

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

**FİKİR VE SANAT ESERLERİYLE İLGİLİ MANEVİ
MALİ VE BAĞLANTILI HAKLARIN İHLALİ SUÇLARI**

(FSEK m. 71)

Yüksek Lisans Tezi

KEMAL ALİMOĞLU

İSTANBUL, 2010

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

**FİKİR VE SANAT ESERLERİYLE İLGİLİ MANEVİ
MALİ VE BAĞLANTILI HAKLARIN İHLALİ SUÇLARI**

(FSEK m. 71)

Yüksek Lisans Tezi

KEMAL ALİMOĞLU

Danışman: Prof. Dr. AHMET GÖKCEN

İSTANBUL, 2010

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

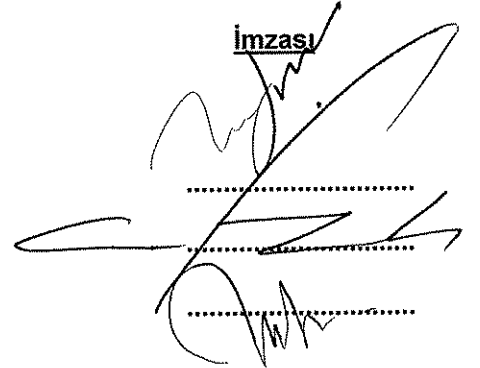
HUKUK Anabilim Dalı KAMU HUKUKU Bilim Dalı Yüksek Lisans öğrencisi
KEMAL ALİMOĞLU'nun FİKİR VE SANAT ESERLERİYLE İLGİLİ MANEVİ, MALİ VE
BAĞLANTILI HAKLARIN İHLALİ SUÇLARI (FSEK MD. 71) adlı tez çalışması
,Enstitümüz Yönetim Kurulunun 19.07.2010 tarih ve 2010-14/19 sayılı kararıyla ile
oluşturulan jüri tarafından oy birliği ~~oy çokluğu~~ ile Yüksek Lisans Tezi olarak kabul
edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

Tez Savunma Tarihi : 24.11.2010

- 1) Tez Danışmanı : PROF. DR. AHMET GÖKCEN
2) Jüri Üyesi : DOÇ. DR. A. CANER YENİDÜNYA
3) Jüri Üyesi : YRD. DOÇ.DR. MURAT BALCI

İmzası



ÖZET

Tezimizde Fikir ve Sanat Eserleriyle ilgili manevi, mali ve bağlantılı haklara tecavüz suçları incelenmiştir. Telif hakkı sahiplerinin korunması gelişen teknoloji karşısında daha fazla önem kazanmıştır. Fikri bir çabanın ürünü olan eserlerin cezai yönden korunması amacıyla AB müktesebatına da paralel olarak 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunda çeşitli değişiklikler olmuş, cezai yönden koruma için en son 5728 sayılı kanunca değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklik Türk Ceza Kanununa uyum amacıyla yapılmıştır. Tezimizin birinci ve ikinci bölümünde eser ve fikri hak kavramları incelenmiştir. Üçüncü bölümde ise fikir ve sanat eserlerinin cezai yönden himayesi kanun sistemi kapsamında ele alınmıştır. Dördüncü bölümde kısaca yargılama usulüne yer verilmiştir. Tezimizin içinde 5728 sayılı kanun ile yapılan son değişikliklerle ilgili değerlendirmelere yer verilmiştir.

ABSTRACT

In our thesis about the spiritual ideas and Works of art, financial and related rights violation crimes examined. Nearer than the protection of copyright owners has become more important in the face of evolving technology. For the protection of criminal aspects of intellectual works is a product of an effort in paralel with the EU acguis communautaire numbered 5846 have been various changes in intellectual and artistic Works, the criminal aspects of protection by law for the most recent amendment numbered 5728. This change was to adopt the Turkish Criminal Code. The first and the second part of the thesis work has examined the concepts of rights and intellectual work. The third section of the criminal aspects of intellectual and artistic Works are held under the auspices of systematic law. The fourth chapter briefly explained the trial procedures. We pointed out the recent changes in the law numbered 5728.

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	v
İÇİNDEKİLER.....	vi
KISALTMALAR.....	xii
GİRİŞ.....	1
BİRİNCİ BÖLÜM.....	4
FİKİR VE SANAT ESERLERİ HUKUKUNUN DOĞUŞU	4
TARİHİ GELİŞİMİ	4
1. FİKİR VE SANAT ESERLERİ HUKUKUNUN TARİHİ GELİŞİMİ.....	4
A. İlk ve Orta Çağ	4
B. İslam Hukuku	4
C. İmtiyazlar Dönemi	4
D. Yakın ve Yeniçağ Ulusal Kanunlar Dönemi	5
II. TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMELERİN TARİHSEL SEYRİ.....	6
III. ULUSLARARASI HUKUKTAKİ DÜZENLEMELERİN TARİHSEL SEYRİ	7
A. Uluslararası Anlaşmaların Elverişli Hükümlerinden Yararlanma	7
B. Bern Sözleşmesi	8
C. Telif Hakları Evrensel Sözleşmesi (UCC).....	10
D. Roma Sözleşmesi	10
E. Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Sözleşmesi (WIPO / OMPI)	10
F. Dünya Ticaret Örgütü (WTO) – Sahte Mal Ticareti Dahil Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Sözleşmesi (TRIPS)	11
G. Bölgesel Nitelikteki Anlaşmalar	12
H. Avrupa Topluluğu Çalışmaları	12
İKİNCİ BÖLÜM	14
ESER VE ESER SAHİPLİĞİ KAVRAMI	14
A. FSEK HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE ESER KAVRAMI.....	14
1. Sübjektif Unsur “Esasa İlişkin Şartlar”	14
2. Objektif Unsur “Şekle İlişkin Şartlar”	16
II. FSEK HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE KORUNAN ESER ÇEŞİTLERİ	17
A. Genel Açıklama	17
B. İlim ve Edebiyat Eserleri	18

İlim Ve Edebiyat Eserleri Şunlardır:	18
C. Musiki Eserleri	20
D. Güzel Sanat Eserleri	21
E. Sinema Eserleri	22
F. İşlenmeler ve Derlemelerin Hukuki Durumu	23
III. ESER SAHİPLİĞİ KAVRAMI	26
A. Genel Olarak Eser Sahipliği Ve Eser Sahipliği Karanesi	26
B. ESERİ BİZZAT MEYDANA GETİRENLERİN ESER SAHİPLİĞİ	26
1. Tek Kişinin Eser Sahipliği	26
C. Eser Sahiplerinin Birden Fazla Oluşu	27
1. Müşterek Eser Sahipliği	27
2. İştirak (Elbirliği) Halinde Eser Sahipliği	28
D. BAŞKASININ MEYDANA GETİRDİĞİ ESER ÜZERİNDE HAK SAHİPLİĞİ	29
1. İşverenin Eser Sahipliği	29
2. Tüzel Kişilerin Eser Sahipliği	30
E. Eser Sahipliği Karanesi	30
F. Aleniyet ve Yayımlanma	31
G. Mesleki Birlikler	31
IV. ESER SAHİBİNİN HAKLARI	32
A. Genel Olarak	32
B. MANEVİ HAKLAR	33
1. Umuma arz “Kamuya Sunulma” Salahiyeti	34
2. Adın Belirtilmesi Yetkisi	35
3. Eserde Değişiklik Yapılmasını Men Etmek Yetkisi	35
4. Eser Sahibinin Zilyet ve Malike Karşı Hakları	35
C. MALİ HAKLAR	36
1. Genel Olarak	36
2. İşleme Hakkı	36
3. Çoğaltma Hakkı	38
4. Yayma Hakkı	39
5. Temsil Hakkı	40
6. İşaret Ses Ve / Veya Görüntü Nakline Yarayan Araçlarla Umuma İletim Hakkı	41
7. Pay ve Takip Hakkı	42
D. BAĞLANTILI HAKLAR	42
1. Komşu Hak Sahipleri	43
2. İcracı Sanatçıların Hakları	43
3. Fonogram Yapımcısının Hakkı	44
4. Radyo Televizyon Kuruluşlarının Hakları	45
5. Film Yapımcılarının Hakları	46
E. HAKLARIN SINIRLANDIRILMASI	47
1. Süre Yönünden Sınırlandırılması	47
2. Kamuya Tanınan Haklar Ve Kamu Menfaati Yönünden Sınırlandırılması	48
3. Özel Menfaat Düşüncesiyle Kişisel Kullanım	50
4. Kopya ve Teşhir	50
5. Engellilere Yönelik İstisna	50
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	53
FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNUNDA DÜZENLENEN SUÇLAR	53

I-GENEL OLARAK	53
II- KANUNUN 71.MADDESİNDE YER ALAN SUÇLAR	55
III- ESER SAHİBİNİN MANEVİ HAKLARINA TECAVÜZ SUÇLARI	56
A-Genel Olarak	56
B. Manevi Haklara Tecavüz Suçunda Korunan Hukuki Değer.....	57
C. Manevi Haklara Tecavüz Suçlarında Fail.....	57
D. Hak Sahibinin Eseri Kamuya Sunma Hakkına Tecavüz Suçu	58
1. Genel Olarak	58
2. Tipiklik	59
3. Maddi Unsur.....	59
4. Manevi Unsur.....	61
5. Hukuka Aykırılık.....	62
6. Yaptırım	63
E. Alenileşmemiş Eserin Muhtevası Hakkında Kamuya İzinsiz Açıklamada Bulunma Suçu	64
1. Genel Olarak	64
2. Tipiklik	64
3. Maddi Unsur.....	64
4. Manevi Unsur.....	65
5. Hukuka Aykırılık.....	66
6. Yaptırım	66
F. Başkasına Ait Esere, Kendi Eseri Olarak Ad Koyma Suçu	66
1. Genel Olarak	66
2. Tipiklik	67
3. Maddi Unsur.....	67
4. Manevi Unsur.....	69
5. Hukuka Aykırılık Unsuru	69
6. Yaptırım	69
G. Bir Eserden Kaynak Göstermeksizin İktibasta Bulunma Suçu	70
1. Genel Olarak	70
2. Tipiklik	70
3. Maddi Unsur.....	71
4. Manevi Unsur.....	73
5. Hukuka Aykırılık Unsuru	74
6. Yaptırım	74
H. Bir Eserle İlgili Yetersiz, Yanlış veya Aldatıcı Kaynak Gösterme Suçu	75
1. Genel Olarak	75
2. Tipiklik	75
3. Maddi Unsur.....	75
4. Manevi Unsur.....	76
5. Hukuka Aykırılık Unsuru	77
6. Yaptırım	77
I. Hak Sahibi Kişilerin Yazılı İzni Olmaksızın Eseri Değiştirme Suçu.....	77
1. Genel Olarak	77
2. Tipiklik	78
3. Maddi Unsur.....	78
4. Manevi Unsur.....	80
5. Hukuka Aykırılık Unsuru	81
6. Yaptırım	82
İ. Bir Eseri, İcrayı, Fonogramı Veya Yapımı Tanınmış Bir Başkasının Adıyla Çoğaltma, Dağıtma Yayma ve Yayımlama Suçu	82

1. Genel Olarak	82
2. Tipiklik	82
3. Maddi Unsur	83
4. Manevi Unsur	83
5. Hukuka Aykırılık Unsuru	83
6. Yaptırım	84
J. Eser Sahibinin Manevi Haklarına Tecavüz Suçlarının Özel Görünüş Biçimleri	84
1. Teşebbüs	84
2. İŞTİRAK	85
3. İÇTİMA	86
IV. ESER SAHİBİNİN MALİ HAKLARINA TECAVÜZ SUÇLARI	88
A- Genel Olarak	88
B. Mali Haklara Tecavüz Suçunda Korunan Hukuki Değer	91
C. Mali Haklara Tecavüz Suçlarında Fail	91
D. Mağdur	91
E. Bir Eserin İzinsiz İşlenmesi Suçu	92
1. Genel Olarak	92
2. Tipiklik	92
3. Maddi Unsur	93
4. Hukuka Aykırılık Unsuru	94
F. Eserin İzinsiz Temsil Edilmesi Suçu	96
1. Genel Olarak	96
2. Tipiklik	96
3. Maddi Unsur	97
4. Hukuka Aykırılık Unsuru	99
G. Bir Eserin İzinsiz Çoğaltılması Suçu	100
1. Genel Olarak	100
2. Tipiklik	100
3. Maddi Unsur	101
4. Hukuka Aykırılık Unsuru	105
H. Her Türlü İşaret, Ses Veya Görüntü Nakline Yarayan Araçlarla Umuma İletme Suçu	107
1. Genel Olarak	107
2. Tipiklik	108
3. Maddi Unsur	108
4. Hukuka Aykırılık Unsuru	110
I. Dağıtma Hakkının İhlali Suçu	111
1. Genel Olarak	111
2. Tipiklik	111
3. Maddi Unsur	112
4. Hukuka Aykırılık Unsuru	114
J. Hukuka Aykırı Olarak İşlenen Veya Çoğaltılan Eserleri Satışa Arz Etme Satma, Kiralama Veya Ödünç Verme Ya Da Sair Şekilde Yayma	114
1. Genel Olarak	114
2. Tipiklik	115
3. Maddi Unsur	115
4. Hukuka Aykırılık Unsuru	115
K. Ticari Amaçla Satın Alma Suçu	116
1. Genel Olarak	116
2. Tipiklik	116
3. Maddi Unsur	116
4. Hukuka Aykırılık Unsuru	117
L. Bir Eseri İthal veya İhraç Etme Suçu	117

1. Genel Olarak	117
2. Tipiklik	117
3. Maddi Unsur	117
4. Hukuka Aykırılık Unsuru	118
M. Kişisel Amacı Dışında Elinde Bulundurma ya da Depolama Suçu	119
1. Genel Olarak	119
2. Tipiklik	119
3. Maddi Unsur	119
4. Hukuka Aykırılık Unsuru	120
N. Mali Haklara Tecavüz Suçlarının Manevi Unsuru	120
O. Mali Haklara Tecavüz Suçunun Yaptırımı	121
P. Mali Haklara Tecavüz Suçlarının Özel Görünüş Biçimleri	121
1. Teşebbüs	121
2. İştirak	121
3. İçtima	122
R. Unsurların Dışında Kalan Diğer Haller	123
1. Etkin Pişmanlık	123
V- BAĞLANTILI HAKLARA TECAVÜZ SUÇLARI	124
A. Genel Olarak	124
B. Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçlarında Korunan Hukuksal Değer	125
C. Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçlarında Fail	125
D. Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçlarında Mağdur	125
E. İcracı Sanatçılar	126
1. Genel Olarak	126
2. İcracı Sanatçıların Manevi Hakları	126
3. İcracı Sanatçıların Mali Hakları	126
F. Fonogram Yapımcıları	128
1. Genel Olarak	128
2. Fonogram Yapımcılarının Mali Hakları	128
G. Film Yapımcılarının Mali Hakları	130
H. Tipiklik	131
I. Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçunun Maddi Unsuru	131
J. Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçlarının Manevi Unsuru	132
K. Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçlarının Hukuka Aykırılık Unsuru	132
L. Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçlarının Yaptırımı	133
M. Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçlarının Özel Görünüş Şekilleri	134
1. Teşebbüs	134
2. İştirak	134
3. İçtima	134
N. Unsurların Dışında Kalan Diğer Haller	136
1. Etkin Pişmanlık	136
VI. ELEKTRONİK ORTAMDAKİ ESER, FONOGRAM VE İCRALAR	
ÜZERİNDEKİ HAK YÖNETİM BİLGİLERİNİN YOK EDİLMESİ SUÇU	137
A. Genel Olarak	137
B. Suçla Korunan Hukuki Değer	137
C. Fail	137
D. Mağdur	137
E. Tipiklik	138
F. Maddi Unsur	138
G. Manevi Unsur	139
H. Hukuka Aykırılık Unsuru	139
I. Yaptırım	139

J. Elektronik Ortamdaki Eser, Fonogram ve İcralar Üzerindeki Hak Yönetim Bilgilerinin Yok Edilmesi Suçunun Özel Görünüş Şekilleri	139
1. Teşebbüs.....	139
2.İştirak.....	139
3. İçtima.....	139
VII. İNTERNET BİLGİ İÇERİK SAĞLAYICILARI TARAFINDAN İŞLENEN SUÇLAR.....	141
A. Genel Olarak.....	141
B. Suçla Korunan Hukuksal Değer	141
C. Fail	141
D. Mağdur	141
E. Tipiklik.....	142
F. Maddi Unsur	142
G. Manevi Unsur	143
H. Hukuka Aykırılık Unsuru	143
I. Yaptırım	143
J. İnternet Bilgi İçerik Sağlayıcıları Tarafından İşlenen Suçlarının Özel Görünüş Şekilleri.....	144
1. Teşebbüs.....	144
2. İştirak.....	144
3. İçtima.....	144
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM	145
FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNUNDA DÜZENLENEN SUÇLARDA YARGILAMA USULÜ	145
A. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA	145
1. Şikayet.....	145
2. Elkoymanın İcrası	146
3. Görevli Mahkeme.....	147
4. İspat	147
5. İhtiyati Tedbirler ve Gümrükte Geçici El Koyma	148
6. Hükmün İlanı.....	149
SONUÇ	150
KAYNAKÇA	155

KISALTMALAR

ABFMRD	: Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
AT	: Avrupa Topluluğu
AÜ	: Ankara Üniversitesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Bankacılık ve Ticaret Dergisi
Bkz	: Bakınız
CD	: Ceza Dairesi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
E	: Esas
EÜHFD	: Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
K	: Karar
HD	: Hukuk Dairesi
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İHFD	: İstanbul Hukuk Fakültesi Dergisi
Md	: Madde

MK	: Medeni Kanun
Örn	: Örneğin
RG	: Resmi Gazete
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TK	: Türk Ticaret Kanunu
Vd	: Ve devamı
Vs	: Ve saire
WIPO	: World Intellectual Property Organisation
Yarg	: YARGITAY
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

Fikri mülkiyet hukukunun amacı, fikri mülkiyetin sahibini koruyarak onu fikri ürün ortaya koymaya özendirmeğdir. Bilim ve edebiyat adamları, işletmeler, sanatçılar ne kadar iyi korunur ve teşvik edilirse bundan o toplum o kadar kazançlı çıkar, toplumun gelişmesi, kültürel ve ekonomik kalkınması o kadar çabuk olur. Fikri mülkiyet alanında yapılan yasal düzenlemeler aslında toplumun o eserden serbest yararlanma ilkesinin sınırlarını oluşturur. Bu şekilde, eser sahibinin ortaya koyduğu emek korunmuş ve emeğın sömürölmesini önlenmiş olur.

Ölkemizde fikir ve sanat eserlerinin korunmasına yönelik modern anlamda ilk kanunlaştırma 1951 yılında 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile olmuştur. Bu kanun, eser ve eser sahiplerinin hukuki ve cezai açıdan korunması bakımından, yasalaştığı dönemde çağdaş hükümler içermiştir. Buna karşılık, özellikle ölkemizdeki telif hakkı bilincinin yeteri kadar yerleşmemesi nedeniyle, söz konusu düzenlemeler uygulamaya yansıyamamıştır.

Bu nedenle, telif hakkı sahiplerinin korunması ve mevcut yasal düzenlemelerin hayata geçirilmesi için, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ve ilgili yönetmeliklerde zaman, zaman gerekli değişiklikler yapılmış, günümüzün teknolojik gelişmelerine uygun bir yasal mevzuat oluşturulmaya çalışılmıştır. Özellikle 1995 yılından bu yana 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda eser sahipleri ve bağlantılı hak sahiplerinin haklarının etkin biçimde korunması bakımından Avrupa Birliği müktesebatı ve diğer uluslararası düzenlemeler ışığında önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu kapsamda ciddi sayılabilecek başlıca değişiklikler, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun ceza yaptırımları içeren hükümlerinde gerçekleştirilmiştir. Özellikle bilgisayar ve internetin günümüzün vazgeçilmez araçları olması karşısında, bu araçların kötüye kullanılması suretiyle eser sahipleri ve bağlantılı hak sahiplerinin haklarının ihlali daha kolay ve daha pratik şekilde gerçekleştirilebilmektedir. Bu yöntemlerin kullanılması, diğer yöntemlere göre daha ucuz ve hedef kitlesi de daha büyüktür. Örneğın, internette bir web sayfasında yer alan bir eserin bu sayfadan indirilerek çoğaltılması ya da hak sahiplerinin rızası olmaksızın bu eseri yüzlerce ve hatta binlerce kişiye bir anda gönderilmesi mümkündür. Bu yöntemlerin yanı sıra, eser sahiplerinin haklarının ihlali özellikle korsan üretim yoluyla da gerçekleştirilmektedir.

Bu durumlarda, bu tür eylemleri gerçekleştiren kişilerin hukuki ve cezai sorumlulukları gündeme gelmektedir.

Doktrinde bu alanda yapılan çalışmalara baktığımızda, her ne kadar hukuksal sorumluluk alanında yapılan çalışmalar varsa da, özellikle cezai sorumluluk bakımından kapsamlı bir çalışma çok azdır. Dolayısıyla, bu tez çalışmamızda doktrinde yeteri kadar incelenmemiş olan bu konuyu incelemeye çalışacağız. Şüphesiz konunun yeni incelenmeye başlanması ve bu konudaki yargısal içtihatların henüz yerleşmemiş olması, çalışmamızda yeterli kaynak bulamama gibi sıkıntıları da beraberinde getirmiştir. Bu sebeple, bu çalışmada bir takım yetersizlikler ya da eksiklikler bulunabilecektir.

Tezimizde, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 71.maddesinde düzenlenen mali ve manevi suçlar incelenecektir. Söz konusu hüküm, fikri hakların cezai yönden korunmasına ilişkindir. Bununla birlikte, konunun incelenmesi ve iyi bir şekilde anlaşılması için, fikir ve sanat eserleri hukukunun temel kavramları, tarihsel gelişimi, eser ve eser sahipliği ile eser sahibinin hakları konusunda genel bir inceleme yapmak gerekmiştir.

Tezimiz dört bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, fikir ve sanat eserleri hukukunun doğuşu ve tarihi gelişimi incelenmiştir. Bu bölümde, “fikri hak” kavramının tarihsel gelişimi ele alınmış, fikri hak hareketlerinin ülkemizdeki etkileri ve hukuk düzenimizdeki yeri irdelenmiş ve uluslararası düzenlemelere ayrıntılı olarak yer verilmiştir.

İkinci bölümde ise, eser, eser sahipliği kavramları ile eser sahibinin hakları incelenmiştir. Bu konu, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda öngörülen düzenlemeler yanında, doktrinde ileri sürülen görüşler ve yüksek mahkemenin örnek kararları ışığında incelenmiştir. Bu bölümde eser türleri, ilim ve edebiyat eserleri, musiki eserleri, güzel sanat eserleri, sinema eserleri alt başlıkları ile ayrı ayrı incelenmiştir. Ayrıca eser sahipliği kavramı, meslek birlikleri ve eser sahiplerinin haklarına ayrıntılı olarak değinilmiş, eser sahibinin hakları ayrı ayrı incelenmiştir.

Üçüncü bölüm tez çalışmamızın ana konusunu oluşturmaktadır. Bu bölümde Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 71.maddesinde yer alan suçlar ayrı başlıklar halinde ve

kanun sistematiki içinde değerlendirilmiştir. Bu bölümün konusunu, manevi ve maddi haklarla, bağlantılı haklara ilişkin hak ihlalleri hâlinde ortaya çıkan suçlar, suçun unsurları ve faili oluşturmaktadır. Çalışmamızın kapsamının genişlememesi için, temel olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda yer alan, eser niteliği taşıyan ürünlere karşı işlenen adli suçlar incelenmiştir. Bu nedenle, eser niteliği taşımayan ad ve alametler ile mektuplar ve benzeri ürünlere ilişkin suçlara ya da salt idari para cezasını gerektiren suçlara yer verilmemiştir.

Çalışmamızın son bölümünü oluşturan dördüncü bölümünde ise, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda düzenlenen suçlara ilişkin yargılama usulüne yer verilmiş, bu kapsamda soruşturma ve kovuşturma aşamalarında yapılan işlemler kısaca izah edilmeye çalışılmıştır.

Tezimizin sonunda ise, ulaştığımız sonuçlar belirtilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

FİKİR VE SANAT ESERLERİ HUKUKUNUN DOĞUŞU

TARİHİ GELİŞİMİ

1. FİKİR VE SANAT ESERLERİ HUKUKUNUN TARİHİ GELİŞİMİ

A. İlk ve Orta Çağ

İlk çağ ve orta çağın başlangıcında “cisim fikre bağlı değil, fikir cisme bağlı”¹ görüşü kabul görmektedir. Eser sahipleri bakımından Ortaçağda fikri hak koruması söz konusu değildir. Bu dönemde eserler anonimlik arz etmekte ve eser sahiplerinin çoğaltma hakkı bulunmamaktadır. Bununla beraber feodal beyin kilisenin ve kralın çoğaltma hakkı mevcuttur². Çoğaltma işi daha çok manastırlarda bir amaç güdülme-sizsin din adamları tarafından gerçekleştirilmekte ve bu çoğaltma sonucunda eser sahibinin herhangi bir hakkının bulunduğu düşünülmemektedir. Ancak bununla beraber Ortaçağda intihal tasvip görmemekte ve bunu gerçekleştirenlerin kınandığı görülmektedir³.

B. İslam Hukuku

İslam Hukukunda, bilginin ticarete konu yapılmasını kural olarak caiz görmemişlerdir. Kitap üzerinde yer alan bilginin kitabın kendisinden ayrı bir hakkı söz konusu bulunmamaktadır. Kuran-ı Kerim ayetlerinde Hazreti Muhammed’in sözlerinde insanlar bilgi(ilm) edinmeye çağrılmakta “ilm nerede bulunursa alınması gereken müminin kayıp malı” olarak kabul edilmektedir.⁴

C. İmtiyazlar Dönemi

Guthenberg’in matbaayı icadı ile fikri haklar konusunda gelişmeler gözlenmektedir. Bu dönem İmtiyazlar Dönemi olarak nitelendirilir. Bu dönemde bazı kişi ve kuruluşlara eseri çoğaltma hakkı tanınmış ve sonucunda tekel hakkı doğmuştur. İmtiyazlar giderek

¹ Mustafa ATEŞ, **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 31.

² Yılmaz YAZICIOĞLU, **Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar**, On iki Levha Yayıncılık, 2009, İstanbul, s.17.

³ Nuşin AYİTER, **Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri**, S Yayınları, Ankara, 1981, s.16.

⁴ ATEŞ, s.32.

yayınevi mülkiyeti denilen, yazar hakkını tamamen bertaraf eden bir aşamaya ulaşmıştır. İngiltere’de imtiyaz sahibi “owner of copy” olarak nitelendirilmiş, “copyright” deyimini de bu dönemde yayınevinin hakkını ifade eden basım ve taksir hakkı anlamında kullanılmıştır. Bu deyim modern hukukta telif hakkı anlamı sonradan ortaya çıkmıştır.⁵ Bu imtiyaz hakkı basım işlerini teşvik edip desteklemek amacıyla ortaya çıkmışsa da sonuçta sadece sermaye sahiplerine avantaj sağlayarak eser sahiplerini tamamen korumasız bırakmıştır.⁶ Matbaa imtiyazlarının son döneminde yazar sahiplerine de imtiyazlar verildiği görülmektedir. Yazar imtiyazlarından ilki, 1486’da Venedik’te Sabellicus isimli bir müellife Venedik Tarihi isimli eseri için verilmiştir.

Yine Rönesans devrinde Fransız yazar ve şair Rabelais’ye eserlerini basmak ve satmak hakkından başka, o zamana kadar yayımlanmış eserlerini gözden geçirip düzeltmek ve haksız yere kendisinin olarak tanıtılan eserleri de imha etmek hakkı tanınmıştır⁷. Ancak eser sahibinin gerçek anlamda korunması Rönesans’la birlikte doğan ve gelişen Tabii Hukuk cereyanı sayesinde olmuştur. Bu dönemde insanın doğuştan sahip olduğu haklar arasında fikri haklar da sayılmış ve bu görüşün etkisiyle fikri mülkiyet teorisi ortaya çıkmıştır⁸.

Fransız İhtilali imtiyazlar dönemini sona erdirmiştir.1791 yılında ise sahibinin eseri üzerinde mülkiyet hakkı bulunduğu kabul olunmuş ve anılan tarihten itibaren fikri hukuka hakim olacak fikri mülkiyet dönemi başlamıştır. Bu sebeple yazara hayatı boyunca ve ölümünden itibaren de on yıl süre ile koruma tanınmıştır. On yıl geçtikten sonra ise eser kamunun malı olur. Bu konsept bugün bile geçerliliğini sürdürmektedir. Anılan dönemin bıraktığı iz “fikri mülkiyet teorisi” olmuştur⁹.

D. Yakın ve Yeniçağ Ulusal Kanunlar Dönemi

Yakın ve Yeni Çağda Ulusal Kanunlara rastlamaktayız. Eser üzerindeki hakları yayınevi sahibinden alıp eser sahibine veren ilk kanun İngiltere’de 1791 tarihinde yapılan

⁵ Ünal TEKİNALP, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 4.Baskı, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2005, s.82.

⁶ K. Emre GÖKYAYLA, **Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2001, s. 31.

⁷ AYİTER, s.20.

⁸ N. Şafak EREL, **“Türk Fikir ve Sanat Hukuku”**,3.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2009. s.37.

⁹ TEKİNALP, s.83.

ve üç maddeden oluşan “Statute of Ann” olarak anılan kanundur. Bu kanunları 1911 tarihli kanun ve 1957 tarihli “Copyright Act” 1988 tarihinde yürürlüğe giren “Copyright Designs and Patents Act” takip etmiştir.¹⁰

Fransız İhtilalinin telif haklarına geniş bir kapı açtığını belirtmiştik Fransa’da eser sahiplerine tekel niteliği sağlayan hakları düzenleyen 1791 ve 1793 tarihli kanunları 1803,1810, 1854 ve 1866 tarihli kanunlar izlemiştir; böylece eser sahiplerinin hakları bu sonradan çıkarılan Kanunlar ile hep genişletilmiştir. Fransa’da telif hakları konusunda sonradan 1985.1992.1994.1995.1997 tarihlerinde çeşitli değişikliklere uğrayan 11 Mart 1957 “Loi sur la propriete litteraire et artistique” isimli Kanun yürürlükte dir.¹¹ Almanya’da fikir ve sanat eserleri alanındaki yasal düzenlemeler İngiltere ve Fransa’ya nazaran daha geç olmuştur. Bunun başlıca sebebi, Almanya’nın siyasi birliğini geç sağlamış olmasıdır. Almanya’da ilk olarak 1837 yılında Prusya Bilim ve Sanat Eserleri Üzerindeki Mülkiyetin Korunması Kanunu çıkarılmış, bu kanun 1871’de REİCH (İmparatorluk) Kanunu olarak benimsenmiştir. Bu kanun 1876, 1901 ve 1907 yıllarında değiştirilmeye ve tamamlanmaya çalışılmış, son olarak 1965 yılında “Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte” yürürlüğe konmuştur¹².

İsviçre’de önceleri Kantonların medeni kanunları eliyle fikri haklar konusu düzenlenmeye çalışılmışsa da 1884 yılında federal bir telif hakları kanunu ile sorun aşmaya çalışılmıştır. Bu kanun 1922 yılında değiştirilmiş ve 1992 tarihinde tamamen yenilenmiş,1995 yılında çeşitli değişikliklere uğramıştır¹³.

Bu gün İtalya’da telif hakları konusunda temel mevzuat 22 Nisan 1941 tarih ve 633 sayılı “Protezione del diritto d’autore e di altri diritti connessi al suo esercizio”(Telif Hakları ile Bağlantılı Hakların Korunması Hakkında Kanun)dur¹⁴.

II. TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMELERİN TARİHSEL SEYRİ

Matbaanın 1727 yılında İbrahim Müteferrika ile kullanılmaya başlaması bir anlamda Fikri Mülkiyet Hukukunun başlangıç noktası olarak kabul edilebilir.1850 tarihli

¹⁰ ATEŞ, s. 36-37.

¹¹ YAZICIOĞLU, s. 23.

¹² EREL, s.38.

¹³ ATEŞ, s.38.

¹⁴ YAZICIOĞLU, s. 24.

“Encümen-i Daniş Nizamnamesi” fikri haklara ilişkin ilk kanuni düzenleme olarak nitelendirilir. Nizamname yazarlara telif hakkı verilmesini düzenlemiştir. Osmanlı İmparatorluğu zamanında yazar hakları bakımından ilk önemli düzenleme ise 1857 tarihli “Telif Nizamnamesidir”. 1857 yılında çıkan bu ilk nizamname ile imtiyaz usulüne son verilmekle birlikte, yazarların hakları da eskiye göre daha ileri bir derecede korunmuştur¹⁵.

Gerçek anlamda Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu olarak nitelendirebileceğimiz düzenleme ise 1910 tarihli “Hakkı Telif Kanunu”dur. O dönemde yürürlükte bulunan 1886 tarihli Bern Sözleşmesine aykırı fikri hukuk hükümleri içermesine rağmen o dönem Türk Toplumunun ihtiyaçlarına cevap verebilmekteydi¹⁶. Aykırı hükümlerin bertaraf edilmesi sebebi ile 1951 yılında PROF.DR. Ernst HİRSCH tarafından 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu hazırlanmıştır. 1 Ocak 1952 tarihinde yürürlüğe giren 5846 sayılı Kanunda da; 1983 yılında 2936 sayılı Kanunla, 1995 yılında 4110 sayılı Kanunla 2001 yılında 4630 sayılı Kanunla ve 2004 yılında 5101 sayılı Kanunla değişiklikler yapılmıştır. FSEK’ te 2004 yılında 5101 sayılı Kanunla yapılan değişiklik kapsamlı niteliktedir. Bu değişikliğin başlıca amacı “korsanlığın önlenmesi” dir. Bu amaçla sadece FSEK’ te değil, 1580 sayılı Belediye Kanununda, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununda, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkındaki Kanunda, 3257 sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanununda değişiklikler yapılmıştır. Korsanlığın önlenmesinde WIPO tarafından koordine edilen 1966 tarihli “Telif Hakları Sözleşmesi ve İcralar ve Fonogramlar Sözleşmesi” ile AB müktesebatının ve sektörel taleplerin dikkate alındıkları da genel gerekçede belirtilmiştir. Bu kanunla veri tabanı yapımcısı da FSEK de düzenlenmiştir¹⁷.

III. ULUSLARARASI HUKUKTAKİ DÜZENLEMELERİN TARİHSEL SEYRİ

A. Uluslararası Anlaşmaların Elverişli Hükümlerinden Yararlanma

Fikri mülkiyeti düzenleyen KHK’lara göre uluslar arası anlaşmalar öncelikle uygulanır. Bu düzenlemeler, uluslar arası anlaşmalardaki elverişli hükümleri, KHK’ ların önüne geçmiştir. Eğer bir uluslararası anlaşma hükmü, hak sahibi bakımından ulusal

¹⁵ EREL, s. 47

¹⁶ EREL, s.48.

¹⁷ TEKİNALP, s.84.

mevzuatımızdan daha avantajlı bir düzenleme içeriyorsa, hak sahibi söz konusu uluslararası anlaşma hükmüne dayanabilecektir. Elverişli hükümlere dayanabilmek için söz konusu anlaşmaların uluslararası nitelik taşıması ve yürürlüğe girmiş olması gerekir. FSEK’te elverişli hükümlerle ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Anayasanın 90. md. son fıkrası burada uygulama alanı bulur.¹⁸.

B. Bern Sözleşmesi

İlk uluslararası düzenleme 9 Eylül 1886 tarihli Bern Sözleşmesidir. 4.5.1896 da Paris’te 13.11.1908’de Berlin’de 20.03.1914 de Bern’de 2.06.1928’de Roma’da 26.06.1948 de Brüksel’de 4.7.1967 de Stokholm’de 24.7.1971 de ve 28.9.1979 da Paris’te değiştirildi. 1908 tarihinde Berlin’de ki ikinci revizyondan sonra Bern sözleşmesi “Revize edilmiş Bern Sözleşmesi” diye anılmaktadır. Bern sözleşmesinin her değişikliği bağımsız bir sözleşme olarak kabul edilmekte ve üyeler tarafından kabul olunması gerekmektedir¹⁹.

Bern sözleşmesinin gayesi, sahiplerin edebi ve artistik eserleri üzerindeki haklarını korumaktır. Sözleşmenin ilk halinde sarahaten tanınan fikri haklar şunlardır:

I — Edebi ve Artistik Eserlerin:

1 - Tercümesini yapmak veya tercümesine müsaade etmek hakkı (Madde: 8)

2 - Radyo ile yayımına veya işaret ses yahut resim nakline yarayan diğer bir vasıta ile umuma arz edilmesine, radyo ile yayımlanan eserin gerek telli gerekse telsiz her türlü nakliyat veya hoparlör gibi aletlerle umuma arz edilmesine müsaade etmek hakkı (Mad: 11 mükerrer).

II — Edebi, İlmi Yahut Artistik Eserlerin:

1 - Bunlar gazete veya mevkut mecmualarda neşredildiği takdirde çoğaltılmalarına müsaade etmek hakkı (Madde: 9).

2 - Adaptasyon, aranjman gibi diğer şekillere ifrağına müsaade etmek hakkı (Madde: 12).

¹⁸ Sami KARAHAN, Cahit SULUK, Tahir SARAÇ, Temel NAL, **Fikri Mülkiyet Hukuku’nun Esasları**, 2. Baskı Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 29.

¹⁹ TEKİNALP, s.68.

3 - Sinema tekniğiyle adaptasyon veya teksirine ve böylece adapte veya teksir edilmiş eserlerin tedavüle vaz'ına, umuma çalınmasına ve temsiline müsaade etmek hakkı (Madde 14).

III — Edebi Eserlerin:

1 - Umuma okunmasına müsaade etmek hakkı (Madde 11, ikinci mükerrer)

2 - Külliyat halinde toplanmakta müsaade etmek hakkı (Madde: 2. İkinci mükerrer).

IV — Dram, musikili - dram ve musiki eserlerinin umumi mahallerde temsiline ve çalınmasına ve bu nevi temsillerin her nevi vasıta ile umuma nakline müsaade etmek hakkı (Madde: 11).

V — Musiki eserlerinin mihaniki aletlerle kaydedilmesine ve böylece kaydedilmiş eserlerin bu aletler vasıtasıyla umuma çalınmasına müsaade etmek hakkı (Madde 13).

VI — Eserin nev'ine bakılmaksızın 6. mükerrer maddede sayılan manevî haklar. (BERN SÖZLEŞMESİ)²⁰

Türkiye, 1951 yılında Bern Sözleşmesinin 1948'de Brüksel'de değiştirilen metnine katılmıştır²¹. 1995 yılında da Sözleşmenin 1979 tarihli Paris metnini 4117 sayılı Kanunla kabul etmiştir²².

Karşılıklılık ilkesi gereği bu sözleşme ile üye ülkeler ulusal kanunlarında eser sahiplerine bahsettikleri korumayı karşılıklı olarak birbirlerinin vatandaşlarına tanımışlardır. Karşılıklılık ilkesi dolayısıyla eser ve eser sahibi tüm birlik ülkelerinde korunur. İlke yabancı eser sahibinin vatandaş olan eser sahibinin yararlandığı haklardan aynen yararlanması ilkesi ile tamamlanır²³.

²⁰ Ord. Prof. Dr. E. HİRŞ, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/245/2180>.

²¹ RG. T.02.06.1951, S.7824

²² RG. T.12.07.1995, S. 22341 (EREL, s.38)

²³ TEKİNALP, s.68. "1893... "Fikri Mülkiyetin Korunması için Birleşik Uluslararası Büro (BIRPI)" kuruldu. İsviçre'nin Bern şehrinde Paris ve Bern Sözleşmelerinin yürütülmesi için oluşturulmuş olan bu büro, 1960 yılında

C. Telif Hakları Evrensel Sözleşmesi (UCC)

1952 Yılında imzalanan sözleşme (Universal Copyright Convention) Kıta Avrupası Hukuku ile ABD hukuk sistemi arasına bağ kurarak eserlerin evrensel düzeyde korunmasını sağlamıştır. Sözleşme 1971 yılında Paris’te yenilenmiştir. Sözleşme Kıta Avrupası devletlerinde geçerli olan eser sahibinin hakları (Droit d’auteur) kavramı ile Anglosakson devletlerinde geçerli olan Common Law sisteminin sonucu telif hakları (copyright) kavramını özümseyerek ortak bir paydada buluşturmaktadır.²⁴ Sözleşmede şekil şartları benimsenmiş ve telif hakkı sahipliğini ifade eden © işareti kullanılmıştır. Türkiye bu sözleşmeye taraf değildir.

D. Roma Sözleşmesi

İcracı sanatçıların, fonogram yapımcılarının ve yayın kuruluşlarının korunmasına dair bağlantılı haklarla ilgili ilk uluslar arası sözleşme olan Roma sözleşmesi 1961 tarihinde imzalanmıştır. Türkiye 1995 yılında, 4116 sayılı kanun ile Roma Sözleşmesi’ni kabul etmiştir²⁵. Sözleşmede öngörülen formaliteleri yerine getirenler (P) sembolünü kullanabilirler. Roma sözleşmesinde öngörülen haklar FSEK md.80 hükümlerine yansımıştır.

E. Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Sözleşmesi (WIPO / OMPI)

“World Intellectual Property Organization”(WIPO) denilen Fikri Mülkiyet Örgütü 1967 yılında Stocholm’de kurulmuştur. Türkiye bu sözleşmeyi 1975 yılından itibaren taraf olmuştur²⁶.

Örgütün amacı ülkeler arasında işbirliğini sağlayarak fikri hakların korunması ve bu haklara saygı gösterilmesidir. Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü de bu oluşumun bir ürünüdür. Örgütün kuruluş amacı fikri hakların dünya çapında korunmasını sağlamaktır. Örgüt ayrıca, fikri hakları hukuki ve idari yönden düzenleyen çok taraflı anlaşmalarca oluşturulan fikri haklar birliklerinin arasında koordinasyon sağlama görevini de

Cenevre’ye Birleşmiş Milletler Teşkilatına yakın bir adrese taşınmış, 1973 yılında WIPO kuruluş sözleşmesiyle yeni isim ve yapıya kavuşmuştur.”

²⁴ YAZICIOĞLU, s. 36.

²⁵ EREL, s. 41

²⁶ Ali ORHAN- Cahit SULUK, *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku C.II*, İstanbul 2005, s. 49

üstlenmiştir. Örgüt çalışmalarını fikri hakların korunması için uluslararası kurallar oluşturulması konusunda yoğunlaştırmıştır²⁷.

Günümüzde artan bir şekilde elektronik ortamda dijital olarak gerçekleştirilen iktisadi ve ticari faaliyetlerin ortaya çıkardığı sıkıntılara ve fikri hak ihlallerine çare olmak üzere Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü tarafından 20.12.1996 tarihinde Cenevre’de “WIPO Fikri Haklar Anlaşması” (WIPO Copyright Treaty) düzenlenmiştir. WIPO önderliğinde düzenlenen bu antlaşma aynı zamanda günümüzde uluslar arası alanda fikir ve sanat eserleri konusunda en son metindir.²⁸ Sözleşmede bilgisayar programları ile veri tabanlarının tanımı yapılmış, koruma ve teknolojik yöntemlere ilişkin yükümlülükler düzenlenmiştir.

F. Dünya Ticaret Örgütü (WTO) – Sahte Mal Ticareti Dahil Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Sözleşmesi (TRIPS)

15 Aralık 1993 tarihli Uruguay Round sonucu ortaya çıkan Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) Kuruluş Anlaşması'nın IC sayılı eki olan TRIPS (Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights - Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması) 1994 yılında Fas'ta imzalanmıştır. Dünya Ticaret Örgütü Sözleşmesinin ayrılmaz bir ekidir ve fikri haklar alanında uluslararası uygunluk sağlamak amacıyla. Bu sebeple hali hazırdaki sözleşmeleri ortadan kaldırmamakla birlikte bu sözleşmelere ek düzenlemeler getirmektedir.

Sözleşmede belirlenen hakları koruma altına alabilmek için öncelikle üye devletler taahhüt altına alınmaya çalışılmakta ve taahhütlerine uymayan devletlere de yaptırım uygulanması öngörülmektedir.²⁹

TRIPS sözleşmesi ile çeşitli hukuk düzenleri birbirlerine yaklaştırılmakta ve ulusal hukuklarda yeknesaklık sağlanmaktadır.³⁰

²⁷ Yaşar ÖZBEK, Dışişleri Bakanlığı Hukuk Müşaviri <http://www.mfa.gov.tr/dunya-fikri-mulkiyet-orgutu.tr.mfa>

²⁸ YAZICIOĞLU, s.40.

²⁹ Akın BEŞİROĞLU, **Düşünce Ürünleri Üzerinde Haklar**, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s.44; ATEŞ, s.49.

³⁰ YAZICIOĞLU, s.42.

G. Bölgesel Nitelikteki Anlaşmalar

1989 Tarihli Montevideo Sözleşmesi Güney Amerika Ülkeleri'nin imzaladığı ve Bern Sözleşmesine benzer hükümler sağlayan sözleşmedir. ABD sözleşmeye dahil olmamıştır.

1910 tarihli Buenos Aires Sözleşmesi, Amerika kıtasındaki bölgesel nitelikli bir sözleşme olmasına rağmen bu kez sözleşmeye ABD'nin de katılması sebebiyle önemlidir. Sözleşme üye ülkelerin uyrukluğunu taşıyan veya ikametgahı, üye ülkelerde bulunan eser sahiplerine eserleri üzerinde inhisari haklar sağlamaktadır.³¹

H. Avrupa Topluluğu Çalışmaları

Avrupa Topluluğu bu alanda direktif ve kararlarla çalışmalar yapmaktadır. Avrupa eser sahibinin hakları hızlı bir uyumlaştırma süreci içindedir. Avrupa Konseyi Fikri Mülkiyet konusunda direktif çıkarırken Avrupa Topluluk Antlaşmalarının 57, 66, 100 maddelerine başvurmaktadır.³²

Avrupa içtihadı özellikle hakim durumun kötüye kullanılması ve hakların tükenmesi konularında eser sahiplerine ve hak sahiplerine ayrıcalıklar tanımaktadır. Tek Pazar için hukuki çerçeve düzenlemelerinin gerçekleşmesi uzun zaman alacaktır.³³

1988 tarihli Yeşil Kitap eser sahibi hakları ve teknolojik sorunlar üzerine komisyon programının temel taşıdır. Bu yeşil kitapta konular altı bölümde incelenmiştir.

- Korsanlık
- Görsel, işitsel eserlerden kişisel yararlanma,
- Kiralama ve yayma hakkı
- Bilgisayar programları
- Veri bankaları³⁴

³¹ TEKİNALP, s.70.

³² Editör: Tekin MEMİŞ, **Fikri Mülkiyet Yıllığı**, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2004, s. 424.

³³ MEMİŞ, s. 442.

Çalışmalara ilişkin süreç devam etmektedir. Hali hazırda aşağıda belirtilen direktifler ile çalışmalar yürütülmektedir.

C.91/250 sayılı ve 14.05.1991 tarihli bilgisayar programlarının hukuki korunması hakkında direktif

92/100 sayılı ve 19.11.1992 tarihli Fikir ve Sanat Eserleri Haklarının kiralanması, ödünç verilmesi ve bağlantılı haklara dair konsey direktifi,

93/83 sayılı ve 27.09.1993 tarihli Uydu yayınlarında ve kablolu yayınlarda uygulanan eser sahibinin hakları ve bağlantılı haklara ilişkin kuralların koordinasyonu hakkında konsey direktifi,

93/98 sayılı ve 29.10.1993 tarihli Eser sahibinin hakları ile bazı bağlantılı hakların koruma sürelerinin uyumlaştırılmasına ilişkin konsey direktifi,

96/9 sayılı ve 11.03.1996 tarihli veri tabanlarının korunması hakkında direktif,

Orijinal Eser Sahibi Lehine yeniden satış hakkına ilişkin 13.03.1996 tarihli direktif önerisi,

10.12.1997 tarihli bilgi toplumunda eser sahibinin hakları ve bağlantılı hakların bazı yönlerinin uyumlaştırılması hakkında direktif önerisi.

³⁴ MEMİŞ, s. 444.

İKİNCİ BÖLÜM

ESER VE ESER SAHİPLİĞİ KAVRAMI

A. FSEK HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE ESER KAVRAMI

Eser FSEK md.1/B başlığı altında “ Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri” olarak tanımlanmıştır. Tanımdan yola çıktığımızda eser niteliğine haiz olan İde fikir halinden FSEK de tahdidi olarak belirtilen ve sahibinin hususiyetini taşıyan ürünler eserdir.

Nitekim eser henüz bitmemiş haliyle de olsa bir hususiyet gösteriyorsa sahibine eserden doğan telif haklarını olabildiğince sağlayacaktır³⁵.

Bern sözleşmesine göre eserin “Özgün ve yaratıcı düşünce ürünü” olması gerekmektedir. Eser kavramının doktrinde kabul edilen iki unsuru; sübjektif ve objektif unsurlarıdır. Sübjektif unsur eserin esasa ilişkin şartlarını hususiyetini, objektif unsur ise şekle ilişkin şartları ifade etmektedir.

1. Sübjektif Unsur “Esasa İlişkin Şartlar”

³⁵ Yargıtay 11.H.D. 2005/ 354-2006/915 03.02.2006 ((YKD, C.27, S.7, s.455).

Sübjektif unsurun hususiyeti ifade eden esasa ilişkin şartları ifade ettiğini belirtmiştik. Hususiyet kavramını irdeleyen doktriner görüşler kavramı anlamlandırmaya çalışmaktadır.

HİRSCH “Herkes tarafından vücuda getirilmeyen, yani bir hususiyeti haiz bulunan mahsuller himayeye layıktır ve ancak bunlara eser vasfı izafe edilebilir” demektedir.³⁶ KILIÇOĞLU ise “Bu özellik beraberinde “yenilik” niteliğini de ihtiva etmeyi gerektirmektedir³⁷ demektedir. Ancak bu yenilik niteliği yeni bir buluş yeni bir icat anlamındaki bir yeniliği kastetmemektedir çünkü yeni olmayan bir eser de pekala sahibinin hususiyetini taşıyabilir³⁸. “Bilineni tekrar eden herkesçe yaratılması mümkün ve fikri bir çabanın sonucu olmayan yaratımlar, eser değildir³⁹.

ARSLANLI ise “nisbi istikbal” görüşünü ileri sürer. Önceden açıklanmış bulunan fikir ve idelerden istifade caizdir. Yalnız bu istifade gaspa müncer olmamalıdır. Bütün mesele istifadenin yanında müellife atfedilen ve neticeyi muhik kılan bir faaliyetin mevcut olup olmadığıdır. Asgari şart neticeyi muhik kılan nisbi istiklale sahip bir fikri emeğin mevcudiyetidir”⁴⁰.

AYİTER “Yaratıcı özelliğinin bulunması, eserin var olandan başka olması,eserin tek olması” fikrindedir.⁴¹ EREL “Fikri hukuk şahsın kendisinden hiçbir şey katmadan veya az çok zihni bir çaba göstermeden başkasının eserine sahip çıkmasını yasaklar. Yoksa tabiidir ki, önceden açıklanarak toplumun kültürüne mal olmuş eserlerden fikir ve idelerden istifade edilecektir. Önemli olan bu istifadenin yanı sıra, eser sahibine atfedilecek, az çok bağımsız bir fikri emeğin bulunup bulunmadığıdır”⁴².

ATEŞ “Nispeten başka eserden bağımsız olan eserde hususiyet vardır. Nispeten bağımsızlığın ölçütü, yeni eserin hususiyetinin eski eserin hususiyetine galip gelmiş olmasıdır. Bir başka ifade ile başkasının eserinin kopyası olmayan veya fark edilebilir

³⁶ Ernst E HİRSCH, **Hukuki Bakımdan Fikri Say**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1994, s.12.

³⁷ Ahmet KILIÇOĞLU, **Fikri Haklar alanında 5101 sayılı Yasa ile Getirilen Yenilikler**, TBB D.55 2004 s.114.

³⁸ Ali ORHAN- Cahit SULUK, **Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku C.II**, İstanbul 2005, s.143

³⁹ KILIÇOĞLU, s. 115.

⁴⁰ Halil ARSLANLI, **Fikri Hukuk Dersleri II- Fikir ve Sanat Eserleri**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1954, s.6-7

⁴¹ AYİTER, s.44.

⁴² EREL, s.51.

düzeyde başka bir eserin taklidi niteliği taşımayan eserlerde hususiyetin bulunduğu söylenebilir.”⁴³

YARSUVAT “Güzel sanat eserlerinde özellik biçiminde belirlendiği halde, bilim edebiyat eserlerinde orijinalite daha çok fikirde, fikrin işleniş ve sunuluşunda ortaya çıkar” demektedir.⁴⁴

YAZICIOĞLU “Eser sahibinin illa yeni bir şey yaratmasını değil ve fakat fikri bir çabasının neticesinde yarattığı esere az veya çok kendine ait belli özellikleri yansıtmasını aramak gerektiğine” inanmaktadır. TEKİNALP “ Hususiyet kendisini anlatım, üslupta gösterir. Anlatım sanatsal kişiliği yaratıcılığı yansıtır, onun mührüdür. Başka bir deyişle her üslup sahibinin yaratıcılığını içerir. Bu sebeple bireysel ve öznedir. Herkes ilkinden farklıdır. Hususiyetin var olup olmadığını ve düzeyini uzmanlar(bilirkişiler) saptar ve mahkeme karara bağlar. Her eser türünün kendisine özgü özellikleri bulunduğu için tüm eser gruplarına uygulanabilecek tek ölçüt verilemez”⁴⁵.

Hususiyet kavramının açıklığa kavuşturulması, eseri koruma kapsamını da belirlediği için büyük önem taşır. Yargıtay hususiyet kavramını incelerken belirli kriterler ortaya koymamıştır. Bu kavram ya hiçbir açıklama getirilmeksizin tekrarlanmakta ya da özellik (01.07.1977 E.1976/5913 K.1977/7616) veya orijinal (11- HD 11.05.2000 E 3250/K – 4072) gibi kelimelerle açıklanmaya çalışılmaktadır⁴⁶.

Kanaatimizce yeni ve daha önce görülmemiş fikri çabanın ürünü, farklı üslubu olan eser, sahibinin hususiyetini yansıtır.

2. Objektif Unsur “Şekle İlişkin Şartlar”

Bir fikri ürünün eser olarak korunması için onun tasarrufa elverişli bir hal almış, yani eser sahibinin fikir dünyasından çıkarak üçüncü kişilerin algılayabileceği bir aşamaya gelmiş olmalıdır.⁴⁷

⁴³ ATEŞ, s. 59.

⁴⁴ Duygun YARSUVAT, **Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları**, Güryay Matbaacılık, İstanbul, 1984, s. 53.

⁴⁵ TEKİNALP, s. 99-100.

⁴⁶ KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, s.39.

⁴⁷ KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, s.39.

Fikri ürünün eser sayılabilmesi için sadece sahibinin hususiyetini taşıması yetmez. Aynı zamanda bu ürünün dış alemde somutlanmış, şekillenmiş, algılanabilir, bir biçime bürünmüş olması da gerekir. Diğer bir ifade ile sahibinin hususiyetini haiz fikri ürünün gözle görülebilen, elle tutulabilen, kulakla işitilebilen kısaca insanlar tarafından algılanabilen, idrak edilebilen somut nitelikte olması gerekmektedir. Salt düşüncenin eser olarak korunması mümkün değildir⁴⁸.

ARSLANLI “Duyularımızla idrak edebilme”⁴⁹ kıstasını ararken, EREL “Edebiyat, müzik, resim vs.nin duygu, düşünce ve hayallerin ifadesinde birer araç olduğunu, maddenin, şekillerin, kelimelerin, ses ve renklerin, eser denilen olguda bunların fikri ürünün tarafımızdan kavranıp algılanılması için kullanılan birer vasıta teşkil ettiğini” ifade etmektedir.

Fikri ürünün şekle ilişkin unsurları taşımasının yanında FSEK’ te tahdidi olarak sayılan ve sınırlı sayı prensibi geçerli olan eser gruplarından birine de dahil olması gerekmektedir. Örneğin her ne kadar fikri bir çabanın ürünü olsa da avukat dilekçelerini eser kavramı bağlamında değerlendiremeyiz⁵⁰. Çalışmamızda FSEK kapsamında değerlendirilen eser türleri irdelenecektir.

II. FSEK HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE KORUNAN ESER ÇEŞİTLERİ

A. Genel Açıklama

FSEK 2, 3, 4, 5, 6 maddeleri eser türlerini belirtmektedir. FSEK 2.madde de “İlim ve edebiyat eserleri” 3.madde de “ Musiki eserleri”,4.madde de “Güzel sanat eserleri”, 5.madde de “Sinema eserleri”, 6.madde de “ işleme ve derleme “ eserler düzenlenmektedir. İstifade edilen eserin sahibinin haklarına zarar getirmemek şartıyla oluşturulan ve işleyenin hususiyetini taşıyan işlenmeler, bu kanuna göre eser sayılır.

⁴⁸ Yargıtay 4.H.D.01.07.1977 E.1976/5913 K.1977/7617 (TEKİNALP, s. 97)

⁴⁹ARSLANLI, s.13.

⁵⁰ Yargıtay 4.CD. T 06.07.2004 E. 2003/21201 K. 2004/8491 (Kayıhan İÇEL, **Telif Ceza Hukuku Açısından Eser Kavramı**, İTİCUSBD 2006, s. 107)

B. İlim ve Edebiyat Eserleri

İlim Ve Edebiyat Eserleri Şunlardır:

1. Herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserler ve her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları,

2. Her nevi rakslar, yazılı koreografi eserleri, Pantomimalar ve buna benzer sözsüz sahne eserleri

3. 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.

Ara yüzüne temel oluşturan düşünce ve ilkeleri de içine almak üzere, bir bilgisayar programının herhangi bir ögesine temel oluşturan düşünce ve ilkeler eser sayılmazlar.

Dil Ve Yazı İle İfade Edilen Eserler; Fikri ürünün söz, yazı, formül, rakam veya şekillerle ortaya konulduğu eserlerdir. Diğer taraftan kişisel tatmin olabileceği gibi ticari veya sınai amaç doğrultusunda gerçekleştirilen reklam ve ilan metinleri, broşür, katalog, afiş gibi yapıtlar ile web sayfaları, şarkı güfteleri, TV, radyoda gerçekleştirilen yorumlar dil ve yazı ile gerçekleştirilen ilim ve edebiyat eseri korumasından yararlanırlar.⁵¹

Bilgisayar Programları; ne tür bir modelle yani fikir ve sanat eserleri mevzuatıyla mı, patent mevzuatıyla mı yoksa kendine has (sui generis) bir modelle mi korunacağı yoğun olarak tartışılmaktadır. Ülkemizde içinde bulunduğu Kara Avrupası ülkelerinde bilgisayar programları kural olarak Bern Antlaşması bağlamında telif hukuku ile korunmaktadır⁵². Hukukumuzda konuya ilişkin düzenlemeler AB bilgisayar Yönergesinden tercüme yoluyla hazırlanmıştır.⁵³ WIPO yazılımı “bilgi işlem cihazının kullanımı için her tür çalışma direktifi, bilgisayar programını da makinenin okuyabileceği

⁵¹ TEKİNALP, s. 107.

⁵² Mustafa AKSU, **Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması**, Beta Yayınları, İstanbul, 2006, s. 161.

⁵³ KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, s.129.

bir taşıyıcıya yüklendikten sonra bilgi işleme yeteneğine haiz böyle bir makinenin belirli bir işlevi veya görevi yerine getirmesini ya da belirli bir sonuca ulaşmasını sağlayabilen komutlar dizini” olarak tanımlamaktadır⁵⁴.

Şahsi kullanım istisnası bilgisayar programlarına uygulanamaz.⁵⁵ Ancak yasal olarak programı edinmiş olan kişi izin almaksızın şu eylemleri gerçekleştirebilir. Hata düzeltme de dahil bilgisayar programının düşünüldüğü amaca uygun kullanımı için gerekli olduğu durumda bilgisayar programının çoğaltılması ve işlenmesi kullanım için gerekli olduğunda bir adet yedek kopyalamak program ara işlerliğinin gerçekleştirilmesinde FSEK 38/5-7 maddede belirtilen koşullara uygun olarak çoğaltma ve işleme caizdir.⁵⁶

Video oyunları bir bilgisayar programına dayanırlar ancak saf bilgisayar programı olarak korunamazlar. Bir video oyunu somut olayın özellikleri haklı gösterdiği takdirde sinema eseri sayılabilir veya bilgisayar programlarına ilişkin korumadan kıyasen yararlanabilir⁵⁷. Öte yandan Danıştay 10.H.D. 27.09.1994 tarih ve E.1992 /4550 1994/1856 sayılı kararında bilgisayar oyunlarının sinema eseri kategorisinde değerlendirileceği görüşüne varmıştır⁵⁸.

Rakslar, her temsilde aynı figür ve hareketlerle icra edilen temsiller içindir; yoksa doğaçlama olarak gerçekleştirilen gösteriler eser kavramı içinde olmayıp Kanun koruması altında bulunmamaktadır⁵⁹. Koreografi de ise eser sahibi dansa ilişkin hareketleri bir kompozisyon içinde tasarlar; ayrıca koreograf temsilde yer alacak dansçı sayısını, hareketlerin düzenini, sırasını, dansçıların gösterimini belirler.⁶⁰ Pantomima da ise vücut hareketleri ile düşüncelerin ifadesi söz konusudur. Bütün duyulanların ve daha da güç olan düşüncenin anlatılması kanun koyucu tarafından eser düzeyine ulaşan bir fikir ürünü olarak görülmüştür. Maddede zikredilen “*buna benzer sözsüz sahne eserleri*” kapsamına ise; buz

⁵⁴ Sevilay EROĞLU, **Rekabet Hukukunda bilgisayar Programlarının Korunması**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000, s. 2.

⁵⁵ KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, s.132.

⁵⁶ İlhami GÜNEŞ; **Son Yasal Düzenlemelerde Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 72.

⁵⁷ TEKİNALP, s. 110.

⁵⁸ GÜNEŞ, s. 73.

⁵⁹ TEKİNALP, s. 112.

⁶⁰ KILIÇOĞLU, s. 129.

balesi, buz revüsü, aletli jimnastik ve akrobasinin girdiği, buna karşılık futbol, buz hokeyi, hafif atletizm gibi spor oyunlarının; hareketlerin önceden tasarlanmaması, tekrarlanmaması ve spontane bir biçimde gerçekleşmesi sebebiyle bu kapsama girmeyeceği belirtilmektedir⁶¹.

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 projelerin ortak özelliği ise estetik niteliğe sahip olmamalarıdır. Yine bu tür eserlerin ayırıcı özelliği belirli bir konuyu sanatsal değil, bilimsel veya teknik olarak ortaya koymalarıdır. Bu sebeptendir ki bu grup içindeki eserler açıklayıcı öğretici, eğitici vasfa haizdir⁶². Söz konusu eser hem bilimsel ve teknik bir konuyu açıklıyor hem de estetik yana haiz ise o zaman baskın olduğu özelliğinden dolayı kanun tarafından koruma sağlar⁶³.

İlmi ve teknik nitelikteki eserlerde korunacak unsur şekildir. Bunun sonuçları hukuki bakımdan önemlidir. Şöyle ki FSEK Madde 2/1 ile örneğin bilimsel plan, proje ve maketler uygulanmak suretiyle eşya yapılmasına karşı telif koruması getirilmektedir. Bu türden bir koruma ancak plan, proje ve maketlerin sanatsal özelliklerinin ağır basması ve böylelikle de bunların ilmi ve teknik eserler yerine güzel sanat eserleri grubuna girmesi halinde mümkündür⁶⁴.

C. Musiki Eserleri

FSEK' in 3.maddesinde düzenlenen Musiki eserleri, her nevi sözlü ve sözsüz bestelerdir. Bu tanım tam anlamıyla açık olmadığından doktrinde irdelenmiştir. Müziğin sanatsal düzeyi eser sayılmasında etkili değildir⁶⁵. Buna karşılık insanın fikri çabasının ürünü olmayan ve programlanan bir makinenin çıkardığı müzik eser değildir.⁶⁶ Hususiyet

⁶¹ TEKİNALP, s. 113.

⁶² YARSUVAT, s. 59.

⁶³ Mustafa Reşit BELGESAY, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi**, Temel Yayınları, İstanbul, 1955, s.

21.

⁶⁴ KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, s.52

⁶⁵ YARSUVAT, s. 60.

⁶⁶ TEKİNALP, s. 115.

bazen melodide, bazen yapıda, bazen her ikisinde de olabilir, önemli olan hususiyet ögesinin bulunmasıdır⁶⁷. Musiki eserleri akla değil, duygulara, hislere hitap ettiklerinden ilim edebiyat eserlerinden, görsel değil, fakat işitsel özelliğe sahip olduklarından güzel sanat eserlerinden ayrılır⁶⁸. Buna karşılık doğada zaten mevcut bulunan seslerin tespitine yönelik bir çalışma müzik eseri olarak kabul olunamaz⁶⁹.

Musiki eserlerinde eser sahibinin ifade aracı sestir. Musiki eserlerde biçim ve içeriğim birbirinden ayrılması imkansızdır.⁷⁰

Hirsch, tamamlanmamış bir ses dizisi olarak melodinin korunamayacağı görüşündedir. Ancak geçen sürede melodin de korunacağı haklı olarak kabul edilmektedir. Yargıtay da melodinin korunacağı görüşündedir.⁷¹ Müzik eserinin hususiyet taşıması ve korunmasında seslerin kaynağının belirleyici bir rolü yoktur. İnsan sesi, enstrüman sesleri, bilgisayar destekli müzik kullanılabilir. Ancak bilgisayar kullanıldığında hususiyeti oluşturan insan müdahalesi esaslı olmalıdır. Önemli olan ses dizisinin hususi bir yaratıcılık ürünü olmasıdır. Bu yüzden anında ve kendiliğinden çalınan dışa vurulan doğaçlama müzik de korunur⁷².

D. Güzel Sanat Eserleri

Güzel sanat eserleri FSEK madde 4’de düzenlenmiştir. Güzel sanat eserleri, estetik değere sahip olan;

1. 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, kaligrafi, serigrafi...

2. Heykeller, kabartmalar ve oymalar,

3. Mimarlık eserleri,

⁶⁷ TEKİNALP, s. 116.

⁶⁸ BELGESAY, s. 21.

⁶⁹ TEKİNALP, s. 115; EREL, s. 63.

⁷⁰ KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, s.55.

⁷¹ TD 23.5 1974, E.1100/K 18.05 YKD 1977, s.675-677 - KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, s.55.

⁷² GÜNEŞ, s. 75.

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 tiplerdir.

Krokiler, resimler, maketler, tasarımlar ve benzeri eserlerin endüstriyel model ve resim olarak kullanılması, düşünce ve sanat eserleri olmak sıfatlarını etkilemez.

Kanunumuzun aradığı şart eserin estetik değere sahip olmasıdır. Güzel sanat eserlerinin ortak özellikleri bedii vasıflarının bulunmasıdır. Bu vasıf yoksa eser güzel sanat eseri olamaz, ancak eser veya tasarım olabilir.⁷³ Bir eserin güzel sanat eseri olarak kabul edilebilmesi için o eserin güzel kabul edilmesi gerekmez. Önemli olan o yapının estetik nitelik taşıma iddiasıdır⁷⁴. Eser hangi amaçla meydana getirilirse getirilsin sahibinin hususiyetine sahip ve estetik nitelik taşıyorsa ortada güzel sanat eseri vardır.⁷⁵ Fotoğraflarda ise farklı uygulamalar görülmektedir. Uygulamada fotoğraflar bakımından estetik değer taşıyıp taşımadığı konusunda yeterli araştırma yapılmayarak doğrudan korunma yolunun tercih edildiği ifade olunmaktadır⁷⁶.

E. Sinema Eserleri

FSEK Madde 5’de düzenlenmiştir. Sinema eserleri, her nevi bedii, ilmi, öğretici veya teknik mahiyette olan veya günlük olayları tespit eden filmler veya sinema filmleri gibi, tespit edildiği materyale bakılmaksızın, elektronik veya mekanik veya benzeri araçlarla gösterilebilen, sesli veya sessiz, birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisidir.

O halde sinema eserlerinin unsurları; sesli veya sessiz hareketli görüntüler dizisi, görüntü dizisinin kalıcı bir ortama tespiti, tespit edilen görüntünün herhangi bir araçla

⁷³ TEKİNALP, s. 118.

⁷⁴ AYİTER, s. 55.

⁷⁵ ARSLANLI, s. 23.

⁷⁶ GÜNEŞ, s. 78.

gösterilebilir olması, eserin sinematografi tekniğine uygun olarak meydana getirilmiş olması, eser sahiplerinin hususiyetini taşımasıdır. Sinema eserleri – çekimlerde belli bir çekim tekniğinin uygulanması şart olmadığı gibi yönetmen ve senaryonun bulunması da gereği değildir⁷⁷. Çünkü FSEK madde 5 herhangi bir şekilde gösterilebilen birbiriyle ilişkili hareketler görüntüler şeklinde ifade etmektedir. Slayt gösterimde ya da resim sunumlarında olduğu gibi bir dizi resmen basitçe ard arda sıralanması sinema eseri olarak koruma görmez. Zira burada sinema eserlerinde aranan birbiriyle ilişkili görüntü dizisinden söz etmek mümkün değildir⁷⁸.

Sinema gerekli koşulları taşımak kaydıyla konu ve temasına bakılmaksızın her türlü sinematografik ürün eser olarak korunur⁷⁹. Televizyon program formatlarının eser niteliği ve FSEK kapsamında korunup korunmayacağı ise tartışmalıdır⁸⁰. “Program formatının eser olduğuna kuşku yoktur, ancak sinema eseri gibi senaryo ve oyuncular müzik ve diyalog unsurlarını içermez⁸¹.”

Kanun sinema eserleriyle ilgili olarak fikri hukukun bir asırdan fazla bir süredir kabul gören temel ilkeleri ve milletlerarası hukuk ve teamüllere uymayan hükümler içerdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bu doğrultuda kanunun ilga edilerek yerine sinema ve müzik eserlerinin sadece ticari dolaşımını düzenleyen yeni bir kanun çıkarılması önerilmiştir⁸².

F. İşlenmeler ve Derlemelerin Hukuki Durumu

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 6. maddesi ile asıl eserden bağımsız olmayan ve ondan hareketle meydana getirilen işlenme ve derlemelerin eser sayılması gerektiği düzenlenmektedir.

İşlenme eser mevcut bulunan bir fikir ve sanat eserinin şekil, dil, tür vs. gibi formatının değiştirilerek yeniden düzenlenmesi, tertip edilmesi veya yayınlanması

⁷⁷ KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, s.59.

⁷⁸ KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, s.61.

⁷⁹ GÜNEŞ, s. 80.

⁸⁰ GÜNEŞ, s. 83.

⁸¹ ATEŞ, s. 82.

⁸² MEMİŞ, s. 63.

olduğuna göre işlenmede meydana getirilen eser ile işlenen eser arasındaki ilişki bağlantı devam etmektedir. Diğer bir ifade ile yeni eser mevcut esere bağlı olarak meydana gelmektedir⁸³. Zaten bundan dolaydır ki bu nevi yapıtlara işlenme denilmektedir.⁸⁴ Burada bilinen motiflerden ve eserlerden tamamen bağımsız (müstakıl) bir eser meydana getirilmekte; yeni (işleme) eser ile asıl (işlenen) eser arasında fark edilebilir derecede bir bağ bulunmaktadır. İşlemem eser olarak korumanın koşulu, işlemenin işleyenin hususiyetini taşıması, yeni yaratıcı bir çabanın ürünü olmasıdır⁸⁵.

İşleme eserlerin unsurları; asıl eserden bağımsız olmama (bağlılık), işleyenin hususiyetini taşıma (hususiyet), asıl eser sahibinin haklarına zarar getirmemektir. Derleme eserlerin unsurları ise bir düşünce yaratıcılığı sonucu olma, diğer bir eserden yararlanmanın şart olmaması, asıl esere bağlılığın şart olmamasıdır⁸⁶. EREL “asıl eserden bağımsız olmama” ve “işleyenin hususiyetini taşıma” şartlarını; esasa ilişkin şart, “asıl eserle aynı kategoride yer alma” ve “asıl eserle olan ilişkinin belirtilmesi” şartlarını da şekle ilişkin şart kapsamında deđerlendirmiřtir⁸⁷.

İşleme ve derlemelerin eşitleri FSEK Madde 6’da sayılmıştır.

1. Roman, hikaye, şiir ve tiyatro piyesi gibi eserlerden birinin bu sayılan nevilerden bir başkasına çevrilmesi – *işleme*

2. Musiki, güzel sanatlar, ilim ve edebiyat eserlerinin filim haline sokulması veya filime alınmaya ve radyo ve televizyon ile yayıma müsait bir şekle sokulması- *işleme*

3. Musiki aranjman ve tertipleri – *işleme*

4. Güzel sanat eserlerinin bir şekilden diğer şekillere sokulması – *işleme*

5. Bir eser sahibinin bütün veya aynı cinsten olan eserlerinin kllyat haline konulması – *işleme*

⁸³ YAZICIOğLU, s. 105.

⁸⁴ TEKİNALP, s. 124.

⁸⁵ KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, s.61.

⁸⁶ YAZIOğLU, s. 108.

⁸⁷ EREL, s. 78-79.

6. Belli bir maksada göre ve hususi bir plan dahilinde seçme ve toplama eserler tertibi – *derleme*

7. 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– *işleme*

8. Başkasına ait bir eserin izah veya şerhi yahut kısaltılması – *işleme*

9. Bir bilgisayar programının uyarlanması, düzenlenmesi veya herhangi bir değişim yapılması – *işleme*

10. Belli bir maksada göre ve hususi bir plan dahilinde verilerin ve materyallerin seçilip derlenmesi sonucu ortaya çıkan (Ek ibare: 03/03/2001 - 4630/4. md.) ve bir araç ile okunabilir veya diğer biçimdeki veri tabanları (Ancak, burada sağlanan koruma, veri tabanı içinde bulunan verilere materyalin korunması için genişletilemez) – *derleme*

Külliyyatlar yani bir kişinin bütün eserlerinin ya da aynı cinsteki eserlerinin bir araya getirilmesindeki yaratıcı çabanın ne olduğu anlaşılamamaktadır. Bu düzenleme öğretide haklı olarak eleştirilmiştir⁸⁸.

Bilgisayar programlarında korunan programın kendisi değil, işleme olarak meydana getirilmiş olan düzenlenmiş, değiştirilmiş yeni eserdir. Keza, yasada veri ve materyaller terimleri bilinçli olarak kullanılmıştır. Böylece seçme ve derleme eserlerden farklı olarak veri tabanlarında eser niteliğinde olmayan unsurların derlenmesinin de korunduğu anlaşılmaktadır.⁸⁹

İşleme eser olarak korunan veri tabanlarına ilişkin koruma veri tabanı içinde bulunan veri ve materyalin kendisini kapsamaz⁹⁰. Veri tabanı bir kitap şeklindeki ansiklopedi olabileceği gibi bir CD-Rom’a kaydedilmiş ansiklopedi de olabilir⁹¹.

⁸⁸ AYİTER, s. 56.

⁸⁹ KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, s.67.

⁹⁰ KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, s.134.

⁹¹ ATEŞ, s. 377.

III. ESER SAHİPLİĞİ KAVRAMI

A. Genel Olarak Eser Sahipliği Ve Eser Sahipliği Karinesi

Fikir ve sanat eserleri hukuku tüm içeriği ile ifade edilmek istendiğinde “eser sahibi hakları ve bağlantılı haklar” terimi kullanılabilir⁹².

FSEK m.8/1’e göre; “bir eserin sahibi onu meydana getirendir.” FSEK’ in koruduğu manada bir eser meydana getirenler yani eser yaranlar ipso iure olarak eser sahibi kabul olunmaktadır.”⁹³ Bir işlenmenin ve derlemenin sahibi, ise asıl eser sahibinin hakları mahfuz kalmak şartıyla onu işleyendir. 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.

Eser meydana getirmek bir maddi fiil olup, eserin oluşturulmasıyla eser sahipliği otomatik olarak elde edilir. Bu nedenle fiil ehliyeti bulunmayanlar ile eser yapma amacıyla hareket etmeksizin eser meydana getirenler de eser sahibi olabilirler. Yine ilke nedeniyle tüzel kişiler eser sahibi olamazlar. Bugün FSEK’ in 27. md. de tüzel kişi kavramında söz edilmesi, yasa koyucunun dikkatsizliğine bağlanmalıdır⁹⁴. Diğer taraftan hak sahipliği süjesi olabilmek için tescil ve ilan edilmesi gibi resmi bir makama başvurulmasına herhangi bir resmi veya gayri resmi formaliteye de ihtiyaç bulunmamaktadır⁹⁵.

B. ESERİ BİZZAT MEYDANA GETİRENLERİN ESER SAHİPLİĞİ

1. Tek Kişinin Eser Sahipliği

Bu durumda “eser sahibi, onu meydana getirendir” ilkesi uyarınca, kendi hususiyetini yansıtarak bir fikri ürün meydana getiren kişi, o eser üzerinde fikri hukuk tarafından kendisine tanınan tüm hak ve yetkileri tek başına kullanma hakkını haizdir.

⁹² İbrahim Emre BAYAMLIOĞLU, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2008, s.8.

⁹³ ARSLANLI, s. 62-63.

⁹⁴ GÜNEŞ, s. 67.

⁹⁵ YAZICIOĞLU, s. 128.

Kanunda bu yönde bir hüküm olmasa dahi, aynı sonuca hukukun genel ilkelerinden hareket ederek varmak mümkündür⁹⁶.

C. Eser Sahiplerinin Birden Fazla Oluşu

1. Müşterek Eser Sahipliği

Müşterek eser sahipliği FSEK md. 9 da düzenlenmiştir.”Birden fazla kimselerin birlikte vücuda getirdikleri eserin kısımlara ayrılması mümkünse, bunlardan her biri vücuda getirdiği kısmın sahibi sayılır. Aksi kararlaştırılmış olmadıkça, eseri birlikte vücuda getirenlerden her biri bütün eserin değiştirilmesi veya yayımlanması için diğerlerinin iştirakini isteyebilir. Diğer taraf muhik bir sebep olmaksızın iştirak etmezse, mahkemece müsaade verilebilir. Aynı hüküm mali hakların kullanılmasında da uygulanır.

Birden çok kimsenin müşterek çalışması neticesi meydana getirilen eser, aslında birbirlerinden bağımsız kısımlara ayrılabilen, diğer eser sahibinin çabası olmadan da biri diğerinden bağımsız eser olarak kabul edilebilen bir oluşum ise ve bu birleşme eser sahiplerinin isteği ile gerçekleşiyorsa, kanuna göre müşterek eser sahipliğinden bahsedilir⁹⁷.

Müşterek eser sahipliği daha önceden meydana getirilmiş bağımsız eserlerini bir araya getirilmesi ile de ortaya çıkabilir. Ancak her halükarda ortak eseri oluşturan her bir eser bölümü birbirinden bağımsız şekilde değerlendirilebilir nitelikte olmalıdır.⁹⁸ TEKİNALP FSEK’ in “birden fazla kimselerin birlikte vücuda getirdikleri” ifadesini doğru bulmamaktadır. “Ortak eser birlikte vücuda getirilemez. Her eser sahibi kendi kısmını diğerinden ayrı ve bağımsız olarak oluşturur ve eser aynı kapak (çatı) altında ortaya çıkar” görüşündedir⁹⁹

Ortak eser sahipliği Yargıtay’da eserin yaratılmasında ona katkı ve destek sağlama ve hususiyeti belirleyen yaratıcı çabayı birbirinden ayırt etmektedir¹⁰⁰.

⁹⁶ Teknail ÖZDERYOL, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunda Düzenlenen Suçlar*, İstanbul, 2006, s. 42.

⁹⁷ YAZICIOĞLU, s. 137.

⁹⁸ GÜNEŞ, s. 67.

⁹⁹ TEKİNALP, s. 141.

¹⁰⁰ GÜNEŞ, s. 90; 1991/5141 -1992/11254 22.10.1992 (Kaynak FMR 2002/2 S. 172)

2. İştirak (Elbirliği) Halinde Eser Sahipliği

İştirak haline elbirliği eser sahipliği FSEK md. 10 da düzenlenmiştir.”Birden fazla kimsenin iştirakiyle vücuda getirilen eser ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa, eserin sahibi, onu vücuda getirenlerin birliğidir. Birliğe adi şirket hakkındaki hükümler uygulanır. Eser sahiplerinden biri, birlikte yapılacak bir muameleye muhik bir sebep olmaksızın müsaade etmezse, bu müsaade mahkemece verilebilir. Eser sahiplerinden her biri, birlik menfaatlerine tecavüz edildiği takdirde tek başına hareket edebilir. Bir eserin vücuda getirilmesinde yapılan teknik hizmetler veya teferruata ait yardımlar, iştirake esas teşkil etmez. Birden fazla kimsenin iştiraki ile vücuda getirilen eser, ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa bir sözleşmede veya hizmet şartlarında veya eser meydana getirildiğinde yürürlükte olan 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.”

Birden fazla kişinin iştiraki yani birlikte yaratması suretiyle vücuda getirilen eser ayrılmaz bir bütün oluşturuyorsa, eser sahipleri arasında birlik vardır. O eserin sahibi onu vücuda getirenlerin birliğidir.¹⁰¹ Eserin oluşturulması sırasında sadece teknik veya ayrıntıya ilişkin yardımda bulunanlar, birliğe dahil değildir. (FSEK m-10/11) Zira bunların katkıları eserin bağımsız yaratıcı özelliğini etkileyecek düzeyde değildir. Aynı kural bir eserle ilgili sadece teşvik veya öneride bulunan kişiler bakımından da geçerlidir.¹⁰²

Büyük bir organizasyon yatırım ve çalışma neticesi yaratılan sinema eseri genellikle birden fazla kimsenin birlikte meydana getirdiği yapıttır. Bu sebeple de kanun koyucu sinema eseri sahiplerini 5846 sayılı Kanunun 8. maddesinde “sinema eserlerinde; yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı ve diyalog yazarı, eserin birlikte sahibidirler. Canlandırma tekniği ile yapılmış sinema eserlerinde, animatör de eserin birlikte sahipleri arasındadır.” olarak belirlemektedir.¹⁰³ Kanun koyucu sinema eserinin meydana gelmesinde bu belirtilen eser sahiplerine ilişkin “hususiyetlerin” etkin olduğunu

¹⁰¹ TEKİNALP, s. 142.

¹⁰² GÜNEŞ, s. 69.

¹⁰³ YAZICIOĞLU, s. 145.

düşünmektedir. Bu kimseler dışında kalanların emeklerini ise sinema eserinin oluşumunda eser sahibinin özelliğini arz edecek nitelikte olmadığı ifade olunmaktadır¹⁰⁴.

D. BAŞKASININ MEYDANA GETİRDİĞİ ESER ÜZERİNDE HAK SAHİPLİĞİ

Kanun eseri meydana getiren kişi veya kişilerin dışındaki bazı şahıslara da eser üzerindeki haklardan yararlanabilme imkanı tanımaktadır.¹⁰⁵

FSEK md.18 “Mali hakları kullanma yetkisi münhasıran eser sahibine aittir. 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 yapımcısı veya yayımcısı, ancak eserin sahibi ile yapacağı sözleşmeye göre mali hakları kullanabilir.” hükmünü getirmektedir. Hükümden de anlaşılacağı üzere eseri meydana getiren kimsenin dışında eser üzerindeki haklardan yararlanmak ancak eser üzerindeki mali haklarla sınırlıdır¹⁰⁶.

Eser sahibi sıfatı devredilemez olup, ancak eserden kaynaklanan mali hakları kullanım hakkı başkaları tarafından kullanılabilme olanağı bulunduğundan mali hakları kullananlara eser sahibi demek yerine hak sahibi demenin daha doğru olacağı da ifade olunmaktadır.¹⁰⁷

1. İşverenin Eser Sahipliği

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. Taraflar eser üzerindeki hakların kullanımını bir sözleşmeyle çalışana bırakabilir. Diğer yandan işin mahiyeti gereği, çalışan o eseri meydana getirmek zorunda değilse, eser üzerinde işverenin herhangi bir hak ve yetkisi doğmaz. Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda 2001 değişikliği ile anılan madde de yer alan

¹⁰⁴ Naci KINACIOĞLU, **Sinema Eserleri ve Bunlarda Eser Sahipliği**, Prof. Dr. Ali BOZER’e Armağan, Ankara, 1999, s. 217.

¹⁰⁵ YAZICIOĞLU, s. 147.

¹⁰⁶ YAZICIOĞLU, s. 147.

¹⁰⁷ ATEŞ; s. 85.

işverenin mali haklara sahip olabileceği yönündeki düzenleme hakları kullanabileceği şeklinde değiştirilmiştir. Ancak madde de geçen haklar ile neyin kastedildiği açık değildir¹⁰⁸. Çalışanların mesai saatleri dışında meydana getirdikleri veya işleri ile bağlantılı olmayan, iş tanımları dışında kalan eserler üzerinde ise işverenin herhangi bir hakkı bulunmamaktadır¹⁰⁹.

2. Tüzel Kişilerin Eser Sahipliği

03.03.2004 tarih ve 5101 sayılı kanun ile eser sahibi için “gerçek kişi” ibaresi çıkarılmıştır¹¹⁰. Kanun koyucu tüzel kişiyi işveren, tüzel kişinin uzuvlarını da memur, hizmetli ve işçi gibi işverenin çalıştırdığı kimseler olarak kabul etmekte ve¹¹¹ Özel hukuk tüzel kişisi ile kamu hukuku tüzel kişisi arasında bir fark bulunmamaktadır¹¹².

E. Eser Sahipliği Karinesi

Sahibinin adı belirtilen eserlere ilişkin düzenleme kanunun 11.maddesinde belirtilmiştir. “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. Umumi yerlerde veya radyo televizyon aracılığı ile verilen konferans ve temsillerde, mutad şekilde eser sahibi olarak tanıtılan kimse o eserin sahibi sayılır, meğer ki, birinci fıkradaki karine yoluyla diğer bir kimse eser sahibi sayılsın” hükmündedir.

Sahibinin Adı Belirtilmeyen Eserler ise kanunun 12. maddesinde düzenlenmiştir. “Yayımlanmış olan bir eserin sahibi 11. inci maddeye göre belli olmadıkça, yayımlıyan ve o da belli değilse çoğaltan, eser sahibine ait hak ve salahiyetleri kendi namına kullanabilir. Bu salahiyetler, 11. inci maddenin 2 inci fıkrasındaki karine ile eser sahibinin belli olmadığı hallerde konferansı verene veya temsili icra ettirene aittir. Bu maddeye göre salahiyetli kimselerle asıl hak sahipleri arasındaki münasebetlere, aksi kararlaştırılmamışsa, adi vekalet hükümleri uygulanır.” hükmündedir. Eser sahibinin

¹⁰⁸ GÜNEŞ, s. 69.

¹⁰⁹ Özlem KARAMAN COŞGUN, **Fikir Ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında İşveren Ve Tayin Edenin Eser Üzerindeki Hakları**, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.13 S,1-2 2007, s. 40.

¹¹⁰ RG.12.03.2004 S.25400

¹¹¹ YAZICIOĞLU, s. 154.

¹¹² ATEŞ, s. 57; ÖZDERYOL, s. 48.

eserde adının geçmemesi, eser sahibi olmasını bir şekilde etkilemez. Bu nedenle de eserden doğan tüm haklar eser sahibine aittir. Yayıncı, çoğaltan, konferans veren veya temsili icra ettiren burada yediemin olarak hareket etmelidir. Bu kişiler eser sahibinin adını vermeye zorlanamaz. Yediemin ile eser sahibi arasında adi vekalet hükümleri uygulanır¹¹³.

F. Aleniyet ve Yayımlanma

Hak sahibinin gerek maddi gerek manevi haklarının kullanılmasında alenileşme ve yayımlanma kavramları önem taşır. Çünkü anılan hakların öz cevherleri söz konusu kavramların tanımlarından etkilenir.¹¹⁴ Hak sahibinin rızasıyla umuma arz edilen bir eser alenileşmiş sayılır. Bir eserin aslından çoğaltma ile elde nüshaları hak sahibinin rızasıyla satışa çıkarılma veya dağıtılma yahut diğer bir şekilde ticaret mevkiine konulma suretiyle umuma arz edilirse o eser yayımlanmış sayılır.

G. Mesleki Birlikler

Meslek Birliklerinin Kurulmasına ilişkin düzenleme kanunun 42. maddesinde ifade edilmiştir. Buna göre, eser sahipleri ve eser sahiplerinin hakları ile bağlantılı hak sahipleri, sözleşmelerle eser veya hak sahibinden malî hakları kullanma yetkilerini devralarak üyelerinin ortak çıkarlarını korumak ve FSEK’te tanınmış hakların idaresini ve takibini, alınacak ücretlerin tahsilini ve hak sahiplerine dağıtımını sağlamak üzere, Kültür Bakanlığınca hazırlanan ve Bakanlar Kurulunca onaylanan tüzük ve tip statülere uygun olarak tespit edilecek alanlarda birden fazla meslek birliği kurabilirler. Yasa aynı alanda şartları gerçekleşmek koşulu ile birden çok meslek birliğine imkan tanımaktadır. Aynı alanda kurulmuş en az iki meslek birliği, Bakanlıkça hazırlanan tüzük ve tip statülerin belirlediği usul ve esaslar çerçevesinde federasyon kurabilir. Aynı alanda birden fazla federasyon kurulamaz.

Meslek birlikleri ve federasyon özel hukuka tabi tüzelkişilerdir. Üyeleri sermaye koymak, kar ve zarara, hukuki mesuliyete iştirak etmekle yükümlü tutulamazlar. Yasada açıkça meslek birliğinin yapabileceği hukuki etkinlikler (dava açma, icra takibi yapma, tenfiz, temyiz gibi) sayılmamıştır. Ancak amaca uygun yorum yapılması halinde yetki

¹¹³ GÜNEŞ, s. 70.

¹¹⁴ TEKİNALP, s. 145.

belgesi verilmekle tüm bu olanakların sağlanması kabul edilmektedir¹¹⁵. Uygulamada ceza ve hukuk davaları açarak hak sahiplerini korudukları göze çarpmaktadır.

Meslek birlikleri ile yapılan sözleşmeler, atipik sözleşmelerdir. Meslek birlikleri, Kanuna göre üyelerinin menfaatlerini korumakla yükümlü olduğundan haksız kullanımlara karşı dava açabilir. Fakat her durumda üyesi tarafından meslek birliğine verilen yetki belgesine bakmak gerekir. Kural olarak meslek birlikleri dava açabilirler ama bu hususta sözleşmede veya aldıkları yetki belgesinde sınırlayıcı bir hüküm olmaması gerekir. Bu sözleşmeler, Meslek birlikleri üçüncü kişilerle yaptığı sözleşmeleri kendi adına ve fakat hak sahipleri hesabına (dolaylı temsil) yaptığından vekalet sözleşmesine benzetilebilir¹¹⁶. Eser türlerine göre çeşitli meslek birlikleri vardır.

IV. ESER SAHİBİNİN HAKLARI

A. Genel Olarak

Eser sahibinin hakları hususunda ülkemizde ki gelişmeler çok eski tarihe dayanmamaktadır. Buna rağmen yürürlükte olan FSEK' de eser sahibinin mali ve manevi hakları hususunda getirilen düzenlemeler gelişmiş ülkelerde kabul edilen düzenlemelerle eş niteliktedir. FSEK' de eser sahibinin hakları sınırlayıcı şekilde sayılmıştır. Eser üzerinde mali ve manevi hakkın doğumu için eserin meydana getirilmesi yeterlidir. Eser üzerinde ki koruma eserin tamamının olduğu gibi parçalarını da kapsamaktadır (FSEK m.13/ f.2).

Korunan belli bir eser bağlamında eser sahibinin mali ve manevi menfaatleridir¹¹⁷. Bu hakların kullanımı eserin tamamı ve parçaları içindir. Sistemimizde manevi ve mali haklar birbirine bağlanmadan ve karışmadan yan yana bulunurlar¹¹⁸. Fikri hakların mali ve manevi haklar şeklinde bölünmesi yapay bir ayrımdır. Zira bu hakların kullanılması çoğu kez birbirine bağlı olduğu gibi, haklardan birine yapılan tecavüz kaçınılmaz biçimde diğerini de etkileyecektir. Gerçekte eser üzerindeki haklar bir bütündür ve gerek manevi, gerekse mali haklar eser sahipliği denilen hukuki durumdan doğan tek bir mutlak hakkın

¹¹⁵ GÜNEŞ, s. 168; Meslek Birliklerinin Dava Hakkına İlişkin Örnek Yargıtay Kararı için bakınız: Yargıtay 11.H.D. 2005/553 E. 2006/381 K.23.01.2006

¹¹⁶ Av. Yunus ÇELİKBİZ İSTANBUL-NİSAN 2008 Lisans Sözleşmesi
<http://www.hukukiboyut.com/arsiv/d2010126151651.pdf>

¹¹⁷ TEKİNALP, s. 147.

¹¹⁸ TEKİNALP, s. 151.

(telif hakkının) sağladığı çeşitli yetkilerden ibarettir.¹¹⁹ Eserden doğan mali ve manevi hakların üç yönü vardır.

Müspet yön: Eser ve hak sahiplerine mali ve manevi hak tanır.

Menfi yön: 3. kişilere gerçekleştirilen hak ihlallerine karşı FSEK m. 66-70 hukuki sonuçlar doğurur.

Cezai yön: 3. kişilerce gerçekleştirilen hak ihlallerine karşı FSEK 71-75 cezai sonuçlar doğurur.¹²⁰

Fikri haklar, mutlak nitelikte haklar olup, sahibine münhasır yetkiler tanır. Fikri haklar, sahibi tarafından alenileştirilmeden herhangi bir işleme konu edilemez. Eser üzerindeki manevi hakların devri mümkün değilken mali hakların devredilmesi imkan dahilindedir. Ancak mali hakların devri işleminin yazılı olarak yapılması ve devredilen hakların ayrı ayrı belirtilmesi gerekmektedir (m.52). Kanunun bu maddesi açıkça şekil şartı getirmekte ve bu şekil şartına uygun yapılmayan sözleşmelerin geçersiz olacağını hükme bağlamıştır.¹²¹

Eser sahibinin sahip olduğu mali haklarının kullanım süresi FSEK madde 19 hükmü gereğince yetmiş yıldır. Manevi haklara ilişkin kanunumuzda böyle bir süre belirtilmemiştir.

B. MANEVİ HAKLAR

Eser sahibinin manevi hakları FSEK madde 14, 15, 16, 17’ de düzenlenmiştir. Eser sahibinin manevi hakları; "Umuma Arz Salahiyeti, Adın Belirtilmesi Salahiyeti, Eserde Değişiklik Yapılmasını Menetmek, Eser Sahibinin Zilyet ve Malike Karşı" haklarıdır.

Eser sahibinin manevi hakları sınırlı sayı prensibi gereğince FSEK’ te sayılanlar kadardır. FSEK eser sahibine eseri dolayısıyla doğrudan kişiliğine bağlı haklar tanıdığından mirasa konu olamazlar. Yargıtay’ın yerleşmiş içtihatlarına göre, eser

¹¹⁹ ÖZDERYOL, s. 53.

¹²⁰ KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, s.70.

¹²¹ Av. Yunus ÇELİKBİZ İSTANBUL-NİSAN 2008 Lisans Sözleşmesi

üzerindeki manevi haklar ile Medeni Kanun'daki kişilik hakları birbirinden ayrıdır ve bu hükümler birbiri ile yarışmaz. Manevi haklara tecavüz iddiasıyla FSEK' e göre açılmış bir tazminat davası, Borçlar Kanunu genel hükümlerine göre açılacak bir manevi tazminat davasına engel olmaz. Zira iki hükmün koruduğu menfaatler farklıdır¹²².

Manevi haklar, ölüme bağlı ya da sağlar arası işlemlere konu olmazlar. Manevi hak koruması süreyle sınırlı değildir. Mali hak sahiplerinin hakkı kullanması kural olarak mümkün değildir. Manevi haklardan sözleşmeyle önceden vazgeçme geçersizdir.

1. Umuma arz “Kamuya Sunulma” Salahiyeti

Manevi haklara ilişkin yetkilerden ; “Umuma arz”, eserin ülkenin bütününde veya bir yöresinde, dar veya geniş üçüncü kişiler çerçevesinde, aleniyete kavuşturulması, herhangi bir şekilde tanıtılması ya da hakkında bilgi verilmesidir. Başka bir deyişle, eserin sahibi tarafından veya onun onayı ile üçüncü kişilerce kontrol altında tutulamayacak şekilde, üçüncü kişilerin veya toplumun bilgisine sunulması, umuma arzıdır¹²³.

Hak sahibinin rızası ile umuma arz edilen eser alenileşmiş sayılır. (FSEK md. 7) Umuma arz ile birlikte eser kamu düzeni genel menfaat ve özel kullanım mülahazaları dolayısıyla bazı sınırlamalara haciz, hapis hakkı ve rehin gibi kısıtlayıcı işlemlere konu yapılabileceği için umuma arzın anını tespit etmek önem taşır.¹²⁴ Umuma arz, eserin tamamen ya da kısmen, onu meydana getirenin iradesine uygun olarak ilk kez alenileşmesini ifade eden ve sadece bir kez yapılabilen hukuki bir fiildir. Aleniyet bir kez gerçekleştikten sonra artık geri alınamaz.¹²⁵ Eser sahibi, kamuya sunma hakkını bizzat kendisi kullanabileceği gibi, bu hakkın kullanılmasını bir başkasına da devredebilir. Özellikle, mali hakların devredildiği şahıslar, -çoğu kez- aynı zamanda eseri kamuya sunma hakkını da kullanma hususunda yetkilendirilmiş sayılır. Örneğin, işleme, yayma,

¹²² Av. Yunus ÇELİKBİZ İSTANBUL-NİSAN 2008 Lisans Sözleşmesi

<http://www.hukukiboyut.com/arsiv/d2010126151651.pdf>

¹²³ TEKİNALP, s. 154.

¹²⁴ TEKİNALP, s. 155.

¹²⁵ HIRSCH, Fikri Say, s.133.

temsil gibi mali hakların devredildiği şahıslar aynı zamanda eseri kamuya sunma hakkını da haiz sayılırlar¹²⁶.

2. Adın Belirtilmesi Yetkisi

Bir diğer yetki olan “Adın Belirtilmesi” eser sahibinin bu sıfatının yani eser sahibi olduğunun belirtilmesidir¹²⁷. Eser ile sahibi arasındaki bağ, eseri vücuda getirenin adının belirtilmesi suretiyle kurulacağından, eserde adı belirtilen kişi kural olarak eserin sahibi sayılır.¹²⁸ Bu yetkinin kullanımı için eser sahibinin adının belirtilmesi için talepte bulunması gerekmez. Eser takma ad ile veya isimsiz olarak yayımladığında, eser sahibi dilediği zaman bu eseri kendisine ait olduğunu açıklayabilir¹²⁹. Eserin isimsiz (anonim) olarak kamuya sunulmuş olması, üçüncü kişilere eser üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma, örneğin eseri intihal yoluyla kendilerine mal etme hakkı vermez¹³⁰. Zira anonim eser, sahihsiz bir mal değildir, o sadece sahibinin adı açıklanmayan eserdir¹³¹.

3. Eserde Değişiklik Yapılmasını Men Etmek Yetkisi

Eser biçimi ve içeriği ile bir bütün oluşturur.¹³² Eserde değişiklik yapılmasını men etmek yetkisi; eserin biçimi ve içeriğini bozmamak olarak anlatılabilir. Zorunlu değişiklik hallerine ise; Eser sahibinin eserin bütünlüğü ile ilgili çıkarları kullanıcının eseri değerlendirmesindeki çıkarları ile karşılaştırılır. Eserin yaratıcı eşsizliği ve özel sanatsal derecesi ne denli yüksekse değerlendirilen tarafın çıkarları o denli geride tutulur. Çıkarların dengelenmesi işlemi sadece değerlendiren tarafa karşı değil, aynı zamanda eserin maliklerine ve zilyedine karşı da uygulanabilir¹³³.

4. Eser Sahibinin Zilyet ve Malike Karşı Hakları

“Eser Sahibinin Zilyet ve Malike Karşı Hakları” başlığı altında eser sahibinin eserinin aslını elinde bulunduran eserin maliki ve zilyedine karşı ileri sürebileceği bazı

¹²⁶ EREL, s. 137.

¹²⁷ TEKİNALP, s. 157.

¹²⁸ AYİTER, s. 56.

¹²⁹ GÜNEŞ, s. 73.

¹³⁰ ÖZDERYOL, s. 56.

¹³¹ ATEŞ, s. 143.

¹³² TEKİNALP, s. 160.

¹³³ EREL, s. 126.

hakları düzenlemiş bulunmaktadır. Eserin aslına ulaşma hakkı eser sahibinin eserin malik veya zilyedinden kanunda öngörüldüğü şekilde yararlanmak amacıyla eserin kendisine geçici olarak verilmesini veya eserinden yararlanılmasına müsaade edilmesini isteme hakkıdır¹³⁴.

Eserde sahibinin izni olmadan değişiklik yapılamayacağı kuralı, diğer fikir ve sanat eserlerine göre sahip oldukları nitelik farkları sebebiyle mimari eserlerde biraz daha yumuşatılmıştır. Zira, mimari eserler genellikle bir sanat eseri olarak insanların zevkine hitap etmekten ziyade, belli bir ihtiyacın karşılanmasında kullanılmak üzere meydana getirilirler¹³⁵.

C. MALİ HAKLAR

1. Genel Olarak

Mali haklar eserden ekonomik olarak yararlanma ve bunun şeklini tayin etme imkanını münhasıran sahibine veren ve ona eserden üçüncü kişilerin bu tarzda faydalanmalarına engel olma yetkilerini bahşeden mutlak haklardır¹³⁶. Mali hak, eser sahibinin eserinden ekonomik anlamda yararlanma hakkını ifade eder¹³⁷. FSEK md.20 “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, bu Kanunda mali hak olarak gösterilenlerden ibarettir.” Diyerek mali haklar için de sınırlı sayı prensibini geçerli kılmaktadır. FSEK md. 14’te sayılan mali haklar; işleme, çoğaltma, yayma, temsil, işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkıdır.

2. İşleme Hakkı

FSEK 21.maddesinde işleme hakkını; “Bir eserden, onu işlemek suretiyle faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir.” şeklinde tanımlamaktadır. Örneğin; bir

¹³⁴ TEKİNALP, s. 163.

¹³⁵ ATEŞ, s. 150.

¹³⁶ TEKİNALP, s. 169.

¹³⁷ AKIN BEŞİROĞLU, *Fikir Hukuku Dersleri*, İstanbul 2006, s.237

romanın dizi formatına getirilmesi, sinema, tiyatro eseri haline getirilmesi işlemedir. İşleme nitelik olarak asıl esere bağlı kalmak kaydıyla orijinal bir eserin başka bir formda yeni bir fikri ürüne dönüştürülmesidir. Başka bir eser şeklinde ortaya çıkan işleme, asıl eserin bir türevi olsa da ekonomik olarak bağımsız şekilde değerlendirilmeye uygundur. İşleme hakkının devri, işin ticari gerekleri çerçevesindeki diğer bazı mali hakların da devredilmiş kabul edilmesini gerektirir. Örneğin eserin başka bir dile tercümesine izin veren bir sözleşmenin yapılacak çevirinin çoğaltılması ve yayımına ilişkin hakları içermemesi işin mahiyetine aykırı olur.¹³⁸ Ancak çeviri için gerekli kabul edilen sınırın ötesine geçilmemelidir.¹³⁹ İşleme hakkı, işlemenin amacı ile sınırlıdır. Yani alınan işleme izni hangi tür işleme için alınmışsa onunla sınırlıdır.¹⁴⁰ İşleme hakkı ekonomik yararlanmanın bir tarzı olduğu için mali haklar arasında yer alır.¹⁴¹

İşleme eser sahibi, işlenme üzerinde haklarını üçüncü kişilere karşı ileri sürebileceği gibi bağımsız eser sahibine karşı da ileri sürülebilir. Bu kural izinsiz şekilde meydana getirilmiş işlenmeler için de geçerlidir; böyle bir durumda işlenmeyi ne müstakil eser sahibi ne de işleyen kullanabilir. Şahsi kullanım istisnası saklıdır.¹⁴²

İşleme hakkının kanundan doğan istisnaları FSEK Madde 16/2 düzenlenmiştir. Hükme göre “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 görülen değiştirmeleri eser sahibinin hususi bir izni olmaksızın da yapabilir.” Bir diğer istisna ise FSEK md.34 de belirtilmiştir.” Yayınlanmış musiki, ilim ve edebiyat eserlerinden ve alenileşmiş güzel sanat eserlerinden, maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde iktisaplar yapılmak suretiyle, hal ve vaziyetinden eğitim ve öğretim gayesine tahsis edildiği anlaşılan seçme ve toplama eserler vücuda getirilmesi serbesttir.” Diyerek eğitim ve öğretim için seçme ve toplama eserleri istisna kılmıştır.

¹³⁸ BAYAMLIOĞLU, s. 219.

¹³⁹ ATEŞ, s. 163; AYİTER, s. 126-127, EREL, s. 136.

¹⁴⁰ TEKİNALP, s. 169.

¹⁴¹ TEKİNALP, s. 171.

¹⁴² KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, s.77.

3. Çoğaltma Hakkı

FSEK 22.maddesine göre çoğaltma bir eserin aslını veya kopyalarını, herhangi bir şekil veya yöntemle, tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak çoğaltmadır “Çoğaltma” teknik anlamıyla, “bir eserin aslına ihtiyaç duymadan ondan yararlanma olanağı sağlayacak kopyalarının herhangi bir maddi araç yardımı ile meydana getirilmesidir.”¹⁴³ Çoğaltma kavramı altında farklı ekonomik faydalanma şekilleri yer alır ve bazı eserler için ayrıca çoğaltmanın içeriği de tanımlanmıştır.¹⁴⁴

Çoğaltma hakkında şu hususlar önemsizdir; Çoğaltılan nüsha adedi, eserin tamamının algılanması, eserin dolaylı şekilde algılanılması, çoğaltmanın türü ve tarzı, çoğaltmanın biçimi, çoğaltmanın süresi¹⁴⁵.

Çoğaltma eserden iktisaden yararlanma biçimlerinin başında gelir.FSEK md. 57/2 mülkiyetin geçişiyle ilgili olarak sadece güzel sanat eserleri için bir mülkiyet karinesi getirmiştir.¹⁴⁶ Buna ek olarak FSEK md. 80 bağlantılı hak sahipleri için çoğaltma hakkını düzenler¹⁴⁷.

Eserlerin aslından ikinci bir kopyasının çıkarılması ya da eserin işaret, ses ve görüntü nakil ve tekrarına yarayan, bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca kayıt edilmesi, her türlü ses ve müzik kayıtları ile mimarlık eserlerine ait plan, proje ve krokilerin uygulanması da çoğaltma sayılır. Aynı kural, kabartma ve delikli kalıplar hakkında da geçerlidir. Günümüzde izinsiz tam çoğaltma müzik kitap ve sinema eserleri ile video oyunları bakımından korsanlık olarak adlandırılmaktadır. Yine izinsiz ve yasal koşullara uymayan esaslı alıntılar ticarileştiği sürece intihal olarak nitelenmektedir.¹⁴⁸

Çoğaltma hakkı, bilgisayar programının geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiillerini de kapsar. Özellik gösteren çoğaltma mimarlık eserleri ile ilgilidir. Şöyle ki bir mimari

¹⁴³ İlhan ÖZTOPRAK, **Fikir Ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar**, Ankara, 1977, s.62.

¹⁴⁴ BAYAMLIOĞLU; s. 220.

¹⁴⁵ KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, s.78.

¹⁴⁶ FSEK 57/2 “Bir güzel sanat eseri üzerinde çoğaltma hakkını haiz olan bir kimseden kalıp ve sair çoğaltma aletlerinin zilyetliğini iktisap eden kimse, aksi kararlaştırılmamışsa, çoğaltma hakkını da iktisap etmiş sayılır.”

¹⁴⁷ BAYAMLIOĞLU, s. 221.

¹⁴⁸ GÜNEŞ, s. 110.

eserin plan, proje ve krokilerinin uygulanması çoğaltma sayılır. Bir binanın projelerinin fotokopisinin çekilmesi çoğaltma olduğu gibi aynısının yapılması da çoğaltmadır.¹⁴⁹

4. Yayma Hakkı

Yayma hakkı eserin aslının kopyalarının dolaşıma çıkarılmasıdır. Genellikle çoğaltmanın ardından yayma gelmektedir. FSEK MD.23 hükmü gereği “Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak hakkı” yayma hakkıdır. Eser fiziksel olarak piyasaya sürüldüğünde yayma eylemi gerçekleştirilmiştir.¹⁵⁰

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 dağıtımını yaptıktan sonra bunların yeniden satışı eser sahibine tanınan yayma hakkını ihlal etmez.

Bir eserin veya çoğaltılmış nüshalarının kiralanması veya ödünç verilmesi şeklinde yayımı, eser sahibinin çoğaltma hakkına zarar verecek şekilde, eserin yaygın kopyalanmasına yol açamaz. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kültür Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikle düzenlenir-Telif hukuku bakımından ödünç verme kavramıyla, kamuya ödünç verme anlaşılmaktadır. Sözelimi halk kütüphaneleri tarafından bir eserin okuyuculara bir süre sonra iade edilmek üzere verilmesi kamuya ödünç vermedir. Kişisel ödünç vere ise serbesttir. Demek ki ödünç verme ile kiralama arasındaki temel farklılık, ivazlı olup olmama da yani karşılığın bulunup bulunmadığında görülür.¹⁵¹ Eseri ödünç alan veya kiralayanlar bu hakkı eser sahibinin yayma hakkını zedeleyecek biçimde kullanamazlar. Yani bu durumlarda yaygın kopyalamaya izin verilmemesi gerekmektedir.¹⁵²

¹⁴⁹ TEKİNALP, s. 174.

¹⁵⁰ KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, s.79.

¹⁵¹ KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, s.80.

¹⁵² GÜNEŞ, s. 113.

Çoğaltılan nüshaları piyasaya sürme imkanı bulunmadığı bir durumda çoğaltma yetkisinin ekonomik bir anlamı olamaz. Nitekim Türk BK. 372 vd. Maddelerinde düzenleme alanı bulan yayma hakkının devrine ilişkin “Yayın (neşir) sözleşmesi eserin çoğaltılmak suretiyle yayımlanmasını konu alır. Sadece eserin matbaada bastırılması yayın sözleşmesi değildir.¹⁵³ Eserin yabancı bir dile çevrilmesine izin veren sözleşmenin de işin mahiyeti icabı çevrinin dili olan ülkede yayma hakkını içerdiği düşünülmelidir.¹⁵⁴

Eserin veya çoğaltılmış nüshalarının eser sahibi tarafından bir kez satışına izin verildikten sonra, bu izin aynı zamanda izleyen satışlar için de geçerlidir. Eserin ilk iradi satımı ile birlikte hak sahibinin tekel niteliğindeki yayım hakkı tükenir. Eser daha sonraki kişilere serbestçe satılabilir. Buna “tükenme ilkesi” denilmektedir.¹⁵⁵

Türk hukukunda eserin internet ortamında kullanıma sunulması FSEK md. 23 anlamında yayma hakkı kapsamına girmez. Bu tip eylemler “kamuya ilitem hakkı” çerçevesinde değerlendirilmelidir.¹⁵⁶

5. Temsil Hakkı

FSEK madde 24’te düzenlenen temsil hakkı “ Bir eserden, doğrudan doğruya yahut işaret, ses veya resim nakline yarayan aletlerle umumi mahallerde okumak, çalmak, oynamak ve göstermek gibi temsil suretiyle faydalanma hakkı”dır. Temsil Eserin kamuya ulaştırılması faaliyeti “maddi ve maddi olmayan” şeklinde bir ayrıma tabi tutulabilir ve yukarıda belirtilen çoğaltmaya dayalı haklar şeklindeki yaklaşım da aynı ayrımın sonucudur. Çoğaltmaya dayalı haklar eserin maddi sunumudur. Eserin temsili ise maddi olmayan tarzda kamuya sunumuna örnektir.¹⁵⁷ Temsil hakkının devri aksine bir anlaşma olmaması durumunda sadece doğrudan temsili kapsar.¹⁵⁸

Temsilin umuma arz edilmek üzere vuku bulduğu mahalden, başka bir yere her hangi bir teknik vasıta ile nakli de eser sahibine aittir. Temsil hakkı; eser sahibinin veya

¹⁵³ BAYAMLIOĞLU, s. 222.

¹⁵⁴ ATEŞ, s.177; EREL, s.145.

¹⁵⁵ ÖZDERYOL, s. 70; Ayşe Saadet ARIKAN, **Fikri ve Sınai Hakların Tükenmesi ve Rekabet Hukuku**, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002.

¹⁵⁶ BAYAMLIOĞLU, s. 221.

¹⁵⁷ BAYAMLIOĞLU, s. 223; ATEŞ, s. 177.

¹⁵⁸ BAYAMLIOĞLU, s. 224.

meslek birliğine üye olması halinde, yetki belgesinde belirttiği yetkiler çerçevesinde meslek birliğinin yazılı izni olmadan, diğer gerçek ve tüzelkişilerce kullanılamaz.

6. İşaret Ses Ve / Veya Görüntü Nakline Yarayan Araçlarla Umuma İletim Hakkı

FSEK ‘in 25.maddesinde düzenlenen işaret ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı “ Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayınlanması ve yayınlanan eserlerin bu kuruluşların yayınlarından alınarak başka yayın kuruluşları tarafından yeniden yayınlanması suretiyle umuma iletilmesi hakkı”dır. WCT antlaşması madde 8 çerçevesinde ele alınan kamuya iletim hakkı Türk Hukukuna FSEK’te 4630 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle girmiştir.¹⁵⁹ 25. maddenin “Radyo ile yayım”şeklindeki başlığı “işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı”şeklinde değiştirilmiş ve eser sahibine “eserin 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 yasaklama hakkı” tanınmıştır¹⁵⁹. FSEK madde 25’ in lafzına bakıldığında WIPO antlaşmalarının dikkate alındığı görülür¹⁶⁰.

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. Söz konusu hükümle Türk Hukuku da esere erişim sağlamayı tartışmasız ve her türlü faaliyeti kapsar şekilde eser sahibine münhasır bir hak olarak tanımlamıştır. Gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda esere erişim şeklindeki

¹⁵⁹ FSEK md.80 de 4630 sayılı kanunla yapılan değişiklikle kamuya iletim hakkı bağlantılı hak sahipleri için de tanınmıştır.

¹⁶⁰ BAYAMLIOĞLU, s. 224. 2001/29 sayılı direktifin 3.maddesi de WIPO düzenlemelerinin bir tekrarıdır.

ifade internet üzerindeki faaliyetleri tanımlanmaktadır¹⁶¹. Bu madde ile düzenlenen umuma iletim yoluyla eserlerin dağıtım ve sunumu eser sahibinin yayma hakkını ihlal etmez.

Umuma iletim hakkı içindeki uyduyla yayın ve kablolu yayın sorunları dolayısıyla özel bir yere sahiptir. Uydu ile yayın AT içinde 92/83/EWG sayılı ve 27.9.1998 tarihli yönergeyle ulusal hukukta ise “Uydu Yayın Lisans ve İzin Yönetmeliğine (Uydu Yönetmeliğine) konu olmuştur. 83/93 AET sayılı yönerge de kablolu yayına uygulanır¹⁶².

7. Pay ve Takip Hakkı

Bu hak FSEK m.45 hükmünden doğmaktadır. Doktrinde “İzleme hakkı” olarak da ifade edilen bu hak, eser sahibini, ilk satıştan sonra mali yönden korumaya ve eserde oluşan fazla değerden onu yararlandırmaya yönelik bir haktır. Böylece, eserin ileride aşırı değerlendirmesinden dolayı sadece aslın malikinin yararlanması uygun görülmemiş, eser sahibine de bir pay verilmesi uygun bulunmuştur¹⁶³.

D. BAĞLANTILI HAKLAR

Bağlantılı haklar Türk Hukukuna 4110 sayılı kanunla girmiştir. 4630 sayılı kanunla tekrar önemli değişikliğe uğramış ve komşu hak terimi yerine üst başlık olarak bağlantılı hak terimi gelmiştir¹⁶⁴.

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 yapımcıları ile radyo-televizyon kuruluşlarının aşağıda belirtilen komşu hakları vardır.

¹⁶¹ ATEŞ, s. 193.

¹⁶² TEKİNALP, s. 183.

¹⁶³ TEKİNALP, s. 183.

¹⁶⁴ ATEŞ, s. 213 “Bağlantılı hak ve komşu hak terimleri uluslar arası literatürde birbirinin yerine kullanılmaktadır”; Azra ARKAN, “Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar”, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s.37.

Eser sahibinin hakları ile bağlantılı haklar veya bağlantılı haklar terimleri iki grup hakkı bir arada ifade etmektedir. Birinci grup FSEK' in eski 80. maddesinde yer alan komşu hakların sahiplerinin haklarından meydana gelir. İkinci grubu ise filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcılarının hakları oluşturur¹⁶⁵.

1. Komşu Hak Sahipleri

Komşu hak sahibinin fonksiyonu yeni bir eser meydana getirmekten ziyade, mevcut bir eserin tanıtılması, üçüncü şahıslara aktarılmasıdır.¹⁶⁶ Komşu hak sahipleri icracı sanatçılar, fonogram yapımcıları, radyo ve televizyon kuruluşlarıdır.

2. İracı Sanatçıların Hakları

1. İracı 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. Bu hak diğer bağlantılı hak sahiplerinden farklı olarak icracı sanatçıların manevi hak sahibi olduğunun da bir göstergesidir.

2. Bir eseri, sahibinin izniyle özgün bir biçimde yorumlayan icracı sanatçı, bu icranın tespit edilmesine, bu tespitin çoğaltılmasına, satılmasına, dağıtılmasına, kiralınmasına 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.

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

4. İracı sanatçı, tespit edilmiş icrasının veya çoğaltılmış nüshalarının telli veya telsiz araçlarla satış veya diğer biçimlerde umuma dağıtımına veya sunulmasına ve gerçek

¹⁶⁵ TEKİNALP, s. 255.

¹⁶⁶ EREL, s. 163.

kişilerin seçtikleri yer ve zamanda icrasına ulaşılmasını sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkına sahiptir. Umuma iletim yoluyla, icraların dağıtım ve sunulması icracı sanatçının yayma hakkını ihlal etmez.

5. İcracı sanatçılar bu haklarını uygun bir bedel karşılığında sözleşme ile yapımcıya devredebilirler.

6. İcranın, bir orkestra, koro veya tiyatro grubu tarafından gerçekleştirilmesi halinde, orkestra veya koroda yalnız şefin, tiyatro grubunda ise yalnız yönetmenin **izni** yeterlidir.

7. Bir müteşebbisin girişimi ile ve bir sözleşmeye dayanılarak gerçekleştirilen icralar için müteşebbisin de izninin alınması gereklidir.

Görüleceği üzere, kanunun eser sahibine tanıdığı mali hakların büyük bir bölümü icracı sanatçılara da tanınmıştır. Kanunda icracı sanatçıların haklarının eser sahibinin haklarına zarar vermeyeceği belirtilmişse de, bu hakların eser sahibinin haklarıyla birlikte nasıl kullanılacağı hususunda bir açıklık getirilmemiştir¹⁶⁷.

Kıta Avrupa'sı hukukunda bağlantılı haklar eser sahibi hakkının türevi kabul edilir¹⁶⁸. Bu nedenle icracılara tanınan yetkilerle eser sahibine tanınan yetkiler eşit değildir¹⁶⁹. İcracı sanatçı komşu hakları aslen kazanır¹⁷⁰.

3. Fonogram Yapımcısının Hakkı

Fonogram yapımcısının hakkı, eserin ve/veya icranın ilk kez kaydına ve bu kayıttan ekonomik faydalanmaya ilişkindir. Fonogram yapımcıları bir icra ürünü olan veya sair sesleri ilk defa tespit eden kişidir. Komşu hak olarak hukuken korunması mümkün sesleri kayıt ve tespit ederek, bu tespiti sonradan tekrar edilebilecek şekilde ticari dolaşıma

¹⁶⁷ ÖZDERYOL, s. 80.

¹⁶⁸ ARKAN; s. 31.

¹⁶⁹ ATEŞ, s. 215; AYİTER, s. 77.

¹⁷⁰ ARKAN; s. 33.

koymaya yarayan plak, teyp ve video kaseti veya CD gibi vasıtaları imal eden üreten kimse” olarak tanımlamak mümkündür¹⁷¹.

Yapımcının hakkı, eser sahibinin ve/veya icracının iznine bağlı sınırlı ancak aslen kazanılan bir haktır. Bu aslen kazanma tespit edilen sesin eser niteliği taşımadığı doğal ses kaydı gibi bir durumda daha da belirgin hale gelir. Yapımcı hakkının temelde yapılan yatırım karşılığında tanınmış ekonomik bir yetki olması manevi haklara yer verilmemesi sonucunu doğurur¹⁷². Ancak FSEK’ te fonogram yapımcısına adın belirtilmesi hakkı tanınmaması bir eksikliktir¹⁷³.

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

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

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

4. Radyo Televizyon Kuruluşlarının Hakları

Radyo televizyon kuruluşlarının hakları 4110 sayılı Kanunla Türk Hukukuna girmiştir. Genel olarak “yayın “şeklinde tanımlanan bu ürünlerden ne anlaşılabacağı Roma Konvansiyonu madde 3 (f) de ve WPPT madde 2(f) de açıklanmıştır¹⁷⁴.

¹⁷¹ ATEŞ, s. 224.

¹⁷² BAYAMLIOĞLU, s. 229.

¹⁷³ ATEŞ, s. 226.

¹⁷⁴ ATEŞ, s. 229- 230.

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

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

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

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

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

Hususlarında münhasıran hak sahibidirler.

5. Film Yapımcılarının Hakları

Film yapımcısının hakları Türk Hukukunda film yapımcısı haklarının 4110 sayılı Kanun'dan önce de eser sahibi hakkı kapsamında olduğu kabul edilmekteydi¹⁷⁵. Film yapımcısı; sinema eserini, sermayesi ve işletmesel örgütleme gücü ve yeteneğiyle gerçekleştirip, filme, yani şerit üzerine tespit eden gerçek veya tüzel kişidir¹⁷⁶.

Film yapımcısı hakkı niteliği bakımından fonogram yapımcıları için tanınan haklarla benzerlik gösterir. Her iki grup hak da girişimcinin üstlendiği ticari riskin karşılığıdır. Burada amaç eğlence ve kültür endüstrisine yapılan yatırımı korumaktır¹⁷⁷.

¹⁷⁵ BAYAMLIOĞLU, s. 230.

¹⁷⁶ TEKİNALP, s. 265.

¹⁷⁷ BAYAMLIOĞLU, s. 231.

Filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcısı, eser sahibinden ve icracı sanatçıdan mali hakları kullanma yetkisini devraldıktan sonra aşağıda belirtilen haklara sahiptir.

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

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

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

E. HAKLARIN SINIRLANDIRILMASI

1. Süre Yönünden Sınırlandırılması

Eser sahibine tanınan mali haklar zamanla mukayyettir. 46 ve 47' inci maddelerdeki haller dışında koruma süresinin bitiminden sonra herkes, eser sahibine tanınan mali haklardan yararlanabilir. Koruma süresi eser sahibinin yaşadığı müddetçe ve ölümünden itibaren 70 yıl devam eder. Sahibinin ölümünden sonra alenileşen eserlerde koruma süresi ölüm tarihinden sonra 70 yıldır. Türk Hukukunda bağlantılı haklar için daha kısa bir süre öngörülmemesi eleştirilmiştir¹⁷⁸.

¹⁷⁸ ATEŞ, s. 265.

2. Kamuya Tanınan Haklar Ve Kamu Menfaati Yönünden Sınırlandırılması

Eser sahibine tanınan haklar, eserin ispatı maksadıyla mahkeme ve diğer resmi makamlar huzurunda ve alelittlak zabıta ve ceza işlerinde bir muameleye konu teşkil etmek üzere kullanılmasına mani değildir. Fotoğraflar, umumi emniyet mülahazasıyla veya adli maksatlar için sahibinin rızası alınmaksızın, resmi makamlar veya bunların emriyle başkaları tarafından her şekilde çoğaltılabilir ve yayılabilir. Resmen yayımlanan veya ilan olunan kanun, tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge ve kazai kararların çoğaltılması, yayılması, işlenmesi veya her hangi bir suretle bunlardan faydalanma serbesttir.

Kamunun veya devletin hak sahibi olduğu başkaca eserlerde vardır. Kamusal mimari devlet kuruluşlarının yayımladığı raporlar gibi eserlerin manevi hakları gerçek kişi yaratıcılarda olsa da mali hakları devlete aittir. Burada bireylerin yararlanma serbestisi değişik eser tiplerine göre farklı değerlendirilmelidir. Ancak her durumda sınırsız bir yararlanma düşünülemez. Bu tip eserlerin üçüncü kişiler tarafından çoğaltılması yayılması veya temsil yoluyla serbestçe ticaret mevkiine konulması mümkün değildir¹⁷⁹.

Eğitim Ve Öğretim Faaliyetine İlişkin Sınırlama, yayımlanmış bir eserin, tüm eğitim ve öğretim kurumlarında, yüzyüze eğitim ve öğretim maksadıyla doğrudan veya dolaylı kar amacı gütmeksizin temsili, eser sahibinin ve eserin adının mutata şekilde açıklanması şartıyla serbesttir. Yayımlanmış musiki, ilim ve edebiyat eserlerinden ve alenileşmiş güzel sanat eserlerinden, maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde iktisaplar yapılmak suretiyle, hal ve vaziyetinden eğitim ve öğretim gayesine tahsis edildiği anlaşılan seçme ve toplama eserler vücuda getirilmesi serbesttir.

Bu serbestlik hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar verir veya eserden normal yararlanma ile çelişir şekilde kullanılamaz.¹⁸⁰ Yayımlanmış bir eserin, tüm eğitim ve öğretim kurumlarında, yüz yüze eğitim ve öğretim maksadıyla doğrudan veya dolaylı kar amacı gütmeksizin temsili, eser sahibinin ve eserin adının mutata şekilde açıklanması şartıyla serbesttir. 4630 sayılı Kanunla temsil serbestisi yüz yüze

¹⁷⁹ BAYAMLIOĞLU, s. 233.

¹⁸⁰ BAYAMLIOĞLU, s. 235.

eğitim ve öğretim amacı içinde daraltılmıştır. Buna göre internet veya televizyon üzerinde eğitim amaçlı kullanım eser sahibinin iznini gerektirir hale gelmiştir.¹⁸¹

Diğer genel menfaat düşüncesine ilişkin sınırlamalar; Resmen yayımlanan veya ilan olunan kanun, tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge ve kazai kararların çoğaltılması, yayılması, işlenmesi veya her hangi bir suretle bunlardan faydalanma, nutuklar,gazete içeriği,haber ve iktibas serbestisidir.Belirtilen serbestilerden iktibasa ilişkin sorunlar sıklıkla dava konusu olmakta ve intihalle karıştırılmaktadır. İntihal ; Bir eserden alıntı yapıp da eser sahibinin adının zikredilmemesidir. İntihal bir kişinin başkasının eserini kendi eseriymiş gibi göstermesidir. Halk dilinde intihal yerine eser hırsızlığı denilmekte ve intihal suretiyle oluşturulan eser için de çalıntı eser deyimi yaygınlık kazanmış bulunmaktadır.¹⁸²

İktibas serbestisi;

1. Alenileşmiş bir eserin bazı cümle ve fıkralarının müstakil bir ilim ve edebiyat eserine alınması;

2. Yayımlanmış bir bestenin en çok tema, motif, pasaj ve fikir nevinden parçalarının müstakil bir musiki eserine alınması;

3. Alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ve yayımlanmış diğer eserlerin, maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde ve münderecatını aydınlatmak maksadıyla bir ilim eserine konulması;

4. Alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ilmi konferans veya derslerde, konuyu aydınlatmak için projeksiyon ve buna benzer vasıtalarla gösterilmesi; İktibasın belli olacak şekilde yapılması halinde iktibas serbestisi söz konusu olur.

Müzik eserlerinde alıntı, tema, motif, pasaj ve fikir nevinden parçalar ile sınırlıdır. Melodinin açıkça belirtilmemiş olması dikkat çekicidir. Buna karşılık tema denilen ve melodinin ana fikrini oluşturan armonik kurgunun alıntılanması mümkündür.¹⁸³

¹⁸¹ EREL, s. 203.

¹⁸² TEKİNALP, s. 192.

¹⁸³ BAYAMLIOĞLU, s. 237.

3. Özel Menfaat Düşüncesiyle Kişisel Kullanım

Bütün fikir ve sanat eserlerinin, kar 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. Gereğinden fazla çoğaltmanın normal yararlanmaya aykırı olduğunu kabul etmek gerekir.¹⁸⁴.

Kişisel kullanım şu üç gerekçeye dayandırılır:

- 1.Eser sahibinin katlanılabilir düzeyde bir zarar uğraması
- 2.Bu tip çoğaltmaların denetimindeki zorluklar ve işlem maliyetleri
- 3.Toplumun bilgi ve kültürden yararlanması¹⁸⁵

Türk Hukukunda da söz konusu istisnanın dar veya geniş yorumlanması yönündeki tartışmalar kişisel kullanım amacının aile yakın çevre, mesleki çevre veya arkadaş çevresi gibi sınırlardan hangisiyle belirleneceği üzerinde cereyan etmiştir. EREL şahsi kullanımın mesleki çevreyi de içine alacak şekilde geniş yorumlanmasını savunur. AYİTER, TEKİNALP, ATEŞ dar yorum taraftarı görüşler ortaya koymuşlardır¹⁸⁶.

4. Kopya ve Teşhir

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 yetki mimarlık eserlerinde yalnız dış şekle münhasırdır¹⁸⁷.

5. Engellilere Yönelik İstisna

Ders kitapları dahil, alenileşmiş veya yayımlanmış yazılı ilim ve edebiyat eserlerinin engelliler için üretilmiş bir nüshası yoksa hiçbir ticarî amaç güdülmeksizin bir engellinin kullanımı için kendisi veya üçüncü bir kişi tek nüsha olarak ya da engellilere

¹⁸⁴ BAYAMLIOĞLU, s. 242.

¹⁸⁵ ATEŞ, s. 360.

¹⁸⁶ BAYAMLIOĞLU, s. 243; AYİTER, s. 170; TEKİNALP, s. 193; ATEŞ, s. 368;

¹⁸⁷ TEKİNALP, s. 199.

yönelik hizmet veren eğitim kurumu, vakıf veya dernek gibi kuruluşlar tarafından ihtiyaç kadar kaset, CD ve benzeri formatlarda çoğaltılması veya ödünç verilmesi bu Kanunda öngörülen izinler alınmadan gerçekleştirilebilir. Bu nüshalar hiçbir şekilde satılamaz, ticarete konu edilemez ve amacı dışında kullanılamaz ve kullandırılmaz. Ayrıca bu nüshalar üzerinde hak sahipleri ile ilgili bilgilerin bulundurulması ve çoğaltım amacının belirtilmesi zorunludur.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNUNDA DÜZENLENEN SUÇLAR

I-GENEL OLARAK

Fikir ve sanat eserlerinin uygarlığa olan katkılarından dolayı, bir yandan “herkes sahibi bulunduğu her türlü ilim, edebiyat veya sanat eserlerinden mütevellit manevi ve maddi menfaatlerinin korunmasına hakkı vardır.” hükmünü içeren İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi¹⁸⁸ ¹⁸⁹ ile bir yandan da Anayasa’nın 25.maddesindeki “düşünce ve kanaat hürriyeti” 26.maddesindeki “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” 27.maddesindeki “bilim ve sanat hürriyeti” ve 64.maddesindeki “sanatın ve sanatçının korunması başlıklı maddeleri ile birlikte uluslararası alanda gerçekleştirilmiş çeşitli temel düzenlemeler uyarınca koruma altına alınmaktadır. Türk Kanun koyucusu da gerek temel hukuk kuralları gerek uluslararası çeşitli antlaşmalar gerekse Anayasa tarafından öngörülen hak ve menfaatlerin sağlanması ve korunması amacıyla 5 Aralık 1951 tarihinde 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nu kabul etmiş bulunmaktadır. Kanunda sadece fikir ve sanat eserlerine ilişkin hak ve menfaatler değil, aynı zamanda bu hak ve menfaatlere yönelik ihlaller ile bunlara ilişkin yaptırımlar düzenlenmekte ve yanı sıra soruşturma ve kovuşturma usulleri de yer almaktadır.¹⁹⁰

Kanun 23.01.2008 tarihli 5728 sayılı yasa ile değişikliğe uğramıştır. FSEK 5728 sayılı yasa ile değiştirilmeden önce mali hak ve manevi hak ihlalleri ayrı ayrı maddelerde düzenlenmişti. Artık cezai sonuçlar bakımından mali hak, manevi hak ve bağlantılı hak sahiplerinin haklarının ihlalleri aynı maddede yer almaktadır. Bu değişiklik bazı pratik kolaylıklar sağlamakla birlikte var olan bütünlük sorununu derinleştirmiştir.¹⁹¹

Korumanın sadece eser niteliğindeki fikri ürünlerle sınırlandırılmasının nedenlerinden ilki, rasgele herkesin meydana getirebileceği fikri ürünleri korumanın zorluğu ve gereksizliğidir. Örneğin bir is mektubunun veya özgeçmişlerin oluşturulmasına örnek oluşturan model yazıların ya da herhangi bir kişiye, kuruma veya makama başvuru

¹⁸⁸ İHEB. Md.27/1

¹⁸⁹ RG 27.05.1949 S.7217 (GÜNEŞ, s. 141)

¹⁹⁰ YAZICIOĞLU s.160

¹⁹¹ GÜNEŞ, s.141.

yazılarının fikri emek ürünü oldukları kuskusuz ise de, bu tür ürünleri telif hukuku açısından eser saymak ve bu şekilde korumak gereksizdir. Diğer yandan, fikrî haklar, genel olarak sağladıkları yetkilerin üçüncü şahıslara yasaklanması ve hak sahibi için eserden yararlanma konusunda bir tekel yaratılması şeklinde düzenlenmiştir. Bu nedenle, koruma, sadece toplumun kültürünü zenginleştiren ve ona katkıda bulunan fikrî ürünler için sağlanmalıdır. Bu nitelikte olmayan ürünler için üçüncü kişilerin özgürlük alanını kısıtlamak haksız ve gereksizdir. Bir kimsenin belirli bir çaba ile yazabileceği yazıların, resmi tebliğlerin, genelgelerin, gazete haberlerinin de fikir ürünü oldukları kuşkusuz ise de, bunlar telif hukuku anlamında eser olarak kabul edilemezler.¹⁹²

Suçların tasnifini aşağıdaki şekilde yapabiliriz.

1. Kanunun 71.maddesinde yer alan suçlar; Bu madde de eser sahibinin mali haklarına tecavüz suçları, manevi haklarına tecavüz suçları, bağlantılı haklarına tecavüz suçu, hak sahibinin eseri kamuya sunma hakkına tecavüz suçları, alenileşmiş eserin içeriğini ifşa suçu, intihal suçları, eseri değiştirme suçu” dur.

2. Kanunun 72. maddesinde yer alan “Koruyucu Programları Etkisiz Kılmaya Yönelik Hazırlık Hareketleri”

3. Kanunun 81. maddesinde yer alan “bandrol suçları” ve “Bandrollü ürünlerin yasak yerlerde satışı kabahati”

4. Kanunun 85-86 maddelerinde düzenlenen “Mektup, resim, portreler aleyhine işlenen suçlar”

5. Kanunun EK 8/5 “Veri Tabanı Yapımcısının Haklarına Yönelik Suçlar”dır.

FSEK’in cezai himayeyi sağlayabilmek için çok ağır hapis ve para cezaları öngörmesine rağmen bu suçların takiplerini kişisel şikayete bağlı tutması sakıncalı olmuştur. Şöyle ki ihlallerin önlenmesi eser sahibinin haklarının muhafazası yanında devletin vergi kaybına uğramaması açısından da önemlidir. Özellikle korsan yayınlara mücadele suçun resen kovuşturulmasıyla daha etkin olarak yürütülebilir. Ayrıca kanun

¹⁹² EREL, s.32

koyucu suçun takibini şikayete bağlı tutarak şikayetçinin eline suiistimale açık bir yetki vermiş olmaktadır¹⁹³.

II- KANUNUN 71.MADDESİNDE YER ALAN SUÇLAR

FSEK MD.71 “(Değişik madde: 01/11/1983 - 2936/11 md.;Değişik madde: 23/01/2008-5728 S.K./138.mad) aşağıdaki hükümleri içermektedir. Bu Kanunda koruma altına alınan fikir ve sanat eserleriyle ilgili manevi, mali veya bağlantılı hakları ihlal ederek:

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

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

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

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

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

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

¹⁹³ Ahmet Caner YENİDÜNYA, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Düzenlenen Manevi ve Mali Haklara Tecavüz Suçları EÜHFD, C.X, s.3-4 (2006).

Bu Kanunun ek 4. 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” şeklinde düzenlenmiştir.

III- ESER SAHİBİNİN MANEVİ HAKLARINA TECAVÜZ SUÇLARI

A-Genel Olarak

Kanunumuzun 14, 15, 16, 17’inci maddelerinde eser sahibinin manevi hakları düzenlenmiştir. Kanun manevi hakları düzenlerken terim birliğine riayet etmemiş örneğin, 14’ üncü ve 15’ inci maddelerde salahiyet (yetki) terimini kullanmış, 17’ inci madde de ise, hak terimini kullanmıştır. Eser sahibine eseri dolayısıyla kişiliğine bağlı sınırlı sayıda haklar olan manevi haklar, herkese karşı ileri sürülebilecek, uygulanabilecek mutlak ve inhisari yetkilerdir¹⁹⁴. Manevi haklar kavramı, eser ile onu yaratan eser sahibi arasındaki kişisel ilişkiyi belirtir ve maddi olmayan bir nitelikte bulunur¹⁹⁵.

FSEK 71.Madde de eser sahibinin manevi haklarından “umuma arz yetkisi (m.14), “eser sahibi olarak tanınma hakkı (m.15)”, “eserde değişiklik yapılmasını men etme hakkı (m.16) ve “elinde bulunduranın eseri bozmama veya yok etmeme yükümlüğüne” mütecaviz fiiller halinde oluşacak suçlar ve bu durumda uygulanacak yaptırımlar belirtilmiştir. 5846 sayılı kanunda 2004 yılında 5101 sayılı kanunla kapsamlı değişiklikler yapılmış ve nihayet 2008 tarih ve 5728 sayılı kanunla son şekli verilmiştir.

¹⁹⁴ TEKİNALP, s.151; GÜNEŞ, s.118

¹⁹⁵ CANER Yenidünya; **Manevi ve Mali Haklara Tecavüz Suçları**, İstanbul Barosu Yayınları (Fikri Haklarda Güncel Sorunlar, Uygulamadan Görüşler), Aralık 2007, s. 103

B. Manevi Haklara Tecavüz Suçunda Korunan Hukuki Değer

Bu suç tiplerinde failin 71. Madde de belirtilen hareketleri gerçekleştirmesi, eser sahibinin, eseri üzerindeki yetkilerini ve en temel haklarını ihlal etmekte ve ortadan kaldırmaktadır¹⁹⁶. Manevi hak ile korunan eser sahibinin o esere bağlı o esere özgülenmiş fikri kişiliğidir¹⁹⁷. Bu suçla korunmak istenen hukuki değer eser sahibinin manevi haklarının muhafazasıdır. Bu nedenle bu suçları kişilere karşı işlenen suçlar kapsamında değerlendirmek gerekir¹⁹⁸.

C. Manevi Haklara Tecavüz Suçlarında Fail

Kanun suçun faili konusunda herhangi bir vasıf belirtmemiştir. Fail madde metninde geçen suç tiplerini gerçekleştiren, hareketi gerçekleştiren kişidir.

FSEK m.71’de düzenlenen suçlar ise, herkes tarafından işlenebilen suçlardandır. Maddede belirtilen hareketleri yapmış olan herkes bu suçun faili olabilecektir. Failin bir yandan isnad yeteneği bir yandan kusur sorumluluğu uyarınca cezalandırılıp, cezalandırılmayacağı sorunu ise fail ile ceza ilişkisi kurulup kurulamayacağına ilişkin bir problemdir¹⁹⁹. Ceza hukukunda hareket yeteneği insana mahsus bir özellik olduğundan hayvanların, ölmüş kişilerin ya da tüzel kişilerin bu suçun faili olamayacağı açıktır²⁰⁰. 5728 sayılı Kanunla değişikliğe uğramadan önce FSEK’ in 74’üncü maddesi “Fail” başlığı altında birtakım kişileri saymış idi. Fakat ÖZDERYOL’ a göre madde bu suçun faillerini değil özel iştirak durumlarını düzenleyen özel bir hüküm mahiyetinde idi²⁰¹. Gerçektende YTCK’ nın iştirake ilişkin getirdiği düzenleme FSEK’ de yer alan suçların işlenmesi sırasında ortaya çıkabilecek sorunlar FSEK m. 74 vb. düzenlemeleri çözebilecek niteliktedir. FSEK md. 74/3’ün ilga edilmesinden önce, bu hükümde, tüzel kişilerin FSEK’in 71., 72., 73. ve 80. maddelerinde düzenlenen suçların işlenmesi halinde tüzel kişilerin para cezası olarak sorumluluğuna gidileceği düzenlemişti. Ancak YTCK sistemimizde tüzel kişilerin suç faili olamayacağı açıkça belirtilmiştir (TCK m.20). Tüzel

¹⁹⁶ YENİDÜNYA, EÜHFD, s. 241

¹⁹⁷ TEKİNALP, s. 293

¹⁹⁸ Engin ERDİL, **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 1453

¹⁹⁹ Sulhi DÖNMEZER - Sahir ERMAN, **Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C.II**, İstanbul 1997, s.401

²⁰⁰ Mehmet Emin ARTUK – Ahmet GÖKÇEN- A.Caner YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitapevi, Ankara 2009, s. 289

²⁰¹ ÖZDERYOL s. 123

kişiler hakkında ancak güvenlik tedbirleri uygulanabilir. Keza Kabahatler Kanunu 43/A maddesi uyarınca idari yaptırım sorumluluğu da bulunmaktadır²⁰². Bu nedenle 5728 sayılı kanunla yapılan bu değişiklik yerinde olmuştur.

D. Hak Sahibinin Eseri Kamuya Sunma Hakkına Tecavüz Suçu

1. Genel Olarak

Doktrinde YAZICIOĞLU tarafından bu suça ”*Kamuya Sunma Hakkına Tecavüz Suçu*” ismi verilmiştir²⁰³. FSEK 5728 sayılı kanunla değişikliğe uğramadan önce eski kanun m.71/b.1’e göre alenileşmiş olsun veya olmasın eser sahibi veya halefinin yazılı izni olmaksızın bir eseri kasten umuma arz etmek veya yayımlamak suçunu düzenlenmekteydi. Yeni yapılan düzenleme ile “bir eseri, hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletmek veya yayımlamak suçu” yaptırım altına alınmıştır. Eser sahibinin bu manevi hakkı FSEK md.14’de düzenlenmiştir. ERDİL’ e göre FSEK m. 14/1’ de düzenlenen umuma arz yetkisini yeni yapılan düzenleme ile korumak mümkün değildir²⁰⁴. GÜNEŞ’ e göre Kanunun 71/I-4’ üncü maddesinde yaptırıma bağlanan suçun hem Kanunun 14/1’ de düzenlene umuma arz yetkisine, hem de Kanunun 14/2. Maddesinde düzenlenen eserin muhteviyatı hakkında bilgi verme hakkının korunmasına yönelik bir düzenleme olduğunu belirtmektedir²⁰⁵. YAZICIOĞLU’ na göre ise Kanunun 71-1 maddesinde umuma arz yetkisine yönelik, 71/I-4’ üncü maddesinde ise eserin muhtevası hakkında bilgi verme hakkının korunmasına yönelik birbirinden bağımsız ve ayrı yaptırımlar düzenlenmiştir. Gerçektende Kanunumuzun 71/1-4’inci maddesi “hak sahibi kişilerin izni olmaksızın, alenileşmemiş bir eserin muhtevası hakkında kamuya açıklamada bulunan kişi, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır” ve 71/1-1’inci bendi “bir eseri, icrayı, hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma ileten, yayımlayan” diyerek gerek “umuma arz yetkisini” gerekse “eserin muhtevası hakkında bilgi verme hakkını” koruma altına almıştır. Bu nedenle kanaatimizce YAZICIOĞLU’ nun görüşü yerindedir.

²⁰² Hakan HAKERİ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s.118

²⁰³ YAZICIOĞLU s. 194

²⁰⁴ ERDİL, s.1339

²⁰⁵ GÜNEŞ, s. 148

2. Tipiklik

Bir eylemin suç sayılabilmesi için ceza kanunlarında açıkça suç olarak belirtilmiş olması gerekir. Bu durum, “*kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez*” hükmü ile YTCK m.2’de de belirtilmiştir. Tipiklik somut insan hareketinin normun çizdiği hareket modelinin bütün özelliklerini taşımasıdır²⁰⁶. KUNTER’ e göre de “tipiklik”; suç tipinin kanunda tayin edilmesi anlamında olup, kanuni tipte suçun her unsurun dahil bulunduğunu kabul etmektedir²⁰⁷.

Bir fiilin suç teşkil edebilmesi için öncelikle, dış alemde değişiklik meydana getiren hareketin kanundaki tipe uygun olması zorunludur²⁰⁸. Suçun tarifinin kanunda sarıh ve kesin bir biçimde yapılması gerekir. Aksi halde kıyas yoluyla suç ihdas etme tehlikesi baş gösterir²⁰⁹. İncelemekte olduğumuz suç tipi olan “*Hak Sahibinin Eserini Kamuya Sunma Suçu*” kanunumuzda “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 kişi hakkında bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur”. şeklinde açıkça düzenlenmiştir.

3. Maddi Unsur

Bir suçun mevcudiyetinin en önemli şartı fiilin varlığıdır²¹⁰. Bir suçtan söz edebilmek için mutlaka bir insan eyleminin olması gerekir. Suçun maddi unsurundan bahsedilince, ortada failin olumlu veya olumsuz bir davranışının bulunması (hareket), bu davranışın dış dünyada bir değişikliğe neden olması (netice) ve yapılan davranış ile dış dünyada oluşan değişiklik arasında bir nedensellik ilişkisi (nedensellik bağı) kurulabilmesi gerekir²¹¹. Hareket kendi içerisinde icrai ve ihmali olmak üzere ikiye ayrılır. Kanunun bir suçun gerçekleşmesi bakımından hareketle ilgili herhangi bir düzenleme getirmediği, suçun hangi hareketlerle işleneceğinin belirtilmediği durumlarda serbest hareketli

²⁰⁶ Veli Özer ÖZBEK, *TCK İzmir Şerhi Gerekçeli-İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2005, s.121

²⁰⁷ Nurullah KUNTER, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, İstanbul 1949, s.59.

²⁰⁸ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s.229

²⁰⁹ Nur CENTEL- Hamide ZAFER- Özlem ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınları*, İstanbul 2005, s.232

²¹⁰ ARTUK- GÖKÇEN- YENİDÜNYA, s. 236

²¹¹ Sulhi DÖNMEZER - Sahir ERMAN, *Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C.I*, İstanbul 1997,, s.370; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s.234.

suçlardan söz edilir²¹². Suçun oluşabilmesi açısından kanunda bir özelleştirme yapılmış, hareketin biçimi tipte belirtilmiş ise bu durumda bağlı hareketli suçun meydana geldiği kabul edilir²¹³. Ceza Kanunlarında bazen birden fazla hareket gösterilerek bunlardan herhangi birinin yapılması ile suçun oluşacağı öngörülür. Bu tip suçlara “seçimlik hareketli suçlar” adı verilmektedir²¹⁴. FSEK’ te düzenlenen suçların hemen, hemen tamamı serbest hareketli ve neticesi harekete bitişik tehlike suçlarından oluşmaktadır²¹⁵.

Eserin kamuya sunulması, eser sahibinin gizlilik alanından çıkarak fikir ve sanat dünyasına ve insanlığa mal olmakta ve böylece fikri hukuk tarafından korunur hale gelmektedir²¹⁶. 17.05.2006 tarihinde “Fikir ve Sanat Eserlerinin Kayıt ve Tescili Hakkında Yönetmelik”²¹⁷ yayımlanmış bulunmaktadır. Ancak buradaki tescil şartı kurucu ve yenilik doğuran bir nitelik taşımamaktadır²¹⁸. Genel anlamda, bir eserin umuma arzı, eserin sahibi tarafından veya onun onayı ile üçüncü kişilerce kontrol altında tutulamayacak şekilde, üçüncü kişilerin veya toplumun bilgisine sunulmasıdır. Bu noktada, bir eserin sahnede ya da ekranda okunması, yayımlanarak dağıtılması, internete konulması eserin umuma arzıdır²¹⁹. Bunun dışında telsiz, radyo v.b. araçlarla iletimi de umuma arzıdır.

“Umum” kavramının anlaşılması ihlalin gerçekleşmesinin anlaşılması bakımından önemlidir. Aile içi ve iş ilişkileri dolayısıyla birbirine bağlı olan ve görevi icabı eseri bilen kişilerin dışında çok sayıdaki kişi umum kavramını açıklamaktadır²²⁰.

Benzer bir şekilde dar bir şahıs çevresi dışındaki kişiler²²¹ aile bağı gibi yakın ilişki içinde bulunulmayan veya özel olarak sınırlandırılmamış kişiler doktrinde umum kavramı içinde telakki edilir²²². *Yayımlama* ise, umuma arz kavramına nazaran daha dar anlam taşır ve bir eserin çoğaltma ile elde edilen nüshalarının hak sahibinin rızasıyla ticaret mevkiine konulması anlamındadır (FSEK m.7/2). Bu noktada, her “yayımlama” aynı zamanda bir “umuma arz”dır, fakat her “umuma arz”, “yayımlama” değildir. Bir eser,

²¹² Timur DEMİRBAŞ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2007, s. 207

²¹³ ARTUK- GÖKÇEN- YENİDÜNYA, s.269

²¹⁴ CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT, s. 258, ARTUK- GÖKÇEN- YENİDÜNYA, s.258

²¹⁵ ERDİL, s.1440, ÖZDERYOL, s.96

²¹⁶ TEKİNALP, s.153

²¹⁷ RG.17.05.2006 s.26171

²¹⁸ GÜNEŞ, s.148

²¹⁹ TEKİNALP, s.153.

²²⁰ TEKİNALP, s.154

²²¹ Hamide TOPÇUOĞLU, **Fikri Haklar Ders Notları**, Ankara 1964, s.93

²²² ATEŞ, s. 188

pekala yayımlanmadan da umuma arz edilebilir. Yayın bazı eser türlerinde umuma arz yoluyla aleniyete kavuşturmanın özel bir şeklidir²²³. Herhangi bir ticari gaye, satım, kiralama gibi eylemlerin söz konusu olabilmesi için eserin çoğaltılmış olması gerekir. Örneğin bir yazar makalelerinden bir kısmını okuması veya bir dergide kullanması için başka birine vermiş olabilir. Ancak kişi kendisine verilen bu yetkiyle bu makaleleri derleyerek bir kitap oluşturma hakkına sahip değildir. Bu durumda kişinin mali haklarına tecavüz meydana gelecektir.

Hak sahibinin kamuya sunma hakkına tecavüz suçu maddi ve icrai hareketli bir suç şeklidir ve bağlı hareketli bir suç teşkil etmektedir.²²⁴ Suç seçimlik hareketli ve hak sahibinin eseri yazılı izin olmaksızın kamuya sunulduğunda hak sahibinin tespit edilebilir her hangi bir zararı olmasa da hak sahibinin eseri kamuya sunma hakkına tecavüz suçu oluşmaktadır. Bu nedenle suç somut bir tehlike suçudur²²⁵.

4. Manevi Unsur

Manevi unsurun kast ve taksir olmak üzere iki temel gerçekleşme şekli mevcuttur. Asıl manevi unsur biçimi kasttır. 765 s. TCK’ da kastın tanımına yer verilmemişti. 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanununun 21. maddesinde suçun oluşmasının kastın varlığına bağlı olduğu belirtilmiş ve kast; “*suçun kanuni tanımındaki unsurlarının bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesi*” şeklinde tarif edilmiştir. Böylece kastın unsurlarının bilme ve isteme olduğu belirtilmektedir²²⁶. 5728 sayılı kanunla FSEK’ te değişiklik yapılmadan evvel kanunun 71, 72, 73. maddelerinde açıkça suçun manevi unsuru olarak kast öngörülmüş iken yapılan değişiklikle “kast” unsurundan bahsedilmemiştir. ERDİL’ e göre bunun nedeni 5237 sayılı TCK m.22/1’ de “taksirle işlenen fiiller kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır” hükmü düzenlenmiş olduğundan Kanun koyucu gereksiz olduğu düşüncesiyle FSEK’ teki ilgili maddelerde yer vermemiştir²²⁷. Bu izahtan da anlaşılacağı üzere FSEK’ te düzenlenen suçların manevi unsuru kasttır. Bu suçların taksirle

²²³ EREL, s. 105

²²⁴ ARTUK- GÖKÇEN, YENİDÜNYA, s.404

²²⁵ ERDİL, s. 1426

²²⁶ DÖNMEZER - ERMAN, C.II, s.216; CENTEL - ZAFER - ÇAKMUT, s.390; ARTUK - GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s.320; Uğur ALACAKAPTAN, *Suçun Unsurları*, Ankara 1970, s.140;

²²⁷ ERDİL, s. 1403

işlenebilmeleri olanaklı değildir. Yasada açıkça taksirle işlenebileceği yazılmayan bir suç ancak kasten işlenebilir²²⁸. Fail hak sahibinin eseri kamuya sunma hakkına tecavüz ettiğini bilme ve isteme kastına sahip olmalıdır. Failin kasten hareket etmiş sayılabilmesi için kanunda düzenlenen maddi unsurları öngörmüş, bilmiş olması gerekir²²⁹. “*Bilme*” nin kapsamına, failin yaptığı hareketi ve bu hareketin neticesi ve suçun kurucu unsurları ve ağırlatıcı sebeplerin dahil olduğu ifade edilmiştir²³⁰. FSEK’ te düzenlenen diğer suçlarda olduğu gibi, eser sahibinin manevi haklarına tecavüz suçları da ancak kasten işlenebilen suçlardandır. Fail hak sahibinin eseri kamuya sunma hakkına tecavüz ettiğini bilecek ve isteyecektir.

Madde metninde “ hak sahibinin yazılı izni olmadan eserin umuma iletilmesi veya yayımlanması” müeyyide altına alındığından bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir²³¹.

5. Hukuka Aykırılık

“Hukuka aykırılık”, işlenen ve kanundaki tarife uygun bulunan fiile, hukuk düzenince cevaz verilmemesi, bu fiilin mübah sayılmaması, yalnız ceza hukuku ile değil, bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması demektir²³². Hukuka aykırılık ile kusurluluk farklı kavramlardır. Hukuka aykırılık haksızlık kavramıyla da eş anlamlı değildir. Hukuka aykırılık eylemin hukuk düzeniyle çatıştığını ifade eder. Oysa haksızlık tipe uygun ve hukuka aykırı eylemin bizatihi kendisini ifade eder²³³.

Fiilin hukuka aykırılığını değerlendirirken onun hem tipe uygun olup olmadığı, hem de hukuka aykırı bir nedenin bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır²³⁴. Ceza Kanunun suç saydığı bir fiilin işlenmesine diğer bir kural izin veriyorsa onun hukuka aykırı olmasını engelleyen kurala “hukuka uygunluk” sebebi denir²³⁵. Eylemi hukuka uygun hale getiren bir neden varsa suç oluşmaz ve dolayısıyla hukuken cezalandırmayı gerektiren bir suçta mevcut değildir. Ceza yasalarında yazılı olanların dışında, hatta örf ve adet hukukundan

²²⁸ ARTUK-GÖKÇEN YENİDÜNYA, s. 360, DEMİRBAŞ, s. 348, HAKERİ, s. 198

²²⁹ ARTUK- GÖKÇEN- YENİDÜNYA, s. 320,

²³⁰ DÖNMEZER - ERMAN, C.II, s.216; CENTEL - ZAFER - ÇAKMUT, s.390; ARTUK - GÖKÇEN- YENİDÜNYA, s.592 vd.

²³¹ YAZICIOĞLU, s.210

²³² DÖNMEZER- ERMAN, s.1-2; KUNTER, s.112, ALACAKAPTAN, s.81.

²³³ Mahmut KOCA, *YTCK’ da Hukuka Uygunluk Sebepleri*, Ceza Hukuku Dergisi Y:1, S: 1, Ekim 2006

²³⁴ TİMURBAŞ, s. 240

²³⁵ ARTUK-GÖKÇEN YENİDÜNYA, s. 396

kaynaklanan bir hukuka uygunluk nedeni doğabilir²³⁶. Hak sahibinin eseri kamuya sunma hakkına tecavüz suçunda hukuka aykırılık unsuru yasada açıkça belirttiği üzere hak sahibinin yazılı iznidir. Doktrinde bazı yazarlar tarafından TCK m. 26'ncı maddesindeki hukuka uygunluk sebebini oluşturan mağdurun rızası müessesesi gereğince verilen iznin yazılı olmasa bile eser üzerinde hak sahibi olan kişinin verdiği rıza çerçevesinde gerçekleştirilen eylem hukuka aykırı sayılmayacağı belirtilmiştir^{237 238}. Kanaatimizce de yazılı izin bir ön şart mahiyetindedir. Kanunun ilgili maddesinde yazılı izin şartı sarıh bir biçimde düzenlenmekte olup, ispat hukuku açısından da tereddüte mahal bırakmayacak şekilde önem taşımaktadır. Ancak verilecek olan yazılı iznin suçun işlenmesinden önce verilmesi gerekir²³⁹. Suçun işlenilmesinden sonra verilecek yazılı izin eylemi hukuka uygun hale getirmez. Fakat FSEK' te düzenlenen bu suçların takibi şikayete bağlı olduğundan failin işlediği suçtan dolayı hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılması mümkün olmayacaktır.

6. Yaptırım

5728 sayılı kanun değişikliğinden evvel FSEK m.71'de düzenlenen ve eser sahibinin manevi haklarını ihlal eden kişiler hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis veya elli milyar liradan yüz elli milyar liraya kadar adli²⁴⁰ para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden hükmolunacağı ifade edilmiş idi. Yeni yapılan düzenlemede “ Eseri kamuya sunma hakkına” tecavüz suçunun yaptırımı “bir yıldan beş yıla kadar hapis ve ya adli para cezasıdır ” (FSEK 71/1-1). Eski düzenlemede zararın ağırlığı göz önüne alınarak hem para cezasına hem de hapis cezasına hükmedilebileceği yer almakta idi. Yeni düzenleme ile bu sistemden vazgeçilerek suçun cezası bakımından indirimle gidilmiştir²⁴¹. Bu durumun suçlarla etkin mücadeleyi azaltacağı savunularak eleştirilmesi mümkündür.

²³⁶ KOCA, s. 127

²³⁷ ÖZDERYOL, s. 101

²³⁸ aksi görüş, YAZICIOĞLU, s. 211

²³⁹ ERDİL, s.1442

²⁴⁰ Her ne kadar madde metninde “ağır para cezası” ibaresi yer almakta ise de, 5349 sayılı Kanunla değişik 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 5/f.1 maddesinde “kanunlarda öngörülen “ağır para” cezaları, “adli para” cezasına dönüştürülmüştür” hükmü gereğince FSEK m.71/son'da yer alan “ağır para cezası” ibaresi yerine “adli para cezası” ibaresi kullanılmıştır. Bundan sonraki açıklamalarda da “adli para cezası” ibaresi kullanılacaktır.

²⁴¹ ERDİL, s. 1442

E. Alenileşmemiş Eserin Muhtevası Hakkında Kamuya İzinsiz Açıklamada Bulunma Suçu

1. Genel Olarak

FSEK’ in 14/2’inci maddesi “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” şeklinde düzenlenmiştir. Bazı yazarlar bu suç tipinin eseri kamuya sunma hakkına tecavüz suçu içinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir²⁴² . YAZICIOĞLU’ na göre ise “alenileşmemiş eserin içeriğini ifşa” fiilleri ilk defa 5728 sayılı kanunla değişik 5846 sayılı FSEK’ in 71/I-4 bendi ile yaptırım altına alınmıştır²⁴³ .

2. Tipiklik

Yukarıda da belirttiğimiz gibi FSEK’ in 14/2’inci maddesi “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” şeklinde düzenlenmiştir. İşte bu hükme aykırı tecavüz fiilleri 5728 sayılı kanunla değişik 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 71/1 -4 bendinde “ Hak sahibi kişilerin izni olmaksızın, alenileşmemiş bir eserin muhtevası hakkında kamuya açıklamada bulunan kişi, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” düzenlemesiyle yaptırım altına almıştır. 5728 sayılı kanunla değişikliğe uğramadan evvelki düzenlemede eserin alenileşmiş olup olmamasının önemi yok iken, yeni düzenleme sadece alenileşmemiş eserler için geçerlidir.

3. Maddi Unsur

Suçun maddi unsuru alenileşmemiş bir eserin muhtevası hakkında kamuya açıklamada bulunmaktır. Öncelikle muhteva ve aleniyet kavramlarından bahsetmemiz gerekir.

Muhteva kelimesinin manası bir şeyin içeriği anlamına gelmektedir²⁴⁴ . Aleniyet ise bir fikir ve sanat eserinin yaratıcının kişisel gizlilik çevresinden çıkması ifade eder²⁴⁵ . Yine

²⁴² ÖZDERYOL, s. 97

²⁴³ YAZICIOĞLU, s.220

²⁴⁴ Ejder YILMAZ, **Hukuk Sözlüğü**, Ankara 1996, s. 566, <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=muhteva&ayn=tam>

²⁴⁵ EREL, s. 104

aleniyet eylemin belirli olmayan birçok kişi tarafından algılanabilir mahiyette bulunmasıdır^{246 247}. Dolayısıyla ihlal fiilinin kamuya açık veya kamuya kapalı alanda gerçekleştirilmiş olması önem taşımaz²⁴⁸. Umuma arz edilmemiş bir eser hakkında bilgi vermek münhasıran eser sahibine aittir. Bu yetki açısından eser, bütünü veya esaslı bir bölümü alenileşmemiş veya ana hatlarıyla kamuya tanıtılmamış demektir²⁴⁹. Örneğin iktibas, ancak alenileşmiş eserlerden yapılabilir. Henüz alenileşmemiş bir eserden yapılan iktibas, eser sahibinin eseri umuma arz hakkını ihlâl niteliğindedir. Eserin içeriği hakkında bilgi vermenin kapsamı kamuya arz yetkisinden daha dar kapsamlıdır, örneğin henüz yayımlanmamış bir müzik eserinin icrası bilgi verme kapsamındadır²⁵⁰. Yine aynı şekilde çekimleri tamamlanıp gösterime girmemiş bir filmin içeriği hakkında bilgi vermek veya bazı kısımlarının gösterime sokulması da bu kapsamdadır ve bunu ihlal edenler bakımından anılan eylemler suç teşkil edecektir. Eş, dost gibi yakın çevreye açıklamada bulunulması eserin içeriği hakkında kamuya bilgi verilmesi anlamı taşımaz.²⁵¹ Bu durumda anılan suç meydana gelmeyecektir. Maddi unsurun hareket ile ilgili kısmının şekli konusunda sarahat olmadığından ve serbest hareketli bir suç çeşidi teşkil etmektedir. Netice bakımından ise bu suç, bir tehlike suçu olduğundan suçun meydana gelmesi için zararın meydana gelmez²⁵².

4. Manevi Unsur

Bu suç tipi taksirle işlenmeye müsait suçlardan biri değildir, bu suçlar kasten işlenebilen suçlardır. Daha öncede hak sahibinin eseri kamuya sunma hakkına tecavüz suçunun manevi unsur kısmında da belirttiğimiz gibi 5728 sayılı Kanun değişikliği ile kanunda hiçbir suç tanımında gereksiz olduğu düşüncesiyle²⁵³ kast kavramına yer verilmemiştir. Madde de belirli bir saikle hareket edilmesi aranmadığından buradaki kast genel kasttır. Fail eser hakkında bilgi vermeyi bilecek ve isteyecektir. Bu suçların olası kastla işlenmesi mümkün değildir.

²⁴⁶ Mehmet Emin ARTUK – Ahmet GÖKÇEN- A.Caner YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Turhan Kitapevi, Ankara 2006, s. 455

²⁴⁷ Sahir ERMAN, **Hakaret ve Sövme Suçları**, İstanbul 1989, s.207

²⁴⁸ Nevzat TOROSLU, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Ankara 2009, s.250 v.d.

²⁴⁹ TEKİNALP, s. 157

²⁵⁰ EREL, s. 140

²⁵¹ ARSLANLI, s. .81, - ATEŞ, s.138

²⁵² ERDİL, s. 1441

²⁵³ ERDİL, s. 1437

5. Hukuka Aykırılık

Eser sahibine eseri bizzat meydana getirmiş olmasından dolayı, kişiliğine bağlı olarak tanınmış bulunan manevi haklara mütecaviz fiillere karşı, eser sahibinin rıza gösterebilmesi imkanı FSEK md. 71’ de açıkça tanınmış bulunmaktadır. Eser sahibinin manevi hakkına zarar veren eserin muhtevası hakkında kamuya izinsiz açıklamada bulunma eylemi için “yazılı izin” verilmiş olması bir hukuka uygunluk nedeni oluşturur ve bu fiilin hukuka aykırı niteliğini ortadan kaldırır. Ancak yazılı iznin suçun işlenmesinden önce verilmesi gerekir. Suç işlendikten sonra verilen icazet suçun oluşumuna engel olmaz.

6. Yaptırım

Hak sahibi kişilerin izni olmaksızın, alenileşmemiş bir eserin muhtevası hakkında kamuya açıklamada bulunan kişi, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır. 5728 sayılı kanun değişikliğinden önce FSEK m. 71/1’ de iki yıldan dört yıla kadar hapis veya elli milyar liradan yüz elli milyar liraya kadar adli²⁵⁴ para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden hükmolunacağı ifade edilmiştir. Böylece yasa koyucu terditli yaptırım sistemine yer vererek, suçun ağırlığına göre cezayı belirleme konusunda hakime geniş bir takdir yetkisi tanımıştır²⁵⁵

F. Başkasına Ait Esere, Kendi Eseri Olarak Ad Koyma Suçu

1. Genel Olarak

5728 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önce 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunun 71’inci maddesinin 3. ve 4. bentlerinde “*Başkasının Eserini Kendi Eseri Veya Kendisinin Eserini Başkasının Eseri Olarak Göstermek Suçu*” ve “*FSEK m. 32, 33, 34, 35, 36, 37, 39 ve 40’da Belirtilen Hallerde Kaynak Göstermemek veya Yetersiz ya da Aldatıcı Kaynak Göstermek Suçu*” düzenlenmekte idi.

Gerek değişiklik yapılmadan önce, gerekse yeni düzenlenen kanunumuzda açıkça intihal kavramından bahsedilmemişse de her iki kanunun değişiklik gerekçelerinde de

²⁵⁴Her ne kadar madde metninde “ağır para cezası” ibaresi yer almakta ise de, 5349 sayılı Kanun ile değişik 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 5. maddesinde “kanunlarda öngörülen "ağır para" cezaları, "adli para" cezasına dönüştürülmüştür” hükmü gereğince FSEK m.71/son’da yer alan “ağır para cezası” ibaresi yerine “adli para cezası” ibaresi kullanılmıştır. Bundan sonraki açıklamalarda da “adli para cezası” ibaresi kullanılacaktır.

²⁵⁵ YENİDÜNYA, EÜHFD, s. 257

intihalden bahsedilmiştir^{256 257}. FSEK’ un 15. maddesinde yer alan “Eseri, sahibinin adı veya müstear adı ile yahut adsız olarak, umuma arz etme veya yayımlama hususunda karar vermek salahiyeti” bu yaptırım ile korunmak istenmiştir.

Medeni Hukuk da, kişinin adı kişilik hakkı kapsamında değerlendirilmiştir. Ad, kişinin diğer kişilerden ayırt edilmesin sağlar. Ad, bu görevin yanında toplumda düzeni ve karışıklığı giderme görevine de üstlenmiştir. Medeni Kanun kişinin adı üzerindeki hakkı kişilik hakkını koruyan genel hükümlerin yanında özel olarak korumuştur. FSEK (m.15)’ de ki düzenlemede MK (m.26) ile aynı doğrultuda olmuştur²⁵⁸. Eser ile sahibi arasındaki bağ adının belirtilmesi suretiyle kurulur. Bu kişinin manevi haklarından biridir. Fakat eser sahibi kendi ismini kullanmak zorunda değildir, dilerse müstear ad, rumuz, vb. kullanabilir. Eser sahibinin adının belirtilmemiş olması başkalarına eser üzerinde istedikleri gibi tasarruf edebilme imkanı vermez²⁵⁹. YAZICIOĞLU’ na göre Kanunun 16. maddesinde düzenlenen “ eser sahibinin izni olmadıkça, eser sahibinin adında kısaltmalar, ekleme ve başka değiştirmeler yapılamaz” hükmü ile getirilen sınırlandırılmalar da korunmaktadır²⁶⁰.

2. Tipiklik

Suçun tipiklik unsuru FSEK md. 71/2’ ye göre “başkasına ait esere kendi eseri olarak koymaktır.

3. Maddi Unsur

Suçun maddi unsuru fail başkası tarafından meydana getirilen eseri sanki kendi eseriymiş gibi göstermektedir. Fail bunu başkasının eserine rumuz, sıfat ve benzeri sair yollarla da gerçekleştirebilir²⁶¹. Musiki eserlerinde uygun vasıtalarla dinleyicilere duyurulur ve kaset, plak, CD gibi araçların üzerine konulur. Sinema eserlerinde eserin jeneriğinde yer alır²⁶². Bilgisayar programlarında program bilgisayar ekranında

²⁵⁶ ERDİL, s. 1393

²⁵⁷ Bkz. http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanun_tasarisi_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=42842,05

06.2010

²⁵⁸ Ömer ÇINAR, **Fikri Hukuk Açısından Eser Sahibinin Hakları ve Korunması**, İstanbul 2002, s. 46.

²⁵⁹ TEKİNALP S.157

²⁶⁰ YAZICIOĞLU, s. 238

²⁶¹ YAZICIOĞLU, s. 246

²⁶² EREL, s.119. GÖKYAYLA, s.150-151.

görüntülendiğinde eser sahibinin adı belirtilmektedir²⁶³. Eser sahibinin adı belirtilmediği durumlarda zikredilen suç vuku bulur.

Yine bir ilim ve edebiyat eserinde yazarın ismi eserin üzerinde bulunmuyorsa, sinema eserlerinde eser sahibinin adı filmin jeneriğinde gösterilmemiş veya belirtilmemişse²⁶⁴ kanun maddesinde belirtilen suç oluşur. Yukarıda da belirttiğimiz gibi bu suçlar kanunda açıkça belirtilmese de intihal kavramıyla da ilişkilidir. İntihal” bir başkasına ait telifi, güzel sanatların bir eseri, kendine nispet etmek, bir kitabın ibarelerini, musiki bestesinin namerlerini takdim ve tehir ile veya baştan, başa hissölünür” anlamına gelmektedir²⁶⁵. Yine TEKİNALP’ e göre sahibinin adına atıfta bulunmayan, eseri kısmen ya da tamamen, doğrudan veya dolaylı yansıtan her alıntı intihaldir²⁶⁶.” Bu açıklamalar ışığında bir eserde alıntı yapılması veya farklı şekilde ondan yararlanılması değil eserin bütünü veya bir kısmının kendisininmiş gibi gösterilmesi halinde intihalden söz edilecektir. Eserin bazı bölümlerinin, pasajların veya ibarelerin eser sahibinin adı belirtilmeden alınması da intihal kapsamına girecektir²⁶⁷. Kanunda zikredilen suçun dağıtmak ve yayımlamak suretiyle işlenmesi hapis cezasının üst sınırının 5 yıl olup, para cezasına hükmölünamayacağı düzenlenerek bu iki fiil ağırlaştırıcı nitelikli unsur olarak düzenlenmiştir. Hükümde kastedilen dağıtmak satmak anlamında değildir. Dağıtmak ile satış arasındaki fark dağıtmanın parasız gerçekleştirilmesidir²⁶⁸. Birden fazla nüshanın gayrı muayyen sayıda kişilere ulaştırılması halinde dağıtmadan söz edilir²⁶⁹. Eserin aslından çoğaltma yolu ile nüshaların elde edilip herhangi bir şekilde ticari amaçla konulması ise yayım sayılır²⁷⁰. Basın Kanunda tarif edilen yayım kavramında ise eserin herhangi bir şekilde kamuya arz edilmesi “yayım” sayılır²⁷¹ Kanunda hareket kısmının şekli konusunda tarif belirtmediğinden, netice herhangi bir şekilde gerçekleştirilebilir²⁷². Bu nedenle suç serbest hareketli bir suçtur. Suçun nitelikli unsurlarında dağıtma ve yayım fiillerinden söz edilmiş olup, bu bakımdan bağıli hareketli bir suç tipi teşkil etmektedir²⁷³.

²⁶³ EROĞLU, s.79.

²⁶⁴ ERDİL, s. 1444

²⁶⁵ TEKİNALP, s. 147

²⁶⁶ TEKİNALP, s.148.

²⁶⁷ ÖZDERYOL, s. 109

²⁶⁸ Sahir ERMAN- Çetin ÖZEK, *Açıklamalı Basın Kanunu Ve İlgili Mevzuat*, İstanbul, 2000, s.32.

²⁶⁹ YAZICIOĞLU, s. 249

²⁷⁰ EREL, s. 106

²⁷¹ EROL ÇETİN, *Basın Hukuku Açıklamalı- İctihatlı*, Ankara 2007, s. 37

²⁷² ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s. 269

²⁷³ YAZICIOĞLU, s. 246

FSEK’ te düzenlenen diğ er manevi haklara tecavüz suçlarında olduğu gibi bu suç bir tehlike suçudur, netice bakımından zararın meydana gelmiş olması aranmamaktadır.

4. Manevi Unsur

Bu suçun manevi unsuru kasttır, taksirle işlenemez. FSEK’ teki kurucu unsurların bilerek ve isteyerek ihlal edilmesi gerekir²⁷⁴. Fail bunu bilecek ve isteyecektir. , failde bulunacak hukuka aykırılık bilincinin bu şekilde açıkça belirtildiğı, failin söz konusu hareketi yapmaktan kaçınmadığı²⁷⁵ suçlar ancak doğrudan kastla işlenebilir. Bu suçların olası kastla işlenmeleri mümkün değildir.

5. Hukuka Aykırılık Unsuru

Manevi haklara tecavüz suçlarının hepsinde olduğu gibi hukuka uygunluk sebebi hak sahibinin iznidir. Hak sahibinin suç ilenmeden evvel vereceğı izin fiili hukuka uygun hale getirecektir. Bununla birlikte Fikir ve Sanat Eserleri Kanunun bazı maddeleri eser sahibinin isminin belirtilmesi hakkını sınırlamıştır. FSEK m.32’de “*söz ve nutuklarla ilgili olarak hal ve vaziyetin icabı gerektirmediğı ölçüde nutuk sahiplerinin adı zikredilmeyebilir*” hükmü gereğı her somut olayda, olaya göre ayrı ayrı değerlendirilecek “*hal ve vaziyetin icabı*” şartlarına göre eser sahibinin adı zikredilemeyebilecektir. Bu durum bir hukuka uygunluk sebebidir. Ayrıca FSEK m.40 hükmünde, umumi mahallerde teşhir edilen veya açık artırma yoluyla satılan güzel sanat eserlerinin bu açık artırmayı tertip eden kişi tarafından çıkarılacak katalog veya kılavuzlarla çoğaltılabileceğı, bu durumlarda aksine yerleşmiş adet yoksa eser sahibinin adının zikredilmesinden vazgeçilebileceğı belirtilmiştir. Bu durumda, aksine yerleşmiş adet bulunmamak kaydıyla eser sahibinin adının zikredilmemesi suç oluşturmayacaktır²⁷⁶.

6. Yaptırım

Başkasına ait esere, kendi eseri olarak ad koyan kişi altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılır. Bu suçun dağıtmak ve yayımlamak fiilleriyle

²⁷⁴ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s.315

²⁷⁵ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s.326

²⁷⁶ ÖZDERYOL, s. 110

gerçekleştirilmesi durumunda hapsi cezasının üst 5 yıla çıkmakta bununla birlikte, artık para cezasına da hükmolunamamaktadır. Görüldüğü gibi dağıtma ve yayımlamak fiillerini suçun ağırlaştırıcı unsurları olarak düzenlenmiştir.

G. Bir Eserden Kaynak Göstermeksizin İktibasta Bulunma Suçu

I. Genel Olarak

5728 sayılı kanunla değişikliğe uğramadan evvel Kanunun 71'inci maddesinin 4'üncü fıkrası “ 32, 33,34, 35, 36, 37, 39 ve 40'ıncı maddelerdeki hallerde kaynak göstermeyen veya yanlış yahut kifayetsiz veya aldatıcı kaynak gösteren” şeklinde düzenlenmiş idi. Görüldüğü gibi eski 71. maddenin 4. fıkrası şimdi yürürlükte olan kanunumuzun 71/3' te düzenlenen kaynak göstermesizin iktibasta bulunma suçunu hem de 71/5' te düzenlenen aldatıcı kaynak gösterme suçunu birlikte yaptırıma bağlamıştı.

Kanun koyucu ihdas edilen bu suç tipi ile öncelikle eser sahibinin tanınması olan en temel manevi hakkını korumak istemiştir. Kaynak göstermemek fikrin alındığı kaynağı hiç zikretmemek, tamamen görmezlikten gelmektir²⁷⁷. Daha önce de belirttiğimiz gibi düzenlenen bu suç tipide intihalin bir başka görünümüdür. Birçok kitaptan bölümler iktibas etmek suretiyle ortaya çıkan bir eser için, bunu bir araya getiren kimse açısından kendine ait müstakil bir fikir eklediği için iktibas serbestisinden söz edilemez²⁷⁸. İktibas yasada belirtilen çerçevede yapılırken faydalanılan kaynak açıkça gösterilmelidir, aksi takdirde intihalden söz edilir²⁷⁹.

2. Tipiklik

5846 sayılı FSEK 71/1-3 maddesindeki suç ile FSEK 32.maddede belirtilen nutuklar, 33. madde de belirtilen temsil serbestisi, 34. maddede belirtilen eğitim ve öğretim için seçme ve toplama eserler,36. maddede belirtilen gazete münderecatı, 37. maddede belirtilen haber,40. maddede belirtilen kopya ve teşhir, 35. maddede belirtilen iktibas serbestisi için tanınmış haklar dışında kalan ihlalleri hüküm altına almaktadır. Bu hükümlere aykırı olarak kaynak göstermeksizin iktibasta bulunmak kanun koyucu tarafından cezalandırılmaktadır. Eski 71/4 düzenlemesinde hangi hallerde bu suçun

s.6 ²⁷⁷ Zeki HAFIZOĞULLARI, “Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi”, AÜHFD, C.48, Ankara 1999,

²⁷⁸ HIRSCH, s. 170

²⁷⁹ SULUK- ORHAN, s. 540

oluşacağı ceza kanunlarında pek karşılaşılmayan bir usulle, madde numaraları tek, tek gösterilerek sayılmış idi.

3. Maddi Unsur

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu md. 35' e göre kaynak gösterme mecburiyeti eser sahibinin adı ile birlikte alıntı yapılan parçanın eserin hangi yerinden alındığının belirtilmesini de kapsar. Bu suçu “başkasına ait esere kendi eseri olarak ad koyma” suçundan ayıran en belirgin özellik eserin tamamına değil belirli parçalarına veya kısımlarına sahiplenilmesidir²⁸⁰. İktibas alenileşmiş bir eserden bazı cümlelerin, paragrafların hatta ezgilerin veya bir güzel sanat eserinin resimlerinin aynen, kaynak gösterilerek, başka bir esere konulmasıdır.²⁸¹ İktibasın iki kurucu unsuru vardır. Birinci aynen aktarma, ikincisi ise küçük bir kısmının aktarılmasıdır²⁸². Yapılacak olan iktibas eserin müstakillliğini ve hususiyetini ortadan kaldırmayacak ve asıl esere olan ihtiyacı giderecek ölçüye varmamalıdır²⁸³. Fikir v Sanat Eserleri Kanunun FSEK m.32 ²⁸⁴, 33, 34²⁸⁵, 35 ²⁸⁶, 36 ²⁸⁷, 37 ²⁸⁸ ve 40 ²⁸⁹ maddelerinde öngörülen hallerin haricinde kaynak

²⁸⁰ YAZICIOĞLU, s. 260

²⁸¹ GÜNEŞ, s. 146

²⁸² TEKİNALP, s.191

²⁸³ AYİTER s.132

²⁸⁴ **Madde 32** - 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.

Bu söz ve nutukları birinci fıkrada zikredilenden başka bir maksatla çoğaltmak veya diğer bir suretle yaymak eser sahibine aittir.

²⁸⁵ **Madde 34** - (Değişik fıkra: 07/06/1995 - 4110/13 md.) 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 serbesttir. 2 nci maddenin üçüncü bendinde ve 4 üncü maddenin birinci fıkrasının birinci ve beşinci bentlerinde gösterilen neviden eserler, ancak seçme ve toplama eserin münderecatını aydınlatmak üzere iktibas edilebilir. Ancak bu serbestlik, hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar verir veya eserden normal yararlanma ile çelişir şekilde kullanılamaz.

Münhasıran okullara mahsus olarak hazırlanan ve Milli Eğitim Bakanlığı tarafından onanan (okul-radyo) yayımları için de birinci fıkra hükümleri uygulanır.

(Ek fıkra: 03/03/2001 - 4630/18. md.) Yayımlanmış musiki, ilim ve edebiyat eserlerinden ve alenileşmiş güzel sanat eserlerinden, iktibaslar yapılmak suretiyle eğitim ve öğretim gayesi dışında seçme ve toplama eserler vücuda getirilmesi ancak eser sahibinin izniyle mümkündür.

Bütün bu hallerde eser ve eser sahibinin adı mutad şekilde zikredilmek icap eder.

göstermeksizin iktibasta bulunulması suç teşkil edecektir. Bu durumlardan bir kaçına örnek verecek olursak 32. madde de düzenlenen TBMM, mahkeme nutukları, diğer resmi meclis ve kongre tutanakları sınırlamaya tabidir. Bundan dolayı resmi olmayan kongrelerde, bir vakfın toplantısında yapılan konuşmalar başkaları tarafından kullanılamayacaktır²⁹⁰. FSEK md. 35 uyarınca ilim ve edebiyat eserlerinde yapılan alıntılarda, iktibasın şekil şartlarına uyulmalı, aynen alınmış kısımların tırnak içinde gösterilmesi, mealen iktibasların belli

²⁸⁶ **Madde 35** - Bir eserden aşağıdaki hallerde iktibas yapılması caizdir:

1. Alenileşmiş bir eserin bazı cümle ve fıkralarının müstakil bir ilim ve edebiyat eserine alınması;
- 2 - Yayımlanmış bir bestenin en çok tema, motif, pasaj ve fikir nevinden parçalarının müstakil bir musiki eserine alınması;
3. Alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ve yayımlanmış diğer eserlerin, maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde ve münderecatını aydınlatmak maksadıyla bir ilim eserine konulması;
4. Alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ilmi konferans veya derslerde, konuyu aydınlatmak için projeksiyon ve buna benzer vasıtalarla gösterilmesi.

İktibasın belli olacak şekilde yapılması lazımdır. İlim eserlerinde, iktibas hususunda kullanılan eserin ve eser sahibinin adından başka bu kısmın alındığı yer belirtilir.

²⁸⁷ **Madde 36** - Basın Kanununun 15 inci maddesi 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. İktibas hakkı mahfuz tutulsa bile sözü geçen makale ve fıkraların kısaltılarak basın özetleri şeklinde alınması, radyo vasıtasıyla veya diğer bir suretle yayılması caizdir.

Bütün bu hallerde, iktibas edilen gazete, dergi ve ajansın ve eğer bunlar da başka bir kaynaktan alınmışlarsa o kaynağın adı, tarih ve sayısından başka makale sahiplerinin adı, müstear adı veya alameti zikredilmek icab eder.

²⁸⁸ **Madde 37** - ([Değişik madde: 03/03/2001 - 4630/19. md.](#))

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 vasıtalarla alınması mümkündür. Bu şekilde alınmış parçaların çoğaltılması, yayılması, temsil edilmesi veya radyo ve televizyon gibi araçlarla yayınlanması serbesttir. Bu serbestlik, hak sahibinin hukuki menfaatlerine zarar verecek şekilde veya eserden normal yararlanmaya aykırı biçimde kullanılamaz.

²⁸⁹ Madde 40 - 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. Üzerlerine, sahibi tarafından sarahaten men edici bir kayıt konulmuş olmadıkça güzel sanat eserleri, malikleri veya bunların muvafakatiyle başkaları tarafından umumi mahallerde teşhir edilebilir. 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.

²⁹⁰ ERDİL, s. 781

edilmesi gerekir²⁹¹. Kaynak göstermeden iktibas yapılması halleri özellikle akademik camia içinde çok sık rastlanılan bir durum haline gelmektedir. Gerçekten de bilimsel etik ve dürüstlük kuralları çerçevesinde alıntı yapma şartlarına riayet edilmesi gerekmektedir. Örneği yapan üniversitede görevli bir araştırma görevlisinin yazmış olduğu makalede, yazdığı bir makalede kaynak göstermeksizin başka bir eserden alıntı yapmış olması yukarıda zikredilen suç oluşturacaktır²⁹².

Günümüzde gelişen teknolojiyle birlikte internet kullanımı da oldukça yaygınlaşmış ve bilgiye ulaşma yolunda artık en büyük kaynaklardan biri haline gelmiştir. Bilimsel eserlerde veya toplumun haber alma hakkını sağlamak için yapılan yayınlarda iktibas hakkının düzenlendiği yukarıda zikredilen FSEK maddelerine göre bir web sitesinden veya bilgisayar yazılımından alıntı yapıp bunun kaynağının gösterilmemesi suç teşkil edecektir.

İhlali belirten hareket yapılır yapılmaz suçun meydana geleceği bu suç tipi neticesi harekete bitişik suç niteliğindedir. Bu itibarla suç hareketin yapıldığı yer ve zamanda işlenmiştir²⁹³. Ayrıca netice herhangi bir şekilde gerçekleşebileceğinden²⁹⁴ serbest hareketli suçtan söz etmek mümkündür.

4. Manevi Unsur

Fikir Ve Sanat Eserleri Kanununda düzenlenen diğer manevi hakları ihlal suçlarında olduğu gibi eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunma suçunun da manevi unsuru kasttır. Bu suç tipi taksirle işlenmeye müsait değildir. Bunun yanı sıra, failde bulunacak

²⁹¹ EREL, s. 256

²⁹² “Yükseköğretim Denetleme Kuruluna sunulan bilirkişi raporunda; şüphelilerin, daha önce şikayetçiler tarafından elde edilen sonuçları **atıf göstermeksizin kopyaladıkları, orijinal** diye ifade edilen sonuçların hemen hemen hepsinin ispatları ile birlikte başka eserlerde yer aldığı ve bilimsel etik normların dışına çıktıkları görüşüne yer verildiği, Yükseköğretim Denetleme Kurulunca ve Selçuk Üniversitesi Rektörlüğünce oluşturulan Kurulca tespit edilen bilirkişilerce hazırlanan raporlar birlikte değerlendirildiğinde, şüphelilerin yayınladıkları **üç makalede şikayetçilerin eserlerinden kaynak göstermeden alıntı yaptıkları konusunda yeterli şüphe bulunduğu**, bu nedenle delillerin takdirinin adli yargı yerlerine ait olmak üzere, üstlerine atılı suçu işlediklerini doğrulayacak ve haklarında kamu davasının açılmasını gerektirecek yeterli kanıtın dosyada mevcut olduğu anlaşıldığından, Selçuk Üniversitesi Rektörlüğünce oluşturulan Kurulun 21.11.2007 günlü, sayısız lüzum-u muhakeme kararının onanmasına, eylemlerine uyan 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 71 inci maddesi uyarınca yargılanmalarına, yargılamanın Konya Asliye Ceza Mahkemesinde yapılmasına, dosyanın Konya Cumhuriyet Başsavcılığına, kararın birer örneğinin Selçuk Üniversitesi Rektörlüğüne ve itiraz edenlere gönderilmesine” (DANIŞTAY 1. DAİRESİ T 17.01.2008 E 2007/1485 K 2008/90, **Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları**)

²⁹³ HAKERİ, s. 142

²⁹⁴ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA s. 268

hukuka aykırılık bilincinin bu şekilde açıkça belirtildiği suçlar ancak doğrudan kastla işlenebilir. Bu suçların olası kastla işlenmeleri mümkün değildir²⁹⁵.

5. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık, işlenen ve kanundaki tanıma uyan fiilin hukuk düzenince cevaz verilmemesi, bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması demektir²⁹⁶. Madde de sarıh olarak hak sahibinin izninden bahsetmiştir. Suç işlendikten sonra verilen izin eylemi hukuka uygun hale getirmez, verilecek olan icazetin suçun işlenme tarihinden önce verilmesi gerekir. Hak sahibinin izni kişinin hakkını ihlal eden fiili hukuka uygun hale getirecektir. ÖZDERYOL' a göre bu izin yazılı veya sözlü olabilir²⁹⁷. FSEK m. 32' de düzenlenen “nutuklar”, m.33' de “temsil serbestisi” m. 34' de “eğitim, öğretim için toplama eserler, m. 35' de “iktibas serbestisi” m. 36' da “ gazete münderecatı” m. 37' de “haber” m.40 ‘ da “kopya ve teşhir” hangi şartlarda iktibasta bulunulabileceğine dair hükümlere yer vermekte olup bu maddelerde belirtilen şartlar dahilinde iktibasta bulunmak intihal bağlamında genel bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmaktadırlar²⁹⁸.

6. Yaptırım

Suçun yaptırımını 71/1-3 de düzenlenmiştir “Bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunan kişi altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezasıyla cezalandırılır.” Kanun bu fiil bakımından cezai yaptırımın yanında hukuki müeyyideler de öngörmektedir. Kanunun 66/1 gereğince tazminat davası da açılabilir. 5728 sayılı kanun değişikliğinden evvel benzer düzenlemede suçun cezası iki yıldan dört yıla kadar hapis veya elli milyar liradan yüz elli milyar liraya kadar ağır cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden hükmedilebilmesi şeklinde idi. Yeni düzenleme ile suçun cezası hafifletilerek indirime gidilmiştir. Bu durum suç politikası açısından eleştirilmiştir²⁹⁹.

²⁹⁵ ÖZDEYOL, s. 116

²⁹⁶ DÖNMEZER-ERMAN C.II, s. 1-2

²⁹⁷ ÖZDERYOL, s.116

²⁹⁸ YAZICIOĞLU, s. 263

²⁹⁹ Bkz. ERDİL, s. 1453

H. Bir Eserle İlgili Yetersiz, Yanlış veya Aldatıcı Kaynak Gösterme Suçu

I. Genel Olarak

5728 sayılı Kanunla değişik 5846 sayılı FSEK' in 71'inci maddesinin 5. fıkrasında düzenlenen bu suç eski kanunun 71. maddesinin 4. fıkrasında “başka bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunma suçu” ile birlikte müeyyide altına alınmakta idi. Dokrinde bu suça YAZICIOĞLU tarafında “atıf sahteciliği suçu” denilmiştir³⁰⁰. Bu düzenleme de eser sahibinin eseri ile tanınma hakkının çiğnenmesine karşı bir teminat olarak karşımıza çıkmaktadır³⁰¹. Kaynak gösterilirken eser sahibinin belli olacak şekilde yapılması gerekir. Gerekli şekil şartlarına uyulmadan yapılan iktibas intihal denilen kavrama yol açacaktır³⁰². Kanunumuzun kaynak gösterilen kişinin adının açıkça belirtilmesini zorunlu kılmadığı hallerde yapılan iktibasın kaynağı muhakkak gösterilmelidir. Kanunumuzda iktibas serbestisi kapsamında gösterilen bu hallere “bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunma” suçunda değinmiştik. Bu durumlara aykırılık bir nevi fikir hırsızlığı olan intihal fiilinin değişik yansımalarıdır.

2. Tipiklik

Suçun kanunda belirtilen tarifi bir eserle ilgili yetersiz, yanlış veya aldatıcı kaynak göstermektir. Kanun koyucu eski kanunda yetersiz kaynak göstermek ile hiç kaynak göstermeme arasında herhangi bir fark gözetmemiş idi. Fakat yeni kanunla her iki suç ayrı maddelerde düzenlenerek farklı müeyyidelere tabi tutulmuştur.

3. Maddi Unsur

Eser sahibinin belli bir emek harcayarak ortaya çıkarttığı eserinden yararlanan kimsenin yararlandığı hususlara ilişkin yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak göstermesi bu suçun maddi unsurunu oluşturacaktır. Kaynak göstermeme veya yeteri kadar atıfta bulunmama intihal olarak nitelendirilebilirse de, her kaynak göstermeme intihal değildir. Eserin başkasına ait olduğu açıkça zikredilip, iktibasta ölçü kaçırılmış ise hakkın ihlali sebebiyle dava açılabilir, fakat bu intihal davası olamaz³⁰³. Suç tipinin

³⁰⁰ YAZICIOĞLU, s. 268

³⁰¹ GÜNEŞ, s. 148

³⁰² EREL, s.150

³⁰³ TEKİNALP, s. 148

eylemlerinden biri olan yanlış kaynak gösterme durumunda FSEK m.35/son' daki unsurların yerine getirilmemesidir. Buna göre ilim eserlerinde iktibas hususunda kullanılan eserin ve sahibinin adından başka bu kısmının alındığı yerin belirtilmesi gerekir. Bu duruma aykırı hareket edilerek iktibas yapılması durumunda “atıf sahteciliği” suçu oluşur. Yanlış kaynak gösterme ise, kaynak esere ilişkin FSEK md. 35/son'daki unsurların, yeni ortaya konulan eserde yanlış bir şekilde zikredilmesidir. Yeni olarak ortaya konulan bir düşünce ürünü, "hususiyet" taşıyan bir eser olmalıdır. Şu halde, bir eserin meydana getirilmesinde, başka bir eserden kaynak gösterilerek yapılan alıntı (iktibas), içerik ve miktar itibarıyla yeni meydana getirilen eserin bağımsızlığını ortadan kaldıracak ölçüye ulaşmışsa ve yapılan bu alıntı yeni eserin "hususiyet"ini ortadan kaldırarak ona galip geliyor ise³⁰⁴, bu durumda yalnızca, alıntı yapılan kaynağın zikredilmiş olması, bu eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz.

Bir eserle ilgili yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak gösterme suçunun oluşabilmesi için bu fiilin başkaları tarafından öğrenilmeye üçüncü şahıslarca failin yaptığı atıflardan haberdar olunabilme imkanının bulunması gerekir³⁰⁵. Dış dünyadan kimsenin haberi olmadığı, kişinin kendi dünyasında yapılan fiiller anılan suçun teşkil etmesi için yeterli değildir. İhlali belirten hareket yapılır yapılmaz suçun meydana geleceği bu suç tipi neticesi harekete bitişik suç niteliğindedir. Bu itibarla suç hareketin yapıldığı yer ve zamanda işlenmiştir³⁰⁶. Ayrıca netice herhangi bir şekilde gerçekleşebileceğinden³⁰⁷ serbest hareketli suçtan söz etmek mümkündür.

4. Manevi Unsur

Bu suç bakımından da manevi unsur kasttır. Bunun yanı sıra, failde bulunacak hukuka aykırılık bilincinin bu şekilde açıkça belirtildiği suçlar ancak doğrudan kastla işlenebilir. Bu suçların olası kastla işlenmeleri mümkün değildir.

³⁰⁴ ARSLANLI, s. 137

³⁰⁵ YAZICIOĞLU s. 271

³⁰⁶ HAKERİ, s. 142

³⁰⁷ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA s. 268

5. Hukuka Aykırılık Unsuru

Bu suçun hukuka aykırılık unsuru ile bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunma suçunun hukuka aykırılık unsurları paralellik göstermektedir. Yukarıda yaptığımız açıklamalar bu suç tipi içinde geçerlidir³⁰⁸. Bunun dışında örneğin bir yazarın kendi kitabını yazarken alıntı yaptığı bir kaynağı, gerekli özeni göstermediği için, kitabında yanlış bir şekilde zikretmesi, bu maddedeki suçu oluşturmaz. Bu konudaki düşmüş olduğu hata esaslı ise bu hatasından istifade edebilir. (TCK madde 30/1).

6. Yaptırım

5846 sayılı Fikir ve Sanat eserleri Kanunun 71/I-5. maddesinde düzenlenen suçun yaptırımını altı aya kadar hapis cezası olarak tayin edilmiştir. Bu suç için seçenek yaptırım olan para cezası düzenlenmemiştir.

I. Hak Sahibi Kişilerin Yazılı İzni Olmaksızın Eseri Değiştirme Suçu

1. Genel Olarak

FSEK (m.16)'ya göre "Eser sahibinin izni olmadıkça eserde veyahut eser sahibinin adında kısaltmalar, ekleme ve başka değiştirmeler yapılamaz" hükmünü kanun koyucu ihdas ettiği bu suç tipi ile koruma altına almak istemiştir. İlk fıkraya göre, eser ve eser sahibinin adı üzerinde izni olmadıkça değişiklikler yapılamaz. İzin verme yetkisi eser sahibine aittir ve bu yetki üçüncü şahıslara devredilemez. Eser üzerinde kati suretle değişiklik yapma yetkisi eser sahibine aittir. Buradan da anlaşılabacağı üzere eser sahibinin adı eser ile bir bütündür. FSEK md. 16/3' e göre eser sahibinin eserinde değişiklik yapmasını önleme selahiyeti kişinin manevi haklarından biridir, bu nedenle eser sahibi, eser üzerinde şeref ve itibarını zedeleyen yahut eserin hususiyetini bozan her türlü değişikliği önleme hakkına haizdir. Eser adı ve muhtevası ile birlikte şekil olarak kendisinden ibaret bir bütün teşkil eder³⁰⁹. Eser sahibinden izinsiz eserin unsurları üzerinde oynanamaz. Eser sahibini eser üzerinde değişiklik yapmasını men etme yetkisi ancak

³⁰⁸ bkz , s.82

³⁰⁹ EREL, s.145

ortada FSEK kapsamında bir eserin var olması halinde söz konusu olabilecektir, bu bir nevi ön şart oluşturmaktadır³¹⁰.

2. Tipiklik

Suçun kanuni unsuru hak sahibi kişilerin izni olmaksızın eserin değiştirilmesidir. 5728 sayılı kanunla FSEK m. 71/1’ deki eser üzerindeki mali hakların izinsiz kullanılması suçu içerisine suçun maddi unsurlarından biri olarak dahil edilmiştir³¹¹. FSEK md. 16 kapsamında korunan eser üzerindeki değişiklikler sair yollarla gerçekleştirilebilir.

3. Maddi Unsur

Suçun maddi unsuru hak sahibi kişinin eseri üzerinde herhangi bir şekilde değişiklik yapmaktır. Eser, sahibinin hususiyetini taşıdığından üzerinde değişiklik yapılması durumunda bu hususiyet bozulabilir. Eser üzerinde yapılan değişikliğin olumlu veya olumsuz olması bir hukuka uygunluk sebebi değildir. FSEK (m.16)’ya göre “Eser sahibinin izni olmadıkça eserde veyahut eser sahibinin adında kısaltmalar, ekleme ve başka değiştirmeler yapılamaz”. İlk fıkraya göre, eser ve eser sahibinin adı üzerinde izni olmadıkça değişiklikler yapılamaz. İzin verme yetkisi eser sahibine aittir ve bu yetki üçüncü şahıslara devredilemez. Eser sahibinin izninin hangi şekilde olacağı hususunda açıklık yoktur. Yargıtay 11 HD. (FSEK m.52)’ de ki hükmün uygulanacağından bahisle iznin yazılı şekilde verilmesini kabul etmektedir. Ancak, aynı hukuk dairesi başka kararlarında YİBK’ na ve HGK kararlarına yollama yaparak (MK m.2)’nin de somut olaya göre uygulama alanı olduğu kanaatindedir. Eser sahibi eser üzerindeki değişikliği öğrenmesine rağmen uzun süre buna karşı koymamış ise artık itiraz edemez³¹². Bu hakkın kötüye kullanılması sayılır.

Eserde değişiklik yapılması, eserin bozulması imhası veya tahribi eylemlerini de kapsamaktadır³¹³. Bundan dolayı hak sahibinin eserini bozmak veya tahrip edilmesi halinde suç oluşacaktır.

³¹⁰ YAZICIOĞLU s. 285

³¹¹ ERDİL, s. 1435

³¹² Yargıtay 11 HD.’ nin, 29.01.1999, 10031/250 (YKD, C.25, S.5, s.644). YİBK, 30.09.1988 tarihli, E.1987/2, K.1988/2.

³¹³ ATEŞ, s. 146

Mimari plan, proje, maket ve astarımlar “eser” sayılmak için gerekli koşullara haiz olmak kaydıyla FSEK md. 2/3 hükmüne göre “ilim ve edebiyat eseri olarak korunurlar”³¹⁴. FSEK (m.17/ f.2)’ ye göre de, “ *Aslın maliki eser sahibi ile yapmış olduğu sözleşme şartlarına göre eser üzerinde tasarruf edebilir. Ancak eseri bozamaz ve yok edemez ve eser sahibinin haklarına zarar veremez*”. Değişikliklere karşı koyma hakkı eser sahibinin ölümünden itibaren (m.19/ f.1 ve f.2)’ da öngörülen kişiler tarafından 70 yıl içinde kullanılabilecektir. Kültür Bakanlığı’ da, eser memleketin kültürü için önemli görüldüğü takdirde kanunda belirtilen kişiler hakkını kullanmadığı veya kullanma süresi dolduğu hallerde eser sahibine tanınan hakları kendi namına kullanabilecektir (m.19/ f.5). Bakanlık eser sahibinin haklarını kullandığı durumlarda ilgili davaları açmaya da yetkilidir³¹⁵. Görüldüğü üzere, eserin kendisi ve eser sahibinin hakları, mülkiyet hakkından daha üstün bir statüde korunmakta ve mülkiyet hakkı sahibinin mülkiyetten doğan yetkilerinden “*abusus*” yetkisi kısıtlanmaktadır³¹⁶.

Yine bir müzik eserinde güfte sahibinin yazmış olduğu şarkı sözlerinin, bir bölümünün değiştirilerek çalınıp, söylenmesi veya eser sahibi romancının eserinin değiştirilerek beyaz perdeye aktarılması hallerinde bu madde kapsamında suç olarak değerlendirilecektir. Bir eseri ses ya da resim iletimine yarayan araçlarla halka açık yerlerde oynamak, çalmak, söylemek gibi temsil hakkının kullanılması için izin alınması durumlarında eserin halin icabına göre üzerinde belli değişikliklerin yapılması gerekebilir. Bir tiyatro eseri üzerinde, tiyatro yapımcısının istediği her türlü değişikliği hak sahibinin muvafakati olmadan yapabilmesi mümkün değildir³¹⁷. Bu tip hak ihlallerinin günümüzde en kolay yapılabileceği ortamlardan biri de internettir. Özellikle bilimsel alandaki çalışmaların, makalelerin asıllarından farklı hale getirilerek, üzerlerinde ekleme ve çıkarma yapma suretiyle değişiklikler yapılarak internette yayımlanması ve bu eylemlerin fail

³¹⁴ EREL, s.148

³¹⁵ “Taşınmaz kültür varlığı olarak tescilli yapıdaki tadilatın, İstanbul III Numaralı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu'nun 01.04.1998 gün 9873 sayılı kararıyla onanan restorasyon projesi, detayları ve taşıyıcı sistem projesine uygun olup olmadığı değil ise; fiziki müdahale niteliği taşıyıp taşımadığı keza hangi tarihte yapıldığı hususları mahallinde yapılacak keşif ile belirlendikten sonra sanıkların hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken eksik incelemeye dayalı olarak yazılı şekilde hüküm tesisi; Sonuç: Yasaya aykırı, katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün isteme uygun olarak BOZULMASINA” ifadesine yer verilmiştir. Yargıtay 7. CD. T. 28.01.2010, E. 2007/13879, K.2010/898 (Sinerji Mevzuat Ve İçtihat Programı)

³¹⁶ ÖZDERYOL, s. 118

³¹⁷ BEŞİROĞLU “Fikir Hukuku”, s. 233

tarafından bilerek ve isteyerek yapılması durumunda (diğer hak ihlalleri yanı sıra) eserin değiştirilmesi suçu da oluşacaktır³¹⁸.

Bilgisayar programlarının özelliği dolayısıyla kanun bu programların kullanılmasını özel hükme bağlamıştır. FSEK (m.38/ f.2 ve f.3)’ e göre, “ *Sözleşmede belirleyici hükümlerinin yokluğu durumunda, hata düzeltme de dahil, bilgisayar programının düşünüldüğü amaca uygun kullanımı için gerekli olduğu durumda, bilgisayar programının onu hukuki yollardan edinen kişi tarafından çoğaltılması ve işlenmesi serbesttir. Bilgisayar programını yasal yollardan edinen kişinin programı yüklemesi, çalıştırması ve hataları düzeltmesi sözleşme ile önlenemez. Bilgisayar programının kullanımı için gerekli olduğu sürece, bilgisayar programını kullanma hakkına sahip kişinin bir adet yedekleme kopyası yapması sözleşme ile önlenemez*”. Bu hüküm bilgisayar programlarının işlevsel yönünü dikkate alındığında, kullanıcının programdan üst düzeyde faydalanması için yerinde bir düzenleme olmuştur³¹⁹.

Kanun koyucu madde hükmünde suç olarak “eserde değişiklik” yapılması fiiline yer vermiş, hareket kısmının şekli konusunda bir açıklık getirmemiştir. Hükümde bahsedilen değiştirmenin herhangi bir şekilde gerçekleştirilmesi mümkün olup, dolayısıyla bu suç tipi serbest hareketli suçlardandır. Değiştirme hareketinin yapılmasıyla sonuç ta gerçekleştiği için suç neticesi harekete bitişik suçtur. Manevi hakların ihlali sonucu suçun oluşması açısından herhangi bir zararın oluşumu aranmaz, bu nedenle suç tehlike suçu niteliğindedir³²⁰.

4. Manevi Unsur

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunun 71/1-1’ inci maddesinde düzenlenen “eseri değiştirme” suçunun manevi unsuru, diğer manevi haklara tecavüz suçlarında olduğu gibi kasttır. Failin kastının kanun hükümlerine aykırılığı da kapsamı gerekir. Diğer bir deyişle, eser üzerindeki gerek manevî gerekse malî haklara karşı işlenen suçlarda, fail, kanun hükümlerine aykırı olarak eser üzerindeki haklara saldırıda bulunduğunu bilecek ve

³¹⁸ Şebnem AKİPEK- Esra DARDAĞAN, “ Sanal Ortamda Telif Hakları”, BATİDER, Haziran 2001, C.29, S.1, s.63.

³¹⁹ EROĞLU, s.80.

³²⁰ M. Volkan DÜLGER, *Bilişim Suçları, Seçkin Yayıncılık*, Ankara 2004, s.302

isteyecektir. Fail, bir esere ilişkin koruma süresinin dolduğunu zannederek, o eser üzerinde değişiklik yaparak eser sahibinin hakkını ihlal eder nitelikteki eylemini gerçekleştirirse; bu durumda, failin, suçun unsurlarına ilişkin bir konuda yanlıgısı söz konusudur³²¹ ve bu yanlıgı esaslı olduğu için eylemin kusurluluğunu ortadan kaldırarak suçun oluşmasını engeller. Bu suç doğrudan kastla işlenebilecek suçlardan olup, taksirle işlenmesi mümkün değildir.

5. Hukuka Aykırılık Unsuru

Eser sahibine, kişiliğine bağılı olarak tanınmış bulunan manevî haklara yönelik tecavüzlere karşı, eser sahibinin rıza gösterebilmesi olanağı, FSEK md. 71-1'de, belirli manevî haklar açısından açıkça tanınmış bulunmaktadır. Zikredilen suça ilişkin hak sahibi kişilerin vereceğı yazılı izin hukuka uygunluk nedenini oluşturmaktadır. Fakat ÖZDERYOLA' a göre verilecek olan izin yazılı olmasa bile fail hukuka uygunluk sebebi olarak bundan TCK md. 26 ' ya göre yararlanabilecektir³²². Hak sahibi tarafından verilecek iznin sırf yazılı olmaması nedeniyle failin cezalandırılacak olması adalet duygusu ve ceza hukuku prensipleriyle bağdaşmayacaktır³²³. YAZICIOĞLU' na göre ise FSEK' un 16/1. maddesinde eseri değiştirmek bakımından verilecek olan iznin yazılı veya sözlü olabileceğı belirtildiğinden, 5728 sayılı kanunla değişik 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunun 71/1-1 maddesinde getirilen yazılı izin şartı karışıklık meydana getirecek düzeydedir³²⁴. Kanaatimizce de kanunun bu iki maddesi arasındaki çelişki yapılacak yeni bir düzenleme ile giderilmelidir. Ayrıca gerek YAZICIOĞLU' nun yukarıda belirttiğimiz görüşü çerçevesinde³²⁵, gerek yukarıda örnek olarak verdiğimiz Yargıtay 11. HD.' nin vermiş olduğu karar³²⁶, gerekse ispat açısından hukuku açısından da getireceğı kolaylılar bakımından yazılı izin şartı aranması kanaatimizce daha doğru olacaktır. Bu suç tipi açısından bir başka hukuka uygunluk sebebini de FSEK 16/2 hükmü teşkil edecektir. Buna göre bir eseri umuma arz eden, çoğaltan, yayımlayan, temsil eden

³²¹ Kayhan İÇEL-Fusun Sokullu Akıncı-İzzet Özgenç-Adem Sözüer-Fatih S. Mahmutoglu-Yener ÜNVER, *İçel -Yaptırım Teorisi*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002,s. 276
ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s.321

³²² TCK m.26/2 hükmünde; *“kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceğı bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez”* hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla, eser üzerinde hak sahibi olan kişinin verdiği rıza çerçevesinde gerçekleştirilen eylem hukuka aykırı sayılmayacaktır.

³²³ ÖZDERYOL, s. 119

³²⁴ YAZICIOĞLU, s.291

³²⁵ bkz. , s.76

³²⁶ bkz. , s. 87

veya başka bir suretle yayan kimse; işleme, çoğaltma, temsil ve yayım tekniği icabı gerekli görülen değiştirmeleri eser sahibinin izni olmaksızın da yapabilir. Fikir ve sanat eserlerinden yararlanırken bazen bunlar üzerinde değişiklik yapılması gerekebilir. Çünkü bir romanın tiyatro eseri haline getirilmesi halinde üzerinde belli değişikliklerin yapılması kaçınılmazdır. Ancak yapılan bu değişiklikler eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyemez ve eserin hususiyetini bozamaz³²⁷. Suç işlendikten sonra verilecek olan icazet değişiklik fiilini hukuka uygun hale getirmez. Ancak suçun takibi şikayete bağlı olduğundan, kişi hakkında soruşturma ve kovuşturma yapma imkanı kalmayacaktır.

6. Yaptırım

Bu suçu işleyen kişiler hakkında 5846 sayılı kanunun 71/1-1'inci maddesine göre “bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur” düzenlemesi getirilerek hakime alternatif müeyyide uygulama imkanı verilmiştir.

İ. Bir Eseri, İcrayı, Fonogramı Veya Yapımı Tanınmış Bir Başkasının Adıyla Çoğaltma, Dağıtma Yayma ve Yayımlama Suçu

1. Genel Olarak

FSEK madde 71/1-6'ıncı maddesinde düzenlenen bu suç tipinin eser sahibinin manevi haklarını koruyan bu kanunda yer alması doktrinde ciddi olarak eleştirilmiştir. Aslında tipik bir dolandırıcılık fiili olan bu eylem fikir ve sanat eserleri alanında gerçekleşmesinden dolayı olsa gerek katılmadığımız bir düşünce ile kişilerin manevi, mali ve bağlantılı haklarına tecavüz suçları arasında düzenlenmiştir³²⁸. ERDİL' e göre de bu madde de düzenlenen suç tipi FSEK' e aykırılık teşkil etmeyip M.K' un kişilik haklarına aykırılık teşkil ettiğinden bu hükmün FSEK sistematığı içerisinde düzenlenmesi uygun olmamıştır. Nitekim Yargıtay da bir kararında kendisine ait olmayan bir müzik kasetine adı yazılan kişinin tazminat isteyebileceği, ancak bu durumda FSEK değil Medeni Kanunda düzenlenen kişilik hakkına tecavüz edilmesinden dolayı maddi tazminata hükmetmiştir³²⁹. Kanaatimizce de bu düzenlemenin FSEK kapsamında manevi haklara tecavüz suçları dahilinde düzenlenmesi yerinde olmamıştır.

2. Tipiklik

³²⁷ EREL, s. 146

³²⁸ YAZICIOĞLU, s. 162

³²⁹ ERDİL, s. 1447

Kanunda tarif edilen model bir eseri tanınmış bir başkasının isminden istifade etmek suretiyle çoğaltmak, dağıtmak, yayma ve yayımlamaktır.

3. Maddi Unsur

Bu suç tipi ile FSEK madde 15’ de düzenlenen eser sahibinin adının belirtilmesi selahiyeti koruma altına alınmak istenmiştir. Medeni Kanun md. 26 uyarınca kişilik hakkının bir parçası olan isim koruma altındadır. Bu eylem özel bir haksız rekabet hali olarak kabul edilmelidir. Ünlü kişilerin isimleri ticari anlamda çekici bir ayırt edici işaret olabilir, kişilerin mesleklerindeki popülerliklerine bağlı olarak artan ünleri haksız bir rekabete maruz kalmalarına yol açabilmektedir³³⁰. Çoğaltma bir eserin aslına ihtiyaç duymadan ondan yararlanma imkanı sağlayacak kopyaların bir maddi araç yardımı ile meydana getirilmesidir³³¹. Yayma bir eserin çoğaltılmasından elde edilen nüshalarının dağıtılması, satışa çıkarılması veya ticaret mevkiine sokulmak suretiyle faydalanılmasıdır³³². Yayımlama ise eserin nüshalarının herhangi bir şekilde dağıtılmasıyla kamuya arzıdır. Dağıtma ise satım, kiralama ve ödünç verme, dışında sair usullerle tedavüle konmasıdır. Kanun maddesinde belirtilen tanınmışlığın niteliğine dair bir açıklık yoktur. Önemli olan şöhretinden istifade edilebilecek bir şahsın bulunmasıdır. Madde de hareket kısmının şekline ilişkin de bir açıklık bulunmadığından bu suç serbest hareketli bir suçtur. FSEK madde 71’ de düzenlenen diğer suçlar gibi neticesi hareket bitişik bir tehlike suçu niteliğindedir.

4. Manevi Unsur

Bu suçun manevi unsuru FSEK’ te yer alan diğer suçlar gibi kasttır. TCK madde 21/1 hükmü gereği suçlar kural olarak kasten işlenirler, ancak kanunda suçun taksirli şekline yer verilmişse, o suç taksirle işlenebilecektir. Dolayısıyla bu suçun taksirle işlenebilmesi mümkün değildir.

5. Hukuka Aykırılık Unsuru

³³⁰ GÜNEŞ, s. 149

³³¹ ATEŞ, s.164

³³² ARSLANLI, s. 100

Madde de hukuka uygunluk sebebi olarak açıkça “izin” den bahsedilmiştir. Kişinin suçun işlenilmesinden evvel vereceği izin eylemi hukuka uygun hale getirecektir. Suçun işlenilmesinden sonra verilecek olan icazet suçun oluşumuna engel teşkil etmeyecektir.

6. Yaptırım

Suçun müeyyidesi üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası olarak öngörülmüştür 5728 sayılı Kanun değişikliğinden evvel FSEK madde 71/1’e benzer düzenlemede iki yıldan, dört yıla kadar hapis veya elli milyardan yüz elli milyara kadar ağır para cezası öngörülmüş idi. Bu durum suçlarla etkin mücadeleyi azaltacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir³³³

J. Eser Sahibinin Manevi Haklarına Tecavüz Suçlarının Özel Görünüş Biçimleri

1. Teşebbüs

Çoğu zaman fail işlemeyi kastettiği suçun icra hareketlerinin tamamlayınca istediği netice de meydana gelir. Ancak bazı hallerde failin meydana gelmesini istemiş olduğu netice gerçekleşmeyebilir³³⁴. Failin işlemek istediği suçun icrasına elverişli vasıta ile başladıktan sonra, icra hareketlerinin tamamlanamaması veya neticenin meydana gelmemesi sebebiyle yarıda kalmış suça teşebbüs denir³³⁵. Türk Ceza Kanununda teşebbüs ile ilgili düzenleme 35. madde de yer almaktadır. Buna göre “*kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlamamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur*”.

Teşebbüs halinde, suçun tanımında belirlenmiş olan fiilin icrasına başlanmış olmakta, fakat icra hareketlerinin tamamlanamamasında dolayı kanunun ayrı bir unsur olarak belirlemiş olduğu netice gerçekleşmemektedir. Teşebbüsten bahsedebilmek için suçun icra hareketleri ile neticenin birbirinden ayrılabilmesi gerekir. Eser sahibinin manevi haklarına tecavüz suçları teşebbüse müsait suç tipleri değildir. Çünkü bu suçlar

³³³ ERDİL, s. 1449

³³⁴ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s. 592

³³⁵ CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT, s. 455 – DEMİRBAŞ, s. 399

neticesi harekete bitişik suçlardır, bu suçların oluşması için hareketin yapılmış olması yeterlidir³³⁶.

Ancak icra hareketleri bölünebiliyorsa eski kanunumuza göre eksik teşebbüs olabileceği belirtilmiştir³³⁷. TCK m. 35’ de eksik – tam teşebbüs ayırımına son verilmiştir. Gerekçede bu ayırımın kaldırılmasının nedeni, bu ayırımın adil sonuçlar vermemesi ve her olaya uygulanabilen ve duraksamaya yer bırakmayan objektif bir ölçüt bulunmaması olarak gösterilmiştir.

Hemen belirtelim ki sırf hareket suçları dediğimiz neticesi harekete bitişik suçlarda, icra hareketleri kısımlara bölünebiliyorsa bunlara da teşebbüs mümkündür³³⁸.

Ancak inceleme konumuzu oluşturan eser sahibinin manevi haklarına tecavüz suçunda hareketin yapılması ile neticenin meydana gelmesi birlikte meydana geldiği için bu suça tam teşebbüs mümkün görünmemektedir. Örneğin eseri hak sahibinin izni olmadan eseri değiştirme suçunda bir makalenin eser sahibinin izni olmadan değiştirilip, kullanılmasında değişikliğin yapıldığı anda suç meydana gelecektir. Gene TEKİNALP’ e³³⁹ göre umuma arz suçunda kitabın basım için yayınevine gönderilmesi umuma arz teşebbüsüdür. Bu örnekte de görüldüğü gibi yapılan hareket kısımlara ayrılamamaktadır. 5237 sayılı TCK tam teşebbüs, eksik teşebbüs ayırımı yürürlükten kaldırdığı için adil ve eşit bir cezalandırma bakımından artık fail meydana gelecek olan tehlike veya zararın şiddeti dikkate alınarak ona göre cezalandırılacaktır.

2. İŞTİRAK

Kanunen ve nitelikleri gereği tek kişi tarafından işlenebilen suçun, birden fala kimsenin aralarından yaptıkları anlaşma gereği, birlikte işlenmesi halinde failer arasında iştirakin varlığı kabul edilir ve bu suretle işlenen suçlara iştirak halinde işlenen suçlar denir³⁴⁰. 5728 sayılı kanunla değişikliğe uğramadan evvel 5846 sayılı FSEK’ in 74’üncü maddesi düzenlenen suçlara ilişkin özel iştirak³⁴¹ durumları öngörmüştü. Buna göre maddenin ilk fıkrasında ;“71, 72, 73 ve 80. maddelerde sayılan suçlar, hizmetlerini ifa

³³⁶ ARTUK- GÖKÇEN- YENİDÜNYA, s. 614

³³⁷ DÖNEMZER-ERMAN C.I, s. 455, CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT s.796, DEMİRBAŞ, s. 413

³³⁸ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s. 614

³³⁹ TEKİNALP, s. 154

³⁴⁰ ARTUK- GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s. 630

³⁴¹ ÖZDERYOL, s.123

ettikleri sırada bir işletmenin temsilcisi veya müstahdemleri tarafından işlenmiş ise, suçun işlenmesine mani olmayan işletme sahibi veya müdürü yahut her hangi bir nam ve sıfatla olursa 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” hükmü öngörülmüş, aynı maddenin 4. fıkrasında da Ceza Kanununun iştirake dair hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir. Ancak, bilindiği üzere YTCK sisteminde tüzel kişilerin ceza sorumluluğu kabul edilmemiş ve tüzel kişiler hakkında yalnızca güvenlik tedbiri niteliğinde yaptırımlar uygulanabileceği belirtilmiştir (YTCK md. 20/2). Şu halde, tüzel kişilere ceza yaptırımı uygulanamayacağını belirleyen bu düzenleme, yine Türk Ceza Kanunun "özel kanunlarla ilişki"yi düzenleyen, 5. maddesi ile getirilen "Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır" kuralı ile birlikte göz önüne alındığında yerinde olarak 5728 sayılı kanunla bu madde ilga edilmiştir. Bundan sonra yukarıda zikredilen suçlara TCK m. 37 ve devamında düzenlenmiş bulunan suça iştirak hükümlerinin uygulanacağı şüphesizdir.

Esasında bir kişi tarafından işlenebilen suçlar, birden fazla kişinin iştirakiyle de işlenebilir³⁴². Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştirenlerden her biri, fail olarak sorumludur. Fiilin birden fazla suç ortağı tarafından işlenmesi halinde müşterek faillik söz konusu olur. , tüzel kişiler bu şekilde suç faili ile birlikte sorumlu tutulamayacak, onlar hakkında ancak güvenlik tedbiri niteliğinde yaptırımlar öngörülebilecektir³⁴³ (YTCK m.20/2).

3. İÇTİMA

Ortada birden fazla suç bulunmasına karşın çeşitli nedenlerle faile tek cezanın verildiği durumlara suçların içtimaı denir³⁴⁴. Ceza yasası bir kişi tarafından birden çok kez ihlal edildiğinde kural olarak birden fazla suç oluşur. Suçların içtima ettiği hallerde, failin sorumluluğu belirlenirken suça ilişkin cezalar ayrı, ayrı toplanmamakta bu suçlardan birinin cezası esas alınarak verilecek cezanın tespitine ilişkin kaideler tespit

³⁴² ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 85

³⁴³ ALİ PARLAR-Muzaffer HATİPOĞLU, **Açıklamalı-Gerekçeli 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Getirdiği Yenilikler Bağlamında Temel İlkeler, Tanımlar**, Uygulama Alanı Kast ve Taksir, Kazancı Ticaret A.Ş., İstanbul 2005, s.324; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s.251.

³⁴⁴ Nevzat TOROSLU, **Ceza Hukuku**, Savaş Yayınları, Ankara 2005, s.309

edilmektedir³⁴⁵. Fikri içtimada bir fiil ile kanunun çeşitli hükümlerinin ve aynı hükmünün ihlal edilmesi gerekir. Fikri içtimanın oluşabilmesi için kanunumuzda iki şart öngörülmüştür. Bunlar birden fazla farklı suçun oluşması ve bunun tek bir fiil aracılığı ile yapılmasıdır³⁴⁶. Burada fiilin ayniyetinden fiili oluşturan icra hareketlerinin de *aynı* olması gerektiği ifade edilmektedir³⁴⁷. Farklı neviden fikri içtima ise, aynı hareketle birden fazla suçun oluşumuna sebebiyet verme halidir. Şayet fail tarafından icra edilen hareket tek ve aynı ise fakat ihlal ettiği kanun hükmü birden fazla ise bu durumda fikri içtimanın varlığı kabul edilerek, kanunda düzenlenen en ağır cezanın faile verilmesi gerekir³⁴⁸. Fakat YAZICIOĞLU' na göre ise ilgili madde de düzenlenen hak sahiplerinin maddi, manevi ve bağlantılı haklardan kaynaklanan üç ayrı hakkın korunduğu değişik hukuki yararlarla ilişkin ihlallere yönelik bu hareketler sanıldığığının aksine seçimlik hareketler değildirler³⁴⁹. Zira bu üç ayrı hakkın da korunduğu hukuki yarar ve içerdiği suç konuları birbirinden farklı ve bağımsızdır. Bu nedenle örneğin fail hak sahibinin izni olmadan çoğalttığı başkasına ait bir romana kendi eseri olarak ad koyup yayınlarsa ve bu eseri daha sonra sinema filmi haline dönüştürüp, televizyonda bunu yayınlarsa, fail gerçek içtima hükümleri çerçevesinde mali, manevi ve bağlantılı haklara tecavüz suçundan ayrı ayrı sorumlu tutularak cezalandırılacaktır. Artık burada fikri içtimanın oluşması için gerekli olan tek bir fiille, birden fazla suçun oluşmasına sebebiyet³⁵⁰ verme hali ortadan kalkmaktadır, çünkü bu durumda failin işlediği birden fazla fiil bulunmaktadır.

Hak sahibi kişilerin manevi haklarına tecavüz suçlarında teselsülün gerçekleşmesi de mümkündür³⁵¹. Müteselsil suç olarak da nitelendirilen zincirleme suç TCK madde 43' te düzenlenmiştir. Buna göre “(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. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır. (2) Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü

³⁴⁵ ERDİL, s.1456

³⁴⁶ HAKERİ, s. 457

³⁴⁷ İÇEL-AKINCI-ÖZGENÇ- SÖZÜER- MAHMUTOĞLU-ÜNVER, İçel, Suç Teorisi, s.419.

³⁴⁸ ÖZDERYOL, s. 126, ERDİL, s. 1457

³⁴⁹ YAZICIOĞLU, s. 215

³⁵⁰ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s. 687

³⁵¹ ERDİL, s.1457, ÖZDERYOL, s.127, YAZICIOĞLU, s.216

uygulanır." denilerek aynı suçun, aynı mağdura karşı birden fazla kez işlenmesi halinde faile artırılarak ceza verilmesi bu madde gereğince mümkün olacaktır. Ancak failin farklı zamanlarda, hak sahibinin farklı eserlerine karşı mütecaviz fiiller işlemesi halinde ise zincirleme suçun varlığı söz konusu olmayacak ve bu durumda cezaların içtimai kuralı uygulanacaktır³⁵².

IV. ESER SAHİBİNİN MALİ HAKLARINA TECAVÜZ SUÇLARI

A- Genel Olarak

Mali haklar, eser sahibine, ekonomik yönden kazanç sağlayan, eser üzerinde faydalanma tarzını belirleme yetkisi veren ve üçüncü kişilerin eserden bu tarz da yararlanmasına engel olma yetkisi veren mutlak haklardır³⁵³. Aslında mali ve manevi haklar bir bütün olarak eser sahibinin hukuki durumdan kaynaklanan telif hakkını oluştururlar. Bu hakların kullanılması çoğu kez birbirine bağlı olduğu gibi, haklardan birine yapılan tecavüz, kaçınılmaz olarak bir diğerini de etkileyecektir. Mesela mali haklardan olan eseri yayma hakkının kullanılabilmesi, bir manevi hak olan eseri umuma arz etme (kamuya sunma) yetkisi bulunmadan mümkün değildir. Bunun gibi, eserin umuma arz edilmesinde, eser sahibinin adının açıklanmaması veya eserin bozulup değiştirilmesi, eser sahibinin hem manevi olduğu hem de maddi çıkarlarını zedeleyecektir³⁵⁴. Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa göre bir eserin mali haklar bakımında korunabilmesi için alenileşmiş olması gerekir. ³⁵⁵. FSEK (m.20/ f.1) “ *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, bu Kanunda mali hak olarak gösterilenlerden ibarettir. Mali haklar birbirine bağlı değildir. Bunlardan birinin tasarrufu ve kullanılması diğerine tesir etmez*” düzenlemesiyle mali hakların münhasıran eser sahibine ait olduğunu belirtmiştir.

³⁵² ERDİL, s. 1457

³⁵³ TEKİNALP, s.69. EROĞLU, s.80. Yazara göre, Bilgisayar programlarından doğan mali hakların kanun tarafından düzenlenmiş olması programı kamuya arz edenlerin, rakiplerinin ve kullanıcıların farklı menfaatleri olmalarına rağmen belirli bir konuda uzlaştıklarını gösterir.

³⁵⁴ AYİTER, s.113; EREL, s.135.

³⁵⁵ ASLANLI, s.93.

Eser sahibi eserinden kaynaklanan mali haklarını üçüncü kişilere devredebilir. Keza bu mali hakların kullanılmasını meslek birliklerine bırakma imkanına da sahiptir(FSEK m. 42). Mali haklar, manevi haklar gibi FSEK’ te sınırlı sayı ilkesine göre belirlenmiştir. Bu durum çağın gerekleri ve teknik imkanların genişlemesi bakımından doktrinde yoğun bir şekilde eleştirilmektedir³⁵⁶. Mali haklar Fikir ve Sanat Eserleri Kanunun 21. maddesinde “ işleme hakkı”, 22.maddesinde “ çoğaltma hakkı”, 23. maddesinde “yayma hakkı”, 24. maddesinde “temsil hakkı”, 25. maddesinde “işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı” ve 45. maddesinde “pay ve takip hakkı” şeklinde tahdidi olarak sayılmıştır.

Yukarıda saydığımız bu haklardan kanunun 45.maddesinde “güzel sanat eserlerinin satış bedellerinden pay verilmesi” olarak düzenlenen ve güzel sanat eserlerinin sergi, açık artırma v.b şekilde sahibi tarafından satılmalarına müteakiben, bu eserlerin satışından bir müddet sonra büyük ölçüde değerlenmeleri halinde bu değer artışından eser sahibine pay verilmesini düzenleyen bu madde hakkında 5846 sayılı Kanunda herhangi bir cezai düzenlemeye gidilmemiştir. Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi gereğince bu hükme mütecaviz davranışları cezalandırmak mümkün olmayacaktır.

FSEK md.71/1 “ 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 atışa arz eden, satan, kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yayan, ticarî amaçla satın alan, ithal veya ihraç eden, kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran ya da depolayan kişi hakkında bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adlî para cezasına hükmolunur” şeklinde düzenlenmiştir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunun 26. maddesindeki “eser sahibine tanınan mali haklar zamanla mukayyettir” şeklindeki düzenleme, korumanın belli bir süreyle sınırlı olacağını belirtmiştir. Bu korumadan, eser sahibi yaşadığı sürece istifade edebileceği gibi ölümünden itibaren de 70 yıl devam edecektir³⁵⁷.

³⁵⁶ Naci KINACIOĞLU, “Türkiye’ de Fikri Hakların Gelişimi ve Nazari Esasları” **Prof. Dr. Haluk TANDOĞAN’ ın Anısına Armağan**, Ankara 1990, s.550. Eser sahibine hakkını vermeli, hakların sınırlı şekilde verilmesi ilkesinde ısrar etmemelidir. AYİTER, s.125. ARSLANLI, s.94. EREL, s.157. GÖKYAYLA, s.161.

³⁵⁷ YENİDÜNYA, EÜHFD, s. 258

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunumuz 5728 sayılı kanunla değişikliğe uğramadan evvel Mali Haklara Tecavüz suçlarını FSEK md.72’ de düzenlemekte idi. Madde metninde, eser sahibinin mali haklarından olan işleme hakkı, çoğaltma hakkı, yayma hakkı, temsil hakkı ve umuma iletim hakkı düzenlenmiş, bundan başka eser sahibi ile sözleşme yapanların sözleşmeye aykırı olarak eseri çoğaltmaları ve eserlerin FSEK m.81/b.7’de öngörülen yerlerde satışı da ayrı bir suç tipi olarak tanzim edilmiştir.

Tanzim edilen bu suçlardan işleme hakkı, çoğaltma hakkı, yayma hakkı, temsil hakkı ve umuma iletim hakkı 5728 sayılı kanunla yapılan düzenlemede de yer almış, buna mukabil “sözleşme yapanların sözleşmeye aykırı olarak eseri çoğaltmaları” ve eserlerin FSEK m.81/b.7’de öngörülen yerlerde satışı suçlarına madde metninde yer verilmemiştir.

- 5728 sayılı kanunla değişik 5846 sayılı FSEK md. 71 ‘de sayılan suç tiplerini “ İşleme

- Çoğaltma
- Dağıtma
- Temsil etme
- Her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletmek,
- Hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri satışa arz etme satma, kiralama veya ödünç verme ya da sair şekilde yayma
- Ticarî amaçla satın alma
- İthal veya ihraç etme
- Kişisel kullanım amacı dışında elinde bulundurma ya da depolama” suçları olarak tasnifleyebiliriz.

Biz bu suç tiplerini incelerken gereksiz tekrarlara yer vermemek için mali haklara tecavüz suçlarının manevi unsurunu da tek başlık altında açıklayacağız.

B. Mali Haklara Tecavüz Suçunda Korunan Hukuki Değer

Mali haklar, eser sahibine, ekonomik yönden kazanç sağlayan, eser üzerinde faydalanma tarzını belirleme yetkisi veren ve üçüncü kişilerin eserden bu tarz da yararlanmasına engel olma yetkisi veren mutlak haklardır³⁵⁸. Mali hakların korunmasının altında yatan temel düşünce eser sahibinin maddi menfaatlerinin tecavüze uğraması veya böyle bir tehlikeye maruz kalma ihtimalidir³⁵⁹. Bu nedenle bu madde de düzenlenen suçlar, kişilerin malvarlığına karşı işlenen suçlar kapsamında değerlendirilmesi gerekir³⁶⁰. Mali haklara mütecaviz eylemler nedeniyle mağdurun malvarlığında azalma meydana gelmiş olduğundan burada korunan hukuksal değer eser sahibinin veya hak sahibinin malvarlığıdır³⁶¹.

C. Mali Haklara Tecavüz Suçlarında Fail

5728 sayılı Kanunla ilga edilmeden önce Fikir ve Sanat Eserleri Kanunun 74. maddesi “Fail” başlığı altında bir takım kişileri sayarak, esasında “iştirak” i düzenleyen özel bir hüküm niteliğindeydi³⁶². Bu düzenleme başkasının sorumluluğundan sorumlu olmak manasında objektif sorumluluk halini ortaya çıkarmış idi³⁶³. Artık bu durum 5237 sayılı TCK’ nın iştiraki düzenleyen genel hükümleri uyarınca çözülecektir. Bu suçlar belirli kişiler tarafından işlenebilen “mahsus suçlar”³⁶⁴ denilen suçlardan değildir. Mali haklara tecavüz suçunun failleri Kanunda belirten eylemleri yapan herkes olabilecektir. Belirtilen suçlar fail açısından bir özellik göstermemektedir.

D. Mağdur

FSEK md. 71 de belirtilen mağdur “hak sahibi” olan kişilerdir. Dolayısıyla eser sahibinin kendisi ve FSEK md. 19 uyarınca eser sahibinin belirli hakları kullanmak bakımından tayin ettiği kimseler var ise veya Kanunen mirasçılar örneğinde olduğu üzere diğer kimselerin hak sahibi kabul edildiği durumlar var ise bu durumda onlar yerine göre

³⁵⁸ TEKİNALP, s.169.

³⁵⁹ ORHAN-SULUK, S. 373

³⁶⁰ DÜLGER, s. 294

³⁶¹ ERDİL, s. 1431

³⁶² ÖZDERYOL, s. 180

³⁶³ HAFIZOĞULLARI, s. 4

³⁶⁴ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s. 290

hak sahibi olarak eser sahibinin mali haklara tecavüz suçunda hukuki menfaatleri ihlale uğradıkları takdirde suçtan zarar gören sıfatıyla şikayetçi olabilirler³⁶⁵.

E. Bir Eserin İzinsiz İşlenmesi Suçu

1. Genel Olarak

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunun 6/I. maddesine göre Başka bir eserden yararlanarak vücuda getirilen ve o eserden müstakil (bağımsız) olmayan fikir ve sanat ürünleri işlemedir. Ayrıca aynı maddenin son fıkrasında *“istifade edilen eserin sahibinin haklarına zarar getirmemek şartıyla oluşturulan ve işleyenin hususiyetini taşıyan işlenmeler, bu kanuna göre eser sayılır”* hükmüne yer verilmiştir.

İşleme nitelik olarak asıl esere bağlı kalmak kaydı ile orijinal bir eserin başka bir formada yeni bir ürüne çevrilmesidir. İşleme eser ekonomik olarak asıl eserden bağımsız bir şekilde değerlendirmeye olanaklıdır³⁶⁶. Örneğin bir kitabın başka bir dile tercüme edilmesi, bir şiirin bestelenerek şarkı yapılması, bir tiyatro eserinin veya romanın sinemaya uyarlanması birer işlemedir. Eser sahibine, eserinden işleme yoluyla elde edilecek yeni eserin kamuya sunulması ve ekonomik olarak değerlendirilmesi hususunda münhasır karar yetkisi tanınmıştır³⁶⁷. Kanun 21. maddesine göre *“bir eserden onu işleyerek faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir”* diyerek işleme hakkının münhasıran eser sahibine ait mali bir hak olduğu, onun izni olmadan bu hakkın kullanılmayacağını belirtmiştir. Yine bir işlemenin sahibi kendisine bu sıfatla tanınmış olan hakları işleme hususunun serbest olduğu haller dışında, asıl eser sahibinin müsaade ettiği nispette kullanabilir (m.20).

2. Tipiklik

5728 sayılı Kanunla değişik 5846 sayılı FSEK m. 71/1’ göre suçun kanuni unsuru bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapıyı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın işlemektir.

³⁶⁵ YAZICIOĞLU, s. 314

³⁶⁶ BAYAMLIOĞLU, s. 219

³⁶⁷ EREL, s. 159

3. Maddi Unsur

Suçun maddi unsurunda hareket, bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı işlemektir. Eser sahibinin eserin işlenmesine ilişkin izin verme yetkisi, ancak işlenmenin kamuya sunulması ve ekonomik yararlanmaya konu edilmesi halinde söz konusu olur. Buna karşın, işleyenin kişisel gizlilik alanında kalan ve kamuya sunulmayan, sözgelimi bir kişinin yabancı dilini ilerletmek için bir eseri tercüme etmesi gibi, bireyin kişisel zevk ve gereksinimleri için yapılan işleme faaliyeti için eser sahibinden izin almak gerekmez³⁶⁸. Örneğin kişi bir besteyi halk müziği tarzından pop müziğine dönüştürüp bunu kendisi veya ailesiyle birlikte çalıp, söylerse bu durum suç teşkil etmeyecektir. İşleme, bir eserin değiştirilerek herhangi başka bir şekle dönüştürülmesi değil; eserin değiştirilerek kanundaki başka bir eser gurubuna dahil hale getirilmesidir. Bu nedenle bir roman, hikaye veya belgeselin sinema eseri haline getirilmesi işlemedir. Film eserleri, her türlü fikir ve sanat eserini ifade etmeye elverişli eserlerdir. Sadece mevcut durumu tespit eden belgesel filmlerin dışında, film eseri kural olarak filmin yapımı için kullanılan eserin işlenmesidir³⁶⁹.

Bir mimari projenin başka bir mimari projeden istifade edilerek elde edilmesi, ilim ve edebiyat eserlerinin film haline sokulması veya radyo ve televizyonda yayınlanmak üzere uygun bir hale getirilmesi işleme hakkın tecavüzü oluşturacaktır. Yargıtay’a göre bir güzel sanat eserinin takvime basılması işleme niteliğindedir³⁷⁰. Bununla birlikte bilgi ve verileri, kalıcı olarak kaydetmeye yarayan elektronik kayıt cihazı³⁷¹ demek olan ve bir eserin daha önce CD-ROM formatı ile yapılan üründen faydalanılarak VCD formatında ürüne dönüştürülmesi işlemedir³⁷².

³⁶⁸ AYİTER, s. 123, ERDİL, s. 159, TEKİNALP, s. 172

³⁶⁹ AYİTER, s.123

³⁷⁰ “ Davacı vekili müvekkilinin murisinin ressam olup, onun ölümü ile tek mirasçısı müvekkiline tüm eserlerinin telif haklarının intikal ettiğini, davalı bankanın murise ait İSTANBUL isimli tablosunu 1991 yılı reklam takviminde izinsiz olarak kullandığını , Mahkeme iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamından davalının tabloyu satın aldığını FSEK 57/1, 52. maddeleri uyarınca **mülkiyetin devri hakların da devrini ihtiva etmediğini bankanın mülkiyeti alıp fikri hakları aldığına dair belge sunmadığı, takvimde kullanmanın işleme olduğunu (FSEK m. 6/5)**” diyerek hüküm tesis etmiştir. (Yarg. 11.HD T. 18.3.1999 E. 1998/10225 K. 1999/2320 nakleden SULUK/ORHAN s. 376-377)

³⁷¹ <http://tr.wikipedia.org/wiki/CD-ROM> (26.05.2010)

³⁷² “ ... gerek asıl davaya konu VCD-ROOM ve gerekse karşı dava konusu CD-ROM setlerindeki yapıtların N... ‘ un dava dışı Prof Z.K. tarafından sadeleştirilerek oluşturulmuş eserin seslendirme sanatçılarının okuması ile hareketli –hareketsiz tarihi fotoğraflar..... ile bilgisayar programı kullanılarak meydana getirilmiş FSEK 6.maddesinde belirtilen davacının hususiyetini taşıyan,müstakil İŞLENME eser olmalarına VCD –ROOM larda işlenen eser sahibinin

Çağımızda teknolojinin gelişmesiyle artık kanunda sayılan metotlar dışında da birçok yöntemler gelişmiş bulunmaktadır. İşleme eserler için müzik eserlerinin geliştirilen bir usulle sıkıştırılmış hali olan ve MP3³⁷³ olarak nitelendirilen formların işleme eser sayılıp sayılmayacağı doktrinde tartışılmıştır. Bir müzik eserinde işlemeyen söz edilebilmesi için eserin aslında sunulan estetik bütünlüğün yeni elementler eklenmesi marifetiyle değiştirilmesidir, teknik birtakım işlemler yapılarak müzik eserlerindeki dataların sıkıştırılması işleyenin hususiyetini taşımamaktadır³⁷⁴. Gerçekten de yapılan böyle bir işlemle eserin işlenmiş sayılamayacağı aşıkardır. Bu durumda işleyenin hususiyetini taşıyan bir unsur bulunmamaktadır. Eserin üzerinde teknik olarak bilgisayar programı aracılığı ile eserin aslında bir değişiklik meydana gelmeksizin, hacmi küçültülerek kapladıkları verisel alanda tasarruf edilmektedir³⁷⁵. Diğer yandan eser sahibinin işleme hakkına yönelik mütecaviz hareketlerin sanal ortamda gerçekleştirilmesi de son derece kolaydır. Örneğin internet ortamında bulunan bir eserin başka bir yabancı dile tercüme edilmesi veya eserin grafiksel olarak dökümünün yapılması mümkündür³⁷⁶.

Madde metninde suçun hareket şekli ile ilgili bir açıklık bulunmamaktadır, neticenin herhangi bir şekilde gerçekleştirilebildiği durumlarda serbest hareketli suçtan bahsedilir³⁷⁷. Bu suç bir tehlike suçudur, somut bir zararın meydana gelmesi aranmamaktadır.

4. Hukuka Aykırılık Unsuru

İlk öncelikle hukuka uygunluk sebebi olarak madde de yazılı izinden bahsedilmiştir. Hak sahibi kişilerin yazılı izninin varlığı halinde anılan suç oluşmayacaktır. Suçun vuku bulmasından sonra verilecek olan icazet suçun oluşumuna

izni alınmadığı anlaşılmakta ise de bu hususun davacı yapıtlarının İŞLENME eser sayılmasını engellemeyip” (nakleden ERDİL C.I, s. 630)

³⁷³ Tekin MEMİŞ, **Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s. 30

³⁷⁴ Abuzer KENDİGELEN- Savaş BOZBEL, “**Telif Hakları Açısından İnternette Veri Paylaşımı (Peer-to-Peer File Sharing)**” **İnternet ve Hukuk**, Der: M. Yeşim ATAMER, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2004, s. 510

³⁷⁵ ÖZDERYOL, s.138, YAZICIOĞLU, s. 320

³⁷⁶ AKİPEK-DARDAĞAN, s. 62

³⁷⁷ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s. 269

engel teşkil etmeyecek, fakat kişi hakkında soruşturma ve kovuşturma yapma imkanı kalmayacaktır. Kişinin mali haklarının korunması belli bir süreye tabidir(FSEK md. 26 ve md.27). Bu sürelerin geçmesi halinde suç meydana gelmeyecektir. Örneğin kişinin ölümünden seksen sene sonra eser sahibinin romanının sinemaya uyarlanması durumunda, bunu beyaz perdeye aktaran kişinin herhangi bir cezai sorumluluğuna gidilemeyecektir. Yine FSEK’ e göre bizatihi kanundan kaynaklanan hukuka uygunluk nedenleri bulunmaktadır. FSEK md. 31’e göre mevzuat ve içtihatların, yargı kararlarının işlenmesi serbesttir³⁷⁸. FSEK m. 32/1’ e göre TBMM’ de ve diğer resmi kongre ve toplantılardaki söz ve nutuklar işlenebilir.³⁷⁹ FSEK m. 34’ e göre eğitim ve öğretim amacı ile seçme ve toplama eserler meydana getirilebilir^{380 381}. FSEK madde 38’ de şahsen kullanma hakkı düzenlenmiştir³⁸². Zira eser üzerindeki bütün haklar, kişisel ihtiyacın karşılanması maksadı ile kullanılabilir³⁸³. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasında yer alan düzenlemeye göre bilgisayar programını hukuki yollardan elde eden kişi bilgisayar programının düşünüldüğü amaca uygun kullanımı için madde de öngörülen şartlar içinde programı işlemekte serbesttir.

³⁷⁸ **Madde 31** – Resmen yayımlanan veya ilan olunan kanun, tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge ve kazai kararların çoğaltılması, yayılması, işlenmesi veya her hangi bir suretle bunlardan faydalanma serbesttir.

³⁷⁹ ARSLANLI, s. 128, AYİTER, s. 159

³⁸⁰ **Madde 34** – Yayımlanmış musiki, ilim ve edebiyat eserlerinden ve alenileşmiş güzel sanat eserlerinden, maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde iktisablar yapılmak suretiyle, hal ve vaziyetinden eğitim ve öğretim gayesine tahsis edildiği anlaşılan seçme ve toplama eserler vücuda getirilmesi serbesttir. 2 nci maddenin üçüncü bendinde ve 4 üncü maddenin birinci fıkrasının birinci ve beşinci bentlerinde gösterilen neviden eserler, ancak seçme ve toplama eserin münderecatını aydınlatmak üzere iktibas edilebilir. Ancak bu serbestlik,hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar verir veya eserden normal yararlanma ile çelişir şekilde kullanılamaz.

³⁸¹ “Davacı vekili, müvekkilinin tanınmış bir şair ve yazar olduğunu,eserlerini yazılı izin verdiği yayınevleri kanalı ile yayınlattığını, davalıların izinsiz olarak ... adlı antolojide müvekkilinin eserlerini yayınladıklarını ileri sürerek 5 milyar manevi ve FSEK'nun 68. maddesi gereğince 15 milyar maddi tazminatın faizi ile tahsiline, hükmün ilanına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davahılar vekili, davacının şiirlerinin bulunduğu antolojinin kazanç elde etmek amacıyla değil, genel okur kitlesi ve eğitim öğretim kurumları için Türk şiirinin gelişimini sunabilmek amacıyla hazırlandığını, eseri bulunan şairlerin itibarının arttığını, daha çok okunduklarını, eserin bazı lise ve yüksek öğrenim kurumlarında ders kitabı olarak okutulduğunu savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir. ...

Bir eseri işlemek isteyen kişi eser sahibinden izin almak zorundadır. Ancak FSEK'nun 34. maddesinde 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 serbest bırakılmıştır. Ayrıca, münhasıran okullara mahsus olarak hazırlanan ve Milli Eğitim Bakanlığı tarafından onanan yayımlar için yapılan seçme ve toplama eserlerin de serbest olduğu hükme bağlanmıştır. Aynı kanunun 35'inci maddesinde maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde ve münderecatını aydınlatmak maksadıyla usulüne uygun olarak bir ilim eserine konulması halinde iktibasın serbest olduğu düzenlenmiştir.” diyerek karar vermiştir. (Yarg. 11.HD. T. 18.7.2005 2004/10270K. 2005/7782 <http://www.hukukevi.net/hukuk/kararnameler/f.s.e.k-yargytay-kararlary-md.35.law>)

³⁸² **Madde 38** – 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.

F. Eserin İzinsiz Temsil Edilmesi Suçu

1. Genel Olarak

5728 sayılı kanunla getirilen değişiklikten önce 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunun 72. maddesinde “bir eseri topluma açık yerlerde gösteren veya temsil eden” denilerek müstakil bir suç³⁸⁴ olarak düzenlenen “temsil” suçu yeni düzenleme ile mali haklara tecavüz suçunun seçimlik hareketlerinden birisi haline getirilmiştir. FSEK (m.24/ f.1) de temsil hakkını açıklamıştır. Bu hükme göre, temsil “*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*”. Madde de verilen faydalanma usullerine ilişkin örnekler, okumak, çalmak, oynamak ve göstermek ile sınırlı değildir. Eserin başka şekillerde duyularla algılamaya getiren hallerde temsil sayılabilir³⁸⁵. Başka bir deyişle temsil, eserin yayım dışında kalan yollardan duyulara hitap edecek şekilde kamuya sunulmasıdır³⁸⁶. FSEK madde 23’e göre temsil kavramı eserin okunması, çalınması, oynanması ve gösterilmesi fiillerini kapsamaktadır³⁸⁷. Ancak temsil sadece madde de sayılan fiillerle sınırlı değildir, zaten madde de geçen gibi ibaresi de bu durumu izah etmektedir³⁸⁸.

2. Tipiklik

FSEK madde 71/1’ de açıkça ifade edildiği üzere hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın bir eseri temsil edenlerin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Eser sahibinin mali haklarından biri olan temsil hakkının ihlali halinde buna yönelik mütecaviz fiiller yaptırım altına alınmıştır.

³⁸³ ATEŞ, s. 406

³⁸⁴ YAZICIOĞLU, s. 333

³⁸⁵ ARSLANLI, s.105. Yazar, madde de örnek olarak sayılan temsil usullerine açıklama getirmektedir. Buna göre, “okumak”, ilim ve edebiyat eserlerinin ve musiki eserlerinin söz veya sesle aktarılmasıdır. “Çalmak”, musiki eserlerinin bir çalgı vasıtasıyla icra edilmesidir. “Oynamak”, tiyatro ve operada olduğu gibi temsilin hareketli olmasıdır. “Göstermek” bir eserin seyredilmek için ortaya konmasıdır. Bu durumu da bir oyun olarak değerlendirmek mümkündür. Fuat Hulusi DEMİRELLİ , “**Müellif (Ökter Hakkı)**”, **Adliye Ceridesi, C.33**, 1942, s.684. Yazar, bir müzik notasının bir defa satıldıktan sonra onun başkalarına her tarafta satılamayacağını veya halk arasında istenildiği gibi okunamayacağını belirtmiş bunu müellif hakkı olarak nitelendirmiştir. Burada da temsil hakkının müzik notası üzerinde büründüğü şekil söz konusudur.

³⁸⁶ EREL, s 175

³⁸⁷ ATEŞ, s.178

³⁸⁸ TEKİNALP, s.180

3. Maddi Unsur

Bir fiilin fıkri hukuk anlamında temsil sayılabilmesi için iki unsuru ihtiva etmesi gerekir. Birincisi, eserin üçüncü kişilerin istifade etmesine o ana münhasır ve arızı kılacak şekilde aktarılmış olması, diğeri ise ikincisi ise aktarmanın faydalanmaya elverişli kamuya açık bir yerde cereyan etmesidir³⁸⁹. Temsil FSEK md. 24' e göre doğrudan temsil ve dolaysız temsil olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Doğrudan temsil de bir eserin kamuya açık yerlerde araya mekanik v.b. herhangi bir araç girmeden dinleyici ve seyircilere okumak, çalmak, oynamak ve göstermek suretiyle sunulmasıdır. Örneğin bir tiyatro piyesinin seyirci karşısında oynanması doğrudan doğruya vasıtasız olarak temsildir. Dolaylı temsil ise FSEK m.24/2 hükmüne göre bir eserin işaret, ses veya resim nakline yarayan aletlerle kamuya açık yerlerde okumak, çalmak, oynamak ve göstermek suretiyle izleyici veya dinleyicilere ulaşmasıdır. Örneğin bir tiyatro oyununun canlı olarak veya kaydedilip banttan televizyonda gösterilmesi dolaylı temsildir. Doğrudan ve dolaylı temsil ayırımı kendisini temsil hakkının devrinde göstermektedir. Çünkü sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa temsil hakkının devri sadece doğrudan temsili içerir³⁹⁰.

FSEK m.24/1 hükmünde; *“bir eserden, doğrudan doğruya yahut işaret, ses veya resim nakline yarayan aletlerle umumi mahallerde okumak, çalmak, oynamak ve göstermek gibi temsil suretiyle faydalanma hakkının münhasıran eser sahibine ait”* olduğu ifade edilmiştir.

Dolayısıyla kanuna göre eserin umumi yerlerde okunması, çalınması, oynanması gösterilmesi gibi eylemlerin varlığı halinde temsil gerçekleşecektir. Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi bunların kanunda tahdidi olarak sayılmadığı hakkında doktrinde görüş birliği vardır³⁹¹, zira kanun gibi kelimesine de yer vermektedir.

Madde metninde yer alan eseri okumaktan kasıt, bir ilim, edebiyat veya musiki eserinin söz veya sesle kamuya sunulmasıdır. Burada okunan ilmi eserin nakli söz, bir bestenin icra edilmesi ise sestir³⁹². Buna mukabil örneğin bir sinema eseri

³⁸⁹ AYİTER, s. 151, EREL, s. 176

³⁹⁰ ARSLANLI, s. 106, NAL SULUK, s.79, Savaş BOZBEL, **Radio ve TV Yayınlarının Umuma Açık Mahallerde Gösterilmesi**, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağanı, CII, İstanbul 2010, s.1316

³⁹¹ ATEŞ, s. 180, ARSLANLI, s.108, EREL, s. 176

³⁹² ARSLANLI, s. 105

yapısı gereği okunmaya elverişli bulunmamaktadır³⁹³. Yine öğretim kurumlarında verilen dersler, düzenlenen sempozyumlar, konferans verilmesi veya tebliğ sunulması³⁹⁴ eserin okunması kapsamında olup bu yetki eser sahibine aittir.

Madde metninde yer alan temsil etmenin bir diğer şekli çalmaktır. Bir musiki eserinin bir çalgı vasıtasıyla seslendirilerek icrasındır. Okumak fiilinden farkı izleyiciye seslerin naklinin müzik aleti aracılığı ile yapılmasıdır³⁹⁵. Oynamak fiili ile kastedilen ise bir eserin sahnelenmesi manası gelmektedir.

FSEK Madde 24’ te yer alan diğer bir temsil şekli olan göstermek ise eserin seyredilmek üzere umuma sunulmasıdır³⁹⁶. Göstermek fiili sadece güzel sanat eserleri bakımından söz konusu olacaktır³⁹⁷. Bir heykelin müzede sergilenmesi, el yapımı tabloların halka açık bir alanda sergilenmesi gösterme kapsamı içindedir.

İncelediğimiz suçun maddi unsurunu oluşturan eser sahibinin izni olmaksızın yukarıda izah etmiş olduğumuz fiillerin kamunun yararlanabileceği umumi yerlerde cereyan etmiş olmasıdır. Doktrinde, bir yerin umuma açık sayılması için yerin önemli olmadığı, önemli olan hususun “kamuya sunulmak” niyetiyle eserin temsil edilmesi olduğu da ileri sürülmüştür³⁹⁸.

FSEK madde 24 ‘ te eserin doğrudan veya dolaylı temsiline karar verme yetkisinin eser sahibinde olduğu açıkça belirtilmiştir. Hemen şunu da belirtelim ki işlenme eserlerin durumu özellik arz etmektedir, hem asıl eser sahibinden, hem de işleyenden izin almak gerekecektir³⁹⁹. Bir konserin çeşitli vasıtalarla başka mekanlarda dinlettirilmesi, bir tiyatro oyunun izleyici karşısında sahnelenmesi ancak eser sahibinin izni ile mümkün olabilecektir. Aksi takdirde anılan suç meydana gelecektir. Doktrinde eser sahibinin izni olmaksızın gerçekleştirilen temsilin suç olabilmesi için ticari amaç güdülmesi veya hak sahibinin meşru menfaatlerine zarar verecek şekilde bunun gerçekleşmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Zira ticari amaçla gerçekleştirilen her temsil

³⁹³ ATEŞ, s.181

³⁹⁴ TEKİNALP, s.180

³⁹⁵ ARSLANLI, s.105

³⁹⁶ ERDİL, s. 731

³⁹⁷ TEKİNALP, s.180

³⁹⁸ ARSLANLI, s.107. EREL, s.177

³⁹⁹ ÖZTRAK, s. 58, GÖKYAYLA, s. 174

hak sahiplerinin menfaatini zedeleyecektir^{400 401}. Suçun oluşumunda bir tiyatro eserinin sunulmasında tiyatro salonun sahibi veya kamuya açık bir eğlence mekanında, eser sahibinin izni olmaksızın bir müzik eserinin dinleyiciye ulaştırılmasında eseri seslendirenle birlikte, mekan sahibi de cezai olarak sorumlu olacaktır⁴⁰². Kanunda temsilin gerçekleştirilmesi konusunda bir açıklık bulunmadığı için suç “serbest hareketli suç” niteliğindedir. Suçun maddi unsurunda netice ise, bu suç bir tehlike suçu olduğundan ve suçun meydana gelmesi için zararın oluşması gerekmediğinden hareketin yapılması yeterli olacaktır. Bu suç neticesi harekete bitişik suç tipini oluşturur. Aynı zamanda temsil hakkına yönelik gerçekleştirilen ihlaller, mali haklara tecavüz suçunu oluşturan seçimlik hareketlerden bir tanesi olarak yaptırım altına alınmaktadır.

4. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık, işlenen ve kanundaki tarife uygun bulunan fiile hukuk düzenince cevaz verilmemesi ve bu fiilin yalnız ceza hukuku ile değil bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunmasıdır⁴⁰³. Bu suçla ilgili olarak başlıca hukuka aykırılık unsuru hak sahibi kişilerin yazılı izni olmamasıdır. Hukuka uygunluk sebepleri, hukuk aykırılığı ortadan kaldırıp fiili hukuken meşru sayılan bir konuma getirirler⁴⁰⁴. Bu suç ile başlıca hukuka uygunluk nedeni hak sahibi kişilerin yazılı iznidir. Yazılı izin şartından başka FSEK madde 26, 27, 31, 31 , 33, 37, 38, 40. maddelerinde hukuka uygunluk sebepleri düzenlenmiştir. Kanunda açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen kişisel ihtiyacın karşılanması amacıyla, bir eserin umuma açık olmayan yerlerde, ticari amaç güdülmeksizin temsili suç oluşturmayacaktır⁴⁰⁵. Yine örneğin haber mahiyetinde olmak ve bilgilendirme maksadını aşmamak şartıyla, günlük hadiselerle ilgili olarak fikir ve sanat eserlerinden bazı parçaların işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan vasıtalarla alınması mümkündür. Bu şekilde alınmış parçaların çoğaltılması, yayılması, temsil edilmesi veya radyo ve televizyon gibi araçlarla yayınlanması serbesttir (FSEK MD. 37).

⁴⁰⁰ ÖZDERYOL, s. 166

⁴⁰¹ “...dosya kapsamına göre suç tarihinde mağazada hangi eserlerin dinletildiğinin tespit edilmediği gibi,doğrudan kaset çalma ile ilgili olarak herhangi bir maddi kazanç temini amaçlanmadığı, işyerinin kendi ticaret konusuna giren mal satımına ilişkin faaliyet gösterdiği cihetle eylemin ne suretle müsnet suçu oluşturduğu açıklanmadan yazılı şekilde hüküm tesisi...” Yarg. 7.CD, 13.05.2004, 8236/6564 (nakleden: Mustafa ALBAYRAK, **Fikir ve Sanat Eserleri İle Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar**, Adil Yayınevi, Ankara 2004, s.109).

⁴⁰² ÖZDERYOL, s.167

⁴⁰³ DÖNMEZER- ERMAN C.II, s. 1-2

⁴⁰⁴ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s.401

⁴⁰⁵ ATEŞ, s. 426, ERDİL, s. 1409, ÖZDERYOL, s. 171

FSEK m.40 hükmüne göre ise, 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 serbesttir. Bu dolaylı temsile bir örnek teşkil etmektedir.

G. Bir Eserin İzinsiz Çoğaltılması Suçu

1. Genel Olarak

Eserden, sahibinin ekonomik yönden yararlanabilmesinin en eski ve yaygın yoludur, fikir ve sanat eserleri hukukunun temelini oluşturmaktadır. Diğer haklar bu haktan türemiştir⁴⁰⁶. Telif hakkı çoğaltma ile hayat bulur. Telif hakkı korunan bir eserin hak sahibi dışındakilerin kullanımını sınırlandırmaktadır⁴⁰⁷. Çoğaltma bir eserin aslına ihtiyaç duymadan ondan yararlanma olanağı sağlayacak kopyalarının herhangi bir maddi araç yardımı ile meydana getirilmesidir⁴⁰⁸. Bu deyim günlük anlamda ise eserden geniş bir halk kitlesinin yararlanmasını sağlayacak kadar çok nüsha çıkarılmasını ifade etse de, fikri hukukta aslının yerine eserden yararlanmayı sağlayacak tek bir nüshanın çıkarılması bile çoğaltma addedilecektir⁴⁰⁹. Artık günümüzde dijital tekniklikler aracılığı ile çoğaltma eylemi çok daha hızlı ve kolay yapılabilmektedir.

2. Tipiklik

FSEK madde 71/1' e göre bir eseri, icrayı, fonogramı, yapımı hak sahibi kişilerin izni olmaksızın çoğaltan kişiler cezalandırılır. FSEK madde 22 hükmünde çoğaltma teknikleri sayılmıştır, ancak bunların tahdidi olarak sayılması ilkesini kabul etmemiştir. Gelişen teknolojiyle birlikte yeni tekniklerle yapılacak olan çoğaltma eylemi de hak sahibi kişilerin iznine bağlı olacaktır. Bu düzenleme de kanaatimizce yerindedir.

⁴⁰⁶ TEKİNALP, s. 173

⁴⁰⁷ GÜNEŞ, s. 108-109

⁴⁰⁸ ÖZTRAK, s.62-63, AYİTER, s. 128, ATEŞ, s. 164

⁴⁰⁹ EREL, s. 163

3. Maddi Unsur

Suçun maddi unsurunda hareket olarak çoğaltma eyleminden bahsedilmiştir. Fakat bunun şekli noktasında bir belirleme yapılmamış, serbest nitelikli bir hareket tanımı yapılmıştır. FSEK (m.22/ f.1) “*Bir eserin aslını veya kopyalarını, herhangi bir şekil veya yöntemle, tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak çoğaltma hakkı münhasıran eser sahibine aittir*” şeklindedir. Görüldüğü gibi kanun çoğaltmanın nasıl yapılacağı ve çoğalma şekli hakkında herhangi bir sınırlama konmamıştır. Çoğaltma da kullanılan araçlar ve çoğaltma tekniği önem arz etmemektedir. ; çoğaltma işleminde kullanılan mekanik, dijital vb. teknik ve yöntemler de suçun oluşumu yönünden herhangi bir önem taşımaz.

Önemli olan çoğaltılan kopyası çıkarılan eserden yararlanma imkanının bulunmasıdır. Çoğaltmada belirgin özellik, eserin az çok kalıcı ve maddi bir tespit vasıtasına kaydedilerek, yine bu nitelikte ikinci bir kopyanın çıkarılmasıdır. Çoğaltmanın temel özelliği, bir eserden hangi yoldan yararlanmak mümkünse, çoğaltma sonucunda ortaya çıkan örneğin de eserin o yoldan tekrarına imkan verecek ölçüde olmasıdır⁴¹⁰. Çoğaltma işlemi bazen fotoğraf ve baskı yoluyla, bazen plağa, diskete banda ya da sesin görüntünün tekrarına veya taşınmasına yarayan bir araca (bilgisayar v.b.) kaydedilerek çeşitli şekillerde olabilir⁴¹¹. Örneğin bir konferansta yapılan konuşmaların teknik bir cihazla kayıt altına alınması çoğaltmadır. Buna mukabil bir tiyatro oyununda fotoğraf çekilmesi çoğaltma sayılamayacaktır⁴¹². Çoğaltma da hareket bakımından en önemli unsur ikinci bir kopyanın ortaya çıkarılmasıdır. Eserin kopyasını çıkarma elle yazma, matbaada basma, fotokopi⁴¹³, eserin kayıtlı olduğu CD ve DVD’ nin kopyalanması şeklinde olabilir. Eserin bir bütün halinde değil de parçalar halinde kopyalanması da anılan suç meydana getirecektir. Bu kopyanın çıkarılmasında kullanılan teknik vasıtanın önemi yoktur, bunun

⁴¹⁰ EREL, s.165.

⁴¹¹ TEKİNALP, s. 173

⁴¹² ORHAN-SULUK, s. 379

⁴¹³ “ Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku bilimsel ve edebi eserlerden, müziğe tiyatro, sinema, güzel sanatlardan mimariye ve bilgisayar programlarından, veri tabanlarına kadar çok geniş bir çeşitliliğe sahip olan düşünce ürünlerinin yaratılması, topluma sunulması ve bunlardan bireylerin yararlanması sürecini düzenler. Bu süreç aynı zamanda ulusal ve evrensel kültüre yön verir. Bu nedenle bu alana yatırım yapılmasını özendirme ile bu ürünlerden yararlanma ilkeleri arasında kurulan bir denge temeline oturmalıdır. İzinsiz fotokopi yoluyla çoğaltılan kitapların eser niteliği konusunda ihtilaf yoktur. İddianameye konu kitabın katılan meslek birliğinin koruması altında olduğu ve meslek birliğinin mali hakların takibi açısından .. dava ve şikayet hakkına sahip bulunduğu, sanığın meslek birliğinin koruması altındaki kitabı izinsiz olarak ticari amaçlı olarak işyerinde bandrol almadan çoğaltmak suretiyle..... Cezalandırılmasına “(**Beyoğlu Fikri Ve Sınai Haklar Ceza Mahk.** T. 07.10.2009 E. 2007/63 K. 2009/257 **Yayınlanmamış mahkeme kararı**)

nedeni kanun hükmünde “herhangi bir şekil veya yöntemle”, “bilinen ve ileride geliştirilecek olan vasıtalarla” “doğrudan veya dolaylı” biçimde çoğaltmanın gerçekleştirilebileceği ifade edilmektedir (FSEK m.22/1). Kanunda yer verilen bu tür terimlerin günümüzde giderek önemini artıran internet veya dijital çoğaltma tekniklerini de kapsadığı ifade edilmektedir⁴¹⁴. İnternet sayesinde her türlü yazılı metin, görüntü, ses çok kolaylıkla geniş kitlelere gönderilebilmekte veya burada yayınlan eserler CD, DVD gibi materyallere kaydedilebilmektedir. Sanal ortamda kullanıcılar tarafından kopyalama suretiyle yapılan çoğaltmalar da suç sayılacaktır. En yaygın işlem türlerinden birisi elektronik postadır. Bilgisayarda depolanan bilgiler kullanıcılar arasında zahmetsizce, çok hızlı bir şekilde paylaşılabilir. Elektronik posta yolu ile bilgi veya eserlerin gönderilmesi halinde, bilgisayarda kayıt yapıldığı için çoğaltma söz konusu olur⁴¹⁵. Ancak FSEK md. 38 kapsamında kişisel kullanım halleri saklıdır. Bu bağlamda kişinin aile fertlerine göndermiş olduğu elektronik posta ile çoğaltma hakkının ihlali söz konusu olmayacaktır.

Dijital bir eserin bilgisayarda RAM adı verilen geçici belleğe kaydedilerek görüntülenmesi durumunun çoğaltma sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır. Bu işlem fikri hukuk bakımından çoğaltma sayılsa bile cezalandırılmaz, çünkü bu işlem programı kullanılması bakımından teknik olarak zorunludur⁴¹⁶. ÖZDERYOL’ a göre de bu tür ortamlarda program bilgisayar açıldığında yüklenmekte, bilgisayar kapandığında yok olmaktadır⁴¹⁷. Buna mukabil bazı yazarlara göre geçici surette RAM üzerinden eserin hafızaya alınması çoğaltmadır⁴¹⁸. Kanaatimizce de yapılan bu geçici suretle kaydın hak sahiplerinin menfaatlerini zedeleyecek yeni bir yararlanma imkanı oluşturmadığı sürece bu eylem suç teşkil etmemelidir⁴¹⁹. Bununla birlikte dijital eserin HARDDİSC denilen bilgisayarın ana belleğine kaydı, internetten başka bir bilgisayara veya CD, DVD gibi ortamlara kopyalanması çoğaltma sayılacaktır. Yine internet üzerinden gerçekleşen dosya

⁴¹⁴ AKİPEK-DARDAĞAN, s.56-58; TEKİNALP, s.174

⁴¹⁵ Yavuz KAPLAN; **İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk**, Ankara 2004, s.119

⁴¹⁶ MEMİŞ, Müzik Sunumu, s. 114, EROĞLU, s. 77

⁴¹⁷ ÖZDERYOL, s. 145

⁴¹⁸ KENDİGELEN-BOZBEL, s. 512

⁴¹⁹ EROĞLU, s. 77

paylaşımı (FILESHARING) yoluyla, üye olunabilen bir sistemde kullanıcıların kendi bilgisayarlarına dosyaları indirmesi fiili çoğaltma olarak kabul edilecektir⁴²⁰.

Bir yazarın makalelerin web sitesinde kamuya sunulması çoğaltma hakkının ihlalidir. Yine bir web sayfası içinde yer alan bilgiler, başka bir operatör tarafından işletilen web sitesine aktarılabilir. Bu durumda da çoğaltma hakkı ihlal edilmiş sayılacak⁴²¹ ve anılan suç teşkil edecektir. İnternette şahsen kullanım amacıyla bir adet kopyanın bilgisayar sabit diskine kaydedilmesi hukuka uygun olacaktır. Ancak bu şahsi kullanım kişinin yakın çevresini aşmamalı, kar amacı gütmemelidir, Ancak bu sınırlamanın internet ortamında sunulan eserler için istisnasız olarak uygulanması düşünülemez⁴²². Yasal kullanıcı tarafından bir adetten fazla kopyalama yapılması, eser sahibinin izni olmadan gruplara elektronik posta yolu ile iletimi şahsen kullanma ilkesi kapsamında değildir, hukuka aykırıdır ve bu durumda inceleme konumuz olan suç gerçekleşmiş olacaktır⁴²³. Artık bu hal çoğaltma hakkının meşru bir sınırlamasını aşarak, hakkın ihlali manası gelmektedir.

Çoğaltma hakkında esas olan eser içeriğinin bir bütün olarak tekrarlanmasıdır. Bir eserin büyüklüğünde veya boyutlarında değişiklik yapmak, o eseri işleme eser haline getirmez, bilakis bu durum çoğaltma hakkı kapsamında ele alınmalıdır⁴²⁴. İşte bu anlamda müzik parçalarının geliştirilen bir usulle sıkıştırılmış hali olan Mp3⁴²⁵ formatına dönüştürülmesi de çoğaltma eylemi kapsamındadır⁴²⁶. Eserin tek başına Mp3 formatına dönüştürülmesi, bunun internette bir sunucuya gönderilmesi veri paylaşım programları⁴²⁷ (peer to peer, P2P, file sharing) olarak adlandırılan programlar dahil olmak üzere herhangi

⁴²⁰ EREL, s. 199, MEMİŞ, Müzik Sunumu, s. 113-115

⁴²¹ AKİPEK-DARDAĞAN, s. 57

⁴²² EREL, s.199

⁴²³ “ Milten Mütahhitlik Ltd. Şti’ne ait bilgisayarlarda müşteriki şirketlere ait programların kanuna aykırı olarak çoğaltılıp, ticari amaçla ellerinde bulundurmaktan dolayı açılan kamu davası yargılaması sırasında sanığa ait şirkette bulunan bir adet sunucudaki şikayetçilere ait olduğu iddia edilen programlara ait lisans sözleşmelerinin bulunup, bulunmadığı, server için yapılan sözleşmenin terminallerdeki kullanmaya imkan verip vermediği, sunucu ve terminallerden oluşan sistemde yapılan bu işlemin, kuruluş disketlerinden kopyalama çıkarma eylemini oluşturup oluşturmadığı, ağ işletim sisteminin varlığının kabulü halinde her kullanıcı için ayrı sözleşme gerekip gerekmediği, sanığa ait şirketin faaliyet alanı nazara alınarak, ana sunucu için yapılan sözleşme kapsamı aşarak sunucuya bağlı ağ üzerinden 46 terminal ve bu terminaller arasında kendisine ait katı diski olan 4kişisel bilgisayardan oluşan sistem içinde kullanım halinin yasanın aradığı anlamda ticari olup olmadığı araştırılarak sanığın hukuki durumu ve suç vasfının buna göre tayini gerekir.” (ERDİL, s. 1479)

⁴²⁴ Arzu Genç ARIDEMİR, **Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma Ve Yayma Hakları**, İstanbul 2003, s. 91

⁴²⁵ ÖZDERYOL, s.138 dipnot, 490

⁴²⁶ KENDİGELEN-BOZBEL, s. 511

⁴²⁷ ÖZDERYOL, s.147

bir şekilde internetten indirilerek CD' ye kaydedilmesi veya Mp3 içeren bir CD' den kopyalanarak sabit disk üzerine kaydedilmesi çoğaltma hakkına tecavüz eylemini oluşturacak ve anılan eylem suç meydana getirecektir. İnternet üzerindeki kullanımların şahsen kullanımı çerçevesinde hukuka uygunluk sebebinden yararlanmalar halinde bu istisnanın dar bir şekilde yorumlanması gerektiği dile getirilmiştir⁴²⁸

Bunların dışında örneğin bir fotoğraf eserinin kitap kapağına basılması, bir motifin broşüre konulması, bir sanat eserinin fotoğrafını çekip kartpostala koyma halleri çoğaltma sayılmaktadır⁴²⁹. Yine mimarlık eserlerinin plan, proje ve krokisinin kopyasının çıkarılmasının çoğaltma sayıldığı madde metninde yer almaktadır. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunun 22/2. Fıkrasında yer alan bu düzenleme güzel sanat eseri niteliğindeki mimari eserleri ile sınırlıdır. FSEK 2. Maddesi kapsamında ilmi eser niteliğindeki “bedii vasfı bulunmayan” plan, proje ve krokilerin uygulanması çoğaltma niteliğinde değildir⁴³⁰. Aynı kural kabartma ve delikli kalıplar hakkında da geçerlidir.

Güzel sanat eserlerinin parça ve tek olmasından kaynaklanan özellikleri dikkate alındığında aslına benzer şekilde meydana getirilmiş güzel sanat eserlerinde çoğaltmadan ziyade işleme söz konusu olacaktır⁴³¹. Hukuka uygun olarak işlenme hakkı elde edilen eserden çoğaltma yolu ile yararlanılmasının mümkün olması halinde işleyenin asıl eser sahibinden izin almadan çoğaltma hakkına sahip olacağı belirtilmiştir⁴³². Bu durumda işleme eser sahibi açısından anılan suç teşkil etmeyecektir.

Failin ister basım yoluyla isterse diğer dijital yöntem ve teknikleri kullanarak bir eserin aslından ikinci bir kopyasını elde etmesiyle suçun maddi unsurunu oluşturan hareket kısmı tamamlanmış olmaktadır⁴³³. Failin bu çoğaltma sonucu elde edilen nüsha adedi önemli değildir⁴³⁴, tek bir nüsha bile elde edilmiş olsa hareket bakımından suçu etkilemeyecek ve inceleme konumuz olan çoğaltma hakkını ihlal suçu meydana gelecektir. Suçun maddi unsuru hareket kısmı ile ilgili bir açıklık bulunmamaktadır, bu nedenle suç

⁴²⁸ EREL, s. 199, EROĞLU, s. 178, ÖZDERYOL, s. 147

⁴²⁹ Yargıtay 11 HD. 20.02.2001 tarihli ve 10395/1478 sayılı yayımlanmamış bir kararında ressam Zeki Faik İzer' in “İstihsal” adlı tablosunun bir bankanın çıkardığı takvimde izinsiz olarak basılmasını çoğaltma hakkının ihlali olarak görmüştür (Nakleden: TEKİNALP, s.173).

⁴³⁰ HIRSCH, s. 168

⁴³¹ ÖZTRAK, s. 24 - 25

⁴³² ARSLANLI, s. 97

⁴³³ ÖZDERYOL, s. 148

⁴³⁴ EREL, s.163

her türlü araç ve teknik yöntemle işlenmeye elverişli olduğundan “serbest hareketli suç olup, hareketlerden birinin yapılmasıyla suç oluşacağından aynı zamanda seçimlik hareketli bir suçtur”⁴³⁵. Hareketin yapılması ile sonuç gerçekleşeceği için “neticesi harekete bitişik suç” niteliğindedir. Suçun oluşması bakımından zararın meydana gelmesi aranmadığından “tehlike suçu” vasfındadır, hareketin yapılması yeterlidir.

4. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hak sahibi kişilerin fikri çabaları sonucunda meydana getirdiği eserin, eser sahibinin ekonomik getirilerinden faydalanmasını zedeleyen ihlallerin cezalandırılması kanun hükmünde düzenlenmiştir. Bu suça ilişkin hukuka aykırılık unsuru madde de açıkça hak sahibi kişilerin yazılı olmaması olarak belirtilmiştir. Bu durumda başlıca hukuka uygunluk sebebi verilecek olan yazılı izindir. Anacak verilecek olan bu yazılı iznin suçun işlenmesinden evvel verilmesi gerektirir. FSEK madde 38’ e göre fikir ve sanat eserlerinin kar amacı güdülmezsizin şahsen kullanmaya mahsus çoğaltılması mümkündür⁴³⁶. Örneğin kişilerin bilimsel ve kültürel gelişimine katkıda bulunmak maksadıyla, eserin izin alınmadan sadece kişisel kullanım için çoğaltılmasına bazı sınırlar dahilinde izin verilmelidir⁴³⁷. Ancak yapılacak olan çoğaltma hak sahibinin meşru menfaatlerini zedelememeli ve normal suretle yararlanma koşullarına aykırı olmamalıdır. Ayrıca kişisel kullanım dar olarak yorumlanmalı aile, akraba gibi şahsi muhitin dışında kalan geniş kitlelere bunun yansımaması gerekir⁴³⁸. Kişisel kullanım için gerekli olan diğer bir hususta, olumsuz karakteri bulunan “kar amacı güdülmemesi” dir. Kar amacı güdülmesi, eserden satış suretiyle elde edilecek menfaat karşılığı olabileceği gibi, giderden kaçınılması ve böylece eserin orijinal nüshalarına yapılacak ödemededen tasarruf edilmesi şeklinde de ortaya çıkabilir⁴³⁹. Kişisel kullanım için yapılan çoğaltmanın haklı bir sebebe dayanması gerekir. Örneğin bir avukatın davasını savunmak için, bir kitaptan fotokopi çekip mahkemeye sunması haklı bir sebep oluşturur ve bu durumda eser sahibinin meşru menfaatleri zarar görmeyeceği için inceleme konumuz olan suç bakımından hukuka uygunluk nedeni meydana gelecektir. İnternet kullanıcılarının yapmış olduğu çoğaltmalarda, şahsi kullanım istisnasından yararlanmak için, internet yolu ile çoğaltılarak

⁴³⁵ ARTUK- GÖKÇENYENİDÜNYA, s. 258

⁴³⁶ ERDİL, s. 1416

⁴³⁷ Ahmet KILIÇOĞLU, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, Ankara 2006, s.340, AYİTER, s. 161

⁴³⁸ ATEŞ, s. 386

⁴³⁹ TEKİNALP, s. 194

kişisel bilgisayarına aktarılan eserin, veri paylaşım programındaki diğer kullanıcıların kullanımına açılmaması gerekmektedir, veri paylaşım programları aracılığıyla müzik eserlerini kopyalayan kişilerin, bu yolla elde ettikleri eserleri diğer paylaşımcıların kullanımına açarak aktif hale getirmeleri durumunda şahsi kullanım istisnasından yararlanılamayacağı ifade edilmiştir⁴⁴⁰. Ayrıca sözleşmede belirleyici hükümlerin yokluğu halinde, hata düzeltme de dahil, bilgisayar programlarının düşünüldüğü şahsen kullanım amacına uygun kullanımı için gerekli olan durumlarda, bilgisayar programlarının hukuki yollardan onu edinen kişi tarafından çoğaltılması serbesttir, bu durumda çoğaltma suçu oluşmayacaktır⁴⁴¹.

Bununla birlikte Fikir ve Sanat Eserleri Kanunun çeşitli maddelerinde hukuka uygunluk nedenleri düzenlenmiştir.

Anılan Kanunun 26 ve 27' inci maddelerinde belirtilen koruma sürelerinin bitmesi halinde hak sahibinin yazılı iznini almaya gerek yoktur, çünkü suç oluşmayacaktır. FSEK m. 31' de mevzuat ve içtihatlarla ilgili serbesti düzenlenmiştir.

Çoğaltma hakkı FSEK md. 35 ve 36' ya göre iktibasın haklı göstereceği ölçüler içinde serbesttir⁴⁴².

Haber mahiyetinde olmak üzere, günlük olaylara bağlı olarak fikir ve sanat eserlerinden bazı parçaların işaret, ses ve resim nakline yarayan vasıtalara alınması ve bu şekilde alınmış parçaların çoğaltılması serbesttir (FSEK m.37).

FSEK md. 40' a göre umumi yollar, caddeler ve meydanlara temelli kalmak üzere konulan güzel sanat eserlerinin resim, grafik, fotoğraf ve benzeri tekniklerle çoğaltılması caizdir. Bunun gibi, aynı maddede yer verilen hüküm gereğince, üzerlerine, sahibi tarafından açıkça yasaklayıcı bir kayıt konulmuş olmadıkça güzel sanat eserleri, malikleri veya bunların muvafakatiyle başkaları tarafından umumi mahallerde teşhir edilebilir. 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

⁴⁴⁰ KENDİGELEN-BOZBEL, s.522. MEMİŞ, s.122.

⁴⁴¹ ERDİL, s. 1417

⁴⁴² EREL, s 166

çoğaltma ve yayma caizdir. Bunun gibi FSEK ek 11. maddesi de, engelliler için üretilmiş nüshası olmayan ilim ve edebiyat eserlerinin ticari amaç güdülmeksizin çoğaltılması halinde izne gerek olmadığını belirtmiştir⁴⁴³.

H. Her Türlü İşaret, Ses Veya Görüntü Nakline Yarayan Araçlarla Umuma İletme Suçu

1. Genel Olarak

Eser sahibinin kamuya iletim hakkı FSEK' in 4630 sayılı kanunla değişik 25' inci maddesi, “İşaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı” kenar başlığı altında şöyle bir düzenlemiştir.

“Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayınlanması ve yayınlanan eserlerin bu kuruluşların yayınlarından alınarak başka yayın kuruluşları tarafından yeniden yayınlanması suretiyle umuma iletilmesi hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Eser sahibi, eserinin aslı ya da çoğaltılmış nüshalarının telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılmasına veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda eserine erişimini sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkına da sahiptir. Bu madde ile düzenlenen umuma iletim yoluyla eserlerin dağıtım ve sunumu eser sahibinin yayma hakkını ihlal etmez”.

Bu madde uyarınca eser sahibinin teknik araçlarla umuma iletim hakkı; 1) eserin veya çoğaltılmış nüshalarının telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla umuma aktarılmasını, 2) İşaret ve/ veya görüntü nakline yarayan araçlarla (dijital iletim dahil)

⁴⁴³ **Ek Madde 11** - Ders kitapları dahil, alenileşmiş veya yayımlanmış yazılı ilim ve edebiyat eserlerinin engelliler için üretilmiş bir nüshası yoksa hiçbir ticarî amaç güdülmeksizin bir engellinin kullanımı için kendisi veya üçüncü bir kişi tek nüsha olarak ya da engellilere yönelik hizmet veren eğitim kurumu, vakıf veya dernek gibi kuruluşlar tarafından ihtiyaç kadar kaset, CD, brail alfabesi ve benzeri formatlarda çoğaltılması veya ödünç verilmesi bu Kanunda öngörülen izinler alınmadan gerçekleştirilebilir. Bu nüshalar hiçbir şekilde satılamaz, ticarete konu edilemez ve amacı dışında kullanılamaz ve kullanılamaz. Ayrıca bu nüshalar üzerinde hak sahipleri ile ilgili bilgilerin bulundurulması ve çoğaltım amacının belirtilmesi zorunludur.

yayınlanarak kamuya aktarılmasını, 3) Yayınlanan eserin bir yayın kuruluşundan alınarak başka bir yayın kuruluşu tarafından kamuya arz edilmesini kapsamaktadır.

İşte Kanunun 71/1-1 maddesinde düzenlenen suç tipiyle hak sahibi kişilerin umuma iletim hakkı korunmak istenmiştir.

2. Tipiklik

Madde metninde “bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapıyı hak sahibi kişilerin izni olmaksızın her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletenlerin” cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır.

3. Maddi Unsur

Yukarıda da belirttiğimiz gibi düzenlenen bu suç FSEK md. 25’ de düzenlenen eser sahibinin” işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla kamuya iletim hakkıdır. Madde de düzenlenen kavramlardan iletim, fikir ve sanat eserlerinin radyo, televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz araçlarla yayın yapan araçlarla yayınlanarak umuma iletilmesini, yeniden iletim ise yayınlanan eserlerin yayınlayan kuruluşların yayınlarından alınarak başka yayın kuruluşları veya operatör tarafından yeniden yayınlanması suretiyle umuma iletilmesini ifade eder⁴⁴⁴.

Eserin aslının veya çoğaltılmış nüshalarının resim, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla kamuya iletimini doktrinde dolaylı temsil olarak ta niteleyenler vardır⁴⁴⁵. FSEK madde 71/1’ deki düzenlemeyi FSEK madde 25 ile birlikte ele aldığımızda ilk olarak bu yetkinin radyo ve televizyon aracılığıyla yayınlanmasını içerdiği görülür. Hak sahibi kişilerin izni olmaksızın bir eserin radyo veya televizyonda yayınlanması suç teşkil edecektir⁴⁴⁶.

⁴⁴⁴ BOZBEL, s.1320

⁴⁴⁵ ÖZDERYOL, s. 168, ATEŞ, s.189

⁴⁴⁶ MESAM koruması altında bulunan yabancı müzik eserleri ile MESAM üyesi eser sahiplerine ait müzik eserlerinin 01.06.1999 tarihinde Kanal 6 Televizyonunda kullanım izni alınmadan ve mali hak bedelleri ödenmeden yayınlandığı iddiasıyla adı geçen TV kuruluşunun yetkilisi olan sanıklar hakkında 5846 sayılı Yasaya muhalefetten kamu davası açılmış olup, belirtilen yayına ilişkin kasetin RTÜK tarafından bir yıllık süre geçmiş olması sebebiyle temin edilemediği bildirilmiş ise de, müdahil tarafından sunulan yayın kaseti üzerinde konunun uzmanı bilirkişi marifetiyle inceleme yaptırılarak montaj ya da gerçek olup olmadığı hususu saptanıp, program jeneriğinde ismi geçen yapımcılar ile katılan şahıslar temin edilip dinlenilerek hasıl olacak sonuca göre sanıkların hukuki durumunun tayin ve takdirinin gerekmesi.. Bozmayı icab ettirmiş...” (Yarg. 7.CD, T.14.07.2004, 7401/9364 YAZICIOĞLU, s. 341)

Madde metninde dijital iletimden bahsedilmiş, fakat bunun bir tanımı yapılmamıştır. Buradan radyo ve televizyon dışında kalan yöntemlerle eserin yayınlanmasını anlamak gerekir. Artık gelişen teknolojiyle birlikte internet bu yöntemlerden en yaygın olanıdır. Yine eserin hoparlör, monitör gibi araçlarla umuma iletimi de bu suç kapsamındadır. Günümüzde gelişen teknoloji ile birlikte bir kitap ülkemiz sınırları dışında piyasaya sürülmüş olsa bile, kitabın kendisi fiziki olarak ülkemiz sınırları içine girmeden, bu kitaba internetten ulaşmak mümkündür. Bundan dolayı bir eserin internet vasıtasıyla umuma iletilmesi veya cep telefonu gibi telsiz ve kablosuz olarak ses ve görüntü nakline yarayan elektronik araçlarla üçüncü şahısların istifadesine sunulması, bu madde kapsamında eserin umuma iletilmesidir.⁴⁴⁷ Şunu da hemen belirtelim ki kanunda “her türlü” ibaresine yer verilmiş olduğundan, teknik gelişmeler sonucu ortaya çıkabilecek olan umuma iletme yarayan yeni araçlar da bu maddenin kapsamı içine girecek ve FSEK madde 71/1-1 ‘deki suç meydana gelecektir.

FSEK madde 25/II ‘ye göre bir edebiyat eserinin veya müzik eserinin web sayfalarında veya internet sunucularında kişilerin erişimini mümkün kılacak şekilde bulundurulması, eserin umumu iletimidir. Eser sahibi bu durumda gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda internet ortamında eserine erişimini sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkına sahiptir. Hak sahibinin yazılı izni olmadan bu hakkın kullanılması FSEK madde 71/1 kapsamında suçun oluşumuna sebebiyet verecektir⁴⁴⁸. Söz konusu durumda o eseri internete koyan veya kullanıcıların istifadesine sunan kişi sorumlu olacaktır⁴⁴⁹.

FSEK madde 71/1’de düzenlenen “umuma ileten, yayımlayan” ibaresindeki yayımlamak ifadesi kanaatimizce 25.madde uyarınca yayın olarak anlaşılmalı ve yasama organı tarafından düzeltilmelidir.

Hareketin yapılması ile netice de meydana geleceğinden inceleme konumuz olan bu suç “neticesi harekete bitişik suç” tiplerindendir. Eserin umuma iletimini şekli konusunda açıklık bulunmadığı için suç “serbest hareketli suç olup”, umuma iletim

⁴⁴⁷ ERDİL, s. 1425, ÖZDERYOL, s. 169, ATEŞ, s.188- 191

⁴⁴⁸ ERDİL, s. 1426

⁴⁴⁹ ÖZDERYOL, s.170

hareketlerinden birinin yapılmasıyla suç oluşacağından seçimlik hareketli suç niteliğindedir.

4. Hukuka Aykırılık Unsuru

Bu suçla ilgili olarak madde de hukuka uygunluk sebebi olarak, diğer suçlarda olduğu gibi hak sahibi kişilerin yazılı izni düzenlenmiştir. Suçun işlenilmesinden önce verilecek olan yazılı izin suçun oluşumuna engel olacaktır.

Kanunda bu konuda açıklık bulunmamakla birlikte FSEK Md. 38 kapsamında kişisel kullanımın caiz olduğu hallerde suçun oluşmayacağı doktrinde kabul görmektedir⁴⁵⁰. Bunun dışında kanun bazı maddelerinde hukuka uygunluk nedenleri düzenlenmiştir.

FSEK Md. 26 ve 27’ de belirtilen koruma sürelerinin geçmesi halinde anılan suç oluşmaz.

FSEM md. 31’e göre mevzuat ve içtihattan faydalanma sebestisi tanınmıştır. 32/1’de yer alan düzenleme gereği T.B.M.M. ve diğer meclis ve kongrelerde umumi toplantılarda söylenen söz ve nutukların haber ve malumat vermek maksadıyla umumi mahallerde okunması, radyo ve televizyon gibi araçlarla yayını serbesttir.

FSEK m.33 hükmüne göre “yayımlanmış bir eserin, tüm eğitim ve öğretim kurumlarında, yüz yüze eğitim ve öğretim maksadıyla doğrudan veya dolaylı kar amacı gütmeksizin temsili, eser sahibinin ve eserin adının mutlak şekilde zikredilmesi şartıyla serbesttir.” Şayet bu tür eğitim ve öğretim kurumlarında yapılacak temsilde kar amacı güdülüyorsa, bu serbestiden yararlanılamayacaktır.

FSEK madde 36/II hükmü gereğince gazete veya dergilerde çıkan içtimai, siyasi veya günlük meselelere mütealik makale ve fıkraların iktibası açıkça saklı tutulmamışsa aynen veya işlenmiş şekilde diğer gazete ve dergiler tarafından alınması ve radyo vasıtasıyla veya diğer bir suretle yayılması serbesttir.

FSEK m.37’e göre; haber mahiyetinde olmak ve bilgilendirme kapsamını aşmamak kaydıyla, günlük hadiselerle ilgili olarak fikir ve sanat eserlerinden bazı

⁴⁵⁰ ATEŞ, s.426, EREL, s. 184, ÖZDERYOL, s.171

parçaların işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan vasıtalarla alınması mümkündür. Bu şekilde alınmış parçaların çoğaltılması, yayılması, temsil edilmesi veya radyo ve televizyon gibi araçlarla yayınlanması serbesttir.

FSEK m.40 hükmüne göre ise, umumi yollar, caddeler ve meydanlara, temelli kalmak üzere konulan güzel sanat eserlerini radyo ve benzeri vasıtalarla yayımlama caizdir.

Yukarıda hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiş maddelerin bazılarında sadece radyo (FSEK MD. 36) veya belli bir nakle yarayan araç belirtilmiş olsa da FSEK madde 25’de sayılan araçlarla bunların iletimi suç oluşturmamaktadır⁴⁵¹.

I. Dağıtma Hakkının İhlali Suçu

1. Genel Olarak

Kanun koyucu 5728 sayılı yasa ile değişiklik yapılmadan evvel 5846 sayılı yasanın, 72/3c bendinde , *"hak sahibinin izni olmaksızın bir eseri herhangi bir şekilde yayan"* kişinin eylemini suç olarak belirlemişti. Eser sahibinin yayma hakkı FSEK m.23 hükmünde düzenlenmiştir. Bu hükme göre “bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak hakkı münhasıran eser sahibine aittir”. Kanun koyucu yeni düzenlemede “hak sahibi kişilerin izni olmadan dağıtan” ibaresine yer vermiştir. Dağıtmak ibaresi yayma hakkını düzenleyen 23. madde çerçevesinde yorumlanmalıdır. “Yayma” terimi FSEK (m.23)’ de “dağıtma” anlamında kullanılmıştır⁴⁵².

2. Tipiklik

Kanunda “bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapıyı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın dağıtan” ifadesine yer verilmiştir. Buna göre eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak ve diğer yollarla dağıtmak yetkileri bu madde kapsamına girmektedir.

⁴⁵¹ EREL, s. 1428

⁴⁵² ÇINAR, s. 60

3. Maddi Unsur

Kanun koyucu kiralamak, ödünç vermek ve satışa çıkarmanın dışında sair usuller demek suretiyle yayma hakkının tezahürünü oluşturan dağıtma şekillerini sınırlamamak için böyle bir usulü kabul etmektedir. Yayma hakkı çoğu kez ticaret mevkiine koyma anlamına gelir⁴⁵³, fakat sadece ticari amaçla tedavüle konulmuş olması şart değildir. Dağıtmak ibaresi, ticari dolaşımı da kapsayacak kadar geniştir⁴⁵⁴.

Bu madde kapsamında kiralama yayma hakkı olarak kabul edilmiş ve korumaya alınmıştır⁴⁵⁵. Kiralama eserin aslı veya çoğaltılmış nüshalarının kullanma hakkının muayyen bir süre için menfaat elde etmek için başkasının istifadesine bırakılmasını ifade etmektedir. Burada menfaat bir miktar para karşılığı olabileceği gibi, başka bir ekonomik yararın elde edilmesi de olabilir⁴⁵⁶. Örneğin sinema filmlerini kiralama işiyle uğraşan bir işletmenin hak sahibi kişilerin iznini almaksızın müşterilerine CD şeklinde çoğaltılmış nüshaları kiralaması halinde dağıtma hakkının ihlali sonucu doğacak ve inceleme konumuz olan suç oluşacaktır. Şunu da hemen belirtelim ki bu suçun oluşabilmesi için taraflar arasında özel hukuk anlamında bir sözleşmenin varlığı gerekmez.

Yine bu madde kapsamında ödünç vermek kavramı da girmektedir. Ödünç vermek ile kiralama kavramlarını menfaat elde etmek unsuru ayırmaktadır. Eserin aslının veya çoğaltılmış nüshalarının kullanımının ödünç vermede menfaat karşılığı olmaksızın başkasının yararlanmasına bırakılması söz konusudur. Ödünç vermede kütüphaneler örneğinde olduğu gibi kamuya açık kurumlar tarafından toplumun yararına sunulması şart değildir⁴⁵⁷. Kütüphane gibi kuruluşlar tarafından örneğin kitap olarak çoğaltılmış eserin nüshasının ödünç verilmesi, eserin piyasada satılmasını zayıflatacak ve eser sahibinin mali haklarını etkileyecektir⁴⁵⁸. Bu durumda ekonomik amaç güdülmemiş olsa dahi dağıtma hakkının ihlali suçu teşkil edecektir.

⁴⁵³ TEKİNALP, s. 174

⁴⁵⁴ EREL, s. 170

⁴⁵⁵ Aynı yönde Bkz. ÖZTRAK, s. 58, AYİTER, s. 130, YAZICIOĞLU, s. 331, ÖZDERYOL, s. 158, ERDİL, s. 1418

⁴⁵⁶ TEKİNALP, s. 176, BEŞİROĞLU Fikir Hukuku, s. 295

⁴⁵⁷ YAZICIOĞLU, s. 332, aksi görüş ÖZDERYOL, s. 70, ATEŞ, s. 172

⁴⁵⁸ BEŞİROĞLU, Fikir Hukuku, s. 298

Eser sahibi “kiralama” ve “kamuya ödünç verme” haklarının kullanımına izin vermiş olsa bile, bu hakların kullanımı, eser sahibinin çoğaltma hakkına zarar verecek şekilde kullanılamaz (FSEK m.23/3).

Yayma hakkının tezahürü olan dağıtma hallerinin içinde “satışa çıkarmak ve sair usuller” de yer almaktadır. Satışa çıkarmak ile kast olunan eserin belirli bir menfaat karşılığı mülkiyetini devretmektir. Bu devir bir satım sözleşmesi ile olabileceği gibi trampa veya bağış yolu ile de olabilir⁴⁵⁹. Ancak yayma hakkının tüketildiği durumlarda suç oluşmaz. Eserin ilk kez satışa sunulması hususunda karar verme yetkisi eser sahibindedir. Ancak eserin aslı veya çoğaltılmış nüshalar bir kez eser sahibi tarafından satıldıktan sonra, artık eser sahibinin bundan sonra yapılan satışlara engel olma yetkisi ortadan kalkar. Diğer bir ifade ile çeşitli şekillerde yayılmış bulunan eser nüshalarını alan kişi sadece bu nüshaları eser sahibinden izin almaksızın yayabilir⁴⁶⁰. Zira eserin ilk iradi satımı ile birlikte hak sahibini tekel niteliğindeki yayın hakkı tükenir. Mesela bir romanın yayın haklarını alan bir yayınevinin romanı başbayilere onların bayilere, bayilerinde müşteriye satması artık hak sahibi tarafından engellenemez⁴⁶¹. Bu ilkeye “yayma hakkının tüketilmesi” adı verilir.

Sair usuller’ den maksat ise kiralama, ödünç verme, satım gibi hallerin dışında kalan amaç ve yöntemlerle eserin tedavüle konulmasıdır⁴⁶². Örneğin bir kitabın yapılan bir gösteri esnasında katılanlara dağıtılması halinde kiralama, satım veya ödünç verme söz konusu değildir. Fakat yapılacak olan ücretsiz dağıtma işlemi ile anılan suç oluşacaktır.

İnternet ortamında madden şekillenmiş dosyaların dağıtımı veya sanal ortamda bunlara maddi menfaat karşılığı erişim sağlanması yayma hakkını ihlal etmez. Bu durumda daha önce izah etmiş olduğumuz eser sahibinin kamuya sunma hakkına tecavüz suçu gerçekleşmiş olur⁴⁶³. Kanaatimizce de FSEK md. 25’ in son fıkrası “bu madde ile düzenlenen umuma iletim yoluyla eserlerin dağıtım ve sunumu eser sahibinin yayma

⁴⁵⁹ ATEŞ, s. 171.

⁴⁶⁰ ATEŞ, s. 412

⁴⁶¹ TEKİNALP, s. 179

⁴⁶² “Türk Dil Kurumu Okul Sözlüğü” adlı eseri okurlarına ücretsiz olarak dağıtımını üstlenen davalının anılan kitabı sözleşmeye aykırı şekilde piyasaya sürmesi FSEK md. 22 ve 23’e aykırılık teşkil eder.....” (Yarg. 11.HD T. 29.03.2001 E. 2001/493 K. 2001/2537 ERDİL, s. 1418)

⁴⁶³ Aynı yönde . Leyla Keser BERBER, “İnternette Eser Sahipliği Hukuku Sorununa Getirilen Teknik Çözümler: Steganografi (Data Hiding; Veri Gizleme) ve (Dijital İşaretleme)”, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki KURU Armağanı, Ankara 2004, s. 180. ÖZDERYOL, s. 159. EROĞLU, s.75, KENDİGELEN- BOZBEL, s. 514

hakkını ihlal etmez” diyerek umuma iletim yoluyla eserlerin dağıtım ve sunumunun yayma hakkını ihlal etmeyeceği düzenlenmiştir.

Dağıtma fiilinin kiralamak, ödünç vermek ve satışa çıkarmak suretiyle gerçekleştirilen hareketleri kendi içinde zorunlu olarak bağlı hareket oluştururken sair usuller denilerek bunların dışındaki hareketler bakımından serbest hareketli bir fiil öngörülmüş bulunmaktadır⁴⁶⁴. Bu suç bir tehlike suçu olduğundan zararın meydana gelmesi aranmaz. Ayrıca hareketin yapılmasıyla sonuçta gerçekleşeceğinden bu suç “neticesi harekete bitişik” bir suç tipidir.

4. Hukuka Aykırılık Unsuru

Bu suç tipinde başlıca hukuka uygunluk nedeni kanun metninde bahsedilen yazılı izindir. Madde de belirtilen haller dışında FSEK md. 26, 27, 31, 32, 36/2, 37 ve 40. maddelerinde hukuka uygunluk nedenleri düzenlenmiştir. Tüm bu hallerde, eser sahibinin izni olmasa da gerçekleştirilen eylemler hukuka aykırı sayılmayacak ve cezalandırılmayacaktır. Bu haller için yukarıdaki açıklamalarımıza yollama yapmakla yetiniyoruz.

J. Hukuka Aykırı Olarak İşlenen Veya Çoğaltılan Eserleri Satışa Arz Etme Satma, Kiralama Veya Ödünç Verme Ya Da Sair Şekilde Yayma

1. Genel Olarak

5728 sayılı kanun değişikliğinden önce FSEK m. 72/1’ de düzenlenen “aralarında mevcut bir sözleşme olmasına rağmen bu sözleşme hükümlerine aykırı olarak bir eser veya işlenmelerin kendi tarafından çoğaltılmış nüshalarını satan veya dağıtan kişiler hakkında, üç aydan iki yıla kadar hapis...” şeklinde düzenlenen suç 5728 sayılı kanun değişiklikleri ile FSEK’ ten çıkarılmıştır. Kanun yasalaşmadan önce, Adalet komisyonuna gelmeden önceki gerekçesinde, Anayasamızın 38. maddesindeki “hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonamaz” hükmü nedeniyle bu suçun FSEK’ ten çıkarıldığı belirtilmiştir⁴⁶⁵. Ancak bu hüküm FSEK’

⁴⁶⁴ YAZICIOĞLU s. 331

⁴⁶⁵ ÜSTÜN, s. 11

ten çıkarılsa bile anılan eylem FSEK md. 71/1’ deki düzenleme kapsamında cezalandırılabilecektir⁴⁶⁶.

2. Tipiklik

Suçun kanunda tarif edilen modeli “Hukuka Aykırı Olarak İşlenen Veya Çoğaltılan Eserleri Satışa Arz Etme Satma, Kiralama Veya Ödünç Verme Ya Da Sair Şekilde “ yaymaktır.

3. Maddi Unsur

Mevcut düzenleme ile arada sözleşme bulunmaksızın hukuka aykırı olarak işlenen ve çoğaltılan eserlerin piyasada hak sahibi kişilerin mali haklarını ihlal eder mahiyette dolaşmalarını engellemek istemiştir. Kanun koyucu sözleşmeye aykırılık aramadığı gibi, arada bir sözleşme bulunması da şart değildir. Mali haklara tecavüz suçlarında düzenlenen “dağıtmak” fiili “Hukuka Aykırı Olarak İşlenen Veya Çoğaltılan Eserleri Satışa Arz Etme Satma, Kiralama Veya Ödünç Verme Ya Da Sair Şekilde Yayma” fiillerini kapsar mahiyettedir. Mezkur ifade biçimi yeni veya farklı bir unsuru yahut farklı bir hareketi öngörmemektedir^{467 468}. Bu nedenle biz de hak sahibinin dağıtma hakkının ihlali suçunda yapmış olduğumuz açıklamalara yollama yapmakla yetiniyoruz.

4.Hukuka Aykırılık Unsuru

Bu suç tipinde başlıca hukuka uygunluk nedeni kanun metninde bahsedilen yazılı izindir. Madde de belirtilen haller dışında FSEK md. 26, 27, 31, 32, 36/2, 37 ve 40. maddelerinde hukuka uygunluk nedenleri düzenlenmiştir. Tüm bu hallerde, eser sahibinin izni olmasa da gerçekleştirilen eylemler hukuka aykırı sayılmayacak ve cezalandırılmayacaktır. Bu haller için yukarıdaki açıklamalarımıza yollama yapmakla yetiniyoruz.

⁴⁶⁶ ERDİL, s. 1398

⁴⁶⁷ YAZICIOĞLU, s. 344, Yazıcıoğlu bu düzenlemeyi gereksiz bulmaktadır.

⁴⁶⁸ ERDİL ise bu suçu yayma hakkının ihlali suçları başlığı altında incelemiştir. Bkz. S. 1418

K. Ticari Amaçla Satın Alma Suçu

1. Genel Olarak

Kanunun değişiklikten önceki 72/b.3- d bendinde bu düzenleme “izinsiz olarak bir eserin nüshalarını ithal etme ve ticaret konusu” yapanların cezalandırılacağı şeklinde düzenlenmekteydi. Kanun değişikliğinden sonra ithal etmek ile birlikte ihraç etme fiili de suç haline getirilmiş, ticaret konusu yapma ise ticari amaçla satın alma suçu olarak yeniden düzenlenmiştir. Kanun koyucu bir eserin ticarete konu yapılmadan sadece satın alınmasını suç haline getirmesi, eser sahibinin mali haklarının dolayısıyla korunması amacını taşımaktadır. Bu nedenle Kanun koyucu “ticari amaçla satın alma “ suçunu bir engelleme suçu olarak yaptırım altına almıştır⁴⁶⁹.

2. Tipiklik

Bu suçun kanunda yer alan tanımı “hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri ticari amaçla satın almaktır”. Ticari amaçla satın alınmayan eserler inceleme konumuz olan suçu teşkil etmeyecektir.

3. Maddi Unsur

Ticari amaçtan maksat kişilerin yaptığı iktisadi faaliyetlerdir. Ancak buradaki ticari maksatla satın almak sadece Ticaret Kanunu çerçevesinde yapılan satın alma fiillerine münhasır bulunmamaktadır. Burada yapanların niyet ve sıfatlarına bakılmaksızın niteliği itibarıyla mutlak olarak yahut nisbi olarak ticari sayılan işler kastedilmektedir. Failde sadece ticari maksat da bu fiilin oluşumu için yeterli değildir, ayrıca bu gaye dahilinde failin bir eseri veya nüshalarını satın alması gerekmektedir. Satın almak ise bir eserin aslının veya nüshalarının bir semen mukabilinde satın alınmasını ifade etmektedir⁴⁷⁰. Örneğin hukuka aykırı olarak çoğaltılan sinema filmlerini VCD formatında bir ticarethanede satmak için çok miktarda satın alınması halinde bu suç oluşacaktır. Ticari amaçla satın alma suçu neticesi harekete bitişik bir suçtur.

⁴⁶⁹ YAZICIOĞLU, s. 347

⁴⁷⁰ YAZICIOĞLU, s. 348

4.Hukuka Aykırılık Unsuru

Bu suç bakımından da hukuka aykırılık nedeni diğer mali haklara tecavüz suçlarında olduğu gibi hak sahibi kişilerin yazılı izni olmamasıdır. Hak sahibi kişilerin suçun işlenmesinden önce verecekleri yazılı izin hukuka uygunluk nedeni kabul edilecektir. Kişisel yararlanma gibi ticarî olmayan amaçlarla elde bulundurulması halinde, bu suç oluşmaz.

L. Bir Eseri İthal veya İhraç Etme Suçu

1. Genel Olarak

5728 sayılı Kanun değişikliğinden önce FSEK 72/b.3-d hükmü “*kanun hükümlerine aykırı olarak kasten, hak sahibinin izni olmaksızın, bir eserin nüshalarını yasal veya yasal olmayan yollardan yurda sokmak ve her ne şekilde olursa olsun ticaret konusu yapmak*” düzenlemekteydi. Kanun değişikliğinden sonra ithalatla birlikte ihraç etme fiili de suç kapsamına alınmıştır. Bu suç tipinde yer alan ithal etme eylemi kişinin mali haklarından olan “yayma hakkı” kapsamındadır⁴⁷¹.

2. Tipiklik

FSEM md. 71/1’ e göre “hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri ... ithal veya ihraç eden kişiler cezalandırılır”. Buna göre hukuka aykırı olarak eserlerin yurt içine sokulması veya yurttan çıkarılması bu madde kapsamında cezalandırılacaktır.

3. Maddi Unsur

Suçun maddi unsurunda belirtilen hareketlerden biri olan ithalat eserlerin veya nüshalarının yurt dışından ülkeye sokulmasını, ihracat ise eserlerin veya eser nüshalarının yurt dışına çıkarılmasını ifade eder. Fail tarafından gerçekleştirilen ithalat veya ihracatın yasal olup, olmaması incelediğimiz suç bakımından herhangi bir öneme haiz değildir⁴⁷².

Yurtdışında çoğaltılmış nüshalar, her ne suretle olsun eser sahibinin ve/veya eser sahibinin iznini haiz yayma hakkı sahibinin izni olmaksızın ithal edilemez (FSEK md.

⁴⁷¹ ÖZDERYOL, s. 161

⁴⁷² ÖZDERYOL, s. 162

23/2). "Paralel ithalat yasağı" denilen bu durum, hak sahibinin rızası ile üçüncü bir ülkede çoğaltılarak satışa sunulan eser nüshalarının, hak sahibinin izni olmaksızın ülkeye sokularak daha ucuz bir fiyata piyasaya sürülmesini ve böylece hak sahibinin zarara uğratılarak eserden haksız kazanç elde edilmesini engellemeye yönelik bir önlemdir⁴⁷³. Bu anlamda paralel ithalat yasağını ihlal ederek, hak sahibinden izinsiz olarak yurtdışından ithal edilen eser nüshalarının, yurtiçinde herhangi bir şekilde piyasaya sürülmesi, bu maddedeki suç oluşturur.

İthalat veya ihracat yapıldığı anda suç gerçekleşmiş olur. Bu sebeple neticesi harekete bitişik suçtur. . Diğer taraftan ise ne şekilde olursa olsun eseri ithal veya ihraç etmek mümkün olduğundan serbest hareketli bir suç teşkil etmektedir. Ayrıca kanun koyucu zararlı bir sonucu aramadığından suç somut tehlike suçu niteliğindedir⁴⁷⁴.

4. Hukuka Aykırılık Unsuru

Bir suçun oluşabilmesi için gerekli bulunan bir diğer kurucu unsur, tipe uygun eylemin hukuka aykırı olmasıdır⁴⁷⁵. Eylem hukuka aykırı değilse ya da diğer bir ifade ile tipe uygun eylemi hukuka uygun hale getiren bir neden varsa, bu durumda suç oluşmaz. Bu suç tipinde de hukuka uygunluk nedeni mağdurun vereceği yazılı izindir. Suçun işlenilmesinden önce verilecek izin, suçun oluşumuna engele olacaktır. Suçun işlenmesinden sonra verilen rıza, eylemi hukuka uygun hale getirmez. Ancak FSEK m.75 gereği, takibi şikayete bağlı olan bu tür suçlarda, suçun işlenmesinden sonra verilen yazılı izin, aynı zamanda şikayetten vazgeçme olarak gerçekleşeceği için, bu durumda bir yargılama şartı olan “şikayet”in bulunmaması sebebiyle soruşturma veya kovuşturma yapılmasına engel olacaktır⁴⁷⁶.

⁴⁷³ Paralel ithalat yasağı için bkz Adem ASLAN, **Türk ve AB Hukukunda Fikrî Mülkiyet Haklarının Tükenmesi**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 48 v.d. , ATEŞ, s. 174, BEŞİROĞLU, s. 255-256, ARIKAN, s. 754

⁴⁷⁴ YAZICIOĞLU, s.351

⁴⁷⁵ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s. 396, İÇEL, Suç Teorisi, s.92

⁴⁷⁶ ÖZDERYOL, s. 164

M. Kişisel Amacı Dışında Elinde Bulundurma ya da Depolama Suçu

1. Genel Olarak

5728 sayılı yasa ile değişikliğe uğramadan önce Fikir ve Sanat Eserleri Kanunun 73'üncü maddesi “Bu kanun hükümlerine aykırı olarak çoğaltıldığını bildiği veya bilmesi icap ettiği eserin nüshalarını ticari amaçla elinde bulunduran” şeklinde düzenlenmekteydi. Kanun getirdiği yeni düzenleme ile mali haklara mütecaviz fiillerin engellenmesi için ticari amaçla olmasa bile eserlerin kişisel amaç dışında elinde bulundurulmasını veya depolanmasını suç haline getirmiş olup, daha geniş bir cezalandırma alanı oluşturmuştur. Kanun koyucunun hukuk dışı üretilen ve halk arasında korsan ürün olarak nitelenen eserlere yönelik ticaretle daha etkin bir mücadeleyi hedeflediği⁴⁷⁷ ifade olunabilir.

2. Tipiklik

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu md. 71/1 ‘e göre bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran ya da depolayan kişiler cezalandırılır.

3. Maddi Unsur

Bu suçun maddi unsurunda hareket “kişisel amacı dışından elde bulundurmak ya da depolamaktır. Suçun oluşumu için fikir ve sanat eserlerinin satılması, kiralanması gibi ticari eylemlere konu olmasına gerek yoktur. Ticari amaçla elinde bulundurma halinde bu suç oluşacaktır⁴⁷⁸. Kanun koyucu yaptırım altına alınan bu fiil ile eserlerin hukuk dışı yollarla ticarete konu olmasını kast etmektedir, ticari amaç dışında bulundurmak veya depolama hareketleri kişisel amaç dışında kalacaktır⁴⁷⁹. Depolama fiili günümüzde özellikle sanal ortamda kendini göstermektedir. İnternet ortamında yayınlanan filmler veya

⁴⁷⁷ ÖZDERYOL, s. 181

⁴⁷⁸ “...sanık savunmasında müdahil yayınevinden çok miktarda kitap satın aldığını belirttiğinden bu satın alma ile ilgili faturaların ibrazının sağlanmasından sonra sanığın yaptığı iş ve çalıştığı alan da nazara alınarak satışını yaptığı kitapların 5846 sayılı Yasaya aykırı olarak çoğaltıldığını bildiği veya bilmesi icap ettiğine dair kaniya ulaşıldığında sanığın üzerine atılı suçtan mahkumiyetine karar verilmesi gerekeceği cihetle bu husus araştırılmadan yazılı şekilde hüküm kurulması...” Yarg. 7.CD, T.17.06.2004, 7470/8412 (nakleden: ALBAYRAK, s.108) “ sanığın meslek birliklerinin koruması altındaki müzik eserlerini izinsiz olarak ticari amaçlı olarak işyerinde umuma arz etmek suretiyle üzerine atılı suçu işlediği 5846 sayılı yasanın 71/1 maddesinde tarif edilen suçu oluşturduğu kanaatine varıldığından...(Beyoğlu Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi T. 07.10.2009 52/256 Yayınlanmamış Mahkeme kararı)

⁴⁷⁹ YAZICIOĞLU, s. 352

çoğaltma suçu kapsamında incelediğimiz Mp3 formatındaki müzik formatları büyük hacimler halinde bilgisayarlarda depolanabilmektedir. Kişilerin bunları kişisel kullanım amacı dışında depolamaları halinde inceleme konumuz olan suç oluşacaktır. Suçun meydana gelmesi için hak sahibinin zarara uğraması aranmadığından bu suç tehlike suçu niteliğindedir. Ayrıca neticesi harekete bitişik suç olup, şekli konusunda bir belirlemede bulunulmadığı için aynı zamanda serbest hareketli bir suçtur.

4. Hukuka Aykırılık Unsuru

Diğer mali hakların ihlali hallerinde olduğu gibi bu suç içinde hukuka uygunluk nedeni hak sahibinin yazılı iznidir. Şüphesiz ki verilecek izin suçun işlenmesinden önce olmalıdır. Ancak suçun işlenmesinden sonra verilen izin yargılama şartı olan şikayetin bulunmaması nedeniyle soruşturma veya kovuşturma yapılmasına mani teşkil edecektir.

N. Mali Haklara Tecavüz Suçlarının Manevi Unsuru

5728 sayılı Kanun değişikliği ile hiçbir suç tanımında kast manevi unsuruna yer verilmemiştir. Halbuki eski Kanunun 71, 72 ve 73'üncü maddelerinde açıkça "kast" ibaresine yer verilmişti. 5237 sayılı TCK m. 22/1' de "taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır" hükmü düzenlenmiş olduğundan Kanun koyucu gereksiz olduğu düşüncesiyle "kasten" ibaresini ilgili madde hükümlerinden çıkarmıştır⁴⁸⁰. Fail kanun hükümlerine aykırı olarak eser sahibinin haklarına saldırıda bulunduğunu bilecek ve isteyecektir⁴⁸². YAZICIOĞLU' na göre kanunda her ne kadar özel bir kast aranmasa da, failde faydalanma kastının bulunması gerekir, bir faydalanma kastı yoksa mali haklara tecavüz suçu oluşmaz, meydana gelen sonuç açısından manevi haklara tecavüz suçu meydana gelebilir⁴⁸³. Hukuka aykırılığın bu şekilde açıkça ifade edildiği hallerde suç ancak doğrudan kastla işlenebilir⁴⁸⁴.

⁴⁸⁰ ERDİL, s. 1427

⁴⁸¹ Aksi görüş " " Bu kanunun hükümlerine aykırı olarak kasten" ifadesinin metinden çıkarılması eser sahipleri lehine bir unsurdur. Çünkü, anılan değişiklik sonucunda FSEK m.71' de tanımlanan suç eylemlerinin taksirle işlenmesi halinde de failin cezalandırılması mümkün olabilecektir" (; Gürsel ÜSTÜN, **Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısının son metnindeki FSEK ile ilgili Hükümler ve Eleştirilerimiz**, İBD, S.2007/1, s.10.)

⁴⁸² YARSUVAT, s. 231

⁴⁸³ YAZICIOĞLU, s. 353

⁴⁸⁴ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA Özel Hükümler, s. 37, ÖZDERYOL, S. 141

O. Mali Haklara Tecavüz Suçunun Yaptırımı

FSEK 71/1 deki fiilleri işleyen kişi hakkında bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur. Böylece yasa koyucu terditli yaptırım sistemine yer vererek, suçun ağırlığına göre cezayı belirleme hususunda hakime geniş bir takdir alanı bırakmıştır. Ancak hakimın takdir yetkisini kullanırken ne gibi hususlara dikkat edeceği konusunda bir belirleme yapılmamıştır⁴⁸⁵.

P. Mali Haklara Tecavüz Suçlarının Özel Görünüş Biçimleri

1. Teşebbüs

Teşebbüs failin işlemek istediği suçun, icra hareketlerinin tamamlanamaması veya neticenin meydana gelmemesi sebebiyle yarıda kalmasına denir⁴⁸⁶. Mali haklara tecavüz suçlarının tamamı sırf hareket suçları da denilen neticesi harekete bitişik suçlardandır. Sırf hareket suçlarına teşebbüs mümkün değildir. Ancak sırf hareket suçlarında, icra hareketleri kısımlara ayrılabiliriyorsa bunlara da teşebbüs mümkündür⁴⁸⁷. Mali haklara tecavüz suçlarında icra hareketleri kısımlara ayrılabiliriyorsa bu suçlara da teşebbüs mümkün olabilecektir. Failin elinde olmayan nedenlerden dolayı suçun icra hareketlerinin yarıda kalması halinde eksik teşebbüsten bahsedilecektir. Sırf hareket suçlarına tam teşebbüs mümkün değildir. Ancak 5237 sayılı TCK' da eksik ve tam teşebbüs ayrımı, bu ayrımın her zaman adil sonuçlar doğurmayacağı dikkate alınarak kaldırılmış, indirim oranının belirlenmesi, meydana gelen tehlike ve zararın ağırlığı dikkate alınarak yargı mercilerine bırakılmıştır⁴⁸⁸. Mali haklara tecavüz teşkil eden suçları oluşturan icra hareketleri kısımlara ayrılabiliriyorsa fail meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre cezalandırılacaktır (TCK M. 35/II).

2. İştirak

5728 sayılı kanun ile ilga edilen eski Fikir ve Sanat Eserleri Kanunun 74'üncü maddesinin özel iştirak durumlarını düzenlediğini daha evvel ifade etmiştik⁴⁸⁹.

⁴⁸⁵ YENİDÜNYA, EÜHFD, s. 257

⁴⁸⁶ CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s.455

⁴⁸⁷ ARTUK-GÖKÇENYENİDÜNYA, s. 614,

⁴⁸⁸ ARTUK-GÖKÇENYENİDÜNYA, s. 594

⁴⁸⁹ Bkz, s. 94

Mali haklara tecavüz suçları her ne kadar tek faille gerçekleştirilebilecek suçlardansa da bu suç tipi birden fazla suç ortağı tarafından müştereken de gerçekleştirilebilir. Bu durumda suçun kanuni tanımındaki yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kimseler müşterek faillik esasına göre sorumlu olur⁴⁹⁰.

Mali haklara tecavüz suçunda “müşterek faillik” birlikte suç işleme kararına bağlı olarak suçun icrai hareketleri birlikte gerçekleştirildiği ve dolayısıyla fiilin icrası üzerinde müşterek hakimiyet kurulduğu durumlarda söz konusu olur⁴⁹¹.

FSEK’ te düzenlenen suçlarda iştirakin her halinin gerçekleşmesi mümkündür. Dolayısıyla suç işlemeye azmettiren⁴⁹² ve suçun işlenmesine⁴⁹³ yardım eden kişiye TCK hükümleri uyarınca ceza verilir.

3. İçtima

Suçların içtima ettiği hallerde, failin sorumluluğu belirlenirken içtima eden suçlara ilişkin cezalar ayrı, ayrı toplanmamakta, bilakis bu suçlardan birinin cezası esas alınmak suretiyle verilecek cezanın tespitine ilişkin prensipler ortaya konulmaktadır⁴⁹⁴. Fikri içtima failin işlediği tek bir eylem ile birden fazla farklı suçun oluşmasına neden olmasıdır. Kanun koyucu mali haklara yönelik tecavüz suçlarını tek bir fıkra düzenlemiştir. Bu hareketlerden birinin yapılması durumunda, yapılan hareket tek ve aynı ise veya birden fazla hareket yapılsa dahi seçimlik hareketli suçun özeliğinden dolayı birden fazla mali haklara tecavüz suçu değil, tek bir mali haklara tecavüz suçunun meydana geldiğini kabul gerekir⁴⁹⁵. Bu nedenle bu hükümde düzenlenen suçlar bakımından içtimanın gerçekleşmesi mümkün değildir⁴⁹⁶. Ancak bir müzik eserini besteleyen ve onu icracı sanatçı olarak yorumlayan bir sanatçının eserinin işlenmek suretiyle, çoğaltılması halinde, hak sahibinin manevi, mali ve bağlantılı haklarına yönelik ayrı, ayrı eylemler söz konusu olacaktır. Bu durumda üç ayrı hukuki yarar vardır. Dolayısıyla bu suçlar bakımından gerçek içtima

⁴⁹⁰ TCK md.37/1

⁴⁹¹ YAZICIOĞLU, s. 358

⁴⁹² TCK md. 38

⁴⁹³ TCK md. 39

⁴⁹⁴ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s. 667

⁴⁹⁵ YAZICIOĞLU, s. 360

⁴⁹⁶ ERDİL, s. 1434

hükümleri uygulanacak, fail manevi haklara, mali haklara ve bağlantılı haklara tecavüz suçundan ayrı, ayrı cezalandırılacaktır⁴⁹⁷.

Bu suçta teselsülün gerçekleşmesi mümkündür. Zincirleme suçun düzenlendiği TCK md. 43' te, bu suçun oluşması için iki şart tespit edilmiştir. Bunlar birden fazla suçun işlenmesi ve aynı suç işleme kararıdır⁴⁹⁸. Failin aynı suç işleme kastıyla suçu oluşturan fiilleri birden fazla yapması halinde zincirleme suça ilişkin hükümler uygulanacaktır. Ancak failin farklı zamanlarda, farklı eserlere karşı hukuka aykırı eylemleri gerçekleştirmesi halinde artık teselsül kabul edilmemeli, fail iki veya daha fazla suçun oluştuğu göz önüne alınarak gerçek içtima kuralları gereğince her suç bakımından ayrı, ayrı cezalandırılmalıdır⁴⁹⁹.

R. Unsurların Dışında Kalan Diğer Haller

1. Etkin Pişmanlık

Diğer yandan 5728 sayılı Kanun değişikliği ile maddeye eklenen son fıkra ile etkin pişmanlık müessesine yer verilmiştir. Buna göre “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”. Türk Ceza Kanunun sisteminde etkin pişmanlık, suç tamamlandıktan sonra mahiyeti etkin pişmanlığa müsait belli suçlar bağlamında cezayı ortadan kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olarak kabul edilmiştir⁵⁰⁰. Şu halde etkin pişmanlık, neticeyi, suç olayını meydana getirebilmek için gerekli hareketlerin tamamlanmasından sonra bu hareketlerin etkilerini ortadan kaldırma faaliyetidir⁵⁰¹. Suçun tamamlanmasından sonra ortaya çıkan bir takım haller dolayısıyla kişi ya hiç cezalandırılmamakta, ya da cezasında indirim yapılmaktadır. Kanun koyucu yeni metinle, yeni fıkroda etkin pişmanlık müessesine yer vererek,

⁴⁹⁷ ÖZDERYOL, s. 178, YAZICIOĞLU, s. 360

⁴⁹⁸ HAKERİ, s. 442

⁴⁹⁹ ERDİL, s.14343; DÜLGER, s.305.

⁵⁰⁰ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s 624

⁵⁰¹ DEMİRBAŞ, s. 420

korsanlıkla mücadele olarak adlandırılan izinsiz çoğaltma eylemlerine karşı daha etkili bir mücadele hedeflenmiştir⁵⁰².

V- BAĞLANTILI HAKLARA TECAVÜZ SUÇLARI

A. Genel Olarak

FSEK eser niteliğindeki fikri ürünleri korur. Ancak eser niteliğine haiz olmamakla beraber koruma kapsamındaki eserle yakın ilgisi olan, eserin toplumda kabul görececek bir niteliğe kavuşturan onun kamuya sunulması, tanıtılması açısından fikri hakları ve bu hakların sahibini de korumuştur⁵⁰³. Bir eseri yorumlayıp icra ederek, aleniyete kavuşturarak topluma mal olmasını sağlayan icracı sanatçıların, bunları kaydedilmesini, dinlenilmesini sağlayan yapımcıların, televizyon radyo kuruluşlarının haklarının korunması gerektiği uygar dünya da kabul görmektedir⁵⁰⁴. 4630 sayılı yasa ile yapılan değişiklikten sonra artık bu hak kategorisini ifade etmek için yasa “eser sahibin hakları ile bağlantılı haklar” terimini kabul etmiş bulunmaktadır.

FSEK md. 80, eser sahibinin hakları ile bağlantılı hakları, “eser sahibinin haklarına komşu haklar” ve “ filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcılarının hakları” şeklinde iki ayrı kategoride düzenlemiştir⁵⁰⁵. Komşu haklar kategorisinde icracı sanatçılar, fonogram yapımcıları ve radyo ve televizyon kuruluşlarının haklarına yer verilmiştir⁵⁰⁶. Ayrıca söz konusu madde düzenlemesi oldukça uzun ve karışık olup, atıf yapmaya dahi müsait değildir⁵⁰⁷.

FSEK 80. madde de düzenlenen bağlantılı haklar açısından hem hukuk, hem ceza davaları ile korunurken 5728 sayılı yasa ile yapılan değişiklikten sonra televizyon ve radyo yayıncılarına cezai himayeden faydalanma hakkı verilmemiştir^{508 509}. 5728 sayılı yasanın 578. maddesi ile yapılan değişiklikle 5846 sayılı yasanın 80. maddesinin 10. fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. Kanaatimizce kanunen bağlantılı hak sahibi sayılan televizyon ve radyo yayıncılarının mali haklarına yönelik olarak tecavüzlere karşı cezai himayeden

⁵⁰² EREL, s. 356

⁵⁰³ ÇINAR, s. 102

⁵⁰⁴ EREL, s. 206

⁵⁰⁵ Cem BAYGIN, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa Göre Eser Sahibinin Hakları İle Bağlantılı Haklar”, AÜEHFD, C.5, S.1-4, Yıl: 2001, s.298

⁵⁰⁶ Bu şekilde bir ayırım kavram karışıklığına sebep verebileceği için eleştirilmiştir. Bkz..GÜNEŞ, s.156

⁵⁰⁷ ÖZDERYOL, s. 198

⁵⁰⁸ ERDİL, s. 1397, GÜNEŞ, s. 150

⁵⁰⁹ Aksi görüş bazı yazarlar madde metnindeki “bağlantılı haklara tecavüz” ibaresinin maddenin tamamına hitap ettiğini düşünerek televizyon - radyo yayıncılarının da cezai himayeden yararlanacağını düşünmektedirler. Bkz. YAZICIOĞLU, s. 366-367

mahrum bırakılmaları yerinde olmamıştır, zira kanunda bu kuruluşların bağlantılı hak sahibi olduğu açıkça belirtilmiştir.

B. Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçlarında Korunan Hukuksal Değer

Bu suç ile korunan hukuki değer bağlantılı hak sahiplerinin haklarıdır. Bağlantılı hak sahipleri eser sahibi sıfatına sahip bulunmadıklarından icracı sanatçılar hariç, eser sahibine tanınmış bulunan manevi haklara yönelik suçlar bağlantılı hak sahipleri için söz konusu olamaz. İcracı sanatçıların mali haklarıyla birlikte icra sahibi olarak tanıtılma” ve “icralarının kendi şeref ve itibarlarını zedeleyecek şekilde bozulması ve tahrif edilmesini önlemek hakkı” yani manevi hakları da bulunmaktadır. Bunun dışında hak sahiplerinin hakları, icracı sanatçılar da dahil olmak üzere mali hak niteliğindedir. Failin bağlantılı hak sahiplerinin haklarına yönelik gerçekleştirdiği eylemler mağdurun malvarlığında azalmayı sağlamış olduğundan bu suç tipinde korunan hukuksal değer hak sahiplerinin malvarlığıdır, dolayısıyla “malvarlığı aleyhine işlenen suçlar” kapsamında ele almak mümkündür⁵¹⁰.

C. Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçlarında Fail

Bağlantılı haklara tecavüz suçlarında fail bakımından bir özellik bulunmamaktadır. Suçun oluşabilmesi için failin sıfat önem taşımamaktadır. Yasa bu suçların oluşabilmesi için failde herhangi bir özellik aramadığından, madde de belirtilen hareketleri yapan herkes bu suçun faili olabilir.

D. Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçlarında Mağdur

Bağlantılı haklara tecavüz suçlarında mağdur özellik gösterir. Bu suçun mağduru herkes değil ancak belirli bir kimse olabilir⁵¹¹. Suçun mağdurları bağlantılı hak sahipleri olan “icracı sanatçılar, fonogram yapımcıları, radyo ve televizyon kuruluşları, film yapımcıları” dır.

⁵¹⁰ ERDİL, s. 1431, ÖZDERYOL, s. 199

⁵¹¹ YAZICIOĞLU, s. 372

E. İcracı Sanatçılar

1. Genel Olarak

Eseri icra eden yorumlayıp, tanıtan anlatan söyleyen rol alan kişilere icracı sanatçı denmektedir⁵¹². İcracı sanatçı olabilmek için “gerçek kişi olmak, sanatsal faaliyet göstermek, bir eseri icra etmek, özgün olmak, umuma sunmak” gerekmektedir⁵¹³. Beceri ve yeteneğin icraya yansması gereklidir.⁵¹⁴

2. İcracı Sanatçıların Manevi Hakları

Manevi haklar icracı sanatçının icrası ile olan kişisel bağlarını ifade eden haklardır. Mali haklar icracı sanatçının malvarlıksal menfaatlerini koruyucu yetkiler içerirken manevi haklar sanatçının kişiliğine ilişkin menfaatleri korumayı amaçlar. İcracı sanatçının kişisel menfaatleri ünü ve itibarı ile ilgilidir. “İcracı 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.”⁵¹⁵ İcracı 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.

3. İcracı Sanatçıların Mali Hakları

FSEK 80/1 A- 2 Bir eseri, sahibinin izniyle özgün bir biçimde yorumlayan icracı sanatçı, bu icranın tespit edilmesine, bu tespitin çoğaltılmasına, satılmasına, dağıtılmasına, kiralınmasına 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.

⁵¹² GÜNEŞ, s.158.

⁵¹³ YAZICIOĞLU, s.377.

⁵¹⁴ GÜNEŞ, s.159.

⁵¹⁵ BAYGIN, s. 308

(3) İcracı 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.

(4) İcracı 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. Umuma iletim yoluyla, icraların dağıtım ve sunulması icracı sanatçının yayma hakkını ihlal etmez.

Hükümleri ile düzenlenmiştir. Buna göre icracı sanatçıların mali hakları olarak;

- Temsil hakkı,
- Tespit hakkı (ses ve görüntü tespitine yarayan araçlarla kaydedilmesi)
- Çoğaltma hakkı,
- Yayma hakkı (satma, dağıtma)
- Kiralama, ödünç verme hakkı,
- İşaret, ses ve / veya görüntü nakline yarayan araçlarla topluma iletme veya yeniden yayım yoluyla iletme hakkı,
- Yurt içinde satış veya diğer yollarla dağıtma hakkı,
- Telli veya telsiz araçlarla kamuya iletme hakkı bulunmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki Kanunda belirlenen mali haklar numerus clausus yani sınırlı sayı ilkesine tabidir⁵¹⁶.

İcracı sanatçılar bu haklarını uygun bir bedel karşılığında sözleşme ile yapımcıya devredebilirler. (6) İcranın, bir orkestra, koro veya tiyatro grubu tarafından gerçekleştirilmesi halinde, orkestra veya koroda yalnız şefin, tiyatro grubunda ise yalnız yönetmenin izni yeterlidir. Bir müteşebbisin girişimi ile ve bir sözleşmeye dayanılarak gerçekleştirilen icralar için müteşebbisin de izninin alınması gereklidir. İcracı sanatçılar

⁵¹⁶ YAZICIOĞLU, s.385.

hakların kullanımı konusunda içlerinden birini yetkili kılmadıkça kural olarak birlikte hareket etmek zorundadırlar. İcracı sanatçılardan biri birlikte yapılacak bir işleme haklı bir sebep olmaksızın izin vermezse diğerlerinin talebi üzerine bu izin mahkemece verilebilir⁵¹⁷.

F. Fonogram Yapımcıları

1. Genel Olarak

Fonogram terimi plak, CD ve kaset gibi ses taşıyıcı materyalleri karşılamaktadır. Bir icra ürünü olan veya sair sesleri ilk defa tespit eden gerçek veya tüzel kişilere fonogram yapımcısı denir. FSEK'in fonogram teriminin tanımına ilişkin yukarıda belirtilen tanımından da anlaşılacağı gibi kast edilen ses tespittir.⁵¹⁸ Fonogram yapımcıları bir sesin ilk defa tespiti işlemi yaptıkları takdirde Kanun tarafından himaye görürler. Her ne kadar fonogram yapımcılarının sesler komşu hak sahibi olarak korunmaları bakımından tespit ettikleri seslerin eser niteliğini taşıması şart değildir. Fonogram ve fonogram yapımcısı tanımlarında geçen sair ve diğer sesler ibareleri kuş, su, makine veya doğada bulunan sesleri ifade etmektedir⁵¹⁹.

2. Fonogram Yapımcılarının Mali Hakları

Bir icra ürünü olan veya sair sesleri ilk defa tespit eden fonogram yapımcıları eser sahibinden ve icracı sanatçıdan mali hakları kullanma yetkisini devraldıktan sonra aşağıda belirtilen haklara sahiptir.

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

⁵¹⁷ BAYGIN, s. 303

⁵¹⁸ GÜNEŞ, s.160.

⁵¹⁹ EREL, s.175; TEKİNALP, s.264; YAZICIOĞLU, s.389.

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

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

Hükme göre, fonogram yapımcılarının hakları;

- Çoğaltma hakkı,
- Yayma hakkı
- Kiralama, ödünç verme hakkı
- Yurt içinde satış veya diğer yollarla dağıtma hakkı
- Temsil hakkı,
- Umuma iletim hakkı
- İşaret, ses ve /veya görüntü nakline yarayan araçlarla topluma iletme veya yeniden yayım yoluyla iletme hakkı
- Telli veya telsiz araçlarla kamuya iletme hakkı,
- Yayın ve yeniden yayın yoluyla kamuya iletim,
- Kamunun erişimine sunma hakkıdır.⁵²⁰

Bir müzik eseri, CD sinin veya kasetinin otel lobilerinde jimnastik salonlarında, barlarda, diskolarda, düğün salonlarında çalınması, görüntülü video kasetlerinin restoran kahvehane gibi umuma açık yerlerde gösterilmesi olağan ve

⁵²⁰ YAZICIOĞLU S.392

yaygındır. Bu umuma açık yerleri işletenler, çalınan müzik parçaları veya gösterime konulan video kasetleri sebebiyle ya ek bir kazanç sağlamak ya da buralarda kullanılan ses ve / veya görüntü taşıyıcıları –diskolarda- olduğu gibi işletmenin vazgeçilmez araçları niteliğini taşımaktadır. Hiç şüphe yok ki bu tür kullanımlar için eser sahibinden ve/veya bağlantılı hak sahiplerinden izin alınması zorunludur⁵²¹.

G. Film Yapımcılarının Mali Hakları

FSEK hükmü gereğince eserin ilk tespitini gerçekleştirenlerdir. Film yapımcısı hakları ile fomogram yapımcısı hakları arasında büyük ölçüde benzerlik bulunmaktadır⁵²².

Filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcısı, eser sahibinden ve icracı sanatçıdan mali hakları kullanma yetkisini devraldıktan sonra aşağıda belirtilen haklara sahiptir.

1. 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.

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

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

FSEK madde 80/2 maddesi uyarınca film yapımcılarının;

⁵²¹ BAYGIN, s. 313

⁵²² ATEŞ, s. 112

- Çoğaltma hakkı
- Yayma Hakkı (Satma, dağıtma, kiralanma, ödünç verme)
- Temsil hakkı
- İletim hakkı
- Yayın ve yeniden yayın yoluyla kamuya iletim hakkı
- Kamunun erişimine sunma hakkı bulunmaktadır⁵²³.

H. Tipiklik

Suçun tipiklik unsuru komşu hak sahipleri ile filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcılarının bağlantılı haklarının ihlalidir. Kanun “ bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı” ibaresine yer vermiştir.

I. Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçunun Maddi Unsuru

Bağlantılı haklara yönelik işlenen tecavüz suçları esasen bağlantılı hak sahiplerinin mali haklarını ihlal etmekte olduğundan bunun doğal sonucu olarak da gerçekleşen tecavüz fiilleri her zaman için mali haklara tecavüz suçlarının başka bir şeklini oluşturmaktadır⁵²⁴. Bu nedenle mali haklara tecavüz suçlarında maddi unsur kısmının içinde yapmış olduğumuz açıklamalar bağlantılı haklara tecavüz suçu açısından da geçerli olacaktır. Bu kapsamda korunan sujeler arasında fonogram yapımcısı⁵²⁵ ve film yapımcısı ile icracı sanatçı⁵²⁶ bulunmaktadır. Ayrıca icracılar dışındaki bağlantılı hak sahipleri bizzat eseri meydana getiren olmamaları nedeniyle manevi hak sahibi değildirler⁵²⁷. FSEK md.71/1 “ Bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın işleyen,

⁵²³ YAZICIOĞLU, s. 402

⁵²⁴ YAZICIOĞLU, s. 405

⁵²⁵ “ suça konu müzik eserlerinin eser sahibi şirketlere MÜYAP arasında yapılan devir ve taahhüt sözleşmelerinden sonra kayıt ve tescil edilerek işletme belgesi aldığı gözetilip, bu eserlerin eser sahiplerine ait haklarının MÜYAP’ a devir işlemlerinin yapıp yapılmadığı araştırılarak sonucuna göre, eğer komşu hak sahibi firmalar mali hakları olan radyo-televizyon ile yayın haklarını devir, tam ruhsat verme ve devir taahhüdü sözleşmesiyle MÜYAP’ a devretmişse MÜYAP’ ın davacı sıfatının bulunduğu aksi halde sadece taahhüt sözleşmeleriyle hak sahibi olunamayacağını düşünülüp hasil olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken...” (Yarg. 7. CD. T.29.09.200 E. 2000/7038 K. 2000/12018 nakleden : SULUK/ORHAN, s. 1052)

⁵²⁶ “ Olay tarihinde icra edilmiş bulunan konserde hangi eserlerin seslendirileceği konusunda sanık Ahmet ile dava konusu eserleri seslendirmiş olan Bryan ya da menajeri arasında konserden önce yapılmış bir mukavele olup, olmadığı araştırılarak hasil olacak sonuca göre sanık Ahmet’in hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken....” (Yarg. 7.CD T. 12.11. 2003 E. 2003/638 K. 2003/10245 nakleden : ERDİL, s. 1585)

⁵²⁷ GÜNEŞ, s. 150

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” hükmünü düzenlemektedir. Görüldüğü gibi madde de seçimlik hareketleri düzenlerken ” hukuka aykırı işlenen eserleri” ibaresine yer vermiştir. Madde seçimlik hareketlerden ikinci bir gruba yer vermektedir. Ancak sadece eserler içermektedir. İcra, fonogram, yapım dahil değildir. Oysa etkin pişmanlığı düzenleyen son fıkra bu suç konularını da içermektedir. Kanaatimizce terminolojideki uyumsuzluk ve maddenin ilk ve son fıkrasındaki uyumsuzluk yapılacak yeni bir düzenleme ile giderilmelidir. Bunun dışında mali haklara tecavüz suçunun maddi unsur başlığı altında yaptığımız açıklamalara yollama yapmakla yetiniyoruz.

J. Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçlarının Manevi Unsuru

Kanunun 71. Maddesinde düzenlenen suçun oluşması için öncelikle suç işleme kastının varlığı gereklidir⁵²⁸. Kast ise suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek işlenmesidir. Failde genel kastın bulunması bu suçun oluşumu için yeterlidir⁵²⁹.

K. Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçlarının Hukuka Aykırılık Unsuru

Bağlantılı haklara tecavüz suçu bakımından hukuka aykırılık unsuru hak sahibi kişilerin yazılı izni olmamasıdır. Başlıca hukuka uygunluk nedeni ise yazılı izindir^{530 531}. Eser sahibi ve bağlantılı hak sahiplerinin haklarının sınırlandırılmasına ilişkin ele alınmış kurallar hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumlardır⁵³². Aşağıda belirtilen hallerde komşu hak sahibi ile film yapımcısının yazılı izni gerekli değildir:

⁵²⁸ “ ... 5846 sayılı Yasanın 71/1 TCK’un 53 .maddesi gereğince cezalandırılmalarıistemiyle Mahkememize dava açılmışsa da atılı suçun gerek maddi gerekse manevi unsurları bulunmadığı anlaşılmıştır. 5237 sayılı TCK’ nun gerekçesinde de ifade edildiği gibi kast kişi ile işlediği suçun maddi unsurları arasındaki psikolojik bağı ifade etmektedir. Suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmeis kastın varlığı için zorunludur. Oysa dosyaya sunulan deliller ile sanıkların savunması bir bütün halinde ele alındığında MÜYAP-RATEM ile 2006 tarihinde imzalana ve her yıl yenilenen müzik yayın sözleşmesi ile YÖN FM’ in yayın hakkına sahip olduğu anlaşılmaktadır. Sanıkların atılı suç yönünden Müyabir korumasındaki diğer eserleri ihlal ettiklerine ilişkin başkaca bir tespiti ilişkin olgunun varlığı da ileri sürülmemiştir. Bu durumda Müyabir meslek birliğini sanıklarda suç kasdının varlığını ispata yarar başka delil göstermedikleri de anlaşıldığından sanıkların unsurları yönünden oluşmayan ...” (Beyoğlu Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahk. T. 20.01.2010 E. 2008/61 K. 2010/8 Yayımlanmamış Mahkeme Kararı)

⁵²⁹ ÖZDERYOL, s. 206

⁵³⁰ Aksi görüş, ÖZDERYOL, s. 101

⁵³¹ Aynı yönde Bkz. YAZICIOĞLU, s 411

⁵³² GÜNEŞ, s. 150

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 kar amacı güdülmeksizin şahsen kullanmaya mahsus çoğaltılması.
3. Radyo-televizyon kuruluşlarının kendi olanaklarıyla kendi yayınları için yaptıkları kısa süreli geçici tespitler.

Bununla birlikte Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 30. maddesinde kamu düzeni mülahazası, 32. maddesinde TBMM.'de, resmi meclis ve kongrelerde, mahkemelerde ve umumi toplantılarda söylenen söz ve nutuklar, 34. maddesinde eğitim ve öğretim amaçlı seçme ve toplama eserler, 35. maddesi ile iktibas serbestisi, 43⁵³³, 46. maddesi ile Devletin faydalanma yetkisi ve 47. maddesi ile kamuya mal etme yetkisi bakımından, bağlantılı hak sahiplerinin izninin gerekli olmadığı belirtilmiştir.

L. Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçlarının Yaptırımı

Kanunda bağlantılı haklara tecavüz suçunun yaptırımı “bir yıldan, beş yıla kadar hapis veya adli para cezası “ olarak düzenlenmiştir. Böylece yasa koyucu terditli yaptırım sistemine yer vererek, suçun ağırlığına göre cezayı belirleme hususunda hakime geniş bir takdir alanı bırakmıştır. Ancak hakimin takdir yetkisini kullanırken ne gibi hususlara dikkat edeceği konusunda bir belirleme yapılmamıştır⁵³⁴.

⁵³³ “1995 yılında 4110 sayılı kanunla FSEK m.43’de yapılan değişiklikle, tanıtım amacıyla yapılacak kısa tespitler için eser sahibinden izin alınmasına gerek olmadığı ifade edilmişti. FSEK m.80’de bağlantılı hak sahipleri açısından m.43’e atıf yapılmış idi. Fakat 2001 yılında 4630 sayılı kanunla yapılan değişiklikte 43. madde bambaşka bir hal almış ve daha evvel barındırdığı sınırlamaya ilişkin düzenleme madde metninden çıkarılmıştır. Ancak FSEK m.80’de bağlantılı haklara ilişkin sınırlamalara dair m.43’e yapılan atfın kaldırılması unutulmuştur. Son olarak 5101 sayılı kanunla da m.43’de değişiklik yapılmışsa da, bu düzenlemede de sınırlamaya ilişkin bir hükme yer verilmemiş ve fakat FSEK m.80’de yer alan atfın kaldırılması yine unutulmuştur. Bu nedenle, bugün için söz konusu atfın anlamı kalmamıştır.” (ARKAN, s.245, dipnot: 921).

⁵³⁴ YENİDÜNYA, EÜHFD, s. 257

M. Bağlantılı Haklara Tecavüz Suçlarının Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

Suçta teşebbüs failin işlemek istediği suçun, icra hareketlerinin tamamlanamaması veya neticenin meydana gelmemesi sebebiyle yarıda kalmasına denir⁵³⁵. Bağlantılı haklara tecavüz suçları bundan önce incelemiş bulunduğumuz manevi ve mali haklara tecavüz suçlarında olduğu gibi teşebbüse elverişli bulunmamaktadır. Çünkü bu tip suçlar “neticesi harekete bitişik” veya diğer bir ifadeyle “sırf hareket” suçlarıdır. Hemen belirtelim ki, sırf hareket suçlarında icra hareketleri kısımlara ayrılabilirse bunlara da teşebbüs mümkündür⁵³⁶. Fail meydana gelen zararın ağırlığına göre cezalandırılacaktır⁵³⁷. Bunun dışında manevi ve mali haklara yaptığımız açıklamalar bu suç tipleri bakımından da caridir

2. İştirak

Bundan önce incelemiş olduğumuz suçlar bakımından olduğu gibi, inceleme konumuz suç bakımından da iştirakin her halinin gerçekleşmesi mümkündür. TCK md. 37 ve devamında düzenlenen suça iştirak hükümleri bu suçlar için uygulanacaktır. Bu sebeple, ilgili maddelere ilişkin iştirak bahislerinde yapılan açıklamalar bu suç bakımından da geçerlidir.

3. İçtima

5237 sayılı Türk Ceza Kanunun genel gerekçesinde belirtilmiş olduğu üzere “ceza hukukunun temel kurallarından biri, kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır” şeklinde ifade edilmektedir⁵³⁸. Ancak fail işlediği suç nedeniyle birden fazla hak sahibinin hakkını ihlal edebilecektir. Ancak failin işlemiş olduğu bu suç

⁵³⁵ CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s. 455

⁵³⁶ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s. 614

⁵³⁷ TCK m. 35/2 Suça teşebbüs hâlinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine on üç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.

⁵³⁸ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s. 666

nedeniyle, her hak sahibi için ayrı bir suç teşkil etmeyecek, fail için sadece tek bir cezaya hükmedilecektir⁵³⁹.

Bununla birlikte FSEK m. 81/13'üncü 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 düzenlemiştir. Kanun koyucu bu gibi durumlarda Türk Ceza Kanunun 44'üncü maddesi gereği failin tek bir ceza almasını ancak bu cezanın üçte bir oranında artırılmasını öngörmektedir⁵⁴⁰. Aynı hukuki değeri koruyan normlardan biri, bir diğer normun özelliklerinin yanında başka özelliklere de sahipse, bu durumda özel normun varlığından söz edilir. Bu düzenleme de” özel norm” niteliğindedir⁵⁴¹. FSEK m. 71' de düzenlene eser sahibinin manevi, mali ve bağlantılı haklarına tecavüz suçları takibi açısından şikayete bağlı suçlardandır. Fakat FSEK 81/13' deki düzenleme bandrol suçu olduğu için kovuşturulması şikayete bağlı değildir. FSEK 71'inci madde de öngörülen suçlar bakımında şikayet şartı gerçekleşmemişse Kanunun 81/13'üncü maddesini uygulayabilmek mümkün olmaz⁵⁴².

Bağlantılı hak sahibine karşı aynı suç işleme kararıyla, suçu oluşturan fiilleri aynı mağdura karşı birden fazla gerçekleştirmesi durumunda zincirleme suça ilişkin hükümler⁵⁴³ (YTCK m.43) gereğince faile artırılarak ceza verilir⁵⁴⁴.

⁵³⁹ ÖZDERYOL, s. 208

⁵⁴⁰ TCK m.44. İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.

⁵⁴¹ ÖZDERYOL, s. 208, Yazıcıoğlu da bunun fikri içtima bakımından özel bir düzenleme olduğunu düşünmektedir. YAZICIOĞLU, s. 415

⁵⁴² YAZICIOĞLU, s. 416

⁵⁴³ YTCK m. 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. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır."

⁵⁴⁴ ÖZDERYOL, s.210, YAZICIOĞLU, s. 416 ERDİL, 1471

N. Unsurların Dışında Kalan Diğer Haller

1. Etkin Pişmanlık

Bundan önce de belirttiğimiz⁵⁴⁵ gibi FSEK m.71' e eklenen son fıkra ile etkin pişmanlık müessesine yer verilmiştir. Etkin pişmanlığı düzenleyen son fıkra “icra, fonogram veya yapımı” diyerek bağlantılı hakları da içermektedir. Buna göre “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”. Türk Ceza Kanunun sisteminde etkin pişmanlık, suç tamamlandıktan sonra mahiyeti etkin pişmanlığa müsait belli suçlar bağlamında cezayı ortadan kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olarak kabul edilmiştir⁵⁴⁶. Şu halde etkin pişmanlık, neticeyi, suç olayını meydana getirebilmek için gerekli hareketlerin tamamlanmasından sonra bu hareketlerin etkilerini ortadan kaldırma faaliyetidir⁵⁴⁷. Kanun koyucu yeni metinle, yeni fıkroda etkin pişmanlık müessesine yer vererek, korsanlıkla mücadele olarak adlandırılan izinsiz çoğaltma eylemlerine karşı daha etkili bir mücadele hedeflenmiştir⁵⁴⁸.

⁵⁴⁵ Bkz. s. 135

⁵⁴⁶ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s 624

⁵⁴⁷ DEMİRBAŞ, s. 420

⁵⁴⁸ EREL, s. 356

VI. ELEKTRONİK ORTAMDAKİ ESER, FONOGRAM VE İCRALAR ÜZERİNDEKİ HAK YÖNETİM BİLGİLERİNİN YOK EDİLMESİ SUÇU

A. Genel Olarak

Ek madde 4 hükmü, ilk olarak 4630 sayılı kanun ile FSEK sitemine alınmış, 5101 sayılı yasa ile 2004 yılında değişikliğe uğratılmış ve maddeye internet servis sağlayıcılarının sorumluluğuna ilişkin hüküm eklenmiştir. Bu düzenlemeyle eser, fonogram ve icralar üzerinde hak sahibi olan kişilerin haklarının elektronik ortamda da korunmasına yönelik tedbirler getirilmiştir⁵⁴⁹. Ek madde 4 hükmünde ilk olarak eser üzerinde yer alan elektronik hak yönetimi bilgilerine ilişkin bilgi ve kodların değiştirilmesi olarak ifade edebileceğimiz ve WIPO Telif Hakları Sözleşmesinin 11 ve 12. maddeleri ile WIPO İcralar ve Fonogramlar Sözleşmesinin 18 ve 19. maddelerinde yer alan düzenleme⁵⁵⁰ yer almakta idi. 5728 sayılı yasa değişikliği ile elektronik hak yönetim bilgilerinin yok edilmesi ve internet servis sağlayıcılarının cezai sorumluluğuna ilişkin düzenleme FSEK madde 71/II’ de düzenlenmiştir. Elektronik hak yönetimi ile eser ve eser sahibi ile ilgili bilgilerin dijital ortamda, güven içinde bulunmalarının sağlanmasına ilişkin tedbirlerinin tümünün anlaşılması gerektiği de ifade edilmiştir⁵⁵¹.

B. Suçla Korunan Hukuki Değer

Bu suç tipinde de korunmak istenen hukuki değer eser sahibi ve bağlantılı hak sahiplerinin mali ve manevi haklarıdır.

C. Fail

Kanun metninde “ bahsi geçen fiilleri yetkisiz işleyenler” denilmek suretiyle bu suçun herkes tarafından işlenebilir bir suç olduğu belirtilmiştir. Zira bu suç fail açısından herhangi bir özellik arz etmemektedir.

D. Mağdur

Bu suçun mağduru mali, manevi ve bağlantılı hakları ihlal edilen eser sahipleridir.

⁵⁴⁹ ERDİL, s. 1458

⁵⁵⁰ ÖZDERYOL, s. 230

⁵⁵¹ ATEŞ, s.47. Eser ve eser sahibi ile ilgili bilgiler ile lisans verme, toplama ve eser sahibine yapılacak ödemelerin dağıtım gibi çeşitli konulara ilişkin olarak elektronik ortamda bulunan ve muhafaza edilen bilgiler “elektronik hakların yönetim bilgisi” olarak nitelenmektedir. (Bkz. ATEŞ, s.47, dipnot:78).

E. Tipiklik

FSEK m. 71/II' ye göre “ Bu kanunun ek 4'üncü maddesinin birinci fıkrasında bahsi geçen fiilleri yetkisiz olarak işleyenler hakkında daha ağır bir cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur”. Görüldüğü gibi eser üzerindeki elektronik hak yönetim bilgilerinin veya kodlarının yetkisiz biçimde ve kasten değiştirilmesi veya yok edilmesi, bu tür eserlerin asıllarının veya kopyalarının dağıtılması, dağıtılmak üzere ithal edilmesi, yayımlanması veya topluma iletilmesi fiillerini işleyenler cezalandırılacaktır. Ek madde 4/II hükmüne göre eserlerle birlikte icra ve fonogramlar da koruma altına alınmıştır.

F. Maddi Unsur

“Hak Yönetim Bilgisi” elektronik ortamda umuma arz edilen eserler üzerindeki telif hakkının korunması ve izlenmesi amacıyla hak sahipleri tarafından uygulanan “sayısal haklar yönetimi “ olarak isimlendirilen yetkilerden birisidir. Sayısal haklar yönetimi sadece “hak yönetim bilgisi” ’ni değil aynı zamanda teknik koruma yöntemlerini de ihtiva etmektedir⁵⁵². Bu hükümle kastedilen, eser üzerindeki haklara ait bir takım bilgi veya kodların hak sahipleri aleyhine sonuç doğuracak biçimde değiştirilmesi veya yok edilmesidir⁵⁵³. Ancak FSEK ek madde 4' te hak yönetim bilgilerinin korunması amacı ile düzenlemeye yer verilmiş iken, teknik koruma yöntemlerine ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Elektronik ortamdaki hak ihlallerinin önlenmesi için bu yönde düzenleme yapılması şarttır⁵⁵⁴. Eser üzerine elektronik yol ile konulan kodların değiştirilmesi veya yok edilmesi halinde anılan suç meydana gelecektir.

Madde metninde yer alan hareketlerden birinin yapılmasıyla suç oluşacağı için, bu suç seçimlik hareketli bir suçtur. Ayrıca hareketin yapılmasıyla sonuç ta gerçekleştiğinden bu suç neticesi harekete bitişik suç vafındadır. Suçun meydana gelmesi için zararın meydana gelmesi aranmadığından bu bir tehlike suçudur.

⁵⁵² Levent YAVUZ, *Elektronik Ortamda Umuma Arz Edilen Eserlerde Sayısal Haklar Yönetimi (Teknik Koruma Önlemleri ve Hak Yönetim Bilgileri)*, YD, Ocak-Nisan 2008, C.34, S. 1-2, s.113

⁵⁵³ ÖZDERYOL, s. 233

⁵⁵⁴ YAVUZ, s. 111

G. Manevi Unsur

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda düzenlenen diğer bütün suçlarda olduğu gibi suçun manevi unsuru kasttır. Bu suçun taksirle işlenebilmesi mümkün değildir.

H. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hak sahiplerinin bu suç bakımından verecekleri yazılı izin hukuka uygunluk nedeni olacaktır. Verilen yazılı iznin suçun işlenmesinden sonra verilmiş olması halinde ise, suçun takibi şikayete bağlı bir suç olması sebebiyle (maddenin son fıkrasında 72. maddeye yapılan atıf sebebiyle) şikayet şartının gerçekleşmemesi sebebiyle soruşturma ve kovuşturma yapılmasına engel olacaktır⁵⁵⁵.

I. Yaptırım

FSEK m. 71' e göre bu suçu işleyenler hakkında, fiilleri daha ağır bir cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

J. Elektronik Ortamdaki Eser, Fonogram ve İcralar Üzerindeki Hak Yönetim Bilgilerinin Yok Edilmesi Suçunun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

Madde de belirtilen suç neticesi harekete bitişik suç niteliğindedir. 5237 sayılı TCK' da artık eksik-tam teşebbüs ayırımına yer vermediği için fail meydana gelen tehlike veya zararın derecesine göre cezalandırılacaktır.

2.İştirak

İştirak bakımından da bu suçlara da her türlü iştirak mümkün olup, iştirak halinin var olduğu hallerde, bu suçlar bakımından da TCK m.37 ve devamı maddelerinde düzenlenen genel iştirak kurallarının uygulanması söz konusu olacaktır.

3. İçtima

İçtima bakımından fail henüz alenileşmemiş bir eserle ilgili olarak eser sahibinin izni olmadan eser ile ilgili lisans verme ve eser sahibine yapılacak ödemelerin dağıtımı gibi çeşitli konulara ilişkin elektronik ortamda bulunan bilgileri dağıtırsa hem incelediğimiz

⁵⁵⁵ ERDİL, s. 1461, ÖZDERYOL, s. 234

bent kapsamında elektronik ortamda bilgilerin yok edilmesi suçunu, hem de aynı zamanda alenileşmemiş bir eserin içeriği hakkında açıklama yapma suçunu işlemiş olur. Ancak faile bu halde iki ayrı ceza verilmeyecek, fikri içtima kuralları gereği en ağır cezayı gerektiren hüküm uyarınca cezalandırılacaktır⁵⁵⁶.

⁵⁵⁶ ERDİL, s. 1464

VII. İNTERNET BİLGİ İÇERİK SAĞLAYICILARI TARAFINDAN İŞLENEN SUÇLAR

A. Genel Olarak

İnternet kullanımının ülkemizde de yaygınlaşması ile paralel olarak, telif hakları ve bağlantılı haklara konu değerleri içeren eser icra ve yapımların elektronik ortamda da sağlıklı bir şekilde korunabilmesi amacıyla önce 2001 yılında 4630 sayılı Kanun ile FSEK' na ek 4. madde eklenmiş ve daha sonra 2004 tarih ve 5101 sayılı Kanun ile ise, bir yandan bu maddenin 3. ve 4. fıkraları değiştirilerek bilgi içerik ve servis sağlayıcıların sorumluluğu konuları maddeye eklenirken, diğer yandan ise maddede geçen hükümlerin ihlali halinde uygulanacak olan cezalar yeniden belirlenmiştir⁵⁵⁷. 5728 sayılı yasa değişikliği ile elektronik hak yönetim bilgilerinin yok edilmesi ve internet servis sağlayıcılarının cezai sorumluluğuna ilişkin düzenleme FSEK madde 71/II' de düzenlenmiştir.

B. Suçla Korunan Hukuksal Değer

Bu suç tipinde de korunmak istenen hukuki değer eser sahibi ve bağlantılı hak sahiplerinin mali ve manevi haklarıdır.

C. Fail

Bazı suçlar özel bir yükümlülük altında bulunan veya belli niteliklere haiz kişiler tarafından işlenebilir. Böyle suçlara “mahsus suçlar” veya “özü suçlar” denmektedir⁵⁵⁸. Bu suçun faili sadece bilgi içerik sağlayıcılar olabilir. Bu nedenle bu suç mahsus suç niteliğindedir. Zira Kanunda “tanınmış hakları ihlal etmeye devam eden bilgi içerik sağlayıcılar hakkında cezasına hükmolunur” denmektedir.

D. Mağdur

Bu suçun mağduru mali, manevi ve bağlantılı hakları ihlal edilen eser sahipleridir.

⁵⁵⁷ KILIÇOĞLU, "5101 Sayılı Kanunla Getirilen Yenilikler", s. 79

⁵⁵⁸ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s. 290, CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s. 232

E. Tipiklik

FSEK m. 71/II' de “ Bu Kanunun ek 4. maddesinin birinci fıkrasında bahsi geçen fiilleri yetkisiz olarak işleyenler ile bu Kanunda tanınmış hakları ihlal etmeye devam eden bilgi içerik sağlayıcılar hakkında, fiilleri daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur” denmektedir. Bu düzenleme ile ek madde 4' te belirtilen tedbirler dışında cezalandırılması hususu düzenlenmiştir⁵⁵⁹ . Bu düzenleme ile internet üzerindeki telif hakları ihlallerinin önüne geçilmek istenmiştir⁵⁶⁰.

F. Maddi Unsur

Suçun maddi unsurunda hareket “dijital iletim de dahil olmak üzere işaret,ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla servis ve bilgi içerik sağlayıcılar tarafından eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin bu Kanunda tanınmış haklarının ihlal edilmesidir”.

İnternet sükeleri, yerine getirdikleri işlev göz önüne alınarak şu şekilde 3 grupta değerlendirilmektedir⁵⁶¹. İnternet servis sağlayıcıları, internete bağlanmayı, internet üzerinden iletişim kurulmasını temin eder. Bir nevi internetin giriş kapısıdır⁵⁶². Fakat salt bu hizmetleri nedeniyle ceza hukuku bakımından sorumlu tutulamayacakları kabul edilmektedir⁵⁶³.

Bilgi İçerik sağlayıcıları ise hem internet hizmetini sağlayan kuruluşlar ve benzerleri ile web sayfası sahiplerini kapsayan bir kavramdır. Diğer bir deyişle içerik sağlayıcılar bir bilgi ya da belgeyi internet ortamında yayınlanacak şekilde

⁵⁵⁹ **FSEK Ek Madde 4/fıkra 3: (Değişik fıkra:03/03/2004 - 5101/25.mad)** Dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla servis ve bilgi içerik sağlayıcılar tarafından eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin bu Kanunda tanınmış haklarının ihlali halinde, hak sahiplerinin başvuruları üzerine ihlale konu eserler içerikten çıkarılır. Bunun için hakları haleldar olan gerçek veya tüzel kişi öncelikle bilgi içerik sağlayıcısına başvurarak üç gün içinde ihlalin durdurulmasını ister. İhlalin devamı halinde bu defa, Cumhuriyet savcısına yapılan başvuru üzerine, üç gün içinde servis sağlayıcıdan ihlale devam eden bilgi içerik sağlayıcısına verilen hizmetin durdurulması istenir. İhlalin durdurulması halinde bilgi içerik sağlayıcısına yeniden servis sağlanır. Servis sağlayıcılar, bilgi içerik sağlayıcılarının isimlerini gösterir listeyi her ayın ilk iş günü 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.

⁵⁶⁰ ERDİL, s. 1465

⁵⁶¹ Kayıhan İÇEL - Yener ÜNVER, **Kitle Haberleşme Hukuku, Yenilenmiş** 6. Bası, Beta Yayınevi, 2005, İstanbul, s. 471-472

⁵⁶² ERDİL, s.1467, ÖZDERYOL, s. 235

⁵⁶³ Hasan Sınar, **İnternet ve Ceza Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s. 41-42.

düzenleyenlerdir⁵⁶⁴. Bilgi içerik sağlayıcılar internet ortamında oluşturdukları içeriklerden dolayı sorumludurlar⁵⁶⁵. İnternet servis sağlayıcılarının aynı zamanda bilgi içerik sağlayıcısı olduğu durumlarda bunlarında ceza hukuku bakımından sorumluluğuna gidilebilir⁵⁶⁶. Bu durumda internet servis sağlayıcısı suç oluşma tehlikesini önleme imkanı olduğu halde, bu suçun oluşumuna mani olmazsa ihmal suretiyle icra suçu söz konusu olabilecektir⁵⁶⁷. Suçun maddi unsurunda netice ise, bu suç bir tehlike suçu olduğundan ve suçun oluşumu için zararın meydana gelmesi aranmadığından hareketin yapılması yeterlidir. Hareketin yapılmasıyla sonuç ta hasıl olduğundan bu suç neticesi harekete bitişik bir suç tipidir.

G. Manevi Unsur

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda düzenlenen diğer bütün suçlarda olduğu gibi suçun manevi unsuru kasttır. Bu suçun taksirle işlenebilmesi mümkün değildir.

H. Hukuka Aykırılık Unsuru

Madde de hukuka uygunluk sebebi olarak izinden söz edilmiştir. Hak sahibinin yazılı izni varsa bu hukuka uygunluk nedeni sayılacaktır. Bunun dışında doktrinde kanundan kaynaklanan hukuka uygunluk sebeplerinin sayılması gerektiği kabul edilmiştir. Buna göre FSEK m.31’de düzenlenen mevzuat ve içtihatlar, m.32’de düzenlenen söz ve nutukların yayınlanması, m.34’de düzenlenen ve eserlerin eğitim ve öğretim amacıyla derlenmesi, m.35’de düzenlenen iktibas serbestisi, m.36 ve 37’de gazete içeriği ve haberler ile ilgili sınırlamalar hukuka uygunluk sebebi sayılırlar⁵⁶⁸.

I. Yaptırım

Kanuna göre “ bu Kanunda tanınmış hakları ihlal etmeye devam eden bilgi içerik sağlayıcılar hakkında, fiilleri daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur”.

⁵⁶⁴ ÖZDERYOL, s. 236

⁵⁶⁵ KAPLAN, s. 158, ARKAN, s. 284, SINAR, s. 41

⁵⁶⁶ ÖZBEK, s. 112, SINAR, s. 41

⁵⁶⁷ ÖZDERYOL, s. 238

⁵⁶⁸ AKİPEK-DARDAĞAN, s.73, ÖZDERYOL, s. 239

J. İnternet Bilgi İçerik Sağlayıcıları Tarafından İşlenen Suçlarının Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

Madde de belirtilen suç neticesi harekete bitişik suç niteliğindedir. 5237 sayılı TCK' da artık eksik-tam teşebbüs ayırımına yer vermediği için fail meydana gelen tehlike veya zararın derecesine göre cezalandırılacaktır.

2. İştirak

İştirak bakımından da bu suçlara da her türlü iştirak mümkün olup, iştirak halinin var olduğu hallerde, bu suçlar bakımından da TCK m.37 ve devamı maddelerinde düzenlenen genel iştirak kurallarının uygulanması söz konusu olacaktır.

3. İçtima

Suçların içtimaı, birden çok suçun tek failde birleşmesini eder. Suçların içtima ettiği hallerde, failin sorumluluğu belirlenirken, içtima eden suçlara ilişkin cezalar ayrı, ayrı toplanmamakta, aksine bu suçlardan birinin cezası esas alınmak suretiyle verilecek cezanın tespitine ilişkin prensipler ortaya konulmaktadır⁵⁶⁹. Fail izinsiz olarak çoğalttığı başkasına ait romana kendi eseri gibi ad koyup yayınlarsa, bu romanı kısaltıp tefrika halinde işler ve bu halini bir radyo programında okursa ve bu program internet içerik sağlayıcı tarafından internette yayınlanırsa bu durumda fikri içtima kuralları uygulanmaz⁵⁷⁰. Fail birden fazla hareketle, kanunun birden çok maddesini ihlal ettiğinden her bir suç için ayrı olarak cezalandırılacaktır. Aynı içerik sağlayıcı tarafından aynı suç işleme kararı ile kısa sayılabilecek bir zaman dilimi içerisinde aynı hak sahibine ait eserlere ilişkin ihlal söz konusu ise bu durumda zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir. Bunun gibi failin aynı suçu tek hareketle değişik hak sahiplerine karşı işlemesi halinde de TCK 43/2 gereği zincirleme suça ilişkin hükümler uygulanacaktır⁵⁷¹.

⁵⁶⁹ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s. 667

⁵⁷⁰ ERDİL, s. 1471

⁵⁷¹ ÖZDERYOL, s. 240, ERDİL, s. 1472

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNUNDA DÜZENLENEN SUÇLARDA YARGILAMA USULÜ

A. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA

1. Şikayet

Soruşturması ve kovuşturması şikayete bağlı bir fiilden dolayı, şikayete yetkili kişinin süresi içinde, yazılı olarak yetkili makamlardan, bu fiil hakkında kovuşturma yapılmasını istemesine şikayet denir. Şikayetin Ceza Muhakemesi açısından niteliği, dava şartı olmasıdır⁵⁷². FSEK m.75/I' e göre “71 ve 72’nci maddelerde sayılan suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması şikayete bağlıdır. Yine maddeye göre yapılan şikayetin geçerli kabul edilebilmesi için hak sahiplerinin veya üyesi oldukları meslek birliklerinin haklarını⁵⁷³ kanıtlayan belge ve sair delilleri Cumhuriyet başsavcılığına vermeleri gerekir. Bu belge ve sair delillerin süresi içinde Cumhuriyet başsavcılığına verilmemesi halinde kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Şikayet şartı gerçekleşmemişse savcılık suç teşkil eden fiili soruşturamayacaktır⁵⁷⁴. FSEK’ ten kaynaklan şikayetler yazılı dilekçe ile veya tutanağa geçirilerek bir beyan ile yapılır⁵⁷⁵ (CMK M.158.).

⁵⁷² Bahri ÖZTÜRK- Ruhan ERDEM, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, 12.Bası, Ankara 2008, s. 90

⁵⁷³ “ Müdahil firmalar vekili tarafından mali hakların devrine ve firmaların hak sahipliğine ilişkin olarak dosyaya ibraz edilen sözleşmelerin metninin tamamı Türkçeye çevrilerek adı geçen şirketlerin dava ve şikayet hakkının olup, olmadığı incelenip hasıl olacak sonuca göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik soruşturma ile yazılı şekilde hüküm tesisi..” (Yarg. 7CD. T. 17/06/2004, 2004/8425/8405 Nakleden: SULUK-ORHAN, s. 1037)

⁵⁷⁴ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s. 579, DEMİRBAŞ, s. 190

⁵⁷⁵ 5271 sayılı CMK MADDE 158. - (1) Suça ilişkin ihbar veya şikâyet, Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabilir.

(2) Valilik veya kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan ihbar veya şikâyet, ilgili Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda şikayet süresi düzenlenmemiştir. 5728 sayılı Kanun değişikliğinden önce şikayet süresi açıkça belirtilmişti⁵⁷⁶. Türk Ceza Kanunun 5. maddesine göre bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır. Buna göre 5237 sayılı TCK' nun 73/I hükmüne göre şikayet süresi 6 ay olup, süre failin ve fiilin bilinmesi ve öğrenilmesinden itibaren başlar.

FSEK m. 75/II' de şikayete yetkili olanlar düzenlenmiştir. Buna göre hak sahipleri ile faaliyet gösterdikleri alanda meslek birlikleri⁵⁷⁷ kanunda sayılmıştır. Eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin kanunda tanınmış bu hakları meslek birlikleri dışında başka bir dernek veya kuruluş tarafından kullanılamaz⁵⁷⁸. Maddenin değişiklik öncesi halinde Milli Eğitim Bakanlığı ve Kültür Bakanlığının kanunun göstermiş olduğu bazı hallerde şikayet hakkı düzenlenmiş idi. Yeni yapılan düzenleme ile bu bakanlıklara şikayet yetkisi yerine mali ve manevi hak sahibi olan kişileri haberdar etme görevi verilmiştir⁵⁷⁹. Ancak gerçek kişiler suç mağduru olabilir. Tüzel kişiler ise, bir suçtan ancak zarar gören konumundadır⁵⁸⁰.

2. Elkoymanın İcrası

FSEK m. 71. madde de sayılan suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması şikayete tabidir. Yeni düzenlemede şikayet üzerine Cumhuriyet Savcısının suç

(3) Yurt dışında işlenip ülkede takibi gereken suçlar hakkında Türkiye'nin elçilik ve konsolosluklarına da ihbar veya şikâyetle bulunulabilir.

(4) Bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbar veya şikâyet, gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir.

(5) İhbar veya şikâyet yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabilir.

(6) Yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikâyetle bağlı olduğunun anlaşılması halinde; mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam olunur.

⁵⁷⁶ "...5846 sayılı yasanın 75.maddesinde öngörülen 6 aylık süre içinde kamu davasına katılma talebinde de bulunulmadığı gözetilmeden geçerli şikayet yokluğu nedeniyle sanık hakkında açılan kamu davasının TCK' nın 99.maddesi uyarınca düşürülmesine karar verilmesi gerekir." (Yarg. 7.CD, T.04.06.2003, E.2002/19975, K.2003/4072 Nakleden: ALBAYRAK, s.116);

⁵⁷⁷ Anonim Şirketi komşu hak sahibi yapımcı firmaların mali hakları olan radyo ile yayın hakkını, devir, tam ruhsat verme ve devir taahhüdü sözleşmeleriyle devraldığından davacı sıfatı gözetilerek işin esasına girilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi" Yargıtay 7. CD. T 06.12.2000 E.2000/11720 - K: 2000/16660 sayılı Kararı. Bkz. YKD, C: 27, Sy: 5, Mayıs, 2001, s. 765.

⁵⁷⁸ ALBAYRAK, s. 91, ÖZDERYOL, s. 253

⁵⁷⁹ ERDİL, s. 1501

⁵⁸⁰ ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s. 307

konusu eşya ile ilgili olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre elkoyma⁵⁸¹ koruma tedbirinin alınmasına ilişkin gerekli işlemleri yapacağını düzenlemiştir. Bu durumda kolluk kendiliğinden harekete geçemeyecek ancak Cumhuriyet Savcısının talimatıyla elkoyma işlemini gerçekleştirebilir. İspat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri, muhafaza altına alınır, yanında bulunan kişinin rızasıyla teslimine tmediği bu tür eşyalara el konabilir⁵⁸². Elkoyma için hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının yazılı emri gerekmektedir. Ayrıca 75/3. madde uyarınca Cumhuriyet Savcısı gerek görmesi halinde, hukuka aykırı olarak çoğaltıldığı iddia edilen eserlerin çoğaltılmasıyla sınırlı olarak faaliyetin durdurulmasına karar verebilir. Ancak bu karar 24 saat içinde hakim onayına sunulur. Hakim tarafından yirmi dört saat içinde onaylanmayan karar hükümsüz kalır.

3. Görevli Mahkeme

FSEK m. 76/I' e göre, bu kanunun düzenlediği hukuki ilişkilerden doğan davalara, dava konusunun miktarına ve Kanunda gösterilen cezanın derecesine bakılmaksızın, görevli mahkeme Adalet Bakanlığı tarafından kurulacak İhtisas Mahkemeleridir. İhtisas mahkemesi bulunmayan yerlerde ise Asliye Ceza Mahkemeleri görevlidir⁵⁸³.

4. İspat

Bu Kanun kapsamında açılacak hukuk davalarında mahkeme, davacının iddianın doğruluğu hakkında kuvvetli kanaat oluşturmaya yeter miktar delil sunması hâlinde,

⁵⁸¹ CMK MADDE 127. -(1) Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri, elkoyma işlemini gerçekleştirebilir.

(2) Kolluk görevlisinin açık kimliği, el koyma işlemine ilişkin tutanağa geçirilir.

(3) Hâkim kararı olmaksızın yapılan el koyma işlemi, yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde el koyma kendiliğinden kalkar.

(4) Zilyetliğinde bulunan eşya veya diğer malvarlığı değerlerine el konulan kimse, hâkimden her zaman bu konuda bir karar verilmesini isteyebilir.

(5) El koyma işlemi, suçtan zarar gören mağdura gecikmeksizin bildirilir.

(6) Askerî mahâllerde yapılacak el koyma işlemi, Cumhuriyet savcısının istem ve katılımıyla askerî makamlar tarafından yerine getirilir.

⁵⁸² ÖZTÜRK – ERDEM, s. 602

⁵⁸³ ERDİL, s.1509, ÖZDERYOL, s. 257

korunmakta olan eserler, fonogramlar, icralar, filmler ve yayınları kullananların, bu Kanunda öngörülen izin ve yetkileri aldıklarına dair belgeleri veya tüm yararlanılan eser, fonogram, icra, film ve yayınların listelerini sunmasını isteyebilir. Belirtilen belge veya listelerin sunulamaması tüm eser, fonogram, icra, film ve yayınların haksız kullanılmakta olduğuna karine teşkil eder.

5. İhtiyati Tedbirler ve Gümrükte Geçici El Koyma

Kanunun 77. maddesinde düzenlenen “ihtiyati tedbirler ve gümrüklerde geçici olarak el koymaya ilişkin düzenleme; “Esaslı bir zararın veya ani bir tehlikenin yahut emrivakilerin önlenmesi için veya diğer her hangi bir sebepten dolayı zaruri ve bu hususta ileri sürülen iddialar kuvvetle muhtemel görülürse hukuk mahkemesi, bu Kanunla tanınmış olan hakları ihlal veya tehdiye maruz kalanların ya da meslek birliklerinin talebi üzerine, davanın açılmasından önce veya sonra diğer tarafa bir işin yapılmasını veya yapılmamasını, işin yapıldığı yerin kapatılmasını veya açılmasını emredebileceği gibi, bir eserin çoğaltılmış nüshalarının veya hasren onu imale yarıyan kalıp ve buna benzer sair çoğaltma vasıtalarının ihtiyati tedbir yolu ile muhafaza altına alınmasına karar verebilir. Kararda, emre muhalefetin İcra ve İflas Kanununun 343 üncü maddesindeki cezai neticeleri doğuracağı açıklanır. Haklara tecavüz oluşturulması ihtimali hâlinde yaptırım gerektiren nüshaların ithalat veya ihracatı sırasında, 4458 sayılı Gümrük Kanununun 57. maddesi hükümleri uygulanır. Bu nüshalara gümrük idareleri tarafından el konulmasına ilişkin işlemler Gümrük Yönetmeliğinin ilgili hükümlerine göre yürütülür” şeklindedir. FSEK’ in el koyma ve imhayı düzenleyen 79. maddesi 5728 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır. FSEK 75/ 3 Şikâyet üzerine Cumhuriyet savcısı suç konusu eşya ile ilgili olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre elkoyma koruma tedbirinin alınmasına ilişkin gerekli işlemleri yapar. Cumhuriyet savcısı ayrıca, gerek görmesi halinde, 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, şeklinde hüküm altına alınmıştır.

Bu açıklamalar doğrultusunda FSEK’ te düzenlenen suçlar için CMK 123 ve devamı hükümleri uygulanır. Sadece FSEK 68.madde 2 ve 3 fıkraları uyarınca açılan tecavüzün ref’i davalarında seçimlik olarak imha talebinde bulunulması mümkündür.

6. Hükümün İlanı

Madde 78 ‘ nci maddenin ikinci fıkrasında yazılı halden maada, haklı olan taraf, muhik bir sebep veya menfaati varsa, masrafı diğer tarafa ait olmak üzere, kesinleşmiş olan kararın gazete veya buna benzer vasıtalarla tamamen veya hulasa olarak ilan edilmesini talep etmek hakkını haizdir. İlanın şekil ve muhtevası kararda tespit edilir. İlan hakkı, hükmün kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde kullanılmazsa düşer.

SONUÇ

Fikir ürünleri üzerinde onu meydana getiren kişilerin hak sahibi olduğu uzun bir süre kabul edilmemiş, ancak zamanla teknik gelişmelerin artması sonucu fikir ürünleri ortaya koyan kişilerin bu ürünler üzerinde hak sahibi olması gerektiği düşüncesi yerleşmeye başlamıştır. Özellikle matbaanın icadı ile ilim ve edebiyat alanında yazılan eserlerin büyük miktarlarda basılması ve geniş kitlelere ulaştırılması ile eser üzerinde ekonomik menfaatler sağlanması eseri meydana getiren kişinin menfaatlerinin korunması gereğini ortaya koymuştur. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu eseri, sahibinin özelliğini taşıyan ve bu kanunda ki eser kategorilerinden birine giren fikri ürünler olarak tanımlamış ve bu doğrultuda düzenlemeler getirmiştir. Kanun, kural olarak, eser olan fikri ürünleri korumaktadır. Ancak, bunun istisnası olarak eser dışında bazı koruma konuları kabul etmiş ve bunları eser sahibinin hakları ile bağlantılı haklar kategorisi altında koruma kapsamında değerlendirmiştir. Kanun, eser kategorilerini sınırlı sayıda belirtmiş, bu kategoriler altında bazı eser türlerini de örnek olarak saymıştır.

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, eser sahibinin maddi ve manevi haklarını sınırlayıcı olarak düzenlemiştir. Eser tanımında olduğu gibi, haklarında sınırlı sayıda sayılması bunun dışında ortaya çıkacak veya eser sahibine tanınması gereken hakların kanuna göre korunmaması sonucunu doğuracaktır. Örneğin, bilgisayar programlarının korunmaya başlaması 4110 sayılı kanunla mümkün olmuştur. Maddi haklar eser üzerinde ekonomik menfaatler sağlayan, manevi haklar ise eser sahibinin kişiliği ile ilişkili olan onun eser üzerinde sahip olduğu hususiyeti yansıtan haklardır.

Eser sahiplerine tanınan hak grubu sınırlı olsa da kanaatimizce, bu hak grubunun içinde yer alan haklar sınırlı sayıda değildir. Yani, mali hak ve manevi haklar dışında yeni bir hak grubu ihdas edilemez ancak mali haklar içerisinde yer alan çoğaltma, yayma vb. haklar sınırlı sayıda değildir. Amaç, eser sahibinin hakkını korumak ise kanunda

belirtilmese de bu koruma eser üzerinde sahip olunan ve koruma gerektiren bütün haklara şamil olmalıdır.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunumuz, eser sahiplerinin fikir ürünlerinin olası hak ihlallerine karşı etkin biçimde korunması için hukuki ve cezai hükümler öngörmüştür. Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda çeşitli tarihlerde değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Ancak, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda öngörülen suçların ve yaptırımların istenildiği şekilde uygulanabilir olduğunu söylemek güçtür. Yapılan düzenlemeler ihtiyaçlara cevap vermek ve uygulamadaki sıkıntıları gidermek yerine, uygulanması imkânsız yaptırımlar içermektedir. Dolayısıyla, uygulamacılar da, bu hükümleri uygulama hususunda haklı olarak çekingen davranmaktadırlar. Nitekim, FSEK düzenlenen suçlar konusunda yerleşmiş içtihatların çok az olması, bu durumun bir göstergesidir. Kaldı ki, yasama organınca bu konuda sık sık yeni bir yeni bir düzenlemeye gidilmesi de yapılan düzenlemelerin eksikliği ve uygulamadaki zorluklarını ortaya koymaktadır.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 71.maddesinde, eser sahibinin mali, manevi haklarına ve bağlantılı hak sahiplerinin haklarına tecavüz suçu düzenlenmiş, aynı Kanunun 72. maddesinde, koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri, Kanunun 81. maddesinde bandrol suçları, 85-86 maddelerinde, mektup, resim, portreler aleyhine işlenen suçlar ile Kanunun EK 8/5 maddesinde, veri tabanı yapımcısının haklarına yönelik suçlar düzenlenmiştir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda düzenlenen suçlar için öngörülen hapis ve para cezaları ağır nitelikte olup, fikri ürünlerin etkin korunması, bu konuda işlenen suçları ağır yaptırımlara tabi tutmak anlamına gelmez. Bu tip suçları işleyenlerin tamamı ekonomik amaçlarla hareket ettiği için, cezaların caydırıcılığı failin ulaşmak istediği yarardan yoksun bırakılması ile mümkün olacaktır. Bu sebeple, bu tür suçlara ilişkin cezalar hususunda yalnızca para cezasının öngörülmesi, bu cezanın yerine getirilmemesi halinde ise hapis cezasına çevrilmesi isabetli olacaktır.

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 71. maddesinde 2008 yılında 5728 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra, kanunda yer alan mali ve manevi haklarla, bağlantılı hak sahiplerine haklarının ihlali suçlarının toplu olarak bir maddede ve suçun

unsurları ayrıntılı şekilde belirtilerek düzenlenmiş olması isabetli olmuştur. Bu düzenleme ile doktrinde yapılan eleştiriler de büyük ölçüde giderilmiştir. Örneğin, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda bağlantılı hak sahiplerinin haklarının ihlali suçları, 5728 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce, Kanunun 80.maddesinde tamamen genel ifadelerle düzenlenmiş olduğu için, bu suçun maddi unsurunun tespitini yapmak kolay olmamaktaydı. Suç ihdas eden düzenlemelerin herhangi bir yoruma ya da kıyasa yer vermeyecek biçimde açık ve anlaşılır olması gereği karşısında söz konusu hükmün daha anlaşılır düzenlenmesi ve cezai yaptırıma bağlanması gerektiği savunulmaktaydı. 5728 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, bağlantılı hak sahiplerinin haklarının ihlali 71.maddede suçun unsurları belirtilerek daha açık bir şekilde düzenlenmiştir. Bunun gibi FSEK m.72/b.3-e hükmünde yer verilen umuma iletim ile ilgili düzenlemenin dijital yollarla (özellikle internet) gerçekleştirilen hak ihlallerini de kapsayıp kapsamadığı hususunda doktrinde azınlıkta da olsa görüş ayrılığı bulunmaktaydı. Bu konuda da 5728 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, 5846 sayılı Kanunun 71.maddesinin birinci bendinde “..her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla..” ibaresi kullanılarak, tartışmaları giderici bir düzenleme yapılmıştır.

Bununla birlikte, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 71. maddesinin doktrinde yer alan bütün eleştirileri giderdiği ve lafzi olarak isabetli bir metin olduğu söylenemez. Söz konusu hükmün kaleme alınmasında kanunkoyucu yeterli özeni göstermemiştir. Örneğin, söz konusu hükmün birinci bendinde (FSEK m.71/b.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...” şeklinde bir düzenleme öngörülmüştür. Bu düzenlemedeki “yayımlayan” kavramı, bir eserin ses ve görüntü nakline yarayan araçlarla, radyo ve televizyon kuruluşlarınca üçüncü kişilere ulaştırılmasını ifade ettiğinden, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 25.maddesinde olduğu üzere “yayınlayan” şeklinde anlaşılmalıdır. Suçun kanunilik unsuru göz önünde tutularak bu kavram yanlışlığı kanun koyucu tarafından giderilmelidir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 71.maddesinin 2., 3. ve 5.bentleri benzer fiilleri suç olarak düzenlemesine ve aynı amaca hizmet etmesine karşın, söz konusu suçlar için öngörülen cezalar, birbirlerinden oldukça farklıdır. Örneğin, 71.maddenin 3.bendine göre,

“Bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunan kişi altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılır”. Aynı maddenin beşinci bendine göre, “Bir eserle ilgili olarak yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak gösteren kişi, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır”. Bir eserle ilgili hiç kaynak göstermemekle, söz konusu kaynağı yanlış veya aldatıcı göstermek arasında fark olmasa gerektir. Öyle ki, her iki halde de alıntı yapılan kaynak eser öğrenilememiş, eser sahibinin hakkı ihlal edilmiş olmaktadır. Buna karşılık üçüncü bentteki suçun yaptırımını iki yıla kadar hapis iken, beşinci bentteki suçun yaptırımını altı ay haptir. Her iki suç arasında belirgin bir fark yok iken, cezalar açısından meydana getirilen bu farklılık yerinde olmamıştır.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 71.maddesinin birinci bendinde, 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 kişilerden bahsedildikten sonra hükmün devamında, hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri satışa arz eden, satan, kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yayan kişilerin de ilgili fıkradaki suçtan cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Bu hükümde “hukuka aykırı şekilde işlenen eserler” ifadesi kullanıldığı; icra, fonogram ve yapımcılardan bahsedilmediği için, hukuka aykırı şekilde çoğaltılan ya da dağıtılan veya umuma iletilen fonogram, yapım ve icralar için herhangi bir cezai yaptırım söz konusu olamayacaktır. Kaldı ki, etkin pişmanlığı düzenleyen Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 71.maddesinin son fıkrasında “*Hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı satışa arz eden, satan veya satın alan kişi..*” denilerek, icra, fonogram ve yapımları hukuka aykırı çoğaltan kişilerin etkin pişmanlıktan faydalanacağı belirtilmiştir. Kanunda yer alan bu çelişki ve eksikliğin giderilmesi gerekir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 71.maddesinde eser sahibinin hakları ile bağlantılı olan icracı sanatçıların, fonogram ve yapımcıların hakları ihlal edilmesi hâlinde cezai koruma öngörülmüş olmasına karşın, eser sahibinin hakları ile bağlantılı olan radyo ve televizyon kuruluşlarının haklarının ihlal edilmesi hâlinde herhangi bir cezai yaptırım öngörülmemiştir. Bu nedenle Kanundaki bu eksiliğin giderilmesi ve hak sahipleri açısından eşit ve adil bir koruma sağlanmalıdır.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 71.maddesinin son fıkrasında, korsan yayımlarla mücadele için, etkin pişmanlık öngörülmüştür. Buna göre, hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı satışa arz eden, satan veya satın alan kişi için kovuşturma evresinden önce bunları kimden temin ettiğini bildirerek yakalanmalarını sağladığı takdirde, hakkında verilecek cezadan indirim yapılabileceği gibi, hiç ceza verilmeyebilecektir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda suçun kovuşturulması ve soruşturulmasının şikayete tâbi olduğu belirtilmiş, şikayet hakkı olan kişi ve kurumlarla, kovuşturma ve soruşturmada özellik arz eden hususlar özel olarak düzenlenmiştir. FSEK’ in cezai himayeyi sağlayabilmek için çok ağır hapis ve para cezaları öngörmesine rağmen bu suçların takiplerini kişisel şikâyetle bağlı tutması sakıncalı olmuştur. Şöyle ki, ihlallerin önlenmesi eser sahibinin haklarının muhafazası yanında devletin vergi kaybına uğramaması açısından da önemlidir. Özellikle korsan yayımla mücadele, suçun resen kovuşturulmasıyla daha etkin olarak yürütülebilir. Bunun yanında, zabıt, müsadere ve imha gibi özel olarak düzenlenmiş hükümler, 5728 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır. Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda ceza davaları bakımından görevli mahkemeler özel olarak düzenlenmiş, söz konusu suçların özel olarak oluşturulan ihtisas mahkemelerinde görüleceği belirtilmiştir. Ancak, bu mahkemelerin yetkisine ilişkin özel bir düzenleme öngörülmediğinden, fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakların veya bağlantılı hakların ihlali halinde yetkili mahkeme Ceza Muhakemeleri Kanununa göre belirlenir.

KAYNAKÇA

- AKİPEK Şebnem - Esra DARDAĞAN, “**Sanal Ortamda Telif Hakları**”, BATİDER, Haziran 2001, C.29, S.1.
- AKSU Mustafa, “**Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması**”, Beta Yayınları, İstanbul, 2006.
- ALACAKAPTAN Uğur, **Suçun Unsurları**, Ankara 1970.
- ALBAYRAK Mustafa, **Fikir ve Sanat Eserleri İle Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar**, Adil Yayınevi, Ankara 2004.
- ARIDEMİR Arzu Genç, **Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma Ve Yayma Hakları**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Kasım, 2003
- ARKAN Azra, “**Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar**”, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.
- ARIKAN Ayşe Saadet, “**Fikri ve Sınai Hakların Tükenmesi ve Rekabet Hukuku**,” Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002.
- ARSLANLI Halil İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, “**Fikri Hukuk Dersleri II- Fikir ve Sanat Eserleri**”, 1954
- ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA A. Caner, “**Ceza Hukuku Genel Hükümler**”, 4.Baskı Turhan Kitapevi Ankara, 2009.
- ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA A. Caner, “**Ceza Hukuku Özel Hükümler**”, 7. Baskı, Turhan Kitapevi Ankara, 2006.
- ASLAN Adem, **Türk ve AB Hukukunda Fikrî Mülkiyet Haklarının Tükenmesi**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004.
- ATEŞ Mustafa, “**Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması**”, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- AYİTER Nuşin, “**Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri**”, 2. Baskı, Ankara, sevinç Matbaası, 1984.
- BAYAMLIOĞLU İbrahim Emre, “**Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma**”, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2008.
- BAYGIN Cem, “**Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa Göre Eser Sahibinin Hakları İle Bağlantılı Haklar**”, AÜEHFD, C.5, S.1-4, Yıl: 2001.

- BELGESAY Mustafa Reşit, “**Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi**,” Temel Yayınları, İstanbul, 1955.
- BERBER Leyla Keser, “**İnternette Eser Sahipliği Hukuku Sorununa Getirilen Teknik Çözümler: Steganografi (Data Hiding; Veri Gizleme) ve Digital Watermarking (Dijital İşaretleme)**”, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki KURU Armağanı, Ankara 2004.
- BEŞİROĞLU Akın,” **Düşünce Ürünleri Üzerinde Haklar**”, Beta Yayınları, İstanbul, 2004.
- BEŞİROĞLU, Akın, “**Fikri Hukuk Dersleri**”,4.Baskı, ArıKAN Yayınları, İstanbul, 2006.
- BOZBEL Savaş, **Radio ve TV Yayınlarının Umuma Açık Mahallerde Gösterilmesi**, Prof. Dr Ali Güzel’e Armağanı, C.II, İstanbul Beta 2010
- CENTEL Nur- Hamide ZAFER-Özlem ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**,3.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2005.
- ÇETİN EROL, **Basın Hukuku Açıklamalı- İçtihatlı**, Ankara 2007
- ÇINAR Ömer **Fikri Hukuk Açısından Eser Sahibinin Hakları ve Korunması**, İstanbul 2002
- DEMİRBAŞ Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**,5.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007
- DEMİRELLİ, Fuat Hulusi, “**Müellif (Ökter Hakkı)**”, Adliye Ceridesi, C.33, 1942.
- DÖNMEZER Sulhi - Sahir ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku – Genel Kısım- C.1**, Yeniden Gözden Geçirilmiş 12. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 1997.
- DÖNMEZER Sulhi, ERMAN Sahir, “**Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım**”,C.II, İstanbul , 1997.
- DÜLGER Murat Volkan, **Bilişim Suçları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.
- ERDİL Engin, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi,3.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.
- EREL N. Şafak, “**Türk Fikir ve Sanat Hukuku**”, Yetkin Yayınevi, 3. Bası, Ankara, 2009
- ERMAN Sahir “ **Hakaret ve Sövme Suçları**”, 2. Baskı, İstanbul 1989

- EROĞLU Sevilay, “**İnternette Aktif Linkler Yolu ile Fikri Haklara Müdahale**” Ünal Tekinalp’e Armağan Cilt II İstanbul 2003 s.219 vd.
- GÖKYAYLA K. Emre, “**Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi,**” Yetkin Yayınevi, Ankara.
- GÜNEŞ İlhami, “**Son Yasal Düzenlemelerde Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri**”, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.
- HAFIZOĞULLARI Zeki, “**Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi**”, AÜHFD, C.48, Ankara 1999.
- HAKERİ Hakan, “**Ceza Hukuku Genel Hükümler**”, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- HIRSCH Ernst E, “**Hukuki Bakımdan Fikri Say**”, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1994.Eylül – Ekim, 2004, No:54.
- İÇEL Kayıhan , “**Telif Ceza Hukuku Açısından Eser Kavramı**”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 2006
- İÇEL Kayıhan, SOKULLU-AKINCI Füsün, ÖZGENÇ İzzet, SÖZÜER Adem, MAHMUTOĞLU Fatih Selami, ÜNVER Yener, “**İçel-Suç Teorisi**”, 3. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004.
- İÇEL Kayıhan, ÜNVER Yener, **Kitle Haberleşme Hukuku**, Yenilenmiş 6. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005.
- Kaplan Yavuz: **İnternet Ortamında Fikrî Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk**, Ankara 2004
- KARAHAN Sami, SULUK Cahit, SARAÇ Tahir, NAL Temel, “**Fikri Mülkiyet Hukuku’nun Esasları**”, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009
- KARAMAN COŞGUN Özlem, “**Fikir Ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında İşveren Ve Tayin Edenin Eser Üzerindeki Hakları**”, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.13 S,1-2 2007.
- KENDİGELEN Abuzer - Savaş BOZBEL, “**Telif Hakları Açısından İnternette Veri Paylaşımı (Peer-to-Peer, File Sharing)**” **İnternet ve Hukuk**, Der: M. Yeşim ATAMER, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2004.
- KILIÇOĞLU Ahmet, “**Fikri Haklar alanında 5101 sayılı Yasa ile Getirilen Yenilikler**”, TBBD, S.55, 2004.
- KILIÇOĞLU Ahmet, **Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar**, Ankara 2006,

- KINACIOĞLU, Naci, “**Türkiye’ de Fikri Hakların Gelişimi ve nazari Esasları**”, Prof. Dr. Haluk TANDOĞAN’ ın Anısına Armağan, Ankara 1990.
- KINACIOĞLU Naci, “**Sinema Eserleri ve Bunlarda Eser Sahipliği**”, Prof. Dr. Ali BOZER’e Armağan, Ankara, 1999.
- KOCA Mahmut : “ **YTCK’ da Hukuka Uygunluk Sebepleri**”, Ceza Hukuku Dergisi, Y: 1, S:1, Ekim 2006.
- KUNTER Nurullah, **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1949.
- MEMİŞ Tekin (Editör), “**Fikri Mülkiyet Yıllığı**”, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2004.
- MEMİŞ Tekin, “**Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu**”, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.
- ORHAN Ali – SULUK Cahit, “ **Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku C.II**” , İstanbul 2005.
- ÖZBEK Veli Özer, “**TCK İzmir Şerhi Gerekçeli-İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu**”, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.
- ÖZDERYOL Teknail, “**Fikir ve Sanat Eserleri Kanunda Düzenlenen Suçlar**”, İstanbul, 2006
- ÖZTOPRAK İlhan, “**Fikir Ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar**”, Ankara,1977
- ÖZTÜRK Bahri - ERDEM Ruhan, “**Ceza Muhakemesi Hukuku**”, Seçkin Yayınevi, 12.Bası, Ankara 2008
- TEKİNALP, Ünal “**Fikri Mülkiyet Hukuku,**” Arıkan Yayınları, İstanbul,2005.
- PARLAR Ali -Muzaffer HATİPOĞLU, “**Açıklamalı-Gerekçeli 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Getirdiği Yenilikler Bağlamında Temel İlkeler, Tanımlar, Uygulama Alanı Kast ve Taksir**”, Kazancı Ticaret A.Ş., İstanbul 2005.
- SINAR Hasan, **İnternet ve Ceza Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001.
- TOPÇUOĞLU Hamide , “**Fikri Haklar Ders Notları**”, Ankara 1964
- TOROSLU Nevzat, **Ceza Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara 2005
- TOROSLU Nevzat , **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara 2009

- ÜSTÜN Gürsel, **Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısının son metnindeki FSEK ile ilgili Hükümler ve Eleştirilerimiz**, İstanbul Barosu Dergisi 2007/1 Sayı,
- YAZICIOĞLU Yılmaz, **“Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar”**, On iki Levha Yayıncılık, 2009, İstanbul.
- YARSUVAT Duygun, **“Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları”**, Güray Matbaacılık, İstanbul, 1984
- YAVUZ Levent, **Elektronik Ortamda Umuma Arz Edilen Eserlerde Sayısal Haklar Yönetimi (Teknik Koruma Önlemleri ve Hak Yönetim Bilgileri)**, YD, Ocak-Nisan 2008, C.34, S. 1-2
- YENİDÜNYA, Caner; **“Manevi ve Mali Haklara Tecavüz Suçları”**, İstanbul Barosu Yayınları (Fikri Haklarda Güncel Sorunlar, Uygulamadan Görüşler), Aralık 2007 (Yayına Hazırlayan: ÜLGİN, Celal / ONGUN, Coşkun)
- YENİDÜNYA Ahmet Caner, **“5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Düzenlenen Manevi ve Mali Haklara Tecavüz Suçları”**, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.X, S.3-4, 2006. (Kısaltma; EÜHFD).
- YILMAZ Ejder, **“Hukuk Sözlüğü”**, 5.Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 1996

Diğer Kaynaklar

- Ord. Prof. Dr. E. HİRŞ,
<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/245/2180.pdf>
- Yaşar ÖZBEK, Dışişleri Bakanlığı Hukuk Müşaviri
- <http://www.mfa.gov.tr/dunya-fikri-mulkiyet-orgutu.tr.mfa>
- <http://www.hukukevi.net/hukuk/kararnameler/f.s.e.k-yargytay-kararlary-md.35.law>
- Av. Yunus ÇELİKBİZ İSTANBUL-NİSAN 2008 Lisans Sözleşmesi
<http://www.hukukiboyut.com/arsiv/d2010126151651.pdf>
- Kültür Bakanlığı Web sitesi
<http://www.kultur.gov.tr/TR/Genel/BelgeGoster.aspx?F6E10F8892433CFF8AB2E675B78192E8FFB31DDACD1CE3B0>
- <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=muhteva&ayn=tam>
- <http://tr.wikipedia.org/wiki/CD-ROM>
- Sinerji içtihat ve mevzuat programı
- Beyoğlu Fikri Ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesinin yayınlanmamış kararları