerle değişikliği men

⁵³⁰ ARSLANLI, s.85

ettikten sonra men edilen değişikliklere devam edilmesi ve eserin bu şekilde kamuya sunulması veya yayımına devam edilmesi ise, hukuka aykırı değiştirme suçunu oluşturur.

Doktrinde, eser sahibinin eser üzerinde değişiklikler yapılması karşısında uzun süre sessiz kalmasının, değişikliklere zımnen izin verdiği anlamına geldiği ve daha sonra aynı hususu dava konusu yapan hak sahibinin, hakkını kötüye kullanmış sayılacağı kabul edilmektedir⁵³¹. Yargıtay kararları ile de desteklenen bu hususa ilişkin açıklamalarımız, Hukuka Aykırılık Unsuru (Hak Sahibinin İzni / İzinin (Rızanın) Şekli) bahsinde yer almakta olup, tekrardan kaçınmak amacıyla atıfta bulunuyoruz.

Doktrinde, FSEK md. 4/1' deki mimari eserlerin sanat eseri olmaları yanında fonksiyonel nitelikleri bulunan yapılar olmaları ve eser sahibinin FSEK'ndan doğan hakları yanında, bina malikinin özel hukuktan doğan hakları ile kamu hukukundan doğan imar nizamına dair tahditlerin de bulunduğu gerekçesiyle; mimarın, yapının yeni ihtiyaçlara göre tadil edilmesi ya da yıkılarak ortadan kaldırılması zorunluluğu bulunan hallerde, mümkün mertebe eserin aslına sadık kalarak ve mimarın mesleki şeref ve itibarı düşürülmeden değişiklik yapılabileceğine dair, daha proje aşamasında yapı malikine yetki vermiş sayıldığı kabul edilmektedir⁵³². Ancak somut uygulama şartları çerçevesinde varılan bu kabulün, ceza hukuku açısından geçerli olup olmayacağı tartışmaya açıktır. Nitekim bu tür bir hukuka uygunluk veya cezasızlık sebebi kanunda yer almadığından bunun hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmesi mümkün olmayacak; bu halde ise zarar dengesi ve hakkaniyet açısından ciddi sorunlar doğabilecektir.

FSEK'nun 80. maddesinde icracı sanatçılara tanınan “tespit edilmiş icraları ile ilgili olarak uygulama şartlarının gerektirdiği durumlar hariç, icralarının sahibi olarak tanıtılmalarını ve icralarının kendi itibarlarını zedeleyebilecek şekilde tahrif edilmesi ve bozulmasının önlenmesi” hakkının sadece tahrif içeren değişiklikler için değil, her

⁵³¹ EREL, s.146 ; eserdeki değişikliklere uzun süre sessiz kalmanın zımni izin olduğu ve sonradan açılan davanın hakkın kötüye kullanılması sayılacağı hususunda ayrıca bkz.TEKİNALP, s.162. Arslanlı da eser sahibinin; eserde, eserin veya sahibinin adında ekleme, kısaltma veya başka değişiklikler yapılmasına sarahaten izin verebileceği gibi zımnen izin verebileceğini de ifade etmektedir. (bkz. ARSLANLI, s.84 ; ÖZTRAK, s.51)

⁵³² EREL, s.148 v.d.; benzer görüş için bkz. TEKİNALP, s.162

türlü değişiklik için geçerli olduğu kabul edilmektedir⁵³³. Maddedeki “uygulama şartlarının gerektirdiği durumlar hariç” ifadesi hususunda 16/2. maddenin sağladığı serbesti konusundaki açıklamalarımız geçerlidir.

FSEK'nun 80. maddesinde, “Sinema eserlerinin birlikte sahipleri filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren yapımcıya mali haklarını devrettikten sonra, sözleşmelerinde aksine veya özel bir hüküm bulunmadığı takdirde filmin dublajına veya alt yazı yazılmasına itiraz edemezler.” hükmü ile, sinema eseri sahiplerinin değişikleri men yetkisi kısmen sınırlandırılmıştır. Ancak bu durumda da, 16/2. maddenin sağladığı serbesti konusundaki açıklamalarımızın geçerli olduğu kanaatindeyiz.

e- Hukuka Aykırı Dağıtma (Yayma)

FSEK 71/1-1. maddesinde düzenlenen “bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapıyı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın dağıtmak” fiili ile, FSEK 23. maddesinde münhasıran eser sahibine ait olduğu belirtilen ve Birinci Bölüm’de Eser Sahibinin Hakları başlığı altında incelediğimiz “yayma hakkı”na yönelecek tecavüzler cezai yaptırıma bağlanmaktadır.

71. maddede “yaymak” kelimesi yerine “dağıtmak” kelimesi kullanılmıştır. Yayma hakkını düzenleyen FSEK 23/1. maddesinde, yayma hakkı kapsamındaki fiiller “bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak” olarak gösterilmiştir. İzinsiz dağıtmak ibaresiyle, yayma hakkı kapsamında gösterilen ve örneklendirilen herhangi bir yolla dağıtmak işaret edilmekte ise de, suç tasnifinde fiilin hareket kısmını ifade eden dağıtmak kelimesi yerine, bütünüyle hakkın kapsamını gösteren “yaymak” ibaresine yer verilmesi, kanaatimizce daha uygun olurdu. Bununla beraber, izinsiz satışa çıkarmak, kiralamak, ödünç vermek de, hukuka aykırı dağıtmak suçunu meydana getiren fiillerdir.

71. maddede, eserin “hak sahibinin izni olmaksızın dağıtılması” ve “hukuka aykırı işlenmiş ya da çoğaltılmış eserlerin yayılması” şeklinde iki fiile yer verilmiştir. Eserin hukuka aykırı surette işlenen veya çoğaltılan nüshalarını yaymak da suç olarak gösterilmiş olduğundan, hak sahibinin izni olmaksızın dağıtma suçu, hukuka uygun surette işlenmiş veya çoğaltılmış eser nüshalarını yaymaya ilişkin fiilleri

⁵³³ ARKAN, s. 69-70

cezalandırmaktadır. Nitekim eseri çoğaltmak hususunda verilen izin, mutlak surette eseri yaymak konusunda da izin verildiğini göstermez. Eseri çoğaltma hakkı tanınan kimseye yayma hakkı tanınmaması mümkündür. Örneğin, bir yazarın kitabını sadece çoğaltmak⁵³⁴ üzere anlaştığı bir basımevinin, çoğalttığı kitap nüshalarını kiralamak, ödünç vermek, satışa arz etmek ya da sair şekilde dağıtmak hakkı bulunmadığından⁵³⁵ eseri yayması, hukuka aykırı dağıtma suçunu meydana getirecektir. Bunun gibi, eserin hukuka uygun şekilde işlenmiş veya çoğaltılmış nüshalarının, hak sahibi ve çoğaltan kişi dışındaki üçüncü kişilerce ele geçirilerek yayılması da mümkündür. Bu çerçevede, hukuka uygun surette çoğaltılan eserleri yayma hakkına sahip olmayan kişilerin eser nüshalarını kiralaması, ödünç vermesi, satışa arz etmesi, dağıtması, herhangi bir surette yayması ile, hukuka aykırı dağıtma fiili gerçekleşmiş olur. İzinsiz yayılan eser nüshaları, hak sahibinin izni olmaksızın hukuka aykırı surette çoğaltılmışsa, “hukuka aykırı dağıtmak” tan değil, “hukuka aykırı çoğaltılmış eserlerin yayılması”ndan bahsedilebilir. Bu iki fiil, aynı madde kapsamında düzenlenmiş ve aynı müeyyideye bağlanmış iseler de, faildeki suç işleme eğiliminin iki fiil için farklı derecelerde olacağı, “hukuka aykırı çoğaltılmış eserlerin yayılması” suçunda cezanın üst sınırına yaklaşılması gerektiği kanaatindeyiz.

Eser nüshalarını satmak, kiralamak ve sair suretlerde dağıtmakla hak sahibinin yayma hakkının ihlal edileceği ve hukuka aykırı dağıtmak suçunun meydana geleceği şüphesizdir. Ancak söz konusu fiillerin eserin aslı hakkında işlenmesi halinde hangi hakkın ihlal edilmiş olacağı tartışmalıdır. Nitekim, FSEK 7/2 maddesi “bir eserin aslından çoğaltma ile elde edilen nüshaları hak sahibinin rızasıyla satışa çıkarılma veya dağıtılma yahut diğer bir şekilde ticaret mevkiine konulma suretiyle umuma arz edilirse o eser yayımlanmış sayılır” hükmünde sadece çoğaltılmış nüshalardan bahsettiği halde, 23. madde hükmünde eserin aslının da

⁵³⁴ Doktrinde Tekinalp, sözleşmede açıkça aksi belirtilmedikçe ya da vaziyetin aksini işaret etmediği durumlarda sırf çoğaltma hakkının devredilmiş olmasının yayma hakkının da devri anlamına geldiğini ileri sürmekte ise de (Bkz. TEKİNALP, s.175), Arslanlı ve Erel, sadece çoğaltma hakkının devredilmiş olmasının, devralana yayma hakkının da tanınmış olduğu anlamına gelmeyeceği görüşündedir. (Bkz. ARSLANLI, s.101 v.d. ; EREL, s.162)

⁵³⁵ Belirttiğimiz üzere, çoğaltma hakkının devri, yayma hakkının da devri anlamına gelmemekle beraber, işleme hakkının devriyle birlikte devralanmış olduğu kabul edilen haklar, işlemeyen ekonomik olarak fayda sağlanması için zaruri olan, işleme hakkının devrinde amaca en yakın olan mali haklardır (bkz. ÖZTRAK, s.56 ; EREL, s.160 ; ARSLANLI, s.95-96 ; TEKİNALP, s.172). Bu durumda, işleme hakkını devralan kimsenin, işlemeyi çoğaltmaya ve yaymaya da hak sahibi olduğu kabul edilebilecektir.

yayıma konu olabileceği düzenlenmiştir. Doktrinde bazı müellifler, sadece eserin çoğaltılmış nüshalarının yayıma konu olacağını, eserin aslının umuma sunulması halinde temsil hakkının; bir vasıta ile yayım söz konusu ise 25. maddede düzenlenen umuma iletim hakkının kullanılmış olacağını⁵³⁶ ifade ederken, bizim de katıldığımız karşıt görüş, eserin aslının da yayıma konu olabileceği doğrultusundadır⁵³⁷.

Bu çerçevede, hukuka aykırı dağıtmak suçunun maddi unsuru; hak sahibinin yazılı izni bulunmaksızın, eser aslının ya da eser, icra, fonogram, yapımın hukuka uygun surette çoğaltılmış nüshalarının, satılması; kiralanması; bedelli ya da bedelsiz umuma arz edilmesi, ödünç verilmesi, sair herhangi bir surette dağıtılmasıdır. Hak sahibinin yazılı izni olmaksızın; ilim ve edebiyat eserlerini kitap, dergi, fasikül ve sair basılı nüshalar halinde; müzik ve sinema eserlerini bant, CD, DVD ve sair tesbit vasıtalarıyla çoğaltılmış nüshalar halinde; güzel sanat eserlerini veya bunların yasal kopyalarını, veya her tür eserin aslına ihtiyaç duyulmayacak şekilde tesbit edildiği herhangi bir materyali, umuma arz etmek, satılmak üzere piyasaya sürmek, satmak, bedelsiz dağıtmak, kiralamak veya ödünç vermek⁵³⁸, sair herhangi bir surette⁵³⁹ dağıtmak, hukuka aykırı dağıtma suçunu oluşturur.

FSEK 23. maddesinde “satışa çıkarmak” da yayma hakkı kapsamında, dağıtmak eyleminin örneklerinden biri olarak gösterilmiştir. Eserin ya da eser nüshalarının, hak sahibinin izni olmaksızın; firmalara, mağazalara, kitapçılara ya da nihai tüketici olan halktan bireylere satılması, suçu oluşturacaktır. Aynı şekilde, bunların hak sahibinin izni olmaksızın satışa çıkarılması, örneğin kitap, CD ve DVD’lerin mağazaların raflarına konularak halka sunulması⁵⁴⁰, satılmak üzere

⁵³⁶ AYİTER, s.134 ; EREL, s. 170-171 ; ARSLANLI s.102 ; bu görüşü benimseyen Erel, güzel sanat eserlerinin istisna teşkil ettiğini, bu eserlerin asıllarının satışı, kiralanması veya ödünç verilmesinin yayma kapsamında olduğunu kabul etmektedirler. Bkz. EREL, s.172

⁵³⁷ TEKİNALP, s.174

⁵³⁸ “AT’nun 19.11.1992 tarih ve 92/100 sayılı ‘Fikri Hakların Kiralanması, Ödünç Verilmesi ve Bazı Bağlantılı Haklar’ direktifinin 12. maddesinin tanımı çerçevesinde eserin kiralanması; bir eserin aslının veya çoğaltılmış nüshalarının doğrudan veya dolaylı olarak ekonomik ve/veya ticari bir yarar elde etmek amacıyla belirli (sınırlı) bir süre için bir kimsenin kullanımına tahsis edilmesi, eserin ödünç verilmesi ise; aynı fiilin ekonomik ve/veya ticari bir amaç elde edilmeden gerçekleştirilmesidir.” (Cüneyt YÜKSEL, s.254) ; “Ödünç vermek, kamuya açık kurumlar marifetiyle olabileceği gibi, para karşılığı sadece belirli üyelere hizmet veren kurum ve dernekler tarafından, ya da belirli kişiler tarafından da gerçekleştirilebilir.” (bkz. YAZICIOĞLU, s.332)

⁵³⁹ “Kanunda yer alan sair usullere örnek olarak, ivazlı temlik borcu doğuran trampa ve ivaz karşılığı olmayan bağışlama gibi akitler örnek olarak gösterilebilir.” (YAZICIOĞLU, s.333)

⁵⁴⁰ “... zabıt müzimleri dinlenerek sanığa ait kitap tezgahında ele geçirilen dava konusu kitapların raflara dizili ve satışa arz edilmiş vaziyette mi yakalandığı, yoksa savunmada belirtildiği gibi kitapların

galeriye konulması, internet üzerinden satış yapan sitelerde satılacak ürünler arasında sayılması da, satış işlemi gerçekleşmese dahi, suçun oluşması için yeterlidir.

Daha önce belirttiğimiz gibi, eser üzerindeki bir hakkın devrinde devralınan hakkın kullanılması, zorunlu olarak ya da hakkaniyet çerçevesinde diğer bir mali hakkın kullanılmasını da gerektiriyorsa, bu hakkın da devir kapsamında olduğunu kabul etmek gerekir. Bu çerçevede, işleme hakkının devrinde, -aksi kararlaştırılmadıkça- yayma hakkının da devredildiği kabul edilmektedir⁵⁴¹. Dolayısıyla eserin işlenmesi hususunda usulüne uygun izin almış olan kimsenin, aksi kararlaştırılmış olmadıkça işleme eseri yayma konusunda izin alması gerekmediğinden, işleme eserin yayılması suç teşkil etmeyecektir.

FSEK 80. maddesi çerçevesinde, bağlantılı hak sahiplerinin de bağlantılı hakka konu tesbit, yayın ve sair ürünleri üzerinde yayma hakkı vardır. Bağlantılı haklara konu bir icra, fonogram ya da yapımın içerdiği eserin sahibinden alınan izin, icra, fonogram ya da yapımı yaymak için yeterli olmaz. Bağlantılı hak sahiplerinin rızası bulunmaksızın icra, fonogram ya da yapımı yaymak, hukuka aykırı dağıtma suçunu oluşturur. Yayma fiilini gerçekleştiren kişi, hem bağlantılı hak sahibinden hem de bağlantılı hakka konu ürünün içerdiği eser sahibinden izin almamışsa, her iki gruptaki hak sahibinin yayma hakkına tecavüz etmiş olacaktır. Kanaatimizce bu durumda farklı neviden fikri içtima⁵⁴² söz konusudur.

Uygulamada ve doktrinde “tükenme ilkesi” olarak tanımlanan durumu düzenleyen FSEK 23/2. maddesi hükmü uyarınca; kiralama ve kamuya ödünç verme yetkisi eser sahibinde kalmak kaydıyla, -belirli nüshaların- hak sahibinin yayma hakkını kullanması sonucu mülkiyeti devredilerek ülke sınırları içinde ilk satışı veya dağıtımını yapıldıktan sonra, bunların yeniden satışı eser sahibine tanınan yayma

verde bir kenarda dururken emanet bırakılmış vaziyette mi yakalandığını sorulup araştırılması gerekirken eksik soruşturma sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi, Yasaya aykırı” Yarg. 7.C.D., T.05.07.1999, E.1999/7046, K.1999/8298 (SULUK-ORHAN, s.1056)

⁵⁴¹ ARSLANLI, s.95-96 ; ÖZTRAK, s.56 ; EREL, s.160 ; TEKİNALP, s.172

⁵⁴² Doktrinde, TCK'nun 43/2. maddesinde tanımlanan “aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi” durumu “aynı neviden fikri içtima” ; 44. maddesinde tanımlanan “işlenen bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşması” durumu ise “farklı neviden fikri içtima” olarak adlandırılmaktadır. Bağlantılı hakka konu bir yapının çoğaltılması, aynı anda hem yapının içerdiği eserin sahibinin hem bağlantılı hak sahibinin çoğaltma hakkını ihlal ediyorsa da, söz konusu hakların biri FSEK'nun 22. maddesinde, diğeri 80. maddesinde düzenlenmiş olduğundan, esasen birden fazla farklı suç meydana geldiğinden, farklı neviden fikri içtima söz konusudur. Bu husus ileride “İçtima” bahsinde incelenecektir. Aynı neviden ve farklı neviden fikri içtima için ayrıca bkz. ÖZGENÇ, s.518 v.d. ; İÇEL-EVİK, s. 287 v.d. ; ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 691 v.d.

hakkını ihlal etmez(FSEK, md.23/2). Hak sahibinin rızası çerçevesinde gerçekleşen yayma işlemi neticesi umuma arz edilen eser nüshaları üzerinde, eser sahibinin yayma hakkı tükenmiştir. Yani eser sahibi, bu nüshalar üzerindeki yayma hakkını bir defa kullanmakla tüketmiş olduğundan, bu nüshaları eser sahibinin haklarını ihlal etmeden bir defa satın almış olan kimsenin nüshaları üçüncü kişilere satması, bu üçüncü kişilerin sair üçüncü kişilere satması serbesttir. Dolayısıyla yasal ilk satıştan sonraki satışlar için izin gerekmez ve hukuka aykırı dağıtma suçu oluşmaz. Ancak tükenme ilkesinde, hak sahibinin kiralama ve kamuya ödünç verme hakları mahfuz tutulmaktadır. Eser nüshalarını hak sahibinden hukuka uygun şekilde devralan kimsenin bu nüshaları üçüncü kişilere devretmesi suç oluşturmayacaksa da, bu nüshaları kiralaması veya ödünç vermesi, hukuka aykırı dağıtmak suçunu oluşturur.

Diğer yandan, hakkın tüketilmesi, ancak hak sahibinin yayma hakkını kullanması sonucu mülkiyeti devredilen nüshalar için geçerlidir; eser sahibi ya da yetkilendirilmiş yayma hakkı sahibi dışındaki üçüncü kişilerin haksız surette eseri yayması sonucu mülkiyet devrine konu olan nüshalar üzerinde yayma hakkı tükenmemiştir ve hak sahibinin rızası hilafına yayılan bu nüshaların her tekrar satışı, - suçun manevi unsuru mevcutsa- hukuka aykırı dağıtma suçunu oluşturacaktır.

FSEK'nun yeni 71. maddesine ilişkin eleştirilerimizde de belirttiğimiz üzere, maddede düzenlenen hukuka aykırı dağıtmak suçu, eser nüshalarının ithalini içermemektedir. FSEK'nun mali haklara tecavüz suçlarını düzenleyen eski 72. maddesinde, eser nüshalarını izinsiz olarak yasal ya da gayri yasal yollarla ülkeye sokmak fiili suç olarak tanımlanmaktayken, yeni 71/1. maddede sadece "hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserlerin" ithali veya ihracı suç olarak sayılmış; hukuka uygun surette çoğaltılan eser nüshalarının, eser sahibinin izni olmaksızın ülkeye sokulması ise suç olarak gösterilmemiştir. Bu hükmün yeni 71. maddede yer almaması, FSEK 23/2. maddesiyle ve yayma hakkının tüketilmesi ilkesinin ülkeselliği prensibiyle çelişmektedir. Nitekim, FSEK 23/2. maddesi; "Eser sahibinin izniyle yurt dışında çoğaltılmış nüshaların yurt içine getirilmesi ve bunlardan yayma yoluyla faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Yurt dışında çoğaltılmış nüshalar her ne surette olursa olsun eser sahibinin ve/veya eser sahibinin iznini haiz yayma hakkı sahibinin izni olmaksızın ithal edilemez" hükmünü içermektedir. Eserin yurt dışında hukuka uygun surette çoğaltılmış nüshalarının yurda sokulması hakkı

münhasıran eser sahibine tanınmış olduğu halde, bu nüshaları eser sahibi rızası hilafına yurda sokan üçüncü kişiler için bir yaptırım öngörülmemesi, yayma kapsamında tanımlanan mali hakkın, ihlallere karşı cezai korumadan yoksun bırakılması sonucunu doğurmaktadır.

f- Hukuka Aykırı Umuma İletim

FSEK 71/1-1. maddesinde düzenlenen “bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletmek” suçu; FSEK 25. maddesinde münhasıran eser sahibine ait olduğu belirtilen ve Birinci Bölüm’de Eser Sahibinin Hakları/Umuma İletim Hakkı başlığı altında incelediğimiz “işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim” hakkına yönelecek tecavüzleri cezai yaptırıma bağlamaktadır.

Hukuka aykırı umuma iletim suçuna ilişkin açıklamalarımızdan önce, “umuma iletim hakkı” bahsindeki, bu hakkın niteliğine dair açıklamaları tekrar etmekte fayda görüyoruz.

Doktrinde, umuma iletim hakkının, temsil hakkı kapsamındaki umuma arz etmek kavramıyla aynı hususu içerdiği ve kaynağının FSEK 7. md.’de tanımlanan “umuma arz” olduğu⁵⁴³, 25. madde hükmünde sadece bir dolaylı temsil vasıtası olarak umuma iletim (yayın) hakkının düzenlendiği ve bunun yayma hakkıyla bir ilgisinin bulunmadığı⁵⁴⁴ ifade edilmektedir. Ancak kanaatimizce umuma iletim hakkı kapsamında sayılan fiiller, dar anlamda yayma hakkına ve temsil hakkına konu işlemleri barındırmakta ve ayrıca sadece kendi bünyesinde spesifik fiiller de içermektedir.

FSEK 25. maddenin 1. fıkrasında yer alan “radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla yayınlanma ve tekrar yayınlanma” işlemleri, temsil hakkı kapsamındaki işlemlerdir ve bu konuda tartışma yoktur. Maddenin 2. fıkrasındaki, “eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını telli veya telsiz araçlarla satış, diğer biçimlerde umuma dağıtma veya sunma ve gerçek

⁵⁴³ TEKİNALP, s.182

⁵⁴⁴ EREL, s.183 ; ayrıca “yayma hakkının eser sahibinin diğer haklarından farkları” hususunda bkz. GENÇ ARIDEMİR, s.120 v.d.

kişilerin seçtikleri yer ve zamanda eserine erişimini sağlamak suretiyle umuma iletim” kavramları ise, eseri yayma sonucunu doğuran fiilleri işaret etmektedir.

FSEK 25. maddesi “Radyo ile Yayın Hakkı” başlığını taşımaktayken, 2001 yılında 4630 s. Kanunla yapılan değişiklikle “işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı” olarak yeniden düzenlenmiştir. Eserin radyo ve televizyonla yayını, eserin temsil edilmesi sonucunu doğuracaktır. Ancak gelişen teknoloji sonucu eserin anlık ve geçici şekilde temsilini sağlayan radyo ve televizyondaki yayının, alıcı radyo ve televizyon cihazı vasıtasıyla kaydedilmesi ve daha mühimi eserin bir kopyasının internet vasıtasıyla dosya halinde farklı kişilere gönderilmesi, ya da herkesin rahatça bunlara ulaşmasını sağlayacak şekilde eseri sunma imkanı doğmuştur. Eserin dosya halinde internet üzerinden başkalarına gönderilmesiyle, eserden aynı şekilde faydalanmayı sağlayan bir nüsha ortaya çıkmakta, yani eser çoğaltılmış olmaktadır. Ancak aynı zamanda, eserden aynı şekilde faydalanmayı sağlayacak nüsha, başka kişilerin kullanım alanına dahil edilmiştir ve yayma işlemi gerçekleşmiştir. Bu ve benzer biçimlerdeki yayma işlemlerinin umuma iletim hakkı kapsamında mütalaa edildiği, 25. maddenin 2. fıkrasında yer alan eserin telli veya telsiz araçlarla “satışı”, “dağıtılması” ve “sunulması” ifadelerinden de açıkça anlaşılmaktadır.

Diğer yandan, umuma iletim hakkı, temsil ve yayma hakkı çerçevesindeki bir takım fiiller yanında; tam anlamıyla temsil veya yayma hakları kapsamına dahil edilemeyecek mahiyetteki, eserin sunulmasına ilişkin spesifik fiilleri de bünyesinde barındırmaktadır. Zira, eserin belirli kimselere gönderilmeden, sadece internet ortamına yüklenmesi ve herkesin rahatça eseri kopyalaması mümkündür. Bu halde eseri internet ortamına yükleyen kimse, diğer bir kimsenin kullanım alanına eserin bir kopyasını dahil etmemekte, ancak her isteyen bu işlemi gerçekleştirmesini sağlayacak şekilde eseri sunmaktadır. Bu halde devreye, üçüncü kişilerin eseri izleme/dinleme ya da kopyalama yönündeki iradeleri girmektedir. Eseri izleme ya da kopyalama imkanını tamamen üçüncü kişilerin iradesine bırakan ve dolayısıyla bu hakların asıl maliki eser sahibinin irade alanından çıkaran bu ve benzeri fiiller; umuma iletim hakkının spesifik içeriğini teşkil etmektedir.

Arslanlı, maddenin eski halinde yer alan “radyo ile yayın” hakkını açıklarken, bunun esasen bir tür temsil olduğunu, temsil keyfiyetine has özelliklerle,

eserin duyulara hitap edecek şekilde kamuya sunulduğunu ifade etmekte ve aradaki farkın; temsil, geniş anlamda yer bakımından muayyen olan umumi bir alanda ya da sınırsız bir alanda gerçekleştirilebilecekken, radyo ile yayının daima gayri muayyen ve sınırsız bir alana yönelik bulunması olduğunu belirtmektedir⁵⁴⁵. Öztrak ise, radyo-televizyon gibi vasıtalar yardımıyla eserin, çok geniş ve belirsiz halk kitlelerine çok daha kolay şekilde ulaşmasının, bu hususun temsil hakkından ayrıca tanımlanmasını gerektirdiğine⁵⁴⁶ dikkat çekmektedir. Gelişen teknoloji ile bugün, eserin umuma arzı ve eserden faydalanma imkanları son derece çeşitlilik kazanmıştır ve umuma iletim hakkına dair düzenleme, bu çeşitli faydalanma imkanları karşısında eser sahibinin haklarını muhafaza etme amacı taşımaktadır.

Hak sahibinin yazılı izni olmaksızın, bir eserin, icranın, fonogramın, yapımın aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, telli veya telsiz araçlarla satmak, umuma dağıtmak veya sunmak; gerçek kişilerin istedikleri yer ve zamanda esere erişimini sağlamak; 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 yayınlamak; hak sahibi kuruluşların yaptıkları yayınları izinsiz olarak yeniden yayınlamak, hukuka aykırı umuma iletim sonucunu doğurur. Bu kapsamda, eserin internet aracılığıyla veya cep telefonu gibi telsiz ve kablosuz olarak ses ve görüntü nakleden araçlarla üçüncü kişilerin istifadesine sunulması⁵⁴⁷ izinsiz olarak radyoda okunması ya da çalınması, televizyonda yayınlanması, hukuka uygun surette radyo veya televizyonda yayınlanan eserin izinsiz olarak yeniden yayınlanması, internete yüklenmesi, gibi işlemler hukuka aykırı umuma iletim fiillerinin örnekleridir.

Ayrıca, eser sahibinin izni olmaksızın internette umuma iletilen eseri içeren web sitesine link kurulması halinde, link kuranın korsan kopyaya veya umuma iletime yardım veya teşvik nedeniyle sorumlu olacağı belirtilmiştir⁵⁴⁸.

Umuma arzda kullanılan farklı usullere göre umuma iletimin şartlarının değişebileceği kabul edilmektedir. Televizyon yayınında eser umuma aynı anda

⁵⁴⁵ ARSLANLI, s.110

⁵⁴⁶ ÖZTRAK, s.60

⁵⁴⁷ ATEŞ, s.188-191

⁵⁴⁸ Sevilay EROĞLU, İnternette ‘Aktif Link’ler Yoluyla Fikri Haklara Müdahale, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C.2, İstanbul-2003, s.243

iletilmiş olmasına rağmen internet ortamına konulmuş esere farklı zamanlarda ulaşılabilmesi mümkündür ve umuma iletimin gerçekleşmiş olması için eserin herkese aynı anda ulaşması şartı aranmamaktadır⁵⁴⁹.

Hukuka aykırı umuma iletimin var olup olmadığı, “umum” kavramının doğru tarifiyle tesbit edilebilir. Umum, “belirli bir çevre ile sınırlı olmayan, birbirine karşılıklı ilişkiler içinde bağlı bulunmayan veya bir organizasyonla birbirine bağlanmayan birden fazla kimse”⁵⁵⁰ olarak tanımlanmaktadır. Eserin aile ve iş ilişkileri dolayısıyla birbirine bağlı olan ya da görevi icabı eseri bilen kişilere sunumu umuma iletim değildir. Eser, bu sayılanlar gibi belirlenebilecek kişiler dışında, çok sayıda, gayrimuayyen kişiye sunulmalıdır. Örneğin Fransa’daki bir vericinin uyduda ve uydunun da Türkiye’deki alıcıya gönderdiği yayın, bu aşamada umuma iletimi gerçekleştirmemiştir; Türkiye’deki bir radyo televizyon kuruluşunun halka yaptığı yayın umuma iletimdir⁵⁵¹. Bu kapsamda, eserin e-posta aracılığıyla gönderildiği kişilerin şahsi çevreye dahil olan kimseler olması, hatta kapalı bir yazışma grubu içinde eserin görüntülenmesi gibi umuma arz sayılamayacak hallerde⁵⁵² hukuka aykırı umuma iletim suçundan bahsedilemeyecektir.

Bir televizyon kuruluşu ya da elektromanyetik dalgalar veya kablo vasıtasıyla yayın yapan bir kuruluşun, herhangi bir eseri veya icrasını işaret ses ve/veya görüntü nakleden araçlarla yayınlaması “iletim”, bu tür yayın işletmelerinden diğer birinin mevcut bu yayımı alarak yeniden yayınlaması “yeniden iletim”dir⁵⁵³. İzinsiz ilk iletim gibi izinsiz yeniden iletim de suç oluşturur. Eser sahibi, umuma iletim için izin vermiş olsa da, bu izin kural olarak ilk yayını kapsayacağından, başka bir kuruluşun ilk yayınlayan kuruluştan aldığı eseri tekrar yayınlayabilmesi için, eser sahibinden ayrıca izin alınması gerekmektedir. Zira bu “yeniden yayın”, bir tür vasıtalı temsildir⁵⁵⁴.

FSEK 80. maddesi çerçevesinde, bağlantılı hak sahiplerinin de bağlantılı hakka konu tesbit, yayın ve sair yapıtlar üzerinde umuma iletim hakkı vardır. Bağlantılı haklara konu bir icra, fonogram ya da yapımın içerdiği eserin sahibinden

⁵⁴⁹ MEMİŞ, s.117 , AKİPEK-DARDAĞAN, s.60

⁵⁵⁰ Alman Telif Hakları Yasası’ndan (UrhG 15/III) nakleden : MEMİŞ, s.116

⁵⁵¹ TEKİNALP, s.182

⁵⁵² MEMİŞ, s.117

⁵⁵³ TEKİNALP, s.181

⁵⁵⁴ EREL, s.183-184

alınan izin, icra, fonogram ya da yapımı ya da bunlardaki tesbit ve yayını umuma iletmek için yeterli değildir. Bağlantılı hak sahiplerinin rızası bulunmaksızın icra, fonogram ya da yapımı umuma iletmek, suçu oluşturur. Umuma iletim teşkil eden fiili gerçekleştiren kişi, hem bağlantılı hak sahibinden hem de bağlantılı hakka konu ürünün içerdiği eser sahibinden izin almamışsa, her iki gruptaki hak sahibinin umuma iletim hakkına tecavüz etmiş olacaktır. Kanaatimizce bu durumda farklı neviden fikri içtima⁵⁵⁵ söz konusudur.

Eserin internete yüklenmesinin hangi hak kapsamında olduğu, doktrinde farklı şekillerde yorumlanmaktadır⁵⁵⁶. Ancak belirttiğimiz üzere, umuma iletim hakkının kapsamını, temsil ya da yayma hakkı kapsamından tamamen bağımsız şekilde tanımlamaya çalışmak faydasızdır. Umuma iletim hakkı ile, temsil ve yayma hakkı kapsamının gelişen teknoloji karşısında tamamlanması hedeflenmektedir. Eserin internete yüklenmesi, kanaatimizce umuma iletim hakkı kapsamındadır ve bu işlemin hak sahiplerinden izinsiz gerçekleştirilmesi, hukuka aykırı umuma iletim suçunu oluşturacaktır.

“İnternet Üzerinde Müzik Değişim Programları”⁵⁵⁷ ya da “Veri Paylaşım Programları”⁵⁵⁸ olarak adlandırılan ve internet üzerindeki paylaşım ağına dahil olan kullanıcıların birbirlerinin bilgisayarlarında kayıtlı olan eserlere rahatça ulaşmalarına imkan veren ağlara üye olanların; bilgisayarlarında kayıtlı eserlere başka kullanıcıların rahatça ulaşmasını ve bunları kopyalamalarını sağlayacak şekilde erişime açık tutmaları da, umuma iletim hakkının ihlali niteliğindedir⁵⁵⁹.

⁵⁵⁵ Doktrinde, TCK'nun 43/2. maddesinde tanımlanan “aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi” durumu “aynı neviden fikri içtima” ; 44. maddesinde tanımlanan “işlenen bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşması” durumu ise “farklı neviden fikri içtima” olarak adlandırılmaktadır. Bağlantılı hakka konu bir yapıtın çoğaltılması, aynı anda hem yapıtın içerdiği eserin sahibinin hem bağlantılı hak sahibinin çoğaltma hakkını ihlal ediyorsa da, söz konusu hakların biri FSEK'nun 22. maddesinde, diğeri 80. maddesinde düzenlenmiş olduğundan, esasen birden fazla farklı suç meydana geldiğinden, farklı neviden fikri içtima söz konusudur. Bu husus ileride “İçtima” bahsinde incelenecektir. Aynı neviden ve farklı neviden fikri içtima için ayrıca bkz. ÖZGENÇ, s.518 v.d. ; İÇEL-EVİK, s. 287 v.d. ; ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 691 v.d.

⁵⁵⁶ TEKİNALP, maddedeki “gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda eserine erişimini sağlamak suretiyle umuma iletim” kavramının eserin internete yüklenmesi olduğunu (s.181) başka bir yerde eserin internet ortamında yayımının, FSEK 23. md. kapsamında yayma hakkı olarak değerlendirilebileceğini (s.174) ifade etmekte ; ATEŞ, internette yayımın, yayma hakkı kapsamında olduğunu, 25. maddenin 2. bendinin yersiz olduğunu (s.192 v.d.) ileri sürmekte; ancak diğeri yandan eserin internet üzerinden kamuya sunulmasını umuma iletim olarak nitelemektedir (s.188-191)

⁵⁵⁷ MEMİŞ, s.45 v.d.

⁵⁵⁸ KENDİGELEN-BOZBEL, s. 497 v.d.

⁵⁵⁹ MEMİŞ, s.118 ; KENDİGELEN-BOZBEL, s.519

g- Hukuka Aykırı Surette İşlenen ve/veya Çoğaltılan Eserleri Yayma, Ticaret Konusu Yapma veya Elinde Bulundurma

FSEK'nun 71/1-1. maddesinde "hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri" satışa arz etmek, satmak, kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yaymak, ticarî amaçla satın almak, ithal veya ihraç etmek, kişisel kullanım amacı dışında elinde bulundurmak ya da depolamak fiilleri, suç sayılmıştır.

"Hukuka aykırı işleme" ve "hukuka aykırı çoğaltma" fiilleri, yukarıda incelenmiştir. Bu bahislerde değinilen şekillerde çoğaltılan veya işlenen eser nüshaları; "hukuka aykırı surette işlenen veya çoğaltılan nüshaları yayma, ticaret konusu yapma veya bulundurma/depolama" fiillerinin konusunu oluşturur. Hukuka aykırı işleme ve çoğaltma fiilleri incelenmiş olduğundan, lüzumsuz tekrardan kaçınmak amacıyla atıf yapmakla yetiniyoruz. Ayrıca, bu suçlara ilişkin incelemede ifadenin akılcılığını sağlayabilmek adına, "hukuka aykırı işlenmiş ve/veya çoğaltılmış eser nüshaları"nı ifade etmek üzere, kamuda yaygın şekilde kullanılan "korsan nüsha" tabirini kullanmayı uygun görüyoruz.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, FSEK'nun 71/1. maddesinin 1. bendinde, iki grup fiile yer verilmiştir. İlk olarak, bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı "hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın" işlemek, temsil etmek, çoğaltmak, değiştirmek, dağıtmak, her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletmek, yayımlamak, fiilleri sıralanmıştır. Yukarıda incelenen bu fiiller, kanunun eser sahibine tanıdığı haklar kapsamındaki fiillerin, üçüncü kişilerce izin alınmadan gerçekleştirilmesi, yani eser sahibinin haklarının haksız kişilerce kullanılmasıyla meydana gelir.

Maddenin 1. bendinde yer alan ikinci grup fiil ise; "hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri";

- yayma (satışa arz etmek, satmak, kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde dağıtmak)
- ticaret konusu yapma (ticarî amaçla satın almak, ithal veya ihraç etmek)
- depolama (kişisel kullanım amacı dışında elinde bulundurmak ya da depolamak)

fiilleridir.

Bu ikinci grupta yer alan fiiller; eser sahibinin çoğaltma veya işleme hakkının izinsiz üçüncü kişilerce kullanılmasından sonra, ortaya çıkan korsan nüshaların kamuya ulaştırılmasına yöneliktir. Öncelikle ilk grupta sayılan hukuka aykırı işleme ve çoğaltma gerçekleşmelidir ki, elde edilen korsan nüshalar ikinci grupta sayılan fiillere konu edilebilsin. Bu fiillerin gerçekleşmesi için, failin, eseri izinsiz olarak çoğaltmış veya işlemiş olması gerekmez. Aranan husus, izinsiz işlenmiş ya da çoğaltılmış olduğunu bildiği⁵⁶⁰ eser nüshalarını, satış ya da dağıtım yoluyla kamuya ulaştırması, ticaret konusu yapması ya da depolamasıdır.

Fail, bu nüshaları kendisi çoğaltmış veya işlemiş olabileceği gibi, başkası tarafından izinsiz çoğaltılan veya işlenen nüshaları kamuya ulaştırmış, ticaret konusu yapmış veya depolamış da olabilir. Ancak bu nüshaları izinsiz işleyen veya çoğaltan kişi de kendisi ise; hem hukuka aykırı işleme ya da çoğaltma fiilinin, hem de hukuka aykırı çoğaltılmış nüshaları yayma, ticaret konusu yapma veya bulundurma/depolama fiilinin faili olacaktır.

Manevi unsur bahsinde de değindiğimiz üzere, söz konusu fiillerin suç teşkil etmesi, failin; yaydığı, ticaret konusu yaptığı veya bulundurduğu nüshaların “hukuka aykırı surette işlenmiş veya çoğaltılmış nüshalar” olduğunu bilmesine bağlıdır. Fail, söz konusu fiillere konu ettiği nüshaların hukuka uygun surette çoğaltılmış nüshalar olduğu zannıyla hareket ediyorsa, suç işleme kastı bulunmadığı için suç oluşmaz. Günümüzde ileri baskı yöntemleri ile “korsan” tabir edilen izinsiz çoğaltılmış eser nüshalarının, zaman zaman gerçeğinden ayırt edilemeyecek derece muntazam nüshalar olduğu vakidir. Ancak elbette, bu nüshaların orijinal nüshadan ayırt edilemeyecek derecede iyi çoğaltılmış olması, bu nüshaları satan, ticaret konusu yapan ya da depolayan herkese, manevi unsurun bulunmadığı savıyla cezadan kurtulma imkanı sağlamamalıdır. Bu noktada, failin suç işleme kastı ile hareket edip etmediği, bu nüshaları ne surette tedarik ettiğinin, eser sahibinin yetkilendirdiği gerçek veya tüzel kişi dağıtım kanallarından veya bunlarla bağlantılı olduğu bilinen kanallardan sağlayıp sağlamadığının tesbiti ile anlaşılabilir. Bu gruptaki fiiller, korsan eser nüshalarını ticaret alanına çıkarmaya yöneliktir ve failleri genel itibariyle gerçek veya tüzel kişi tacirlerdir. TTK'nun 20/2. maddesi ile her tacire yüklenen

⁵⁶⁰ Failin, suça konu eser nüshalarının hukuka aykırı surette işlenmiş veya çoğaltılmış olduğunu bilmesi, suçun manevi unsuru olan “kast”ın varlığını kabul etmek için zorunludur.

“basiretli bir iş adamı gibi hareket etme” mükellefiyeti gibi; söz konusu suçlar da, fikir ve sanat eserlerinin topluma ulaştırılması ile iştigal eden kimselere, hak sahiplerinin haklarını gözetme mükellefiyeti yüklemektedir.

Hak sahibinden aldığı izinle bir eseri çoğaltan kimsenin, bu iznin sınırlarını aşarak çoğalttığı nüshalar hukuka aykırı çoğaltılmış olacağından, iznin sınırını aşan nüshaları sayılan şekillerde yaymak, ticaret konusu yapmak ya da depolamak da suç oluşturur. Failin, söz konusu nüshaların hukuka aykırı çoğaltılmış nüsha olduğunu bilmediği savı, hak sahibinin rızasıyla hareket etmiş olan kimsenin iznin sınırlarını aşarak çoğalttığı nüshaları dağıtım için faile devretmesi gibi istisnai hallerde nazara alınabilir.

FSEK 71/1-1. maddenin bu ikinci grubunda yer alan fiiller için, bir hukuka uygunluk sebebi olarak “ilgilinin rızası”nın söz konusu olup olmayacağı hususu, hukuka aykırılık bahsinde incelenmiştir. Kısaca özetlemek gerekirse, hukuka aykırı işleme ve çoğaltma fiilinden önce hak sahibinin rızası bulunmuyorsa, fiilden sonraki icazet hukuka uygunluk sebebi teşkil etmez ve bu nüshalar “hukuka aykırı çoğaltılmış nüsha” vasfını muhafaza eder. Son derece zayıf bir ihtimal olmakla beraber, hak sahibinin karşı tarafla anlaşarak hukuka aykırı surette işlenmiş veya çoğaltılmış nüshaların piyasaya arzı konusunda yazılı izin vermesinin, sadece bu ikinci gruptaki fiiller için hukuka uygunluk sebebi teşkil edeceği kabul edilebilecektir. Ancak yazılı izinde, mutlak surette “hukuka aykırı surette işlenen veya çoğaltılan” nüshaların piyasaya arzı için izin verildiğinin belirtilmesi gerekir.

aa- Hukuka Aykırı İşlenen veya Çoğaltılan Eserleri Yayma

Hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri, satışa arz etmek, satmak, kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yaymak suçunun maddi unsuru; maddede de açıkça tanımlandığı gibi, hukuka aykırı surette işlenmiş veya çoğaltılmış eser nüshalarının, satışa sunulması, satılması, kiralanması, ödünç verilmesi, bedelli ya da bedelsiz umuma arz edilerek sair herhangi bir surette yayılmasıdır. Hak sahibinin yazılı izni olmaksızın işlenen⁵⁶¹ veya çoğaltılan eser nüshalarını; umuma arz etmek, satılmak üzere piyasaya sürmek, satmak, bedelsiz

⁵⁶¹ “... davacının (konuğum 01) adlı şiiirinin izinsiz olarak şarkı sözü haline getirilip kasete doldurulup, tüm Türkiye çapında satışa arz edilmesinin kötü niyetli hareket olarak kabul edilmekle, ... maddi tazminatın ... davalı şirketten tahsiline” Yarg.11.H.D., E.5632, K.7038, T.04.11.1992 (ERDİL, Şerh, s.1669-1670)

dağıtmak, kiralamak veya ödünç vermek, sair herhangi bir surette dağıtmak, firmalara mağazalara kitapçılara ya da nihai tüketici olan halktan bireylere satmak, mağazaların raflarına koyarak halka sunmak, satılmak üzere galeriye koymak, internet üzerinden satış yapan sitelerde satılacak ürünler arasında saymak gibi her türlü yayma fiili, suçu meydana getirir.

“Hukuka aykırı dağıtma” bahsinde incelenen “yayma” fiilini meydana getirecek her türlü eylemin, hukuka aykırı işlenmiş veya çoğaltılmış nüshalar hakkında işlenmesi bu suçu oluşturacaktır. Hak sahibinden aldığı izinle bir eseri çoğaltan kimsenin, bu iznin sınırlarını aşarak çoğalttığı nüshalar hukuka aykırı çoğaltılmış olacağından, bu nüshaları sayılan şekillerde yaymak da bu suçu oluşturur.

FSEK'nun 23/2. maddesinde düzenlenen hakkın tüketilmesi ilkesi, bu suçlarda söz konusu olmaz. Nitekim hakkın tüketilmesi, ilk satışı veya dağıtımını hak sahibinin rızasıyla yapılan eser “nüshaları” için söz konusudur. Bu suça konu nüshalar ise, eser sahibinin rızasıyla piyasaya sürülmüş olmadığından, bu nüshaların ilk satışı suç teşkil ettiği gibi, her bir nüshanın müteakip her bir satışı da aynı suçu meydana getirecektir.

bb- Hukuka Aykırı İşlenen veya Çoğaltılan Eserleri

Ticaret Konusu Yapma

Hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri yaymak yanında, yaymak için hazırlık hareketi niteliğinde sayılabilecek fiiller de cezalandırılmaktadır. Hukuka aykırı işlenen veya çoğaltılan nüshaları, ticarî amaçla satın almak, ithal veya ihraç etmek fiilleri, henüz bu nüshaları yayma faaliyeti başlamadan önce gerçekleştirilen, fakat yayma faaliyetinin alt yapısını oluşturacak fiillerdir. Sayılan fiiller çalışmamızda “ticaret konusu yapma” başlığı altında incelenmekte ise de, her bir fiilin suç teşkil edeceği malumdur. Hukuka aykırı işlenen veya çoğaltılan nüshaları sadece ticari amaçla satın almak, sadece ithal etmek veya sadece ihraç etmek, suçun meydana gelmesi için yeterlidir.

Doktrinde, hukuka aykırı işlenen veya çoğaltılan nüshaları “satın almak” suçunun bir “engelleme suçu” olduğu⁵⁶² ifade edilmektedir. Hukuka aykırı işlenmiş veya çoğaltılmış nüshaların satın alınması eyleminin suç teşkil etmesi, ticari maksat

⁵⁶² YAZICIOĞLU, s.347 ; “Kanun koyucu bazen fiili ve yakın bir zarar ihtimali göstermeyen tehlikeli tutumları cezalandırma gereği duyabilir. Buna engelleyici suçlar denir. Örneğin alkollü araç kullanmada olduğu gibi.”(DEMİRBAŞ, s.228)

taşımasına bağlıdır. Kanundaki suç tanımı çerçevesinde, ticari maksat taşımayan satın alma, suçu oluşturmaz. Dolayısıyla suç oluşturan “ticari maksatla satın alma” kavramının mahiyetinin tesbiti gerekir. Satın almayı gerçekleştiren kimsenin “niyet” veya “sıfat”ının; TTK’ndaki “ticari iş” veya “tacir” sıfatına girmesi şartı aranmaksızın, failin her türlü iktisadi faaliyetini kapsayan tedavül ve mübadeleleri, ticari maksat kapsamındadır⁵⁶³. Ticari amaç taşımayan satın alma, suç sayılmamıştır. Bu durumda, hukuka aykırı surette işlenmiş veya çoğaltılmış eser nüshasının satışı işleminde, satan kimse suç işlemiş olacak, fakat satın alanın fiili suç teşkil etmeyecektir. Satın alma işleminin ticari amaç taşıyıp taşımadığının tesbitinde, failin; sosyal ve mesleki konumu, satın alma işleminden önce suç işleme eğilimi bulunup bulunmadığına işaret eden olgular ya da adli veya idari kayıtlar, satın alınan eser nüshasının sayısı (kişisel ihtiyacın üstünde eser nüshası alınması) gibi unsurlar nazara alınabilir. Özellikle, işleme konu edilen bu nüshaların sayısal çokluğunun, ticari amacın varlığını göstereceği açıktır.

Hukuka aykırı işlenmiş veya çoğaltılmış nüshaların ithal veya ihraç suretiyle ticarete konu edilmesi de suçtur. Daha önce de eleştirdiğimiz üzere, FSEK’nun 23/2. maddesinde hak sahibinin rızasıyla yurt dışında çoğaltılmış nüshaların yurda sokulması, sadece hak sahibi ya da yetkilendirdiği kişilere tanınmış, üçüncü kişilere men edilmiş olmasına rağmen, bu men’e aykırı hareket ceza yaptırımına bağlanmamıştır. Kanunun yeni haliyle ithali suç sayılan nüshalar, sadece hukuka aykırı surette işlenmiş ya da çoğaltılmış nüshalardır. Yurt dışında hak sahibinin rızasıyla hukuka uygun surette çoğaltılan nüshalar, maddenin bu haliyle, bu suçun konusunu oluşturmaz.

Hukuka aykırı işlenmiş veya çoğaltılmış nüshaların herhangi bir şekilde yurt dışına ihraç edilmesi de suçtur. İhraç edilen nüshaların mutlaka Türkiye’de çoğaltılmış olması şart değildir. Bu nüshalar hukuka aykırı surette nerede çoğaltılmış olursa olsun, yurt dışına ihracı, suçu oluşturacaktır.

İthal ve ihraç kavramları, ticari kavramlardır ve yurttan yurt dışındaki kişilere veya yurt dışından yurttaki kişilere, ivaz karşılığı yapılan temliklere tekabül eder. Ancak bu suç ile korunmak istenen hukuki yarar, bu tür işlemlerin ivazsız gerçekleştirilmesi ile ihlal edilebilir. Örneğin, hukuka aykırı surette çoğaltılmış çok

⁵⁶³ YAZICIOĞLU, s.347

sayıda CD veya kitabın, yurt dışındaki kişilerce “bağış” gibi bedelsiz kazandırmalarla Türkiye’deki kişilere temliki, ya da Türkiye’den yurt dışındaki kişilere temliki mümkündür. Bu gibi hallerde, eser nüshalarının yayma işlemine konu edilmek üzere el değiştirdiğinde şüphe yoktur. Kanaatimizce, bu tür nüshaların, ivazsız şekilde kişisel kullanım amacı dışında yurda sokulması ya da yurt dışına gönderilmesinin, “ithal ve ihraç” kapsamında değerlendirilerek, bu hüküm kapsamında cezalandırılması gerekmektedir.

Bununla beraber, sadece kişisel kullanım amacıyla bulundurulmuş eser nüshalarının yurt dışına çıkarılması ya da yurda sokulması, bu nüshalar hukuka aykırı çoğaltılmış nüsha olsa da suç teşkil etmeyecektir. Örneğin kişisel kullanım amacıyla korsan bir CD veya kitap alan kimsenin, seyahate çıkarken bunu kişisel kullanım için yanında bulundurması, bu suçu oluşturmaz.

cc- Hukuka Aykırı İşlenen veya Çoğaltılan Eserleri

Elinde Bulundurma – Depolama

Hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri kişisel kullanım amacı dışında elinde bulundurma ya da depolama fiilleri, bu nüshaları “yayma” fiilinin her aşamasında gerçekleştirilen fiillerdir. Hukuka aykırı işlenmiş ve çoğaltılmış eser nüshalarını yayma işlemi, ekseriyetle bu nüshaları satmak suretiyle gerçekleştirilmektedir. Ancak failin, bu nüshaları tezgahının üstünde tutarak satması ile; satmak ya da sair surette dağıtmak üzere deposunda tutması veya nakliye aracında bulundurması, arabasının bagajında tutması yahut peyderpey dağıtmak üzere evinde ya da ticarethanesinin idari kısmında depolaması arasındaki tek fark, satış veya dağıtım noktasına olan mesafedir. Bu nüshaları satış ya da satışa arz suretiyle dağıtmak fiilleri ayrıca suç olarak gösterilmiş olup, sadece depolamak ya da sair surette kişisel kullanım amacı dışında elinde bulundurma halinde de, suç gerçekleşmiş olur.

Madde hükmü çerçevesinde, bu nüshaları ciltleyen, ambalajlayan veya sadece nakleden kimseler de, nüshaları kişisel kullanım amacı dışında elinde bulundurmuş sayılacaklardır. Nitekim, uygulamada, nakliyeciler ve mücellitler için aynı suçun olduğu kabul edilmektedir. Meğer ki bu kimselerin eser nüshalarının ne surette işlendiğini veya çoğaltıldığını bilmemeleri, yani manevi unsurun eksikliği söz konusu olsun.

h- Eser Sahibinin Adının Gizlenmesi Suçları

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, eser sahibinin manevi hakları arasında ad belirtme salahiyetine de yer vermiştir. Bu hakkın düzenlendiği 15. maddede, eseri, sahibinin adı veya müstear adı ile yahut adsız olarak, umuma arz etme veya yayımlama hususunda karar vermek salahiyetinin münhasıran eser sahibine ait olduğu belirtilmiştir. Ayrıca bir güzel sanat eserinden çoğaltma ile elde edilen kopyalar veya bir işlenmenin aslı veya çoğaltılmış nüshaları üzerinde asıl eser sahibinin ad veya alametinin, kararlaştırılan veya adet olan şekilde belirtilmesi ve vücuda getirilen eserin bir kopya veya işlenme olduğunun açıkça gösterilmesi şarttır (md.15/2). Eser niteliğindeki mimari yapılarda, yazılı istem üzerine eserin görülen bir yerine eser sahibinin uygun göreceği malzeme ile silinmeyecek biçimde eser sahibinin adı yazılır (md.15/4).

Bir eser, sahibinin takdiri çerçevesinde; ancak sahibinin adı ile veya sahibinin belirlediği müstear adla ya da isimsiz olarak umuma arz edilebilir, yayımlanabilir.

FSEK, eser sahibinin ad belirleme hakkını ihlal eden fiillere, 71/1. maddenin 2., 3., 5. ve 6. bentlerinde yer vermiştir. Bu bentlerde yasaklanan fiiller;

- Başkasına ait esere, kendi eseri olarak ad koymak (b. 2),
- Bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı, tanınmış bir başkasının adını kullanarak çoğaltmak, dağıtmak, yaymak veya yayımlamak (b. 6)
- Bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunmak (b. 3) ya da yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak göstermek (b. 5) fiilleridir.

Eser sahibinin adının yayımlanan eser üzerine yazılmaması, eser sahibinin manevi hakkını ihlal edecektir. Ancak eser sahibinin ad belirleme hakkını ihlal edebilecek bütün fiiller ya da bunları kapsayan bir tanım, suç tipinde yer almamaktadır. Nitekim bir esere, sahibinin adı yerine kendi adını koyan kimse cezalandırılmakta, ancak üçüncü kişinin adını koymanın suç olması için, adı kullanılan üçüncü kişinin tanınmış olması şartı aranmaktadır ve “tanınmışlık” kavramına ilişkin bir tanım da bulunmamaktadır. Maddedeki bu düzenleme ile, esere herhangi bir tanınmışlığı olmayan üçüncü kişilerin adının konulması karşısında uygulanabilecek bir cezai müeyyide bulunmamaktadır.

Aynı şekilde, sahibi belirli olan bir eserin, hiçbir isim zikredilmeden ya da anonim olduğu belirtilerek umuma arzı da mümkündür ve kanunda, ad belirleme hakkının korunduğu cezai düzenlemeler arasında bu tür fiiller suç olarak tanımlanmamıştır. Böyle bir fiil, toplumda eserin anonim olarak algılanmasına sebep olacağı için, eser sahibinin manevi hakkı yanında mali haklarını son derece ağır zararlara uğratabilecek, aynı zamanda kamu düzenini de ciddi anlamda zedeleyebilecektir.

Kanaatimizce ağır manevi hak ihlali niteliğindeki bu fiillerin suç olarak düzenlenmesi ya da mevcut suçlardaki daraltıcı ifadelerin düzeltilerek, bu gibi fiilleri de kapsar hale getirilmesi gerekmektedir. Zira söz konusu durumlarda eser sahibi 15/3. md. uyarınca, hak sahibi olduğuna dair mahkemeden bir tesbit talebinde bulunabilecekse de, FSEK'nun 11. ve 12. maddelerindeki karineler çerçevesinde, ağır ispat yükü altında kalacaktır. Bu fiillerin suç olarak tanzimi, hiç değilse ceza yaptırımının caydırıcı gücü niteliğiyle, ihlallerin azalmasını sağlayabilecektir.

Doktrinde, “başkasına ait bir esere kendi eseri olarak ad koyma” veya “kaynak göstermeden iktibasta bulunma” suçlarının failinin, eseri kendi adıyla çoğalttığı nüshaların dağıtımının engellenerek, kendisinin eser sahibi olarak kamuya duyurulmasının failin elinde olmayan sebeplerle önlenmesi halinde suçun teşebbüs aşamasında kalacağı⁵⁶⁴ ifade edilmektedir. Bu çerçevede, eser sahibinin adının gizlenmesi sonucunu doğuran bu suçların tamamlanma anı, söz konusu fiiller gerçekleştikten sonra eserin failin adıyla umuma sunulduğu an olarak kabul edilecektir. Ancak kanaatimizce, eser sahibinin adının gizlenmesi suçlarında; teknik anlamda “umuma” tanıtma yanında, umum sayılmayacak dar bir çevreye dahi eserin başka bir isimle tanıtılması yeterli sayılmalıdır.

aa- Başkasına Ait Esere Kendi Eseri Olarak Ad Koyma

FSEK'nun 71/1. maddesinin 2. bendinde düzenlenen “başkasına ait esere kendi eseri olarak ad koyma suçu”, eser sahibinin manevi hakları arasındaki adın belirlenmesi hakkını ihlal etmektedir.

Başkasına ait esere kendi eseri olarak ad koyma suçu, failin başkasına ait eseri, kendi yaratıcılık ürünü, kendi eseriymiş gibi göstermesidir. Bu sebeple, failin gerçek adını esere koyması gibi, müstear adını kullanması da suçu oluşturacaktır.

⁵⁶⁴ YAZICIOĞLU, s.252, 264

Gözetilen husus, eser sahibi ile eser arasındaki bağı gizlenmesi ve eserin fail tarafından yaratıldığı yanılgısına sebep olunmasıdır. Failin, ister kendi adını, ister müstear adını ya da toplumda faile ait olduğu bilinen bir rumuzu veya işareti kullanması, suçu oluşturur.

Suçun meydana gelmesi için eser aslının ya da çoğaltılmış nüshalarının üzerinde failin adı ya da rumuzunun bulunması şartı aranmamalıdır. Failin; başkasına ait bir kitabın ya da albümün üzerine kendi adını yazarak yayması veya umuma iletmesi, başkasına ait bir fotoğrafın, heykelin ya da tablonun üzerine ya da tanıtım vasıtalarına kendi adını yazması, başkasına ait bir mimari eserin üzerine, faile ait olduğuna dair bir ibare konulması, elbette suçu oluşturacaktır. Ancak bununla beraber, bir müzisyenin aslen kendisine ait olmayan eseri konserinde kendi eseri olarak tanıtması, bir ressamın kişisel resim sergisinde yer alan bütün eserlerin kendisine ait olduğunu ifade ederek başka bir ressamın eserini de sergilemesi, başkasına ait bir şiirin okuyanın şiiri olduğu belirtilerek okunması, içerdiği eserlerin tamamının yazara ait olduğu düşünülecek şekilde hazırlanan derleme özelliği taşımayan kişisel bir şiir ya da hikaye kitabında üçüncü kişiye ait bir şiir ya da hikayeye yer verilmesi gibi, başkasına ait bir eserin faile ait olduğu yanılgısını yaratan her türlü fiil de, suçun maddi unsurunu oluşturacaktır. Bu yanılgı, “intihal” yani eser hırsızlığı denen duruma sebebiyet verir ki, bu hırsızlık henüz telif hukukuna ilişkin gelişmelerin başlamadığı eski çağlarda dahi kınanan bir fiildir.

71/1-2. maddede tanımlanan suçun oluşması için, eserin kamuya sunulması şartı aranmamaktadır. Bununla beraber 15/1. maddede eser sahibine münhasır olduğu belirtilen hak, eseri, sahibinin adı veya müstear adı ile yahut adsız olarak, umuma arz etme veya yayımlama hususunda karar vermek hakkıdır. Ancak kanaatimizce, failin, umum sayılmayacak herhangi bir topluluğa da kendisini eser sahibi olarak tanıtması, suçu oluşturacaktır.

Suçun oluşması için, failin adını koyduğu eseri çoğaltması, yayması, yayımlaması da şart değildir. Ancak failin dağıtmak veya yayımlamak suretiyle işlenmesi cezayı ağırlaştırıcı bir sebeptir (md.71/1-2 c.2).

FSEK'nun 15. maddesi, güzel sanat eserlerinden çoğaltma ile elde edilen kopyalarla, bir işlenmenin aslı veya çoğaltılmış nüshaları üzerinde asıl eser sahibinin ad veya alametinin, kararlaştırılan veya adet olan şekilde belirtilmesinin ve vücuda

getirilen eserin bir kopya veya işleme olduğunun açıkça gösterilmesinin şart olduğunu hükme bağlamıştır. İşleyen, işlemenin aslı ve nüshaları üzerinde asıl eser sahibinin ismini, kararlaştırılan veya adet olan şekilde zikretmek ve meydana gelen eserin bir işleme olduğunu, işlemenin nev'ini de belirtmek suretiyle açıklamak zorundadır⁵⁶⁵. Bir eseri işleyen kimsenin; işleme eseri, başkasının eserinin işlenmesi suretiyle meydana getirilen bir işleme olduğunu belirtmeden sadece kendi eseri olarak tanıtması da söz konusu suçu meydana getirir. İşlemenin, asıl eser sahibinden alınan izinle hukuka uygun surette meydana getirilmiş olması, suçun oluşmasını engellemez.

FSEK'nun "eser sahibine tanınan hak ve yetkiler eserin bütününe ve parçalarına şamildir" hükmünü taşıyan 13/2. maddesi uyarınca, esere adını koyma suçunun oluşması için eserin bütününe faile ait bir eser olarak lanse edilmesi şart değildir. Eserin parçalarının da faile ait olduğu yanılığına sebep olacak şekilde tanıtılması, suçu oluşturacaktır.

Bununla beraber, 71/1. maddede, kaynak göstermeksizin ya da yetersiz, yanlış, aldatıcı şekilde kaynak gösterilerek yapılan iktibasların da suç teşkil ettiği hükme bağlanmıştır. Ancak iktibas serbestisini düzenleyen 34., 35., 36., 37. maddelerde, iktibasın şartları yanında ölçüsü de gösterilmiştir. İktibas ölçüsünü aşmayan ve başka bir eser içinde kullanılan alıntılar, kaynak göstermeksizin ya da yetersiz, yanlış, aldatıcı şekilde kaynak göstererek iktibasta bulunmak suçlarının konusu olabilecektir. İktibas sınırları içinde değerlendirilemeyecek kadar fazla alıntı yapılması, örneğin başkasına ait eserin tamamına yakın kısmının veya ana hatlarını oluşturan bütün unsurların veya eserin kendi içinde bütünlük arz eden bir bölümünün olduğu gibi alınması halinde ise, kanaatimizce başkasına ait esere kendi eseri olarak ad koyma fiili gerçekleşmiştir.

Suçun meydana gelmesinde failin, başkasına ait esere kendi eseri olarak ad koyarak mali bir menfaat sağlayıp sağlamadığının önemi yoktur. Fail hiçbir mali menfaat sağlamasa dahi suç meydana gelecektir.

Ad belirtme hakkı, eserin umuma arzından önce de mevcuttur ve eser sahibi, eseri yayınlanmadan önce de bu hakkın ihlaline müdahale edebilir⁵⁶⁶. Dolayısıyla, eserin daha önce alenileşmiş olup olmaması da suçun oluşumunda önem taşımaz.

⁵⁶⁵ HIRCH, s.138 ; ARSLANLI, s.83

⁵⁶⁶ TEKİNALP, s.158

FSEK'nun 15. maddesinde düzenlenen ad belirtme yetkisi, eser sahibi tarafından bizzat kullanılabileceği gibi, eser sahibinin rızası çerçevesinde ya da kanun hükmü çerçevesinde üçüncü kişilere de tanınabilir. Örneğin eser üzerindeki mali haklar üçüncü kişilere devredilmiş, eser sahibi ad belirtme hususunda başka birini yetkilendirmiş olabilir ya da eser sahibinin ölümünden sonra ad belirtme yetkisi FSEK'nun 19. maddesinde sayılan kimselere geçebilir. Bu yetkinin herhangi bir surette eser sahibi dışındaki bir kişiye geçmesi, yetkiye sahip kişinin eseri kendi adıyla tanıtması hakkını vermez. Söz konusu yetki, eserin eser sahibine ait olduğunu belirtme yetkisidir. Bu yetkiyi kötüye kullanarak eseri kendi adıyla tanıtan kimse, bahse konu suç işlemiş olacaktır.

FSEK 15/4.madde uyarınca, mimari yapılarda, eserin görülen bir yerine eser sahibinin uygun göreceği malzeme ile silinmeyecek biçimde eser sahibinin adının yazılması, sadece eser sahibinin bu hususta yazılı isteminin bulunması halinde zorunludur. Ancak eser sahibinin böyle bir talebinin bulunmaması, mimari esere başkasının adının yazılmasını haklı kılmaz. Bunun gibi, eser sahibinin adının belirtilmesi hakkına istisnalar tanınan FSEK 32/1.,2. ve 40. maddelerinde sayılan hallerde, eser sahibinin adının zikredilmemesi mümkünse de, bu serbesti eserin başkasının adıyla tanıtılması veya kullanılması hakkı vermez. Söz konusu durumlarda failin eseri kendi adıyla tanıtması, bu suç oluşturur.

bb- Kaynak Göstermeksizin İktibasta Bulunma

FSEK'nun 71/1. maddesinin 3. bendinde düzenlenen “kaynak göstermeksizin iktibasta bulunma” suçu, eser sahibinin “eser sahibi” olarak tanıtılması hakkını ihlal eden diğer bir suç tipidir.

İktibas, bir eserin parçalarının başka bir eser içinde kullanılmasıdır⁵⁶⁷. İktibas serbestisi, FSEK'nun 35. maddesi ile düzenlenmiş, iktibas şartları ve iktibas ölçüsü maddede açıklanmıştır. İktibas serbestisi, alenileşmiş veya yayımlanmış eserler için geçerlidir. Eser henüz sahibinin şahsi alanından çıkmamışsa, diğer iktibas şartlarına uyulsa dahi eser sahibinin umuma arz hakkı ihlal edilmiş olur. Ancak 71/1-3. maddedeki suçun meydana gelmesi için, iktibas yapılan ve sahibinin adı gizlenen eserin alenileşmiş olup olmadığının önemi yoktur.

⁵⁶⁷ AYİTER, s.132 ; EREL, s.248 ; “Fikir ve sanat eserlerinin parçası” kavramı için bkz. ÖZTRAK, s.38

FSEK 35. maddede iktibas ölçüsü; alenileşmiş bir eserin bazı cümle ve fıkralarının müstakil bir ilim ve edebiyat eserine alınması; yayımlanmış bir bestenin en çok tema, motif, pasaj ve fikir nevinden parçalarının müstakil bir musiki eserine alınması; alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ve yayımlanmış diğer eserlerin, maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde ve münderecatını aydınlatmak maksadıyla bir ilim eserine konulması; alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ilmi konferans veya derslerde, konuyu aydınlatmak için projeksiyon ve buna benzer vasıtalarla gösterilmesi, olarak kabul edilmiştir. Belirtilen ölçüleri aşar mahiyetteki iktibas, serbest sayılmaz ve eser sahibinin izni olmadıkça eser üzerindeki hakların ihlalini teşkil eder.

İktibasın hukuka uygun olması için, belli olacak şekilde yapılması lazımdır. İlim eserlerinde, iktibas hususunda kullanılan eserin ve eser sahibinin adından başka bu kısmın alındığı yer belirtilir (md.35/2). Ayrıca 15. maddede düzenlenen eser sahibinin adının belirtilmesine dair hükümler, sahibinin adının sadece eser ya da çoğaltılmış nüshaları üzerinde değil, eserin ve parçalarının kullanıldığı her yerde belirtilmesini gerektirir⁵⁶⁸.

Başkasına ait eserden iktibasta bulunan kimsenin, iktibas ettiği kısmı hangi kaynaktan aldığını, alıntının aslen başkasına ait bir ürün olduğunu gizleyerek kaynak göstermemesi, 71/1-3. maddedeki suçu oluşturur.

Başkasına ait eserden iktibas yapılması, FSEK 35. madde yanında 32., 34., 36., 37. maddelerdeki hallerde de, kanunda belirtilen koşullara uyulması kaydıyla serbest sayılmıştır. İktibas olarak nitelenen bu hallerde de, eser sahibinin adının belirtilmemesi, söz konusu suçu oluşturacaktır.

Eser sahibinin adının belirtilmesi hakkına istisnalar tanınan maddelerden FSEK 32/1. maddede “Büyük Millet Meclisinde ve diğer resmi meclis ve kongrelerde, mahkemelerde, umumi toplantılarda söylenen söz ve nutukların, haber ve malumat verme maksadıyla çoğaltılması, umumi mahallerde okunması veya radyo vasıtasıyla ve başka suretle yayımı serbesttir” hükmü yer almakta ve maddenin 2. fıkrasında, hadisenin mahiyeti ve vaziyetin icabı gerektirmediği hallerde söz ve nutuk sahiplerinin adının zikredilmeyebileceği ifade edilmektedir. Ancak hadisenin mahiyeti ve vaziyetin icabı gerektiriyorsa, söz ve nutuk sahiplerinin adı

⁵⁶⁸ TEKİNALP, s. 158

zikredilmeden yapılan alıntılar, kaynak göstermeksizin iktibasta bulunmak suçunu oluşturur. Bunun gibi, FSEK'nun 40. maddesinde düzenlenen, umumi mahallerde teşhir edilen veya açık artırmaya konulan bir eseri sergi veya artırmayı tertip eden kimseler tarafından bu maksatlarla çıkarılacak katalog, kılavuz veya bunlara benzer matbualar vasıtasıyla çoğaltma ve yayma serbestisi için tanınan eser sahibinin adının zikrinden vazgeçilmesi, ancak aksine yerleşmiş bir adet yoksa hukuka uygundur. Böyle bir adet bulunmaması halinde eserin katalog veya kılavuza yerleştirilip eser sahibinin adının gösterilmemesi, bahse konu suç oluşturur.

İktibas ölçüsünü aşmayan alıntılar, kaynak göstermeksizin iktibasta bulunmak suçunu oluşturacaktır. Ancak iktibas sınırları içinde değerlendirilemeyecek kadar fazla alıntı yapılması, örneğin başkasına ait eserin tamamına yakın kısmının veya ana hatlarını oluşturan bütün unsurların veya kendi içinde bütünlük arz eden bölümün tamamen alınması halinde ise, kanaatimizce başkasına ait esere kendi eseri olarak ad koyma suçu oluşacaktır.

İktibasın varlığından bahsedebilmek için, bir eserdeki ifadenin aynı şekilde kopyalanarak “aynen iktibas” yapılması şart değildir. İfadenin küçük farklılıklarla değiştirilmesi iktibas olduğu gibi, iktibas yapanın kendi ifade tarzını kullanarak faydalandığı eserin içeriğini de alıntılanması mümkündür. “Mealen iktibas” olarak adlandırılan bu durum genellikle ilim ve edebiyat eserlerinde söz konusu olup, diğer eser türlerinde sadece esinlenme hükmündedir⁵⁶⁹. Ancak iktibas ister aynen ister mealen yapılsın, gerekli şekil şartlarına uyulmadan yapılması intihale yol açacaktır⁵⁷⁰.

cc- Yetersiz, Yanlış, Aldatıcı Kaynak Gösterme

Kaynak göstermeden yapılan iktibaslar ile yanlış, yetersiz veya aldatıcı kaynak gösterilerek yapılan iktibaslar FSEK'nun eski 71. maddesinde aynı suç tanımı içinde yer almaktaydı. 5728 S.Kanunla yapılan değişiklikle bu iki fiil farklı suçlar olarak tanımlanmış ve yetersiz yanlış veya aldatıcı kaynak göstermemek, hiç kaynak göstermemek suçundan daha hafif bir cezaya bağlanmıştır (FSEK md. 71/1-5).

Bu suç da, kaynak göstermemekte olduğu gibi, iktibas mahiyetindeki alıntılar için söz konusudur. Yapılan alıntı için bir atıf yapılmış olmasına rağmen, bu atfın kanunda gösterilen özellikleri taşıması, söz konusu suç oluşturur. Nitekim atfın

⁵⁶⁹ CERİTOĞLU SENGEL, s.81 ; EREL, s.250

⁵⁷⁰ EREL, s.250

gerektiği gibi yapılmaması; alıntı yapılan esere ulaşamaması, alıntının, yapıldığı eserle ve tabii olarak eser sahibiyle irtibatlandırılmaması, alıntının gerçekliği konusunda tereddüde düşülmesi ya da alıntının yapıldığı eserin sahibi konusunda yanlış yönlendirilme gibi sonuçlara yol açacaktır.

Yanlış ve aldatıcı kaynak göstermek, alıntı yapılan eser veya eser sahibinin adının, ya da derlemelerde olduğu gibi eser başka bir eserin parçasını teşkil ediyorsa eserin bulunduğu diğer eserin adının yanlış gösterilmesi gibi fiillerle gerçekleşebilir. Yetersiz kaynak göstermek fiilin anlaşılması için ise, “yeterlilik” kriterlerinin tesbiti gerekir. Söz konusu kriterler FSEK’unda düzenlenmiş olup, yapılan iktibasın mahiyetine göre farklılık arz ederler.

FSEK’nun, eğitim ve öğretim için seçme ve toplama eserlerin meydana getirilmesi için tanıdığı iktibas serbestisinden yararlanan kimsenin fiilin hukuka uygun olması için, iktibasın 34. maddede gösterilen gayeyle ve gösterilen ölçüler içinde yapılması yanında, eser ve eser sahibi adının mutlak şekilde zikredilmesi (md.34/4) ; genel iktibas serbestisinden yararlanan kimsenin fiilin hukuka uygun olması için, iktibasın 35. maddede gösterilen ölçüler içinde yapılması yanında iktibasın belli olacak şekilde yapılması ve ilim eserlerinde, iktibas yapılan eserin ve eser sahibinin adından başka bu kısmın alındığı yerin belirtilmesi (md.35/2) ; basın veya radyo tarafından umuma yayılmış bulunan günlük havadisler ve haberler için tanınan iktibas serbestisinden yararlanan kimsenin fiilin hukuka uygun olması için, iktibasın 36. maddede gösterilen ölçüler içinde yapılması yanında iktibas edilen gazete, dergi ve ajansın ve eğer bunlar da başka bir kaynaktan alınmışlarsa o kaynağın adı, tarih ve sayısından başka makale sahiplerinin adı (ya da) müstear adı veya alametinin zikredilmesi (md.36/3) zorunludur. FSEK’nun 37. maddesinde “haber mahiyetinde olmak ve bilgilendirme kapsamını aşmamak kaydıyla, günlük hadiselere bağlı olarak fikir ve sanat eserlerinden bazı parçaların işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan vasıtalara alınması mümkündür. Bu şekilde alınmış parçaların çoğaltılması, yayılması, temsil edilmesi veya radyo ve televizyon gibi araçlarla yayınlanması serbesttir.” hükmüne yer verilmiş, ancak yeterli kaynak gösterilmiş sayılması için gösterilmesi gereken bilgiler belirtilmemiştir. Kanaatimizce bu parçalar hususunda yeterli atıf yapılmış sayılması için, çoğaltma ve yayma

keyfiyetinin gerçekleştiği hallerde 35. maddede gösterilen bilgilere yer verilmesi, diğer hallerde ise eserin ve eser sahibinin adının zikredilmesi gerekir.

FSEK’nda 2008 yılında yapılan değişiklikten önce, yetersiz kaynak gösterme suçunun tanımında alıntının şekli şartlarını belirleyen bu maddeler sayılmış ve aykırı davranış cezalandırılmışken, artık sadece “yetersiz, yanlış, aldatıcı” kaynak göstermenin cezalandırılacağından bahsedilmekte; ancak yeterlilik ölçüsü, ceza hükmünde yer almamaktadır. Kanaatimizce, atfin gerektiği gibi yapılmaması; üçüncü kişilerin alıntı yapılan esere ulaşamamaları, alıntının, yapıldığı eserle ve tabii olarak eser sahibiyle irtibatlandırılmaması, alıntının gerçekliği konusunda kişilerin tereddüde düşmesi ya da alıntı yapılan eserin sahibi konusunda yanlış yönlendirilmeleri gibi sonuçlara yol açacak mahiyetteyse, söz konusu suç gerçekleşmiş kabul edilmelidir.

dd- Eseri Tanınmış Başkasının Adıyla Çoğaltma, Yayma veya Yayımlama

FSEK’ nun 71/1. maddesinin 6. bendinde, “bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı, tanınmış bir başkasının adını kullanarak çoğaltmak, dağıtmak, yaymak veya yayımlamak” suçu düzenlenmiştir. Bu suç kanuna 2008 yılında yapılan değişiklikle dahil olmuştur. Söz konusu değişiklikten önce kanunun eski 71. maddesinde, “başkasının eserini kendi eseri veya kendisinin eserini başkasının eseri olarak göstermek” fiilleri suç olarak gösterilmişti. Maddenin yeni metninde ise, bir eser, icra, fonogram veya yapım üzerinde başkasının adını kullanmak suç sayılmış, ancak failin bu fiili hak sahibi olduğu bir eser üzerinde mi yoksa başkasına ait bir eser üzerinde mi gerçekleştireceği konusunda açıklama yapılmamıştır.

Kanaatimizce, bu fiilin fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakları ihlal eden bir suç sayılması, failin başkasına ait bir eseri üçüncü kişinin adıyla kullanması halinde mümkündür. Nitekim maddede sayılan fiillerin; eser, icra, fonogram veya yapım üzerindeki manevi hakların sahibi ya da sahipleri tarafından işlenmesi halinde, adı kullanılan tanınmış kişiye ait bir eser bulunmadığından bu kişinin eser üzerindeki haklarından bahsedilemeyecek, sadece M.K. kapsamındaki kişilik haklarından, isim üzerindeki hakkının zarara uğraması söz konusu olacaktır. Zira FSEK 71/1. madde “*Bu Kanunda koruma altına alınan fikir ve sanat eserleriyle ilgili manevi, mali veya bağlantılı hakları ihlal ederek*” ifadesiyle başlamakta ve maddede sayılan suçların tipikliği, FSEK’nda tanınan haklara inhisar edilmektedir. Şayet bu fiiller, eser, icra,

fonogram ya da yapım üzerinde hakkı bulunan kişiler dışındaki üçüncü kişiler hatta bunlar üzerinde sadece mali haklara sahip olan kişilerce işlenecek olursa, adı kullanılan tanınmış kişinin değil, fakat eser, icra, fonogram veya yapım üzerinde manevi hakka sahip olan kişilerin hakları ihlal edilmiş olacak ve fiil suç teşkil edecektir.

Ancak belirtmek gerekir ki, bu bentteki suçun cezası üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası olarak düzenlendiği halde; “başkasına ait esere, kendi eseri olarak ad koymak” suçunun nitelikli halinin cezası altı aydan beş yıla kadar hapis, “kaynak göstermeksizin iktibasta bulunmak” suçunun cezası ise altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası olarak düzenlenmiştir. 6. bentte yer alan suçun cezası, eser sahibinin adının üçüncü kişiler tarafından tamamen gizlenmesine yönelik diğer suçlara nispeten daha hafiftir. Bu durum, kanun koyucunun iradesinin, eski 71. maddede yer aldığı şekilde; failin “kendi” eser, icra, fonogram veya yapımını başkasına ait isimle kullanmasını cezalandırmaya yöneldiği fikri uyandırmaktadır. Ancak belirttiğimiz üzere böyle bir fiil, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında korunan eser, icra, fonogram, yapım, tesbit üzerindeki mali, bağlantılı ya da bunların içerdiği eserlerdeki manevi bir hakkı ihlal etmez. Zira adı kullanılan kişinin, FSEK kapsamında korunan bir eser ya da yapıtı, maddi vakıada mevcut değildir. Bu sebeple kişinin kendi eser veya yapıtını başkasının adıyla kullanması, eser üzerindeki hakka değil; ancak MK’da tanınan kişilik haklarına tecavüz oluşturur (BK md.49 v.d.) veya bağlantılı hak sahibi yapımcılar açısından TTK çerçevesinde haksız rekabet (TTK md.56 v.d.) meydana getirir. Her ne kadar bazı bağlantılı haklara ilişkin koruma, kaynağını haksız rekabetin önlenmesinde bulsa da⁵⁷¹, yapımcının kendi yapımını başkasının adıyla kullanması halinde haksız rekabetin konusu FSEK’nun koruduğu fonogram ya da yapım değil, “ticaret ünvanı” olacaktır ve TTK’nun 56. v.d. maddeleri çerçevesinde müeyyidelendirilecektir.

Maddenin yeterince açık kaleme alınmamış olması yanında, esere adı konan kişinin “tanınmış” olması şartı aranması da, eser üzerindeki hakları korumaktan acze düşürebilecek niteliktedir. Öncelikle, “tanınmış” kişinin tanımı kanunda yer almamaktadır. Diğer yandan, toplumdaki tanınmışlık nazara alınacak olsa dahi, maddedeki bu düzenleme ile, eseri, gerçek eser sahibi olmayan ve toplumda

⁵⁷¹ Bkz. “Korunan Hukuki Yarar” bahsindeki açıklamalarımız.

tanınmayan üçüncü kişinin adıyla çoğaltan, dağıtan, yayan veya yayımlayan kimseye uygulanabilecek bir cezai müeyyide bulunmamaktadır. Dolayısıyla, 71/1. maddenin 6. bendindeki daraltıcı ve müphem ifadelerin düzeltilerek, ağır hak ihlallerine yol açacak bu gibi fiilleri de kapsar hale getirilmesi gerekmektedir.

Netice itibariyle, FSEK 71/1. madde “*Bu Kanunda koruma altına alınan fikir ve sanat eserleriyle ilgili manevi, mali veya bağlantılı hakları ihlal ederek*” ifadesiyle başlamakta ve maddede sayılan suçların tipikliği, FSEK’nda tanınan haklara inhisar etmekte olduğundan; “bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı, tanınmış bir başkasının adını kullanarak çoğaltmak, dağıtmak, yaymak veya yayımlamak” fiili, eser, icra, fonogram ya da yapım üzerinde hakkı bulunan kişiler dışındaki üçüncü kişiler tarafından, hatta eser sahibinden mali hakları devralan yapımcı ya da yayıncı gibi kişiler tarafından işlenecek olursa, bu suçun oluşacağı kanaatindeyiz.

1- Eserin Muhtevasını Kamuya Açıklama

FSEK 71/1-4. maddesinde düzenlenen “hak sahibi kişilerin izni olmaksızın, alenileşmemiş bir eserin muhtevası hakkında kamuya açıklamada bulunmak” suçu, FSEK 14. maddesinde münhasıran eser sahibine ait olduğu belirtilen ve Birinci Bölüm’de Eser Sahibinin Hakları başlığı altında incelediğimiz “umuma arz” kapsamında “eser hakkında malumat verme” hakkına yönelecek tecavüzleri cezai yaptırıma bağlamaktadır.

FSEK 14. maddenin 1. fıkrası, “Bir eserin umuma arz edilip edilmemesini, yayımlanma zamanını ve tarzını münhasıran eser sahibi tayin eder” hükmünü içermekte, 2. fıkrasında ise “Bütünü veya esaslı bir kısmı alenileşmemiş olan, yahut ana hatları her hangi bir suretle henüz umuma tanıtılmayan bir eserin muhtevası hakkında ancak o eserin sahibi malumat verebilir” hükmü yer almaktadır. Kanunda, 5728 S. Kanun değişikliğinden sonra⁵⁷² “Umuma Arz” hakkını lafzen barındıran bir ceza hükmü yer almamaktadır. Ancak “alenileşmemiş eserin muhtevası hakkında malumat vermek” fiili umuma arz kavramını içerebilecek mahiyette olduğundan, izinsiz umuma arzın bu hüküm kapsamında olduğunda şüphe yoktur. Nitekim bir eserin, sahibinin izni olmaksızın umuma arz edilmesi halinde, “eser hakkında

⁵⁷² Değişiklikten önce FSEK’nun 71. maddesinin 1. bendi “alenileşmiş olsun veya olmasın, eser sahibi veya halefinin yazılı izni olmadan bir eseri umuma arz eden veya yayımlayan” ifadesi mevcuttu.

malumat vermek” işlemi fazlasıyla gerçekleşmiş olacaktır. Kaldı ki eserin bütünüyle umuma sunulması, aleniyete kavuşturulması umuma arz olduğu gibi, “herhangi bir şekilde tanıtılması ya da hakkında bilgi verilmesi”⁵⁷³ de umuma arzıdır. Bu sebeple, söz konusu fiil, eserin izinsiz umuma arzına yönelik eylemleri de içermektedir.

Umum, “belirli bir çevre ile sınırlı olmayan, birbirine karşılıklı ilişkiler içinde bağlı bulunmayan veya bir organizasyonla birbirine bağlanmayan birden fazla kimse”⁵⁷⁴ olarak tanımlanmaktadır. Suça konu eserin muhtevası hakkında bilgi verilmesinden kasıt, eserin kamuya, yani belirsiz bir insan topluluğuna açıklanıp tanıtılmasıdır. Eserin sadece belirli kişiye, kişilere tanıtılması ya da sadece eserin meydana getirildiğinin kamuya açıklanması, eserin muhtevası hakkında bilgi vermek anlamına gelmez⁵⁷⁵ ve suç oluşmaz.

Erel, eserin muhtevası hakkında, ancak o eser türüne has olan ifade vasıtalarıyla bilgi verilebileceğini, bir musiki, güzel sanat veya sinema eserinin lisanla anlatılmasının, muhtevası hakkında bilgi vermek olmayacağını ve eser sahibinin haklarına tecavüz teşkil etmeyeceğini ifade etmiştir⁵⁷⁶. Ancak kanaatimizce, Erel’in bu görüşü sadece müzik eserleri için kabul edilebilir. Örnek olarak sayılan bu diğer eserlerin, kısmen de olsa gösterilmesi, temsil veya teşhir edilmesi, FSEK 13/2. md. çerçevesinde eserin parçalarının umuma arzı anlamına gelecektir. Kanun koyucu, umuma arz yanında eserin muhtevası hakkında bilgi verme hakkının da münhasıran eser sahibine ait olduğunu belirtmekle, genel anlamda umuma arz sayılamayacak daha dar anlamdaki bilgilendirmeleri engellemek istemiştir. Bu sebeple, eserin türüne bakılmaksızın her ne surette olursa olsun muhtevası hakkında açıklama yapmak, eser sahibinin manevi haklarına tecavüz teşkil eder. Kaldı ki, 14/2. maddede de, “eserin gösterilmesi, temsili, kısmen ibraz edilmesi” gibi bir ifade yer almamakta, sadece eser hakkında bilgi verilmesinden bahsedilmektedir. Müzik eserlerinde ise musikinin tarif edilmesi mümkün değildir ve eser hakkında bilgi verilmesi eserin çalınmasıyla gerçekleşir. Ancak eseri oluşturan nota sisteminin kamuya sunulmasıyla, eser hakkında bilgi verilebileceği de kabul edilebilir.

⁵⁷³ TEKİNALP, s.154

⁵⁷⁴ Alman Telif Hakları Yasası’ndan (UrhG 15/III) nakleden : MEMİŞ, s.116

⁵⁷⁵ EREL, s.140

⁵⁷⁶ EREL, s.140

Bu çerçevede, eser sahibinin izni olmaksızın, umumi mahallerde, radyo-televizyon-internet vasıtasıyla, basın yayın organları vasıtasıyla ve umuma ulaşacak sair her türlü vasıtayla; bir romanın, hikayenin, tiyatronun, sinema eserinin anlatılması, ana hatlarıyla konusunun açıklanması, temsili, oynanması, bu eserlerin tamamının ya da eserden parçaların umuma sunulması; bir güzel sanat eserinin tarif edilmesi ya da betimleyici unsurlarla veya şema ve biçimlerle çizilmesi, eser hakkında görsel bir fikir uyandıran görsel dizaynlarla tarif edilmesi, fotoğrafın gösterilmesi; bir müzik eserinin kısmen ya da tamamen çalınması veya notalarının umuma sunulması; kısacası umumun eserin muhtevası hakkında bilgi veya fikir sahibi olmasını sağlayan ya da sağlayabilecek mahiyetteki her türlü fiil, suçun maddi unsurunu oluşturabilecektir.

FSEK'nun 71/1-4. maddesinde düzenlenen suç, madde metninde açıkça ifade edildiği gibi, ancak alenileşmemiş eserler hakkında işlenebilir. FSEK 14/2. md. ifadesi, bütünü veya esaslı bir kısmı alenileşmemiş olan, yahut ana hatları her hangi bir suretle henüz umuma tanıtılmayan eser hakkında malumat verme hakkının münhasıran eser sahibine ait olduğunu ifade etmektedir. Eserin bütünü veya esaslı bir kısmı alenileşmiş ya da hak sahibi tarafından umuma tanıtılmışsa, üçüncü kişilerin eser hakkında malumat vermeleri hukuka aykırı olmayacaktır. Ancak bu halde bilgi verme, elbette eserin umuma arzı ya da temsil veya yayını şeklinde olmamalıdır. Eserin “esaslı bir kısmı” ve “ana hatları” kavramları açıklanmamıştır ve yoruma açıktır. Açıklanan ya da arz edilen kısmın bu tanımlara dahil olup olmadığı hususu, her somut olayın ve eser nev'inin özelliklerine göre değerlendirilmelidir.

Eser sahibinden, işleme, yayma, temsil ve radyo ile yayımlama (umuma iletim) mali haklarını devralan ya da bu konularda ruhsat alan kimselere, eserin kamuya sunulması yetkisinin de verildiği kabul edilir. Nitekim, devralınan bu hakların kullanılması, ancak eserin kamuya sunulması ile mümkündür. Ancak, çoğaltma hakkı, eser kamuya sunulmadan da kullanılabilirdiği için, eseri sadece çoğaltma hakkını devralan kimsenin, eseri kamuya sunma yetkisi bulunmamaktadır⁵⁷⁷. Eser sahibinden çoğaltma dışındaki mali hakları devralan kimseler, devir sözleşmesinde “umuma arz” ya da “eser hakkında malumat verilmesi” hakkı tanındığı açıkça ifade edilmese dahi sözleşme şartları çerçevesinde

⁵⁷⁷ EREL, s. 137 ; aynı görüş için bkz.: ARSLANLI, s.81, ÖZTRAK, s.49

gerçekleştirilen işlemler suç oluşturmayacaktır. Ancak mali haklar konusunda verilen izinde, bu hakların kullanılmasından (örneğin eserin yayımlanmasından) önce eser hakkında bilgi verilmesi açıkça men edilmişse, kanaatimizce eser sahibinin iznini aşan bu malumat verme de, suçu oluşturur.

FSEK md. 14/3'te, eseri kamuya sunma hakkının devredildiği kimselerin bu hakkı eser sahibinin şeref ve itibarını sarsacak şekilde kullanmaları halinde, eser sahibine bu arzı men etme, yani verdiği yetkiyi geri alma hakkı tanınmıştır. Men etme yetkisi madde metninde sadece umuma arz hususunda verilen izin için zikredilmiş olmakla beraber, kanaatimizce bu kısıtlama sadece eserin muhtevası hakkında bilgi verilmesi yetkisi tanındığı hallerde de geçerlidir. Eser sahibinin eser hakkında açıklamada bulunulmasını men etmesinden sonra; başta bu yetkiyi almış olmasına rağmen aynı hususta men edilen kişinin eserin muhtevası hakkında kamuya açıklamada bulunması da, FSEK 71-1/4 bendinde tanımlanan suçu meydana getirecektir.

FSEK 14/3. maddede, eser sahibinin verdiği izni, umuma arz tarzının itibar zedeleyici olması sebebiyle geri almasının mümkün olduğu hükme bağlanırken, diğer tarafın tazminat hakkı da mahfuz tutulmaktadır. Maddedeki ifade son derece anlaşılmalıdır. Nitekim bir yandan, geri alma hakkı, umuma arz tarzının itibar zedeleyici olması şartına bağlanmış, diğer yandan da diğer tarafın tazminat hakkı mahfuz tutulmuştur. Diğer tarafın tazminat hakkının mahfuz tutulması, geri alma işleminin her hal ve şartta geçerli olduğunu düşündürmektedir. Doktrinde bir görüş, tazminat sorumluluğunun eser sahibinin, "itibarını zedeleyecek duruma kusuruyla sebebiyet verdiği durumda"⁵⁷⁸ doğduğunu, diğer bir görüş ise "men'in haksız olması durumunda"⁵⁷⁹ doğduğunu ileri sürmüştür. Eser sahibinin itibar zedeleyecek duruma kusuruyla sebebiyet vermesi halinde, itibar zedeleyen bir durum mevcut olacaktır. Ancak men'in haksız olması halinde, yani itibar zedeleyecek durumun bulunmaması halinde diğer tarafa sadece tazminat hakkı tanınması, itibar zedeleyici durum bulunmamasına rağmen men'in geçerli olduğu sonucuna götürecektir. Söz konusu men'in geçerli olup olmadığı ise, iznin mevcut olup olmadığını yani suçun oluşup oluşmadığını belirleyecektir. Bu gibi durumlarda, 14. maddedeki muğlak ifadeye

⁵⁷⁸ EREL, s.138

⁵⁷⁹ TEKİNALP, s.157

dayanılarak fail hakkında bir karara varılması müşkül görünmektedir. Dolayısıyla, 14/3. maddede düzenlenen men yetkisinin, hangi durumda geçerli olacağına maddeye eklenmesi gerekir.

Diğer yandan, bu haklar kendilerine tanınan kimseler eser hakkında malumat verme kapsamındaki (örneğin bir kitabın tanıtımları için kullanılan ifadelerin gazete veya dergilere verilmeye başlanması gibi) işlemlere başladıktan sonra, eser sahibinin bu işlemleri itibar zedeleyici olarak değerlendirmesi ve men yetkisini kullanması da mümkündür. Bu gibi durumlarda, 14/3. madde hükmü, suçun olduğu anın tesbitinde önem arz edecektir. Nitekim eser sahibinin verdiği yetkiye dayanarak eseri tanıtan kimse, eser sahibi men yetkisini kullanana kadar hukuka uygun davranmış sayılacaktır. Eser sahibi, söz konusu gerekçelerle men yetkisini kullandıktan sonra eserin tanıtılması veya yayımlanması ise, bahse konu suç oluşturacaktır.

j- FSEK'nun 4. Ek Maddesine Muhalefet

FSEK'nun 71. maddesinin 2. fıkrasında, kanunun Ek 4. maddesi ile tanzim edilen esaslara aykırılık teşkil eden fiiller suç sayılmıştır;

“Bu Kanunun ek 4 üncü maddesinin birinci fıkrasında bahsi geçen fiilleri yetkisiz olarak işleyenler ile bu Kanunda tanınmış hakları ihlâl etmeye devam eden bilgi içerik sağlayıcılar hakkında, fiilleri daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” (md.71/2)

Ek 4. maddenin 1. fıkrası, eser nüshalarının topluma sunulması sırasında hak sahipleri tarafından eser üzerinde gösterilen bilgilerin, yetkisiz kişilerce değiştirilmiş ya da silinmiş olması halinde, bu nüshaların dağıtılamayacağı hükmünü içermektedir. 71/2. maddedeki “bu Kanunda tanınmış hakları ihlâl etmeye devam eden bilgi içerik sağlayıcılar” ifadesi ise, Ek 4. maddenin 3. fıkrasında gösterilen, dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla servis ve bilgi içerik sağlayıcılardır.

aa- Üzerindeki Bilgiler Değiştirilen Eserleri Yayma veya Umuma İletme

FSEK'nun Ek 4/1. maddesinde, topluma sunulması men edilen eserler, içeriği değiştirilmiş eserler değildir. Eserin içeriğindeki değişiklikler 71/1-1. maddedeki “hukuka aykırı değiştirme” suçunun konusudur. Ek 4/1. maddede nazara alınan husus, hak sahipleri tarafından topluma sunulması sırasında eser üzerinde yer

alan bilgiler, veya bu bilgileri temsil eden sayılar ya da kodlardır. Söz konusu bilgiler, esere ilişkin, eser sahibine ilişkin, eser üzerindeki hakları kullanmaya yetkili kişiye ilişkin bilgiler olabilir. Doğrudan eser veya eserin ambalajı üzerinde belirtilmiş olan, eser sahibinin haklarını devrettiği kişinin unvanı, bu haklara hangi süreyle sahip olduğu ve üçüncü kişilerin bu hakları kullanıp kullanamayacaklarına ilişkin açıklamalar da söz konusu bilgilere dahildir.

Fikir ve Sanat Eserlerinin Kayıt ve Tescili Hakkında Yönetmelik'in⁵⁸⁰ 9. maddesinde, bazı eser nüshalarının taşınması gereken zorunlu işaretler gösterilmiştir. Ayrıca, Fikir ve Sanat Eserlerinin İşaretlenmesine İlişkin Yönetmelik'te⁵⁸¹ (FSEİİY), eser nüshalarının üzerinde bulunması zorunlu bilgiler, nüshalara konacak işaret, rumuz, bandrol, kod, seri ve sıra numaraları ve sayılan bu işaretlerin hangi bilgilere tekabül edeceği gösterilmiştir. Üzerindeki bu bilgiler, kodlar, sayılar değiştirilmiş veya silinmiş eser nüshalarını yayma, yaymak üzere ithal etme veya umuma iletme, söz konusu suçu oluşturur. FSEİİY'de, bandrol zorunluluğu da zikredilmiş olmakla beraber, bandrol hükümlerine aykırı fiil FSEK'nun 81. maddesinde sayılan fiillerden biri ise, Ek 4/1. madde delaletiyle 71/2. madde değil, 81. madde hükümleri uygulanır.

Eser üzerindeki verilerin, yetkisiz kişilerce elektronik ortamda kasten değiştirilerek veya ortadan kaldırılarak yayımı ve umuma iletiminin de, suçu meydana getiren fiiller arasında olduğu ifade edilmektedir⁵⁸². Elektronik yöntemler kullanılmak suretiyle medya üzerinde bulunan fikri hakların korunması, izlenmesi, kısıtlanması ve tanımlanması işlevi gören "sayısal hak yönetimi" (DRM) kapsamında; fikri mülkiyet sahibinin veya diğer hak sahiplerinin, eser üzerinde korunan haklarının tanımlanmasını sağlayan "hak yönetim bilgileri" mevcuttur⁵⁸³. Bu bilgilerin değiştirilmesi de, FSEK Ek 4/1. madde delaletiyle 72/2. madde kapsamında mütalaa edilmektedir⁵⁸⁴.

⁵⁸⁰ R.G., T.17.05.2006, S.26171

⁵⁸¹ R.G., T.16.11.1997, S.23172 ; ayrıca değişiklikler için bkz. R.G., T.15.12.1997, S.23201 ; R.G., T.10.03.1998, S.23282

⁵⁸² Hasan SINAR, Ceza Hukuku Açısından Telif Haklarının Korunması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul-2006, s.365

⁵⁸³ TÜRKEKUL, s.198

⁵⁸⁴ ÖZDERYOL, s.231 v.d.

FSEK Ek 4. maddenin 2. fıkrası “Yukarıdaki fıkra hükümleri fonogramlar ve fonogramlarda tespit edilmiş icralar bakımından da uygulanır.” hükmünü içermektedir. Kanunun 71/2. maddesinde düzenlenen suçla sadece “ek 4 üncü maddesinin birinci fıkrasında bahsi geçen fiillerin” cezalandırılacağı hükme bağlanmış olmakla beraber, ek 4. maddenin 2. fıkrası, korumaya konu “nüshalar” kavramının içeriğini açıklamaya ilişkin olduğundan, kanaatimizce söz konusu fiillerin fonogramlar hakkında işlenmesi halinde de aynı suçun gerçekleşeceği kabul edilmelidir.

bb- Hukuka Aykırı Bilgi İçerik Sağlamaya Devam Etme

FSEK 71/2. maddesi ile, bilgi içerik sağlayıcıların, kanunda tanınmış hakları “ihlâl etmeye devam etmesi”nin suç sayılacağı hükme bağlanmıştır. Bilgi içerik sağlayıcıların, hangi hallerde hak ihlallerine devam etmiş sayılacağı, Ek 4. maddenin 3. fıkrasında gösterilmiştir;

“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 ihlâli halinde, hak sahiplerinin başvuruları üzerine ihlâlê konu eserler içerikten çıkarılır. Bunun için hakları haleldar olan gerçek veya tüzel kişi öncelikle bilgi içerik sağlayıcısına başvurarak üç gün içinde ihlâlin durdurulmasını ister. İhlâlin devamı halinde bu defa, Cumhuriyet savcısına yapılan başvuru üzerine, üç gün içinde servis sağlayıcıdan ihlâlê devam eden bilgi içerik sağlayıcısına verilen hizmetin durdurulması istenir. İhlâlin durdurulması halinde bilgi içerik sağlayıcısına yeniden servis sağlanır. Servis sağlayıcılar, bilgi içerik sağlayıcılarının isimlerini gösterir listeyi her ayın ilk iş günü Bakanlığa bildirir. Servis sağlayıcılar 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.”

İnternet servis sağlayıcı (ISS) kendi bilgisayarlarını kullanıcıların internete ulaşabilmeleri için bir giriş kapısı olarak hizmete sunan internet süjesidir. İçerik sağlayıcılar ise internet kullanıcıları tarafından erişilebilen herhangi bir internet yayınının içeriğini hazırlayan ya da diğêr bir değışle bilgiyi bizzat üreten internet süjesidir. İçerik sağlayıcı, başkaları tarafından gönderilen mesajları veya kendi

yüklediği mesajları silebilme ya da değiştirebilme olanağına sahip olan internet süjesidir⁵⁸⁵.

“Servis (hizmet) sağlayıcılar”, başkalarının hazırlamış olduğu içeriği, kendi bilgisayarlarında depolayarak, internet ortamında erişilebilir kılarken, “erişim sağlayıcılar” internet ağına yalnızca erişim olanağını sağlar, “(bilgi) içerik sağlayıcı” ise bir internet yayınının içeriğini bizzat hazırlar. Aynı kişinin, birden fazla süjenin işlevini üstlenmesi de mümkün olup⁵⁸⁶, maddede fail olarak belirtilen süje, bilgi içerik sağlama işlevini gerçekleştiren süjedir.

Hak sahiplerinin FSEK’ndaki haklarının sanal ortamda ihlal edilmesi, eserin veya izinsiz işlenmiş ya da değiştirilmiş halinin sanal ortama koyulması, eser sahibinin mali veya manevi haklarına tecavüz teşkil eden her türlü işlemin gerçekleştirilmesi ya da gerçekleştirilmeye müsait şekilde izinsiz olarak sanal ortama yerleştirilmesi suretiyle olabilir. Bu durumda hak sahiplerinin öncelikle ihlale konu eserin içerikten çıkarılması talebiyle bilgi içerik sağlayıcıya başvurması gerektiği düzenlenmiştir.

Bilgi içerik sağlayıcının ihlale devam etmesi suçu, hak sahibinin başvurusundan sonra ihlal içeren eseri içerikte buldurmaya devam etmesi ile oluşur. Bu sebeple, hak sahibinin başvurusuna kadar, ihlale devam etme suçu meydana gelmez⁵⁸⁷. Eser üzerindeki hakların ihlal edildiğini iddia eden taraf önce

⁵⁸⁵ Hasan SINAR, İnternet ve Ceza Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul-2001, s.41-42 ; “Bilgi içerik sağlayıcıdan kasıt içerik sağlayıcıdır, servis sağlayıcıdan kasıt ise “yer sağlayıcı” dır.” (Savaş BOZBEL, Fikri Hakların İhlali Nedeniyle İhtiyati Tedbir Yoluyla İnternet Sitelerine Erişim Engellenebilir mi?, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009, Editör: Tekin Memiş, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul-2009, s.154) ; Ayrıca, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda verilen tanımlar şu şekildedir; “Md.2/e: Erişim Sağlayıcı: kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişiler, Md. 2/f : İçerik Sağlayıcı: internet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişiler, Md. 2/m: Yer Sağlayıcı: Hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişiler.”

⁵⁸⁶ Hasan SINAR, İnternet ve Ceza, s.41-42 ; “İnternette hak ihlali söz konusu olduğunda, içerik, yer ve erişim sağlayıcı gibi üç değişik aktör gündeme gelmektedir. Bir erişim sağlayıcının erişimi engelleme yükümlülüğünün doğabilmesi, ona böyle bir mükellefiyet yüklenebilmesi için erişim sağlayıcının, bu hak ihlalden hukuken sorumlu veya sorumlu tutulmasa bile hukuken erişimi engellemekle yükümlü tutulabilmesi gerekir.” (BOZBEL, s.137)

⁵⁸⁷ Hukukumuzda bu yönde bir düzenleme bulunmamasıyla beraber, bu konuda ABD’de verilen kararlarda, bilgi veya servis sağlayıcının eseri içeriğe kendisinin yüklediği, kullanıcılar tarafından yüklendiği hallerde dahi; servis veya içerik sağlayıcının telif hakkı ihlalinde bulunduğu hükmedilmiştir. Kararlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKİPEK-DARDAĞAN, s.65 v.d. ; Türk Hukukunda 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanununun 6. maddesi uyarınca; erişim sağlayıcı,

içeriğin sistemden kaldırılmasını ya da örneğin eser üzerinde isminin belirtilmesini talep edecektir. Bu talebin yazılı olarak online (örneğin e-posta ile) yapılması mümkündür⁵⁸⁸. Bilgi içerik sağlamaya devam etme fiilinin, eser sahipleri yanında bağlantılı hak sahiplerinin haklarının ihlali durumunda da suç sayılacağı ifade edilmektedir⁵⁸⁹.

Suç, içerik sağlayıcının başvuruya kayıtsız kalarak eseri içeriğinde tutmaya devam etmesi ile oluşur. Bununla beraber, ihlale konu eseri, içeriğe yerleştiren kişi üçüncü bir kişi değil de bizzat bilgi içerik sağlayıcı ise, zaten başta umuma iletim hakkı olmak üzere, eserin bulundurulduğu duruma göre 71. maddenin 1. fıkrasındaki suçların faili olabilecektir.

Bu suça dair düzenleme, hak sahiplerinin bilgi içerik sağlayıcıya bizzat ulaşabilmelerinin çoğu zaman imkansız olması sebebiyle eleştirilmektedir⁵⁹⁰.

ii- FAİL

Kanunda, 71. maddede düzenlenen suçlar bakımından, suç teşkil eden fiilleri ika eden şahıslar için herhangi bir özellik aranmamıştır. Suçun faili, kanunun suç saydığı fiili işleyen kimsedir ve sayılan suçlar “herkes tarafından işlenebilen suçlar”⁵⁹¹ arasındadır. Gerek manevi, gerek mali gerekse bağlantılı haklara tecavüz suçlarında, kanunda suç olarak belirtilen fiilleri işleyen her gerçek kişi⁵⁹² suçun faili olabilir.

herhangi bir kullanıcısının yayımladığı hukuka aykırı içerikten, bu kanun hükümlerine uygun olarak haberdar edilmesi halinde ve teknik olarak engelleme imkanı bulunduğu ölçüde erişimi engellemekle yükümlü tutulmuştur Erişim sağlayıcı kendisi aracılığıyla erişilen bilgilerin içeriklerinin hukuka aykırı olup olmadıklarını ve sorunluluğu gerektirip gerektirmediğini kontrol etmekle yükümlü değildir.

⁵⁸⁸ BOZBEL, s.156

⁵⁸⁹ KILIÇOĞLU, 5101 Sayılı Kanun, s.79

⁵⁹⁰ SINAR, Telif Haklarının Korunması, s.376

⁵⁹¹ HAFIZOĞULLARI, s. 3 ; YAZICIOĞLU, s.187-188-201-223-244-259-270-286-309 v.d. ; Ayrıca “Herkes tarafından işlenebilen” (genel) suçlar ve “belirli kişiler tarafından işlenebilen” (mahsus, özgü) suçlar ayrımı için bkz. ARTUK –GÖKCEN –YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 289-290 ; Sulhi DÖNMEZER – Sahir ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C.II, 11. Bası, Beta Yayınları, İstanbul-1997, s.424 v.d. ; ÖZGENÇ, s.188-189

⁵⁹² Türk Ceza Kanunu 20. maddesi “Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz. Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırım uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.” hükmü ile tüzel kişilere cezai yaptırım uygulanmayacağını hükme bağlamıştır. Ayrıca, tüzel kişilerin ceza sorumluluğu hususunda bkz. Duygun YARSUVAT, Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul-1999, s.889 v.d.

FSEK 71. maddedeki suçların faili, genel hükümler çerçevesinde ancak gerçek kişi olabileceksede, eserin izinsiz çoğaltılması, yayılması gibi suçlar, bir organizasyon faaliyetini gerektirir niteliktedir. Uygulamada da eser üzerindeki hakların ihlalinin, sıkça tüzel kişilerin faaliyetleri çerçevesinde meydana geldiği görülmektedir. TCK'nun, tüzel kişilere cezai yaptırım uygulanmayacağı hükmünü içeren 20. maddesi uyarınca, tüzel kişiler için sadece güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar uygulanabilir⁵⁹³. FSEK 81/son. maddesinde de "Bu Kanunda tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, ilgili tüzel kişi hakkında Türk Ceza Kanununun tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine⁵⁹⁴ hükmolunur." hükmü zikredilmiştir. Bu çerçevede, tüzel kişi bünyesinde işlenen suçların gerçek kişi faillerinin belirlenmesi sorunu ortaya çıkar. FSEK'nun, 5728 S.

⁵⁹³ Tüzel kişilere uygulanacak güvenlik tedbirleri için bkz. DEMİRBAŞ, s.511 v.d. ; Hakan HAKERİ, Ceza Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2007, s.426 v.d., s.428-429

⁵⁹⁴ Güvenlik Tedbirleri TCK'nun 53. ila 60. maddeleri arasında düzenlenmiş olup, "tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri" başlıklı 60. madde "(1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir. (2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır. (3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hakim bu tedbirlere hükmetmeyebilir. (4) Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır." hükmünü havidir. Bu maddede sayılan tedbirler yanında, tüzel kişiler bünyesinde işlenen suçlar için, eşya müsadereesine ilişkin "(1) İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsadereesine hükmolunur. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir. (2) Birinci fıkra kapsamına giren eşyanın, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsadereisinin başka bir surette imkansız kılınması halinde; bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsadereesine karar verilir. (3) Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suçta nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsadereesine hükmedilmeyebilir. (4) Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilir. (5) Bir şeyin sadece bazı kısımlarının müsadere edilmesi gerektiğinde, tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak olanaklı ise, sadece bu kısmın müsadereesine karar verilir. (6) Birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya ile ilgili olarak, sadece suçta iştirak eden kişinin payının müsadereesine hükmolunur." (TCK 54.md) kapsamındaki güvenlik tedbirleri ile kazanç müsadereesine ilişkin "(1) Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsadereesine karar verilir. Bu fıkra hükmüne göre müsadere kararı verilebilmesi için maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekir. (2) Müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere el konulmadığı veya bunların merciiene teslim edilmediği hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsadereesine hükmedilir." (TCK 55. md.) kapsamındaki güvenlik tedbirlerinin uygulaması mümkündür.. Ayrıca Tüzel kişilere uygulanacak güvenlik tedbirleri için bkz. DEMİRBAŞ, s.511 v.d. ; HAKERİ, Ceza Hukuku, s.426 v.d., s.428-429

Kanunla ilga edilen “Fail” başlıklı eski 74. maddesi⁵⁹⁵ ile, tüzel kişiler bünyesinde işlenen suçlarda işletme sahibi, müdür, işletmeyi fiilen idare eden kimse, temsilci, müstahdem gibi kişilerin hangi durumlarda suç faili veya şerik olarak kabul edilecekleri sayılmış, tüzel kişinin de masraf ve para cezasından müteselsilen mesul olacağı hükme bağlanmıştı. Maddenin ilga edilip, kanundaki bütün suçları kapsar şekilde 81/son. madde hükmünün getirilmesiyle, tüzel kişi hakkında Türk Ceza Kanununun tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanacağına tereddüt yoktur. Tüzel kişiye sorumluluk isnat edilebilmesi için suçun tüzel kişinin organları veya temsilcileri tarafından işlenmiş olması, suçun tüzel kişi yararına işlenmiş olması gibi hususlar gözetilmektedir⁵⁹⁶. Suç faili gerçek kişilerin tesbitinde ise uygulamada özellikle işletmeyi fiilen idare edenler usulsüzlüğün meydana gelmesinde temel sorumlu olarak kabul edilmekte, bunun yanında sorumluluk isnad edilebilmesi halinde tüzel kişi ortakları ve yetkili temsilcileri de suç faili sayılabilmektedir.

Failin belirlenmesinde, hatta daha ziyade fiilin suç olarak kabul edilip edilmemesinde ortaya çıkacak sorunlardan biri; FSEK 9. ve 10. maddelerde tanımlanan eser üzerinde birden fazla kişinin hak sahibi olması halinde eser sahiplerinden her birinin, ya da eser sahibinin ölmüş olması halinde mirasçılarının, sayılan suçları birbirleri aleyhine işleyebilip işleyemeyecekleridir. Nitekim, suç olarak tanımlanan fiili ika eden kişi hak sahibidir. Ancak eser üzerinde hak sahibi olan başka kişiler de mevcuttur ve bunların rızası bulunmadan eser üzerindeki hakların kullanılması, diğer eser ya da hak sahiplerinin mali ve manevi menfaatlerini zarara uğratacaktır. Bu çerçevede kanaatimizce, eser üzerinde birlikte hak sahibi olan kişilerin sayılan suçları birbirlerine karşı işlemeleri ve suç faili olmaları mümkündür. Nitekim, hakkın kullanılmasına ilişkin sınırların, başkasının hukuken korunan

⁵⁹⁵ FSEK'nun eski 74. maddesi : “(Değişik: 3.3.2004-5101/20) 71, 72, 73 ve 80inci maddelerde sayılan suçlar, hizmetlerini ifa ettikleri sırada bir işletmenin temsilcisi veya müstahdemleri tarafından işlenmiş ise, suçun işlenmesine mani olmayan işletme sahibi veya müdürü yahut herhangi bir nam ve sıfatla olsun işletmeyi fiilen idare eden kimse de fail gibi cezalandırılır. Cezayı mucip fiil işletme sahibi veya müdürü yahut işletmeyi fiilen idare eden kimse tarafından emredilmiş ise bunlar fail gibi; temsilci veya müstahdem ise, yardımcı gibi cezalandırılır.

Temsil edilmesinin kanuna aykırılığını bildiği bir eserin umuma gösterilmesi için karşılıklı veya karşılıksız olarak bir mahalli tahsis eden veya böyle bir eserin temsilinde vazife veya rol alan kimse, yardımcı olarak cezalandırılır.

(Değişik: 3.3.2004-5101/20/ 71, 72, 73 ve 80inci maddelerde sayılan suçlardan biri işlenirse masraf veya para cezasından tüzel kişi diğer suçlularla birlikte müteselsilen mesuldür.

Ceza Kanununun 64, 65, 66, ve 67nci maddelerinin hükümleri mahfuzdur.”

⁵⁹⁶ YARSUVAT, Tüzel Kişiler, s.909 v.d.

menfaatlerine zarar vererek iradi surette aşılması “hakkın kötüye kullanılması”dır ve failin, kanunda yazılı bir suça meydan verecek, yani bir suçun kanuni unsurunu meydana getirecek biçimde hakkını kötüye kullanması halinde, hakkın kötüye kullanılması, ceza hukuku açısından da önem arz edecektir⁵⁹⁷.

Öte yandan, 71/1. maddenin 1. ve 4. bentlerinde yer alan suçların tanımında “hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın”, “hak sahibi kişilerin izni olmaksızın” ifadeleri kullanılmıştır. Belirtilen fiilleri işleyenlerin, hak sahiplerinden usulüne uygun izni almış olmaları halinde fiilin hukuka aykırı doğmayacağı kabul edilmektedir⁵⁹⁸. Kanunun aradığı iznin mevcudiyeti kapsamında gerçekleştirilen fiillerin suç teşkil etmeyecekleri açıktır. Ancak, hak sahiplerinden alınan bu iznin sınırlarının aşılması halinde, izin kapsamındaki fiiller hukuka uygun olacak, izin kapsamının aşıldığı noktadan sonraki fiiller suç teşkil edecektir. Bu sebeple hak sahiplerinden izin alan kimseler de kendilerine tanınan yetkininin sınırlarını aştıklarında suç faili olabileceklerdir.

iii- MAĞDUR

Öncelikle, ceza hukuku genel prensipleri çerçevesinde, her suçun tabii ve zorunlu mağduru “devlet”tir. Bununla beraber suçun, bazı kişilere zarar vermesi de mümkün olup, suçun mağduru veya suçtan zarar gören kimse; işlenen suçla zarara uğratılan ya da tehlikeye maruz kalan hak veya yararın sahibi olan kimsedir⁵⁹⁹. 71. maddede düzenlenen suçların mağduru; fikir ve sanat eserleri üzerinde ve bağlantılı haklara konu icra, fonogram, yapımlar üzerinde mali ve manevi haklara sahip olan kişilerdir.

Suçun mağduru, suçun konusunun ait olduğu kişidir. Mesela hırsızlık suçunda mağdur, suçun konusu olan çalınan eşyanın sahibi olan kişidir. Ya da öldürme ve yaralama suçlarında mağdur, tecavüze uğrayan, (öldürülen ya da yaralanan) kişidir. Mağdur kural olarak suçtan zarar gören kişi olmakla beraber, suçun mağduru olmayan kişilerin de suçtan zarar görmeleri mümkündür⁶⁰⁰. Yani, sayılan suçlar

⁵⁹⁷ DÖNMEZER-ERMAN, C.II, s.35-36

⁵⁹⁸ YAZICIOĞLU, s. 229-289-354 v.d. ; SINAR, Telif Haklarının Korunması, s.380-382 ; hukuka uygunluk sebepleri, Hukuka Aykırılık Unsuru bahsinde incelenecektir.

⁵⁹⁹ DÖNMEZER-ERMAN, C.II, s.426

⁶⁰⁰ ÖZGENÇ, s.206-207 ; ayrıca bkz. HAKERİ, Genel Hükümler, s.119

sebebiyle menfaatleri zarara uğrayan kişi, suçun doğrudan mağduru olabileceği gibi, mağdur vasfı taşımadığı halde suçtan zarar görmüş kişi de olabilir. Nitekim, suçun mağduru ile suçtan zarar gören kimse arasında fark vardır; işlenen bir suç sebebiyle, bu suçun mağdurundan başka bir kimse de bir hakkının ihlali dolayısıyla zarara uğramaktadır⁶⁰¹. Suçun mağduru gerçek kişi iken, suçtan zarar gören, tüzel kişi de olabilir⁶⁰².

FSEK 71. madde kapsamındaki suçlar, eser, icra veya yapım üzerinde hak sahibi olan kişiler aleyhine işlenecek suçlardır. Hak sahibi kişi, eseri meydana getiren eser sahibi olabileceği gibi, çeşitli şekillerde eser üzerindeki hakları kullanma yetkisini kazanmış kişi de olabilir. Eser sahibinin eser üzerindeki hakkı, eserin meydana gelmesiyle kendiliğinden doğan bir haktır ve bu hakkın kazanılması herhangi bir izne, kayda, irade beyanına, hukuki veya idari işleme bağlı olmayıp eserin yaratılmasıyla eser üzerindeki hak da doğrudan ve kendiliğinden doğar. Ancak eser sahibinin mirasçılara ya da tasarruf muameleleriyle üçüncü kişilere veya kanunen devlete tanınan hak ve yetkilerde olduğu gibi; bu haklar, eser sahibi dışındaki kişilere daimi veya geçici olarak intikal edebilir. Bu çerçevede, işlenen suçtan doğan “ceza ilişkisinin tarafı”⁶⁰³ sıfatının sahibi, yani suçun mağduru eser sahibi yanında, eser sahibinin haklarını yasal çerçevede kullanma hakkı kazanan ve suçun işlenmesiyle meşru menfaatleri zarara uğrayan “suçtan zarar gören kişiler” de ortaya çıkmaktadır. “Mağdur” sıfatının sahibi eser sahibinin işlenen suç faillerinin cezalandırılmasını talep etme hakkı bulunduğu gibi, suçtan zarar gören kişilerin de, suç faillerini şikayet ve ceza yargılamasının tarafı olma hakları bulunmaktadır⁶⁰⁴. Bu bölüm, genel tanım olarak “Mağdur” başlığını taşımakla beraber, 71. maddede düzenlenen suçların mağdurları yanında bu suçlardan zarar gören kişilerin durumları da incelenecektir.

Eser ve bağlantılı hakka konu yapıtlar üzerinde hak sahibi olan kişiler, Birinci Bölüm’de “Eser Sahibi” ve “Bağlantılı Haklar ve Bağlantılı Hak Sahipliği” bahislerinde incelenmiştir. Eser ya da bağlantılı hakka konu ürünler üzerindeki hak sahipleri, 71. maddede sayılan fiillerle hakları ihlal edildiğinde, bu suçların mağduru

⁶⁰¹ DÖNMEZER-ERMAN, C.II, s.426-427

⁶⁰² HAKERİ, Genel Hükümler, s.119

⁶⁰³ DÖNMEZER-ERMAN, C.II, s.427

⁶⁰⁴ Bkz. İÇEL - EVİK, s. 28

ya da suçtan zarar gören konumundaki kimselerdir. Ancak 71. madde, eser ve bağlantılı haklara konu yapıtlar üzerindeki hem mali hem manevi haklara ilişkin ihlalleri kapsadığından, somut olayda sayılan suç kalıplarının mağdurları farklılık arz edebilecektir. Bu sebeple, mağdur ve suçtan zarar gören kimseleri mali, manevi ve bağlantılı haklar için ayrı değerlendirmekte fayda görüyoruz.

a- Manevi Haklara Tecavüz Suçlarında Mağdur

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, hak sahiplerinin yazılı izni olmaksızın bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı değiştirmek (md.71/1-1) ; FSEK 14. maddesi çerçevesinde -umuma arz etmek-kapsamında olmak kaydıyla hak sahiplerinin yazılı izni olmaksızın bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletmek, yayımlamak, hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri satışa arz etmek, satmak, kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yaymak (md.71/1-1) ; başkasına ait esere, kendi eseri olarak ad koymak (md.71/1-2) ; bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunmak (md.71/1-3) ; hak sahibi kişilerin izni olmaksızın, alenileşmemiş bir eserin muhtevası hakkında kamuya açıklamada bulunmak (md.71/1-4) ; bir eserle ilgili olarak yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak göstermek (md.71/1-5) ; bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı, tanınmış bir başkasının adını kullanarak çoğaltmak, dağıtmak, yaymak veya yayımlamak (71/1-6) suçları, eser veya icra sahibinin manevi haklarına tecavüz teşkil eden suçlardır. Belirttiğimiz üzere FSEK md.71/1-1'de sayılan fiillerle eser ilk defa umuma arz ediliyorsa, FSEK 14. maddede tanınan umuma arz manevi hakkı da aynı zamanda ihlal edilmiş olacaktır.

Eser üzerindeki manevi haklar eser sahibine aittir ve bunları kullanma yetkisi de münhasıran eser sahibine tanınmıştır. Manevi hakların ihlali suçlarının mağduru eser sahibidir.

Bununla beraber FSEK 19. maddesinde, eser sahibinin ölümünden sonra bu hakları kullanma yetkisine sahip olan kişiler sayılmıştır. Ancak dikkat edilmelidir ki eser üzerindeki manevi haklar, 19. maddede sayılan kişilere intikal etmemekte, sayılan kişiler sadece manevi hakları kullanma yetkisine sahip sayılmaktadır. Eser sahibinin manevi hakları bahsinde de açıklandığı üzere hakim görüş, bu hakların miras yoluyla intikal etmeyecekleri doğrultusundadır. Eser üzerindeki manevi hakların bazılarının, FSEK 19. md. çerçevesinde eser sahibinin bazı yakınları ve

gerektiğinde mali hakları devralanlar ya da Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından kullanılacakları hüküm altına alınmış olmakla birlikte, manevi haklar sayılan kişilere intikal etmezler. 19. maddede sayılan kişiler, bu hakları kullanma yetkisine mirasla intikal sebebiyle değil, kanunen sahip olurlar⁶⁰⁵.

Öte yandan, işlenen bir suç sebebiyle bir kimsenin mağdur olması, suçun işlendiği esnada hayatta olmasına bağlıdır⁶⁰⁶. Bu çerçevede, manevi hakları ihlal suçlarında, 19. maddede sayılan kişilerin mağdur sıfatı taşımayacakları açık olup, suçtan zarar gören sıfatlarının varlığını kabul etmek de müşküldür. Nitekim eser üzerindeki manevi hak, sadece eser sahibinin kişiliğiyle irtibatlı olduğundan, eser sahibi dışındaki kişilerin, suçtan kişisel bir zarara uğramaları söz konusu değildir. Öte yandan, 19. maddede gösterilen kimselere tanınan yetkiler, yalın halde bu kimseler için mali veya manevi bir menfaat sağlamamaktadır. Sadece, mali haklardan faydalanarak menfaat sağlamak amacıyla, bu yetkilerin de kullanılması gerekebilmektedir. Fakat bu halde de, yani bu yetkileri kullanma hakkı tanınan kişi aynı zamanda eser sahibinin mirasçısı ise ve mirasla intikal eden mali hakları kullanması, manevi bir yetkinin de kullanılmasını gerektiriyorsa; tecavüz teşkil eden fiil, 19. maddede gösterilen bu kimselerin manevi değil, mali menfaatlerini ihlal etmiş olacaktır.

Manevi haklar, eser sahibinin eseriyle olan manevi bağlarını ifade eden haklardır. Bunlar eser sahibine ekonomik ya da parasal yararlar sağlayan haklar değildir. Bunun sonucu olarak manevi haklar başkalarına devir edilemezler, eser sahibinin borçları nedeniyle haczedilemezler, miras yoluyla intikal etmez yani terekeye dahil olmazlar, ayrıca ölüme bağlı tasarruf konusu olamazlar⁶⁰⁷. Birinci Bölüm'de Eser Sahibinin Manevi Hakları kısmında da ayrıntılı olarak incelediğimiz üzere, kanunun eser üzerindeki mali hakları kullanmak için yetki tanıdığı gerçek veya tüzel kişilerin de (md.10/2, md.18/2), eser üzerinde manevi hakları bulunmamakta olup, manevi haklar sadece bizatihi eser sahibine aittir.

Bu kapsamda, eser sahibinin ölümünden sonra vuku bulacak tecavüzlerin yargıya nasıl taşınacağı belirsizdir.

⁶⁰⁵ TEKİNALP, s.152 ; AYİTER, s.200-203 ; aksi görüş için bkz. EREL, s.285 v.d.

⁶⁰⁶ ÖZGENÇ., s.207

⁶⁰⁷ KILIÇOĞLU, Telif Hakkı ve Yayın Sözleşmesi, s.45-46

Manevi haklar terekeye dahil olmadıklarından, esere tecavüz halinde tecavüzün ref'i, men'i ya da tazminat davası gibi hukuk davaları açıp açamayacakları tartışmalıdır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2005 tarihli bir kararının gerekçesinde, 19. maddede sayılan kimselerin hangi ihlallere karşı hangi taleplerde bulunabileceğine ilişkin ayrıntılı izahatta bulunmuştur⁶⁰⁸.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin bu kararı çerçevesinde, 19. maddede sayılan kimselerin;

- eserin izinsiz umuma arzı ve yayımlanması halinde tecavüzün ref'ini ve men'ini talep etme,
- ayrıca bu arz eser sahibinin şeref ve itibarını zedeliyorsa tazminat talep etme,
- eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyen ya da eserin hususiyetini bozan değişikliklerin yapılması halinde tecavüzün ref'ini, men'ini ve tazminat talep etme,

⁶⁰⁸ “ (...) 5846 sayılı FSEK'nın 19. maddesinin düzenleme biçimi gözönüne alındığında, anılan maddenin birinci fıkrasında; yukarıda sayılan kişilere "sırasıyla" FSEK'nın 14/1 ve 15/1. maddelerinde düzenlenen manevi hakların "kullanım tarzını tespit etme yetkisinin" verildiği, ikinci fıkrada ise, aynı Yasanın 14, 15 ve 16. maddelerinin üçüncü fıkrasında sayılan manevi hakları 70 yıl için "kendi namlarına kullanma hakkının" verildiği anlaşılmaktadır. Böylece, 19. maddede ayrı ayrı hak ve yetkilerin niteliği, bu hakları kullanabilecek kimseler ve sınırları belirterek eser sahibinin ölümünden sonra da bu maddede sayılan manevi haklar koruma altına alınmıştır.

FSEK'nın 19/1 maddesinde sayılan kimseler, 14/1 ve 14/2.⁶⁰⁸ fıkrası kapsamındaki manevi hakların kullanım tarzını eser sahibinin ölümünden sonra onun arzusuna uygun olarak belirleyecek ve bu haklarını koruyacaklardır. Başka bir anlatımla, yasada adı geçenler murise ait, eserinin umuma arz edilip edilmemesi, yayımlanma zamanı ve tarzını tayin yetkisi ile eseri sahibinin adı veya müstear adı ile yahut adsız olarak umuma arz etme veya yayımlama yetkisinin kullanımını murisin arzusuna uygun bir biçimde yerine getireceklerdir. Ayrıca, murisin sayılan manevi haklarına bir tecavüz halinde de, adı geçen kişiler kendilerine tanınan bu yetkinin doğal bir sonucu olarak tecavüz edene karşı tecavüzün ref'i ve men'i davalarını açabileceklerdir.

FSEK'nın sözü edilen 14/1 ve 15/1. maddelerinin ihlali halinde 19/1. fıkrada adı geçenlerin -somut uyuşmazlıktaki mirasçılar da dahil- manevi tazminat isteyip isteyemeyecekleri hususunun açıklığa kavuşturulması için aynı maddenin ikinci fıkrasının da birlikte incelenmesi gereklidir.

FSEK'nın 19/2. fıkrasında adı geçenlerin sahip oldukları haklar ve bunların sınırları birinci fıkradan farklı bir biçimde düzenlenmiştir. İkinci fıkrada, 14, 15 ve 16. maddelerin üçüncü fıkralarında sayılan manevi haklar bakımından adı geçenlere, eser sahibinin ölümü ile birlikte halefiyet veya mirasçılık sıfatından aynı olarak 70 yıl süre ile kanundan doğan bağımsız bir hak tanınmıştır. Söz konusu hak ile, eser sahibinin ölümünden sonra şeref ve haysiyetini zedeleyecek nitelikteki manevi hak ihlallerinin ortaya çıkması veya eser sahipliğinin ihtilafı olması hallerinde, maddede adı geçenlere her türlü önleyici (tecavüzün ref'i ve men'i) ve tazminat davaları ve yine eser sahipliğinin tespiti davasını açmak imkanı verilmiştir.

FSEK'nın 19/1. maddesindeki hallerde ise adı geçenlere kendi namlarına kullanabilecekleri müstakil bir hak tanınmamıştır. Bu fıkrada sayılan haklar eser sahibinin 14/1 ve 15/1. fıkralardaki hakların kullanım tarzını belirleme yetkisi ile sınırlı olup, anılan hakların ihlali halinde maddede adı geçenlere tecavüzün giderilmesi ve önlenmesi için gerekli davaları açabilmek hakkını verdiği halde; FSEK'nın 70/1. maddesine dayalı tazminat isteme hakkı vermez (...)" (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 22.12.2005, E.2004/14950, K.2005/12769) Bkz. Kazancı İçtihat Bankası

- eserin kimin tarafından vücuda getirildiği ihtilafı ise, yahut her hangi bir kimse eserin sahibi olduğunu iddia etmekte ise, hakiki eser sahibinin tesbitini talep etme, hakları bulunmaktadır.

19. maddede sayılan kişilere, Yargıtay'ın mezkur kararında belirtilen hakların tanındığı kabul edilse dahi, ceza hukukunda şikayet hakkı sahibi olarak kabul edilip edilemeyecekleri müphemdir. Diğer yandan, bu kimselerin; eser sahibinin şeref ve itibarını zedelemeyen ve eserin hususiyetini bozmayan değişikliklerin yapılması (md.71/1-1), alenileşmemiş bir eserin muhtevası hakkında kamuya açıklamada bulunulması (md.71/1-4), bir eser, icra, fonogram veya yapımın, tanınmış bir başkasının adı kullanılarak çoğaltılması, dağıtılması, yayılması veya yayımlanması (71/1-6) hallerinde, hukuki veya cezai bir talepte bulunma hakları gerek 19. maddede gerekse mezkur kararda zikredilmemekte; başkasına ait esere, kendi eseri olarak ad koymak (md.71/1-2), bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunmak (md.71/1-3), bir eserle ilgili olarak yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak göstermek (md.71/1-5) fiilleri karşısında ise Yargıtay kararındaki 19. madde yorumu çerçevesinde sadece eser sahibinin tesbitine ilişkin talep hakkının varlığı kabul edilebilmektedir. Dolayısıyla, eser sahibinin ölümünden sonra manevi haklara tecavüz suçlarının yargıya kim tarafından taşınacağı sorunu çözümsüz kalmaktadır.

Esasen, manevi haklara tecavüz suçlarını oluşturan fiiller genel olarak, eser üzerindeki mali hakları da ihlal etmektedir ve mali hakların devri veya mirasla intikali mümkün olduğundan, işlenen suçların yargıya taşınması, eser sahibinin mirasçıları ya da mali hakları yasal zeminde iktisap eden diğer kimselerin şikayetiyle de mümkün olabilecektir. Ancak, hak sahiplerinin yazılı izni olmaksızın bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı değiştirmek (md.71/1-1) ; başkasına ait esere, kendi eseri olarak ad koymak (md.71/1-2) ; hak sahibi kişilerin izni olmaksızın, alenileşmemiş bir eserin muhtevası hakkında kamuya açıklamada bulunmak (md.71/1-4) ; bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunmak (md.71/1-3) ; bir eserle ilgili olarak yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak göstermek (md.71/1-5) fiilleri, eserden iktisadi olarak faydalanmadan yani mali hakları ihlal etmeden de işlenebilir. Bu suçların eser sahibinin ölümünden sonra işlenmesi halinde, FSEK hükümleri ve ceza hukukunun genel prensipleri çerçevesinde, bir mağdur ya da suçtan zarar gören kişi tayini sorunu, geçerliliğini koruyacaktır.

Bütün bu hususiyet bir yana, 19. maddede gösterilen kimselerin hangi hakları kullanabilecekleri ve kimlerin hangi şartlarda veya hangi sırayla sayılan yetkilere sahip olabileceği ayrı ayrı gösterilmiş olup, 19. maddede sayılan kişilerin; kanunun 14/2. ve 16/1. maddelerinde yer alan hakları kullanabileceklerine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bu halde, 19. maddede sayılan kimselerin suçtan zarar gören sıfatı taşıdıkları kabul edilecek olsa dahi, 14/2. maddedeki “bütünü veya esaslı bir kısmı alenileşmemiş olan, yahut ana hatları her hangi bir suretle henüz umuma tanıtılmayan bir eserin muhtevası hakkında ancak o eserin sahibi malumat verebilir” hükmünü ihlal eden, “hak sahibi kişilerin izni olmaksızın, alenileşmemiş bir eserin muhtevası hakkında kamuya açıklamada bulunmak” (md.71/1-4) suçu karşısında 19. maddede sayılan kimselerin de herhangi bir yetkisi bulunmadığı görülmektedir. Aynı şekilde, 16/1. maddedeki “eser sahibinin izni olmadıkça eserde veyahut eser sahibinin adında kısaltmalar, ekleme ve başka değiştirmeler yapılamaz” hükmünü ihlal edebilecek nitelikteki; hak sahiplerinin yazılı izni olmaksızın bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı değiştirmek (md.71/1-1), başkasına ait esere, kendi eseri olarak ad koymak (md.71/1-2) ; bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunmak (md.71/1-3) ; bir eserle ilgili olarak yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak göstermek (md.71/1-5) suçlarına karşı 19. maddede sayılan kimselerin yine herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır.

Netice itibariyle, herhangi bir koruma süresiyle sınırlanmayan ve ebediyen devam edeceği kabul edilen eser üzerindeki manevi hakların korunabilmesi amacıyla getirilen cezai düzenlemenin, eser sahibinin ölümünden sonra da uygulanabilir hale gelmesi için gerekli düzenlemeler yapılmadıkça, suçtan zarar gören tek mağdur eser sahibi olacak ve manevi haklara tecavüz suçları ancak eser sahibinin hayatı boyunca yargıya taşınacaktır.

Bu sorunun çözülmesi, FSEK’nda yapılacak değişiklikle mümkündür. Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen “kişinin hatırasına hakaret suçu” ile, ölmüş olan bir kimsenin hatırasına karşı işlenen hakaret suçunun cezalandırılacağı kabul edilmiş (TCK md.130/1) ve bu suç için ölenin ikinci dereceye kadar üstsoy ve altsoyu, eş veya kardeşlerine şikayet hakkı tanınmıştır (TCK md.131/2)⁶⁰⁹. Fikir ve sanat eseri

⁶⁰⁹ Ölenin Hatırasına Hakaret suçu esasen “şerefe karşı suçlar” arasında düzenlenmiştir ve ölenin manevi varlığına karşı yapılan hakaretin şerefi ihlal etmeye devam edeceği kabul edilmektedir (bkz.

sahibinin, koruma süresine tabi olmayan manevi hakları üzerindeki korumanın ölümünden sonra da hayatiyete geçirilebilmesi için, FSEK’nda da benzeri bir düzenlemeye yer verilmesi gerekmektedir.

Diğer yandan, maddenin 6. bendinde yer alan suçta mağdurun doğru tesbit edilmesi gerekmektedir. 71/1-6. maddede yer alan “bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı, tanınmış bir başkasının adını kullanarak çoğaltmak, dağıtmak, yaymak veya yayımlamak” fiillerinin, eser, icra, fonogram veya yapım üzerindeki manevi hakların sahibi ya da sahipleri tarafından işlenmesi halinde, adı kullanılan tanınmış kişiye ait bir eser bulunmadığından bu kişinin eser üzerindeki manevi haklarından bahsedilemeyecek, ancak M.K. kapsamında kişilik hakları arasındaki isim üzerindeki hakkının zarara uğraması söz konusu olabilecektir. Şayet bu fiiller, eser, icra, fonogram ya da yapım üzerinde manevi hakkı bulunan kişiler dışındaki üçüncü kişiler hatta bunlar üzerinde sadece mali haklara sahip olan kişilerce işlenecek olursa, adı kullanılan tanınmış kişinin değil, fakat eser, icra, fonogram veya yapım üzerinde manevi hakka sahip olan kişilerin manevi hakları ihlal edilmiş olacak ve fiil suç teşkil edecektir.

Eser üzerindeki manevi haklar devredilemezler, ancak bu hakların kullanması yetkisi üçüncü kişilere tanınabilir. Nitekim devredilen bir mali hakkın devralan tarafından kullanılması, zorunlu olarak bir manevi hakkın da kullanılmasını gerekli kılıyorsa, bu manevi hakkın kullanılması konusunda şekle bağlı olmadan kendiliğinden bir yetkilendirme olduğu kabul edilmektedir⁶¹⁰. Ancak, bu hakkın özü eser sahibinde olduğundan, mali hakkı devralmış olan kişinin, sırf manevi hakka tecavüz dolayısıyla şikayette bulunma ve ceza davasının tarafı olma hakkı bulunmamaktadır.

b- Mali Haklara Tecavüz Suçlarında Mağdur

Bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın işlemek, temsil etmek, çoğaltmak, dağıtmak, her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletmek, yayımlamak; hukuka aykırı olarak

Mehmet Emin ARTUK-Ahmet GÖKCEN-Caner YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara-2008, s.477) Söz konusu suçun, içerik itibarıyla eser üzerindeki manevi haklarla bağdaştırılması söz konusu değildir. Ancak, söz konusu düzenlemeye benzer nitelikte bir hükmün FSEK’na eklenmesi kanaatimizce elzemdir.

⁶¹⁰ TEKİNALP, 153-154

işlenen veya çoğaltılan eserleri satışa arz etmek, satmak, kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yaymak, ticarî amaçla satın almak, ithal veya ihraç etmek, kişisel kullanım amacı dışında elinde bulundurmak ya da depolamak (md.71/1-1) fiilleri; eser, icra, fonogram veya yapım üzerindeki hak sahiplerinin mali haklarına tecavüz niteliğindedir.

Eser sahibinin mali hakları, FSEK'nun 21. ila 25. maddelerinde sayılmış olup, bu maddelerin her birinde, tanınan mali hakkın münhasıran eser sahibine ait olduğu açıklanmıştır. Bu haklara tecavüz teşkil eden suçların mağduru, eser sahibidir.

Eser sahibi veya mirasçıları kendilerine kanunen tanınan mali hakları süre, yer ve muhteva itibariyle mahdut veya gayrimahdut, karşılıklı veya karşılıksız olarak başkalarına devredebilirler (FSEK md. 48/1). Mali hakları sadece kullanma salahiyeti de diğer bir kimseye bırakılabilir (FSEK md. 48/2). Eser üzerindeki mali haklar başkalarına devredilmiş ya da bu haklar üzerinde başkalarına ruhsat tanınmışsa, devir veya ruhsat alan kişi de mali haklara yönelecek tecavüzlerden menfaat kaybına uğrayacağından, suçtan zarar gören sıfatına sahip olacaktır. Yargıtay, pek çok kararında eser üzerindeki mali hakları devralan gerçek veya tüzel kişilerin ya da meslek kuruluşlarının suçtan zarar gören sıfatıyla ceza davasının tarafı olabileceklerini kabul etmiştir⁶¹¹. Doktrinde de, “yayımlayıcı yazara karşı sadece bir takım şahsi haklar iktisap etmekle kalmaz. Sınırlı aynı sonuçlar taşıyan ve bunu ihlal eden üçüncü şahıslara karşı ileri sürülebilen bazı haklar da iktisap etmiş olur. Yayımlayıcı, yazarın yapmakla mükellef bulunduğu fiillerin üçüncü şahıslarca yapılmasını men etme hakkını haiz olup, bu hususta bizzat müellifin malik bulunduğu hukuki vasıtalara sahiptir”⁶¹² ifadesiyle aynı hususa işaret edilmiştir.

⁶¹¹ “ (...) 5846 sayılı yasanın 75.maddesinde "bu kanunun 71, 72 ve 73.maddelerinde sayılan suçlardan dolayı kovuşturma şikayete bağlıdır" hükmü bulunduğu gözetilerek müşteki şirketlerin sanığın matbaasında ele geçen kitapların yayıncısı olduklarını iddia etmeleri karşısında yayınevi şirketleri ile kitapların yazarları arasında basım ile ilgili anlaşma olup olmadığı var ise kaç baskı ve ne miktarda anlaşıldığı, eser sahiplerinin eserler üzerindeki haklarını yayınevlerine devredip devretmedikleri, eserler üzerindeki koruma sürelerinin dolup dolmadığı araştırılarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi (...) yasaya aykırı, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün, isteme uygun olarak bozulmasına (...)” (Yargıtay 7. Ceza Dairesi, T. 17.5.2002, E. 2002/7481, K. 2002/7243) bkz. Kazancı İçtihat Bankası

⁶¹² Senai OLGAÇ, Fikir Hakları ve Yayın Sözleşmeleri, Olgaç Matbaası, Ankara-1979, s.30 ; Mali hakları devralan kimsenin dava açabileceğine dair ayrıca bkz. Mustafa TÜYSÜZ, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler, Yetkin Yayınları, Ankara-2007, s.94-95

Lisans (FSEK md. 48/2 kapsamında ruhsat) alan kimsenin ise yalnız kullanma yetkisi bulunduğundan, sadece eser sahibine başvurabileceği⁶¹³ görüşü karşısında, bizzat dava açabileceğine⁶¹⁴ ya da sadece inhisari lisans sahibinin dava açabileceğine⁶¹⁵ dair görüşler de mevcuttur. Yargıtay da, tam (inhisari) ruhsat sahibinin, ceza davasının tarafı olabileceğini kabul etmektedir⁶¹⁶.

FSEK 63. maddesi uyarınca “Bu Kanunun tanıdığı mali haklar miras yolu ile intikal eder. Mali haklar üzerinde ölüme bağlı tasarruflar yapılması caizdir”. Eser üzerindeki mali haklar mirasla intikal edebileceklerinden, eser sahibinin ölümünden sonra mirasçıları da mali hakların tecavüze uğraması sebebiyle suçtan zarar gören sıfatına sahip olacaklardır.

Birinci Bölüm’de “Eser Sahibi” bahsinde incelendiği üzere, FSEK’nun 18/2. maddesi hükmü çerçevesinde, memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki mali hakları kullanma yetkisi kural olarak çalıştıran veya tayin edenlere tanınmıştır. Bunun gibi, FSEK’nun iştirak halinde mülkiyete konu eserlere ilişkin 10. maddesinin 4. fıkrasında bu tür eserler üzerindeki mali hakların kural olarak eser sahiplerini bir araya getiren gerçek veya tüzel kişi tarafından kullanılacağı hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu maddelerde, eser üzerindeki mali haklarını kullanma yetkisi tanınan kimselerin de, mali hakları ihlal eden suçlardan zarar gören sıfatına sahip oldukları kabul edilmektedir⁶¹⁷.

c- Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçlarında Mağdur

Bağlantılı hak sahipleri, ancak kanunun 80. maddesi ile kendilerine tanınan hakları ihlal eden suçlar sebebiyle mağdur veya suçtan zarar gören sıfatına sahip olacaklardır. 71. maddede sayılan fiiller, 80. madde ile bağlantılı hak sahiplerine tanınan hakları zedeleyebilecekleri nispette bağlantılı hak sahipleri aleyhine suç teşkil eder. Zira bir fiilin, bağlantılı hakka konu icra, fonogram veya yapımın içerdiği “eser”

⁶¹³ AYİTER, s.254 ; BELGESAY, s.103

⁶¹⁴ ARSLANLI, s.209 ; EREL, s.250

⁶¹⁵ BELGESAY, s.103-104 ; TÜYSÜZ, s.117

⁶¹⁶ “... Müyap Anonim Şirketinin, komşu hak sahibi yapımcı firmaların mali hakları olan radyo ile yayın hakkını, devir, tam ruhsat verme ve devir taahhüdü sözleşmesiyle devraldığı anlaşılmalı, davanın esası hakkında bir karar vermek yerine, eser sahibi ile şahsi davacı arasında ayrıca imzalanmış bir belgenin bulunmadığından bahisle, davanın reddine karar verilemeyeceği ...” Yarg. 7. C.D. 2003/21083 E., 2005/4692 K., 18.05.2005 T. (Kazancı İçtihat Bankası)

⁶¹⁷ YAZICIOĞLU, s.314-315

üzerindeki hakka tecavüz teşkil etmekle beraber, bağlantılı hak sahibine tanınan hakka tecavüz niteliği taşımaması mümkündür.

Bağlantılı haklar ve bağlantılı hak sahipleri bahsinde incelediğimiz üzere, kanun, bağlantılı hakları “Komşu Haklar” ve “Film Yapımcısının Hakları” olarak ikiye ayırmış, komşu haklar kapsamında “İcracı Sanatçıların”, “Fonogram Yapımcılarının” ve “Radyo Televizyon Kuruluşlarının” haklarını saymıştır. Bu çerçevede, kanunda sayılmış olan dört tür bağlantılı hak mevcuttur ve bu hakların hepsi sahiplerine mali yetkiler tanırken, icracı sanatçılara mali haklar yanında manevi hak ve yetkiler de tanınmaktadır.

İcracı sanatçının icrası üzerindeki hakkı, mali ve manevi hakların bir bütün oluşturduğu mutlak bir haktır⁶¹⁸. FSEK 80/1-A.1. maddesi, icracı sanatçının manevi haklarını, eser üzerindeki manevi haklar gibi, icra üzerindeki mali haklardan bağımsız olarak korumuştur. Buna göre icracı sanatçılar; mali haklardan bağımsız olarak ve bu hakları devretmelerinden sonra dahi, tespit edilmiş icraları ile ilgili olarak uygulama şartlarının gerektirdiği durumlar hariç, icralarının sahibi olarak tanıtılmalarını ve icralarının kendi itibarlarını zedeleyebilecek şekilde tahrif edilmesi ve bozulmasının önlenmesini talep etme hakkına sahiptirler. Ayrıca, 80/1-A maddesinde, icracı sanatçıların mali hakları da sayılmış olup, bunlara da “İcracı Sanatçılar” bahsinde değinilmiştir. Fonogram yapımcısına sağlanan korumanın hukuki dayanağı ise, haksız rekabettir⁶¹⁹ ve FSEK 80/1-B maddesinde yapımcının mali hakları sayılmış olup, fonogram yapımcısının manevi hakkı bulunmamaktadır. Aynı şekilde, kanunun 80/1-C maddesinde, radyo televizyon kuruluşlarına, yayınladıkları programlar üzerinde tanınan mali haklar sayılmıştır ve bu kuruluşların da manevi bir hakkı bulunmamaktadır. Film yapımcısının da, -eser üzerindeki hakları devralmadığı müddetçe- sinema eseri üzerinde herhangi bir mali veya manevi hakkı bulunmamakta olup, sahip olduğu hak film şeridindeki tesbit üzerindeki mutlak bir kullanma hakkıdır⁶²⁰.

FSEK 71. maddesindeki mali ve manevi haklara tecavüz teşkil eden fiillerin, icracı sanatçılara icra üzerinde tanınan mali ve manevi hakları karşıladıkları nispette

⁶¹⁸ TEKİNALP, s.259

⁶¹⁹ EREL, 218-219

⁶²⁰ TEKİNALP, s.267-268

icracı sanatçılar; kendilerine kanunen tanınan mali hakları karşıladıkları nispette de diğer bağlantılı hak sahipleri, bu suçların mağduru olacaklardır.

iv- KONU

FSEK 71. maddede sayılan ve suç teşkil eden fiillerin konusu, FSEK kapsamında “eser” niteliğine sahip yapıtlar ya da bağlantılı hakka konu ürünler olmalıdır. Aksi takdirde FSEK kapsamında korunan bir hakkın ihlalden bahsedilemeyecek ve suç oluşmayacaktır⁶²¹. 71. maddede düzenlenen fiillerin, bir eserin bütünü hakkında veya parçaları hakkında işlenmesi arasında fark yoktur. İster eserin bütünü, ister parçaları suç teşkil eden fiillere konu edilmiş olsun, fiilin kapsadığı suç meydana gelecektir. Nitekim eser sahibine tanınan hak ve yetkiler eserin bütününe ve parçalarına şamildir (FSEK md.13/2).

**v- DAHA AĞIR CEZAYI GEREKTİREN NİTELİKLİ
UNSURLAR**

FSEK 71/1. maddenin 2. bendinde düzenlenen “Başkasına ait esere, kendi eseri olarak ad koymak” suçunun dağıtmak veya yayımlamak suretiyle işlenmesi hâlinde, aslen “altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası” olarak öngörülen müeyyidesinde hapis cezasının üst sınırının beş yıl olacağı ve adlî para cezasına hükmolunmayacağı hükme bağlanmıştır. Bunun dışında, kanunda, 71. maddede yer alan suçlar için daha ağır cezayı gerektiren nitelikli bir unsura yer verilmemiştir.

FSEK 81/13. maddesi “Bandrol yükümlülüğüne aykırılığın aynı eserle ilgili olarak 71 inci maddenin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde tanımlanan suçla birlikte işlenmesi hâlinde, fail hakkında sadece 71 inci maddeye göre cezaya hükmolunur. Ancak, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır” hükmünü taşımaktadır.

⁶²¹ “... 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Yasasının 1. Maddesinde ‘bu yasaya göre koruma altına alınan eseri’ sahibinin hususiyetini taşıyan ... ilim ve edebiyat, musiki ve güzel sanatlar veya sinema eserleri sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri biçiminde tanımlanmıştır. Davaya konu, sanık tarafından fotokopi yoluyla izinsiz olarak çoğaltılıp satılan Yeni Puanlı Koşu Bülteninin yukarıda yapılan tarif kapsamında bulunmadığı gözetilerek ... anılan yasa kapsamına girmediği ... dikkate alınmadan yazılı şekilde hüküm tesisi...” Yarg.7.C.D. 15.11.2000/10175-15725 (ALBAYRAK, Fikir ve Sanat Eserleri, s.119-120)

Ancak bu hüküm esasen özel bir içtima kuralı içerdiğinden, içtima bahsinde incelenmiştir.

2- MANEVİ UNSUR

Failin, ceza normunda yasaklanan fiili gerçekleştirmesinden sorumlu tutulabilmesi için, haksızlık teşkil eden bu fiil ile fail arasında manevi bir bağın olması gerekir. Suçun, manevi unsurlar açısından işleniş şekilleri, kast ve taksirdir. Türk Ceza Kanunu, bir suçun gerçekleşmesi bakımından esas manevi unsuru “kast” olarak belirlemiştir⁶²². Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır (TCK md.22/1). Bu çerçevede; suçlar kural olarak kasten işlenebilirler, ancak istisnaen kanunda bir suçun taksirli şekline yer verilmişse, o suç taksirle de işlenebilir⁶²³.

Kast, suçun kanuni tanımındaki (maddi) unsurların⁶²⁴ bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir (TCK md. 21/1). Kastı “bilme” (düşünme, öngörme, bilinç) ve “isteme” (irade) unsurları⁶²⁵ oluşturur. Failin kasten hareket etmiş sayılması; suçun maddi unsurlarını, suçun niteliğine ilişkin fiilin kurucu unsurlarını bilmesine ve ayrıca neticeyi istemesine veya istediği neticeye zorunlu olarak bağlı bulunan neticeleri öngörmesine bağlıdır⁶²⁶.

⁶²² ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.313 v.d. ; ayrıca manevi unsur kapsamında “Kast-Taksir Kombinasyonu: Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç” kavramı için bkz. ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.388 v.d.

⁶²³ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 344

⁶²⁴ TCK md.21/1'deki ifade “Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.” şeklinde olup, ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, maddede geçen “unsurlar”ın maddi unsurlar olduğuna işaret etmektedir. (bkz. ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.320)

⁶²⁵ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.320 v.d. ; DÖNMEZER-ERMAN, C.II, s.216 v.d. ; EREM – DANIŞMAN – ARTUK, s.445 ; ÖNDER, s.293 ; İÇEL-EVİK, s.187 v.d.

⁶²⁶ DÖNMEZER-ERMAN, C.II, s.216 v.d. ; İÇEL-EVİK, s.187 v.d. ; ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 320 v.d. ; Doğan SOYASLAN, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Yetkin Basım, Ankara-2005, s.414 ; Doktrinde, suçun kanuni tarifinde yer alan bütün maddi unsurların kast kapsamına dahil olduğu ve kastın varlığından bahsedebilmek için suçun haksızlık muhtevasını belirleyen unsurların fail tarafından bilinmesi gerektiğini ifade eden müellifler (bkz. ÖZGENÇ, s.227 v.d. ; ÖNDER, s.293 v.d.) yanında, hukuka özel aykırılık halleri dışında hukuka aykırılık suçunun kastın bilme unsuru kapsamında aranmaması gerektiğini ifade eden müellifler de vardır (bkz. ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.322)

FSEK'nun 71. maddesinde düzenlenen suçlar için, kast dışında bir manevi unsura⁶²⁷ yer verilmediğinden, bu suçların manevi unsuru genel kasttır⁶²⁸. Ancak maddenin 1. fıkrasının 1. bendinde yer verilen “hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri ticarî amaçla satın almak” suçunun oluşması, buradaki satın alma fiilinin ticari amaca dayanmasına bağlıdır ve satın almanın amacı ticari değilse, bu suç oluşmayacaktır⁶²⁹.

Bunun yanında, 71/1. maddenin 1. bendinde yer alan “hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri satışı arz etme, satma, kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yayma, ticarî amaçla satın alma, ithal veya ihraç etme, kişisel kullanım amacı dışında elinde bulundurma ya da depolama” fiillerinin suç teşkil etmesi için failde bulunacak kastın “bilme” unsuru üzerinde durmak gerekir. Söz konusu fiillerin suç teşkil etmesi, failin; satarak ya da sair surette yaydığı, ticaret konusu yaptığı veya depoladığı nüshaların “hukuka aykırı surette işlenmiş veya çoğaltılmış nüshalar” olduğunu bilmesine bağlıdır. Fail, söz konusu fiillere konu ettiği nüshaların hukuka uygun surette çoğaltılmış nüshalar olduğu zannıyla hareket ediyorsa, suç işleme kastı bulunmadığı için suç oluşmaz. Günümüzde ileri baskı yöntemleri ile “korsan” tabir edilen izinsiz çoğaltılmış eser nüshalarının, zaman zaman gerçeğinden ayırt edilemeyecek derece muntazam nüshalar olduğu vakidir. Ancak elbette, bu nüshaların orijinal nüshadan ayırt edilemeyecek derecede iyi çoğaltılmış olması, bu nüshaları satan, ticaret konusu yapan ya da depolayan herkese, manevi unsurun bulunmadığı savıyla cezadan kurtulma imkanı sağlamamalıdır. Bu noktada, failin suç işleme kastı ile hareket edip

⁶²⁷ Ceza hukukunda manevi unsurlar hususunda bkz. ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.313 v.d. ; DÖNMEZER-ERMAN, C.II, s.209 v.d.

⁶²⁸ “Kural olarak bütün suçlarda bulunması gerekli olan kast genel kast olarak isimlendirilmekte ve suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların öngörülmesi ve iradenin bunlara yönelmesi, diğer bir anlatımla maddi unsurların bilerek ve istenerek icra edilmesi şeklinde tanımlanmaktadır” bkz. ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.336 ; 5728 s. Kanun değişikliğinden önce FSEK'nun manevi ve mali haklara tecavüz suçlarını içeren 71., 72. ve 73. maddelerinde suç teşkil eden fiillerin başında “kasten” ibaresi yer almaktayken, söz konusu değişiklikten sonra, aslen lüzumlu olmayan bu ibareye yeni 71. maddede yer verilmemiştir.

⁶²⁹ Suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların fail tarafından bilinmesi ve istenmesi suçun oluşması için yeterli görülmeyip faildeki saikin, suçun manevi unsurunun gerçekleşmesi bakımından aranan bir unsur haline geldiği suçlarda, aranan saik ve amaç yoksa, unsurları tamamlanmamış olan suç oluşmayacaktır. (bkz. ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.336) ; doktrininde “özel kast” olarak tanımlanan “saik” hususu ile genel kast ayrımı için ayrıca bkz. DÖNMEZER-ERMAN, C.II, s.231 ; EREM-DANIŞMAN-ARTUK, s.448 ; İÇEL-EVİK, s.191-192

etmediği; failin sosyal ve mesleki konumunun⁶³⁰, bu nüshaları ne surette tedarik ettiğinin⁶³¹, eser sahibinin yetkilendirdiği gerçek veya tüzel kişi dağıtım kanallarından veya bunlarla bağlantılı olduğu bilinen kanallardan sağlayıp sağlamadığının tesbiti ile anlaşılabilir.

Doktrinde, mali haklara yönelen tecavüzlerin failinde bir “faydalanma” kastının bulunması gerektiği, faydalanma kastı yoksa mali haklara tecavüz suçlarının oluşmayacağı ileri sürülmüştür⁶³². Ancak kanaatimizce, bu suçların oluşması için failde faydalanmaya yönelik bir amacın bulunması şart değildir. Nitekim saik, suçun temel şeklinde yahut nitelikli halinde aranmadığı takdirde, suçun unsurları yönünden önem arz etmez⁶³³ ve FSEK’nda mali haklara tecavüz suçlarının oluşması için faydalanma kastı aranmamaktadır. Kaldı ki failin, sırf zarar verme amacıyla hareket etmesi dahi mümkündür. Ayrıca, bu suçlarda korunan hukuki yarar, hak sahibinin malvarlığı değerlerinin zarara uğramamasına ilişkindir. Söz konusu suçların işlenmesiyle; fail fayda sağlasa da sağlamasa da, eser üzerindeki hakkın sahibi zarara uğrayacaktır ve korunan hukuki menfaat, kasten zedelenmiş olacaktır.

⁶³⁰ Sanıkta ele geçen kitaplar ile orijinal kitaplar üzerinde karşılaştırmalı inceleme yaptırılarak suç konu kitapların orijinal olup olmadıkları eğer orijinal değilse sanığın mesleği icabı bu sahteliği bilip bilemeyeceğine dair bilirkişi raporu aldırıldıktan sonra sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak hüküm tesisi ... yasaya aykırı ...” Yarg. 7. C.D. T.19.03.2002, E.2002/3759, K.2002/3416 (Kazancı İçtihat Bankası) ; “... oluşa göre suç konusu video bantlar üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak, izinsiz çoğaltılmış bantlar olduğunun tesbit edilmesi halinde, bu işle iştilgal eden sanığın yaptığı iş icabı bunu bileceği de dikkate alınarak buna göre sanığın hukuki durumunun tayini ile bir karar verilmesi gerekirken eksik soruşturmayla yazılı şekilde karar verilmesi yasaya aykırıdır” Yarg. 7.C.D., T.28.01.1987, E.1986/5175, K.1987/650 (SULUK-ORHAN, s.1037-1038)

⁶³¹ “..sanık kitapları faturalı aldığını savunup faturalar ibraz ettiğine göre, sanığın kitapları satın aldığı kitapevinin faturayı düzenleyen yetkilisi dinlenilip faturaların muhasebe kayıtlarında mevcut olup olmadığı (gerekirse dip koçanları da incelenerek) suça konu kitapların faturaya konu kitaplar olup olmadığı, ... suça konu kitapların orijinal olup olmadığı, eğer orijinal değilse sanığın mesleği icabı bu sahteliği bilip bilemeyeceğine dair 3 kişilik uzman bilirkişi raporu aldırıldıktan sonra sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekir...” Yarg.7.C.D., T.18.06.1999, E.1999/2825, K.1999/8330 (SULUK-ORHAN, s.1049)

⁶³² YAZICIOĞLU, s.353

⁶³³ ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.336

3- HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

i- GENEL AÇIKLAMA

Hukuka aykırılık, işlenen ve kanundaki tarife uygun bulunan⁶³⁴ fiile hukuk düzenince cezası verilmemesi, bu fiilin yalnız ceza hukuku ile değil bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde olmasıdır⁶³⁵. Bir fiilin hukuka aykırı olup olmadığının tesbitinde, kanunun esas amacına bakmak gerekir; hareket, kanunun fiili suç olarak belirleme ve müeyyidelendirme amacına giriyorsa hukuka aykırılık vardır, fakat kanunun söz konusu hareketi yasaklayıp cezalandırma amacı güdemeyeceği anlaşılıyorsa, hukuka aykırılıktan bahsedilemez⁶³⁶. Hukuka aykırılık, esasen failin ve fiilin dışında bir suç unsuru olmaktan ziyade, objektif bir ölçü, bir değer hükmüdür⁶³⁷.

Hukuka uygunluk sebepleri ise, hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran ve cezalandırma amacının dışına çıkaran sebeplerdir. Hukuka uygunluk sebepleri, hukuka aykırı doğmuş bir fiili sonradan etkileyerek hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebepler değildir. Bu sebeplerin varlığı halinde, fiil doğrudan hukuka uygun biçimde doğmaktadır⁶³⁸.

Mevcut hukuka uygunluk sebepleri, genel hükümler çerçevesinde düzenlenmekle fikir ve sanat eserlerini koruyan cezai normlar için de hüküm ifade edeceklerdir. Ancak bu sebeplerden bazıları, FSEK’nda suç olarak tanımlanan fiillerin kapsadığı somut olaylar açısından uygulanabilir olmadıklarından, somut durum itibarıyla uygulamaya konu olmayacaklardır. Nitekim meşru müdafaa veya ıztırrar hali gibi hukuka uygunluk sebeplerinin, FSEK kapsamındaki suçlar için

⁶³⁴ Hukuka aykırılığın kabulü için fiilin belirli bir hukuk normu ile çatışmasının mı yeterli olacağı yoksa ceza hukukunun koruduğu hak ve yararları ihlal etmesinin mi gerektiği hususundaki tartışmalar ve “Biçimsel Hukuka Aykırılık” ile “Maddi Hukuka Aykırılık” görüşleri için bkz. DÖNMEZER-ERMAN, C.II, s.11 v.d. ; Nurullah KUNTER, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul-1949, s.108 v.d.

⁶³⁵ ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.396 ; KUNTER, Kanuni Unsurlar, s.112-113 ; DÖNMEZER-ERMAN, C.II, s.1-2

⁶³⁶ DÖNMEZER-ERMAN, C.II, s.17 ; benzer görüş için bkz. KUNTER, Kanuni Unsurlar, s.113

⁶³⁷ EREM-DANIŞMAN-ARTUK, s.67

⁶³⁸ KUNTER, Kanuni Unsurlar, s.167-168 ; DÖNMEZER-ERMAN, C.II, s.18

herhangi bir rol oynamayacakları, bu suçlar için özellik taşıyan hukuka uygunluk nedeninin “mağdurun rızası” olduğu kabul edilmektedir⁶³⁹.

FSEK’nun 71/1. maddesinin 1. bendinde sayılan fiillerin “hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın” işlenmesi halinde, 4. bendinde yer alan fiilin ise “hak sahibi kişilerin izni olmaksızın” işlenmesi halinde cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Doktrinde hak sahibi kişilerin verdikleri iznin, söz konusu fiiller için hukuka uygunluk sebebi oldukları ve bu izin şartının, arandığı fiilleri hukuka aykırı olmaktan çıkaracağı kabul edilmektedir⁶⁴⁰.

Ancak Önder’in ifade ettiği üzere; failin hareketinin suç tipini ihlal edebilmesi için, hak sahibi olan kişinin “rızası hilafına” veya benzer bir şekilde işlenmesi gerektiği belirtilmiş ise, burada hak sahibi tarafından verilen rıza, hukuka uygunluk sebebi ile ilgili değildir. Bu durumda rızanın mevcut olması, hukuka uygunluğu değil, tipiklik ve tipe uygun hareketi ilgilendirir. Rızanın, suç tiplerinde tanıma dahil edilmiş olması halinde rızasını açıklayan ile buna uygun hareket eden kişi arasındaki ilişki, ceza hukuku dışında normal ilişkidir. Mesela hırsızlık suçunda mal sahibinin rızası veya konut dokunulmazlığında hak sahibinin rızası varsa esasen tipiklik yoktur⁶⁴¹. FSEK’nun 71. maddesinde düzenlenen suçlardan 1. fıkranın 1. bendinde⁶⁴² ve 4. bendinde⁶⁴³ yer alan fiillerin “hak sahibinin rızası bulunmaksızın” ika edilmiş olması şartı, suç tipinde gösterilmektedir. Dolayısıyla, söz konusu suçlar

⁶³⁹ SINAR, Telif Haklarının Korunması, s.387 ; “Mağdurun Rızası” müessesesi, 26.9.2004 tarihinde kabul edilerek 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 s. Yeni Türk Ceza Kanununda *Hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası* başlığını taşıyan 26. maddenin “(1) Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez. (2) Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.” hükmü ile kanunda sayılan hukuka uygunluk sebepleri arasında yerini almıştır. Ancak 5237 s. Yeni Türk Ceza Kanunundan önce de, mağdurun rızasının, suç teşkil eden pek çok fiili hukuka uygun hale getiren bir sebep olduğu kabul edilmektedir (bkz. DÖNMEZER-ERMAN, C.II, s.62 v.d.) ; Mağdurun rızasının, malvarlığına ve şerefe karşı işlenen suçlarda fiili hukuka uygun hale getireceği hususunda bkz. DEMİRBAŞ, s.303

⁶⁴⁰ HAFIZOĞULLARI, s.5 v.d. ; SINAR, Telif Haklarının Korunması, s.380-382 ; YAZICIOĞLU, s.210-355

⁶⁴¹ ÖNDER, s.257 ; aynı yönde HAKERİ, Ceza Hukuku, s.254

⁶⁴² FSEK Madde 71/1-1 : “Bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapıyı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın işleyen, temsil eden, çoğaltan, değiştiren, dağıtan, her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma ileten, yayımlayan ya da hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri satışa arz eden, satan, kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yayan, ticarî amaçla satın alan, ithal veya ihraç eden, kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran ya da depolayan kişi hakkında bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.”

⁶⁴³ FSEK Madde 71/1-4 : “Hak sahibi kişilerin izni olmaksızın, alenileşmemiş bir eserin muhtevası hakkında kamuya açıklamada bulunan kişi, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

için hak sahibinin rızası, suç tipini hukuka uygun hale getiren bir rıza olmaktan ziyade, suç tipinin oluşumuna engel olan bir rızadır.

Bununa beraber, biz, genel eğilime uygun olarak “hak sahibinin izni” müessesesini, 71. maddedeki suçlar açısından “hukuka aykırılık” bahsi çerçevesinde inceleyeceğiz. “Hak sahibinin rızası” ister hukuka uygunluk sebebi, ister fiilin tipikliğini önleyen bir sebep olarak kabul edilsin, FSEK 71. maddede yer alan suçları oluşturan fiillerin hukuka aykırı doğmasını engelleyecektir.

FSEK 71/1. maddenin 1. ve 4. bentlerinde yer verilen izin şartı yanında, 71. maddedeki suçların bazıları için fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran sebepler de mevcuttur ve bunlar bu bölümün “eserin alenileşmesi” ve “hukuka aykırılığı kaldıran diğer sebepler” alt başlıkları ile incelenecektir.

ii- HAK SAHİBİNİN İZİNİ

FSEK’nun 71/1. maddesinin 1. bendinde sayılan fiillerin “hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın” işlenmesi halinde, 4. bendinde yer alan fiilin ise “hak sahibi kişilerin izni olmaksızın” işlenmesi halinde cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Doktrinde hak sahibi kişilerin verdikleri iznin, söz konusu fiiller için hukuka uygunluk sebebi olduğu ve izin şartının arandığı fiilleri hukuka aykırı olmaktan çıkaracakları kabul edilmektedir⁶⁴⁴. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere, hak sahibinin izni, bu iki bentte sayılan suçlar açısından suç tipini hukuka uygun kılan bir sebep olmaktan ziyade, suç tipinin oluşumuna engel olan bir sebeptir.

FSEK 71/1. maddenin 1. bendinde, iki grup fiile yer verilmiştir. İlk olarak bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı “hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın” işlemek, temsil etmek, çoğaltmak, değiştirmek, dağıtmak, her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletmek, yayımlamak, fiilleri suç olarak sıralanmış; daha sonra ikinci bir grup teşkil eden, “hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri” satışı arz etmek, satmak, kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yaymak, ticarî amaçla satın almak, ithal veya ihraç etmek, kişisel kullanım amacı dışında elinde bulundurmak ya da depolamak, fiillerine yer verilmiş ve her iki grup için aynı müeyyide öngörülmüştür.

⁶⁴⁴ HAFIZOĞULLARI, s.5 v.d. ; SINAR, Telif Haklarının Korunması, s.380-382 ; YAZICIOĞLU, s.210-355

“Hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın” ibaresi bendin başlangıcında yer almakta olup, bu şartın sadece birinci grupta yer alan fiiller açısından mı, yoksa maddede yer alan her iki gruptaki fiil için mi aranacağı müphemdir. Doktrinde, hak sahibinin yazılı izninin, her iki gruptaki fiiller için de hukuka uygunluk sebebi oluşturacağı ifade edilmektedir⁶⁴⁵. Ancak dikkat edilirse, ikinci grupta yer alan fiiller, ilk grupta yer alan fiillerin işlenmesi neticesi ortaya çıkan eser nüshalarını konu almaktadır. Öncelikle ilk grupta sayılan hukuka aykırı işleme ve çoğaltma gerçekleşmelidir ki, hukuka aykırı olarak elde edilen bu nüshalar ikinci grupta sayılan fiillere konu edilebilsin. Dolayısıyla, hak sahibinin yazılı izninin bulunmadığı hukuka aykırı fiillerle elde edilmiş nüshalar üzerinde işlenebileceğinden, bu ikinci gruptaki fiiller için hak sahibinin yazılı izni bulunması müşküldür. Bu çerçevede, hak sahibinin yazılı izni, sadece maddenin ilk grubunda sayılan fiilleri hukuka uygun hale getirecektir. Kaldı ki, doktrinde de hak sahibinin izni, hukuka uygunluk sebeplerinden “mağdurun rızası” müessesesi kapsamında mütalaa edilmektedir ki, “mağdurun rızası”nın geçerli bir hukuka uygunluk sebebi oluşturması ancak suç işlenmeden önce veya en geç suçun işlenmesi anında rızanın var olmasına bağlıdır⁶⁴⁶. Söz konusu rızanın, hukuka uygunluk sebebi değil de suç tipinin doğuşunu engelleyen bir sebep olarak kabul edilmesi halinde de, elbette iznin fiilden önce bulunması zorunludur.

Hak sahibi, izinsiz çoğaltma veya işleme suçunun işlenmesinden sonra hukuka aykırı surette işlenip çoğaltılan eser nüshalarından haberdar olduğu halde, durumu şikayete konu etmeyebilir. Ancak bu halde hak sahibinin rızası, hukuka aykırı işleme ve çoğaltma fiillerini hukuka uygun hale getiren bir izin değil, şikayet hakkından feragat⁶⁴⁷ niteliği taşıyacaktır. Söz konusu nüshalar, hukuka aykırı çoğaltılmış nüsha vasfını koruyacaktır.

⁶⁴⁵ YAZICIOĞLU, s.354-355

⁶⁴⁶ DÖNMEZER-ERMAN, C.II, s.71 v.d. ; İlgilinin rızasının fiili hukuka uygun hale getirmesi için taşınması gereken şartlar konusunda bkz. ARTUK-GÖKCEN- YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.461 v.d. ; ÖZGENÇ, s.326 v.d. ; DEMİRBAŞ, s.299 v.d. ; İÇEL-EVİK, s.154 v.d. ; DÖNMEZER-ERMAN, C.II, s.68 v.d.

⁶⁴⁷ “Şikayet hakkından feragat, şikayet hakkına sahip olan kişinin şikayet süresi içerisinde bu hakkını kullanmayacağını açıklamasıdır. Henüz şikayet yapılmadan, şikayet hakkının kullanılmayacağına dair yapılan tek taraflı bir irade açıklaması olduğundan, bunun fail tarafından kabul edilmiş olmasına gerek yoktur. Şikayet hakkından feragat, yazılı veya zımni olabilir.” (DEMİRBAŞ, s.205) ; aynı yönde : ÖNDER, s.653-654

“Hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan” nüshaların, sayılan fiillerle piyasaya arzı hususunda eser sahibinden yazılı izin alınılabileceği düşünülebilir. Son derece istisnai olabilecek bu ihtimalde ise; eser sahibinin, bir şekilde karşı tarafla anlaşarak rızası hilafına çoğaltılmış nüshaların piyasaya arzı hususunda verdiği yazılı izin, kanaatimizce –sadece- ikinci gruptaki fiilleri hukuka uygun hale getirebilir. Ancak bunun için, verilen iznin, izinsiz çoğaltılmış veya işlenmiş nüshaların kullanımını içerdiğinin açıkça belirtilmesi gerekir.

Diğer yandan, 71/1-4. maddede düzenlenen eserin muhtevasını kamuya açıklama suçunda hak sahibinin izni yine fiilin hukuka uygun olarak doğmasını sağlayacaktır. Fakat aşağıda “İzin (Rızanın) Şekli” bahsinde de belirttiğimiz gibi, 4. bent düzenlemesinde, hak sahibinden sadır iznin yazılı olması gerektiğine dair bir şartın yer almaması, eleştirilmektedir.

Netice itibarıyla, hak sahibinin yazılı izni, 71/1-1. maddede ilk grupta yer alan; bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı işlemek, temsil etmek, çoğaltmak, değiştirmek, dağıtmak, her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletmek, yayımlamak, fiillerinin hukuka uygun doğmasını sağlayacaktır. Ancak bunun için, iznin, fiilden önce verilmiş olması gerekir. İzin şartına bağlanan fiiller izinsiz gerçekleştirildikten sonra mağdurun vereceği icazet, fiilin hukuka uygun doğmasını sağlamayacak, ancak şikayet hakkından feragat kapsamında kalabilecektir. Bu ayırım, fiilin suç vasfı kazanıp kazanmadığının tesbitinde önem taşır. Zira hak sahibinin geçerli iznin bulunması halinde fiil hukuka uygun doğmuştur ve suç yoktur. Şikayet hakkından feragatte ya da bu hakkın kullanılmamasında ise, suç mevcuttur, ancak suçtan zarar görenin ihtiyarı çerçevesinde kovuşturma gerçekleşmez, fakat tazminat hakkı mahfuzdur.

a- İzin (Rızanın) Şekli

FSEK'nun 71/1. maddesinin 1. bendindeki suçlar açısından aranan iznin yazılı olduğunun maddede belirtilmesine rağmen, 4. bendindeki fiil için sadece “izin” alınması hükmünü içeren düzenlemenin yerinde olmadığı ifade edilmekte, özellikle yazılı olmayan iznin kabulü halinde faili sorumlu tutabilmek için izin vermediğini

ispat külfetinin hak sahibine yüklenmiş olacağı gerekçesiyle, düzenleme eleştirilmektedir⁶⁴⁸.

Kanunun yazılı izin şartını aradığı hallerde, şifahi bir izinle hareket eden kimselerin de hukuka uygunluk sebebinden yararlanması gerekeceğini, zira ceza hukukunun amacının maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olduğunu ileri süren görüş⁶⁴⁹ karşısında, yazılı izin şartının hem hukuka uygunluk sebebinde geçerlilik şartı, hem de ispat yüküne ilişkin bir kural olduğundan, yazılı izin şartı aranmayacak olursa, iznin bulunmadığını ispat yükünün mağdura düşeceği ileri sürülmektedir⁶⁵⁰. Kanaatimizce, yukarıda da belirttiğimiz üzere kanunun aradığı izin, tipe uygun fiilin varlığını tesbit için önem taşımaktadır ve teknik terimsel manada hukuka uygunluk sebebi (mağdurun rızası) değildir. Bu sebeple, yazılı iznin bulunmaması kanuni suç tipini oluşturacak, ancak şekil şartına bağlı olmayan⁶⁵¹ mağdurun rızasının varlığı inandırıcı delillerle ispatlanabilirse, fiilin hukuka uygunluk sebebi içinde icra edildiği kabul edilebilecektir.

Ancak burada önem arz eden diğer bir husus, ika edilen fiile, hak sahibinin rıza gösterdiğini ispatlayan harici unsurların ortaya çıkması halinde izlenecek yoldur. Doktrinde, eser sahibinin eser üzerinde değişiklikler yapılması karşısında uzun süre sessiz kalmasının, ‘değişikliklere zımnen izin verdiği’ anlamına geldiği ve daha sonra aynı hususu dava konusu yapan hak sahibinin, hakkını kötüye kullanmış sayılacağı kabul edilmektedir⁶⁵². Yargıtay da, hak sahibinden yazılı izin almaksızın eser üzerindeki hakları kullanan kişinin fiillerine vakıf olarak ve bu tasarrufları gerçekleştiren kişiden bedel alarak hakların kullanılmasına uzun süre sessiz kalan hak sahibinin; zımnen izin vermiş sayılacağına, bu halde “yazılı izin bulunmadığı” gerekçesiyle hakların ihlal edildiği iddiasının M.K. 2/2. maddesi uyarınca kötü niyetli

⁶⁴⁸ YAZICIOĞLU, s.229-230

⁶⁴⁹ ÖZDERYOL, s.101

⁶⁵⁰ YAZICIOĞLU, s.211 dn.76, s.355 dn.246 ; FSEK’nun 52. maddesi ile eser üzerindeki mali haklara dair tasarrufların tabii olduğu yazılı şekil şartının “sıhhat” şartı mı “ispat” şartı mı olduğu hususundaki görüş ayrılıkları ve değerlendirmeler için bkz. Gürsel ÜSTÜN, Fikri Hukukta Eser Sahibi Lehine Yorum İlkesi, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Y.6, C.6, S.2006/1, s.77 v.d.

⁶⁵¹ “Rıza beyanı, sarıh veya zımni, yazılı veya sözlü olabilir.” (Bkz. ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.467)

⁶⁵² EREL, s.146 ; eserdeki değişikliklere uzun süre sessiz kalmanın zımni izin olduğu ve sonradan açılan davanın hakkın kötüye kullanılması sayılacağı hususunda ayrıca bkz. TEKİNALP, s.162. Arslanlı da eser sahibinin; eserde, eserin veya sahibinin adında ekleme, kısaltma veya başka değişiklikler yapılmasına sarahaten izin verebileceği gibi zımnen izin verebileceğini de ifade etmektedir. (bkz. ARSLANLI, s.84 ; ÖZTRAK, s.51)

olduğuna ve kötü niyetli bu iddianın kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir⁶⁵³. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından verilen bu karar, bir ceza yargılamasına ilişkin olmamakla beraber, söz konusu kararda da belirtildiği üzere “... MK’un 2. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının amacı, hakime özel ve istisnai hallerde (adalete uygun düşecek şekilde) hüküm verme imkanı sağlamaktır. Hukukun her alanında uygulanma niteliğine sahip olan hakkın kötüye kullanılması yasağı, şekle aykırılığı ileri sürme hakkı için de bir sınır teşkil etmekte olup bu buyurucu kuralın hakim tarafından resen gözetilmesi gerektiği ve bu hususun kamu düzenini ilgilendirdiği kabul edilmektedir...”. Bu çerçevede, eser sahibinin, kendisine tanınan hakları kullanan kişinin fiillerine vakıf olarak ve bu kullanım karşılığında bedel alarak uzun süre sessiz kalması halinde; sırf yazılı izin bulunmaması sebebiyle failin cezalandırılması, adalet duygusuyla

⁶⁵³ YARGITAY 11. H.D. T:29.01.1999, E:1998/10031, K:1999/250 sayılı kararında; “ (...) Mahkemece, taraflar arasında yazılı bir yayın sözleşmesi bulunmadığı davacıya ait ve birden fazla baskısı yapılan daha önceki çeviri eserlere de benzer ekleme ve değişiklikler yapılarak basıldığı davacının bu uygulamaya bir itirazı olmadığı böylece davacıya ait çeviri eserlerin redaksiyon kurulundan ekleme ve değişiklik görerek basımının yapıldığı, bu şekildeki basım işinin taraflar arasında teamül haline dönüştüğü, davacı tarafından da bu teamülden ayrı biçimde eserin basımı konusunda ihbarda bulunulmadığı bu uygulamanın yıllarca devam ettiği, uzun yıllardan beri uygulanan bu durumun yasaya aykırılığının ileri sürülmesinin iyiniyet kurallarıyla bağdaşmadığı, uygulamanın aksine bir davranışta bulunmaksızın çeviriyi yapan, ekleme ve değişiklikleri görerek çeviri ücretini alan bu konuda herhangi bir itirazda bulunmayan davacının FSEK. hükümlerine dayanarak talepte bulunamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. (...) FSEK. 16/1 maddesinde (eserde eser sahibinin izni olmadan kısaltma ekleme ve değiştirme yapılamaz) kuralı ile aynı Yasanın 52 madde de yer alan yazılı sözleşme ve izin kuralının sıhhat şartı olması karşısında MK. 2. maddesinin somut olaya uygulanıp uygulanmayacağına da tartışılması gerekir. BK.nun 11. maddesinin 2. fıkrasına göre, kanunun öngördüğü şekil, bir geçerlik (sıhhat şartı) olarak düzenlemiş ise buna uyulmadan yapılan sözleşmeler ve hukuki işlemler geçersizdir. Bu geçersizliğin hukuki mahiyeti tartışmalı olmakla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay burada butlan'dan söz edebileceğini, bunun hakim tarafından re'sen göz önünde bulundurulacağını kabul etmektedir. Şekle aykırılık ile hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının çatışması halinde hangisine öncelik verileceği de uygulamada tartışılmıştır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 30.9.1988 gün, E: 1987/2, K: 1988/2, YHGK.nun 12.5.1965 gün, E: 5/D-4 K: 203, 13.2.1974 gün, 524/103 sayılı, 2.10.1974 gün 2/810 1043, 7.12.1983 gün 4/224 1276 sayılı kararlarında vurgulandığı gibi MK.nun 2. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının amacı, hakime özel ve istisnai hallerde (adalete uygun düşecek şekilde) hüküm verme imkanı sağlamaktır. Hukukun her alanında uygulanma niteliğine sahip olan hakkın kötüye kullanılması yasağı, şekle aykırılığı ileri sürme hakkı için de bir sınır teşkil etmekte olup bu buyurucu kuralın hakim tarafından resen gözetilmesi gerektiği ve bu hususun kamu düzenini ilgilendirdiği kabul edilmektedir. Sonuç olarak somut olayın özelliği itibariyle davacının eserde izni olmadan ekleme ve değiştirme yapılamayacağı şeklindeki iddiası yukarıda özetlenen duruma göre MK. 2/2 fıkrasında yazılı hakkın kötüye kullanılması olarak öngörüldüğünden kabul edilmemiştir. Dairemizin 16.6.1998 gün, 1998/2033 4576 sayılı onama kararının gerekçesi değiştirilerek yukarıda gerekçelerle onama kararı doğru bulunduğundan davacı vekilinin karar düzeltme talebinin reddine karar vermek gerekmiştir. (...)” hükmünü kurmuştur. (Kazancı İçtihat Bankası)

bağdaşmayacaktır. Kaldı ki, bu durumda failin suç işleme kastıyla değil şifahi bir izinle hareket etmekte olduğu açıkça ortaya çıkacağından, suçun manevi unsuru da eksik kalacak ve unsurları tamamlanmayan suç oluşmayacaktır.

b- İzni Verecek Olan Hak Sahibi

Fiilin hukuka aykırılığını önleyecek izni verecek olan hak sahibi, tabii olarak öncelikle, eser sahibi veya bağlantılı hak sahibidir. Ancak mali hakları sözleşmeyle devralan ya da miras yoluyla iktisap eden ve eser sahibinin ölümünden sonra, kanunen –bazı– manevi hakları kullanma yetkisi tanınan kimseler de mevcuttur. Kullanılacak hakkın niteliğine göre, hak sahibi olan veya izin vermeye yetkili sayılan diğer kimselerin geçerli izni de, hukuka aykırılığı önleyecektir.

Mali hakkı devralan ya da hakkın kullanılması ruhsatını alan kişinin, bu hakları FSEK 52. madde kapsamında usulüne uygun yazılı sözleşmeyle devralması gerektiği gibi, kendisine sözleşmeyle tanınan hakkı üçüncü kişilere kullandırma yetkisini de sözleşmeyle devralmış olması gerekmektedir. Sadece söz konusu hakları devralmış ya da kullanma ruhsatı almış, fakat bu hakların üçüncü kişilere kullandırılmasına ilişkin bir izin almamış olan kimse; devraldığı hakları sadece kendisi kullanabilecek, üçüncü kişilere bu hususta bir izin veremeyecektir.

Eser sahibinin manevi hakları ise, eser sahibi yanında FSEK'nun 19. maddesinde sayılan kimselerce kullanılabilir. Ancak dikkat edilirse, 19. maddede gösterilen kimselerin hangi hakları kullanabilecekleri ve kimlerin hangi şartlarda veya hangi sırayla sayılan yetkilere sahip olabileceği ayrı ayrı gösterilmiş olup, eser sahibinin bütün manevi haklarının 19. maddede sayılan bütün kişilerce kullanılması söz konusu değildir. Örneğin 14/2. madde “bütünü veya esaslı bir kısmı alenileşmemiş olan, yahut ana hatları her hangi bir suretle henüz umuma tanıtılmayan bir eserin muhtevası hakkında ancak o eserin sahibi malumat verebilir” hükmünü havidir ve 19. maddede sayılan kişilerin bu hakkı kullanabileceklerine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Aynı şekilde 16/1. madde “eser sahibinin izni olmadıkça eserde veyahut eser sahibinin adında kısaltmalar, ekleme ve başka değiştirmeler yapılamaz” hükmünü havi olup, yine 19. maddede sayılan kişilerin bu hakkı kullanabileceklerine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla 14/2. madde ile 16/1. maddede belirtilen manevi hakları kullanma hususunda eser sahibinden başka herhangi bir kimse “hak sahibi” değildir. Diğer manevi hakların kullanılması hususunda ise, 19.

maddede gösterilen kimselerin, maddede zikredilen hakları, yine maddede gösterilen şartlarla kullanmaları mümkün olacağından, sayılan kimseler de 19. maddede kullanmalarına cevaz verilen manevi hakları kullanma yetkisine sahip kabul edilecektir. Bu çerçevede, manevi haklar hususunda izin vermeye yetkili kişiler, eser sahibi ve ancak 19. maddede sayılan şartlar ve haklarla sınırlı olmak kaydıyla bu maddede sayılan kişilerdir. Ayrıca, eser sahibi veya sayılan kişilerden söz konusu hakları üçüncü kişilere kullandırma yetkisi alan kimse de, izin vermeye ehil kabul edilebilecektir.

Bağlantılı haklara konu yapıtlarda da, bağlantılı haklar kapsamındaki mali hakları kullanabilecek kişiler ; ayrıca icracı sanatçıya tanınan manevi hak için icracı sanatçı ve manevi hakları kullanma yetkisi tanınan kimseler, izin vermeye yetkili “hak sahibi” olarak kabul edilecektir.

c- İzin Sınırlarının Aşılması

Kanunun aradığı iznin mevcudiyeti kapsamında gerçekleştirilen fiillerin hukuka uygun surette doğacakları ve suç teşkil etmeyecekleri açıktır. Ancak, hak sahiplerinden alınan bu iznin sınırlarının aşılması halinde; sadece izin kapsamındaki fiiller hukuka uygun olacak, iznin kapsamı dışında kalarak izni aşan fiiller suç teşkil edecektir. Hak sahiplerinden alınan iznin aşılması suretiyle gerçekleştirilen fiiller, “Maddi Unsurlar / Fiil” bahsinde yeri geldikçe incelenmiştir.

Bununla beraber, kanunda, hak sahibinden alınan iznin sınırlarının aşılmasına ilişkin özel bir durum, FSEK’nda bir hukuka uygunluk sebebi olarak belirtilmiştir. FSEK’nun 16/2. maddesi “Kanunun veya eser sahibinin müsaadesiyle bir eseri işleyen, umuma arz eden, çoğaltan, yayımlayan, temsil eden veya başka bir surette yayan kimse; işleme, çoğaltma, temsil veya yayım tekniği icabı zaruri görülen değiştirmeleri eser sahibinin hususi bir izni olmaksızın da yapabilir” hükmünü taşımaktadır. Buna göre, hak sahibinden usulüne uygun bir izin alarak hakları kullanan kimsenin, bu hakları kullanabilmesi için zaruri addedilen değişiklikleri yapmak suretiyle iznin sınırlarını aşması, hukuka aykırı telakki edilmeyecektir.

Ancak belirtmek gerekir ki, cevaz verilen bu hal, temsil ya da çoğaltma işlemi bahanesiyle her türlü değişikliği değil, söz konusu işlemin usulü ve tekniği

çerçevesinde mutlak kabul edilebilecek zorunlu değişiklikleri kapsar⁶⁵⁴. Bu gibi değişikliklerde değişikliği yapabileceği belirtilen kişilerin takdir yetkisi mutlak değildir ve eser sahibi bu gibi mali hakları devrederken, söz konusu yetkileri de sınırlandırabilir⁶⁵⁵.

iii- ESERİN ALENİLEŞMESİ

FSEK 71/1. maddesinin 4. bendinde yer alan suç dışındaki fiillerin suç teşkil etmesinde, eser, icra, fonogram veya yapımın alenileşmiş olup olmaması önem taşımamaktadır ve bu fiiller, eser alenileşmiş olsa da suç teşkil edecektir. Ancak 1. fıkranın 4. bendindeki “hak sahibi kişilerin izni olmaksızın, alenileşmemiş bir eserin muhtevası hakkında kamuya açıklamada bulunmak” suçunun gerçekleşmesi için, hak sahibinin izninin bulunmaması yanında eserin alenileşmemiş olması da gerekmektedir. Nitekim korunan manevi hak, FSEK’nun 14/2. maddesindeki alenileşmemiş eser hakkında malumat verme hakkıdır ve 71/1-4. maddede de alenileşmeme şartı açıkça ifade edilmiştir. Bu çerçevede, usulüne uygun surette alenileşmiş bir eser hakkında kamuya malumat vermek, hukuka uygundur. Ancak elbette bu malumat, eserin esaslı bir şekilde arzını içermemelidir.

Eserin alenileşmemiş olması şartı, 71/1-4. maddede düzenlenen suçun kanuni unsurunda belirtilmiştir. Dolayısıyla, hakkında malumat verilen eserin alenileşmiş olması da, hukuka uygunluk sebebinden ziyade, tipe uygun fiilin gerçekleşmemesi sebebi olarak kabul edilebilecektir.

iv- HUKUKA AYKIRILIĞI KALDIRAN DİĞER SEBEPLER

Belirttiğimiz üzere mevcut hukuka uygunluk sebepleri, genel hükümler çerçevesinde düzenlenmekle fikir ve sanat eserlerini koruyan cezai normlar için de hüküm ifade edeceklerdir. Ancak bu sebeplerden bazıları, FSEK’nda suç olarak tanımlanan fiillerin niteliği itibarıyla uygulamaya konu olmayacaklardır. Nitekim meşru müdafaa veya ıztırrar hali gibi hukuka uygunluk sebeplerinin, FSEK kapsamındaki suçlar için herhangi bir rol oynamayacakları, bu suçlar için özellik

⁶⁵⁴ HIRSCH, s.143

⁶⁵⁵ ARSLANLI, s.85

taşıyan hukuka uygunluk nedeninin “mağdurun rızası” olduğu kabul edilmektedir⁶⁵⁶. Bunun yanında kanaatimizce, şartları mevcutsa, TCK’nda hukuka uygunluk sebepleri arasında sayılan “görevin yerine getirilmesi”⁶⁵⁷ müessesesinin de, FSEK’nda yer alan suçlar açısından, yetkili merciin emri ile hareket eden kimse için bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmesi mümkündür.

Diğer yandan FSEK’nda bazı özel hukuka uygunluk sebeplerine yer verilmiştir. Yukarıda 71/1. maddenin 1. ve 4. bentlerinde zikredilen izne ilişkin “İzin Sınırının Aşılması” bahsinde de açıkladığımız üzere, FSEK’nun 16/2. maddesi hükmü çerçevesinde yapılacak işlemler hukuka uygundur. Ancak belirttiğimiz gibi, cevaz verilen bu hal, temsil ya da çoğaltma işlemi bahanesiyle her türlü değişikliği değil, söz konusu işlemin usulü ve tekniği çerçevesinde mutlak kabul edilebilecek zorunlu değişiklikleri kapsar⁶⁵⁸.

Sayılan hukuka uygunluk sebepleri yanında FSEK, fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakların korumasını, bazı sınırlamalara tabi tutmuştur. Bu sınırlamaların bir kısmı, hak sahiplerinin haklarını kullanabilmelerini engellemekteyken, bir kısmı ise üçüncü kişilerin eserden, hak sahibinin iznini almadan yararlanabilmelerinin yolunu açmaktadır. Üçüncü kişilere eserden faydalanma hakkı tanınması şeklinde ortaya çıkan sınırlamalardan, kanuni çerçeveye riayet edilerek yararlanılması halinde, eserden faydalanma hukuka uygun olacaktır. Hakların sınırlandırılmasına ilişkin hükümlere, kanununun 30. ila 38., 40., 46., 47., 80/7. ve 5. ek maddelerinde yer verilmiş ve bu sınırlamalar “amme intizamı mülahazasıyla”, “genel menfaat mülahazasıyla”, “hususî menfaat mülahazasıyla” ve “hükümete tanınan yetkiler” başlıkları altında sınıflandırılmıştır. Ayrıca, bağlantılı hak sahiplerinin yazılı izinlerinin gerekmediği faydalanma halleri düzenlenmiştir. Söz konusu sınırlamalardan 46., 47. ve Ek-5. maddede yer alan sınırlamalar, devletin eserden faydalanma salahiyetine ilişkin hükümler içermektedir. 30., 31., 32., 33., 34., 35., 36., 37., 38., 40., 80/7. maddelerde sayılan sınırlamalar ise, eser üzerinde hak sahibi olan kişiler dışındaki gerçek veya

⁶⁵⁶ SINAR, Telif Haklarının Korunması, s.387 ; Mağdurun rızasının, malvarlığına ve şerefe karşı işlenen suçlarda fiili hukuka uygun hale getireceği hususunda bkz. DEMİRBAŞ, s.303

⁶⁵⁷ “görevin yerine getirilmesi” (amirin emri-yetkili merciin emri) hakkındaki açıklamalar ve şartları için bkz. Veli Özer ÖZBEK, TCK İzmir Şerhi Türk Ceza Kanununun Anlamı, C.I, Genel Hükümler, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık Ankara-2010, s.371 v.d. ; İÇEL-EVİK, s.103 v.d., ÖZGENÇ, s.290 ; DEMİRBAŞ, s.260 v.d.

⁶⁵⁸ HIRSCH, s.143

tüzel kişilerin, eser üzerindeki bazı hakları kısmen ve belirli şartlar çerçevesinde kullanabilmelerini sağlayan serbesti hükümleri içermekte olup, bu serbestilerden, kanuni çerçeveye riayet ederek faydalanan kimselerin fiilleri hukuka uygun sayılacaktır. Söz konusu sınırlamalara ve üçüncü kişilere tanınan serbestilere ilişkin açıklamalar, Birinci Bölüm’de “Korumanın Kanuni Sınırları” bahsinde yapılmıştır. Tekrara mahal vermemek amacıyla bu bahisteki açıklamalarımıza atıfta bulunuyoruz.

FSEK’nun 80. maddesinde, “Sinema eserlerinin birlikte sahipleri filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren yapımcıya mali haklarını devrettikten sonra, sözleşmelerinde aksine veya özel bir hüküm bulunmadığı takdirde filmin dublajına veya alt yazı yazılmasına itiraz edemezler.” hükmü ile, sinema eseri sahiplerinin eser üzerindeki değişiklikleri men yetkisi kısmen sınırlandırılmıştır. Ancak bu değişikliklerin hukuka uygun sayılması için, kanaatimizce, yukarıda “İzin Sınırlarının Aşılması” bahsinde izah ettiğimiz 16/2. maddedeki serbestiye ilişkin sınırlar içinde hareket edilmesi gerekir.

FSEK’nun 23/2. maddesi uyarınca, kiralama ve kamuya ödünç verme yetkisi eser sahibinde kalmak kaydıyla, belirli nüshaların hak sahibinin yayma hakkını kullanması sonucu mülkiyeti devredilerek ülke sınırları içinde ilk satışı veya dağıtım yapıldıktan sonra bunların yeniden satışı eser sahibine tanınan yayma hakkını ihlal etmez. Birinci Bölüm’de “Yayma Hakkı” bahsinde de incelediğimiz tükenme ilkesi kapsamında, eser, icra, fonogram veya yapıım “nüshaları” üzerindeki yayma hakkı tükenmişse, hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın sadece yayma hakkı tüketilmiş nüshalarla sınırlı kalan dağıtmak, yaymak fiilleri suç oluşturmaz. Ancak söz konusu hukuka uygunluk sebebinin mevcudiyeti, hak sahibinin rızasıyla ve yayma hakkını kullanarak yaydığı eser nüshaları için geçerlidir. Bu sebeple, 71/1-1. maddenin ikinci grubunda yer alan “hukuka aykırı surette işlenmiş veya çoğaltılmış” nüshalar hak sahibinin rızasıyla piyasaya sürülmüş olmadığından, bu nüshaların ilk satışı suç teşkil ettiği gibi, her bir nüshanın müteakip her bir satışı da –manevi unsur bulunmak kaydıyla– suç teşkil edecektir.

Son olarak, eser üzerindeki mali hakların korunmaları süreye tabi olduğundan, koruma süresi⁶⁵⁹ dolmuş olan eser üzerindeki mali hakların herkes

⁶⁵⁹ Eser üzerindeki koruma süresinin dolmamış olmasını, eser üzerindeki mali haklara tecavüz suçlarının ön şartı olarak kabul eden görüş için bkz. HAFIZOĞLULLARI, s.8

tarafından kullanılması caizdir. Bu sebeple, mali haklar üzerindeki koruma süresinin dolmuş olması; –sadece mali haklara ilişkin fiiller açısından- eser üzerindeki mali hakları kullanan üçüncü kişilerin fiillerinin hukuka uygun doğmasını sağlayacaktır. Mali haklar üzerindeki koruma süreleri ve sürelerin hesaplanmasına ilişkin hususlar, Birinci Bölüm’de “Koruma Süresi” bahsinde incelenmiştir.

D- CEZAYI AZALTAN VEYA KALDIRAN ŞAHSİ SEBEP OLARAK ETKİN PİŞMANLIK

FSEK 71. maddenin son fıkrası⁶⁶⁰, hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış eserler, icralar, fonogramlar veya yapımları, -her türlü yayma faaliyetinde bulunanlar için değil-, sadece “satışa arz etme”, “satma”, “(ticari maksatla) satın alma” fiillerinin failleri için bir etkin pişmanlık hükmü içermektedir. Bu suçların faili, kovuşturma evresinden önce suça konu eser veya ürünleri kimden temin ettiğini bildirerek yakalanmalarını sağladığı takdirde, hakkında verilecek cezadan indirim yapılabileceği gibi ceza vermektan de vazgeçilebilir. Etkin pişmanlık, bütün suçlarda kabul edilmiş genel bir cezada indirim ya da cezasızlık sebebi değildir. Sadece kanunda kabul edilmiş olan hallerde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilir⁶⁶¹. Bu sebeple, hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış eserler ve bağlantılı hakka konu ürünleri; 71/son maddede sayılan “satışa arz etme”, “satma”, “(ticari maksatla) satın alma” fiillerinde etkin pişmanlık hükmü söz konusu olabilecek, diğer fiiller için suçun tamamlanmasından sonra herhangi bir pişmanlık emaresi, cezanın indirimi ya da kaldırılması sebebi olmayacaktır. Ancak elbette bu tür bir iradenin takdiri hafifletici sebep (TCK md.62) olarak değerlendirilmesi mümkündür.

⁶⁶⁰ FSEK md. 71/son : “Hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapıyı satışa arz eden, satan veya satın alan kişi, kovuşturma evresinden önce bunları kimden temin ettiğini bildirerek yakalanmalarını sağladığı takdirde, hakkında verilecek cezadan indirim yapılabileceği gibi ceza vermektan de vazgeçilebilir.”

⁶⁶¹ ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.625

E- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

1- TEŞEBBÜS

Suç olarak tanımlanan fiilin icrasına başlanmış, ancak icra hareketleri tamamlanamamış; ya da icra hareketleri tamamlanmış olmasına rağmen suç tanımında ayrıca bir unsur olarak belirlenmiş olan netice gerçekleşmemiş olabilir. Bu durumlarda suç, teşebbüs aşamasında kalmıştır⁶⁶². Teşebbüste fail, suçu tamamlamak istemiyle icraya başlamakta fakat elinde olmayan çeşitli nedenlerle bu amacına ulaşamamaktadır⁶⁶³.

FSEK 71. maddede yer alan suçların maddi unsurları kısmının giriş bahsinde de açıklandığı üzere, maddede düzenlenen bu suçlar, “şeklî suç” (neticesi harekete bitişik suç – sırf hareket suçu) niteliğindedir⁶⁶⁴. Kanuni tanımda yer alan icra hareketlerinin yapılması ile suçlar tamamlanır, ayrıca bir zararın meydana gelip gelmediğine bakılmaz.

Teşebbüsten bahsedebilmek için, söz konusu suçun “şeklî suç” (neticesi harekete bitişik suç – sırf hareket suçu) olmaması, yani hareketten başka bir neticenin de ortaya çıkması; ya da “şeklî suç”u oluşturan icra hareketlerinin kısımlara bölünebiliyor olması gerekmektedir. Sırf hareket suçu olarak da tabir edilen şeklî suçlarda, icra hareketleri kısımlara bölünebiliyorsa, bunlara da teşebbüs mümkündür⁶⁶⁵.

FSEK 71. maddedeki suçların kanuni tanımında, suçun gerçekleşmesi için kanunda gösterilen hareketin yapılması yeterli sayılmakta, ayrıca başka bir netice aranmamaktadır. Dolayısıyla bu suçlarda teşebbüs ancak, icra hareketlerinin bölünebilir olması halinde mümkündür. Nitekim şeklî suçun hareket kısmı parçalara bölünmeyen tek hareketten müteşekkilse, bu tek hareketin yapılmasıyla suç da tamamlanmış olacaktır⁶⁶⁶.

⁶⁶² ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.595

⁶⁶³ Adem SÖZÜER, Suça Teşebbüs, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul-1994, s.157

⁶⁶⁴ Bkz. YAZICIOĞLU, s.212, 230, 251, 264, 292, 356, 412

⁶⁶⁵ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.614

⁶⁶⁶ DÖNMEZER-ERMAN, C.I, s.455

Bu noktada tespit edilmesi gereken husus, failin kastını ne zaman icraya başladığı değil, işlenmesi kast edilen bir suçun ne zaman icrasına başlandığıdır. Failin, bir suçu işlemek kastı kesin biçimde tespit edilse dahi, eğer onun davranışı o suçun icrasının başlangıcı niteliğinde değilse fail söz konusu suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmamalıdır⁶⁶⁷. Bu çerçevede, incelediğimiz suçlarda, suçun icrasına başladığı andan itibaren hareketler parçalara bölünebiliyorsa teşebbüsten bahsedilmesi mümkündür. İcra hareketinin parçalanmasının mümkün olması halinde; örneğin “hukuka aykırı dağıtma” veya “hukuka aykırı çoğaltılmış eseri yayma” fiillerinin faili, eser nüshalarını, dağıtımı gerçekleştirecek kimselere göndermek üzere kargoya verir ve kargoda iken bu nüshalara el konursa, suçların teşebbüs aşamasında kaldığından bahsedilebilir.

Öte yandan, maddede düzenlenen fiillerin bir kısmı, diğer fiillerin hazırlık safhasını teşkil etmekle beraber, bu hareketler de kanunda suç olarak düzenlenmişlerdir. Örneğin, hukuka aykırı surette işlenmiş veya çoğaltılmış nüshaları ticari amaçla satın alma, ithal etme, elinde bulundurma, depolama suçları, hukuka aykırı çoğaltılmış eserleri yayma suçunun hazırlık safhasını teşkil eden fiillerden oluşur. Bu suçlar kanaatimizce “teşebbüs suçu”⁶⁶⁸ niteliğindedir. Hazırlık ya da icra hareketi olarak mütalaa edilebilecek bu fiiller, kanunda ayrıca suç sayılmış olduklarından, diğer suçların teşebbüs aşaması olarak değil, kanunda gösterilen suç tipinin tamamlanması olarak değerlendirilecektir. Yani fail, hukuka aykırı çoğaltılmış eserleri yaymaya teşebbüsten değil, tamamlanmış suç olan; hukuka aykırı surette işlenmiş veya çoğaltılmış nüshaları ticari amaçla satın alma, ihraç veya ithal etme, elinde bulundurma, depolama fiillerinden sorumludur.

Mali haklara yönelik ihlallerde, ihlali meydana getirecek aşamaların çoğu (depolama, bulundurma, satın alma, satışa arz etme v.s.) ayrıca suç olarak nitelenmiş olmakla beraber, manevi hakların ihlaline yönelik bazı suçların niteliği açısından, icra hareketlerinin bölünebilmesi ihtimali daha yüksektir. Bu duruma örnek olarak “başkasına ait bir esere kendi eseri olarak ad koyma” veya “kaynak göstermeden

⁶⁶⁷ SÖZÜER, s.209

⁶⁶⁸ “Belli bir neticeye yönelik teşebbüs niteliğindeki hareketler de kanunda suç olarak tanımlanmış olabilir. Bu tür suçlara teşebbüs suçu denmektedir.” (ÖZGENÇ, s.421) ; “tamamlanması öne alınmış suçlar” olarak da adlandırılan bu tür suçlar için ayrıca bkz. Doğan SOYASLAN, Teşebbüs Suçu, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara-1994, s.194 v.d.

iktibasta bulunma” suçunun failinin, eseri kendi adıyla çoğalttığı nüshaların dağıtımının engellenerek, kendisinin eser sahibi olarak kamuya duyurulmasının failin elinde olmayan sebeplerle önlenmesi⁶⁶⁹ verilmektedir. Bu örnekte, “başkasına ait bir esere kendi eseri olarak ad koyma” ya da “kaynak göstermeden iktibas” suçunun da teşebbüs aşamasında kalmış olacağı kabul edilecektir.

FSEK 71. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen “ihlale devam etme” suçunun, ihmali suç olduğu, Maddi Unsurlar/Fiil bahsinde incelenmişti. İhmali suçlarda, failin kendisine yüklenen yükümlüğü ihlal etmiş olması, suçun tamamlanması için yeterlidir. Yükümlülük ihmali gerçekleşince suç da tamamlanır⁶⁷⁰. İhmali suçlar, neticesi harekete bitişik suçlardır⁶⁷¹ ve kural olarak teşebbüs mümkün değildir⁶⁷².

Netice itibariyle, 71. maddede sayılan “ihlale devam etme suçu” dışındaki suçlarda, icra hareketlerinin bölünebilir olduğu nispette teşebbüsten bahsedilebilecek ve teşebbüs aşamasında kalan suç için TCK’nun 35. maddesi hükümleri uygulanacaktır.

2- İŞTİRAK

FSEK’nun 71. maddesinde düzenlenen suçlara her türlü iştirak mümkündür. Maddedeki suçların kanuni tanımında yer alan, fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, müşterek fail olarak sorumlu olur (TCK md.37/1). Suçun işlenmesinde kusur yeteneği olmayanları araç olarak kullanmak (TCK md.37/2), suça azmettirmek (TCK md.38), suçun işlenmesine yardım etmek (TCK md. 39) şeklindeki her türlü iştirakle suça doğrudan ya da dolaylı olarak katılan şerikler, Türk Ceza Kanunu’nda iştiraki düzenleyen genel hükümler (md.37, 38, 39, 40, 41) uyarınca cezalandırılır.

Ancak, FSEK’nun 71. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen “ihlale devam etme” suçunun iştirak halinde işlenmesi, ancak kanunun yüklediği yükümlülüğün

⁶⁶⁹ YAZICIOĞLU, s.252, 264

⁶⁷⁰ ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.627 ; İhmali suç-icrai suç ayrımı hususunda ayrıca bkz. ÖNDER, 173 v.d.

⁶⁷¹ DEMİRBAŞ, s.231

⁶⁷² ÖNDER, s.174; Teşebbüse ilişkin hükümler, ihmali davranışla işlenen suçlar açısından uygulanmaz ve kişinin ihmali davranışı başlı başına cezai yaptırım gerektirmedikçe ihmali suça teşebbüs cezalandırılmaz. (bkz. ÖZGENÇ, s.438)

birden fazla muhatabı olması ve bu kimselerin suç işlenmesi hususunda gösterdikleri müşterek irade ile yükümlülüğü ihmal etmeleri halinde mümkündür.

Ayrıca, “hukuka aykırı umuma iletim” suçunun maddi unsuru bahsinde de incelendiği üzere, doktrinde, eser sahibinin izni olmaksızın internette umuma iletilen eseri içeren web sitesine link kurulması halinde, link kuranın korsan kopyaya veya umuma iletme yardım veya teşvik nedeniyle sorumlu olacağı belirtilmiştir⁶⁷³.

3- İÇTİMA

i- FSEK 71. MADDESİNDEKİ SUÇLARDA İÇTİMA

Türk Ceza Kanunu’nun genel gerekçesinde de belirtildiği gibi; kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır ve bunun istisnaları “suçların içtimaı” (TCK md. 42, 43, 44) bölümünde belirlenmiştir. Bu istisnalar dışında işlenen her bir suçla ilgili olarak ayrı ayrı cezaya hükmedilecek, yani gerçek içtima kuralı uygulanacaktır⁶⁷⁴.

Gerçek içtima kuralının istisnaları olarak kabul edilen TCK’nun 42., 43. ve 44. maddelerinde düzenlenen, suçların içtimaı halleri; bileşik suç⁶⁷⁵, zincirleme suç⁶⁷⁶ ve fikri içtimadır⁶⁷⁷.

FSEK 71/1. maddenin 1. bendinde, mali ve bağlantılı hakları ve bazı manevi hakları ihlal eden fiiller sayılmaktadır. Maddi Unsurlar bahsinde de değindiğimiz üzere; doktrinde, 71/1-1. maddede, üç ayrı hukuki yarara yönelik üç ayrı suç bulunduğu ve bu bentte sayılıp eser üzerindeki mali haklara tecavüz niteliğinde olan fiillerin, “mali haklara tecavüz suçu”nun seçimlik hareketleri olduğu;

⁶⁷³ EROĞLU, Aktif Linkler, s.243

⁶⁷⁴ ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.666 ; ÖZGENÇ, s.498

⁶⁷⁵ **TCK Madde 42-** Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.

⁶⁷⁶ **TCK Madde 43-** Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. (Ek cümle: 29/6/2005 – 5377/6 md.) Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.

Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır.

Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz.

⁶⁷⁷ **TCK Madde 44-** İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.

ancak, gerçekleştirilen herhangi bir fiilin, birbirinden bağımsız olan manevi, mali ve bağlantılı hakların korunmasında, bu üç ayrı suçu ilgilendiren icra hareketlerinin seçimlik hareket teşkil etmediği; bu kapsamda, failin birden fazla fiilin söz konusu üç suçtan (mali haklara tecavüz, manevi haklara tecavüz, bağlantılı haklara tecavüz) herhangi birine yönelik olması halinde aynı suçun seçimlik hareketi olmaları gerekçesiyle tek bir suçtan bahsedebileceği; ancak suçun konusu aynı olsa dahi fiillerin bu üç suçun birden fazlasını ihlal etmesi halinde, ihlal edilen her grup suçun ayrıca oluşacağı ve gerçek içtima konu olacağı ifade edilmektedir⁶⁷⁸. Ancak başka bir görüşe göre, bir fikir ve sanat eserini bir kimse hem çoğaltır, hem de kendi çoğalttığı bu nüshaları satarsa veya satışa sunarsa, bir değil iki ayrı suç işlemiş olur, dolayısıyla fiiller ayrı ayrı cezalandırılır ve cezalar içtima ettirilir⁶⁷⁹. Biz, bu ikinci görüşü destekliyoruz⁶⁸⁰.

FSEK 71/1-1. maddesindeki “hukuka aykırı işleme” durumunda, bir eseri işlemek, eser üzerinde bir takım değişiklikler yapılması ile mümkündür. Eser üzerindeki her değişiklik işleme değilse de; -derleme kapsamında olmayan- her işleme, eserin değiştirilmesidir. Eserin değiştirilmesi, eser sahibinin manevi hakları arasındadır ve 71/1-1. maddede “hukuka aykırı değiştirme” fiili ayrıca suç olarak gösterilmiştir. Bu halde eserin işlenmesi ile aynı zamanda eserin değiştirilmesi fiili de gerçekleşmektedir. Ancak eserin değiştirilmesi, işleme fiilinin meydana getirilmesi

⁶⁷⁸ YAZICIOĞLU, s.317-318, s.359-360

⁶⁷⁹ HAFIZOĞULLARI, s.10

⁶⁸⁰ Yukarıda da belirttiğimiz üzere; kanaatimizce 71/1-1. maddede sayılan fiillerin her biri ayrı suç teşkil edeceğinden, aynı suçun seçimlik hareketlerle işlenmesi değil, her bir fiille ayrı bir suç işlenmesi söz konusudur. Sayılan fiillerin hepsinin aynı maddede gösterilip aynı müeyyideye tabi kılınmış olması, mutlaka seçimlik hareketli suçun düzenlendiği sonucuna götürmez. Nitekim kanun, birden fazla suçu aynı hükümde göstermiş de olabilir (bkz. EREM-DANIŞMAN-ARTUK, s.256). Kanaatimizce, bu suçların her birinin aynı fail tarafından işlenmesi, ayrı ayrı suçlar meydana getirecektir. Bu çerçevede eseri izinsiz çoğaltan kimse “hukuka aykırı çoğaltma” suçunun, bu nüshaları yayan kimse ise “hukuka aykırı çoğaltılmış nüshaları yayma” suçunun, yani ikinci, farklı bir suçun failidir. Dolayısıyla, her iki fiilin aynı fail tarafından icra edilmesi halinde, aynı suçun seçimlik hareketleri değil, iki ayrı suç gerçekleştirilmiş olur. Aynı şekilde, fail, bir tiyatro eserini izinsiz çoğaltıp yaysa ve diğer taraftan aynı eseri sahneye temsil etse ; veya fail, bir romanı senaryo haline getirmek suretiyle izinsiz işledikten sonra bu senaryoyu film haline getirerek dağıtsa, ayrıca aynı romanı kitap halinde yaysa, tek suçun seçimlik hareketlerini değil, farklı suçları işlemiş olacağı ve gerçek içtima söz konusu olacağı kanaatindeyiz. Diğer yandan, failin bir eseri; değiştirmesi, daha sonra dağıtması halinde, değiştirme ve dağıtma, ayrı suçları oluşturacaktır. Bunun gibi, örneğin izinsiz yayma fiiline konu edilen eser, şayet daha önce alenileşmemiş bir eserse, izinsiz yayma (dağıtma) suçu yanında 71/1-4. maddedeki “alenileşmemiş eserin muhtevasını kamuya açıklama” suçu da gerçekleşmiş olacak ve fikrimizce suçlar gerçek içtima konu olacaktır.

için zorunlu bir unsur olduğundan, hukuka aykırı işleme suçu, bileşik suç⁶⁸¹ teşkil eder ve fail sadece hukuka aykırı işleme fiilinden cezalandırılır.

FSEK 80. maddesi çerçevesinde, bağlantılı hak sahiplerinin de bağlantılı hakka konu icra, tesbit, yapım ve sair ürünler üzerinde, eser sahibinin mali haklarına paralel surette düzenlenmiş mali hakları mevcuttur. FSEK 71/1-1. maddesinde sayılan suçlar arasındaki mali hakların ihlaline yönelik fiiller, eser sahibi yanında, bağlantılı hak sahiplerinin haklarını da ihlal edebilecek niteliktedir. Nitekim bu husus maddenin 1. bendinde açıkça belirtilmiştir. Bağlantılı haklara konu bir icra, fonogram ya da yapım üzerindeki mali hakların ihlaline yönelik bir fiil icra eden fail, hem eser sahibinin haklarına, hem de bağlantılı hak sahibinin haklarına tecavüz etmiş olacaktır. Örneğin, bir fonogramı izinsiz çoğaltan fail, hem fonogramın içerdiği eserin sahibinin, hem de fonogram yapımcısının çoğaltma hakkını ihlal eder. Kanaatimizce bu durumda, aynı (tek) hareketle birden fazla farklı suç işlenmiştir. Her ne kadar her ikisi de “izinsiz çoğaltma” ise de, bir yandan eser sahibinden yazılı izin alınmadan eserin hukuka aykırı çoğaltılması (FSEK 22. md.’deki hakkın ihlali), diğer yandan, bağlantılı hak sahibinden yazılı izin alınmadan fonogramın hukuka aykırı çoğaltılması (FSEK 80. md.’deki hakkın ihlali) söz konusudur. Bu sebeple, bu gibi durumlarda “farklı neviden fikri içtima”⁶⁸² hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşünderiz.

TCK’nun 43/1. maddesinde “bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi” olarak tanımlanan zincirleme (müteselsil) suç, FSEK’nun 71/1. maddede sayılan suçlar ve 71/2. maddedeki “üstündeki bilgiler yetkisiz kişilerce değiştirilen eserleri dağıtmak” suçu için söz konusu olabilecektir. Suçun zincirleme olduğunun kabulü için; aynı suçun değişik zamanlarda birden çok işlenmesi, bir suç işleme kararı içinde işlenmesi

⁶⁸¹ Bileşik suç konusunda bkz. ÖZGENÇ, s. 503 v.d. ; DEMİRBAŞ, s.471 ; ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 667 v.d. ; ÖZBEK, s.705 v.d. ; aynı kavrama ilişkin olarak Yeni TCK’ndan önceki “mürekkep suç” açıklaması için ayrıca bkz. DÖNMEZER-ERMAN, C.I, s. 406 v.d. ; HAKERİ, Genel Hükümler, s.438 v.d.

⁶⁸² Doktrinde, TCK’nun 43/2. maddesinde tanımlanan “aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi” durumu “aynı neviden fikri içtima” ; 44. maddesinde tanımlanan “işlenen bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşması” durumu ise “farklı neviden fikri içtima” olarak adlandırılmaktadır ve TCK md 44 uyarınca fail bu suçlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır. Aynı neviden ve farklı neviden fikri içtima kavramları için ayrıca bkz. ÖZGENÇ, s.518 v.d. ; İÇEL-EVİK, s.287 v.d. ; ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 691 v.d. ; ÖZBEK, s.718 v.d., 731 v.d.

ve suçun aynı kişiye karşı işlenmesi gerekmektedir⁶⁸³. Ancak sayılan suçlar için müteselsil fiilin kabul edilmesi, kanaatimizce, suçun ancak aynı eser, icra, fonogram veya yapım hakkında işlenmesine, yani suçun konusunun da aynı olmasına bağlıdır. Failin, örneğin “hukuka aykırı dağıtmak” fiiliyle suç işlerken aynı yazarın aynı kitabını farklı sevkiyatlarla satışa sunması halinde, zincirleme tek suçtan sorumluluğu söz konusudur ve suçun cezası TCK md. 43/1 çerçevesinde arttırılacaktır. Ancak aynı failin, aynı “hukuka aykırı dağıtmak” fiilini, aynı yazarın başka bir eseri hakkında işlemesi halinde, artık başka bir bağımsız suç meydana gelmiştir ve bu suç sebebiyle ayrıca cezalandırılacaktır.

ii- FSEK 71/1-1. İLE 81. MADDELERİNDEKİ SUÇLARDA İÇTİMA

FSEK'nun, “haklara tecavüzün önlenmesi” başlıklı 81. maddesinde, bandrol yükümlülüğüne tabi eserler gösterilmiş ve bu yükümlülüğe aykırılık teşkil eden fiiller suç sayılmıştır. 81. maddenin 13. fıkrasında, cezaların içtimayı konusunda özel bir hükme yer verilmiştir. Buna göre; “Bandrol yükümlülüğüne aykırılığın aynı eserle ilgili olarak 71 inci maddenin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde tanımlanan suçla birlikte işlenmesi hâlinde, fail hakkında sadece 71 inci maddeye göre cezaya hükmolunur. Ancak, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır” (FSEK md.81/13).

Bu çerçevede, “aynı eser” ile ilgili olmak kaydıyla, 71/1. maddenin 1. bendinde yer alan “bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın işlemek, temsil etmek, çoğaltmak, değiştirmek, dağıtmak, her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletmek, yayımlamak ya da hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri satışa arz etmek, satmak, kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yaymak, ticarî amaçla satın almak, ithal veya ihraç etmek, kişisel kullanım amacı dışında elinde bulundurmak ya da depolamak” fiillerinden biri, aynı zamanda 81. maddedeki bandrol yükümlülüğüne aykırılık fiillerinden biri ile birlikte işlenirse, her iki maddedeki suç meydana gelmiş olacak, ancak faile her iki suçun cezası değil, sadece 71. madde kapsamındaki suçun cezası, üçte bir oranında arttırılarak verilecektir.

⁶⁸³ ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.675 ; ÖZGENÇ, s.506 v.d.

Özel bir içtima hükmü içeren bu madde, eşitliğe aykırı sonuçlar doğuracağı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bu eleştiriler, FSEK 81. maddedeki suçların yaptırımını bahsinde incelenmiştir.

F- YAPTIRIM

FSEK'nun 71/1. maddesi uyarınca, FSEK'nda koruma altına alınan fikir ve sanat eserleriyle ilgili manevi, mali veya bağlantılı hakları ihlal ederek, maddenin 1. bendinde sayılan; bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın işleyen, temsil eden, çoğaltan, değiştiren, dağıtan, her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma ileten, yayımlayan ya da hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri satışa arz eden, satan, kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yayan, ticarî amaçla satın alan, ithal veya ihraç eden, kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran ya da depolayan kişi hakkında bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur (md.71/1-1).

“Bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunmak” suçu veya “Başkasına ait esere, kendi eseri olarak ad koymak” suçunu işleyen kişiler hakkında, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur. Ancak “Başkasına ait esere, kendi eseri olarak ad koymak” suçu dağıtmak veya yayımlamak suretiyle işlenirse, cezanın üst sınırı iki yıl değil, beş yıldır (md. 71/1-2, md. 71/1-3).

“Hak sahibi kişilerin izni olmaksızın, alenileşmemiş bir eserin muhtevası hakkında kamuya açıklamada bulunmak” suçu veya “Bir eserle ilgili olarak yetersiz, yanlış veya aldattıcı mahiyette kaynak göstermek” suçunu işleyen kişiler hakkında altı aya kadar hapis cezasına hükmolunur(md. 71/1-4, md. 71/1-5).

“Bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı, tanınmış bir başkasının adını kullanarak çoğaltmak, dağıtmak, yaymak veya yayımlamak” suçunun faili hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur (md. 71/1-4).

FSEK'nun 71/2. maddesinde düzenlenen “üzerindeki bilgiler değiştirilen eserleri dağıtmak” suçu veya “ihlale devam etme” suçunu işleyen kişiler hakkında, fiil aynı zamanda daha ağır bir cezayı gerektirmiyorsa, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur (md.71/2).

Cezası terditli olarak hapis “veya” para cezası olarak belirlenen suçlarda hangi yaptırımın seçileceği, hakimin takdirine bırakılmıştır. Böyle durumlarda hakim, işlendiği sabit suç karşılığı olarak kanunda öngörülen seçimlik cezalardan birisini somut eyleme ve faile ilişkin koşulları dikkate alarak tercih edecektir. Çünkü bu tür durumlarda hakimin cezayı seçmek konusunda takdir yetkisi vardır⁶⁸⁴. Ancak 71/1-2. maddede “Başkasına ait esere, kendi eseri olarak ad koymak” suçu dağıtmak veya yayımlamak suretiyle işlenirse, cezanın üst sınırı beş yıl olarak değerlendirilecek ve adli para cezasına hükmolunmayacaktır.

Maddede gösterilen hapis ve para cezalarının belirlenmesi ve takdirinde, Türk Ceza Kanunu’nun 45. ilâ 52. maddeleri hükümleri uygulanır. Ayrıca, FSEK’nda tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, ilgili tüzel kişi hakkında Türk Ceza Kanunu’nun tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur (FSEK md.81/son)⁶⁸⁵.

G- KOVUŞTURMA USULÜ

FSEK’nun 71. maddesinde sayılan suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması şikâyete bağlıdır (FSEK md. 75/1). TCK’nun 73. maddesinde düzenlenen şikâyet müessesesine ilişkin esaslar, söz konusu suçların şikâyetinde de caridir⁶⁸⁶. Bu çerçevede, TCK’nun 73. maddesi uyarınca; 71. maddede düzenlenen

⁶⁸⁴ Kayıhan İÇEL-Fusun SOKULLU AKINCI- İzzet ÖZGENÇ- Adem SÖZÜER- Fatih S. MAHMUTOĞLU- Yener ÜNVER, İçel Yaptırım Teorisi 3. Kitap, Beta Yayınları, İstanbul-2000, s.154

⁶⁸⁵“Tüzel kişiye uygulanacak güvenlik tedbirleri, faaliyet izninin iptali ve elde edilen kazancın müsaderesidir. Ancak eğer tüzel kişiye uygulanacak güvenlik tedbiri yaptırımı, işlenen fiile göre daha ağır sonuçlar doğuracaksa, hakim bu tedbirlere hükmetmeyebilecektir (TCK md.60/3) . Onlarca işçi çalıştıran bir şirketin faaliyet iznini iptal etmek yerine, hukuka aykırı kazancı müsadere edebilecektir. Kanunların, tüzel kişilerin sorumluluğuna ilişkin, 60. madde paralelinde düzenleme yapması ve içeriğinde bu hükümlerin teyit edilmesi gerekir.” (SOYASLAN, Genel Hükümler, s.504) ; Tüzel kişilere uygulanacak güvenlik tedbirleri hususunda ayrıca bkz. DEMİRBAŞ, s.511 v.d. ; HAKERİ, Ceza Hukuku, s.426 v.d., s.428-429

⁶⁸⁶ **TCK md. 73:** Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suç hakkında yetkili kimse altı ay içinde şikâyette bulunmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamaz.

Zamanaşımı süresini geçmemek koşuluyla bu süre, şikâyet hakkı olan kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden başlar.

Şikâyet hakkı olan birkaç kişiden birisi altı aylık süreyi geçirirse bundan dolayı diğerlerinin hakları düşmez.

Kovuşturma yapılabilmesi şikâyete bağlı suçlarda kanunda aksi yazılı olmadıkça suçtan zarar gören kişinin vazgeçmesi davayı düşürür ve hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmaz.

suçların mağduru veya bu suçlardan zarar gören kimse, zamanaşımı süresi⁶⁸⁷ geçmemek koşuluyla fiili ve failin kim olduğunu öğrendiği günden itibaren altı ay içinde şikayet hakkını kullanabilir. Bununla beraber, eser veya bağlantılı hakka konu ürünler üzerindeki “mali” haklar koruma süresine tabi olduğu için, mali hak ihlaline ilişkin suçlarda yargılama yapılabilmesi, suç teşkil eden fiilin koruma süresi içinde işlenmesi halinde mümkündür. Nitekim koruma süreleri bir hakkın yasada öngörülen belirli süre içinde hak sahibine yasal yoldan koruma olanağı tanınıp tanınmamasıyla ilgilidir ve koruma süresinin geçmiş olduğunu yargıç re’sen göz önünde tutacaktır⁶⁸⁸.

FSEK’nun 75/1. maddesi şikayetin geçerli kabul edilmesini, hak sahiplerinin veya üyesi oldukları meslek birliklerinin, haklarını kanıtlayan belge ve sair delilleri şikayet süresi içinde Cumhuriyet Başsavcılığı’na vermelerine bağlamıştır. Bu belge ve sair delillerin şikâyet süresi içinde Cumhuriyet başsavcılığına verilmemesi hâlinde kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilir (md.75/1). Uygulamada aksi aranmakla beraber; söz konusu edilen delillerin, iddianın doğruluğu hakkında kuvvetli kanaat oluşturmaya yetecek deliller olduğu, şikayetçi olan eser veya hak sahibinin; mali hak devir sözleşmesi gibi kendi hak sahipliğini ispatlayan belgeleri sunmak zorunda olmadığı ifade edilmektedir⁶⁸⁹. Ancak belirttiğimiz üzere, uygulamada aksi gerçekleşmekte, yargı mercii müştekiye ait devir sözleşmesinin bulunmaması gerekçesiyle beraat kararı verebilmekte ya da devir sözleşmesinin re’sen incelenmesi gereği karara bağlanabilmektedir⁶⁹⁰.

İştirak halinde suç işlemiş sanıklardan biri hakkındaki şikayetten vazgeçme, diğerlerini de kapsar.

Kanunda aksi yazılı olmadıkça, vazgeçme onu kabul etmeyen sanığı etkilemez.

Kamu davasının düşmesi, suçtan zarar gören kişinin şikayetten vazgeçmiş olmasından ileri gelmiş ve vazgeçtiği sırada şahsi haklarından da vazgeçtiğini ayrıca açıklamış ise artık hukuk mahkemesinde de dava açamaz.

(Mülga: 6/12/2006 – 5560/45 md.)

⁶⁸⁷ Zamanaşımı sürelerinin hesabında, suç için öngörülen cezaya göre Türk Ceza Kanunu’nun genel hükümleri uygulanacaktır.

⁶⁸⁸ Ahmet M. KILIÇOĞLU, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Zamanaşımı, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı- Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku 2002, C.I, Ankara-2002, s.370-372

⁶⁸⁹ Mustafa ALBAYRAK, Hakim Gözüyle Taklit Ürün ve Korsan Eserlere Karşı Mücadelede Başarısızlık Nedenleri, I. İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu 05-06 Mayıs 2005, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, Yayına Hazırlayanlar: R.Eda Güngör- Ahmet Kalafat- M. Buket Soygüt, İstanbul- 2005, s.70

⁶⁹⁰ “Müdahil vekili dava konusu kitap yazarı ile müdahil Oxford yayıncılık limited şirketi arasında hak devrine ilişkin olduğunu ileri sürdüğü İngilizce metni temyiz dilekçe ekinde sunduğu cihetle bu metnin Türkçeye tercümesi yaptırılarak dava konusu kitabın yazarı ile müdahil firma arasında yasal hak devri bulunup bulunmadığı hususu araştırılıp tespitiyle bir karar verilmesi gerekmesi..” (Yargıtay 7. C.D. 14.07.2004/5580 E., 2004/9414 K.) Bkz. ALBAYRAK, Hakim Gözüyle, s.71

Belirttiğimiz gibi şikayet hakkından feragat, açıkça veya zımnen yapılabilir. Doktrinde, mağdurun şikayetten feragat etmesi halinde dahi suçtan zarar görenin şikayet hakkını koruyacağını kabul eden yazarlar mevcuttur⁶⁹¹. Bizim de katıldığımız bu görüş çerçevesinde, bizzat eser sahibi olan kimse şikayet hakkını kullanmayarak zımnen veya kullanmayacağını beyan ederek açıkça bu haktan feragat etse dahi, mağdur olmadığı halde suçtan zarar gören, yayıncı gibi kişilerin şikayet hakları devam edecektir.

Uygulamada eser sahibinin mali haklarını devir sözleşmelerinde, dava ve şikayet haklarının da devre konu edildiği görülmektedir. Ancak kanaatimizce, sadece FSEK 12. maddesi kapsamında sahibinin adı belirtilmeden yayımlanan eserlerde eser sahibi ile yayımlayan arasındaki ilişki kural olarak vekalet ilişkisine tabi olduğundan (FSEK md.12/3), ancak bu gibi durumlarda mali hakları kullanmakta olan kimseye, tecavüzlere karşı dava ve şikayet yetkisinin de tanınıp tanınmadığının araştırılması tartışılabilir. Bunun dışında, usulüne uygun bir mali hak devri sözleşmesi ile eser üzerinde mali hakları devralan ve bunları hukuki zeminde kullanan kimse, esere yapılacak tecavüzler dolayısıyla zarara uğrayacağından, dava ve şikayet hakkına sahiptir. Nitekim FSEK'nun mali hak ihlallerine ilişkin 71/1-1. maddesinde “hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın” ifadesi ve şikayet hakkına ilişkin 75. maddesinde şikayet hakkı sahiplerini belirtmek üzere “hak sahipleri veya üyesi oldukları meslek birlikleri” , “eser üzerinde manevi ve malî hak sahibi kişiler” ifadeleri kullanılmıştır. Dolayısıyla, eser sahibi dava ve şikayet hakkı da tanıdığını açıkça beyan etmemiş olsa dahi, eser üzerindeki hakları usuli biçimde devralmış ve suçtan zarara uğramış kimselerin şikayet ve dava hakları vardır. Nitekim yayıncının da; eser sahibinin üçüncü şahıslarla yapılmasını men etme hakkını haiz olduğu fiilleri men etme hakkının bulunduğu ve bu hususta eser sahibinin malik bulunduğu hukuki vasıtalara sahip olduğu kabul edilmektedir⁶⁹².

Mümeyyiz küçük tarafından meydana getirilmiş eser üzerindeki haklara yapılacak tecavüzlerde, mümeyyiz küçüğün, -yasal temsilcisi aksi düşüncede bulunsa dahi- doğrudan şikayette bulunma hakkı mevcuttur. Aynı şekilde eser sahibi veya temsilcilerinin mali hakların kullanılmasını veya izlenmesini bir meslek birliğine

⁶⁹¹ Bkz. ÖNDER, s.654

⁶⁹² OLGAÇ, s.30; Mali hakları devralan kimsenin dava açabileceğine dair ayrıca bkz.TÜYSÜZ,s.94-95

devretmiş olmaları halinde, meslek birliklerinin de şikâyet hakkını kullanmaları mümkündür⁶⁹³.

Şikâyet üzerine Cumhuriyet savcısı suç konusu eşya ile ilgili olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre el koyma koruma tedbirinin alınmasına ilişkin gerekli işlemleri yapar. Cumhuriyet savcısı ayrıca, gerek görmesi hâlinde, hukuka aykırı olarak çoğaltıldığı iddia edilen eserlerin çoğaltılmasıyla sınırlı olarak faaliyetin durdurulmasına karar verebilir. Ancak, bu karar yirmi dört saat içinde hâkimin onayına sunulur. Hâkim tarafından yirmi dört saat içinde onaylanmayan karar hükümsüz kalır (md.75/3).

FSEK'nun 75/2. maddesi, "Bu Kanunda yer alan soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı suçlar dolayısıyla başta Millî Eğitim Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı yetkilileri olmak üzere ilgili gerçek ve tüzel kişiler tarafından, eser üzerinde manevi ve malî hak sahibi kişiler şikâyet haklarını kullanabilmelerini sağlamak amacıyla durumdan haberdar edilirler" hükmünü taşımaktadır. Öncelikle FSEK'nun 81/5. maddesi çerçevesinde oluşturulan ve görevlendirilen komisyonların, 81. maddeye ilişkin denetimlerde 71. maddedeki suçların işlendiğini tesbit etmeleri halinde, hak sahiplerini şikâyet haklarını kullanmak üzere haberdar etmeleri gerekmektedir.

Söz konusu suçların kovuşturması, FSEK'nda belirtilen özel durumlar dışında Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri çerçevesinde yapılır.

⁶⁹³ BEŞİROĞLU, s.724-725 ; "Şikâyet, kişiye sıkı surette bağlı haklardandır ve doğrudan doğruya suçtan zarar gören tarafından kullanılabilir. Suçtan zarar gören küçükse kanuni temsilcisi de şikâyet hakkını kullanabilir. Yargıtay CGK 15.02.1991 E.5/43 K.50 kararında 15.4.1992 gün ve 14/9 sayılı içtihadı birleştirme kararından bahisle.. kanuni mümessillerinin rızası olsun olmasın, suçtan zarar gören mümeyyiz küçüklerin şahsa bağlı haklarından dolayı dava ve şikâyet hakkına sahip buldukları açıkça izah ve kabul edilmiştir. Yargıtayın yerleşmiş görüşü ve uygulama bu yoldadır." (DEMİRBAŞ, s. 201)

III- HAKLARA TECAVÜZÜN ÖNLENMESİNE DAİR HÜKÜMLERİN İHLALİ (FSEK MD.81)

A-GENEL AÇIKLAMA

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda, eser, eser sahibi ve hakları tanımlanıp bu hakların yetkisiz üçüncü kişilerce kullanılması cezalandırılmaktadır. Ancak doğrudan bu hakların yetkisiz kişilerce tecavüze uğramasını cezalandırmak yanında, tecavüz teşkil eden fiillerin, özellikle de “korsan” tabir edilen hukuka aykırı surette çoğaltılmış nüshaların dolaşımının önlenmesi için, eser nüshalarının belirli bir kayıt altında piyasaya sürülmesi ve her bir nüshanın bu kayda dahil olup olmadığının anlaşılmasını sağlayacak bir yöntem geliştirme ihtiyacı duyulmuştur.

Bu yöntem, müzik ve sinema eserleri ile süreli olmayan yayınlarda uygulanması zorunlu kılınan; Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından bastırılan ve her birinin üzerinde farklı bir numara olan bandrollerin, hak sahiplerince temin edilerek yayıma konu edilen her bir eser nüshasına yapıştırılmasıdır. Hak sahipleri, Bakanlığa, kaç adet bandrol talep edildiğini ve talep edilen bandrollerin hangi eser için kullanılacağını gösterir bir taahhütname vermek suretiyle, muayyen eserin nüshaları adedince bandrol temin ederek, her biri üzerinde farklı bir numara olan bandrolleri, piyasaya sürülecek her bir eser nüshasına yapıştırmakla yükümlüdür. Bandrol yükümlülüğü ile hukuka aykırı surette çoğaltılmış nüshaların dolaşımını engellemek hedeflenmiştir.

Ülkemizde zorunlu bandrol uygulaması ilk olarak, “Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılması ile Desteklenmesi Hakkında Kanun”la 2004 yılında yürürlükten kaldırılan 3257 sayılı Sinema Video ve Müzik Eserleri Kanunu ile 1986 yılında başlamış, daha sonra, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda 1995 yılında

yapılan değişiklikle, süreli olmayan yayınlarda da bandrol kullanımı zorunlu hale getirilmiştir⁶⁹⁴.

⁶⁹⁴ “Türkiye’de telif ve bağlantılı haklar alanında uygulanan kanun 1951 tarihli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’dur. Kanun, 1983 (2936 sayılı Kanun ile),1995(4110 sayılı Kanun ile), 2001(4630 sayılı Kanun ile) ve 2004 (5101 sayılı Kanun ile) yıllarında dört kez değişikliğe uğramıştır.

Türkiye’de ayrıca, 1986 yılında, fikir ve sanat eserlerinden sayılan sinema ve müzik eserlerine dair bir özel kanun olarak Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu yürürlüğe konulmuştur. Söz konusu Kanun 1987(3329 sayılı Kanun ile), 2001(4629 sayılı Kanun ile), 2003(4928 sayılı Kanun ile) ve 2004 (5101 sayılı Kanun ile) yıllarında dört kez değişikliğe uğramıştır. Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu’nda son değişikliğin yapıldığı 2004 yılında, işbu değişiklik yapıldıktan dört ay sonra, aynı yıl içinde, Kanun, Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılması ile Desteklenmesi Hakkında Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Ülkemizde zorunlu bandrol uygulaması ilk olarak, 1986 yılında, 3257 sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu ile başlamıştır. Söz konusu Kanunda bandrol; “eserlerin şerit, kaset ve dış ambalajı üzerine yapıştırılan ve sökülmesi halinde yapıştırıldığı malzemenin özelliğini kaybettiren ve üzerinde Bakanlık ile işletme belgesine sahip olanın özel işaret ve seri numarası yer alan etiket” olarak tanımlanmıştır. Sinema ve müzik eserlerinin kaydedildiği taşıyıcı materyallere yapıştırılması zorunlu kılınan bu bandroller; sarı, mavi, yeşil ve kırmızı renkte kolay taklit edilen bandrollerdi. Daha sonra, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda 1995 yılında yapılan değişiklikle, süreli olmayan yayınlarda da bandrol kullanımı zorunlu hale getirilmiştir.

1997 yılında, 3257 ve 5846 sayılı Kanunların ilgili maddeleri uyarınca, bandrol uygulamasına ilişkin usul ve esasların da içerisinde yer aldığı bir yönetmelik hazırlanmıştır. Bu yönetmelik, Fikir ve Sanat Eserlerinin İşaretlenmesine İlişkin Yönetmelik adıyla, 16.11.1997 tarih ve 23172 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Fikir ve Sanat Eserlerinin İşaretlenmesine İlişkin Yönetmelik’in 5 inci Maddesinde bandrol; “süreli olmayan yayınlara, ses ve/veya görüntü taşıyıcıları ile disk ve disketlere alınmış fikir ve sanat eserleri nüshalarının üzerine yapıştırılan, sökülmesi halinde parçalan ve yapıştırıldığı malzemenin özelliğini kaybettiren nitelikte bir etiket” olarak tanımlanmıştır. Aynı yönetmelikte Umumi Mahallerde Kullanım bandrolüne ilişkin esaslar da belirlenmiştir. Daha sonra, 1998 yılında, süreli olmayan yayınlarda bandrol kullanımına ilişkin olarak bir tebliğ hazırlanmıştır. Bu tebliğ, 30.06.1998 tarih ve 23388 sayılı Resmi Gazetede Süreli Olmayan Yayınlar da Güvenlik Hologramı Uygulamasına İlişkin Tebliğ adıyla yayımlanarak yürürlüğe konulmuştur. Bandrol uygulamasında güvenlik hologramının kullanılmasının önemi ise, söz konusu hologramlar, taşıdıkları seri numaraları ve sadece optik okuyucu ile okunabilen şifreleri nedeniyle taklit edilmesi oldukça güç bir nitelik taşımaktadır.

Güvenlik hologramı uygulaması sadece Türkiye’ye mahsus değildir. ABD Dışişleri Bakanlığı Uluslararası Bilgi Programları Ofisi’nin yayımlanmış olduğu Fikri Mülkiyet Hakları kılavuz kitabında yer alan örnekler incelendiğinde, korsanlıkla mücadele etmek amacıyla etkin bir uygulama ve izleme mekanizmasının oluşturulmasına yönelik olarak gerçekleştirilen yasal düzenlemelere benzer düzenlemelerin aynı sorunla karşı karşıya kalan ülkelerde de yapıldığı açıkça görülmektedir. Ayrıca Portekiz’de uygulanan sistem de Türkiye’dekine benzerlik göstermektedir. Bunlardan başka, Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan “Ortak Pazarda Taklitçiliği ve Korsanlığı Önlemek” başlıklı “Green Paper” (Yeşil Kağıt)da korsan ve taklitçilikle etkin bir mücadele için gerekli bir takım paralel önlemlerden bahsedilmektedir. Söz konusu belgede; paralel önlemler dört ana grupta toplanmıştır; özel sektör tarafından izlenme, teknik araçların kullanımı, fikri mülkiyet haklarının ihlal edilmesi halinde uygulanacak müeyyideler ve yetkili kişiler arasında idari işbirliği. Söz konusu teknik araçlar güvenlik hologramları, optik araçlar, chip kartlar, manyetik sistemler, biometrik kodlar, özel mürekkepler, küçük etiketler vb.dir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda 2001 yılında 4630 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra, aynı yıl, bandrol uygulamasına ilişkin bir yönetmelik hazırlanmıştır. İşbu yönetmelik 08.11.2001 tarih ve 24577 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak, Bandrol Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik adıyla yürürlüğe girmiştir. Yukarıda bahsi geçtiği üzere 2004 yılında, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda dördüncü değişiklik yapılmış ve bu bağlamda Bandrol Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte de değişiklik yapılması gereği doğmuştur. Nitekim,

FSEK 81. maddesi⁶⁹⁵ bandrol yükümlülüğüne aykırı hareketleri belirleyip cezai yaptırıma bağlamıştır. Ancak bandrollerin temini ve uygulanması ile ilgili esaslar, “Bandrol Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik”te

“Bandrol Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik”, 06.11.2004 tarih ve 25635 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. On üç maddeden oluşan Bandrol Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile Bandrol Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’in yedi maddesi değiştirilmiş ve bir maddesi yürürlükten kaldırılmış, ayrıca Yönetmelik’e üç tane madde ve bir de geçici madde eklenmiştir.” (Bandrol Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik’e İlişkin Bilgi Notu) Bkz. <http://www.kultur.gov.tr> adresli internet sitesi.

⁶⁹⁵ **FSEK Madde 81-** Musiki ve sinema eserlerinin çoğaltılmış nüshaları ile süreli olmayan yayımları bandrol yapılandırılması zorunludur. Ayrıca, kolay kopyalanmaya müsait diğer eserlerin çoğaltılmış nüshalarına da eser veya hak sahibinin talebi üzerine bandrol yapılandırılması zorunludur. Bandroller, Bakanlıkça bastırılır ve satılır. Bakanlıkça belirlenen satış fiyatı üzerinden meslek birlikleri aracılığı ile de bandrol satışı yapılabilir.

Bandrol alınabilmesi için, bandrol talebinde bulunanın yasal hak sahibi olduğunu beyan eden bir taahhütnameyi doldurması zorunludur. Bakanlıkça tespit edilen diğer evrak ve belgelerle birlikte başvuru yapılır. Bakanlık, bu başvuru üzerine başka bir işleme gerek kalmaksızın on iş günü içinde bandrol vermek mecburiyetindedir. Beyana müstenit yapılan bu işlemlerden Bakanlık sorumlu tutulamaz.

Bandrol yapılandırılması zorunlu nüshaların tespit edilmesi ve çoğaltılmasına ilişkin materyalleri üreten veya bu materyallerin dolum ve çoğaltımını yapan yerler, bu maddede belirtilen taahhütnamenin bir kopyasını almak, saklamak ve istendiğinde yetkili makamlara ibraz etmekle yükümlüdür.

Bandrol yükümlülüğüne aykırı ya da bandrolsüz olarak bir eseri çoğaltıp satışa arz eden, satan, dağıtan veya ticarî amaçla satın alan ya da kabul eden kişi bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

Bakanlık ile mülki idare amirleri bandrollenmesi zorunlu olan nüshaların ve süreli olmayan yayımların, bandrollü olup olmadıklarını her zaman denetleyebilir. Gerekli görüldüğünde, mülki idare amirleri re’sen veya Bakanlığın talebi ile bu denetimi gerçekleştirmek üzere illerde denetim komisyonu oluşturabilir. İhtiyaç hâlinde, bu komisyonlarda Bakanlık ve ilgili alan meslek birlikleri temsilcileri de görev alabilirler.

Bu denetimler sırasında bu Kanunda koruma altına alınan hakların ihlal edildiğinin tespiti hâlinde 75 inci maddenin üçüncü fıkrası uyarınca işlem yapılır.

Bu Kanun kapsamında korunan, yasal olarak çoğaltılmış, bandrollü nüshaların da yol, meydan, pazar, kaldırım, iskele, köprü ve benzeri yerlerde satışı yasaktır. Bu yasağa aykırı hareket edenler, Kabahatler Kanununun 38 inci maddesinin birinci fıkrasına göre cezalandırılır.

Bu maddede belirtilen hususların uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir.

Sahte bandrol üreten, satışa arz eden, satan, dağıtan, satın alan, kabul eden veya kullanan kişi üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

Bir eserle ilgili olarak usulüne uygun biçimde temin edilmiş bandrolleri başka bir eser üzerinde tatbik eden kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis ve bin beş yüz güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

Yetkisi olmadığı hâlde, hileli davranışlarla bandrol temin eden kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

Yetkisi olmayan kişilere bandrol temin eden kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

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

Bu Kanunda tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, ilgili tüzel kişi hakkında Türk Ceza Kanununun tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

(BUIUEHY -Bandrol Yönetmeliği) ayrıca düzenlenmiştir. Söz konusu yönetmeliğin 1. maddesinde, bandrol uygulamasının amacına da değinilmiştir;

“Bu Yönetmeliğin amacı, eser ve hak sahiplerinin haklarının takip edilmesini sağlamak ve mali haklara tecavüzü önlemek amacıyla musiki ve sinema eseri nüshaları ile süreli olmayan yayınlarda zorunlu, kolay kopyalanmaya müsait diğer eser gruplarında ise isteğe bağlı olarak kullanılacak bandrolün temini, kullanımı uygulamanın denetlenmesi ve bandrol gelirlerinin kullanılması hakkında usul ve esasları belirlemektir.”

Bandrol; “fikir ve sanat eserlerinin izinsiz çoğaltılmalarının ve taklit edilmelerinin önlenmesi amacıyla, fikir ve sanat eserlerinin çoğaltılmış nüshaları ile süreli olmayan yayınların üzerine yapıştırılan, sökülmesi halinde parçalan ve yapıştırıldığı malzemenin özelliğini kaybettiren nitelikte güvenlik şeridi içeren holografik özellikli bir güvenlik etiketi”dir (Bandrol Yönetmeliği md.4/a).

FSEK'nun 81. maddesinin 7. fıkrası dışında, 81. maddede düzenlenen bütün suçlar, bandrol yapıştırma zorunluluğu ile amaçlanan korumayı ihlale yönelik fiilleri içermektedir. Maddede bandrol yapıştırılması zorunlu kılınan eserler, müzik ve sinema eserleri tesbitlerinin çoğaltılmış nüshaları ile süreli olmayan yayınlardır. “Müzik ve sinema eserlerinin çoğaltılmış nüshaları” ibaresi ile musiki eserlerinin basımı ve hem musiki hem sinema eserlerinin video, VCD, DVD ve sair ses ve görüntü kaydına ve iletimine yarayan araçlara alınması kastedilmiştir ve teknik ilerlemeler sonucunda bugün bilinmeyen araçlar bulunduğu takdirde, bunlar da zorunluluğun kapsamına girecektir⁶⁹⁶. Süreli olmayan yayın ise; fikir ve sanat eserlerini içeren, belirli sürelerle tabi olmaksızın yayımlanan; gazete, dergi, ünite dergisi, yıllık, almanak ve benzeri yayınlar dışındaki her tür yayındır (Bandrol Yönetmeliği md.4/c). Dolayısıyla bandrol suçlarının konusunu, sayılan eser nüshaları oluşturur. Ancak, temelde bandrol yapıştırma zorunluluğu olmayan dergi, yıllık v.b. gibi süreli yayınlar ve kolay kopyalanmaya müsait diğer eser gruplarında, eser veya hak sahiplerinin bandrol yapıştırılması talebi varsa, bu yayınlara bandrol yapıştırılması da zorunlu hale gelir. Bandrol Yönetmeliği'nin 5. maddesinde, bandrol

⁶⁹⁶ İlhami GÜNEŞ, Fikir ve Sanat Eserleri Yasasının 03.03.2004 Tarihli 5101 Sayılı Yasa İle Değişik 81. Maddesine Göre Bandrol Yoluyla Re'sen Sağlanan Koruma, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Y.5, C.5, S.2005/3, s.19-20

kullanılması eser veya hak sahiplerinin isteğine bağlı tutulan eserler sayılmış ve sayılanlar dışında kolay kopyalanmaya müsait diğer eser nüshalarına da talep halinde zorunlu olarak bandrol yapıştırılacağı hükme bağlanmıştır⁶⁹⁷.

Haklara tecavüzlerin önlenmesi amacıyla FSEK 81. maddede düzenlenen suçlar, re'sen kovuşturulacak suçlardır. Bandrol yükümlülüğüne aykırı eser nüshaları hakkında hak sahiplerinin herhangi bir şikayet veya talebi olması beklenmeksizin re'sen güvenlik tedbirleri uygulanır ve kovuşturma yapılır.

B-KORUNAN HUKUKİ YARAR

FSEK 81. maddesinde düzenlenen suçlarla; hem genel anlamda eser sahiplerinin mali haklarının, hem de kamu düzeninin muhafazası amaçlanmaktadır. Bandrol yükümlülüğü, eser veya hak sahiplerinin muvafakati ile terk edilebilecek

⁶⁹⁷ **BULGARY Madde 5:** Kanunun öngördüğü koruma sürelerine tabi fikir ve sanat eserlerini içeren süreli olmayan yayınlar ile kayıt ve tescili yapılan sinema ve müzik eseri nüshalarına, ticari dolaşıma girmeden önce bandrol yapıştırılması zorunludur.

Aşağıda sayılan hallerde bandrol kullanılması eser veya hak sahiplerinin isteğine bağlıdır: **a)** Kanunun öngördüğü koruma süreleri sona eren fikir ve sanat eserlerini içeren süreli olmayan yayınlar, **b)** Kanunun 31 ve 32 nci maddelerinde bahsi geçen ve resmen yayınlanan veya ilan olunan, kanun, tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge, kazai kararlar ile söz ve nutuklardan ibaret yayınlar, **c)** Eğitim ve öğretim kurumlarında eğitim ve öğretim amacıyla kullanılacak yayınlardan, ön ve arka kapaklar ile belirli sayfalarda 14 puntodan küçük olmamak üzere, "Tanıtım nüshasıdır, para ile satılamaz." ibaresi taşıyan tanıtım nüshaları, **d)** Merkezi yurt dışında bulunan yayinevleri tarafından yine yurt dışında satışı yapılmak üzere ve ülke içinde ticari dolaşıma sunulmamak kaydıyla sadece basımı ülke içinde yaptırılan yayınlar, **e)** Tanıtım veya eğitim amaçlı katalog, broşür, kullanım kılavuzu ve tarifeler, **f)** Bandrollenmiş sinema ve müzik eseri nüshaları ile süreli olmayan yayınların ekinde verilen içerik tamamlayıcı niteliği bulunan materyaller, **g)** Kanunun 48 inci maddesi çerçevesinde mali hakların yayinevlerince devralındığına dair bir taahhütname ibraz edilmesi kaydıyla kapak hariç 96 sayfayı geçmeyen, okul öncesi ve ilköğretime yönelik eğitim amaçlı süreli olmayan yayınlar, **h)** Gümrük ve posta işlemleri sırasında ticari dolaşıma girme amacı taşımaksızın ilgili birimlere taahhüt verilmesi kaydıyla incelenmek üzere yurtdışından gönderilen örnek kitaplar. **ı)** Milli Eğitim Bakanlığı tarafından öğrencilere ücretsiz dağıtılan ders kitapları. Bu maddenin ikinci fıkrası hükümleri çerçevesinde bandrolsüz piyasaya sürülen yayınların birinci sayfasında veya arka kapağında 14 puntodan küçük olmamak kaydıyla "Bandrol Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 5 inci maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde bandrol taşıması zorunlu değildir" ibaresinin bulundurulması zorunludur. Söz konusu fıkranın (d) ve (f) bentlerinde tanımlanan hallerde bu ibarenin kullanılması zorunlu değildir. Gazete, dergi ve bunun benzeri süreli yayınlar ekinde veya herhangi bir biçimde promosyon amacıyla ücretsiz olarak dağıtılan bandrollenmesi zorunlu eser nüshaları ile süreli olmayan yayınlara dağıtımın promosyon amacıyla yapıldığını gösterir bir bandrol yapıştırılır.

Ayrıca, Kanun kapsamında korunan ve kolay kopyalanmaya müsait diğer eser nüshalarına da eser veya hak sahibinin talebi üzerine bandrol yapıştırılması zorunludur. Bu eser nüshalarına bandrol verilebilmesi için eserlerin kayıt ve tescilinin yapılmış olması gerekir.

Bu Yönetmeliğin 6 ncı maddesinde belirtilen şekilde temin edilecek bandroller eserlerin taşıyıcı materyallerinin şekli özelliğine göre denetim sırasında kolayca görülebilecek şekilde yapıştırılır.

mahiyyette değildir ve devletin düzenli denetimine tabidir. Nitekim bandrol suçları re'sen kovuşturulan, herhangi bir müracaata gerek kalmaksızın adli takibe alınan ve önlenen suçlardır. Kanun koyucu bandrol yükümlülüğüyle, fikir ve sanat eserlerinin piyasadaki dolaşımının hukuka uygun surette gerçekleşmesini destekleyecek bir sistem geliştirmiştir. Bandrol yükümlülüğüne aykırılık teşkil eden fiillerin suç olarak düzenlenmesi ile de, bu sistemin korunması amaçlanmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 19.07.2005 tarihli kararında⁶⁹⁸, FSEK'nun 81. maddesinde korunan hukuki değer, eser sahibi veya hak sahiplerinin haklarından ziyade, eserlerde bandrol uygulanmasını yerleştirmek ve denetlemek olduğunu vurgulamıştır.

FSEK 81. madde ile korunan hukuki yarar; dolaylı da olsa eser ve bağlantılı hak sahiplerinin haklarının korunması, bir yandan da eser nüshalarının bandrole bağlı sürüm ve dolaşımının sağlanmasıyla kayıtlı ekonomik-ticari hayatın kurulması olup, eser sahipleri ve bağlantılı hak sahipleri dahi eserlerini bandrolsüz olarak satamayacak ve sattıramayacaktır⁶⁹⁹.

C- SUÇUN UNSURLARI

1- MADDİ UNSURLAR

Suç oluştururken unsurlar arasında maddi unsurun muhakkak yer aldığı tartışma yoktur ve her suç tipinde “hareket”, “netice” ve “sebebiyet alakası” (illiyet bağı) maddi unsurları mevcuttur⁷⁰⁰. Hareket, netice ve illiyet bağı, suçun maddi unsurları arasındaki “fiil”i meydana getiren unsurlardır. Fiil yanında, “fail”, “mağdur”, “konu” ve “nitelikli unsurlar” da suçun maddi unsurları arasında mütalaa edilmektedir⁷⁰¹. Çalışmamızda, 81. maddede düzenlenen suçun maddi unsuru; fiil, fail, mağdur, konu, nitelikli unsurlar, alt başlıkları ile incelenecektir.

⁶⁹⁸ Yarg. CGK, T.19.07.2005, E.2005/7-67, K.2005/97 (bkz. Kazancı İçtihat Bankası)

⁶⁹⁹ GÜNEŞ, 5101 Sayılı Yasa, s.20

⁷⁰⁰ KUNTER, Maddi Unsurlar, s.3

⁷⁰¹ ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.228, 235 v.d.

i- FİİL

Bandrol suçları FSEK'nun 81. maddesinin 4., 9., 10., 11., 12. fıkralarında düzenlenmiştir⁷⁰². Maddedeki suçların tasnifi, fiillerin net biçimde hangi fıkradaki suç kapsamına gireceği konusunda tereddüde yol açabilecek niteliktedir. Maddenin 4. fıkrasında, bir eseri “*bandrolsüz olarak*” ya da “*bandrol yükümlülüğüne aykırı olarak*” çoğaltıp yaymak ya da kabul etmek fiilleri suç sayılmıştır. Diğer yandan, maddenin 9. ila 12. fıkralarında; bir eser için alınan bandrolü başka eserde kullanmak, hileli davranışlarla veya yetkisi olmayan kişilere bandrol temin etmek, sahte bandrol üretmek satmak veya kabul etmek fiilleri ayrıca suç olarak gösterilmiştir. Bu fiillerin suç olarak kanuni tanımda yer alması isabetlidir. Ancak 4. bentte yer alan “bandrol yükümlülüğüne aykırı olarak” ibaresinin, maddenin diğer fıkralarında düzenlenen bu suçları kapsayıp kapsamadığı net değildir. Zira 81. maddenin özellikle 9., 11., 12. fıkralarında sayılan suçlar, “bandrol yükümlülüğü” altında bulunmayan kimselerce işlenebilecek suçlardır. “Bandrol yükümlülüğüne aykırılık” ibaresiyle maddede sayılan her türlü bandrol suçunu oluşturan fiiller kastedilmekte ise, 9., 10., 11., 12. fıkralarda sayılan fiillerle bandrollenen eserleri yaymak veya kabul etmek halinde, hem 4. fıkra kapsamındaki hem de 9., 10., 11. veya 12. fıkralar kapsamındaki suçların gerçekleştiğini kabul etmek gerekecektir. Ancak 9., 10., 11., 12. fıkralarda sayılan suçların bazıları, bu fiillerle elde edilen bandrolleri taşıyan eserleri yaymayı da kapsamaktadır.

Maddi Unsurlar, ve bandrol suçlarının içtimama ilişkin kısımlarda, hangi fiillerin suç teşkil ettiği üzerinde durulacaktır. Ancak bununla beraber, kanundaki “bandrol yükümlülüğüne aykırılık” şeklindeki muğlak ifade yerine, suç tanımı için gereken derecede açık bir kanuni unsura yer verilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

FSEK 81. maddede yer alan suçlar da, 71. maddede düzenlenen suçlar gibi “serbest hareketli”, “icrai” ve “şekli (neticesi harekete bitişik)” suçlardır.

FSEK 81/4. maddede yer alan eseri “bandrolsüz” olarak ticari dolaşıma sokmaya yönelik suç, sadece, kanunda ve yönetmelikte bandrol zorunluluğuna tabi olduğu belirtilen eserler hakkında işlenebilir. Kanaatimizce bunun dışında 81.

⁷⁰² Maddenin 7. fıkrasında, yasal olarak çoğaltılmış, bandrollü nüshaların yol, meydan, pazar, kaldırım, işkele, köprü ve benzeri yerlerde satışı da suç olarak düzenlenmiş olmakla beraber, bu fıkradaki suç bandrol yükümlülüğüne ilişkin değildir.

maddede düzenlenen diğerk suçlara konu edilen eserler bandrol zorunluluğuna tabi olsun olmasın, suç sayılan fiillerin icrası, suçu oluşturacaktır.

Son olarak, hukuka aykırı bandrollenmiş eserler için açıkça “dağıtılması, satışı, satışa arzı” gibi piyasaya sunuma dair ifadelerin kanuni unsurda yer almadığı suçlarda, bandrolün eser üzerine yapıştırılmış olması suçun oluşumu için kafidir. Bu gibi hallerde eserin yayılmaya başlanmış olup olmadığı, kanuni tipte suçun oluşumu için öngörülmediğinden, önem taşımaz.

a- Bandrol Yükümlülüğüne Aykırı ya da Bandrolsüz Olarak Bir Eseri Yayma, Satışa Arz Etme, Ticari Amaçla Satın Alma ya da Kabul Etme

FSEK’nun 81/4. maddesi ile; bandrol yükümlülüğüne aykırı ya da bandrolsüz olarak bir eseri çoğaltıp satışa arz etmek, satmak, dağıtmak veya ticarî amaçla satın almak ya da kabul etmek, fiilleri suç sayılmıştır. Söz konusu bentte düzenlenen suç, farklı fiillerle meydana getirilebilir;

- Bandrolsüz bir eseri satışa arz etmek, satmak, dağıtmak,
- Bandrolsüz bir eseri ticarî amaçla satın almak ya da kabul etmek,
- Bir eseri bandrol yükümlülüğüne aykırı olarak satışa arz etmek, satmak, dağıtmak,
- Bir eseri bandrol yükümlülüğüne aykırı olarak ticarî amaçla satın almak ya da kabul etmek.

“Satışa arz etmek”, “satmak”, “dağıtmak”, “ticari amaçla satın almak” eylemlerinin mahiyeti, 71. madde kapsamındaki “hukuka aykırı dağıtmak” ve “hukuka aykırı işlenen veya çoğaltılan nüshaları yayma ve ticaret konusu yapma” fiillerine ilişkin açıklamalarımızda incelenmiş olup, aynı eylemlerin bandrolsüz veya bandrol yükümlülüğüne aykırı surette bandrollenmiş eser nüshaları hakkında gerçekleştirilmesi, 81/4. maddede yer alan suçu oluşturur. Ancak 81/4. maddede “ticari amaçla kabul etmek” fiili de suç olarak gösterilmiştir. Ticari amaçla “kabul etme” fiilinin maddede suç olarak gösterilmesiyle, satın alınmayan, ancak satmak, kiralamak ve sair ticari amaçlarla kullanılan ya da kullanılacak olan nüshaların da suç tanımında yer alması sağlanmıştır. Dolayısıyla satış işlemine konu olmayan bandrolsüz veya bandrol yükümlülüğüne aykırı surette bandrollenmiş nüshaların herhangi bir ticari amaçla kullanılmak üzere tevdi alınması da, suçu oluşturur.

Maddede, suç teşkil eden fiiller sıralanmadan önce “çoğaltıp” ifadesi kullanılmıştır. Ancak kanaatimizce burada geçen “çoğaltmak” ibaresi, doğrudan suçun maddi unsuru kapsamında değerlendirilemez. Zira bandrol yükümlülüğüne aykırılık fiilleri, eseri çoğaltan kişi tarafından işlenebileceği gibi, başkası tarafından çoğaltılmış olan eser nüshaları üzerinde de işlenebilir. Maddede 5728 S.Kanunla yapılan değişiklikten önce, 81/9-1. madde hükmünde yer alan “çoğaltan ve yayan veya eser sahibinin ve bağlantılı hak sahibinin haklarını ihlal edecek şekilde bedelsiz yayan ...” ifadeleri, haklı eleştirilerle karşılanmaktaydı. Nitekim çoğaltma ve yayma ayrı haklar olduğu için kanunun metnine sadık kalındığında çoğaltma “ve” yayma fiillerinin birlikte işlemeyen, sadece bandrolsüz eser nüshalarını yayan kişinin fiilinin “suçta ve cezada kanunilik” ilkesi uyarınca tipe uygun sayılamayacağı, maddenin çoğaltan “veya” yayan şeklinde değiştirilmesi gerektiği⁷⁰³ ifade edilmekteydi. Söz konusu değişiklikle, “çoğaltıp satışa arz eden ...” ibaresi maddeye eklenmiş ve görüldüğü üzere hatalı ifade düzeltilmemiştir. Uygulamada, sırf madde metnindeki lafzi hata sebebiyle tipe uygun eylemin belirlenmesinde güçlükler yaşanacaktır. Zannımızca, “çoğaltıp” ifadesi, hukuka aykırı çoğaltılmış nüshaların henüz dolaşıma sunulmadan, yani bandrol yapıştırma safhasına geçilmeden önce re’sen tesbit edilip ele geçirildiği hallerde, hukuka aykırılığı, bandrol yükümlülüğüne aykırılık suçları kapsamında değerlendirebilmek amacıyla kanuna konmuştur. Nitekim hukuka aykırı çoğaltılmış nüshaların hukuka uygun surette bandrollenmesi mümkün olmayacaktır. Ancak belirttiğimiz üzere, maddenin bu haliyle tipe uygun eylemin, özellikle bu nüshaları çoğaltmadan bandrol suçunu işleyen kimseler hakkında oluştuğunun kabulü, uygulamada sorun yaratabilecektir.

Bandrol suçları arasında düzenlenen “bandrol yükümlülüğüne aykırı ya da bandrolsüz olarak bir eseri çoğaltıp satışa arz eden, satan, dağıtan veya ticarî amaçla satın alan ya da kabul eden” kişilerin fiillerinde, suçun meydana geldiği zamanın tesbiti özellik arz eder. Nitekim BUIUEHY’in 5/1. maddesinde, eserin hangi aşamada bandrollenmesi gerektiği gösterilmiştir; “Kanunun öngördüğü koruma sürelerine tabi fikir ve sanat eserlerini içeren süreli olmayan yayınlar ile kayıt ve tescili yapılan sinema ve müzik eseri nüshalarına, ticari dolaşıma girmeden önce bandrol

⁷⁰³ ALBAYRAK, Hakim Gözüyle, s.66-67 ; GÜNEŞ, 5101 Sayılı Yasa, s.21-22 ; ÖZDERYOL, s.217-218

yapıştırılması zorunludur.” Dolayısıyla hak sahiplerinin, bandrol yükümlülüğünü yerine getirmeleri eserin ticari dolaşıma girdiği ana kadar mümkün olduğundan, bundan önce eserin bandrolsüz olarak hak sahibi nezdinde bulundurulması, nakledilmesi, taşınması aşamalarında eserlerin bandrolsüz olduğundan bahisle suçun oluştuğu kabul edilemez. Eser üzerinde hak sahibi olan kişilerin bu suçu işlemesi ancak, hak sahibinin eseri bandrolsüz olarak ticari dolaşıma sokması veya hak sahibinin eserin dolaşıma girmesini engellemeyeceği şekilde üçüncü kimselere tevdi halinde söz konusu olur.

FSEK 81/4. maddede düzenlenen suçun oluşması için, eser nüshalarının hukuka uygun surette veya hukuka aykırı surette çoğaltılmış olmasının bir önemi yoktur. Suç, eser sahibinin yazılı izni ile hukuka uygun surette çoğaltılmış eser nüshaları üzerinde de işlenebilir. Suçun oluşması için gözetilen husus, her ne surette çoğaltılmış olursa olsun, eser nüshalarının bandrol yükümlülüğüne aykırı şekilde bandrollenmesi veya bandrolsüz olarak yayılmasına yönelik fiillerdir. Ancak çoğaltma işlemi de hukuka aykırı ise, FSEK 71/1-1. maddesindeki “hukuka aykırı çoğaltma” suçu da ayrıca oluşur ve her iki fiili aynı kişi ika etmişse FSEK 81/13. madde hükmü uygulanır.

Maddenin 4. bendinde suç olarak sayılan yayma, satışa arz etme, ticari amaçla satın alma veya kabul etme fiilleri; üzerinde bandrol bulunmayan eser nüshaları yanında, bandrol yükümlülüğüne aykırı surette bandrollenmiş eser nüshalarını da kapsamaktadır. Bu çerçevede, 4. fıkradaki “bandrol yükümlülüğüne aykırı” ibaresinin kapsamı belirlenmelidir. 81. maddenin 9., 10., 11., 12. fıkralarında yer alan suçların, bandrol yükümlülüğüne aykırı fiiller içerdiği kabul edilecektir. Ancak 9. fıkroda düzenlenen sahte bandrole ilişkin suçlar arasındaki “sahte bandrolü kullanmak” ve 10. fıkroda düzenlenen “usulüne uygun biçimde temin edilmiş bandrolleri başka bir eser üzerinde tatbik etmek” fiillerine ilişkin suç tanımları, bandrol kullanımını da içerdiğinden, bu fıkralarda düzenlenen suçlar bakımından “bandrol yükümlülüğüne aykırı”lık sebebiyle 4. fıkra değil, 9. veya 10. fıkralar uygulanacaktır. Ancak 11. ve 12. fıkralarda düzenlenen “hileli davranışlarla bandrol temini” veya “yetkisi olmayan kişilere bandrol temini” suçunun kanuni unsuru, temin edilen bu bandrollerin kullanılması fiilini de içermediğinden, sayılan şekillerde temin edilen bandrollerin eser nüshaları üzerinde kullanılması kanaatimizce 4. fıkradaki “bandrol

yükümlülüğüne aykırı surette” ibaresi kapsamında değerlendirilebilir. Nitekim 11. ve 12. fıkralardaki suçlar, aslen eser üzerinde hak sahibi olmayan “yetkisiz” kişilerin eser nüshalarını bandrollemesini sağlamaya yönelik fiillerden oluşmaktadır ve bandrol temini ile suçlar tamamlanmaktadır.

Ancak, FSEK 81/10. maddede düzenlenen “usulüne uygun biçimde temin edilmiş bandrolleri başka bir eser üzerinde tatbik etme” suçunun maddi unsuruna dair açıklamalarımızda izah edileceği üzere; kanaatimizce, 81/10. maddede düzenlenen suçta “tatbik etme” fiili, bu bandrollerin yapıştırıldığı nüshaların satışa arz edilmesi, satılması, dağıtılması fiillerini kapsayacak, bu şekilde bandrollenen eser veya ürünleri ticarî amaçla satın almak ya da kabul etmek fiilleri ise, manevi unsurun mevcut olması kaydıyla 81/4. maddede düzenlenen bandrol yükümlülüğüne aykırı olarak bir eseri ticarî amaçla satın almak ya da kabul etmek suçu kapsamında değerlendirilebilecektir.

Netice itibariyle 81. maddenin lafzı çerçevesinde 4. fıkroda düzenlenen suçu; bir eseri bandrolsüz olarak veya bandrol yükümlülüğüne aykırı fiillerle bandrolleyerek yaymak, satışa arz etmek, ticari amaçla satın almak veya kabul etmek fiilleri oluşturur.

b- Sahte Bandrol Üretme, Satma, Satışa Arz Etme, Dağıtma, Satın Alma, Kabul Etme, Kullanma

Sahte bandrol üretmek, satışa arz etmek, satmak, dağıtmak, satın almak, kabul etmek veya kullanmak, bandrol suçları arasındadır (FSEK’nun 81/9).

Yukarıda da belirtildiği gibi, bandrol yükümlülüğünün temel amaçlarından biri, hukuka aykırı surette çoğaltılmış eser nüshalarının dolaşımını engellemektir. Bandrolsüz eser nüshaları hakkındaki takibat re’sen yapılacağı için, kolluğa bandrolsüz eser nüshalarını tespit ettiği her alanda re’sen harekete geçme yetkisi tanınmış ve bandrolsüz kitap, CD, DVD gibi eser nüshalarının re’sen zapt edilmesi mümkün hale gelmiştir.

Bandroller, Bakanlıkça (Kültür ve Turizm Bakanlığı) bastırılır ve satılır. Bakanlıkça belirlenen satış fiyatı üzerinden meslek birlikleri aracılığı ile de bandrol satışı yapılabilir (FSEK md. 81/1). Sinema ve müzik eseri nüshalarında kullanılan bandroller İstanbul Telif Hakları ve Sinema Müdürlüğü’nden, süreli olmayan yayımlar için kullanılan bandroller ise İstanbul’da İstanbul Telif Hakları ve Sinema

Müdürlüğü'nden, diğer illerde ise il kültür müdürlüklerinden temin edilir. (BUIUEHY md. 6/1)⁷⁰⁴. Ayrıca usulüne uygun surette Kültür ve Turizm Bakanlığı'ndan bandrol alabilmek için hak sahiplerinin; eser adını, eser üzerinde devraldıkları hakları, eseri çoğaltan kimseyi, çoğaltım sayısını ve bandrolü talep eden gerçek veya tüzel kişinin bilgilerini içeren bir taahhünameyi bakanlığa vermeleri gerekmektedir (BUIUEHY md. 6/2).

Eser üzerindeki hakların ihlali ile haksız kazanç sağlayan ve ticari alanda oldukça geniş bir faaliyet hacmi kazanan korsan sektörü; korsan eser nüshalarının hukuka aykırı surette çoğaltılmış olduğunu gizleyebilmek amacıyla, yasal bandrollere benzer sahte bandrol üreterek, bunları korsan eserler üzerinde kullanma yoluna gitmektedir. FSEK 81/9. maddesi ile, sahte bandrol üretmek, sahte bandrolleri satışa arz etmek, satmak, dağıtmak, satın almak, kabul etmek veya kullanmak fiilleri suç sayılmıştır.

Maddede geçen sahte bandrolü “üretmek”, “satışa arz etmek”, “satmak”, “dağıtmak”, “satın almak”, “kabul etmek”, “kullanmak” fiillerinden herhangi birini işleyen, örneğin sahte bandrolü sadece üreten ama satmayan, ya da başkası tarafından üretilmiş olan sahte bandrolü sadece satan, sadece başkalarına dağıtan, sadece satışa arz eden, kendisine bedelli veya bedelsiz sunulan sahte bandrolü sadece kabul eden ya da herhangi bir surette ele geçirdiği sahte bandrolleri eser veya bağlantılı hakka konu ürün üzerine yapıştırmak suretiyle kullanan fail, 81/9. maddedeki suçu işlemiş olacaktır. Fıkroda sayılan fiillerin, suçun seçimlik hareketleri olduğu ifade edilmektedir⁷⁰⁵.

Sahte bandrolün aldatma kabiliyetinin olup olmadığı, suçun oluşmasında önem taşımaz. Nitekim yasada sahteliğe bağlı bir zarar unsuru gözetilmemektedir⁷⁰⁶. Aldatma kabiliyeti olmasa dahi sahte bandrollerin üretilmesi, kullanılması, satışa arzı, satış ve dağıtımı, kabul edilmesi, suçu oluşturur.

⁷⁰⁴ Bandrol Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 6/1. maddesi uyarınca; bandroller Bakanlık (Kültür ve Turizm Bakanlığı) tarafından bastırılır. Sinema ve müzik eseri nüshalarında kullanılan bandroller İstanbul Telif Hakları ve Sinema Müdürlüğü'nden temin edilir. Süreli olmayan yayınlar için kullanılan bandroller ise İstanbul'da İstanbul Telif Hakları ve Sinema Müdürlüğü'nden diğer illerde ise il kültür müdürlüklerinden temin edilir. Bakanlık (Kültür ve Turizm Bakanlığı) meslek birlikleri aracılığıyla veya uygun gördüğü takdirde tespit edeceği başka yerlerde de bandrol satışı yapabilir.

⁷⁰⁵Bkz. YAZICIOĞLU, s.475 ; Engin ERDİL, İçtihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, Güncelleştirilmiş 3. Bası, C.II, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2009, s. 1637; ÖZDERYOL, s. 224

⁷⁰⁶ GÜNEŞ, 5101 Sayılı Yasa, s.23 ; ÖZDERYOL, s.224 ; ERDİL, Şerh, s.1636

Maddedeki sahte bandrolü kullanma fiili, eserlerin ya da icra, fonogram, yapımların çoğaltılmış nüshaları üzerine sahte bandrollerin yapıştırılmasıdır. Kanaatimizce, üzerinde sahte bandrol bulunan nüshaların; 81/4. maddede sayılan satışa arz etmek, satmak, dağıtmak veya ticarî amaçla satın almak ya da kabul etmek fiillerine konu edilmesi de, 81/9. maddedeki “kullanma” kavramına dahildir.

FSEK 81/9. maddede düzenlenen, sahte bandrollerin kullanılması suçunun oluşması için, sahte bandrollerin tatbik edildiği eser nüshalarının hukuka uygun surette veya hukuka aykırı surette çoğaltılmış olmasının bir önemi yoktur. Suç eser sahibinin yazılı izni ile hukuka uygun surette çoğaltılmış eser nüshaları üzerinde de işlenebilir. Gözetilen husus, her ne surette çoğaltılmış olursa olsun, eser nüshalarına sahte bandrollerin yapıştırılmış olmasıdır. Ancak çoğaltma işlemi de hukuka aykırı ise, FSEK 71/1-1. maddesinde düzenlenen “hukuka aykırı çoğaltma” suçu da ayrıca oluşur ve her iki fiili aynı kişi ika etmişse 81/13. madde hükmü uygulanır.

c- Usulünce Temin Edilmiş Bandrolleri Başka Bir Eser Üzerinde Kullanma

Bir eserle ilgili olarak usulüne uygun biçimde temin edilmiş bandrolleri başka bir eser üzerinde tatbik etmek, bandrol yükümlülüğüne aykırı bir fiil olarak bandrol suçları arasında sayılmıştır (FSEK md.81/10).

Eser veya bağlantılı hakka konu ürünler üzerinde hak sahibi olan kimselerin, Kültür ve Turizm Bakanlığı'ndan bandrol alabilmek için; eser adını, eser üzerinde devraldıkları hakları, eseri çoğaltan kimseyi, çoğaltım sayısını ve bandrolü talep eden gerçek veya tüzel kişiye ait bilgileri içeren bir taahhütnameyi bakanlığa vermeleri gerekmektedir (BUIUEHY md. 6/2)⁷⁰⁷. Bakanlık tarafından hak sahiplerine verilen

⁷⁰⁷ **BUIUEHY Madde 6:** Bandroller Bakanlık tarafından bastırılır. Sinema ve müzik eseri nüshalarında kullanılan bandroller İstanbul Telif Hakları ve Sinema Müdürlüğünden temin edilir. Süreli olmayan yayınlar için kullanılan bandroller İstanbul'da İstanbul Telif Hakları ve Sinema Müdürlüğünden diğer illerde ise İl Kültür ve Turizm Müdürlüklerinden temin edilir.

Bakanlık belirleyeceği satış fiyatı üzerinden meslek birlikleri aracılığıyla veya uygun gördüğü takdirde tespit edeceği başka yerlerde de bandrol satışı yapabilir. Fikir ve sanat eserlerinin çoğaltılmış nüshaları veya bu eserleri içeren yapımlarda kullanılacak bandrollerin türü ve özellikleri Telif Hakları ve Sinema Genel Müdürlüğünce belirlenir ve her türdeki bandrol satışı söz konusu Genel Müdürlük tarafından da yapılabilir.

Bandrol verilebilmesi için Bakanlığa hak sahiplerince bir taahhütnamenin ibraz edilmesi gerekir. Bu taahhütnamenin;

a) Eser veya fonogram veya süreli olmayan yayın, (adı, dili, yapım yılı ve benzeri)

b) Çoğaltım yapan tüzel kişi ve/veya ithalat yapıyorsa ithalatçı firma,

c) Çoğaltım sayısı,

sayılı bandrollerin her birinin üzerinde farklı bir numara bulunmaktadır. Bandrol talep eden hak sahibinin bakanlığa verdiği, bandrollerin yapıştırılacağı eser bilgileri ile kaç adet nüshanın bandrolleneceği bilgisinin bulunduğu taahhünameye, verilen bandrollerin seri halinde başlangıç ve bitiş numaraları da bakanlık yetkililerince kaydedilir. Hak sahipleri, bu şekilde usulüne uygun surette temin ettikleri bandrolleri, sadece bandrol serisinin verildiği eser nüshaları üzerinde tatbik edebilir. Hak sahibinin bu bandrolleri bakanlığa gösterdiği taahhütte kayıt altına alınan eserden başka bir eser üzerine yapıştırması ise, 81/10. maddede düzenlenen “usulüne uygun biçimde temin edilmiş bandrolleri başka bir eser üzerinde tatbik etme” suçunu oluşturur.

d) Talep edilen bandrol sayısı,

e) Devralınan veya kullanım yetkisi verilen haklar, kapsamı ve süreleri,

ile ilgili bilgileri ve gerekli görülen diğer bilgileri içermesi ve beyan edilen bu bilgilerin eksik veya yanlış olması halinde her türlü hukuki ve cezai sorumluluğun üstlenildiğinin belirtilmesi zorunludur. Ayrıca uygulamada ortaya çıkabilecek sorunların giderilmesi bakımından Bakanlık; vergi numarası, ticaret sicil kaydı, sözleşme, bandrol talebinde bulunanların yapımcılık, yayıncılık gibi alanlarda faaliyette bulduklarını gösterir ve ilgili meslek birliklerince veya Bakanlıkça uygun görülecek kuruluşlarca tanzim edilebilecek belgeleri de isteyebilir. Bandrol teminine ilişkin tüm belgelerin ibrazından itibaren en geç on iş günü içinde başkaca bir işleme gerek kalmaksızın bandrol verilir. Beyana müstenit yapılan bu işlemlerden Bakanlık sorumlu tutulamaz.

Sinema ve müzik eserlerine ilişkin yapımların tespit edildiği taşıyıcı materyallere bandrol alınabilmesi için bu yapımların kayıt-tescil edilmiş olmaları zorunludur. Bu yapımlara ilişkin ek bandrol taleplerinde, yukarıdaki fıkrada bahsi geçen taahhünameye gerek kalmaksızın teslim tutanağı ile bandrol verilebilir.

5846 sayılı Kanunun 23 üncü maddesi çerçevesinde yayma hakkının devralınması ile yurt dışından ithal edilen veya 5846 sayılı Kanunun 48 inci maddesi çerçevesinde yayınevlerince mali hakları devralınmış eğitim amaçlı süreli olmayan yayınlar için toplu olarak bandrol alınabilir. Toplu olarak bandrol alan yayınevlerinin bu bandrolleri; süreli olmayan yayınlara sevkiyat veya satış sırasında yapıştırmaları ve hangi yayınlarda veya dizilerde kullandıklarını en geç bir ay içinde Bakanlığa bildirmeleri gerekir.

Süreli olmayan yayınlarda kullanılacak bandroller bandrol talebinde bulunanların faaliyet merkezlerinin bulunduğu illerden veya hak sahibi gerçek veya tüzel kişinin yazılı olarak Bakanlığa bildireceği illerden alınır.

Sinema ve müzik eserlerini içeren yapımların tespit edildiği kaset, CD, VCD, DVD gibi taşıyıcı materyallerin tespit ve çoğaltımını gerçekleştiren dolum tesisleri hak sahiplerince yetkilendirilmiş olmaları kaydıyla ve Bakanlıkça belirlenecek esaslar çerçevesinde toplu bandrol alırlar. Toplu bandrol alan dolum tesisleri, her ay Bakanlığa, bu bandrollerin hangi eser ve yapımlar için kullanıldığını gösterir dökümlü rapor vermek ve düzenledikleri faturaları ibraz etmek zorundadır.

Dolum tesislerinin toplu bandrol alımı ve bu uygulamaya ilişkin yürüttükleri iş ve işlemler Bakanlıkça denetlenir. Bakanlık bu denetimi ilgili alan meslek birlikleri temsilcilerinin de yer alacağı bir komisyon aracılığıyla da yapabilir.

Tamamı bir defada ticari dolaşıma giren ve birbirini takip eden nüsha ve materyallerle tespit edilmiş ayrılmaz bir bütün arz eden eserler için tek bir bandrol alınabilir. Bu durumda, söz konusu nüsha ve materyaller birbirinden ayrı satılamaz ve bu husus 12 puntodan küçük olmayacak şekilde nüsha ve materyaller ile ambalajları üzerinde belirtilir.

Bandrol temin eden hak sahibinin, usulüne uygun surette temin ettiği bandrolleri, bandrolü yapıştıracağını beyan ettiği eserden başka herhangi bir esere tatbik etmesi, suçun oluşması için yeterlidir. Failin, bandrollerin yapıştırıldığı diğer eser üzerinde herhangi bir hakkının bulunup bulunmadığı önem taşımaz. Hatta bandrolün alındığı eserle tatbik edildiği diğer eserin sahibinin aynı kişi olması da, suçun oluşmasını engellemez. Önemli olan, bandrolleri kullanan kimsenin bakanlığa verdiği taahhütnamede belirttiği eserden başka bir eser üzerinde bandrolleri kullanmış olmasıdır.

Failin kasten, başka bir eser üzerinde kullanmak amacıyla, aslen hak sahibi olduğu bir eser için kullanacağı bandrol sayısından daha fazla bandrol temin etmesi halinde, kanaatimizce 81/10. maddede düzenlenen suç değil, 81/11. maddede düzenlenen hileli davranışlarla bandrol temin etme suçu meydana gelecektir. Nitekim 81/10. maddede düzenlenen suçta kullanılan bandroller, usulüne uygun surette temin edilmiş bandrollerdir ve suç, bandrollerin kullanılması aşamasında işlenmektedir. Oysa failin, baştan farklı bir eserde kullanmak amacıyla bakanlığa yanıltıcı bilgi vererek, çoğalttığı eser nüshasından çok daha fazla sayıda bandrol alması, bandrol temini aşamasında başvuru hileli davranışların sonucudur ve 81/11. maddedeki suça vücut verecektir.

FSEK 81/10. maddedeki suç tanımında yer alan “tatbik etme” fiilinin, başka bir eser için alınan bandrollerin, eser, icra, fonogram veya yapımların çoğaltılmış nüshaları üzerine yapıştırılması veya bu bandrollerin yapıştırıldığı nüshaların; satışa arz edilmesi, satılması, dağıtılmasını kapsayacağı kanaatindeyiz. Bandrolleri bakanlıktan temin eden kişiler yanında, diğer kişilerin de bu suçun faili olup olmayacağı açık değildir. Nitekim maddede, suçun bizzat temin eden kimse tarafından işlenmesi halinin cezalandırılacağına ilişkin bir açıklama bulunmamakta, sadece bu bandrollerin başka bir esere tatbik edilmesi aranmaktadır.

Maddenin genel itibariyle açık ve yeterince anlaşılır düzenlenmemiş olması sebebiyle, uygulamada hangi fiilin hangi fıkra kapsamında değerlendirileceği tereddüde yol açabilecektir. 81/10. maddede düzenlenen suçta “tatbik etme” fiilinin, bu bandrollerin yapıştırıldığı nüshaların satışa arz edilmesi, satılması, dağıtılması fiillerini de kapsadığı düşünülürse; maddenin lafzı itibariyle, bu şekilde bandrollenen eser veya ürünleri ticarî amaçla satın almak ya da kabul etmek fiilleri, manevi

unsurun mevcut olması kaydıyla 81/4. maddede düzenlenen bandrol yükümlülüğüne aykırı olarak bir eseri ticarî amaçla satın almak ya da kabul etmek suçu kapsamında değerlendirilebilecektir.

d- Hileli Davranışlarla Bandrol Temin Etme

Yetkisi olmayan kişilerin, hileli davranışlarla bandrol temin etmeleri, suçtur (FSEK md.81/11). Bu suçta temin edilmesi yasaklanan bandrol, Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın bastığı orijinal bandroldür. Fiili suç haline getiren husus, bakanlığa yanlış, yanıltıcı bilgiler verilmek suretiyle, bakanlıktan orijinal bandrol alınmasıdır. Ya da, üçüncü kişilerin usulünce temin edecekleri bandrolleri, hileli davranışlarla yetkisi olmayan failin alması da suç oluşturacaktır.

Maddedeki “yetkisi olmayan kişiler” ibaresiyle, bandrolün alındığı eser üzerinde herhangi bir hakka sahip olmayan, eseri çoğaltma veya yayma yetkisi bulunmayan kişiler kastedilmektedir. Özellikle hukuka aykırı surette çoğaltılmış eser nüshaları için, eser üzerinde herhangi bir hakkı devralmamış olan kimselerin, bakanlığa verdikleri bandrol taahhütnamesinde kendilerini hak sahibi olarak göstererek bandrol temin etmeleri, söz konusu suçun en bariz örneğidir. Bunun gibi, orijinal bandrol temin etmek amacıyla, bandrol taahhütnamesine, aslen mevcut olmayan eser isimleri yazılarak bandrol alınması da hileli davranışla bandrol temin etmek suçunu oluşturur. Kanaatimizce maddedeki, “yetkisi olmayan kişiler” ibaresi, hileli davranışlarla bandrol temin edilmesi suçunun tesbitinde belirsizliğe yol açacak niteliktedir. Zira, aslen yetkili kılınmış olan kimsenin de kendisine tanınan yetkiyi aşarak hileli davranışlarla bandrol temin etmesi mümkündür. Bu durumda, yetkinin aşıldığı kısım için yetkisiz hareket edildiği kabul edilebilecektir.

Suçun oluşması için gözetilen husus, bakanlık yetkililerini yanıltıcı fiillerle, orijinal bandrol temin edilmiş olmasıdır. Bandrol Yönetmeliği'nin 6/3. maddesi uyarınca, bandrol verilebilmesi için Kültür ve Turizm Bakanlığı'na hak sahiplerince bir taahhütnamenin ibraz edilmesi gerekir. Bu taahhütnamenin; eser veya fonogram veya süreli olmayan yayın, (adı, dili, yapım yılı ve benzeri); çoğaltım yapan tüzel kişi ve/veya ithalat yapıyorsa ithalatçı firma; çoğaltım sayısı; talep edilen bandrol sayısı; devralınan veya kullanım yetkisi verilen haklar, kapsamı ve süreleri ile ilgili bilgileri ve gerekli görülen diğer bilgileri içermesi, ayrıca beyan edilen bu bilgilerin eksik veya yanlış olması halinde her türlü hukuki ve cezai sorumluluğun üstlenildiğinin

belirtilmesi zorunludur. Yetkisiz kişilerin hileli davranışlarla bandrol temin etmesi suçu, bakanlığa verilen taahhütnamenin gerçek olmayan bilgilerle doldurularak, kanunen alınamayacak bandrollerin temin edilmesiyle oluşur.

FSEK 81/11. maddede düzenlenen bu suç, bandrollerin temin edilmesi, yani bakanlıktan alınmasıyla tamamlanır. Alınan bandroller kullanılmamış olsa dahi, fiil bu haliyle suçu oluşturur⁷⁰⁸. Bu suçun icra hareketleri ise bölünebilir niteliktedir. Zira verdiğimiz örnekte suçun icra hareketleri; hukuka aykırı surette yanıltıcı bilgilerle doldurulan bandrol taahhütnamesinin bakanlığa tevdi edilmesi ve bandrollerin bakanlıktan alınmasıdır. Dolayısıyla icra hareketlerine başlamış olan failin, elinde olmayan sebeplerle bandrolleri temin edememesi; örneğin bakanlık yetkililerinin durumu fark etmeleri ya da bakanlığın ek belge ve sözleşme istenmesi halinde sözleşme tevdi edememesi yüzünden bandrol alamaması gibi hallerde, suç teşebbüs aşamasında kalır ve FSEK'nun 81/11. maddesi ile TCK'nun 35. maddesi uyarınca işlem yapılır.

Failin kasten, başka bir eser üzerinde kullanmak amacıyla, aslen hak sahibi olduğu bir eser için kullanacağı bandrol sayısından daha fazla bandrol temin etmesi halinde, kanaatimizce FSEK 81/10. maddede düzenlenen suç değil, hileli davranışlarla bandrol temin etme suçu meydana gelecektir. Nitekim yukarıda açıkladığımız üzere, 81/10. maddede düzenlenen suçta kullanılan bandroller, usulüne uygun surette temin edilmiş bandrollerdir ve suç, bandrollerin kullanılması aşamasında işlenmektedir. Oysa failin, farklı bir eserde kullanmak amacıyla bakanlığa yanıltıcı bilgi vererek, çoğalttığı eser nüshasından çok daha fazla sayıda bandrol alması, bandrol temini aşamasında başvuru hileli davranışların sonucudur ve 81/11. maddedeki suça vücut verecektir.

FSEK 81/11. maddede düzenlenen suç, bandrolün temin edilmesi ile tamamlanmış olur. Kanaatimizce, bu şekilde temin edilen bandrollerin eser veya bağlantılı hakka konu ürünler üzerinde kullanılması halinde ise, kullanımın şekline göre 81/4. maddede düzenlenen bandrol yükümlülüğüne aykırı olarak bir eseri satışa arz etmek, satmak, dağıtmak veya ticarî amaçla satın almak ya da kabul etmekten bahsedilebilecektir.

⁷⁰⁸ GÜNEŞ, 5101 Sayılı Yasa, s.22-23

e- Yetkisi Olmayan Kişilere Bandrol Temin Etme

Yetkisi olmayan kişilere bandrol temin etmek, bandrol suçları arasında sayılmıştır (FSEK md. 81/12). Söz konusu suçta fail, bizzat bandrolü kullanma maksadı taşımayan, aracı konumundaki kimsedir. Esasen “hileli davranışlarla bandrol temin etme” suçunda bandrolü temin eden kişiye yardım etmek kapsamında da değerlendirilebilecek bir suç ortaklığı niteliğindeki fiil, ayrıca suç olarak tanzim edilmiştir.

Suçu oluşturan fiil, bakanlıktan herhangi bir şekilde alınan bandrollerin, yetkisi olmayan kişilere tevdi edilmesidir. 81/12. maddede düzenlenen suç, serbest hareketlidir. Bakanlık veya bakanlıkça yetkilendirilen kuruluşların çalışanlarının görevlerini kötüye kullanarak, eser veya hak sahibi olmayan, evrakları eksik, yanıltıcı veya sahte olan, bandrol alma yetkisi bulunmayan kimselere bandrol temin etmeleri, söz konusu suçu oluşturur⁷⁰⁹. Ayrıca, aslen usulüne uygun surette elde edilen bandrollerin yetkisiz kişilere verilmesi⁷¹⁰; bakanlıktan alınan ya da sair herhangi bir şekilde elde edilen, örneğin çalınan bandrollerin yetkisiz kişilere tevdiyle de, söz konusu suç oluşur.

Suçun maddi unsurunu oluşturan icra hareketlerinin bölünebilir olduğu durumlarda, örneğin bakanlık yetkilisinin taahhütnamenin yanıltıcı olduğunu bildiği halde bandrolleri yetkisiz kişilere temin etmek üzere gerekli yazışmaları tamamladığı veya bandrolleri yetkisiz kişilere vermek üzere uhdesine aldığı halde, bandrolleri yetkisiz kişiye vermeden yakalanması gibi, failin elinde olmayan sebeplerle netice engellenirse, suç teşebbüs aşamasında kalır ve FSEK'nun 82/12. maddesi ile TCK'nun 35. maddesi uyarınca işlem yapılır.

FSEK 81/12. maddede düzenlenen suç, bandrolün yetkisiz kişiye tevdiyle tamamlanmış olur. Bu şekilde kendisine temin edilen bandrolleri eser veya bağlantılı hakka konu ürünler üzerinde kullanan kişi ise, kanaatimizce FSEK 81/4. maddede düzenlenen bandrol yükümlülüğüne aykırı olarak bir eseri satışa arz etmek, satmak, dağıtmak veya ticarî amaçla satın almak ya da kabul etmek suçunun failidir.

⁷⁰⁹ ERDİL, Şerh, s.1642

⁷¹⁰ YAZICIOĞLU, s.517

f- Yasal Olarak oğaltılmış Bandrollü Nüshaların Yol, Pazar, Meydan v.b. Yerlerde Satılması

“Bu Kanun kapsamında korunan, yasal olarak oğaltılmış, bandrollü nüshaların da yol, meydan, pazar, kaldırım, iskele, köprü ve benzeri yerlerde satışı yasaktır. Bu yasağa aykırı hareket edenler, Kabahatler Kanununun 38 inci maddesinin birinci fıkrasına göre cezalandırılır” (FSEK 81/7).

FSEK 81. maddenin 7. bendindeki düzenleme ile, esasen bandrol yükümlülüğüne aykırılık ya da eser sahibinin haklarının ihlali niteliğinde olmayan fiiller suç sayılmıştır. Bandrollü ve yasal eser nüshalarının yol, meydan, pazar, kaldırım, iskele, köprü ve benzeri yerlerde satışının yasaklanması ve cezai müeyyideye bağlanması ile, korsanla mücadele kapsamında korsan (izinsiz oğaltılmış) ürünlerin denetiminin kolaylaştırılması amaçlanmaktadır⁷¹¹. Nitekim korsan ürünlerin satışı genellikle sayılan yerlerde yapılmakta, kanun koyucu korsan ürünlerin satış alanını ortadan kaldırabilmek için, sayılan yerlerde eser satışını yasaklamaktadır⁷¹².

Söz konusu suçla satışı yasaklanan eser nüshalarının taşıdıkları bandroller, usulüne uygun temin edilmiş yasal bandrollerdir. Ancak satışa konu edilen bu nüshaların izinsiz çoğaltıldığı veya bandrol yükümlülüğüne aykırılık arz ettiği takdirde de, söz konusu suçun oluşacağı kabul edilmektedir⁷¹³. Sayılan yerlerde satılan nüshaların hukuka aykırı oğaltılmış veya bandrol yükümlülüğüne aykırılık arz eden nüshalar olmaları halinde, ayrıca 71. maddedeki ve 81. maddenin diğer fıkralarındaki suçlardan tipe uygun olanının da gerçekleşebileceğinde tereddüt yoktur.

Suç, eserlerin yol, meydan, pazar, kaldırım, iskele, köprü ve benzeri yerlerde satışı ile tamamlanır. Ancak failin satış işlemini gerçekleştirmediği savunması karşısında, kayıt dışı gerçekleşeceğinde şüphe bulunmayan satışın gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti mümkün olmayacak, şüpheden sanık yararlanır kuralı devreye girebilecektir. Fıkroda suçun oluşumu için sadece “satmak” fiiline yer verilmesi, ispatlanması neredeyse imkansız bir suç tanımına yol açmaktadır. Bu

⁷¹¹ ERDİL, Şerh, s. 1634

⁷¹² ALBAYRAK, Hakim Gözüyle, s.64

⁷¹³ ÖZDERYOL, s.214

sebeple satış işlemini gerçekleştirmiş olması yanında, nüshaların sayılan yerlerde satışa sunulmuş, bulundurulmuş olmasının da, korunmak istenen yararı zedeleyen suçu oluşturacağı kabul edilmeli ve bu kapsamdaki fiiller de suç tanımına eklenmelidir.

ii- FAİL

Kanunda, 81. maddede düzenlenen suçlar bakımından, suç teşkil eden fiilleri ika eden şahıslar için herhangi bir özellik aranmamıştır. Suçun faili, kanunun suç saydığı fiili işleyen kimsedir ve sayılan suçlar “herkes tarafından işlenebilen suçlar”⁷¹⁴ arasındadır. FSEK’nun 81. maddesinde belirtilen fiilleri işleyen her gerçek kişi⁷¹⁵ suçun faili olabilir.

TCK’nun, tüzel kişilere cezai yaptırım uygulanmayacağı hükmünü içeren 20. maddesi uyarınca, tüzel kişiler için sadece güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar uygulanabilir⁷¹⁶. FSEK 81/son. maddesinde de “Bu Kanunda tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, ilgili tüzel kişi hakkında Türk Ceza Kanununun tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur” hükmü zikredilmiştir. Bu çerçevede, tüzel kişi bünyesinde işlenen suçların gerçek kişi faillerinin belirlenmesi sorunu ortaya çıkar. Suç faili gerçek kişilerin tesbitinde ise uygulamada özellikle işletmeyi fiilen idare edenler usulsüzlüğün meydana gelmesinde temel sorumlu olarak kabul edilmekte, bunun yanında sorumluluk isnad edilebilmesi halinde tüzel kişi ortakları ve yetkili temsilcileri de suç faili sayılabilmektedir.

Eser üzerinde hak sahibi olan kişiler de, bandrol suçlarının faili olabileceklerdir. Nitekim hak sahiplerinin, yayma hakkına sahip oldukları eser nüshalarını bandrolsüz olarak ya da farklı eserler için alınan bandrolleri veya sahte bandrolleri yapıştırarak bandrol yükümlülüğüne aykırı surette piyasaya arz etmeleri

⁷¹⁴ YAZICIOĞLU, s.447-448 v.d. ; Ayrıca “Herkes tarafından işlenebilen” (genel) suçlar ve “belirli kişiler tarafından işlenebilen” (mahsus, özgü) suçlar ayrımı için bkz. ARTUK –GÖKCEN – YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 289-290 ; DÖNMEZER –ERMAN, C.II, s.424 v.d. ; ÖZGENÇ, s.188 v.d. ; ÖNDER, s.168

⁷¹⁵ Türk Ceza Kanunu 20. maddesinde “(1)Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz. (2) Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.” hükmü ile tüzel kişilere cezai yaptırım uygulanmayacağını hükme bağlamıştır.

⁷¹⁶ Tüzel kişilere uygulanacak güvenlik tedbirleri için bkz. DEMİRBAŞ, s.511 v.d. ; HAKERİ, Ceza Hukuku, s.426 v.d., s.428-429

halinde, FSEK 81. maddede sayılan suçlar gerçekleşmiş olur. Bizzat kendi eserini bandrol yükümlülüğüne aykırı surette veya bandrolsüz olarak yayan eser sahibinin de, FSEK'nun 81. maddedeki suçların faili olacağı ifade edilmektedir⁷¹⁷. Nitekim “korunan hukuki yarar” bahsinde de değindiğimiz üzere, bandrol yükümlülüğüne aykırı fiillerin suç olarak düzenlenmesi, fikir ve sanat eserlerinin piyasadaki dolaşımının hukuka uygun surette gerçekleşmesini destekleyecek kamusal sistemin korunmasını, yani özel anlamda da kamu düzeninin muhafazasını amaçlamaktadır.

iii- MAĞDUR

Bandrol yükümlülüğüne aykırı fiillerin suç olarak düzenlenmesi, fikir ve sanat eserlerinin piyasadaki dolaşımının hukuka uygun surette gerçekleşmesini destekleyecek kamusal sistemin, kamu düzeninin muhafazasını amaçlamaktadır. Bu suçlar, devletin idari düzenine, dolayısıyla toplumu oluşturan bireylerin tamamına karşı işlenmiş kabul edilmektedir⁷¹⁸.

iv- KONU

FSEK 81. maddede yer verilen, “Sahte Bandrol Üretme, Satma, Satışa Arz Etme, Dağıtma, Satın Alma, Kabul Etme, Kullanma” (md.81/9), “Usulünce Temin Edilmiş Bandrolleri Başka Bir Eser Üzerinde Kullanma” (md. 81/10), “Hileli Davranışlarla Bandrol Temin Etme” (md.81/11), “Yetkisi Olmayan Kişilere Bandrol Temin Etme” (md.81/12) suçlarının konusu, doğrudan bu fiillere konu olan bandrollerdir.

Kanaatimizce “Bandrol Yükümlülüğüne Aykırı ya da Bandrolsüz Olarak Bir Eseri Yayma, Satışa Arz Etme, Ticari Amaçla Satın Alma ya da Kabul Etme” (md. 81/4), “Yasal Olarak Çoğaltılmış Bandrollü Nüshaların Yol, Pazar Meydan v.b. Yerlerde Satılması” (md. 81/7) suçlarının konusu ise, bu fiillere konu edilen eser veya bağlantılı hakka konu ürünler de suçun konusuna dahildir. Nitekim bu suçlarda, yasaklanan fiil bandrol teminine veya üretimine değil, yükümlülüğe uygun şekilde bandrollenmesi gereken ya da yol, meydan, pazar gibi yerlerde satılmaması gereken eser veya bağlantılı hakka konu ürünlerin bulunduğu duruma ilişkindir.

⁷¹⁷ GÜNEŞ, 5101 Sayılı Yasa, s.20

⁷¹⁸ YAZICIOĞLU, s.450-451

Ayrıca, 81/4. maddedeki bir eseri “bandrolsüz” olarak yaymaya yönelik suç, sadece kanunda ve yönetmelikte bandrol zorunluluğuna tabi olduğu belirtilen eserler veya bağlantılı hakka konu ürünler hakkında işlenebilir.

v- DAHA AĞIR CEZAYI GEREKTİREN NİTELİKLİ UNSURLAR

FSEK 81/13. maddesi “Bandrol yükümlülüğüne aykırılığın aynı eserle ilgili olarak 71 inci maddenin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde tanımlanan suçla birlikte işlenmesi hâlinde, fail hakkında sadece 71 inci maddeye göre cezaya hükmolunur. Ancak, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.” hükmünü içermektedir. Ancak bu hüküm esasen özel bir içtima kuralı içerdiğinden, bu husus içtima bahsinde incelenmiştir.

2- MANEVİ UNSUR

Failin, ceza normunda yasaklanan fiili gerçekleştirmesinden sorumlu tutulabilmesi için, haksızlık teşkil eden bu fiil ile fail arasında manevi bir bağın olması gerekir. Suçun, manevi unsurlar açısından işleniş şekilleri, kast ve taksirdir. Türk Ceza Kanunu, bir suçun gerçekleşmesi bakımından esas manevi unsuru “kast” olarak belirlemiştir⁷¹⁹. Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır (TCK md.22/1). Bu çerçevede; suçlar kural olarak kasten işlenebilirler, ancak istisnaen kanunda bir suçun taksirli şekline yer verilmişse, o suç taksirle de işlenebilir⁷²⁰.

Kast, suçun kanuni tanımındaki (maddi) unsurların⁷²¹ bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir (TCK md. 21/1). Kastı “bilme” (düşünme, öngörme, bilinç) ve

⁷¹⁹ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.313 v.d. ; ayrıca manevi unsur kapsamında “Kast-Taksir Kombinasyonu: Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç” kavramı için bkz. ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.388 v.d.

⁷²⁰ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 344

⁷²¹ TCK md.21/1’deki ifade “Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.” şeklinde olup, ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, maddede geçen “unsurlar”ın maddi unsurlar olduğuna işaret etmektedir. (bkz. ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.320)

“isteme” (irade) unsurları⁷²² oluşturur. Failin kasten hareket etmiş sayılması; suçun maddi unsurlarını, suçun niteliğine ilişkin fiilin kurucu unsurlarını bilmesine ve ayrıca neticeyi istemesine veya istediği neticeye zorunlu olarak bağlı bulunan neticeleri öngörmesine bağlıdır⁷²³.

FSEK'nun 81. maddesinde düzenlenen suçlar için, kast dışında bir manevi unsura⁷²⁴ yer verilmediğinden, bu suçların manevi unsuru genel kasttır⁷²⁵. Ancak 81/4. maddede düzenlenen suçlar arasındaki bandrol yükümlülüğüne aykırı ya da bandrolsüz olarak bir eseri ticarî amaçla satın almak ya da kabul etmek fiilinin “ticari amaçla” işlendiği takdirde suç teşkil edeceği maddede açıkça belirtilmiş olmakla, bu suçun oluşması buradaki satın alma fiilinin ticari amaca dayanmasına bağlıdır ve satın almanın amacı ticari değilse, bu suç oluşmayacaktır⁷²⁶.

Doktrinde, 81. maddenin 4., 9., 10., 11., 12. fıkralarında düzenlenen suçların olası kastla da işlenebileceği ifade edilmiştir⁷²⁷. Olası kast; failin, gerçekleştirmek istediği neticeye zorunlu olarak bağlı bulunmayan neticeleri öngörmesi ve kabullenmesi, amacı bu neticeye ulaşmak olmadığı halde neticeyi meydana getirecek hareketi yapmaktan kaçınmaması, olursa olsun diyerek harekete devam etmesidir⁷²⁸.

⁷²² ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.320 v.d. ; DÖNMEZER-ERMAN, C.II, s.216 v.d. ; EREM-DANIŞMAN-ARTUK, s.445 ; ÖNDER, s.293 ; İÇEL-EVİK, s.187 v.d.

⁷²³ DÖNMEZER-ERMAN, C.II, s.216 v.d. ; İÇEL-EVİK, s.187 v.d. ; ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 320 v.d. ; SOYASLAN, Genel Hükümler, s.414 ; Doktrinde, suçun kanuni tarifinde yer alan bütün maddi unsurların kast kapsamına dahil olduğu ve kastın varlığından bahsedebilmek için suçun haksızlık muhtevasını belirleyen unsurların fail tarafından bilinmesi gerektiğini ifade eden müellifler (bkz. ÖZGENÇ, s.227 v.d. ; ÖNDER, s.293 v.d.) ve hukuka özel aykırılık halleri dışında hukuka aykırılık suçunun kastın bilme unsuru kapsamında aranması gerektiğini ifade eden müellifler vardır (bkz. ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.322)

⁷²⁴ Ceza hukukunda manevi unsurlar hususunda bkz. DÖNMEZER-ERMAN, C.II, s.209 v.d. ; ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.313 v.d.

⁷²⁵ “Kural olarak bütün suçlarda bulunması gerekli olan kast genel kast olarak isimlendirilmekte ve suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların öngörülmesi ve iradenin bunlara yönelmesi, diğer bir anlatımla maddi unsurların bilerek ve istenerek icra edilmesi şeklinde tanımlanmaktadır” bkz. ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.336 ; 5728 s. Kanun değişikliğinden önce FSEK'nun 81. maddesinde suç teşkil eden fiillerin başında “kasten” ibaresi yer almaktayken, söz konusu değişiklikten sonra, aslen lüzumlu olmayan bu ibareye yeni 81. maddede yer verilmemiştir.

⁷²⁶ Suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların fail tarafından bilinmesi ve istenmesi suçun oluşması için yeterli görülmeyip faildeki saikin, suçun manevi unsurunun gerçekleşmesi bakımından aranan bir unsur haline geldiği suçlarda, aranan saik ve amaç yoksa, unsurları tamamlanmamış olan suç oluşmayacaktır. (bkz. ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.336) ; doktrinde “özel kast” olarak tanımlanan “saik” hususu ile genel kast ayrımı için ayrıca bkz. DÖNMEZER-ERMAN, C.II, s.231 ; EREM-DANIŞMAN-ARTUK, s.448 ; İÇEL-EVİK, s.191-192

⁷²⁷ YAZICIOĞLU, s.465-466, 482-483, 494, 505, 517 v.d.

⁷²⁸ ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s.35 ; “Kasten işlenebilen bir suç, kural olarak doğrudan kasta işlenebileceği gibi, olası kastla da işlenebilir. Bununla beraber suçun kanuni tanımında

Kanaatimizce, neticesi harekete bitişik suçlarda olası kasttan bahsetmek güçtür. Nitekim bandrol suçlarının olası kastla işlenebileceğinden bahsedebilmek için, failin, suça konu bandrollerin hukuka aykırı surette elde edildiğini veya kullanıldığını öngörmesine rağmen bandrolleri veya bandrolleri taşıyan nüshaları kullanması gerekir. Ancak bu durumda, öngörülen unsur; fiilin, hareketten ayrılabilen neticesi değil, aynı zamanda neticenin kendisi olan harekettir. Olası kastta, failin cezalandırılması, harekete zorunlu olarak bağlı olmayan bir neticenin gerçekleşmesi halinde söz konusu iken, neticesi harekete bitişik (şekli) suçlarda hareketin yapılması ile netice de meydana gelmiş, suç tamamlanmış olur. Dolayısıyla bu suçlarda failin muhtemel neticeyi öngörmesine rağmen harekete devam etmesinden değil, hareketin hukuka uygunluğu konusunda yeterli ihtimamı göstermemesinden bahsedilebilir.

Bunun yanında, bandrol suçlarında failde bulunacak kastın “bilme” unsuru üzerinde durmak gerekir. Söz konusu fiillerin suç teşkil etmesi, failin; kullandığı bandrollerin sahte olduğunu veya başka bir eser için alınmış olduğunu ya da bandrollerin hukuka aykırı surette alınmış olduğunu yahut yaydığı eserlerin bandrol yükümlülüğüne aykırı surette bandrollenmiş olduğunu bilmesine bağlıdır. Fail, söz konusu fiillere konu ettiği bandrollerin veya nüshaların hukuka uygun surette elde edilmiş orijinal bandroller olduğu ya da bandrollü eserlerin hukuka uygun surette bandrollendiği zannıyla hareket ediyorsa, suç işleme kastı bulunmadığı için suç oluşmaz. Ancak bu husus elbette herkese, manevi unsurun bulunmadığı savıyla cezadan kurtulma imkanı sağlamamalıdır. Bu noktada, failin suç işleme kastı ile hareket edip etmediği; failin sosyal ve mesleki konumunun⁷²⁹, bu bandrolleri veya bandrollenmiş nüshaları ne surette tedarik ettiğinin, eser sahibinin yetkilendirdiği gerçek veya tüzel kişi dağıtım kanallarından veya bunlarla bağlantılı olduğu bilinen kanallardan sağlayıp sağlamadığının tesbiti ile anlaşılabilir.

“bilerek”, “bildiği halde”, “bilmesine rağmen” gibi ifadelerle yer verilmişse (TCK 154/2, 197/2, 267, 315, 321) ancak doğrudan kastla işlenebilir. Ayrıca suç tipinin, eylemin belirli bir amaç veya saikle işlenmiş olmasının arandığı hallerde de fiil olası kastla işlenemez.” (bkz. ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, Özel Hükümler, s.36-37) ; Olası kast kavramı için ayrıca bkz. DEMİRBAŞ, s.349-350

⁷²⁹ “... oluşa göre suç konusu video bantlar üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak, izinsiz çoğaltılmış bantlar olduğunun tesbit edilmesi halinde, bu işle iştigal eden sanığın yaptığı iş icabı bunu bileceği de dikkate alınarak buna göre sanığın hukuki durumunun tayini ile bir karar verilmesi gerekirken eksik soruşturma yazılı şekilde karar verilmesi yasaya aykırıdır” Yarg. 7.C.D., T.28.01.1987, E.1986/5175, K.1987/650 (SULUK-ORHAN, s.1037-1038)

3- HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

FSEK 81. maddede düzenlenen suçlarda, eser veya diğer hak sahiplerinin bandrol yükümlülüğüne aykırı hareketler konusunda izin vermiş olmaları, fiilleri hukuka uygun hale getirmez. Eser sahibinin kendi eserini dahi bandrol yükümlülüğüne aykırı surette piyasaya sürmesi, suç oluşturacaktır. Zira kanun koyucu burada kamusal bir güvenlik mekanizması oluşturmuş ve bu mekanizmaya aykırı fiilleri cezalandırmıştır⁷³⁰.

D- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

1- TEŞEBBÜS

Suç olarak tanımlanan fiilin icrasına başlanmış, ancak icra hareketleri tamamlanamamış; ya da icra hareketleri tamamlanmış olmasına rağmen suç tanımında ayrıca bir unsur olarak belirlenmiş olan netice gerçekleşmemiş olabilir. Bu durumlarda suç, teşebbüs aşamasında kalmıştır⁷³¹. Teşebbüste fail, suçu tamamlamak istemiyle icraya başlamakta fakat elinde olmayan çeşitli nedenlerle bu amacına ulaşamamaktadır⁷³².

FSEK 81. maddede yer alan suçların maddi unsurları kısmının giriş bahsinde de açıklandığı üzere, maddede düzenlenen bu suçlar, “şeklî suç” (neticesi harekete bitişik suç – sırf hareket suçu) niteliğindedir⁷³³. Kanuni tanımda yer alan icra hareketlerinin yapılması ile suçlar tamamlanır, ayrıca bir zararın meydana gelip gelmediğine bakılmaz.

Teşebbüsten bahsedebilmek için, söz konusu suçun “şeklî suç” (neticesi harekete bitişik suç – sırf hareket suçu) olmaması, yani hareketten başka bir neticenin de ortaya çıkması; ya da “şeklî suç”u oluşturan icra hareketlerinin kısımlara bölünebiliyor olması gerekmektedir. Sırf hareket suçu olarak da tabir edilen şeklî

⁷³⁰ ÖZDERYOL, s.220 ; ERDİL, Şerh, s.1633

⁷³¹ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.595

⁷³² SÖZÜER, s.157

⁷³³ Bkz. YAZICIOĞLU, s. 466, 483, 495, 518

suçlarda, icra hareketleri kısımlara bölünebiliyorsa, bunlara da teşebbüs mümkündür⁷³⁴.

İnceleme konumuz olan suçların kanuni tanımında, suçun gerçekleşmesi için kanunda gösterilen hareketin yapılması yeterli sayılmakta, ayrıca başka bir netice aranmamaktadır. Bu sebeple bu suçlara teşebbüs ancak, icra hareketlerinin bölünebilir olması halinde mümkündür. Nitekim şekli suçun hareket kısmı parçalara bölünmeyen tek hareketten müteşekkilsen, bu tek hareketin yapılmasıyla suç da tamamlanmış olacaktır⁷³⁵.

Bu noktada tespit edilmesi gereken husus, failin kastını ne zaman icraya başladığı değil, işlenmesi kast edilen bir suçun ne zaman icrasına başladığıdır. Failin, bir suçu işlemek kastı kesin biçimde tespit edilse dahi, eğer onun davranışı o suçun icrasının başlangıcı niteliğinde değilse fail söz konusu suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmamalıdır⁷³⁶. Bu çerçevede, incelediğimiz suçlarda, suçun icrasına başladığı andan itibaren hareketler parçalara bölünebiliyorsa teşebbüsten bahsedilmesi mümkündür. Örneğin bandrolsüz veya bandrol yükümlülüğüne aykırılık arz eden eser nüshalarının satışa arzı, satışı ya da dağıtımını suçunun faili, eser nüshalarını, dağıtımını gerçekleştirecek kimselere göndermek üzere kargoya verir ve kargoda iken bu nüshalara el konursa, suçların teşebbüs aşamasında kaldığından bahsedilebilir.

Belirttiğimiz üzere, yetkisi olmayan kişilerin, hileli davranışlarla bandrol temin etmesi (FSEK md.81/11) suçu, bandrollerin temin edilmesi, yani bakanlıktan alınmasıyla tamamlanır. Failin, hukuka aykırı surette yanıltıcı bilgilerle doldurduğu bandrol taahhütnamesini bakanlığa tevdi ederek bandrolleri bakanlıktan alınması, suçu oluşturur. İcra hareketlerine başlamış olan failin, elinde olmayan sebeplerle bandrolleri temin edememesi, örneğin bakanlık yetkililerinin durumu fark etmeleri ya da bakanlıktan ek belge ve sözleşmelerin istenmesi halinde sözleşme tevdi edilememesi yüzünden bandrol alınamaması gibi hallerde, suç teşebbüs aşamasında kalır ve FSEK'nun 81/11. maddesi ile TCK'nun 35. maddesi uyarınca işlem yapılır. Bunun gibi, yetkisi olmayan kişilere bandrol temin etmek (FSEK md. 81/12) suçunda

⁷³⁴ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.614

⁷³⁵ DÖNMEZER-ERMAN, C.I, s.455

⁷³⁶ SÖZÜER, s.209

da icra hareketlerinin bölünebilir olduğu; örneğin bakanlık yetkilisinin, taahhütnamenin yanıltıcı olduğunu bilmesine rağmen bandrolleri yetkisiz kişilere temin etmek üzere gerekli yazışmaları tamamladığı veya bandrolleri yetkisiz kişilere vermek üzere uhdesine aldığı halde, bandrolleri yetkisiz kişiye vermeden yakalanması gibi, failin elinde olmayan sebeplerle bandrol temini engellenirse, suç teşebbüs aşamasında kalır ve FSEK'nun 82/12. maddesi ile TCK'nun 35. maddesi uyarınca işlem yapılır.

Öte yandan, maddede düzenlenen fiillerin bir kısmı, diğer fiillerin hazırlık safhasını teşkil etmekle beraber, bu hareketler de kanunda suç olarak düzenlenmişlerdir. Örneğin, “bandrolsüz ya da bandrol yükümlülüğüne aykırılık arz eden eser nüshalarının ticarî amaçla satın alınması ya da kabul edilmesi” suçu, “bandrolsüz veya bandrol yükümlülüğüne aykırılık arz eden eser nüshalarının satışa arzı, satışı ya da dağıtımı” suçlarının hazırlık safhasını teşkil eden fiillerden oluşur. Bu suçlar kanaatimizce “teşebbüs suçu”⁷³⁷ niteliğindedir. Hazırlık ya da icra hareketi olarak mütalaa edilebilecek fiiller, kanunda ayrıca suç sayılmış olduklarından, diğer suçların teşebbüs aşaması olarak değil, kanunda gösterilen suç tipinin tamamlanması olarak değerlendirilecektir. Yani fail, “bandrolsüz veya bandrol yükümlülüğüne aykırılık arz eden eser nüshalarının satışa arzı, satışı ya da dağıtımı”na teşebbüsten değil, tamamlanmış suç olan; “bandrolsüz ya da bandrol yükümlülüğüne aykırılık arz eden eser nüshalarının ticarî amaçla satın alınması ya da kabul edilmesi”nden sorumludur.

Netice itibariyle, FSEK 81. maddede sayılan suçlarda, icra hareketlerinin bölünebilir olduğu nispette teşebbüsten bahsedilebilecek ve teşebbüs aşamasında kalan suç için TCK'nun 35. maddesi hükümleri uygulanacaktır.

2- İŞTİRAK

FSEK'nun 81. maddesinde düzenlenen suçlara her türlü iştirak mümkündür. Maddedeki suçların kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden

⁷³⁷ “Belli bir neticeye yönelik teşebbüs niteliğindeki hareketler de kanunda suç olarak tanımlanmış olabilir. Bu tür suçlara teşebbüs suçu denmektedir.” (ÖZGENÇ, s.421) “tamamlanması öne alınmış suçlar” olarak da adlandırılan bu tür suçlar için ayrıca bkz. SOYASLAN, Teşebbüs Suçu, s.194 v.d.

her biri, müşterek fail olarak sorumlu olur (TCK md.37/1). Suçun işlenmesinde kusur yeteneği olmayanları araç olarak kullanmak (TCK md.37/2), suça azmettirmek (TCK md.38), suçun işlenmesine yardım etmek (TCK md. 39) şeklindeki her türlü iştirakle suça doğrudan ya da dolaylı olarak katılan şerikler, Türk Ceza Kanunu'nda iştiraki düzenleyen genel hükümler (md.37, 38, 39, 40, 41) uyarınca cezalandırılır.

FSEK 81/12. maddede düzenlenen “yetkisi olmayan kişilere bandrol temin etmek” suçunda fail, bizzat bandrolü kullanma maksadı taşımayan, aracı konumundaki kimsedir. Esasen “hileli davranışlarla bandrol temin etme” suçunda bandrolü temin eden kişiye yardım etmek kapsamında da değerlendirilebilecek bir suç ortaklığı hükmündeki fiil, ayrıca suç olarak tanzim edilmiştir. Bu sebeple 81/12. madde kapsamındaki fiil, “hileli davranışlarla bandrol temin etme” suçuna iştirak kapsamında olmayan bağımsız bir suç olarak tecziye edilecektir.

3- İÇTİMA

i- FSEK 81. MADDESİNDEKİ SUÇLARDA İÇTİMA

Türk Ceza Kanunu'nun genel gerekçesinde de belirtildiği gibi; kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır ve bunun istisnaları “suçların içtimaı” (TCK md. 42, 43, 44) bölümünde belirlenmiştir. Bu istisnalar dışında işlenen her bir suçla ilgili olarak ayrı ayrı cezaya hükmedilecek, yani gerçek içtima kuralı uygulanacaktır⁷³⁸. Gerçek içtima kuralının istisnaları olarak kabul edilen TCK'nun 42., 43. ve 44. maddelerinde düzenlenen suçların içtimaı halleri ise; bileşik suç, zincirleme suç ve fikri içtimadır.

Kanaatimizce, 81. maddenin 4. ve 9. fıkralarında düzenlenen “bandrol yükümlülüğüne aykırılık” ve “sahte bandrol” konulu suçların, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda işlenmesi mümkündür ve bu durumda zincirleme suçtan⁷³⁹ bahsedilebilir. Somut olayın niteliğine göre zincirleme suçun

⁷³⁸ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.666 ; ÖZGENÇ, s.498

⁷³⁹ **TCK Madde 43/1-** “Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. (Ek cümle: 29/6/2005 – 5377/6 md.) Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.”

varlığı kabul edilirse, failin, aynı suç işleme kararı altındaki fiilleri için tek ceza uygulanır ancak ceza arttırılır. Maddenin 10. fıkrasında düzenlenen “usulüne uygun şekilde temin edilen bandrolleri başka eserde kullanmak” suçu ise, bandrollerin kullanıldığı eserin aynı eser olması kaydıyla, değişik zamanlarda işlenirse, zincirleme suçtan bahsedilebilir. Bandrollerin kullanıldığı eserin birden fazla olması halinde ise kanaatimizce aynı suç işleme kararı değil, birden fazla suçun işlenmesi kararı ile hareket edilmektedir ve zincirleme suça ilişkin hükümler değil, gerçek içtima hükümleri uygulanmalıdır.

FSEK 81. maddenin 11. fıkrasında düzenlenen “hileli davranışlarla bandrol temini” suçu, bandrolün temin edilmiş olmasıyla tamamlanmaktadır. Suç tipinin tanımı, temin edilen bu bandrollerin kullanılması filini içermemektedir. Bu şekilde temin edilen bandrollerin eserler veya bağlantılı hakka konu ürünler üzerinde kullanılması kanaatimizce 4. fıkradaki “bandrol yükümlülüğüne aykırı surette” ibaresi kapsamında değerlendirilebilecektir. Bu durumda, hileli davranışlarla bandrol temin eden kimse, bu bandrolleri eser nüshaları üzerinde de kullanmışsa, 81. maddenin mevcut hali çerçevesinde, 11. ve 4. fıkralarında düzenlenen suçlar gerçek içtima konu olur.

ii- FSEK 81. İLE 71/1-1. MADDELERİNDEKİ SUÇLARDA İÇTİMA

FSEK'nun, 81. maddenin 13. fıkrasında, özel bir içtima hükmüne yer verilmiştir. Buna göre; “Bandrol yükümlülüğüne aykırılığın aynı eserle ilgili olarak 71 inci maddenin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde tanımlanan suçla birlikte işlenmesi hâlinde, fail hakkında sadece 71 inci maddeye göre cezaya hükmolünür. Ancak, verilecek ceza üçte biri oranında arttırılır.” (FSEK md.81/13) .

Bu çerçevede, “aynı eser” ile ilgili olmak kaydıyla, 71/1. maddenin 1. bendinde yer alan “bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın işlemek, temsil etmek, çoğaltmak, değiştirmek, dağıtmak, her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletmek, yayımlamak ya da hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri satışa arz etmek, satmak, kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yaymak, ticarî amaçla satın almak, ithal veya ihraç etmek, kişisel kullanım amacı dışında elinde bulundurmak ya da depolamak” suçları, aynı zamanda 81. maddede sayılan ve bandrol yükümlülüğüne

aykırılık teşkil eden suçlardan biri ile birlikte işlenirse, her iki maddedeki suç meydana gelmiş olacak, ancak faile her iki suçun cezası değil, sadece 71. madde kapsamındaki suçun cezası, üçte bir oranında arttırılarak verilecektir.

FSEK 81/13. madde hükmü, ciddi eleştirilerle karşılanmakta olup, bu husus “YAPTIRIM” bahsinde incelenmiştir.

E- YAPTIRIM

FSEK 81/4. maddede düzenlenen “bandrol yükümlülüğüne aykırı ya da bandrolsüz olarak bir eseri çoğaltıp satışı arz etmek, satmak, dağıtmak veya ticarî amaçla satın almak ya da kabul etmek” suçunun cezası bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adlî para cezasıdır.

FSEK 81/9. maddede düzenlenen “sahte bandrol üretmek, satışı arz etmek, satmak, dağıtmak, satın almak, kabul etmek veya kullanmak” suçunun cezası üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezasıdır.

FSEK 81/10. maddede düzenlenen “bir eserle ilgili olarak usulüne uygun biçimde temin edilmiş bandrolleri başka bir eser üzerinde tatbik etmek” suçunun cezası, bir yıldan beş yıla kadar hapis ve binbeşyüz güne kadar adlî para cezasıdır.

FSEK 81/11. maddede düzenlenen “yetkisi olmadığı hâlde, hileli davranışlarla bandrol temin etmek” suçunun cezası bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır.

81/12. maddede düzenlenen “yetkisi olmayan kişilere bandrol temin etmek” suçunun cezası iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezasıdır.

FSEK 81/7. maddesinde düzenlenen ve Kabahatler Kanunu’nun 38/1. maddesi⁷⁴⁰ uyarınca cezalandırılacağı belirtilen, FSEK kapsamında korunan, yasal olarak çoğaltılmış, bandrollü nüshaları yol, meydan, pazar, kaldırım, iskele, köprü ve benzeri yerlerde satmak suçunun cezası elli Türk Lirası idari para cezasıdır.

⁷⁴⁰ **Kabahatler Kanunu Madde 38/1-** “Yetkili makamların açık ve yazılı izni olmaksızın meydan, cadde, sokak veya yayaaların gelip geçtiği kaldırımları işgal eden veya buralarda mal satışı arz eden kişiye, belediye zabıta görevlileri tarafından elli Türk Lirası idarî para cezası verilir.”

FSEK 81. maddenin 4., 9., 10. ve 12. fıkralarında düzenlenen suçlarda, hapis “ve” adli para cezası yaptırımları birlikte düzenlenmiştir. Bu sebeple her iki ceza birlikte uygulanacaktır⁷⁴¹.

Belirttiğimiz üzere; FSEK 81/13. maddesi, “Bandrol yükümlülüğüne aykırılığın aynı eserle ilgili olarak 71 inci maddenin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde tanımlanan suçla birlikte işlenmesi hâlinde, fail hakkında sadece 71 inci maddeye göre cezaya hükmolunur. Ancak, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.” hükmünü haizdir. Bu durumda, fail hakkında 71/1. maddenin 1. bendinde öngörülen bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adlî para cezası üzerinden takdir edilen ceza, üçte biri oranında arttırılacaktır. Ancak 71. maddenin son fıkrasında bir etkin pişmanlık hükmü yer almaktadır. Buna göre “Hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı satışı arz eden, satan veya satın alan kişi, kovuşturma evresinden önce bunları kimden temin ettiğini bildirerek yakalanmalarını sağladığı takdirde, hakkında verilecek cezadan indirim yapılabileceği gibi ceza vermekten de vazgeçilebilir.” Aynı eserle ilgili olarak 71/1-1. maddede yer alan suçlardan birini 81. madde kapsamında bandrol yükümlülüğüne aykırılık suçlarından biri ile birlikte işleyen failin 71/son maddede düzenlenen etkin pişmanlıktan faydalanacağı öngörülen hallerde, 81. maddeye aykırılık içeren fiil için ne surette ceza takdir edileceği konusunda bir açıklık yoktur. Nitekim 81. maddede benzer bir etkin pişmanlık hükmü yer almamaktadır. Bu halde, failin 71. maddeden cezalandırılmamasına karar verildiği durumda; ya sadece 81. maddeden cezalandırılması söz konusu olacak ve fiilin niteliğine göre 81/13. maddenin uygulanmasıyla ulaşılabilecek cezadan daha ağır bir ceza ortaya çıkacak, ya da 71/son hükmü uygulanarak 81. madde kapsamındaki fiil de cezasız bırakılacak veya son derece düşük bir ceza verilecektir. FSEK 81/13. maddenin uygulanacağı durumlarda, 71/son maddede yer alan hükmün ne surette değerlendirileceği konusunda açıklama içeren bir hükmün ivedi olarak kanuna derci gerekmektedir.

Öte yandan 81. maddede düzenlenen suçlarda hapis “ve” para cezasının birlikte öngörülmesine karşın, 81/13. madde uygulanarak cezanın 71. maddeye göre tesbit edilmesi, uygulamada adaletsiz yaptırımlara yol açabileceği gerekçesiyle

⁷⁴¹ Bkz. YAZICIOĞLU, s. 471, 488, 500, 521

eleştirilmektedir. Nitekim 71/1. maddenin 1. bendindeki suçlardan zarar görenlerin şikayetinin bulunması halinde, 81/13. md. uyarınca uygulanan 71/1-1. maddedeki terditli düzenlenen adli para cezası da tercih edilebilecek, ancak şikayetin bulunmaması halinde sadece 81. madde uyarınca hem hapis hem para cezasına hükmedilecektir. Bu durumda tek suçtan verilecek hapis ve para cezası, iki suçtan verilebilecek adli para cezasından daha ağır olabilecektir. Bu sebeple, 81. maddede düzenlenen yaptırımında “ve” bağlacının “veya” şeklinde değiştirilerek hakime cezayı şahsileştirme imkanı tanınması gerektiği ifade edilmektedir⁷⁴².

Maddede gösterilen hapis ve para cezalarının belirlenmesi ve takdirinde, Türk Ceza Kanunu’nun 45. ilâ 52. maddeleri hükümleri uygulanır. Ayrıca, FSEK’nda tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, ilgili tüzel kişi hakkında Türk Ceza Kanunu’nun tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur (FSEK md.81/son)⁷⁴³.

F- KOVUŞTURMA USULÜ

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 81. maddesinde düzenlenen bandrol suçları, herhangi bir şikayet şartının aranmadığı, re’sen kovuşturulacak suçlardır⁷⁴⁴. FSEK 81/5. madde ile, bandrol yükümlülüğünün re’sen denetlenmesi ve bunun için gereken idari tedbirlerin alınması da hükme bağlanmıştır⁷⁴⁵. FSEK’nda 2004 tarihinde 5101 S.Yasa ile yapılan değişiklikten önce ihlallere ilişkin kovuşturmanın

⁷⁴² YAZICIOĞLU, s.470-471, 487, 499

⁷⁴³“Tüzel kişiye uygulanacak güvenlik tedbirleri, faaliyet izninin iptali ve elde edilen kazancın müsaderesidir. Ancak eğer tüzel kişiye uygulanacak güvenlik tedbiri yaptırımı, işlenen fiile göre daha ağır sonuçlar doğuracaksa, hakim bu tedbirlere hükmetmeyebilecektir (TCK md.60/3) . Onlarca işçi çalıştıran bir şirketin faaliyet iznini iptal etmek yerine, hukuka aykırı kazancı müsadere edebilecektir. Kanunların, tüzel kişilerin sorumluluğuna ilişkin, 60. madde paralelinde düzenleme yapması ve içeriğinde bu hükümlerin teyit edilmesi gerekir.” (SOYASLAN, Genel Hükümler, s.504) ; Tüzel kişilere uygulanacak güvenlik tedbirleri hususunda ayrıca bkz. DEMİRBAŞ, s.511 v.d. ; HAKERİ, Ceza Hukuku, s.426 v.d., s.428-429

⁷⁴⁴ “... fikir ve sanat eseri niteliğindeki yayınları bandrol almaksızın satan sanığın eylemi 5846 sayılı yasanın 81. maddesinde yer alan suçu oluşturacağı buna göre re’sen takibi gereken suçlardan bulunduğu gözetilmeden şikayete tabi olduğu kabul edilerek yerinde olmayan gerekçelerle yazılı şekilde hüküm tesisi, Yasaya aykırı...” Yarg.7.C.D., E.2003/13998, K.2006/238, T.13.02.2006 (ERDİL, Şerh, s.1651-1652)

⁷⁴⁵ **FSEK md. 81/5** : “Bakanlık ile mülkî idare amirleri bandrollenmesi zorunlu olan nüshaların ve süreli olmayan yayınların, bandrollü olup olmadıklarını her zaman denetleyebilir. Gerekli görüldüğünde, mülkî idare amirleri re’sen veya Bakanlığın talebi ile bu denetimi gerçekleştirmek üzere illerde denetim komisyonu oluşturabilir. İhtiyaç hâlinde, bu komisyonlarda Bakanlık ve ilgili alan meslek birlikleri temsilcileri de görev alabilirler.”

başlaması için hak sahiplerinin komisyona başvurması veya komisyonun⁷⁴⁶ talep etmesiyle zabitanın harekete geçmesi öngörülmekteyken, 5101 S. Yasa ile 2004 yılında yapılan değişiklikle hak sahiplerinin her olayda ihbar ve şikâyetle bulunması yükü kaldırılmıştır⁷⁴⁷.

Bununla beraber, FSEK 75/2. maddenin “Bu Kanunda yer alan soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı suçlar dolayısıyla başta Millî Eğitim Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı yetkilileri olmak üzere ilgili gerçek ve tüzel kişiler tarafından, eser üzerinde manevi ve malî hak sahibi kişiler şikâyet haklarını kullanabilmelerini sağlamak amacıyla durumdan haberdar edilirler.” hükmü, Milli Eğitim Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı, “ilgili gerçek ve tüzel kişiler” için, hak sahiplerinin durumdan haberdar edilmesi yükümlülüğü getirmiştir. Re’sen kovuşturulan bandrol yükümlülüğüne aykırılık suçunu teşkil eden fiil aynı zamanda 71. maddede yer alan suçlardan birini de kapsıyorsa, hak sahipleri durumdan haberdar edilecektir. Yargıtay 7. Ceza Dairesi, FSEK 75/2. maddesi ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 234/2. maddesi⁷⁴⁸ çerçevesinde; mahkemelerin de hak sahiplerini durumdan haberdar ederek şikâyetle bulunma imkanı vermeleri gerektiğine hükmetmiştir⁷⁴⁹.

⁷⁴⁶ FSEK 81. maddesinin 3.3.2004 tarih ve 5101 s. Yasayla değiştirilmeden önceki metninin 5. fıkrasında, mülki idare amirleri tarafından İçişleri, Maliye ve Kültür Bakanlıkları ile eser sahipleri ve/veya eser sahipleri ile bağlantılı hak sahipleri meslek birlikleri temsilcilerinden illerde oluşturulacak bir komisyonun eser nüshalarının bandrollü olup olmadıklarını her zaman denetleyebilecekleri ve ihlal halinde hak sahiplerinin komisyona yapacakları başvuru ile komisyonun talebiyle zabitanın harekete geçeceği hükme bağlanmıştı. (Maddenin 5101 s. Kanunla yapılan değişiklikten önceki metni için bkz. KAÇAK, s.368 v.d.)

⁷⁴⁷ GÜNEŞ, 5101 Sayılı Yasa, s.18

⁷⁴⁸ **CMK md. 234** : “Mağdur ile şikâyetçinin hakları şunlardır:

a) Soruşturma evresinde;

1. Delillerin toplanmasını isteme,
2. Soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmamak koşuluyla Cumhuriyet savcısından belge örneği isteme,
3. (Değişik: 24/7/2008-5793/40 md.) Vekili bulunmaması halinde, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme,
4. 153 üncü maddeye uygun olmak koşuluyla vekili aracılığı ile soruşturma belgelerini ve elkonulan ve muhafazaya alınan eşyayı inceletme,
5. Cumhuriyet savcısının, kovuşturmaya yer olmadığı yönündeki kararına kanunda yazılı usule göre itiraz hakkını kullanma.

b) Kovuşturma evresinde;

1. Duruşmadan haberdar edilme,
2. Kamu davasına katılma,
3. Tutanak ve belgelerden vekili aracılığı ile örnek isteme,
4. Tanıkların davetini isteme,

IV- KORUYUCU PROGRAMLARI ETKİSİZ KILMAYA YÖNELİK HAZIRLIK HAREKETLERİ (FSEK MD.72)

A- GENEL AÇIKLAMA

FSEK’na 4110 S. Kanunla 1995 yılında dahil olan ve 5728 S. Kanunla yapılan değişiklikten önce FSEK’nun 73/1-c maddesinde düzenlenen “koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri” suçu, söz konusu değişiklikle 72. maddede yeniden düzenlenmiştir;

“Bir bilgisayar programının hukuka aykırı olarak çoğaltılmasının önüne geçmek amacıyla oluşturulmuş ilave programları etkisiz kılmaya yönelik program veya teknik donanımları üreten, satışı arz eden, satan veya kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran kişi altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.” (FSEK md.72).

Söz konusu suçun, eser sahiplerinin hakları ile ilgili olmadığı ifade edilmektedir⁷⁵⁰. Ayrıca, bilgisayar programları gibi şifreli yayınlarda kullanılan decoderler (şifre çözücüler) için de koruyucu program ve teknik donanımlar geliştirilmekte olup, bunların bilişim amaçlı bir bilgisayar olarak kabul

5. (Değişik: 24/7/2008-5793/40 md.) Vekili bulunmaması halinde, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme,

6. Davaya katılmış olma koşuluyla davayı sonuçlandıran kararlara karşı kanun yollarına başvurma. Mağdur, onsekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malûl olur ve bir vekili de bulunmazsa, istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilir.

Bu haklar, suçun mağdurları ile şikâyetçiye anlatılıp açıklanır ve bu husus tutanağa yazılır.”

⁷⁴⁹ “.. 5271 sayılı yasanın 234/2. maddesi ve 5846 sayılı yasanın 5728 sayılı kanununun 140. maddesi ile değişik 75. maddesi gereğince eserler üzerinde hak sahipleri olan suçun mağdurları davadan haberdar edildikten sonra yasal sürede şikâyet hakkı bulunanlardan biri ya da bir kısmı tarafından şikâyette bulunulması ve hak sahibi olduğunun ispatlanması halinde lehe yasanın belirlenmesi bakımından 5846 sayılı yasanın suç tarihinde yürürlükte bulunan 5101 sayılı yasa ile değişik 81. maddesinin 9. fıkrasının 1/b alt bendi ile 5728 sayılı yasa ile değişik 81/13 maddesi ve aynı yasanın 71/1. madde hükümleri karşılaştırılıp sonucuna göre uygulama yapılması gerektiği ..” (Yargıtay 7. C.D., T.14.05.2009, E.2009/1767 , K. 2009/6608) karar yayımlanmamıştır.

⁷⁵⁰ ÖZDERYOL, s.187 ; YAZICIOĞLU, s.419-420

olunamayacakları ve bilgisayar marifetiyle işlenen suçlara ilişkin hükümlere konu olmayacakları kabul edilmektedir⁷⁵¹.

B- KORUNAN HUKUKİ YARAR

Koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri suçu, bir bilgisayar programının hukuka aykırı çoğaltılmasını sağlayacak programları veya teknik donanımları konu almamaktadır. Suçun konusu, hukuka aykırı çoğaltmayı engelleyecek ilave programları “etkisiz kılmayı sağlayacak” program veya donanımlardır. Dolayısıyla, söz konusu fiillerin suç sayılması ile eser mahiyetindeki bilgisayar programlarının muhafazasını sağlayan tedbirlerin korunması hedeflenmiştir.

Bilgisayar programının hukuka aykırı çoğaltılması, hak sahibinin eser üzerindeki mali haklarını ihlal ettiğinden, söz konusu suçla dolaylı da olsa hak sahibinin mali haklarının korunması amaçlanmaktadır.

C- SUÇUN UNSURLARI

1- MADDİ UNSURLAR

Suç oluşturulan unsurlar arasında maddi unsurun muhakkak yer aldığı tartışma yoktur ve her suç tipinde “hareket”, “netice” ve “sebebiyet alakası” (illiyet bağı) maddi unsurları mevcuttur⁷⁵². Hareket, netice ve illiyet bağı, suçun maddi unsurları arasındaki “fiil”i meydana getiren unsurlardır. Fiil yanında “fail”, “mağdur”, “konu” ve “nitelikli unsurlar” da suçun maddi unsurları arasında mütalaa edilmektedir⁷⁵³. Çalışmamızda, FSEK 72. maddede düzenlenen suçun maddi unsuru; fiil, fail, mağdur, konu, alt başlıkları ile incelenecektir.

⁷⁵¹ R. Yılmaz YAZICIOĞLU, Bilgisayar Suçları Kriminolojik Sosyolojik ve Hukuki Boyutları İle, Alfa Basım, İstanbul-1997, s.217-220

⁷⁵² KUNTER, Maddi Unsurlar, s.3

⁷⁵³ ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.228, 235 v.d.

i- FİİL

Kanun koyucunun, bazı hukuki değerleri daha etkin korumak amacıyla herhangi bir zararın gerçekleşmesine gerek görmeden, fiilin bir zarar meydana getirme tehlikesi içermesini cezalandırdığı suçlar, tehlike suçlarıdır⁷⁵⁴. Koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri suçu, tehlike suçudur⁷⁵⁵. Bu hareketler neticesinde bir bilgisayar programının hukuka aykırı çoğaltılmasını engelleyecek programların veya teknik donanımların etkisiz hale gelmesi veya korunan programların hukuka aykırı çoğaltılması gerekmez. Hukuka aykırı çoğaltmayı engelleyecek ilave programları etkisiz kılmayı sağlayacak program veya donanımları üretmek, satışa arz etmek, satmak veya kişisel kullanım amacı dışında elinde bulundurmak fiillerinden herhangi birinin ikası, suçun meydana gelmesi için yeterlidir.

Maddedeki “üretmek” fiili, hem “etkisiz kılmaya yönelik program veya teknik donanımı” meydana getirmek, dizayn etmek, programlamak, oluşturmak eylemlerini; hem de bu özellikteki bir program veya teknik donanımı çoğaltmak, aynı işlevi gören kopyalar çıkarmak eylemini içermektedir.

“Etkisiz kılmaya yönelik program veya teknik donanım”ı satmak suç olduğu gibi, henüz satış işlemi gerçekleşmediği süreçte satışa arz etmiş olmak da suçtur. Ancak bu tür program veya teknik donanımların satış işlemine konu edilmeden dağıtılması da korunmak istenen hukuki yararı zedeleyeceği halde, maddede sadece satış ve satışa arz kanalıyla dağıtımdan bahsedilmesi, kanaatimizce eksiklik yaratmaktadır.

Bunun gibi, maddede “kişisel kullanım amacı dışında elinde bulundurmak” fiili de suçu oluşturan fiillerden biri olarak gösterilmiştir. Kişisel kullanım amacının FSEK 38. maddesi hükmü çerçevesinde, mali haklara tecavüz suçlarını içeren FSEK’nun 71. maddesi kapsamındaki bazı suçlar için hukuka aykırılığı ortadan kaldıracığı kabul edilebilirse de, 72. maddede düzenlenen bu suç için bir hukuka uygunluk sebebi olamayacağı kanaatindeyiz. Zira korunan, “etkisiz kılmaya yönelik program veya teknik donanım” olmadığından FSEK 38. md. kapsamında mütalaa

⁷⁵⁴ ÖZGENÇ, s.205

⁷⁵⁵ YAZICIOĞLU, s.430

edilmesi mümkün değildir. Ayrıca, “hukuka aykırı çoğaltma” suçunu incelerken de değindiğimiz üzere, bilgisayar programları, kişisel kullanım amacıyla çoğaltma serbestisinin istisnaları arasında kabul edilmektedir. Dolayısıyla, hukuka uygun olmayan çoğaltmayı engelleyen programın etkisiz kılınmasına yönelik hareketlerin yol açabileceği durum; hukuka uygunluk sebebi içeren bir çoğaltmaya değil, her halükarda hukuka aykırı çoğaltmaya yönelik olacaktır. Bu sebeple, “etkisiz kılmaya yönelik program veya teknik donanımı” kişisel kullanım amacıyla dahi elinde bulundurmak, suç ile korunmak istenen hukuki yararı zedeleyecek niteliktedir ve maddedeki “kişisel kullanım amacı” istisnası, kanaatimizce yersizdir.

ii- FAİL

Kanunda, 72. maddede düzenlenen suçu oluşturan fiili ika eden şahıslar için herhangi bir özellik aranmamıştır. Suçun faili, kanunun suç saydığı fiili işleyen kimsedir ve sayılan suçlar “herkes tarafından işlenebilen suçlar”⁷⁵⁶ arasındadır. FSEK’nun 72. maddesinde belirtilen fiilleri işleyen her gerçek kişi⁷⁵⁷ suçun faili olabilir.

TCK’nun, tüzel kişilere cezai yaptırım uygulanmayacağı hükmünü içeren 20. maddesi uyarınca, tüzel kişiler için sadece güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar uygulanabilir⁷⁵⁸. FSEK 81/son. maddesinde de “Bu Kanunda tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, ilgili tüzel kişi hakkında Türk Ceza Kanununun tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur” hükmü yer almıştır. Bu çerçevede, tüzel kişi bünyesinde işlenen suçların gerçek kişi faillerinin belirlenmesi sorunu ortaya çıkar. Suç faili gerçek kişilerin tesbitinde ise; uygulamada, özellikle işletmeyi fiilen idare edenler usulsüzlüğün meydana gelmesinde temel sorumlu olarak kabul edilmekte, bunun yanında sorumluluk isnad

⁷⁵⁶ YAZICIOĞLU, s.424 ; Ayrıca “Herkes tarafından işlenebilen” (genel) suçlar ve “belirli kişiler tarafından işlenebilen” (mahsus, özgü) suçlar ayrımı için bkz. ARTUK –GÖKCEN –YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 289-290 ; DÖNMEZER –ERMAN, C.II, s.424 v.d. ; ÖZGENÇ, s.188 v.d. ; ÖNDER, s.168

⁷⁵⁷ Türk Ceza Kanunu 20. maddesinde “(1)Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz. (2) Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.” hükmü ile tüzel kişilere cezai yaptırım uygulanmayacağını hükme bağlamıştır.

⁷⁵⁸ Tüzel kişilere uygulanacak güvenlik tedbirleri için bkz. DEMİRBAŞ, s.511 v.d.; HAKERİ, Ceza Hukuku, s.426 v.d., s.428-429

edilebilmesi halinde tüzel kişi ortakları ve yetkili temsilcileri de suç faili sayılabilmektedir.

iii- MAĞDUR

Suçun mağduru, suçun konusunun ait olduğu kişidir. Mağdur kural olarak suçtan zarar gören kişi olmakla beraber, suçun mağduru olmayan kişilerin de suçtan zarar görmeleri mümkündür⁷⁵⁹.

Koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri suçunun mağdurunun özellik gösterdiği, zira bu suçun mağdurunun ilave program konusunda hak sahibi olan kimse olmakla, mağdur açısından özgü bir suç bulunduğu; tüzel kişinin hak sahibi olması halinde suçtan zarar gören sıfatı taşıyacağı ifade edilmektedir⁷⁶⁰. Ancak, koruyucu programın koruduğu bilgisayar programı üzerinde hak sahibi olan kimsenin, koruyucu programın meydana getirilmesindeki yatırımı veya emeği ile koruyucu programın etkisiz kılınması sonucu korunan bilgisayar programının hukuka aykırı çoğaltılması ihtimalinin doğacağı düşünüldüğünde, kanaatimizce somut durumun özelliklerine göre korunan bilgisayar programı üzerindeki hak sahipleri de mağdur veya suçtan zarar gören sıfatına sahip olabilecektir.

iv- KONU

FSEK 72. maddesinde düzenlenen suçun konusu, “bir bilgisayar programının hukuka aykırı olarak çoğaltılmasının önüne geçmek amacıyla oluşturulmuş ilave programları etkisiz kılmaya yönelik program veya teknik donanım”dır.

2- MANEVİ UNSUR

5728 S. Kanunla yapılan değişiklikten önce koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri suçunun gerçekleşmesi için bu amaca yönelik “teknik aracın” ticari amaçla elde bulundurulması veya dağıtılmasını kapsayan özel

⁷⁵⁹ ÖZGENÇ, s.206-207 ; ayrıca bkz. HAKERİ, Genel Hükümler, s.119

⁷⁶⁰ YAZICIOĞLU, s.425

kast aranmaktaydı⁷⁶¹. Söz konusu değişiklikle, “ticari amaç” hükümden çıkarılmış ve bu tür program veya teknik donanımları üreten, satışa arz eden, satan veya kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduranların genel kastla hareket etmeleri, suçun oluşması için yeterli sayılmıştır. Ancak, suçun yeni tanımındaki “üretmek” ve “kişisel kullanım amacı dışında elinde bulundurmak” dışındaki fiiller, satış ve satışa arz gibi, ticari kapsamda değerlendirilebilecek fiillerdir.

D- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

1- TEŞEBBÜS

Koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri, şekli (neticesi harekete bitişik) suçları kapsadığından, maddede düzenlenen suçlar kural olarak teşebbüse müsait suçlar değildir. Ancak icra hareketlerinin kısımlara ayrılması mümkünse ve icra hareketlerinin bir kısmı gerçekleşmiş olmasına rağmen hareket, engel bir neden yüzünden tamamlanamıyorsa bu takdirde suça teşebbüsten bahsedilebilecektir⁷⁶².

2- İŞTİRAK

FSEK'nun 72. maddesinde düzenlenen suça her türlü iştirak mümkündür. Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, müşterek fail olarak sorumlu olur (TCK md.37/1). Suçun işlenmesinde kusur yeteneği olmayanları araç olarak kullanmak (TCK md.37/2), suça azmettirmek (TCK md.38), suçun işlenmesine yardım etmek (TCK md. 39) şeklindeki her türlü iştirakle suça doğrudan ya da dolaylı olarak katılan şerikler, Türk Ceza Kanunu'nda iştiraki düzenleyen genel hükümler (md.37, 38, 39, 40, 41) uyarınca cezalandırılır.

⁷⁶¹ Bkz. HAFIZOĞULLARI, s.14

⁷⁶² YAZICIOĞLU, s.432

3- İÇTİMA

Bu suç, içtima bahsi bakımından bir özellik göstermez⁷⁶³. FSEK 72. maddede sayılan fiillerin faili, “etkisiz kılmaya yönelik program veya teknik donanımı” kullanarak koruyucu programı devre dışı bırakır ve ayrıca korunan bilgisayar programını hukuka aykırı surette çoğaltırsa, 72. madde düzenlenen suç yanında 71. maddede düzenlenen hukuka aykırı çoğaltma suçu da meydana gelir ve bu suçlar gerçek içtima konu olur.

E- YAPTIRIM VE KOVUŞTURMA USULÜ

Bir bilgisayar programının hukuka aykırı olarak çoğaltılmasının önüne geçmek amacıyla oluşturulmuş ilave programları etkisiz kılmaya yönelik program veya teknik donanımları üretmek, satışa arz etmek, satmak veya kişisel kullanım amacı dışında elinde bulundurmamak suçunun cezası, altı aydan iki yıla kadar haptir.

FSEK 75. maddesinde, koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri suçunun şikâyete bağlı olduğu belirtilmiştir. Yapılan şikâyetin geçerli kabul edilebilmesi için hak sahiplerinin veya üyesi oldukları meslek birliklerinin haklarını kanıtlayan belge ve sair delilleri Cumhuriyet başsavcılığına vermeleri gerekir. Bu belge ve sair delillerin şikâyet süresi içinde Cumhuriyet başsavcılığına verilmemesi hâlinde kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilir (FSEK md. 75/1).

⁷⁶³ YAZICIOĞLU, s.433

SONUÇ

Çalışmamızın “GİRİŞ” bölümünde; gelişen teknolojik imkanlar sayesinde, eser üzerindeki hakların ihlalinin, günlük rutinde gerçekleştirilebilecek bir hal alması ve artık esere tecavüz yoluyla kar sağlamayı profesyonel uğraş ve çıkar kaynağı haline getiren korsan sektörünün piyasada ciddi bir işlem hacmine ulaşmış olmasının, eser üzerindeki hakların korunması hususunda çok daha etkili tedbir ve müeyyideleri gerektirdiğini ifade etmiştik. Ancak çalışmamızda, -elimizden geldiğince- incelendiği üzere; FSEK’ndaki ceza hükümleri, gerek lafız gerek içerik itibarıyla, esere karşı tecavüzler karşısında yeterli caydırıcılık ve cezalandırıcılık sağlamaktan uzaktır.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda, muhtelif kanunlarla birçok değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklerde, iç hukuk mevzuatının, fikri hakların uluslar arası alanda kavuştuğu himayeye ulaştırılması çabası; eser sahibinin haklarına dair tanımların, teknik gelişmelere paralel olarak geliştirilmesi ihtiyacı; fikri hak ihlallerinin çeşitlilik kazanması ve özellikle teknolojik ilerlemenin fikri haklara tecavüzleri son derece kolay hale getirmesi gibi faktörler rol oynamıştır. Bunun yanında zannımızca kanun koyucu, FSEK kapsamındaki tecavüzleri soruşturmak ve kovuşturmakla görevlendirilen, ihtisas mahkemeleri dışındaki yargı mercilerinin; birer kelimeyle düzenlenen farklı suç tiplerinden birini veya birkaçını içeren somut olaylarda, kanunun bir maddesini veya bir bendini rahatlıkla uygulayabilmelerine imkan sağlamak gayesini de, yapılan kanun değişikliklerine esas kılmaktadır.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun, kanunlaştırma için yeterli alt yapı oluşturulmadan tekrar tekrar değiştirilmesi sonucunda geldiği durum itibarıyla, kanunda; bir maddede hukuka uygun fiil olarak tanımlanan terimlerin başka bir maddede suçun maddi unsuru olarak gösterilmesi, kanun değişikliğinden önceki atıfların düzeltilmemesi, kanundaki genel hükümlerle yasaklanan ve daha önce suç olarak gösterilen fiillerin cezasız kalması, en mühimi, farklı hukuki yararları gözetilen suç tiplerinin, hangi hükmün hangi durum için uygulanacağı kargaşasına yol açacak

surette son derece muğlak ve karmaşık şekilde birlikte düzenlenmiş olması, fikir ve sanat eserlerinin himayesini zayıflatacak ve ayrıca “kanuna itimatsızlık” tehlikesine yol açacaktır. Nitekim çalışmamızda sırası geldikçe yer verdiğimiz eleştirilerimizde de belirttiğimiz üzere, bugünkü haliyle Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda; 23/2. madde ile yurt dışında hukuka uygun surette çoğaltılmış eser nüshalarının yurt içine getirilmesi münhasıran eser sahibine tanınmışken, bu nüshaları eser sahibinin rızası hilafına yurda sokarak yayma hakkını ihlal eden üçüncü kişiler için cezai yaptırım öngörülmemesi; 71/2. madde ile Ek 4/1. maddedeki fiilleri yetkisiz olarak işleyenlerin cezalandırılacağı öngörülürken Ek 4/2. maddede yer alan fonogramların zikredilmemesi; 5728 S. Kanun değişikliğinden sonra 72. maddenin tamamen değiştirilip koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketlerine ilişkin tek bentlik bir hüküm taşır hale getirilmesine rağmen, değişiklikten önceki 72/3. maddeye atıf yapan Ek 8/son maddenin olduğu gibi bırakılması; 81. maddenin eski halindeki benzer düzenlemeye yönelik bütün eleştirilere ve uygulamadaki sıkıntılara rağmen, bandrol zorunluluğuna tabi eserlerin bandrolsüz veya bandrol yükümlülüğüne aykırı surette piyasaya arzını cezalandıran 81/4. maddede “çoğaltıp” ifadesine yer verilerek uygulamada tipe uygun eylemin belirlenmesinin güçleştirilmesi; yine 81. maddede suç tanımı için kullanılan “bandrol yükümlülüğüne aykırı olarak” ibaresinin kapsamının net bir biçimde açıklanmaması sebebiyle maddenin uygulanmasında ciddi problemlerin yaşanabilecek olması, gibi sorunlar mevcuttur. Ayrıca, 71. maddede düzenlenen suçların maddi unsurları arasında “mağdur” bahsinde değindiğimiz üzere; eser sahibinin manevi haklarına tecavüz teşkil eden suçların, eser sahibinin ölümünden sonra yargıya taşınmasının, kanunun mevcut haliyle mümkün olmadığı kanaatindeyiz ve bu durum ciddi bir eksiklik arz etmektedir. Bunların yanında, eserin, sahibinin adı yazılmadan isimsiz şekilde ya da anonim olduğu belirtilerek umuma arz edilmesi gibi bir manevi hak ihlalinde, kanunda bu tür fiilleri cezalandıracak bir hüküm bulunmamaktadır.

Bilhassa suçların kanuni tipte yeterince açık biçimde ve tereddütsüz uygulanabilecek netlikte düzenlenmemiş olması, normu uygulayacak yargı merciinin; ceza hukukuyla bağdaşmayacak şekilde yorumda bulunmakla, kanuni unsura bağlı kalarak hakkaniyetten vazgeçmek, arasında kalmasına sebep olabilecektir. Zira

suçları incelerken de yeri geldikçe değindiğimiz üzere, kanunun bütünü nazara alındığında aslen hangi amaçla düzenlendiği anlaşılan norm, lafız itibariyle amacına ulaşmaktan uzak kalabilmektedir.

Kanunda peş peşe yapılan değişikliklerle gelinen nokta, yeterli bir cezai himaye sağlayacak düzeyde değildir. Nitekim, değişikliklerin artık süreklilik kazanmış olması da, bu yetersizliği teyit etmektedir. Zira, günün ihtiyaçlarına ivedi olarak cevap vermeye çalışılırken, yapılan değişikliklerle gelinen nokta çok daha karmaşık ve içinden çıkılmaz sorunlara yol açabilecek niteliktedir. Bu sebeple, cezalandırılacak her fiilin tereddüde mahal ve yoruma mecbur bırakmayacak açıklıkta belirlenmesi, kanun koyucunun FSEK'ndaki özellikle ceza hükümlerini tamamıyla ele alarak; hem yetkin biçimde ceza hukuku prensipleri çerçevesinde, hem de kanunun bütünüyle uyum sağlayacak surette yeniden düzenlemesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

AKKAYAN YILDIRIM, Ayça. **4630 Sayılı Kanun Değişikliği ve Gelişmeler Işığında ‘Sinema Eseri’ ve ‘Sinema Eseri Sahipliği’**, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul-2001

ALBAYRAK, Mustafa, **Fikir ve Sanat Eserleri ile Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar**, Adil Yayınevi, Ankara-2004 (Fikir ve Sanat Eserleri)

ALBAYRAK, Mustafa, **Hakim Gözüyle Taklit Ürün ve Korsan Eserlere Karşı Mücadelede Başarısızlık Nedenleri**, I. İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu 05-06 Mayıs 2005, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, Yayın Hazırlayanlar: R.Eda Güngör, Ahmet Kalafat, M. Buket Soygüt, İstanbul- 2005 (Hakim Gözüyle)

ALICA, Türkay, **Bilişim ve Hukuk**, Ankara Barosu Uluslar arası Hukuk Kurultayı-2008, 8 Ocak-11 Ocak 2008, Ankara

ARIKAN, Ayşe Saadet, **Fikri Sınai Hakların Tüketilmesi ve Rekabet Hukuku**, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı- Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku 2002, C.I, Ankara-2002

ARKAN, Azra, **Mukayeseli Hukuk, Uluslar arası Düzenlemeler ve Türk Fikri Hukuk Alanında Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar**, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2005

ARSLANLI, Halil, **Fikri Hukuk Dersleri II Fikir ve Sanat Eserleri**, İ.Ü. Yayınları, İstanbul-1954

ARTUK, Mehmet Emin – GÖKCEN, Ahmet – YENİDÜNYA, A.Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara-2009 (Genel Hükümler)

ARTUK, Mehmet Emin – GÖKCEN, Ahmet – YENİDÜNYA, A.Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara-2008 (Özel Hükümler)

ATEŞ, Mustafa, **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2003

ATEŞ, Mustafa, **Fikir ve Sanat Hukukunda Sinema Eseri ve Eser Sahipliği**, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009, Editör: Tekin Memiş, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul-2009 (Sinema Eseri)

ATEŞ, Mustafa, **Fikri Haklar ve Bağlantılı Haklara İlişkin Uluslar arası Sözleşmeler ve Türkiye**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Y.6, C.6, S.2006/1 (Uluslararası Sözleşmeler)

ATEŞ, Mustafa, **Fikri Hukukta Eser**, Ankara-2007 (Eser)

AYBAY/HATEMİ, **Eşya Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2009

AYİTER, Nuşin, **Hukukta Fikir ve San'at Ürünleri**, S.Yayımları, 1981

BAYGIN, Cem, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na Göre Eser Sahibinin Hakları ile Bağlantılı Haklar**, AÜEHFD, 2001, C.5, S.1-4 (Bağlantılı Haklar)

BAYGIN, Cem, **Fikri Hukukta Yaratıcı Eser Sahibi ve Eser Üzerindeki Mali Hakları Kullanmaya Kanunen Yetkili Sayılan Kişiler**, Prof.Dr.Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C.I, Beta Yayımları, İstanbul-2002 (Eser Sahibi)

BELGESAY, Mustafa Reşit, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi**, M.Sıralar Matbaası, İstanbul-1956

BEŞİROĞLU, Akın, **Fikir Hukuku Dersleri**, 4. Bası, Arıkan Yayımları, İstanbul-2006

BOZBEL, Savaş, **Fikri Hakların İhlali Nedeniyle İhtiyati Tedbir Yoluyla İnternet Sitelerine Erişim Engellenebilir mi?**, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009, Editör: Tekin Memiş, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul-2009

CERİTOĞLU SENDEL, Filiz, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İntihal ve Esinlenme**, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2009

ÇEÇEN, Anıl, **Düşünce Hukuku**, Doruk Yayımları, Ankara-1995

ÇEVİK, Orhan Nuri, **İçtihatlı Notlu Fikri Hukuk Mevzuatı**, Yetkin Basım, Ankara – 1988

ÇOLAK, Uğur, **Türkülerde İşleme Eser Sahipliği ve Sui Generis Koruma Modeli Önerisi**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi Y.8, C.8, S.2008/2

DALYAN, Şener, **Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması**, Seçkin Yayımları, Ankara-2009

DEDELER BEZİRCİ, Pervin, **Telif Hakları Kapsamında Kiralama ve Ödünç Verme Hakkı ile İlgili Avrupa Birliği Direktifleri ve Kütüphanelere Yansımaları**, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, C.4., S.16

DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2006

DÖNMEZER, Sulhi – ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C.I**, 12. Bası, Beta Yayınları, İstanbul-1997

DÖNMEZER, Sulhi – ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C.II**, 11. Bası, Beta Yayınları, İstanbul-1997

DÖRTLEMEZ, Abdullah, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki Son Değişikliklerin Gerçekleştirilmesi Süreci**, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı- Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku 2002, C.I, Ankara-2002

ERDİL, Engin, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler**, İstanbul-2003 (İşlenme Eserler)

ERDİL, Engin, **İçtihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi**, Güncelleştirilmiş 3. Bası, C.II, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2009 (Şerh)

EREL, Şafak N., **Fikri Hukuk Açısından Müzik Klipleri**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Y.6, C.6, S.2006/1

EREL, Şafak N., **Fikri Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. İlhan Öztrak'a Armağan, Ocak-Haziran 1994

EREL, Şafak N., **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara-2009

EREM, Faruk – DANIŞMAN, Ahmet - ARTUK, Mehmet Emin, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Tümüyle Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara-1997

EROĞLU, Sevilay, **İnternette 'Aktif Link'ler Yoluyla Fikri Haklara Müdahale**, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C.2, İstanbul-2003 (Aktif Linkler)

EROĞLU, Sevilay, **Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması**, Beta Basım, İstanbul-2000 (Bilgisayar Programları)

GENÇ ARIDEMİR, Arzu, **Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2003

GENÇ, Arzu, **Sinema ve Müzik Eserleri Açısından 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile 3257 Sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu'nun Karşılaştırılması**, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C.2, İstanbul-2003

GÖKYAYLA, Emre, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na Göre İcracı Sanatçı Kavramı ve İcracı Sanatçının Hak Sahibi Olmasının Şartları**, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C.I, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2009

GÖRMEZ, Günay, **Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukundaki Son Gelişmeler**, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı- Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku 2002, C.I, Ankara-2002

GÜNEŞ, İlhami, **Fikir ve Sanat Eserleri Yasasının 03.03.2004 Tarihli 5101 Sayılı Yasa İle Değişik 81. Maddesine Göre Bandrol Yoluyla Re'sen Sağlanan Koruma**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Y.5, C.5, S.2005/3

GÜNEŞ, İlhami, **5728 Sayılı Yasa Sonrası Mali, Manevi Hak ve Bağlantılı Hak İhlalleri**, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, C.4, S.14, İstanbul-2008

HAFIZOĞULLARI, Zeki, **Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi**, AÜHFD, C.48, S.1-4, Ankara 1999

HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2007 (Ceza Hukuku)

HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara – 2009 (Genel Hükümler)

HIRSCH, Ernst E., **Hukuki Bakımdan Fikri Say 2.Cilt Fikri Haklar**, İ.Ü. Yayınları, İstanbul-1943

İÇEL, Kayıhan - EVİK, A.Hakan, **İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap**, 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul-2007

İÇEL, Kayıhan - SOKULLU AKINCI, Füsun – ÖZGENÇ, İzzet – SÖZÜER, Adem – MAHMUTOĞLU, Fatih S. - ÜNVER, Yener, **İçel Yaptırım Teorisi 3. Kitap**, Beta Yayınları, İstanbul-2000

KAÇAK, Nazif, **Açıklamalı İctihatlı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu**, Kartal Yayınevi, Ankara-2004

KARAHAN, Sami – SULUK, Cahit – SARAÇ, Tahir – NAL, Temel, **Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2007

KARAKUZU BAYTAN, Dilek, **Fikir Mülkiyeti Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul-2005

KAYA, Arslan, **Bilgisayar Programlarının Şahsen Kullanılmaya Mahsus Olarak Çoğaltılması Mümkün müdür?**, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, Beta Yayınları, İstanbul-2000 (Bilgisayar Programları)

KAYA, Arslan, **Reklamın Fikri Mülkiyet Hukuku İçindeki Yeri**, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C.I, Beta Yayınları, İstanbul-2002

KAYA, Arslan, **Şehir Planları (Rehberleri) Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Eser midir ?**, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C.II, Beta Yayınları, İstanbul-2003

KAYPAKOĞLU, Serhat, **Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunması**, İpekçi Yayıncılık, İzmir-1997

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

KILIÇOĞLU, Ahmet, **Fikri Haklar Alanında 5101 Sayılı Kanunla Getirilen Yenilikler**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.17, S.55, Ankara - 2004 (5101 Sayılı Kanun)

KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Telif Hakkı ve Yayın Sözleşmesinden Ayırılma**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Y.1, C.I, S. 2001/1 (Telif Hakkı ve Yayın Sözleşmesi)

KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Zamanlaşımı**, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı- Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku 2002, C.I, Ankara-2002

KINACIOĞLU, Naci, **Sinema Eseri ve Bunlarda Eser Sahipliği**, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara-1999

KUNTER, Nurullah, **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul-1949 (Kanuni Unsurlar)

KUNTER, Nurullah, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul-1954 (Maddi Unsurlar)

MEMİŞ, Tekin, **Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2002 (Memiş)

MEMİŞ, Tekin, **Fikri Hukuk Bakımından Kaynak Kodlarının Korunması**, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009, Editör: Tekin Memiş, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul-2009

ÖĞUZMAN, M.Kemal, **Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y.1966, C.31, S.1-4

ÖĞUZMAN, M.Kemal – SELİÇİ, Özer– OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul-2009

OKUTAN NILSSON, Gül, **Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Tüzel Kişinin Eser Sahipliği Sorunu**, Uğur Alacakaptan'a Armağan, Der.Mehmet Murat İnceoğlu, C.2, İstanbul-2008

OLGAÇ, Senai, **Fikir Hakları ve Yayın Sözleşmeleri**, Olgaç Matbaası, Ankara-1979

ÖNDER, Ayhan, **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul-1992

ÖZBEK, Veli Özer, **TCK İzmir Şerhi Türk Ceza Kanununun Anlamı, C.I, Genel Hükümler**, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık Ankara-2010

ÖZDERYOL, Teknail, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar**, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2006

ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2006

ÖZTAN, Fırat, **Bağımlı Eserler**, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara-2003

ÖZTAN, Fırat, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara-2008 (Fikir ve Sanat Eserleri)

ÖZTAN, Fırat, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler**, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara-1998 (İşlenme Eserler)

ÖZTRAK, İlhan, **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar**, AÜSBF Yayınları, 2. Bası, Ankara-1977

ÖZTRAK, İlhan, **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Korunması Yönünden Pozitif Hukuktaki Tarihi Gelişim**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.25, No.3, Eylül-1970 (Tarihi Gelişim)

SINAR, Hasan, **Ceza Hukuku Açısından Telif Haklarının Korunması**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul-2006 (Telif Haklarının Korunması)

SINAR, Hasan, **İnternet ve Ceza Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul-2001 (İnternet ve Ceza)

SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Yetkin Basım, Ankara-2005 (Genel Hükümler)

SOYASLAN, Doğan, **Teşebbüs Suçu**, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara-1994 (Teşebbüs Suçu)

SÖZÜER, Adem, **Suç Teşebbüs**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul-1994

SULUK, Cahit - ORHAN, Ali, **Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku Cilt II Genel Esaslar Fikir ve Sanat Eserleri**, Arıkan Yayınları, İstanbul-2005

SULUK, Cahit, **Telif Hakları ve Korsanlıkla Mücadele**, Hayat Yayınları, İstanbul-2004

TEKİNALP, Ünal, **Derleme Eser, Düşünce Yaratıcılığı ve Bunun Hususiyet Üzerindeki Etkisi**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Y.5, C.5, S.2005/1 (Derleme Eser)

TEKİNALP, Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 4. Bası, Arıkan Yayınları, İstanbul-2005

TOPALOğLU, Mustafa, **Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması**, Türkiye Bilişim Vakfı Yayınları, İstanbul-1997

TOSUN, Yalçın, **Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul-2009

TÜRKEKUL, Erdem, **Dijitalleşme ve Fikri Haklar**, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 8 Ocak -11 Ocak 2008, Ankara

TÜYSÜZ, Mustafa, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler**, Yetkin Yayınları, Ankara-2007

ÜSTÜN, Gürsel, **Fikri Hukukta Eser Sahibi Lehine Yorum İlkesi**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Y.6, C.6, S.2006/1

ÜSTÜN, Gürsel, **Fikri Hukukta İşleme Eserler**, Besam Yayınları, İstanbul-2001

YARAYAN, Ali, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun Avrupa Birliği Mevzuatına Uyumunu**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Y.6, C6, S.2006/1

YARSUVAT, Duygun, **Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul-1977

YARSUVAT, Duygun, **Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu**, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul-1999 (Tüzel Kişiler)

YAZICIOĞLU, R. Yılmaz, **Bilgisayar Suçları Kriminolojik Sosyolojik ve Hukuki Boyutları İle**, Alfa Basım, İstanbul-1997

YAZICIOĞLU, R.Yılmaz, **Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar 5846 S. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki Suçlar**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul- 2009

YILMAZ, Canan, **Eser Sahibinin Eserin Çok Satanlar (Best-Seller) Listesinde Yer Alması Halinde Elde Edilen Gelire Katılma Hakkı**, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C.II, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2009

YUSUFOĞLU, Fülürya, **Eseri Meydana Getirenlerin Mali Hak Sahibi Sayılmadıkları Haller**, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul-2003

YÜKSEL, Cüneyt, **Fikri Mülkiyet Hukukunda Kiralama ve Ödünç Verme Hakları**, İÜHFM, C.55, S.4, Y.1997

YÜKSEL, Mehmet, **Fikri Mülkiyet Haklarının Tarihsel Temelleri**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Y.1, C.1, S.2001/2, Ankara-2001

KAZANCI İÇTİHAT BANKASI

MEŞE İÇTİHAT VE MEVZUAT BANKASI (MEŞE YAZILIM)

“<http://www.kultur.gov.tr>” adresli internet sitesi