

GENEL OLARAK FİKİR VE SANAT ESERLERİ VE
BUNLARA İNTERNET YOLUYLA TECAVÜZ İLE
SONUÇLARI

İHSAN BAŞTÜRK
104615050

İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
EKONOMİ HUKUKU YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

Prof. Dr. A. NECİP ORTAN
2006

Genel Olarak Fikir ve Sanat Eserleri ve Bunlara İnternet Yoluyla
Tecavüz ile Sonuçları

General Information about Intellectual and Artistic Work, Violation of
this Work by Internet and its Results

İhsan Baştürk
104615050

Tez Danışmanı : Prof. Dr. A. Necip Ortan
Jüri Üyesi : Prof. Dr. A. Timur Demirbaş
Jüri Üyesi : Yrd. Doç. Dr. Gül Okutan Nilsson

Tezin Onaylandığı Tarih : 15.11.2006

Toplam Sayfa Sayısı : 238

Anahtar Kelimeler (Türkçe)

- 1) Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
- 2) Fikri Mülkiyet Hakları
- 3) İnternet
- 4) Telif Hakları
- 5) İnternet Protokolleri

Anahtar Kelimeler (İngilizce)

- 1) Intellectual Property Law
- 2) Internet Law
- 3) Copyrights
- 4) Internet Protocols
- 5) Internet

ÖZET

Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku'nun insanın yaratıcı zihinsel faaliyetini ve bu faaliyet sonucu ortaya çıkan fikir ve düşünce ürünü uğraş konusu edinmiş hukuk dalı olması nedeniyle, bilgi ve fikri taşıyan, ileten ve sunan internet olgusu ile olan ilgisinin yoğunluğu da birçok hukuk dalından daha ileri düzeyde olmaktadır.

İnternetin, bilgiye ve fikir ürünlerine ulaşma ile bunların iletiminde sunduğu avantajların yanında, hak ihlallerini kolaylaştırıcı yönünün de bulunması yadsınamaz bir gerçekliktir. Teknolojinin gelişimi ile birlikte fikri hak ihlali metodlarına her gün yenileri eklenmektedir. İnsanoğlunun ortak kültür mirası olan fikir ve sanat eserlerinin ve bu eserlerin yaratıcısının haklarını korumayı amaçlayan bu hukuk dalı da kendi koruma mekanizmalarını yenilemek ve teknolojik olarak donanımlı olmak zorundadır.

Çalışmamızın ilk bölümünün birinci kısmında; internetin temel unsurları, kullanılan iletim ve paylaşım metodları ile internet sükjelerinin işlevleri ile sorumlulukları incelenmiştir. İkinci ve üçüncü kısmında ise 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında korunan eserlerin neler olduğu, eser sahibinin hakları ve bağlantılı haklar incelenmiştir.

Fikir ve düşünce ürünlerine internet yoluyla tecavüz halini oluşturan uygulama örnekleri ile fikri hakların dava yoluyla korunmasına ise çalışmamızın ikinci bölümünde yer verilmiştir.

Türkiye'nin Avrupa Birliğine üyelik süreci içinde bulunması nedeniyle; mevzuatın uyumlaştırılması çabaları nedeniyle AT Direktiflerine gerekli olduğu ölçüde değinilmiştir. İnternetin anavatanı olarak adlandırılan ABD Hukuku'ndaki bazı kural ve uygulamalara da yol gösterici olması bakımından ihtiyaç duyulan durumlarda yer verilmiştir.

ABSTRACT

Intellectual and artistic work law's matter is the creativity of person's mental activities and the intellectual products that arise from these activities. As, the interest to the internet, which transmits, forwards and presents information and ideas has risen, intellectual and artistic work law is getting much more important than other legal branches.

And as, internet has benefits that ease the access to information and intellectual products and that ease their transmission, situations that facilitate breach of rights have appeared. Due to technological development, methods of violations and intellectual rights have increased. This legal branch whose aim is to protect intellectual and artistic work, which is human being's joint cultural heritage and to protect the creators of these works, is obliged to renew its protection mechanism and is also obliged to be technologically supplied.

Basic factors of the internet, transmission and sharing methods used, functions and responsibilities of internet subjects are the matters of our work, stated in first section's first part. In the second and third part the work, according to 5846 numbered Intellectual and Artistic Work Law, rights of the creator of the work and related rights were discussed.

Practise samples, which are demonstrating breach of intellectual work by internet and protection of intellectual rights by filing a suit, are dealt with in the second section of our work.

Due to, Turkey is on its way to member of the European Union, Instruction of the EU were also discussed as needed, since legislation is to be accommodated. As, the US is the so-called native country of the internet, some US-regulations and practise were also discussed, as necessary to guide our work.

İÇİNDEKİLER

| | |
|-------------------|-----|
| ÖZET | iii |
| ABSTRACT..... | iv |
| İÇİNDEKİLER | v |
| KISALTMALAR | xi |
| GİRİŞ | 1 |

BİRİNCİ BÖLÜM

BİRİNCİ KISIM

İNTERNET VE HUKUK

| | |
|---|-----------|
| 1.1. Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku-İnternet İlişkisi..... | 5 |
| 1.2. İnternetin Doğuşu ve Tarihsel Gelişimi | 6 |
| 1.3. Bir Kavram Olarak İnternet..... | 8 |
| 1.4. İnternetin Temel Unsurları..... | 8 |
| 1.4.1.TCP/IP Protokolü..... | 8 |
| 1.4.2.İnternet Kullanım Protokolleri..... | 9 |
| 1.4.2.1.World Wide Web(www)..... | 10 |
| 1.4.2.1.1.Adreslerin Gruplandırılması | 11 |
| 1.4.2.1.2.Alan Adı(Domain Name)..... | 12 |
| 1.4.2.2.File Transfer Protocol(FTP)..... | 13 |
| 1.4.2.3.E-Mail(Elektronik Posta | 13 |
| 1.4.2.4.Internet Relay Chat (IRC)..... | 14 |
| 1.4.2.5.Haber Grupları(NewsGroup) | 14 |
| 1.4.2.6.Telnet | 15 |
| 1.4.2.7.Gopher..... | 15 |
| 1.5. İnternet İşlevinin Yerine Getirilmesi | 15 |
| 1.5.1.İnternetin Alt Yapısı ve Yönetimi..... | 15 |
| 1.5.2.İnternetin Søjeleri..... | 17 |
| 1.5.2.1.İçerik Sağlayıcı(Content Provider) | 17 |
| 1.5.2.2.Servis Sağlayıcı(Service Provider) | 18 |
| 1.5.2.3.Erişim Sağlayıcı(Aecess Provider) | 19 |
| 1.5.2.4.Telekom Kuruluşları | 20 |
| 1.5.2.5.Kullanıcılar(Browser).. .. | 20 |
| 1.6. İnternet Hukuku | 21 |
| 1.6.1.Hukukun İnternette Uygulanabilirliği | 21 |
| 1.6.2.Ülkemizde İnternetle ilgili Özel Bir Yasal Düzenleme Bulunmaması..... | 22 |
| 1.6.3.Yasal Düzenlemelerin Özellikleri..... | 23 |
| 1.6.4.İnternet Hukukunda Sorumluluk..... | 24 |
| 1.6.4.1.İçerik Sağlayıcının Sorumluluğu | 24 |
| 1.6.4.2.Servis Sağlayıcının Sorumluluğu..... | 26 |
| 1.6.4.3.Erişim Sağlayıcının Sorumluluğu..... | 30 |
| 1.6.5.Suçun İşlendiği Yer | 30 |
| 1.6.6.Suçun İşlendiği Zaman | 31 |

İKİNCİ KISIM FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI

| | |
|--|-----------|
| 2.1. Fikri Mülkiyet Haklarının Toplum Hayatında Önemi | 32 |
| 2.2. Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunun Tarihsel Gelişimi | 32 |
| 2.2.1.Genel Olarak | 32 |
| 2.2.2.Türkiyedeki Tarihi Gelişim..... | 35 |
| 2.3. Fikri Mülkiyet Hukuku Sistemi ve “Eser Sahibinin Hakları’ | 37 |
| 2.4. FSEK’te “Eser” | 39 |
| 2.4.1.”Eser”in Unsurları | 39 |
| 2.4.1.1. Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda “Eser” ve “Hususiyet” Kavramı..... | 39 |
| 2.4.2.2.Şekillenmiş Olma..... | 42 |
| 2.4.2.Eser Türleri | 43 |
| 2.4.2.1.İlim ve Edebiyat Eserleri | 45 |
| 2.4.2.1.1.Herhangi bir şekilde yazı ve dil ile ifade edilen eserler | 45 |
| 2.4.2.1.2.Bilgisayar Programları | 47 |
| 2.4.2.1.3.Rakıslar,yazılı koreografi eserleri, pandomimalar ve benzer sözsüz sahne eserleri | 49 |
| 2.4.2.1.4.Fotoğraflar,Haritalar,Planlar ve Projeler..... | 50 |
| 2.4.2.2.Musiki Eserleri..... | 52 |
| 2.4.2.3.Güzel Sanat Eserleri..... | 53 |
| 2.4.2.4.Sinema Eserleri | 57 |
| 2.4.2.5.Multimedya Eserler(Ürünler)..... | 60 |
| 2.4.2.6.İşlenmeler ve Derlemeler | 61 |
| 2.4.2.6.1.Tercümeler | 64 |
| 2.4.2.6.2.Roman,hikaye,şiir,tiyatro piyesi gibi eserlerden birinin bu sayılan nevilerden bir başkasına çevrilmesi..... | 64 |
| 2.4.2.6.3.Musiki,Güzel Sanatlar,İlim ve Edebiyat Eserlerinin Filme Alınması | 64 |
| 2.4.2.6.4.Musiki Aranjman ve Tertipleri | 64 |
| 2.4.2.6.5.Güzel Sanat Eserlerinin Bir Şekilden Diğer Şekillere Sokulması..... | 65 |
| 2.4.2.6.6.Bir Eser Sahibinin Bütün veya Aynı Cinsten Olan Eserlerinin Külliyat Haline Sokulması | 65 |
| 2.4.2.6.7.Belli Bir Maksada Göre Ve Hususi Bir Plan Dahilinde Seçme Ve Toplama Eserler Düzenlenmesi..... | 65 |
| 2.4.2.6.8.Henüz Yayınlanmamış Bir Eserin İlmî Araştırma ve Çalışma Sonucu Yayınlanmaya Elverişli Hale Getirilmesi..... | 66 |
| 2.4.2.6.9.Başkasına Ait Bir Eserin İzin Veya Şerhi Yahut Kısaltılması | 66 |
| 2.4.2.6.10.Bir Bilgisayar Programının Uyarlanması,Düzenlenmesi veya Herhangi Bir Değişim Yapılması..... | 66 |
| 2.4.2.6.11.Veri Tabanları | 67 |

| | |
|---|-----------|
| 2.4.3.FSEK'te düzenlenen eser benzeri konular | 71 |
| 2.4.3.1. Ad ve Alametler | 71 |
| 2.4.3.2. İşaret,Resim ve Sesler | 72 |
| 2.4.3.3.Mektuplar ve Günlük-Hatıra Yazıları | 72 |
| 2.4.3.4.Resim ve Portreler | 73 |
| 2.4.4.Bazı Özel Fikri Ürünler | 74 |
| 2.4.4.1.İnternet Alan Adları | 74 |
| 2.4.4.2.Reklam | 75 |
| 2.4.4.3.Web Sayfaları | 77 |
| 2.4.5.Eser Sahibi | 78 |
| 2.4.5.1.Eser Sahipleri | 79 |
| 2.4.5.1.1.Bir Şahsın Eser Sahipliği | 79 |
| 2.4.5.1.2.Birden Çok Şahsın Eser Sahipliği | 79 |
| 2.4.5.1.2.1.Müşterek Eser Sahipliği | 80 |
| 2.4.5.1.2.2.İştirak Halinde Eser Sahipliği | 81 |
| 2.4.5.2.Eser Sahipliği Hakkında Karineler | 83 |
| 2.4.5.2.1.Sahibinin Adı Belirtilen Eserlerde | 83 |
| 2.4.5.2.2.Sahibinin Adı Belirtilmeyen Eserlerde | 83 |
| 2.5. Eser Sahibine Sağlanan Koruma..... | 84 |
| 2.5.1.Korumanın Doğuşu | 84 |
| 2.5.1.1.Alenileşme ve Yayınlama | 84 |
| 2.5.2.Korumanın Konusu | 85 |
| 2.5.3.Korumanın Kapsamı | 86 |
| 2.5.3.1.Bilgisayar Programları Yönünden | 87 |
| 2.5.3.1.1.Koruma Kapsamında Olmayan Unsurlar | 87 |
| 2.5.3.1.2.Koruma Kapsamında Olan Unsurlar | 88 |
| 2.5.4.Koruma Süreleri | 90 |

ÜÇÜNCÜ KISIM

ESER SAHİBİNİN HAKLARI VE BAĞLANTILI HAKLAR

| | |
|--|------------|
| 3.1. Genel Olarak Eser Sahipliğinden Doğan Haklar | 92 |
| 3.2. Manevi Haklar | 94 |
| 3.2.1.Genel Olarak Manevi Haklar | 94 |
| 3.2.2.Umuma Arz Yetkisi(Hakkı)..... | 95 |
| 3.2.2.1.Eseri Kamuya Sunup Sunmama Hakkı..... | 96 |
| 3.2.2.2.Eserin Kamuya Sunma Zamanını Belirleme Hakkı..... | 97 |
| 3.2.2.3.Eserin Kamuya Sunma Tazrını Belirleme Hakkı..... | 97 |
| 3.2.2.4.Eserin İçeriği Hakkında Bilgi Verme Hakkı..... | 98 |
| 3.2.3.Eser Sahibi Olarak Tanıtılma Hakkı | 98 |
| 3.2.4.Eserde Değişiklik Yapılmasını Önleme Hakkı | 100 |
| 3.2.5.Eser Sahibinin Zilyet ve Malike Karşı Hakları..... | 102 |
| 3.3.Mali Haklar | 104 |
| 3.3.1.Genel Olarak Mali Haklar | 104 |
| 3.3.2.İşleme Hakkı | 106 |
| 3.3.3.Çoğaltma Hakkı | 108 |
| 3.3.4.Yayma Hakkı | 111 |
| 3.3.5.Temsil Hakkı..... | 115 |

| | |
|--|------------|
| 3.3.6.İşaret,Ses ve/veya Görüntü Nakline Yarayan Araçlarla Umuma İletim Hakkı..... | 118 |
| 3.3.7.Pay Alma(Takip Hakkı)..... | 120 |
| 3.4.Bağlantılı Haklar..... | 121 |
| 3.4.1.İcracı Sanatçıların Hakları | 123 |
| 3.4.1.1.İcracı Sanatçıların Mali Hakları..... | 124 |
| 3.4.1.2.İcracı Sanatçıların Manevi Hakları | 125 |
| 3.4.2.Fonogram Yapımcılarının Hakları | 126 |
| 3.4.3.Radyo-TV Kuruluşlarının Hakları | 128 |
| 3.4.4.Film Yapımcılarının Hakları..... | 130 |
| 3.4.5.Bağlantılı Haklara Getirilen İstisnalar | 132 |

İKİNCİ BÖLÜM

FİKRİ HAKLARA İNTERNET YOLUYLA TECAVÜZ ve HAKLARIN KORUNMASI

| | |
|---|------------|
| 4.1. Genel Olarak Fikir ve Düşünce Ürünlerine İnternet Yoluyla Tecavüz ve Tecavüz Oluşturan Uygulama Örnekleri | 134 |
| 4.1.1.Fikir Ürünlerinin İzinsiz Olarak İnternette Erişime Açık Tutulması.... | 136 |
| 4.1.2.Eserin Bir Arama Motorunda Bulundurulması..... | 138 |
| 4.1.3.İnternette Çoğaltma..... | 139 |
| 4.1.3.1.Genel Olarak Geçici Çoğaltmalar..... | 139 |
| 4.1.3.2.Genel Olarak Kalıcı Çoğaltmalar..... | 140 |
| 4.1.3.3.Caching(Ön Belleğe Kayıt)..... | 141 |
| 4.1.3.4. Veri İletim(Paylaşım) Sistemleri | 142 |
| 4.1.3.4.1.FTP- File Transfer Protocol (Dosya Aktarım Protokolü)..... | 143 |
| 4.1.3.4.2.Elektronik Posta ve Peer-to-Peer sistemi..... | 144 |
| 4.1.3.5.Linkler..... | 147 |
| 4.1.3.5.1.Yüzeysel Linkler..... | 148 |
| 4.1.3.5.2.Derin Linkler..... | 149 |
| 4.1.3.5.3.Çerçeveler(Frames)..... | 151 |
| 4.2. Fikri Hakların Dava Yoluyla Korunması..... | 152 |
| 4.3. FSEK'te Düzenlenen Hukuk Davaları..... | 153 |
| 4.3.1.Eser Sahibinin Tesbiti Davası..... | 154 |
| 4.3.2.Tecavüzün Ref'i Davası..... | 156 |
| 4.3.3.Tecavüzün Men'i Davası | 157 |
| 4.3.4.Tazminat Davası | 158 |
| 4.3.4.1.Manevi Haklara Tecavüz Halinde Tazminat Davası | 158 |
| 4.3.4.2.Mali Haklara Tecavüz Halinde Tazminat Davası..... | 160 |
| 4.3.5.Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görmeden Kaynaklanan Talepler | 161 |
| 4.3.6.Hukuk Davalarında Yetkili ve Görevli Mahkeme | 162 |
| 4.3.7.Hukuk Davalarında İsbat Yükü | 162 |
| 4.3.8.İnternet Ortamında Fikri Hak İhlallerinde Hukuk Davalarında Karşılaşılabilecek Problemler | 163 |

| | |
|---|------------|
| 4.4. FSEK’te Düzenlenen Ceza Davaları | 165 |
| 4.4.1.Genel Olarak FSEK’te Cezai Hükümler..... | 165 |
| 4.4.1.1.Suçla Korunan Hukuki Yarar..... | 168 |
| 4.4.1.2.Koğuşturma ve Şikayet..... | 170 |
| 4.4.1.3.Fail ve İştirak | 172 |
| 4.4.1.4.Maddi Unsur | 173 |
| 4.4.1.5.Manevi Unsur..... | 174 |
| 4.4.1.6.Teşebbüs | 175 |
| 4.4.2.FSEK’te Düzenlenen Hürriyeti Bağlayıcı Ceza ve/veya Adli Para Cezasını Gerektiren Suçlar | 176 |
| 4.4.2.1.Manevi Haklara Tecavüz Oluşturan Suçlar | 176 |
| 4.4.2.1.1.Alenileşmiş Olsun veya Olmasın,Eser Sahibinin veya Halefinin Yazılı İzni Olmadan Bir Eseri Umuma Arzetmek veya Yayınlamak Suçu..... | 178 |
| 4.4.2.1.2.Sahip veya Halefinin Yazılı İzni Olmadan Bir Esere veya Çoğaltılmış Nüshalarına Ad Koymak Sucu..... | 178 |
| 4.4.2.1.3.Kasten Başkasının Eserini Kendi Eseri veya Kendisinin Eserini Başkasının Eseri Olarak Göstermek veya 15. Maddenin 2. Fıkrasına Aykırı Hareket Etmek Suçu..... | 179 |
| 4.4.2.1.4.Kaynak Göstermemek veya Yanlış,Yetersiz,Aldatıcı Kaynak Göstermek Suçu..... | 179 |
| 4.4.2.1.5.Eser Sahibinin Yazılı İzni Olmaksızın Bir Eseri Değiştirmek Suçu..... | 180 |
| 4.4.2.2.Mali Haklara Tecavüz Oluşturan Suçlar..... | 181 |
| 4.4.2.2.1.Sözleşmeye Aykırı Olarak Bir Eseri veya İşlenmelerini Çoğaltarak Satma ve Dağıtma Suçu | 182 |
| 4.4.2.2.2.Hak Sahibinin İzni Olmaksızın Bir Eseri ve Çoğaltılmış Nüshalarını,Bu Kanununun 81.Maddesinde Belirtilen Yerlerde Satmak Suçu..... | 183 |
| 4.4.2.2.3.Hak Sahibinin İzni Olmaksızın Eseri İşleme, Çoğaltma, Yayma, Ülkeye Sokma ve Umuma İletim Suçu | 183 |
| 4.4.2.3.Bağlantılı Hak Sahiplerinin Haklarına Tecavüz Suçları..... | 187 |
| 4.4.2.4. Bandrol İle İlgili Suçlar | 188 |
| 4.4.2.5.Hak Sahiplerinin Mali Haklarına Tecavüz Oluşturan “Diğer Suçlar” | 190 |
| 4.4.2.6.Eser Üzerindeki Bilgiler Aleyhine İşlenen Suçlar | 194 |
| 4.4.2.7. Veri Tabanları Aleyhine İşlenen Suçlar..... | 195 |
| 4.4.2.8.Eser Benzeri Ürünler Aleyhine İşlenen Suçlar | 196 |
| 4.4.2.8.1.Ad ve Alametler Aleyhine İşlenen Suçlar | 197 |
| 4.4.2.8.2.İşaret,Resim ve Ses Aleyhine İşlenen Suçlar..... | 198 |
| 4.4.2.8.3.Mektup,Hatıra ve Buna Benzer Yazılar Aleyhine İşlenen Suçlar | 199 |
| 4.4.2.8.4.Resim ve Portreler Aleyhine İşlenen Suçlar | 200 |
| 4.4.2.9. Bilgi İçerik Sağlayıcılar Tarafından İşlenen Suçlar | 201 |
| 4.4.3.FSEK’te Düzenlenen İdari Para Cezasını Gerektiren Suçlar..... | 203 |
| 4.4.4.FSEK’te Düzenlenen Suçlarda Tekerrür,İnfaz ,Zamanaşımı ve Diğer Hükümler | 204 |

| | |
|--|------------|
| 4.5.Hukuk ve Ceza Davalarında “Çeşitli Hükümler” | 206 |
| 4.5.1.Görevli Mahkeme ve İspat Yükü..... | 207 |
| 4.5.2.İhtiyati Tedbirler ve Gümrüklerde Geçici Olarak El Koyma | 208 |
| 4.5.3.Hükmün İlanı | 210 |
| 4.5.4.Zabıt,Müsadere ve İmha | 210 |
| 4.6. Fikri Mülkiyet Hakkı İhlallerine Uygulanacak Hukuk..... | 211 |
| 4.7. Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı..... | 213 |
| SONUÇ..... | 217 |
| BİBLİYOGRAFYA | 219 |

KISALTMALAR

| | |
|---------|--|
| AB | :Avrupa Birliği |
| age. | :Adı geçen eser |
| AB | :Avrupa Birliği |
| AT | :Avrupa Topluluğu |
| AÜEHFD | :Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi |
| AÜHFD | :Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| AÜSBFM | :Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Mecmuası |
| B. | :Baskı |
| b. | :Bent |
| Batider | :Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi |
| BK | :Borçlar Kanunu |
| bkz. | :Bakınız |
| C. | :Cilt |
| CD | :Ceza Dairesi |
| CD-ROM | :Compact Disk-Read Only Memory |
| CGK | :Ceza Genel Kurulu |
| CMK | :Ceza Muhakemesi Kanunu |
| DEÜHFD | :Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| DRM | :Digital Right Management |
| dn. | :Dipnot |
| E. | :Esas |
| E-Posta | :Elektronik Posta |
| f. | :fıkra |
| FİSAUM | :Ankara Üniversitesi Fikri ve Sınai Haklar Araştırma ve Uygulama Merkezi |
| FMRD | :Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi |
| FSEK | :Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu |
| HD | :Hukuk Dairesi |
| HGK | :Hukuk Genel Kurulu |

| | |
|--------|---|
| http. | :hypertext transfer protocol |
| HUMK | :Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu |
| I CANN | :International Federation of Phonographic Industries |
| ISS | :İnternet Servis Sağlayıcı |
| IÜHFD | :İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| İBD | :İstanbul Barosu Dergisi |
| K. | :Karar |
| KK | :Kabahatlar Kanunu |
| krş. | :karşılaştırınız |
| m. | :madde |
| MK | :Medeni Kanun |
| MÖHUK | :Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun |
| p. | :paragraf |
| RG | :Resmi Gazete |
| RK | :Rekabet Kanunu |
| RKD | :Rekabet Kurumu Dergisi |
| S. | :Sayı |
| s. | :sayfa |
| SVMEK | :Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu |
| TBMM | :Türkiye Büyük Millet Meclisi |
| TCK | :Türk Ceza Kanunu |
| TK | :Ticaret Kanunu |
| TRIPS | :Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights |
| TT | :Türk Telekom |
| YCGK | :Yargıtay Ceza Genel Kurulu |
| YHGK | :Yargıtay Hukuk Genel Kurulu |
| YKD | :Yargıtay Kararlar Dergisi |
| vb. | :ve benzeri |
| vd. | :ve devamı |
| WIPO | :World Intellectual Property Organisation |
| www. | :World Wide Web |

GİRİŞ

I. Hukuk ve İnternet

Sanayi devriminden sonra insanoğlunun hayatındaki ikinci dönüm noktasını “Bilgi Çağı” veya “Dijital Çağ” gibi kavramlarla ifade edilen, “**Bilgilenme Çağı**” olarak da adlandırabileceğimiz dönem oluşturmaktadır. Bu çağın, ayırt edici özelliği bilgiye ulaşma bakımından; sınır, zaman, mesafe, süre, kişi, yer gibi klasik kavramları aşarak ve hiçbir zümre, sınıf ayrımı yapmaksızın *bilgiyi ulaşılabılır kılmasıdır*. Bilgiye ulaşmak insanlık için hiçbir zaman şimdiki kadar konforlu ve maliyetsiz olmamıştır.

Bilgi’ye ulaşmayı bu denli kolaylaştıran iletişim ve internet teknolojisine, tüm dünyada yoğun bir talep doğmuştur. İnternet teknolojisi hayatımızın tüm alanına girmiş, böylelikle toplumdaki birçok alışkanlık da değişmeye başlamış, deyim yerindeyse toplum hayatı yeniden şekillenmeye başlamıştır. Bu değişim ile birlikte yeni kavramlar, kurallar ve doğaldır ki sorunlar doğmaya başlamıştır. Sorunları önleme ve çözme fonksiyonu öncelikle etik kurallarından beklenilmiş, internet alanına özgü nezaket ve etik kurallarından oluşan, “internet etiği” olarak adlandırılacak kurallar internet ortamındaki ilişkileri düzenlemek bakımından ortaya konulmuştur¹. Günlük ve ticari yaşamdaki birçok ilişkinin sanal ortamda gerçekleştirilmeye başlanması nedeniyle hukuk sistemlerinin de bu alanla ilgilenmeleri ve bu alanda düzenleme yapmaları internet kullanımının yoğunlaşmasıyla beraber artık kaçınılmaz hale gelmiştir.

II. Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İnternet

Bilişim ve internet teknolojilerinin insanoğlunun yaşamının her alanında yeni açılımlar yaratması sonucu, bütün hukuk dalları kendi müesseseleri yönünden internet ile ilgilenmek durumunda kalmışlardır.

¹ Bu konuda bkz. Nişancı, Şükrü: Aydınlanma Filozofu Kant’ın İzinde Daha Kaliteli Bir Toplumsal ve Siyasal Yaşam İçin “Etik Arayışı” ,www.e-akademi.org.

İnternet ortamında sunulan veriler temel olarak, " bilgi " unsurunu taşımakta ve internetten yararlanmanın temel amacını da "bilgilenme" oluşturmaktadır. Bir taraftan bilginin üretilmesi, sunulması ve iletilmesi gerçekleştirilirken diğer taraftan bu bilgiyi üretenlerin hukuka aykırı kullanımlara karşı korunmaları gerekmektedir. Bilginin korunması kavramı gündeme geldiğinde ilk akla gelen disiplin ise Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku'dur. İnsanoğlu, zihinsel, fikri faaliyeti ile ortaya koyduğu ürünü sahiplenir, korunmasını ister, nitekim ilk çağlarda dahi insanoğlu mağara duvarlarına yaptığı resimlere adını yazmak suretiyle fikir ve sanat ürününü sahiplenme isteğini göstermiştir. Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku'nun insanın yaratıcı zihinsel faaliyetini ve bu faaliyet sonucu ortaya çıkan, fikir ve düşünce ürününü uğraş konusu edinmiş hukuk dalı olması itibarıyla, bilgiyi ve fikri taşıyan, ileten, sunan internet olgusu ile olan ilgisinin yoğunluğu da birçok hukuk dalından daha ileri düzeyde olmaktadır.

Bilgiye, dolayısıyla fikir ürünlerine erişim bağlamında da toplum klasik alışkanlıklarını hızla terk etmekte ve sanal ortama yönelmektedir. Elektronik dergiler yayınlanmakta, müzik internet aracılığı ile dinlenmekte, film gösterimleri yapılabilmektedir, internet veya telefonda sunulan cep kitabı uygulaması dahi başlamıştır.

Diğer taraftan, internet teknolojisinden yararlanmayı mümkün kılan bilgisayar programları da; fikri emek sonucu oluşmaları itibarıyla Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku'nun koruması altındadır.

İnternetin, fikir ve düşünce ürünlerine ulaşma ve iletiminde sunduğu tarifi imkansız avantajları yanında maalesef hak ihlallerini kolaylaştırıcı yönünün de bulunması yadsınamaz bir gerçekliktir. Şimdiye değin hiç bilinmeyen, tamamen internet alanına özgü fikri hak ihlalleri ortaya çıkmıştır. İnternet teknolojisi aracılığı ile fikri hak ihlalinde bulunmak artık insanoğluna parmakları kadar yakın olup, sadece bir tuşa dokunma mesafesindedir. Artık klasik ihlal metodları terk edilmekte, teknolojinin gelişimi ile birlikte ihlal metodlarına her gün belki de her saniye bir yenisi daha eklenmektedir.

İnsanlığın ortak mirası olan,fikir ve sanat eserlerini,bu eserin yaratıcısının haklarını korumayı amaçlayan Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku da teknolojik olarak donanımlı ihlal yöntemleri karşısında,kendi korunma mekanizmalarını yenilemek ve çağa uydurmak, deyim yerindeyse teknolojik olarak donanımlı olmak durumundadır. Sürekli değişen teknoloji ile yenilenen ihlal şekilleri ve kullanılan yeni bilişim araçları karşısında fikri hukukun koruma kalıplarının durağan kalması,kurallarının yeni teknolojilerini kapsayamayacak olması durumunda bu hukuk dalından beklenen temel işlev olan koruma işlevi yerine getirilemeyecektir. İşte tüm bu nedenlerle,Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku yönünden “internet” olgusu hayati bir öneme sahiptir.

III.Çalışmanın Amacı ve Sınırları

Çalışmamızın alanını, “fikir ve sanat eserlerine internet yoluyla tecavüz eylemleri”nin oluşturduğundan hareket ederek; *ilk olarak* ,internetin teknoloji altyapısının, kullanılan iletim ve paylaşım metodlarının ve internetten yararlanmamızı sağlayan internet sükjelerinin işlevlerinin teknik olarak bilinmesinin, sorumluların ve bunların sorumluluklarının belirlenmesi bakımından zorunlu olduğu gerçeğinden hareketle,çalışmamızın birinci bölümünde; internetin temel unsurları ve internet işlevinin yerine getirilmesi konularında hukukçular için teknik bilgiler vermeye çalıştık.

İnternet yoluyla gerçekleştirilen bir yararlanmanın ihlal oluşturup oluşturmadığının belirlenmesi için öncelikle; Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında korunan eserler’in neler olduğunun ,internet ile ortaya çıkan bazı yeni fikir ürünlerinin FSEK kapsamında korunup korunmayacağıının belirlenmesi ve hak sahiplerinin sanal ortamda sahip oldukları hakların da kapsamının bilinmesi gereklidir.İşte bu amaçla ,çalışmamızın ikinci ve üçüncü kısmında; Fikri Mülkiyet Hakları,eser sahibinin hakları ve bağlantılı haklar incelenmeye çalışılmıştır.

Fikir ve düşünce ürünlerine internet yoluyla tecavüz halini oluşturan *uygulama örnekleri* ile fikri hakların dava yoluyla korunmasına ise ikinci bölüm’de yer verilmiş,yine fikri mülkiyet hakkı ihlallerine uygulanacak hukuk ile FSEK’in

özellikle “hukuk ve ceza davaları”na ilişkin beşinci bölümünde önemli değişiklikler içeren Kanun tasarısı² hakkındaki görüşlere de yer verilmiştir.

Diğer yandan, farklı ve kapsamlı bir çalışmanın konusu olabilecek olan Mukayeseli Hukuk'ta koruma kurallarına genel olarak değinilmemiştir. Ancak, Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne aday üyelik süreci içinde bulunması nedeniyle; mevzuatın yeknesaklaştırılması çabaları dolayısıyla AT Direktifleri'ne gerekli görüldüğü ölçüde değinilmiş ve “internetin anavatanı” olarak nitelendirilen ABD hukuku'ndaki bazı kural ve uygulamalara bölüm içinde yol gösterici olması bakımından ihtiyaç duyulan durumlarda yer verilmiştir.Yine , “fikir ve sanat eserlerinin teknik önlemlerle korunması” konusu da teknik yönü ağırlık taşıyan ayrı bir araştırmanın konusunu oluşturmakta olup çalışmamızın kapsamı dışında tutulmuştur.

İnternet gibi, hukuk sistemlerinin henüz kurallarını oluşturmaya başladığı bir alanda ve özellikle ülkemiz yönünden fikir ve sanat eserleri hukuku bağlamında ele alındığında çok yeni olan böyle bir araştırma alanına yönelmemi sağlayarak, bana ışık tutan , öğrencisi olmaktan gurur duyduğum, hocam sn. A.Necip ORTAN'a ,ayrıca desteklerini esirgemeyen sn.Prof.Dr. A. Timur DEMİRBAŞ ve sn.Yrd.Doç.Dr.Gül OKUTAN NİLSSON'a şükran duygularımı bir kez daha bu vesile ile sunmak istiyorum.

² 11.04.2006 tarihli “Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı” çalışmamızın tamamlandığı tarih itibarıyla henüz yasalaşmamış olup,31.12.2006 tarihinden önce yasalaşması beklenmektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM

BİRİNCİ KISIM

İNTERNET ve HUKUK

1.1. FİKİR VE SANAT ESERLERİ HUKUKU – İNTERNET İLİŞKİSİ

Bilindiği üzere Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku insanoğlunun yarattığı fikir ürünlerini konu alır ve gelişimini matbaanın icadı-sanayi devrimiyle beraber gerçekleştirmiştir. Medeniyetin evriminde sanayi devriminden sonra ikinci bir dönüm noktasını ise “Bilgilenme Çağı, kavramı ile tarif edebiliriz.

Her iki dönüm noktasının ortak unsuru “bilgi,,’ye dayanmaları, bilginin oluşturduğu sinerji ile ortaya çıkmalarıdır. Ancak bilgilenme çağının sanayi devriminden farklı olan yönü, artık bilginin belirli kişilerin, zümrenin, kuruluşların tekelinde olmaktan çıkarak tüm toplumun ve insanlığı yararlanmasına açık hale gelmesindedir.

Yirminci yüzyılın son çeyreğinde başladığını söyleyebileceğimiz¹ “Bilgilenme Çağı”nda insanoğlu bilgi kaynaklarına hiçbir engel, sınır, mesafe tanımaksızın en kolay ve rahat şekilde ulaşabilmektedir. İşte insanoğlunun bilgiye ulaşmasının teknik olarak sağlanması, iletişim teknolojilerinin baş döndürücü bir hızla gelişmesi sonucu olmuştur ve tabii ki bu teknolojilerin başında artık yaşamımızın temel gereksinimlerinden birisi olan internet gelmektedir.

İnsanoğlunun bilgisini, birikimini depoladığı, yaratıcılığını sunduğu, kültürümüzü oluşturan fikir ve düşünce ürünleri, bilgi denildiğinde ilk akla gelen unsurlardır. Deyim yerindeyse “bilginin taşıyıcısı, fikir ve düşüncü ürünleridir. Bilgilenmedeki donanım kaynakları olan bu fikir ve düşünce ürünlerinin vazgeçilmez unsuru,, olduğu tartışmasızdır. Hedefi bilgilenmek olmayan, bilgilenme amacına hizmet etmeyen bir iletişimin yüzeysel, sığ bir iletişim olduğu

¹ İnternet’in temelini oluşturan ARPANET, 1969 yılında ABD hükümeti tarafından önceleri askeri amaçlarla kurulmuş, 1972 yılında ise kamuya açık hale gelmiştir.

düşünülebilir. Bizce iletişime anlam kazandıran şey, iletişimin bilgilenme amacına hizmet etmesi, taşıdığı yükün “bilgi,, olmasıdır.

Gerçekten de iletişimin konusu “bilgi,, olduğunda, bilginin sunulduğu fikir ve düşünce ürünlere ilişkin yasal düzenlemelerin yer aldığı “Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku,,² ‘nun akla gelmemesi imkansızdır.

İnternet, birçok hukuk dalını ilgilendirse de, internetin ve bilgisayarın vazgeçilmez unsuru olan, fonksiyonlarını yerine getirmesini sağlayan bilgisayar programlarının dahi “fikir ve sanat eseri,, olarak kabul edilmesi gerçeği³ karşısında, internet denilince ilk akla gelmesi gereken hukuk dalının Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku olduğu düşüncesindeyiz.

Açıklanan nedenlerle hem fikir ve sanat ürünlerinin – bilginin – internet ortamında yoğun şekilde sunulan ve talep edilen ürün olması hem de internetten yararlanmayı sağlayan bilgisayar programlarının “Fikir ve Sanat Eseri” olarak kabul edilmesi karşısında Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku ile internet arasında çok sıkı bir bağın varlığı da tartışılmaz olacaktır.

1.2. İNTERNET’İN DOĞUŞU VE TARİHSEL GELİŞİMİ

ABD’nde 1969 yılında⁴ askeri amaçlarla kurulan bir bilgi ağı olan ARPANET (Advanced Research Project Agency Network) kurulmuştur. Bu bilgi ağının amacı askeri birlikler ve bazı üniversiteler arasında bilgi akışını sağlamak olarak hedeflenmiştir. Bu proje kapsamında önceleri dört ayrı noktada bulunan bilgisayarlar arasında bilgi transferi gerçekleştirilmiştir. ARPANET’e bağlı olan bu

² Bu hakları ifade etmek için “Fikir Hakları,, , “Fikri Mülkiyet Hukuku,, , “Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku,, , “Telif Hakları,, gibi terimler kullanılsa da çalışmamızda FSEK’in terminolojisine sadık kalarak kanunda geçen “Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku,, , “Eser Sahibinin Hakları,, , “Eser Sahipliğinden Doğan Haklar,, gibi terimlerin kullanılması tercih edilmiştir.

³ Gerçekten de bilgisayar programları ve hatta bunların hazırlık tasarımları FSEK m.2/1. madde ile “İlim ve Edebiyat Eseri,, olarak nitelendirilmiş ve böylece FSEK’in koruma kapsamına dahil edilmişlerdir.

⁴ İnternetin Tarihi Gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Castells,Manuel:Enformasyon Çağı:Ekonomi,Toplum ve Kültür,Ağ Toplumunun Yükselişi (çeviren: Ebru Kılıç), İstanbul 2005, Cilt I, sayfa 58/96, Memiş, Tekin: Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu,Ankara 2002, s.21 v.d., Sınar, Hasan: İnternet ve Ceza Hukuku, İstanbul 2001, s.21-22, Özdilek Ali Osman, İnternet ve Hukuk, İstanbul 2002, s.13 v.d.

bilgisayarlar, aynı tipte ve özellikle makineler olmadıklarından, ortaya çıkan uyumsuzlukların aşılması amacıyla, TCP/IP adı verilen bir protokole uygun olarak iletişim sağlanmaya başlanmıştır.⁵

1980’li yıllarda ABD ordusu, ARPANET’ten ayrılarak “MILNET,, adında farklı bir askeri bilişim ağı kurmuş ve TCP/IP protokolü tamamen sivil amaçlarla kullanılmaya başlanmıştır. Bu arada Japonya ve İngiltere’de⁶ farklı ağ sistemleri kurulmaya başlanmıştır.

1989 yılında World Wide Web⁷ teknolojisi, 1990 yılında ise, World Wide Web’in dayandığı en temel dosya transfer protokolü olan hypertext transfer protocol⁸ geliştirilmiş ve yine aynı yıl ARPANET artık tamamen kaldırılmıştır⁹ ve artık internet, World Wide Web teriminde olduğu gibi tüm dünyayı sarmaya başlamıştır.

Ülkemizde ise ilk internet bağlantısı 12 Nisan 1993 tarihinde TÜBİTAK’ın bir projesiyle Ankara’da Ortadoğu Teknik Üniversitesi (ODTÜ)¹⁰ tarafından gerçekleştirilmiştir. ODTÜ, ülkemizde internet denildiğinde halen önemini devam ettiren bir kuruluştur, “tr,, uzantılı alan adı tahsisleri ODTÜ bünyesinde kurulan bir birim tarafından yapılmaktadır. Yine, Ulaştırma Bakanlığına bağlı “İnternet Kurulu,,¹¹ internet alanında planlama, koordinasyon ve diğer konularda görev yapmak üzere oluşturulmuştur. İnternet Kurulu’nun, görev ve yetkileri itibarıyla bakıldığında genel olarak bir “danışma kurulu,, niteliğinde olduğundan söz edebiliriz.¹²

⁵ Sınar, a.g.e., s.22.

⁶ İngiltere’de kurulan ağ sistemi JANET (Joint Academic Network) adıyla anılmaktadır bkz. www.ja.net (25 Nisan 2006).

⁷ World Wide Web (www) dünyayı saran ağ anlamındadır ve kısa zaman içinde internetin bir başka adı olarak da anılmaya başlanmıştır.

⁸ hypertext transfer protocol (http) olarak adlandırılmaktadır ve yüksek metin iletim protokolü anlamına gelmektedir.

⁹ Sınar, a.g.e., s.23.

¹⁰ İnternetin ve bilişimin ülkemizdeki gelişimi için bkz. Türkiye Bilişim Şurası Sonuç Raporu, Ankara 10-12 Mayıs 2002, s.3-39.

¹¹ İnternet Kurulu için bkz, www.ubak.gov.tr, 20 Nisan 2006.

¹² İnternet Kurulunun fonksiyonlarına dair görüş ve öneriler için bkz. Sınar, s.116-117.

1.3. BİR KAVRAM OLARAK İNTERNET

İnternet, dünyadaki bilgi ağlarından en yaygını ve büyüğüdür. Bu bilgi ağı bağlantısı TCP/IP protokolüne bağlı olan bilgisayarlar arasındaki bağlantıdır. Bu protokol dışında ve farklı ağ sistemleri de olduğu muhakkaktır,¹³ ancak şu bir gerçektir ki, bilgi ağı denince insanların ilk aklına gelen şey “internet,, olmaktadır. Bugün dünyada yüzlerce ülkede, milyarlarla ifade edilecek sayıda insan, birkaç milyar web sayfası üzerinde gezinmektedir. İnternet vasıtasıyla insanların kullandığı milyarlarca bilgisayar da birbirine bağlanmakta ve aralarında her türlü bilgi, veri alışverişi yapılabilmektedir.

1.4. İNTERNETİN TEMEL UNSURLARI

1.4.1. TCP/IP PROTOKOLÜ

İnternetin birbirlerine bağlı bilgisayarlardan oluşan dünyanın en büyük ağ sistemi olduğunu biliyoruz. Bu denli büyük bir ağ içindeki bilgisayarlar arasındaki iletişim kurulabilmesi için, bu bilgisayarların deyim yerindeyse ortak bir dili konuşmaları gereklidir. Aksi halde dünyanın her bir noktasındaki bir bilgisayarın, ağ kapsamındaki başka bir bilgisayarla iletişime geçmesinden söz edemeyiz. İşte bu noktada ağa dahil olan bilgisayarların uyması gereken ortak kurallar bulunmaktadır, bu kurallar “TCP/IP Protokolü,, olarak adlandırılmaktadır. Bu kurallar, ağ kapsamındaki eşler arasındaki veri trafiğinin kurallarını oluştururlar.¹⁴ Hem ağa dahil olan bilgisayarların birbirleriyle iletişime girebilmesi hem de iletişime girildikten sonra etkin şekilde veri, bilgi aktarımı sağlanması işte bu ortak protokol sayesinde mümkün olmaktadır.

Bu ortak protokol ile, dünyanın dört bir yanındaki, farklı özelliklere sahip milyonlarca bilgisayar, evrensel bir topluluk oluşturmaktadır.¹⁵ İnternet hizmetlerini

¹³ Devletlerin askeri bilgi ağları, bazı üniversitelerin veya şirketlerin bilgi ağları v.b. gibi.

¹⁴ Özdilek, a.g.e., s.16.

¹⁵ Sınar, a.g.e., s.24.

kullanmak için gerekli olan tüm yazılımlar, bağlantı yazılımları TCP/IP protokolüne uygun şekilde iletişim kurar ve çalışırlar.¹⁶

Adından da anlaşılacağı üzere TCP/IP protokolü iki bölümden oluşmaktadır. TCP, “Transport Control Protocol,¹⁷ iletilerin doğru yere ulaştırılması görevini gerçekleştirmektedir. IP, “Internet Protocol,¹⁸ ise farklı bağlantı yolları ve ağlar üzerinden münferit paketlerin iletimini ve yönlendirilmesini sağlayan temel protokoldür.¹⁹ İnternet Protokolü (IP) adresle ilgili olup, ağa girecek her bilgisayara bir IP numarası verilmektedir.²⁰

1.4.2. İNTERNET KULLANIM PROTOKOLLERİ

International Standarts Organisation (ISO) tarafından, iletimin sağlanmasında Açık Sistem Referans Modelleri (Open System Interconnection Reference Model) denilen bir model, standart yayınlanmıştır, bu modelin yedinci tabakasında, farklı kullanım biçimleri ile ilgili protokoller bulunmaktadır.²¹

En çok bilinen internet kullanım protokolleri: www. (World Wide Web), FTP (File Transfer Protocol)²² , E-mail , IRC (Internet Relay Chat)²³ , Haber Grupları, Telnet, Gopher, Posta Grubu’dur.

¹⁶ Köksal, Ahmet Turan/ Oktay, Dilek/ Eser, Sarp: Kim Korkar Bilgisayardan?, İnternet, İstanbul 1999, s.24.

¹⁷ “Transport Control Protocol,, iletim, taşıma kontrol protokolü anlamına gelmektedir. Bu protokoller; hem yerel hem de geniş alan ağları üzerinde, uçtan uca eş düzeyli (peer-to-peer) birimler arasında bağlantı sağlarlar. Bkz. Sankur Bülent, İngilizce-Türkçe Ansiklopedik Bilişim Sözlüğü 2005, İkinci baskı, İstanbul 2005, s.822.

¹⁸ IP, “Internet Protocol,, İnternet (Kullanım) Protokolü anlamına gelmektedir.

¹⁹ Sankur, a.g.e., s.421.

²⁰ Her kullanıcıya,bağlantı kurduğu zamanı itibarıyla ayrı bir IP numarası verilmesi sayesinde, ağa dahil olan kullanıcının isim ve adresinin belirlenmesi mümkün olmakta, bu özellik bilhassa internet yoluyla işlenen suçlarda failin ve suçun işlendiği yerin tesbitinde önem taşımaktadır.

²¹ Memiş, a.g.e., s.23, Sınar, a.g.e., s.25.

²² “File Transfer Protocol,, Dosya iletim protokolü anlamındadır. Dosyaların ağa dahil bir bilgisayarlardan başka bir bilgisayara gönderilmesini gerçekleştiren protokoldür.

²³ “Internet Relay Chat,, İnternetle İletilen, Aktarılan Sohbet veya İnternette Canlı Sohbet anlamındadır.

1.4.2.1. WORLD WIDE WEB (www)

Günümüzün en çok tercih edilen internet hizmetlerinden birisi olan world wide web ile Hypertext Transfer Protocol (http)²⁴ kullanılmakta ve bu transfer protokolü ile dosyalar, veriler transfer edilebilmektedir. Hypertext Markup Language(HTML) denilen işaretlenme dili ile web sayfalarının yaratılması kolaylıkla gerçekleştirilmektedir.

Bir www kullanıcısı (browser),²⁵ tarafından verilen bilgisayar komutları, www sunucusuna aktarılmakta ve www sunucusundan da ilgili dijital bilgiler bu www kullanıcıya aktarılabilmektedir.²⁶

Kullanıcı www sistemine bağlandıktan sonra, ona iletilen veriler, ekranında bir web sayfası (web page)²⁷ olarak görünecektir. Bu sayfaların uzunluğunda bir sınırlama yoktur, bir web sayfası binlerce satırdan (sayfadan) dahi oluşabilir. Web sayfalarının tamamı bir bütün olarak Web sitesi (web site)²⁸ olarak anılır. Web sitesini oluşturan ilk sayfa ise, ana sayfa (home page) olarak adlandırılmaktadır.

Bir web sayfasının içeriğinde yazı, resim olabileceği gibi, grafik, ses gibi unsurlarda bir web sayfasında yer alabilir. Web sayfasının içeriğinde yer alabilecek verilerin türü bakımından hiçbir kısıtlama bulunmamakta olup, dijital (sayısal) olarak ifade edilebilecek her türlü veri burada yer alabilir. Web sayfaları ağa, kullanıcının gerektiğinde yapacağı bir tıklama ile aktif hale getirebildiği, bir

²⁴ http (hypertext transfer protocol) yüksek metin iletim protokolüdür, bu protokol HTML (Hyper Text Mark Up Language) denilen işaretleme dilini kullanmaktadır.

²⁵ "Browser,, tarayıcı, bir veri tabanını, bir dosya listesini ya da interneti belirli bir hedefe ya da ilginç bir şey bulabilmek amacıyla tarayan, bir metni hızla gözden geçiren bir işlemci yazılımıdır. Browser, internet üzerinde bilgi kaynaklarını aramaya yarar, ayrıca bağlantılı metin ve ortamların olanaklarını da kullanabilir. Bkz. Sankur, a.g.e., s.97.

²⁶ Kaplan, Yavuz: İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk, Ankara 2004, s.40.

²⁷ Web sayfası (web page) – Belirli bir konuda hazırlanmış ve ağ üzerinde dağıtılan belgedir, Sankur, a.g.e., s.896.

²⁸ Web sitesi (web site): Bir http sunucusu tarafından ağda sunulan veri tabanları, ilgili belgeler ve dosyalardır. Bir web sitesindeki belgeler birbirleriyle ilgili birkaç konuyu kapsayıp, aralarında süt metin linkleri ile bağlantılar kurulur. Sankur, a.g.e., s.896.

dokümandan diğerine geçiş yapabilmesine imkan sağlayan hyperlinkler²⁹ vasıtasıyla bağlanır. Hyperlink (hypertextlink) “Aktif Link,, olarak adlandırılmakta olup bir üst metin belgesinde, bir sözcük, bir cümle, simge gibi öge ile, aynı belgede ya da internet üzerinden ulaşılabilen bir başka belgeye yani irtibatlı bir belgeye kurulan bağlantıyı ifade etmektedir. Artık günümüzde multimedya³⁰ denilen unsurların da internette kullanılabilmesi sayesinde hypertext – http (büyük metin) kavramı, giderek büyük medya (hypermedia) kavramı haline gelmeye başlamıştır.³¹

1.4.2.1.1. Adreslerin Gruplandırılması

İnternete bağlı bütün bilgisayarların birer adresinin bulunması zorunludur. İnternet’e bağlı kişi veya kuruluşlar bu gruplardan birisine dahil edilerek, grup ile birlikte bir adres almak durumundadırlar. Her kuruluşun internet adresinde o kuruluşun bağlı olduğu grubu ifade eden bir kısaltmaya da yer verilmektedir.³²

İnternet adreslerinin gruplandırılmasında kullanılan başlıca kısaltmalar³³ şunlardır:

- com: Ticari kuruluşlar, gerçek kişiler
- org: Sivil Toplum Kuruluşları
- edu: Eğitim kuruluşları
- ac: Akademik kuruluşlar
- gov: Devlet, Hükümet Kuruluşları
- int: Uluslararası Kuruluşlar
- mil: Uluslararası Kuruluşlar

²⁹ Aktif Linkler konusunda bkz. Eroğlu, Sevilay: İnternette Aktif Linkler Yoluyla Fikri Haklara Müdahale, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt II, İstanbul 2003, s.209-247.

³⁰ Multimedya (çoklu medya) ses, yazı, grafik ve görüntü gibi birden çok unsuru içinde barındıran verilerdir.

³¹ Bu nedenle www’in büyük bir fonksiyonu gerçekleştirdiği ve hukuki sorunların tam ortasında yer aldığı iddiası için bkz.Kaplan, a.g.e., s.41.

³² İçel Kayıhan: Kitle Haberleşme Hukuku ,6. Baskı, İstanbul 2005, s.468

³³ Bu kısaltmalar, ilgili grupların İngilizce isimlerinin kısaltmasıdır. Örneğin; gov; government – hükümet, edu; education – eğitim gibi, özellikle “tr,, uzantılı olan adları için bu kısaltmaların Türkçe olabileceği de düşünülebilir.

net: Kendi özel ağı olan ve bunu başka kişi ve kurumların kullanımına sunabilen gruplar

“www.adalet.gov.tr” olarak ifade ettiğimiz bir internet adresinde belirttiğimiz grup sınıflandırmasını ifade eden (com, gov...) kısaltmanın yanında birde adresin ait olduğu ülkeyi belirten uzantı bulunmaktadır, bu uzantı (ek) Türkiye için “tr”, İngiltere için “uk”, Almanya için “de”, Fransa için “fr”, gibi kısaltmalardır. Ancak ABD’nde ise kural olarak ülke uzantısı olmayan internet adresleri³⁴ kullanılmaktadır, www.google.com örneğinde olduğu gibi.

1.4.2.1.2. Alan Adı (Domain Name)³⁵

İnternet Alan Adı (Domain Name) belirttiğimiz bir internet adresi içinde yer alan uzantılar haricindeki kısımdır; www.adalet.gov.tr, örneğinde alan adı “adalet,, tir. Alan adlarının kullanılması sayesinde internet adreslerini birbirinden ayırt etmek ve insanların kolayca bu adresi hatırlayıp kullanması mümkün hale gelmektedir. İnternet alan adreslerinin isimlendirilmesi, temelde IP (Internet Protocol) sistemlerine dayanmaktadır. Bu sistemde, her internet adresine (alan adı) bir IP numarası tahsis edilmekte ve bu adrese bu numara altında erişebilme imkanı sağlamaktadır.³⁶

Türkiye’de ,alan adları ODTÜ bünyesinde kurulan “dns,, adlı bir birim tarafından tahsis edilmektedir.³⁷ Bu birim “tr,, uzantılı alan adları tahsis etmekte ve bu adları tahsis ederken oldukça titiz davranmaktadır.³⁸ Başka bir ülke adına uzantı

³⁴ Ülke uzantısı bulunmayan veya tr uzantılı olmayan internet adresi taşıyan bir bilgisayarla suç işlenmesi halinde adres sahibinin tespiti oldukça güç olmakta veya zaman alabilmektedir. İnternet üzerinden gerçek olmayan kişisel bilgiler kullanılarak hayali bir kişi adına dahi internet adresi almak mümkündür.

³⁵ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Bozbel, Savaş: Domain Names – İnternet Alan Adları ve I-CANN Tahkim Usulü Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, Cilt I, İstanbul 2002, s.215-254. Nomer, Füsun: İnternet Alan Adları ve (Haksız Rekabet), Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, Cilt I, s.395-418, Memis, Tekin, Adları ve TR. Alan Adı Politikalarına Eleştirel Bir Yaklaşım, www.e-akademi.org

³⁶ Bozbel, a.g.e., s.216.

³⁷ www.dns.metu.edu.tr

³⁸ Bu konuda dns, alan adı tescilini talep eden kişinin o ad ile ilgisi ispatlanmasını istemekte, bu bürokratik olarak birtakım zorluklara sebebiyet veriyor gözükse de haksız rekabet veya aldatma konusu olabilecek alan adı tescillerini engellediği görülmektedir. Benzer görüş için bkz. Peşkirin,

taşıyan alan adı almak isteyen ya da uzantı taşıyan alan adı almak isteyen ya da ülke adı uzantısı taşımayan alan adı almak isteyenler, ilgili bölgesel veya yerel makamlara başvuracaklardır. Alan adı tahsisleri konusunda uluslararası nitelikte olan I-CANN – Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (İnternet Sayılar ve İsimler Tahsis Birliği) isimli kuruluş görev yapmaktadır. Bu kuruluş aynı zamanda alan adı konusunda doğan uyuşmazlıklarda tahkim fonksiyonunu da yerine getirmektedir.³⁹

1.4.2.2. File Transfer Protocol (FTP)

File Transfer Protocol (Dosya – Veri Transfer Protokolü) bir bilgisayardan diğer bir bilgisayara verilerin aktarılmasını mümkün kılmaktadır. FTP, bir dosya aktarım protokolü olup, bir tele iletişim ağında, dosyaların bir noktadaki bilgisayardan başka noktadaki bilgisayara gönderimini ve alımını yürüten uygulama katmanı protokolü olarak da adlandırılabilir.⁴⁰

FTP programlarında bilgisayar kullanıcısı özel bir şifreye ihtiyaç duymaksızın ağda bulunan programları, kendi bilgisayarına kopyalayabilmektedir, bu bilgiler genel olan “anonim bilgiler,, veya serbestçe kullanıma sunulan bazı programlardır.⁴¹ Görüldüğü gibi FTP programları umumun yararlanmasına açık nitelikleri ile ön plana çıkmaktadır.

Burada veriler, FTP sunucusundan FTP üyesi olan bilgisayara download edilerek ya da FTP üyesi bilgisayardan FTP sunucusuna upload edilerek kopyalanabilir.

1.4.2.3. E-mail (Elektronik Posta)

E-mail (e-posta) elektronik posta olarak adlandırdığımız, artık yaşamımızın vazgeçilmez bir parçası olmuş olan sistem de gerçekte bir internet kullanım

Hülya: İnternet Alan Adları ve Markalar Hukuku, AÜ, FİSAUM Sınai Haklarda Son Gelişmeler Paneli, 4 Nisan 2001, Ankara, FİSAUM Yayını Ankara 2002, s.99-107.

³⁹ Geniş bilgi için bkz. Bozbel, a.g.e., s.215 v.d.

⁴⁰ Sankur, a.g.e., s.318.

⁴¹ Memiş, a.g.e., s.24.

protokolüdür. E-posta “her türlü verinin (resim, ses, metin, grafik v.b.) bir bilgisayardan internet üzerinden bir başka bilgisayarın elektronik posta kutusuna gönderilmesini sağlayan bir programdır. Elektronik posta, bilgisayar uç birimlerinde hazırlanan ve bilgisayar ağları üzerinden iletilen mesajlardır.⁴² Elektronik postanın kapsamının oldukça genişleyebileceği bilinmeli, salt isminin “posta,, olması bizi yanılgıya düşürmemelidir.

E-posta’dan yararlanmak için bir kullanıcı adresine ihtiyacımız vardır, Bu adres isim (ve/veya soyisim, ya da rumuz) @ server öğelerinden oluşur: örneğin ahmet@bilgi.edu.tr gibi.

E-posta kullanıcılarının bir araya gelerek bir grup oluşturmaları da mümkündür, posta grupları mailing lists (posta listeleri) olarak adlandırılmaktadır. Posta listesini oluşturan kişilerin birbirlerini tanımaları zorunlu değildir.

1.4.2.4. İnternet Relay Chat (IRC)

İnternet ile iletilen, aktarılan sohbet veya internette canlı sohbet olarak adlandırabileceğimiz IRC, özel bir yazılım programı yardımıyla internette canlı olarak haberleşmeyi sağlayan bir protokoldür. IRC ile, internet üzerinden sesli ve/veya görüntülü görüşmek mümkündür. Burada katılımcılar iki veya daha çok kişi olabilir, böylelikle internetten video konferans yapmak dahi olasıdır.

Bu sistemde bilgisayar ağlarında IRC kullanılarak gerçek zamanda (naklen, canlı) karşılıklı iletişim sağlanmaktadır.⁴³

1.4.2.5. Haber Grupları (News group)

İnternet ortamında bir bilişim hizmetleri sunucusu (news server – haber sunucusu)⁴⁴ tarafından imkan sağlanan ve ağ ortamında düşüncelerini tartışabilen

⁴² Elektronik postaların tümü bilgisayarda elektronik mail box (elektronik posta kutusu) denilen bir bellek alanında saklanır. Bkz. Sankur, a.g.e., s.281.

⁴³ Sankur, a.g.e., s.125.

⁴⁴ News Server (Haber Sunucusu) bilgisayar ağlarında haber verilerini ve bunların yazılımlarını taşıyan sunucudur.

katılımcılardan oluşan gruplar haber grubu olarak adlandırılmaktadır.⁴⁵ Haber grubu da posta gruplarına benzetilebilir. Haber grubu üyelerinin kendi aralarında veya başka sunucuların haber gruplarına da abone olarak iletişim kurmaları, veri alışverişinde bulunmaları mümkündür.

1.4.2.6. Telnet

Telnet, internet üzerinde çalışan ve uzaktaki bir bilgisayara erişip, ekranda o sistem yakındaymış gibi çalışma ortamı sağlayan bir uygulama protokolüdür.⁴⁶ Burada bilgisayar kullanıcısı yazılım programını kopyalamamakla birlikte, kendi bilgisayarı üzerinden yabancı bir bilgisayardaki programları kullanabilme imkanına sahiptir.⁴⁷ Bu sistem günümüzde sadece kütüphane, bilgi bankaları gibi bilgilerin kamuya açık tutulması istenilen ortamlarda⁴⁸ kullanılmaktadır.

1.4.2.7. Gopher

Gopher de bir internet uygulama protokolü olup, bu sistemde kullanıcı, kendi bilgisayarında verileri tutmasa dahi, Gopher kapsamına dahil olan bir başka kullanıcının bilgisayarındaki verilere ulaşabilmekte ve yararlanabilmektedir. Gopher, son yıllarda çok fazla kullanım alanı bulunmayan bir protokoldür.⁴⁹

Gopher, internet üzerindeki bilgilere hiyerarşik menüler halinde erişimi sağlayan dağıtılmış bilgi hizmeti olarak adlandırılmaktadır.⁵⁰

1.5. İNTERNET İŞLEVİNİN YERİNE GETİRİLMESİ

1.5.1. İNTERNETİN ALT YAPISI VE YÖNETİM

İnternetin merkezi bir yönetimi bulunmamaktadır. Bu yönüyle internet tüm ağlardan farklıdır. Çünkü internet, coğrafi sınırlara dayalı kavramların anlamını

⁴⁵ Sankur, a.g.e., s.539.

⁴⁶ Sankur, a.g.e., s.825.

⁴⁷ Memiş, a.g.e., s.24.

⁴⁸ Bu sistemde programların umuma açık tutulması nedeniyle güvenlik sorunlarının doğabileceğini tahmin etmek güç değildir, bu nedenle çok fazla tercih edilmeyen bir uygulama protokolüdür.

⁴⁹ Kaplan, a.g.e., s.40

⁵⁰ Aydın Emin Doğan, Bilişim ve Telekomünikasyon Terimler Sözlüğü, İstanbul 1999, s.363.

yitirdiği bir sanal dünya yaratmayı hedeflemektedir.⁵¹ İnternete girmek veya internet hizmetlerinden yararlanmak için herhangi bir resmi başvuru, onay v.b. gibi işlemlere de gerek yoktur. Bir bilgisayar bir de telefon hattı (hatta GSM hattı) internetten yararlanmak için yeterli olmaktadır.

İnternet teknolojisinin anavatanı olan ABD’nde özel şirketlerce işletilen ve hepsi de bir Network Access Point (NAP) aracılığıyla birbirine bağlı olan on bir ayrı omurga işletilmektedir.⁵² Bütün ülkelerin çıkışları bu omurgalara aktarılarak ağa dahil olan bütün bilgisayarların birbirleriyle iletişime geçmeleri böylelikle sağlanmaktadır.

Türkiye’de ise ODTÜ üzerinden 12 Nisan 1993’de ilk internet bağlantısının sağlanmasından sonra, Ağustos 1996’da faaliyete geçen TURNET genellikle ticari kuruluşların ve internet servis sağlayıcıların dünyadaki ağ ile bağlantı kurmasını sağlayan özel hukuk hükümlerine tabi bir kuruluştur.⁵³ TT Net’in sağladığı çıkışlar haricinde ULAKNET de üniversite ve akademik kuruluşların çıkışlarını gerçekleştirmekte,yine firma bazlı bazı direkt yurtdışı çıkışlarından da ülkemizde yararlanılmaktadır.

İnternet bağlantısı bilindiği gibi genellikle telefon hatları üzerinden sağlanmaktadır.⁵⁴ Ülkemizde Türk Telekom A.Ş. 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununa göre transmisyon hatlarını kurma yetkisine sahiptir ve dolayısıyla Türk Telekom’un internet omurgası üzerinde “tekel yetkisi,, vardır.⁵⁵ İnternet omurgası dışındaki internetin diğer unsurları (servis sağlayıcılar gibi) diğer kuruluşlar tarafından işletilebilir.

⁵¹ Arıkan, Ayşe Saadet, İnternetin Fikri ve Sınai Haklar Üzerindeki Etkisi, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, İzmir 2002, s.90.

⁵² Bu konuda geniş bilgi için bkz. İçel, a.g.e., s.468.

⁵³ Turnet daha sonra TT Net ismiyle faaliyet göstermeye başlamıştır.

⁵⁴ Kablo TV hatları üzerinden de internet bağlantısı sağlanması mümkün olup, ülkemizde biraz gecikmeyle de olsa 2004 yılında bu uygulamaya geçilmiştir.

⁵⁵ İçel, a.g.e., s.475.

WWW Konsorsiyumu (W3C)⁵⁶, internet alanında belirli hizmetlerin yeknesak hale getirilmesi amacıyla faaliyet göstermektedir. Yine ITU - International Telecommunications Union,⁵⁷ ISO - International Standart Organisation ve birçok ulusal kuruluş internet uygulamalarında birliği ve belirli bir standartizasyonu sağlamak amacıyla faaliyet göstermektedirler.

Ülkemizde de Ulaştırma Bakanlığınca oluşturulan “İnternet Kurulu”,⁵⁸ ülkemizde internet alanında planlama, koordinasyon, izleme, öneri oluşturma, eğitim v.b. alanlarda projeler yürütmektedir.

İnternet Kurulu, kamu kurum ve kuruluşları, Üniversiteler, İnternet Servis sağlayıcılar, İçerik Sağlayıcılar, alt yapı hizmeti veren kuruluşlar ve teknoloji sektörü gibi internetle ilgili farklı alanlardan seçilen temsilcilerden oluşmakta, Ulaştırma Bakanı ise kurula başkanlık etmektedir. Kurul yılda en az altı kez toplanmakta ve alınan kararlar da internette yayınlanmaktadır.⁵⁹

1.5.2. İNTERNETİN SÜJELERİ

1.5.2.1. İçerik Sağlayıcı⁶⁰ (Content Provider)

Bir eseri veya içeriği, internette erişime sunmak üzere bulunduran kişi içerik sağlayıcıdır. İnternette bir web sitesinde sunulan içerik bir eser (veya eserler)⁶¹ olabileceği gibi, eser niteliği taşımayan yazı, ses, grafik v.b. unsurlar da olabilir.

⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. www.w3c.org.

⁵⁷ Uluslararası Telekomünikasyon Birliği hakkında bilgi için bkz. www.itu.int.

⁵⁸ www.ubak.gov.tr. Ayrıca Akgül, Mustafa: “İnternet Yönetimi, Dünyadaki Tartışmalar ve Türkiye’deki Durum”, Güncel Hukuk Aylık Hukuk Dergisi, Eylül 2005. sayı: 21, s.56-58.

⁵⁹ İnternet Kurulu’nun son derece iyi düşünülmüş, çok yararlı ve diğer ülkelere de örnek olabilecek bir kuruluş olduğu yönündeki görüş için bkz. İçel, a.g.e., s.475-477.

⁶⁰ İçerik Sağlayıcı (Content Provider) Bilgi ekonomisinde bilgi üretim, bunu veri tabanları ve sunucular aracılığıyla internet üzerinde yayın kişi olarak da tanımlanmaktadır. Sankur, a.g.e., s.177.

⁶¹ İnternette, eserin çağrılması amacıyla hazır bulundurulması konusunda geniş bilgi için bkz., Eroğlu, Sevilay, İnternette Telif Hakkı, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, İzmir 2001, s.80-84.

İçerik sağlayıcı, kısaca, web sayfasının içinde yer alan verileri hazırlayan ve ISS'nın da yardımıyla onu internet ortamında dileyen herkesin ulaşabileceği şekilde erişime hazır bulunduran kişiler veya kuruluşlardır.

İçerik sağlayıcı, anlaşılacağı üzere eser sahipliğinden farklıdır. Eser niteliğinde olmayan bir içeriğin sahibi de içerik sağlayıcı statüsünde olabilir. Yani içerik sağlayıcı olmak eser sahipliğini de beraberinde getirmez. İçerik sağlayıcı kendine ait bir eseri veya veriyi internete koyabileceği gibi kendine ait olmayan bir veriyi de internette sunabilir, yeter ki bu veriler üzerinde hak sahibi bulunsun. İçerik sağlayıcı gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilir. Bu yönü ile de eser sahibinden farklıdır.

Forumlarda, başkaları tarafından gönderilebilen mesajları yazan ve gerek gördüğünde kendisine ait mesajları silebilme veya değiştirebilme yetkisine sahip olanları içerik sağlayıcı olarak adlandırılırlar.

İnternete sunulan içeriklerin birçoğu multimedya ürünlerinden oluşur, bu ürünler ses, müzik, yazı, grafik gibi birçok unsuru birlikte taşıyan ürünlerdir, eğer bunlarında eser niteliği varsa, internette içerik olarak bulundurulmaları için hak sahiplerinin tamamının izni⁶² alınmalıdır.

1.5.2.2. Servis Sağlayıcı⁶³ (Service Provider)

Servis sağlayıcı (İnternet Servis Sağlayıcısı – İSS) kullanıcıların internete ulaşabilmeleri için kendi bilgisayarlarını bir giriş kapısı olarak hizmete sunan kuruluşlardır.⁶⁴ İSS'lar buldukları (veya anlaşmalı oldukları) ülkenin internet omurgasını sağlayan kuruluşlarla irtibatlı olup bu teknik imkanlardan yararlanılarak internete erişimi sağlamaktadırlar.

⁶² Aynı görüş için bkz. Eroğlu, İnternette Telif, s.80, Kaplan, a.g.e., s.56.

⁶³ Servis sağlayıcı (Service Provider) Açık sistemler ara bağlaşım modelinde bir hizmet kullanıcısına bir hizmeti sağlayan tüm alt katmanlar veya kısaca "İnternet Hizmet Sağlayıcısı,, olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Sankur, a.g.e., s.738.

⁶⁴ Güran Sait, Akünal Teoman, Bayraktar Köksal, Yurtcan Erdener, Kendigelen Abuzer, Beller Önder, Sezer Bülent, İnternet ve Hukuk Temel Metni, İstanbul 2000, www.superonline.com.

Bir internet servis sağlayıcıya abone olan kişiye, servis sağlayıcı kuruluş⁶⁵ tarafından bir abone numarası ve şifre verilir, kullanıcı bunları kullanarak internet erişiminden yararlanabilir. Günümüzde birçok servis sağlayıcı aynı zamanda “host – depo sağlayıcı,⁶⁶” fonksiyonunu da yerine getirmektedir. Bu fonksiyon sayesinde İSS’lar sahip oldukları doğrudan internet bağlantısını kullanıcıların yararlanmasına sunmasının yanında içerik sağlayıcıların hazırladığı içerikleri kendi server⁶⁷ (sunucu)’ların da depolayarak ve doğrudan bağlantılarını kullanarak bu içeriği internet üzerinden erişime açık olarak bulundurabilmektedirler.⁶⁸

Servis sağlayıcıların içerik ile hiçbir irtibatları,bağlantıları bulunmamaktadır. İSS’lar Telekom Şirketlerinden kiraladıkları data hatları üzerinden kullanıcılarla yaptıkları sözleşmelere göre değişik hizmetler sunmaktadırlar, bu nedenle İSS hizmetinin tanımı da sunduğu hizmetlerin niteliğine ve kapsamına göre yapılmalıdır.⁶⁹

1.5.2.3. Erişim Sağlayıcı (Access Provider)⁷⁰

Erişim sağlayıcılar, başkalarına ait içeriklere, verilere ulaşılmasına sadece aracılık eden internet süjeleridir. Erişim sağlayıcılar, İSS’lardan farklı olarak başkalarının içeriklerini kendi sunucularında tutma, saklama gibi bir fonksiyona sahip değildirlir.

Erişim sağlayıcılar vasıtasıyla veriler, çok çok kısa sürede iletilerek kullanıcıların erişimine sunulmaktadır. Erişim sağlayıcının yerine getirdiği fonksiyon içeriği tutma, saklama hizmeti değil, sadece bir “geçiş,, hizmeti

⁶⁵ Superonline, e-kolay.net, isnet, TT-net gibi...

⁶⁶ host, uzaktan bağlanan istemci bilgisayarlara, elektronik mesajlaşma ya da internet erişimi gibi bazı hizmetleri sunmak üzere bellek yeri ayırmak fonksiyonudur, bkz. Sankur, a.g.e., s.377.

⁶⁷ Server (sunucu) Bilgi İşlem düzenlerinde gelen bir iş isteğini yerine getirmekle yükümlü ya da bu rolü protokol gereği benimsemiş bilgisayarlardır, bkz. Sankur, a.g.e., s.737.

⁶⁸ Sınar, a.g.e., s.42.

⁶⁹ Demir, Önder, İnternet Servis Sağlayıcıların Hukuki Sorumluluğu, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, İzmir 2001, DEÜ Yayını, İzmir 2002, s.474.

⁷⁰ Erişim Sağlayıcı (Access Provider) İnternette kalıcı bir bağlantısı olup kişilere ya da kuruluşlara internet hizmetlerinden yararlanmak üzere bağlantılar sağlayan kuruluştur. Bkz. Sankur, a.g.e., s.8.

sağlamalarıdır.⁷¹ Kullanıcı, erişim sağlayıcının sunduğu hizmet ile ağda erişime açık olarak bulundurulmuş içeriğe erişmekte, ulaşmaktadır. Erişim sağlayıcılarda İSS'lar gibi doğrudan internet bağlantısına sahiptirler, ancak İSS'dan farklı şekilde başkalarının içeriklerini kendi sunucularında tutup bunları erişime hazır halde bulundurmaya gibi bir görev yerine getirmemektedirler.⁷²

1.5.2.4. Telekom Kuruluşları

Telekom Kuruluşları, örneğin ülkemiz için Türk Telekom A.Ş. anlaşmalı olduğu kuruluşlara internet alt yapısı hizmeti sunarlar. Gerçekten de İSS'lar veya Erişim Sağlayıcılar direkt ağ bağlantısına sahip olmak için Telekom Hizmeti sunan bir kuruluştan bu hizmeti almalıdırlar. Bu Telekom kuruluşu Türk Telekom A.Ş. veya başka bir telekom kuruluşu da olabilir.

Telekom Kuruluşları görüldüğü gibi sadece teknik alt yapı hizmeti sunmaktadırlar. Ne içeriğin hazırlanması, ne de depolanması veya sunulmasında hiçbir katkıları bulunmamaktadır.⁷³

1.5.2.5. Kullanıcılar (Browser)⁷⁴

Kullanıcılar, internete erişim sağlayarak, ağ üzerinde dolaşan, sitelere giren, haberleşen, içerikleri kendi bilgisayar ekranına çağıran, isterse bu içeriği kendi bilgisayarına yükleyebilen⁷⁵ "browser,, veya "gezin,, olarak da adlandırılacak kişilerdir. İnternete erişim sağlayarak bir web sitesine girdiğimiz anda, bizde bir browser olarak adlandırılırız.

Kullanıcının, içeriğin hazırlanmasında, sunulmasında hiçbir katkısı yoktur, kullanıcı sadece İSS'nın sağladığı teknik imkanlardan yararlanarak ağa

⁷¹ Erişim sağlayıcıların sunduğu hizmetin niteliği özellikle değineceğimiz "Hukuki sorumluluk konusunda önem taşımaktadır.

⁷² Güran ve diğerleri .

⁷³ Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Üçüncü Bası, İstanbul 2004, s.331.

⁷⁴ Browser, Ağ gezgini, örün gezgini – tarayıcısı olarak da adlandırılmakta olup, internet üzerinde bilgi kaynaklarını aramaya elveren ve bağlantılı metin ve ortamların imkanlarını kullanan istemci yazılım şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. Sankur, a.g.e., s.97.

⁷⁵ İçeriğin kullanıcının yükleyebilmesi ancak bu hakkın kısıtlanmadığı durumlarda mümkündür. İçerik sağlayıcı, bu içeriğin yüklenmesini kısıtlayabilme hakkına ve imkanına sahiptir.

bağlanmış, deyim yerindeyse aktif hiçbir faaliyeti yoktur, tamamen pasif konumdadır.

Kullanıcılar, içerik üzerinde, FSEK'in ihlal saydığı değişiklikleri yapmadıkları ve kişisel kullanım sınırları içinde kaldıkları sürece sorumlulukları bulunmamaktadır.⁷⁶

1.6. İNTERNET HUKUKU

1.6.1. HUKUKUN İNTERNETTE UYGULANABİLİRLİĞİ

İnternetin, diğer haberleşme araçları içinde en hızlı yaygınlaşan bir açık ağ sistemi olması⁷⁷ ve bilgi iletişiminin insanlar tarafından en fazla talep gören teknolojinin başında gelmesi nedeniyle internet alanına hukuk biliminin ilgisi de kaçınılmaz olmuştur. Çünkü insan iletişiminin, insan ilişkisinin olduğu her yerde ihtilafların doğması, suçların işlenmesi de maalesef kaçınılmazdır. Hatta bazı suçların işlenmesi sanal ortamda daha kolay hale gelmiş ve sanal internet bazı yeni suç türlerini⁷⁸ de ortaya çıkarmıştır.⁷⁹

İnternetin ilk doğduğu yıllarda bu alanda hiçbir kural mevcut değildi. İlk olarak “netiquette”, olarak adlandırılan internet etiği olarak adlandırabileceğimiz kurallar doğmuş, bununla birlikte RFC denilen görgü ve nezaket kuralları da

⁷⁶ Tekinalp, a.g.e., s.332.

⁷⁷ Arıkan, a.g.e., s.89.

⁷⁸ İnternet ve Ceza Hukukundaki etkisi için bkz. İçel, a.g.e., s.420 v.d., Yenisey Feridun Bilgisayar ve Bilgisayar şebekelerinin ortaya çıkardığı Yeni Suç İşleme Yöntemleri, Bilişim ve İnternet Teknolojilerinin Ceza Hukuku Açısından Doğurduğu Yeni Sorunlar Paneli 24 Mart 2001 Bursa , s.50-54, Yenisey Feridun, İnternet Suçlarının Yeni İşleniş Biçimleri, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22, Mayıs 2001 İzmir, İzmir 2002, s.47-450, Yalçın Alemdar, Ceza Hukuku Açısından Doğurduğu Yeni Sorunlar Paneli, 24 Mart 2001 Bursa, s.88-91, Dülger Murat Volkan, Bilişim Suçları, Ankara 2004, Uçkan Özgür, Beceni Yasin, “Bilişim – İleştirim Teknolojileri ve Ceza hukuku,, , İnternet ve Hukuk , Derleyen Atamer M. Yeşim, İstanbul 2004, s. 363-430.

⁷⁹ Örneğin caching yoluyla bir kullanıcıya yoğun mesajlar atılarak posta kutusunun doldurulması, bir kişinin internet sitesinin çökertilmesi (hack) başkasına ait bir kitabın internette izinsiz olarak yayınlanması, müzik eserlerinin MP3 formatında sunulması gibi suçlar internetle birlikte ortaya çıkan tamamen yeni suç türleridir.

uygulanmaya başlamıştır.⁸⁰ Bu kurallar bir bakıma görgü ve nezaket kurallarının sanal ortamdaki yansıması niteliğindedir.

İnternet, sanal ortam olması nedeniyle hukuk kurallarının uygulanamayacağı bir ortam olarak düşünülmemelidir. İnsan unsurunu yer aldığı, insanoğlunu etkileyen hiçbir alanın hukukun kapsamına alanı dışında olması düşünülmemelidir.

1.6.2. ÜLKEMİZDE İNTERNETLE İLGİLİ ÖZEL BİR YASAL DÜZENLEME BULUNMAMASI

“İnternetin Anavatanı” olarak nitelendirebileceğimiz ABD’nin yanında, birçok Avrupa ülkesinde de internetle ilgili yasal düzenlemelere yer verilmiş olmasına rağmen, ülkemizde henüz doğrudan internet alanını düzenleyen “özel bir yasal düzenleme,, bulunmamaktadır. Bu nedenle Türk Ticaret Kanunu, Borçlar Kanunu,⁸¹ Medeni Kanun ve diğer mevzuat hükümleri müessesenin bünyesine uyduğu ölçüde, somut olaylara uygulanabilmelidir. Ayrıca, ülkemizin AT ile yoğun ilişkileri de dikkate alındığında Topluluk Direktiflerinin de uygulanması mümkündür.

Mevzuatımızda internet ve bilişim konusunda ki doğrudan yapılmış tek düzenleme Türk Ceza Kanunu m.243-246’daki “Bilişim Alanında Suçlar,, bölümüdür. Burada suç sayılan eylemler; Bilişim sistemine girme (TCK 243), Sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme (TCK 244), Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması (TCK 245) olup, konumuz olan Fikir ve Sanat Eserleriyle doğrudan bir bağlantı bulunmamaktadır. Ayrıca konumuzla ilgili olan, internetin sükülerinin (aktörlerinin) sorumluluğu hususunda bir hüküm içermemektedir.

⁸⁰ Kaplan, a.g.e., s.45.

⁸¹ Örneğin bilgisayar programlarının korunmasına ilişkin hukuki düzenlemenin bulunmadığı zamanlarda önce BK hükümlerinden yararlanılarak bir koruma sağlanmaya çalışılmış ancak BK bu alanda yetersiz kalmıştır, bu konuda bkz; Öztekin, Selçuklu; Yazılım, Telif Hakları ve Türk Hukukunda Fikir ve Sanat Eserleri Konusundaki Hukuki ve Cezai Koruma, Bilişim ve İletişim Teknolojilerinin Ceza Hukuku Açısından Doğurduğu Yeni Sorunlar Paneli, Bursa 24 Mart 2001, s.43.

FSEK'te internetle ilgili bazı hükümlere yer verilmiştir. Örneğin FSEK m.24'de Temsil Hakkı, FSEK m.25'de Umum İletim Hakkı konusunda, FSEK m.80'de Eser Sahibinin Hakları ile Bağlantılı Haklar konusunda internetle ilgili düzenlemeler bulunmaktadır. Yine Ek 4. madde'de Servis Sağlayıcılar ve Bilgi İçerik Sağlayıcıların, Bakanlıkça istendiği takdirde her türlü bilgi ve belgeyi vermekle yükümlü oldukları hususu düzenlemiştir.

Kısacası, mevzuatımızda internetle ilgili az sayıda kapsamlı olmayan hükümler bulunmakta, fakat bu önemli alanı düzenleyen spesifik bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.

1.6.3. YASAL DÜZENLEMELERİN ÖZELLİKLERİ

İnternet ve bilişim, teknolojinin etkilerinin en hızlı şekilde görüldüğü dinamik alanlardır. Dolayısıyla bu alanda yapılacak hukuki düzenlemelerin de sanal ortamın bünyesine uygun, etkili, dinamik nitelikleri bünyesinde taşıma gereklidir. Aksi takdirde yapılacak bir yasal düzenlemenin, daha yürürlüğe bile girmeden işlevini yitirme ihtimali⁸² dahi bulunmaktadır.

Diğer yönüyle internet alanında yasal düzenleme yapılırken göz önünde bulundurulması gereken bir nokta da internetin özgürlükçü yönüdür. Nitekim, internet bilindiği üzere, bilginin herkes tarafından, özgürce, sınır tanımaksızın iletilmesi ve paylaşılmasını hedeflemektedir. Bu bağlamda bilgi güvenliği ile bilgilenme özgürlüğü arasında çok hassas olan bir denge kurulmalı, bu unsurlardan birisi diğerine kurban verilmemelidir. İnternetin ulus ötesi yapısı ve etkileşime dayanan doğası gereği, devletin internet ve teknolojiyle ilgili alanlarda yapılacak hukuki düzenlemeler konusunda ilgili sektörlerin, sivil toplum kuruluşlarının ve ilgili tüm platformları kapsayan bir katılım ile çalışma yürütmesinin hem

⁸² Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Tanşu Okan, Bilişim Çağı, Yeni Tanımlamalar ve Hukuki Düzenlemeler, İnternet ve Hukuk , Derleyen Atamer M. Yeşim, İstanbul 2004, s.137-154.

düzenlemelerin uygulanabilirliği hem de sağlıklı bir gelişme ortamının yaratılması için şarttır.⁸³

Diğer taraftan, internet alanında yapılacak düzenlemeler uluslararası nitelik taşısa dahi, her zaman salt yasal düzenleme yapılarak hak koruması alanında sonuç almanın güç olduğu, teknik koruma önlemlerinin de (teknolojik araçların)⁸⁴ koruma alanında önemli ve etkili işlevlerinin bulunduğu,hukuki önlemlerin yanında teknik koruma önlemlerinin de yer alması gerektiği gözardı edilmemelidir⁸⁵.

1.6.4. İNTERNET HUKUKUNDA SORUMLULUK

İnternet Hukukunda Sorumluluk denildiğinde tabii ki akla ilk olarak internetin sùjeleri gelmektedir. Telekom kuruluşlarının sorumluluklarının bulunmadığı, bu kuruluşların sadece teknik alt yapı hizmeti verdiklerinden daha önce söz etmiştik.⁸⁶ Kullanıcıların da kural olarak internette sadece gezindikleri, erişime sunulan eser içeriklerine FSEK anlamında müdahalede bulunmadıkları sürece sorumluluklarının bulunmadığı bilinmektedir.⁸⁷

Şimdi asıl sùjelerin yani İçerik Sağlayıcı, Servis Sağlayıcı ve Erişim Sağlayıcının sorumlulukları incelenecektir. Çünkü hukuka aykırı bir veri internete sunulduğunda ilk soracağımız sorular; “bu içeriği kim hazırladı, kim tarafından sunuldu ve erişim nasıl sağlandı,, olacaktır.

1.6.4.1. İçerik Sağlayıcının Sorumluluğu

Bir eseri veya içeriği internette erişime açık tutulması amacıyla hazırlayan, düzenleyen içerik sağlayıcının, kendine ait, kendi fikri ürünü olan bir içeriği erişime

⁸³ Uçkan/ Beceni, Bilişim-İletişim Teknolojileri ve Ceza Hukuku İnternet ve Hukuk,Derleyen Atamer,M.Yeşim,İstanbul 2004,s.428.

⁸⁴ Digital Right Management (Sayısal Hak Yönetimi) olarak da adlandırılan teknolojik araçlarla koruma konusu AT'nun 22 Mayıs 2001 tarihli ve 2001 / 29 sayılı direktifinde düzenlenmiştir.

⁸⁵ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Sert, Selin: Fikir ve Sanat Eserlerinin Teknik Önlemlerle Korunması ve Teknik Önlemlerin İhlal Edilmesine Uygulanacak Yaptırımlar, e-akademi Hukuk,Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi,Kasım 2005,sayı 45,www.e-akademi.org

⁸⁶ Bkz. 5.2.4.

⁸⁷ Bkz. 5.2.5.

sunması halinde bir problem bulunmamaktadır. Ancak, bir başka kişiye ait eser veya içerik erişime hazır bulunduruluyorsa, bu halde içerik sağlayıcının o içerik konusunda hak sahibi olması gereklidir. Erişime sunulan içeriği bir eser oluşturuyorsa, haksız olarak erişime sunulması halinde FSEK m.23'deki Yayma Hakkı ve m.25'deki Umuma İletim Hakkı'nın, yine şartları varsa FSEK m.14'deki Umuma Arz Hakkı'nın ihlalinden söz edilebilecektir. Yine içerik sağlayıcı eserde değişiklik yapmak suretiyle erişime sunmuşsa FSEK m.16'daki, "eserde değişiklik yapılmasını men etme hakkı"nın ihlali söz konusu olabilecektir.

İçerik sunucu, suç teşkil eden hareketi yapan kişi olarak, genel hükümlere göre ceza sorumluluğu altında olmalıdır.⁸⁸ FSEK Ek madde 4'e 2004 yılında 5101 sayılı Kanunla getirilen değişik dördüncü fıkra hükmünde bilgi içerik sağlayıcılar hakkında düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre, "FSEK'te tanınmış hakları ihlal etmeye devam eden bilgi içerik sağlayıcılar hakkında, FSEK 72.maddenin (2) numaralı bendi hükmü⁸⁹ uygulanacaktır"⁹⁰. İçerik sağlayıcılar; hem web sitesi sahipleri, hem internet hizmeti sağlayan on-line kuruluşlar ve BBS'ler⁹¹ olabileceklerdir. Kural olarak on-line kuruluşlar ve BBS'lerin ihlallerden sorumlu olmayacakları düşünülse de, bu kuruluşlar kendi içerikleri ile eser ve bağlantılı hak sahiplerinin haklarını ihlal ettikleri takdirde sorumludurlar. Eğer başkalarının içeriğini depolar ve erişime hazır halde bulundurlarsa ve somut olayın şartları FSEK m.66/2. fıkra hükmüne uyduğu takdirde tecavüzün ref'i davasının davalısı olabilirler.⁹² ABD'nde Playboy Enterprises Inc. K. Frena davasında mahkeme, BBS operatörü olan davalının içerikten sorumluluğuna dair karar vermiştir.⁹³ Amerikan

⁸⁸ İçel, a.g.e., s.481.

⁸⁹ FSEK m.72/2.bent'te; "Hak sahibinin izni olmaksızın bir eseri veya çoğaltılmış nüshalarını, bu Kanun'un m.81/7.fikrasında sayılan yerlerde satanlar "hakkında cezai hüküm bulunmaktadır.

⁹⁰ Ek Madde 4'de yer alan düzenleme ile Kanun koyucunun neyi ifade etmek istediğini anlamak oldukça güçlük arz etmektedir, bu konudaki açıklamalar ve düşünceler için bkz.4.4.2.9.

⁹¹ BBS, Bulletin Board Systems (Bilgisayar ilan Tahtası Sistemleri) küçük çaplı bir kabul edici bilgisayarın yönettiği, az sayıda kişinin sisteme üye olmak kaydıyla yararlandığı sistemlerdir, bu sistemler genellikle belirli bir gruba dahil olan insanların yararlandığı sistemlerdir.

⁹² Tekinalp, a.g.e., s.331.

⁹³ Bu Kararda Mahkemece, BBS operatörü olan davalının, telif hakkı sahibinden izin olmaksızın kendi sitesinde, Playboy resimlerini kamuya sunmasını, doğrudan telif hakkı ihlali olarak nitelendirmiştir. Davalı Frena, fotoğrafları kendilerinin kişisel olarak BBS'ye yüklediğini, resimleri asıl yükleyenlerin aboneler olduğunu savunma olarak ileri sürse de, Mahkeme, Frena'nın eyleminin davalıya ait münhasır yayma ve temsil hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.

doktrininde, son kararlarda artık hizmet sağlayıcının sorumlu kılınabilmesi için ihlalden mutlaka haberdar olması ve hatta bu ihlali kolaylaştırmasının gerekeceği belirtilmektedir.⁹⁴

1.6.4.2. Servis Sağlayıcının Sorumluluğu⁹⁵

Servis sağlayıcıların asıl fonksiyonları “İnternete erişim sağlama,, , “içerik hazırlama,, , “sunucu kiralama,, ve “sunucu barındırma,, gibi ülkeden ülkeye farklılık gösteren şekillerde ortaya çıkabilir. Ülkemizde servis sağlayıcı ile erişim sağlayıcılık faaliyeti genellikle aynı kuruluşlar tarafından yürütülmektedir. Servis sağlayıcının sorumluluğu konusunda, öncelikle fonksiyonunun ne olduğunun tam olarak bilinmesi gerekir. Sadece abonelerin internete erişimini sağlayan ve sunulan içeriğe müdahale etme imkanı bulunmayan servis sağlayıcıların cezai sorumluluğundan da söz edilmemesi olağandır. Ancak içeriğe müdahale imkanı olan, içeriğin denetleme imkanına teknik olarak müdahale imkanı bulunan servis sağlayıcıların ise sorumluluklarının bulunması gerekir.⁹⁶

AT’nun 2000/31 sayılı Yönergesinde⁹⁷ İnternet Servis sağlayıcıların sorumluluğu düzenlenmiş olup, aynı esastan hareketle başkalarının içeriğini depolayan, kendinde tutan servis sağlayıcıların bu içeriği bilebilecekleri ve denetleme imkanına sahip oldukları tecavüz teşkil eden içerikleri böylelikle belirleyebilecekleri ve bunların erişiminin engellenmesini de sağlayabilecekleri belirtilmektedir. Diğer taraftan sadece erişim hizmeti veren, yani sunulan içerikleri

(Kararın geniş özeti için bkz. Akipek Şebnem – Dardağan Esra, “Sanal Ortamda Telif Hakları,, Batider C.21, s.65.)

⁹⁴ Akipek – Dardağan, a.g.e., s.67.

⁹⁵ Bu konuda bkz. Demir Önder, İnternet Servis Sağlayıcısının Hukuki Sorumluluğu, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, İzmir, 21-22 Mayıs 2001, İzmir 2002, s.471-484.

⁹⁶ Nitekim benzer şekilde ABD’nde servis sağlayıcılar kendi kontrolleri dahilinde üretilen, yayılan ve erişimi sağlanan içeriklerle ilgili sorumlu tutulmaktadırlar. Ayrıca Digital Millenium Copyright Act isimli kanun, fikri haklara tecavüzün sözkonusu olduğu durumlarda kanunun uygulanması amacıyla tecavüzün durdurulması ve tecavüzün kaldırılması konularında servis sağlayıcıya teknik destek verme yükümlülüğü getirmiştir. Bu da notice takedown (uyar ve kaldır) prosedürü çerçevesinde uygulanmaktadır. “Uyar ve Kaldır,, uygulaması için bkz. Uçkan-Beceni, a.g.e., s.40-402.

⁹⁷ Bkz. www.europa.eu.int.

bilmeyen ve dolayısıyla müdahale imkanı da bulunmayan servis sağlayıcıların ise sorumlu tutulamayacakları Yönergenin 12. maddesinde düzenlenmiştir.

Türk Hukuk sisteminde ise İSS'ların sorumluluğu ile ilgili doğrudan,özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Kaldı ki ülkemizde servis sağlayıcı ve erişim sağlayıcı ayrımı (uygulamada) yapılmamakta ve bunların tümü İnternet Servis Sağlayıcı olarak adlandırılmaktadır.⁹⁸FSEK m.72/1.fikra, (3)e bendi'nde "*aracılardan sorumluluğu*" düzenlenmiştir⁹⁹,bu hükme göre :”Bir eseri temsil eden veya topluma açık yerlerde gösteren,bu gösterimi düzenleyen veya *dijital iletim de dahil olmak üzere her nevi işaret,ses ve/veya görüntü iletimine yarayan araçlarla yayın veya yayımına aracılık eden kişiler* “ demek suretiyle İSS'ların sorumluluklarından söz edilmektedir¹⁰⁰.FSEK m.72, sorumluluğun doğması için “kast” unsurunu gerekli görmektedir,bu nedenle İSS'ların kastının bulunmadığı ihlal hallerinde sorumluluklarından da söz edilemeyecektir. Burada belirtilen yayma veya yayıma aracılık etme faaliyetinin gerçekleştirilmesine, internetin bütün sükelerinin katılabileceği kuşkusuzdur.Gerek servis sağlayıcı,gerekse içerik sağlayıcı,erişim sağlayıcı ve hosting hizmeti sunan kuruluşların verdikleri,sağladıkları hizmetler göz önünde bulundurularak ve somut olaydaki konumları da göz önünde bulundurularak,sorumlulukları konusunda karar verilmelidir.Nitekim Yargıtay 9.Ceza Dairesi de İSS'ların sorumluluğu hakkındaki bir kararında;”Sanığın çalıştığı ...A.Ş.adlı şirketin,İSS mı,erişim sağlayıcı mı yoksa her ikisine birliktemi sahip olduğu,ayrıca yazının yayımlandığı forumun web sitesi sisteminin bir işletene bağlı olup olmadığı hususlarının saptanmasından sonra sorumluluk hususunda karara

⁹⁸ İçel, bu ayrımın yapılmamasının son derece hatalı olduğunu, Alman yasasında olduğu gibi erişim sağlayıcıların servis sağlayıcılardan ayrılması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. İçel, a.g.e., s.422.

⁹⁹ Türkiye Bilişim Şurası Sonuç Raporu,Bilgi Toplumuna Doğru,Ankara 2002,s.434.

¹⁰⁰ İSS'ların sorumluluğuna yer veren FSEK 72.m. hükmü “Mali Haklara Tecavüz “ sayılan fiilleri düzenlemekte ve cezai sonuçlarını göstermektedir.Bir defa,İSS'lar gibi bir internet sükelerinin sorumluluğu konusundaki “ilke” niteliğinde bir kuralın düzenlendiği yer, Kanun'un bu maddesi olmamalı idi.Ayrıca mevcut düzenlemenin genel bir sorumluluk kuralı olmayıp,sadece “mali haklara tecavüz” eylemlerini düzenlediği hususu göz önüne alındığında;başka ihlal hallerinde,örneğin bir manevi hakkın ihlali halinde İSS'ların cezai sorumluluğu sonucuna ulaşmak, TCK m.1/2.f.hükmü'ndeki “Kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi gereği, mümkün olmayacaktır.

varılabileceği”nden sözetmektedir.¹⁰¹ FSEK metninde getirilen bu hükümde, servis sağlayıcılar yönünden bir ayırım yapılmamış olup¹⁰² İSS’nin somut ihlal olayında sunduğu hizmetlerin yani işlevinin ne olduğunun tam olarak belirlenmesi ve bundan hareketle sorumlulukları hususunda karar verilmesi gerekir. İSS’ların sağladıkları hizmetin, yani somut ihlal eylemindeki işlevlerinin belirlenmesi için öncelikle sözleşmeye bakmak gerektiği şüphesizdir.

Türk Ceza Hukuk sisteminde, internet sùjelerinin sorumluluklarına ilişkin, özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, TCK’nun iştirake (suça katılma) ilişkin hükümlerinden¹⁰³ bu konuda da yararlanılabileceğini düşünürüz. Ancak yine de internet hukuku alanını düzenleyen özel yasal düzenlemenin bir an önce yapılması ve sorumlulukların da burada açıklılıkla belirtilmesinde yarar bulunmaktadır. Diğer taraftan sorumluluklar konusunda yasal düzenleme yapılırken internetin özgürlükçü ve şeffaf yönü ile ceza hukukunun koruduğu değerler arasında hassas bir denge gözetilmeli, sùjelerin fonksiyonları göz önünde bulundurularak müeyyidelerin çeşidi ve ağırlığı belirlenmelidir.¹⁰⁴

¹⁰¹ Yargıtay 9.C.D nin 25.10.2001 tarih ve 2001/1854-2649 sayılı yayınlanmamış bu kararında;” İSS olan şirkette interaktif bölümler koordinatörü olan ve bu sıfat itibarıyla internet kullanıcılarından gelen talep üzerine “forum-tartışma platformu” adlı bir sayfa düzenleyen ve internet kullanıcıların gönderdikleri görüşlerin bu sayfada yayınlanması ve bu yazı içeriklerinden birisiyle suç işlenmesi dolayısıyla, bu içerikten servis sağlayıcı şirketin belirtilen biriminde görev yapan sanığın suçtan sorumlu tutulmasının gerekeceğine” dair İstanbul 4. Ağır Ceza Mahkemesince verilen kararı Yargıtay belirtilen gerekçelerle bozmuştur.

¹⁰² Memiş, a.g.e., s.150.

¹⁰³ TCK’nun 37-41. maddelerinde “suça iştirak,, müessesesi düzenlenmiştir. Özellikle “yardım etme,,’ye (iştirak) ilişkin TCK 39. m. hükmünün –şartların varlığı halinde servis sağlayıcı ve erişim sağlayıcı yönünden uygulanabilmesi gerekir düşüncesindeyiz.– Bilindiği üzere TCK m.39/2. fıkra da; “fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak ile suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak,, eylemleri yardım etme (iştirak) halleri olarak sayılmış ve bu hallerde yardım eden faile asıl eylem için öngörülen cezanın yarısının verileceği hükme bağlanmıştır. Ancak, bu hükümler uygulanırken dahi FSEK ‘in “kast” unsurunu zorunlu tutuğu hatırdan çıkarılmamalıdır.

¹⁰⁴ Bizce ABD’ndeki “uyar ve kaldır,, sistemi İSS’lar yönünden uygulanabilecek iyi bir modeldir. Çünkü fonksiyonu gereği bir servis sağlayıcının sunduğu her içeriği denetleyebilmesi için bünyesinde büyük bir hukukçu içerikle ilgili diğer birim dallarından geniş bir kadroyu bulundurması gerekir ki denetlemeyi yapabilsin, diğer taraftan bunun maliyeti de içerik sağlayıcılara yansıtılacaktır ki, bu da interneti bilgiyi sunma yönünden cazip olmaktan çıkarılabilecektir. Diğer taraftan böyle bir denetleme, internetin özgürlükçü yapısına da ters düşecektir ve bilginin hızlı sunumunu da engelleyecektir. Bu nedenlerle İSS’lere ancak uyarı yapılmasına rağmen hukuka aykırı içeriği kaldırmamaları durumunda sorumluluk yüklenmesinin haklı olacağı düşüncesindeyiz.

Başkalarının hazırladıkları içerikleri sunan servis sağlayıcılar, içeriğin niteliğini bildikleri ve teknik olarak bunu önlemek imkanına sahip oldukları taktirde sorumlu tutulmaktadır.¹⁰⁵ Gerçekten de internet ortamında hizmet veren bir servis sağlayıcı, eğer host-depolama fonksiyonunu da yerine getiriyorsa binlerce sayfalık içerikleri sunmakta ve bu içerikler sık sık değiştirilmektedir. Eğer internet servis sağlayıcı, kendi aracılığı ile sunulan her içeriği denetlemek istese bu hem ifade özgürlüğünün önünde bir engel olarak bulunacak hem de bu denetim nedeniyle iletişimin hızı korkunç derecede sınırlanacaktır. Bu nedenle İSS'ların ancak ihlal teşkil eden bir içerikten haberdar olduğu¹⁰⁶ ve bu içeriği teknik olarak önleme imkanlarının bulunması halinde sorunlu tutulmaları adil bir uygulamadır.

İnternet Servis Sağlayıcıların Özel Hukuk alanındaki sorumlulukları hususunda ise ,FSEK'te uygulanabilecek özel bir hüküm bulunmamaktadır¹⁰⁷.İhlal eylemlerinin “haksız fiil” nitelikleri itibarıyla BK'nun haksız fiille ilgili genel hükümlerinin(BK 41 vd.) uygulanması mümkündür. Çünkü her ihlal fiili – eğer sözleşmeye aykırılık oluşturmuyorsa – aslında bir haksız fiil teşkil etmektedir.Kural olarak, burada İSS'nın sorumlu tutulabilmesi için kusurunun bulunması gerekecektir, bu kusur; kasıt veya ihmal şeklinde olabilir.Diğer taraftan haksız fiil sorumluluğunun diğer unsurları olan ;zarar,hukuka aykırılık ve illiyet bağı unsurlarının varlığı da sorumluluk için aranacaktır.Ancak FSEK m.66 hükmüne dayanarak açılacak olan tecavüzün ref'i davaları sözkonusu olduğunda , İSS'ların kusuru olmasa da kendilerine bu dava açılabilir. İnternet ortamında meydana gelen fikri hak ihlallerinde İSS'ların BK 41/1 'deki haksız fiil sorumluluğuna uymakta olup olmadıkları araştırılmalıdır,çünkü; internet ortamında fikri hak

¹⁰⁵ İçel, internetin teknik özelliklerinden yararlanarak, Alman Hukukunda (üçlü ayırım konusundaki) benzer sonuca bizde de ulaşılabileceği görüşündedir, bkz. İçel, a.g.e., s.481, Tekinalp'de Alman hukukundaki bu üçlü ayırımın mütecavizin tesbitinde yardımcı rol oynadığını, onun için Türk Hukukunda da uygulanmasının gerektiğini ve uygulama için yasal bir dayanağın varlığının da gerekmediği görüşündedir, bkz, Tekinalp, a.g.e., s.329.

¹⁰⁶ ABD'nde uygulanan “uyar ve kaldır” sisteminin uygulanması için uyarmanın bu ülke örneğinde olduğu gibi hak sahipleri tarafından değil de mahkeme kararıyla yapılmasının yerinde olacağı görüşü için bkz. Demir, a.g.e., s.476.

¹⁰⁷ Türkiye Bilişim Şurası, a.g.e., s.435

ihlalinde bulunan kimsenin eyleminin tek başına yeterli olmadığı sonucuna burada ulaşılmalıdır.¹⁰⁸

FSEK Ek Madde 4'e 2004 yılında 5101 sayılı kanunla değişik üçüncü fıkra eklenmiştir, bu fıkra ile internet ortamında fikri hakların ihlali halinde, servis sağlayıcıların yükümlülükleri düzenlenmiştir. Bu hükme göre İSS'lar ihlalin kendilerine Cumhuriyet Savcılığı tarafından bildirilmesi üzerine, ihlali gerçekleştiren bilgi içerik sağlayıcısına verdiği hizmeti durduracaktır. Yine İSS'lar, bilgi içerik sağlayıcılarının isimlerini her ayın ilk iş günü Bakanlığa bildireceklerdir.

1.6.4.3. Erişim Sağlayıcının Sorumluluğu

Başkalarına ait içeriklere sadece erişilmesini teknik olarak sağlayan erişim sağlayıcıların, sunulan içerikten de sorumlu tutulmamaları gerekir.

Erişim sağlayıcıların sundukları hizmetin teknik bir hizmet olduğu, içerikle hiçbir ilgilerinin bulunmadığı, fonksiyonlarının sadece kullanıcıların ağa girmelerini, içeriklere erişmelerini sağlamak göz önünde bulundurulduğunda, sorumluluklarının da bulunmaması doğaldır.

Erişim sağlayıcıların içerikle ilgileri bulunmayıp, sadece başkaları tarafından hazırlanan içeriklere erişimin sağlanmasına aracılık etmektedirler. Erişim sağlayıcı, başkalarına ait verileri saklayabileceği sunuculara sahip olmaması nedeniyle, İSS'lardan ayrılmaktadır ve bunun sonucu olarak sadece erişim hizmeti veren bu süjenin cezai sorumluluğu bulunmamalıdır.¹⁰⁹ Bunlar sadece başkalarına ait içeriklere ulaşılmasına aracılık etmektedirler, bunların bilgisayarlarından saniyenin kesirlerinde geçen bilgiler, kısa sürede olsa bunlar tarafından saklanmak ve bunların teknik olarak da suç oluşturan içerikleri önleme imkanları yoktur.¹¹⁰ Gerçekten de A isimli bir erişim sağlayıcıya abone olduğunuzda, size sağladığı hizmet kapsamında bir şifre verilir ve bu şifreyle telefon hattınızı kullanarak internete bağlanırsınız, siz ağa bağlı kaldığınız sürece erişim hizmetinden

¹⁰⁸ Memiş, a.g.e., s.152.

¹⁰⁹ Snar, a.g.e., s.89.

¹¹⁰ İçel, a.g.e., s.481.

yararlanmanızda devam edecektir. Ancak sizin internette girdiğiniz sitelerin veya bağlandığınız sunucuların içerikleri, erişim sağlayıcının bilgisayarlarından saniyenin onda biriyle ifade edilen sürelerde geçmektedir. İşte erişim sağlayıcının sizin ağ'da gezindiğiniz bu içerikleri saklama, denetleme gibi bir görevleri yoktur, kaldı ki bunlara teknik olarak müdahale etme imkanları da yoktur, bu nedenle erişim sağlayıcıların içerikten sorumlu tutulmamaları da yerindedir.

1.6.5. SUÇUN İŞLENDİĞİ YER

İnternet yoluyla işlenen suçlarda suçun işlendiği yerin belirlenmesi özel bir önem taşımaktadır. Çünkü, internetin doğası gereği, bir web sayfasına dünyanın her yerinden erişim mümkün olmakla fiil gerçekleştirildiği anda, netice birden çok ülkede birden aynı anda ortaya çıkmış olmaktadır. İkinci bir farklı yönü ise internet yoluyla işlenen suçlarda hukuka aykırı içerik ağ'da erişimde kaldığı sürece, netice (ihlal) de devam etmektedir. Yani bu tür suçlar mütemadi suç niteliği de taşımaktadırlar.

TCK'nun m.8/1.fıkra hükmüne göre¹¹¹ fiilin kısmen veya tamamen Türkiye'de işlenmesi ya da neticenin Türkiye'de gerçekleşmesi, suçun Türkiye'de işlendiğinin kabulü için yeterlidir.

Örneğin yurtdışında faaliyet gösteren bir servis sağlayıcı ve içerik sağlayıcı tarafından erişime sunulan bir kitabın korsan nüshası Türkiye'den ağa giren bir kullanıcı tarafından da görülebileceğinden neticenin Türkiye'de de gerçekleşmiş olması sonucunu doğuracaktır ve bu nedenle suç TCK m. 8/1.fıkra hükmü gereğince suç Türkiye'de işlenmiş olarak kabul edilecek, Türk Kanunları uygulanabilecektir..TCK'nun bu hükmü, internet suçlarının Türkiye'de işlendiğini gösterebilecek nitelikte ise de Kanuna bu konuda açık hüküm konulmasında gereklilik vardır¹¹².

¹¹¹ 5237 sayılı TCK'nun 8. maddesi "Yer Bakımından Uygulama,, kenar başlığını taşımakta olup m.8/1.f. hükmüne göre; "Türkiye'de işlenen suçlar hakkında Türk Kanunları uygulanır. Fiilin kısmen veya tamamen Türkiye'de işlenmesi veya neticenin Türkiye'de gerçekleşmesi halinde suç, Türkiye'de işlenmiş sayılır,,

¹¹² İçel, a.g.e., s.480

1.6.6. SUÇUN İŞLENDİĞİ ZAMAN

İnternet yoluyla işlenen suçlarda, hukuka aykırı içerik erişime sunulduğu, ağda erişime açık hale geldiği anda işlenmiş olacaktır. Sanal ortamın doğası gereği içerik sağlayıcı tarafından hazırlanan içerik, servis sağlayıcı tarafından ağa sunulduğu anda erişime açık hale gelmekte herkes tarafından ulaşılabilir. Bu işlemlerin yapılabilmesi için gerekli zaman süreci çok kısa zaman dilimleridir, bu nedenle bu suçlarda suçun işlendiği zamanı belirlemek zorluk göstermemektedir.

İKİNCİ KISIM

FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI

2.1. FİKRİ MÜLKİYET HAKLARININ TOPLUM HAYATINDA ÖNEMİ

İnsanlığın en değerli ortak hazinesi kültürdür. Bu değerli hazinenin korunması içinde ayrı bir hukuk dalına gerek duyulmuş ve böylelikle Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku doğmuştur. Günümüzde kültürel hayat ve bilgi akışı çok daha önemli bir hal almış ve bu nedenle Fikri Hukuk gittikçe önem kazanan bir alan haline gelmiştir.

Sanayi Devrimi sonrasında önemi anlaşılan Fikri Hukuk, internetin hayatımızda giderek daha fazla yer tutmasıyla birlikte en önemli gelişimini yaşamaktadır. Çünkü, sanal ortamda sunulan verilerin bir çoğunun konusunu fikir ürünleri oluşturmaktadır. Yine bu verilerin haksız olarak kullanılmasının iletişim teknolojileri vasıtasıyla çok değişik ve süratli bir şekilde yapılmasının mümkün olması gerçeği karşısında, buna ilişkin hukuk dalının da çağın gereklerine uygun, etkin ve donanımlı olmasının gerekliliği tartışmadan uzaktır.

2.2. Fikir ve Sanat Hukukunun Tarihsel Gelişimi

2.2.1. Genel Olarak

İlk çağlarda henüz insanlığın mağarada yaşamını sürdürdüğü dönemlerde avlanma faaliyetlerini mağara duvarlarına çizdikleri ve altlarına kendi isimlerini yazdıkları bilinmektedir, yine daha sonraları ressamlarında mutlaka resmin bir köşesine adlarını yazmak suretiyle bu eserin kendisine ait olduğunu belirtme ihtiyacı duydukları bilinmektedir. Eser sahibinin yarattığı eserde bu şekilde kendi ismini belirtmesinin en önemli sebebi bizce *hukuki koruma isteği*'nden kaynaklanmaktadır. Eser sahibi böylelikle eserin kendisine ait olduğunu belirtmekte ve eserden kendi rızası dışında üçüncü kişilerin yararlanmasına, sahiplenmesine rıza göstermeyeceğinin ifade etmek düşüncesiyle hareket etmektedir.

Eser sahibinin bu koruma isteği karşısında,uzun dönemler boyunca eser sahibine hukuki koruma sağlanamamış, Kanun yoluyla koruma aşamasına geçilmesi oldukça uzun ve farklı bir süreci gerektirmiştir.Matbaanın icadıyla birlikte, matbaacılar büyük paralar sarfederek çoğaltıkları eserler için baskı imtiyazları,eser sahipleri de matbaacıya kazanç imkanı sağlayan eserleri için imtiyaz istemeye başlamışlardır.

15inci asrın ikinci yarısından önce Venedik'te olmak üzere zenaat imtiyazları niteliği taşıyan matbaa imtiyazları verilmeye başlanmıştır.¹¹³Yani imtiyazların bu dönemde eser sahibinin değil yayıncının hakkını daha çok korumaya yönelik olduğu söylenebilir.O devrin şartları içinde düşünöldüğünde matbaaların sayıca az olduğu ve her eser sahibinin eserinin çoğaltılmasını,insanlara ulaşmasını isteyeceğe bu anlayışın çok da yadsınamayacağı aşıkardır.

Gerçek anlamda ilk yazar imtiyazı Venedik'te 1486'da Sabellicus'a, "Venedik Tarihi" isimli eserinden dolayı verilmiştir.Yazarlara eserleri için ücret ödenmesi ise 16ncı asrın ortasına doğru adet haline gelmiştir.Diğer taraftan,Rönesans kişilik bilincini arttırmış,yazar ve sanatçı için yaratıcı olarak ortaya çıkmak ve takdir kazanmak ihtiyacı doğmuştur.¹¹⁴

İngilizcedeki "copyright" kelimesinin kökeni "owner of copy"dir.Bu deyim yayınevinin sahipliğini açıkca ifade ediyor ve copyright da "yayınevinin hakkı" anlamını taşıyordu.¹¹⁵

Dünyayı her alanda olduğu gibi fikir ve sanat eserleri alanında etkileyen olay Fransız İhtilalidir.İhtilal, loncaları ve dolayısıyla imtiyazları ortadan kaldırmış,eser sahiplerini tamamıyla korumasız bırakan iki yıl aradan sonra 1791'de sahibinin eseri üzerinde mülkiyet hakkı bulunduğu kabul olunmuş ve anılan tarihten itibaren fikri hukukta hakim olacak fikri mülkiyet dönemi başlamıştır.Anılan dönemin bıraktığı iz "fikri mülkiyet teorisi" olmuştur.¹¹⁶

¹¹³ Ayiter, Nuşin: Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri 2.Bası Ankara 1981, s.16

¹¹⁴ Ayiter, a.g.e, s.16.

¹¹⁵ Tekinalp , a.g.e, s.82

¹¹⁶ Tekinalp, a.g.e, s.83

Eser sahibi haklarını tanıyan,yani hakkı yayınevinden asıl sahibine iade eden ilk yasal düzenleme; 1709 tarihli İngiliz Kanunu'dur,bunu 1791 tarihli Fransız Kanunu izlemiş,benzer gelişmeyi Almanya,İsviçre ve diğer Avrupa Ülkeleri yaşamıştır.

2.2.2. Türkiyedeki Tarihi Gelişim

Türkler, Orta Asya'dan çıkıp önce 1071 Anadolu'ya gelmeleri daha sonra Avrupa ortalarına kadar ilerlemeleri dolayısıyla birçok coğrafyalarda birçok medeniyetle etkileşim içine girmişlerdir.Bu süreç boyunca ulaştıkları her coğrafyada seferler esnasında geçtikleri her bölgede her biri sanat eseri niteliğinde köprüler,hanlar,camiler yapmışlar,bu mimari eserlerin girişine eseri yapanın ve yaptıranın adını yazmışlardır.Bu bize eser sahibinin öldükten sonra da yeryüzünde devam etmesini sağlama arzusundan doğduğunu gösterir.Ancak,isinin eser sahipliği sebebiyle bir takım haklara sahip olduğu bilincini taşıdığını göstermez.Böyle bir bilincin doğması için Türk insanının yüzyıllarca beklemesi gerekmiştir.Yine ülkemizde kanunlaştırma hareketi başlamadan edebiyatımızda telif hukuku açısından çok ilgi çekici gelişmeler görülmüştür.Çünkü edebiyatçılarımız, telif hukukunun bazı kavramlarını büyük bir maharetle kullanmışlar,bu kavramlara bugünkü kanunlardaki anlamı vermişlerdir.

Nitekim, Şair Mehmet (16.yy.)Farsça yazdığı divanın önsözünde,şiire başlarken kendine mahlas bulmak için günlerce düşündüğünü ve anlamından dolayı kimsenin beğenmeyeceğini tahmin ettiği "Fuzuli"(halk dilinde "işe yaramayan, fodul, edebe aykırı hareket eden,arsız"anlamına gelmektedir)kelimesini bulduğundan sözetmiştir.Ayrıca Fuzuli aynı yazısında,"hüsn-i ibare"(ifade güzelliği)ve üslup güzelliğine dikkat ettiğini söylemektedir.

Bu düşünceler FSEK'te anlam kazanmıştır.Ülkemizde zamanla "intihalin" affedilmez suç teşkil ettiği ve cezasında o nisbette ağır olacağı düşüncesi zihinlerde uyanmaya başlamıştır.¹¹⁷

¹¹⁷ Kınacıoğlu Naci:Ülkemizde Fikri Hakların Gelişimi, İlim ve Edebiyat Eserlerinde çoğaltma yayma haklarına ihlali ve bunun sonuçları paneli Ankara 30 Kasım 1999 A.Ü.FİSAUM yayını,Ankara 2000 s.11.

Ülkemizde matbaanın kurulması Avrupa'dan yaklaşık 300 yıl kadar sonra (1727) gerçekleşmiş,"İbrahim Müteferrika Ağa" adlı kişiye din kitaplarının basılmaması şartıyla izin verilmiştir.İzin, Müteferrika İbrahim Ağa'nın kişiliğine duyulan güven ve takdir duygularının karşılığı olan bir ödüllendirmeydi. Müteferrikanın,her kitabın basımından önce izin alması "yasağın kaldırılması" görüşünü kanıtlamaktadır.¹¹⁸

Loncaların, Osmanlı Devleti döneminde ticari hayat içindeki rolleri bir esnaf örgütü olmanın ötesine çok fazla geçmemiş,bu örgütler genel olarak üyelerinin yardımlaşmasını sağlayan,esnaf örgütleri niteliğinin dışına çıkmamışlardır.Her ticaret ve sanat alanında, kaç gedik olacağı önceden belirlenmiş ve yeni gedikler açılması belli ve sıkı kurallara,en önemlisi de yönetimin karar ve onayına bağlanmıştır. Böylece Batı'da korporasyonların,loncaların elindeki tekel ve imtiyaz verme hakkı İstanbul'da merkezi otoritenin denetimine alınmıştır.¹¹⁹

Başta dini sebepler olmak üzere sanayi devriminden yararlanmada geç kalınması nedeniyle Osmanlı Devleti döneminde matbaacılık mesleği çok fazla yaygınlaşmamış,bu alanda bir lonca faaliyeti de gündeme gelmemiştir.

Osmanlı Devleti döneminde yazar hakları açısından en önemli belge 1850 tarihli *Encümen-i Daniş Nizannamesi*'dir.Çünkü, bu nizannamede eser sahiplerine telif hakkı tanınmıştır.¹²⁰ Yine 1857 tarihli *Telif Nizannamesi* ile yazara ömrü boyunca eseri üzerinde imtiyaz tanınmakta,matbaacılar ile anlaşma yapma hakkı tanınmakta ve anlaşmayı ihlal eden matbaacıya ceza verilebileceği hususları da düzenlenmiştir.1910 tarihli "*Hakkı Telif Kanunu*" , Fikir ve Sanat Eserleri konusunda o güne değin yapılan en kapsamlı düzenleme olup,bu kanun 1951 yılında, 5846 sayılı halen yürürlükte olan *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu* yürürlüğe girinceye kadar yürürlükte kalmıştır.

¹¹⁸ Tekinalp, a.g.e, s.83.

¹¹⁹ Bu konuda Bkz.Dünden Bugüne Tarih Ansiklopedisi C.5. S.225,İstanbul 1994,Öztuna Yılmaz,Büyük Tarih Ansiklopedisi C.2 S.416

¹²⁰ Tekinalp, a.g.e, s.83.

5846 sayılı kanun 01 Ocak 1952’de yürürlüğe girmiş fakat günümüze kadar birçok değişiklik geçirmiş olup kanunun değişikliğe uğramamış maddesi yok denecek kadar azdır.¹²¹

FSEK’nda yapılan değişikliklerin birinci amacı, FSEK’i teknik, toplumsal ve hukuksal gelişmelerin ortaya çıkardığı ihtiyaçlara uydurmak ve uluslar arası sözleşmelere uyarlamak, ikinci ise korsan yayınlarla mücadeledir. İkinci amaçla yapılan değişiklikler her zaman başarılı sonuçlar vermemiştir. Kanunun kendisine güç veren, yorumlama yeteneği ve uygulanabilme şansı kazandıran evrensel temellerinden uzaklaşmıştır.¹²²

Sonuçta 5846 sayılı Kanun, 13.12.1951 tarihinde yürürlüğe girdikten sonra günümüze gelinceye değin toplam dört kez , esaslı değişikliklere uğramıştır. Yapılan tüm değişiklikler çeşitli kesimlerin talepleriyle ve/veya çeşitli amaçlarla (yasa dışı yollarla eser yayınının önlenmesi gibi, meslek örgütleri gibi) yapılmış, hatta değişiklik içeren kanunların koruduğu değerde dikkate alınarak 5846 sayılı kanunu değiştiren 2004 yılı çıkarılan 5101 sayılı kanun kamuoyunda, “Korsanla Mücadele Kanunu” olarak da adlandırılır olmuştur.

Dolayısıyla Kanunun sistematığının bozulduğu, adeta tanınmayacak duruma getirildiği kanaatındayız. Öte yandan Kanunun terim birliği bozulmuş, Kanun yapma tekniğine uyma endişesi de gösterilmediğinden, kanunun çatısı çökmüştür.

2.3. FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU SİSTEMİ ve ESER SAHİBİNİN HAKLARI

Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunun konusunu oluşturan gayri maddi şey “Eser” kavramı ile ifade edilmektedir. Eser sahibi olmanın getirdiği hakları ifade etmek içinse çeşitli terimler kullanılmaktadır. Uygulamada “*Telif Hakları (Copyright)*” en çok karşımıza çıkan terimlerden birisi olmakla birlikte “*Fikri*

¹²¹ 5846 Sayılı kanunun değişiklikler için bkz:03.11.1983 tarihli Resmi Gazete de yayınlanan 2936 sayılı kanun,07.06.1995 tarihli Resmi Gazete de yayınlanan 4110 sayılı kanun,03.03.2001 tarihli Resmi Gazete de yayınlanan 4630 sayılı kanun,12.03.2004 tarihli Resmi Gazete de yayınlanan 5101 sayılı kanun.

¹²² Tekinalp, a.g.e, s.84.

Haklar”, ”Fikri Mülkiyet” terimlerine de rastlamaktayız. Uluslararası Hukukta “*Fikri Mülkiyet*” olarak dilimize çevirebileceğimiz “*intellectual property*” terimi kullanılmakta olup, doktrinde bu terim, geniş anlamı ile kullanılmaktadır. Yani, ”fikri mülkiyet” teriminin bir bütün halinde; fikir ve sanat eserlerini, patentler ile faydalı modelleri, tasarımları, yarı iletken topografyaları, dijital iletişimleri, markaları, ticaret ünvanları ile diğer ad ve işaretleri, coğrafi ad ve işaretleri ve açıklanmamış bilgileri kapsadığı görüşü yaygındır.¹²³

Türk Yargı Sisteminin de bu görüşlerden etkilendiği ve bu alanda kurulan ihtisas mahkemelerinin bu nedenle “*Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesi*” olarak isimlendirildiği kanaatındayız.¹²⁴

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun üçüncü bölümü “*Fikri Haklar*” başlığını taşımaktadır. ”Fikri Haklar” teriminin “*Eser Sahibinin Hakları*” ile aynı anlamda kullanıldığı üçüncü bölümün sistematığından anlaşılmaktadır.¹²⁵ Kanun’un üçüncü bölümünün alt başlığı’nın ”Eser Sahibinin Hakları” şeklinde düzenlenmiş olması da, kanun koyucunun bu terimi tercih ettiğini göstermektedir.¹²⁶

Biz de, FSEK kapsamındaki bu çalışmamızda aynı anlamda olmak üzere “*Eser Sahibinin Hakları*”, ”Eser Sahipliği Hakları”, ”*Eser Sahipliğinden Doğan Haklar*” terimlerini ,kural olarak tercih ediyoruz.¹²⁷

¹²³ Bu görüş için bkz. Tekinalp, a.g.e, s.3.

¹²⁴ Fikri ve Sınai Haklar Mahkemeleri şu anda yalnızca İstanbul, Ankara ve İzmir illerinde kurulmuş olup, bu mahkemelerin bulunmadığı diğer illerde ise bu mahkemelerin görevini ise genel yetkili Asliye Hukuk ve Asliye Ceza Mahkemeleri yapmaktadır.

¹²⁵ Ayiter, a.g.e, s.4.

¹²⁶ 5846 sayılı Kanununun 03.03.2004 tarih ve 5101 sayılı kanununun 11.maddesi ile değişik 41.maddesinde “fikri mülkiyet”terimi kullanılmakta ise de,birçok kez değişikliğe uğramış ve değişikliğe uğramamış olan bölümü neredeyse kalmamış diyebileceğimiz Kanunun sistematığı düşünüldüğünde Kanun Koyucunun tercih ettiği terimin “fikri mülkiyet” olmadığı “eser sahibinin hakları” olduğu kanaatındayız.

¹²⁷ Ortan, Ali Necip, (kendileriyle yapılan özel bir mülakat), 06 Mart 2006, İstanbul.

2.4. FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU'NDA “ E S E R ”

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 1/B maddesinde “Eser; sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsülleri” olarak tanımlama yapılmıştır. Kanunun bu tanımından anlaşılacağı üzere, fikir ve sanat hukukunda himaye konusu; sanat, bilim ve edebiyat alanında özellik taşıyan yaratmalardır.¹²⁸”Eser” ,FSEK’e göre “ürün”den daha dar olup sadece fikir ve sanat eserlerini ifade eder.”Ürün” ise “eser”yanında bağlantılı hak konularını da içerir.¹²⁹

2.4.1”.Eser”in Unsurları

2.4.1.1.Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda “Eser” ve ”Hususiyet”

Kavramı

FSEK’e göre “Eser” sahibinin hususiyetini taşımalıdır.Burada kastedilen, bir gerçek kişidir.Ancak bir gerçek kişi zihinsel bir faaliyet sonucu bir eser meydana getirebilir.Bu kişinin Medeni Kanun anlamında reşit veya temyiz yeteneğine sahip olmaması önemli değildir.Her gerçek kişi kendi yeteneği ve/veya zihinsel çabası ile bir fikir ve sanat eseri yaratabilir.Eser, onu yaratan zihnin bireyselliğini gösteren özellikler taşımalıdır.”¹³⁰

Kanunumuzda “fikir ve sanat eseri”,”fikir ve sanat mahsulü” denmiş olmasına karşın bir fikri ürünün “eser” sayılabilmesi için hem “fikir” hem “sanat” eseri niteliğini birlikte taşımasına gerek yoktur.¹³¹

Ayiter’e göre, eser onu yaratan zihnin bireyselliğini gösteren özellikler taşımalıdır.Bu gerek, örneğin Alman Kanunu’nda “persönliche geistige schöpfung” (şahsi zihni yaratma) ,Fransız Kanunu’nda “oeuvre de l’esprit” olarak ifade edilmekte olup yine İsviçre Federal Mahkemesine göre de “orijinal bir yaratma

¹²⁸ Ayiter, a.g.e, s.35.

¹²⁹ Tekinalp, a.g.e, s.97.

¹³⁰ Ayiter, a.g.e, s.37.

¹³¹ Maddedeki “ve” bağlacının doğru kullanılmadığı da yazar tarafından savunulmaktadır, bkz. Tekinalp, a.g.e, s.97.

olması,bireysel bir ifade taşıması,hususiyet taşıyan,sahibinin damgasını vurduğu bir bireysel zihin faaliyetini yansıması” gibi niteliklerin aranacağı belirtilmektedir.¹³²

.Hirsch ise, “subjektif şart” ismini verdiği hususiyet unsurunun ancak “hususî evsafı haiz,yeni bir ibda mahsulü olan eserlerde bulunmakta olup,fazla bir emek sarfetmeksizin,yaratıcı bir mesainin neticesi olmaktan çok muhaniki bir meleke mahsulü olan eserlerin koruma kapsamına alınamayacağı,eğer bir mahsul,herkes tarafından meydana getirilebilecek mahiyette ise,bu tür eserleri himaye etmenin gerekmeceğini” belirtmektedir.¹³³

Hususiyet kendisini “anlatım”da (üslup)gösterir;her üslup,sahibinin yaratıcılığını içerir,yenilik gerektirmez,fakat sanatçının kişisel mührünü taşır,beğenilmese,hatta nefret edilse bile,o kişiye özgüdür.Şöyleki;”filmin dili”nden,”dansın dili”nden,romanın,hikayenin üslubundan söz ederiz.Hemen hemen her eserin veya eser sahibinin bir ”üslub”u,”dil”i,”anlatım”ı vardır.¹³⁴Gerçekten de bir resmin üslubuna bakarak ressamın bilinebildiği,bir mimari yapıya bakarak mimarının bilinebildiği yine bir şarkının ritminden,melodisinden besteleyen sanatçının bilinebildiği günlük yaşam tecrübelerimizdendir.Eserlerde hususiyet az veya çok belirgin olabilir,hususiyetin en yüksek ölçüsü; eserle temasa geçtiğimiz anda sahibini teşhis ettiğimiz,sahibinin kişiliğinin damgasını taşıyan sanat ve edebiyat eserlerinde bulunmaktadır.¹³⁵

Hususiyetin bulunup bulunmadığı konusunda ancak o alanda uzman bilirkişilerin görüşleri ile hareket edilmesi gerektiği aşıkardır.Eğer bir uyuşmazlık söz konusu ise; yargılama sürecinde de HUMK veya CMK’na göre yine eserin konusunu oluşturan alanda uzman bilirkişi görüşüne başvurularak “hususiyet” taşıyıp taşımadığının belirlenmesi gerekecektir.

¹³² Ayiter, a.g.e, s.37.

¹³³ Hirsch Ernst E.,Hukuki Bakımdan Fikri Say, Cilt II,Fikri Haklar (Telif Hukuku) İstanbul 1943, s.12.

¹³⁴ Tekinalp, a.g.e, s.99.

¹³⁵ Ayiter, a.g.e, s.40

Fikri çaba eseri olan her ürün mutlaka yaratandan izler taşır,çünkü her fikri ürünü yaratan kişinin eğitim düzeyi ve şekli,yaşadığı sosyal çevre,değer yargıları,psikolojisi farklıdır,dolayısıyla farklı kişiliklerin yarattığı ürünler de, kendiliğinden farklı olacaktır. Sıradan bir mektup bile,yazan kişinin özelliklerini,üslubunu yansıtır. Bir diğerinden farklı her ürün hususiyet taşımakta mıdır ve dolayısıyla “eser” olarak kabul edilecek midir? Her hususiyet yeterli değildir, bir zihin mahsülü’nün eser sayılabilmesi için,eserin bir zihni verim düzeyi(Leistung)olması gerekmektedir,bu zihni verim,bazen malzemenin toplanıp elden geçirilmesinde,bazen yalnız şekillendirmede bazen de bir fikrin işlenişinde belirir.¹³⁶ Eserin belli bir değeri olan bir zihni verim düzeyinde olmasının gerekmesi, Alman Doktrininde “verim seviyesi-Leistungshöhe” terimi ile ifade edilmektedir.

“Hususiyet unsurundan ne anlaşılması gerektiği” hususu, doktrinde yoğun olarak tartışılan konuların başında gelmektedir,çünkü “eser sayılmanın ilk şartı” hususiyet taşımaktır.Hususiyetten söz edilebilmesi için bir düzeye gereksinim olduğunu,düzeye sahip fikri çabanın her sonucunun FSEK anlamında “eser” olduğunu,eserin beğenilip beğenilmemesinin bu sonucu etkilemeyeceği ifade edilmiştir.¹³⁷ Bir eserin sahibinin hususiyetini taşıdığından bahsedilebilmesi için;eserin bağımsız bir fikri çalışma ürünü olması ve böylece sahibinin yaratıcı gücünün özelliğini yansıtabilmesi,ancak bu bağımsızlık ve yaratıcılığın mutlak anlamda olmamasının gerektiği,eserin bağımsız bir fikrin ürünü olması için,kendisinden önce meydana getirilen eserlerden yararlanılmaması şeklinde bir sonuç çıkarılmamalıdır.¹³⁸ Bir başka görüşe göre;bir eserin sahibinin özelliklerini taşıdığını ileri sürebilmek için;o eserin mutlaka,önceden bilinmeyen,yeni,tümüyle özgün bir düşünce ortaya koyması zorunlu değildir.Eserin özgün sayılması için;biçim,düzen ve anlatım yönünde özellik taşıması yeterlidir.Yani yaratıcı düşünce ürünü olmakla bir “buluş” anlamı öngörülmemektedir.¹³⁹ Yine başka bir

¹³⁶ Ayiter, a.g.e, s.40.

¹³⁷ Tekinalp, a.g.e, s.100.

¹³⁸ Tekinalp, a.g.e, s.100.

¹³⁹ Erel.Şafak N.,Türk Fikir ve Sanat Hukuku,2.Baskı Ankara 1998 s.33-34.

görüŖe göre de “hususiyet” için esas alınması gereken kriter belirli bir düzey içeren yeni,sahibini tanıtmaya yeteneğine sahip, -az yada çok-ayrıt edici nitelikli fikri çaba olması gereklidir.¹⁴⁰

Sonuç olarak; “hususiyetten” söz edebilmek için, sahibinin kişiliğini taşıyan,bir üslubu olan,bir verim düzeyi içeren,bağımsız bir fikir sonucu oluşturulmuş ve yaratıcılık içeren bir fikir ürününün bulunması gereklidir.Yaratıcılık bazı eserlerin içeriğinde (edebiyat,müzik eserleri gibi)bazı eserlerin ise biçiminde (resim,heykel gibi)ortaya çıkabilir.Yine “yaratıcılık” koşulu da mutlak olarak algılanmamalı ”işlenme eserler”örneğinde olduğu gibi daha önceden yaratılan bir başka eserden yararlanılarak,adeta onun üzerine bina edilmiş diyebileceğimiz eserlerinde korunduğu dikkate alındığında,sahibinin az yada çok belirli bir verim düzeyinde yaratıcılığını katmış olması yeterli görülmelidir.Aksi takdirde yeni eserler yaratılmasının yolu bir anlamda tıkanmış olacaktır.

2.4.1.2. Şekillenmiş olma

Bir fikir ürününün koruma kapsamında bulunması için şekillenmiş,yani yaratıcısının beynindeki düşünce safhasını aşması ve ait olduğu forma doğru (resim için çizilmeye başlanması,bina için maket veya çizimine başlanması gibi) ilk adımların atılmış olması gereklidir.

.Eser sadece fikir olarak yaratıcısının beyninde ise,biçime kavuştuğundan bahsedilemez.Bu konu şöyle örneklenebilir;”bir heykeltraş,Yunus Emre’yi zamanların dışında göstermek,yani onun her çağda yaşadığını ifade etmek için,hiçbir tarih dönemine bağlanamayan bir giysi içinde tasvir eden bir heykel yapacağını,Yunus Emre’nin eli sonsuzları işaret edeceğini bir arkadaşına anlatsa veya yazsa yada teybe okusa” heykel şekillenmedikçe bu düşünce eser olarak korunamaz.Ancak,bu heykelin eskizleri bir kağıt üzerine yapıldığı takdirde eser korunur,yani eserin heykel olarak tamamlanıp ortaya çıkması da şart değildir.¹⁴¹

¹⁴⁰ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz.Uslu,Ramazan, Türk Fikir veSanat Hukukunda “ Eser” Kavramı, Ankara 2003 s.50.

¹⁴¹ Tekinalp age,s.11-12.

FSEK'nun m.2/3.fıkrası:"Ara yüzüne temel oluşturan düşünce ve ilkeleri de içine almak üzere,bir bilgisayar programının herhangi bir ögesine temel oluşturan düşünce ve ilkeler eser sayılmazlar" hükmüne yer vererek sadece düşünce ve ilkelerin eser sayılmayacağını ve koruma kapsamında olmadığını belirtmiştir.

Açıklamalardan anlaşılacağı üzere eserin koruma kapsamına girmesi için tamamlanmış olması şart değildir.Tamamlanmamış eserin,eser sayılabilmesi için belirli bir düzeye gelmiş olması gerekmektedir.Burada iki kriterden yararlanılabilir;gelenen noktaya kadar ortaya çıkan sonuç sahibinin hususiyetini taşıyorsa veya hususiyetinden izler taşıyorsa,eser vardır ve korunur.Bazen,eser sahibinin ünü, eseri daha geride de bırakabilir.Mesela Yahya Kemal'in veya Melih Cevdet'in tek dizesi bile "eser" olarak korunabilir.¹⁴²

Bir başka görüşe göre ise; biçimlenmiş her düşünce ürünü de eser niteliği taşımamaktadır.Sahibinin özelliklerini taşımayan yada yasalarda öngörülen koşullara uygun bulunmayan düşünce ürünleri koruma imkanlarından yararlanamazlar.Örneğin belirli tarih,coğrafya,matematik vb. alanlarda ortak olan bilgilerden yararlanılması,tahminler,özellik taşımayan haberler,müstehcen eserler gibi eserler korumadan yararlanamazlar.¹⁴³

2.4.2. Eser Türleri

FSEK'nun.2.maddesinin başlığı; "Fikir ve Sanat Eserlerinin Çeşitleri" şeklindedir.Bu başlık altında eser türleri;

- 1) İlim ve Edebiyat Eserleri
- 2) Musiki Eserleri
- 3) Güzel Sanat Eserleri
- 4) Sinema Eserleri

olarak sayılmıştır.

¹⁴² Tekinalp age,s.102.

¹⁴³ Beşiroğlu,Akın:Düşünce Ürünleri Üzerindeki Haklar,3.baskı,İstanbul 2004,s.79..

Yine FSEK m.6'da işleme ve derlenme eserlerin tanımı yapılarak, bu eserlerin neler oldukları belirtilmiştir.

Kanun'da sayılan bu dört grup dışında kalan fikir ve sanat eserlerinin eser sayılması, korunması mümkün değildir¹⁴⁴. Eğer, yeni bir sanat türü söz konusu ise ya bunu belirten dört ana gruptan birisine dahil edeceğiz, yada unsurlarına ayırarak, her unsuru kendi grubu içinde düşünerek aynı kanun çerçevesinde koruyabileceğiz; örneğin bir video klibi kendi içinde unsurlarına (müzik unsuru ve görüntü unsuru) ayırarak, müzik eseri ve sinema eseri olarak koruma sağlanması mümkündür.

Eser türlerinde FSEK, sınırlı sayma (numerus clausus) ilkesini benimsemiştir. Bir eserin FSEK kapsamında hak korumasından yararlanabilmesi için; bu dört ana grup içinde yer alması gereklidir. Numerus clausus ilkesi ancak eser türlerinde geçerli olup, bir türe giren eserlerde bu ilke geçerli değildir. Yargıtay, Televizyon programı yayın formatları ile ilgili bir kararında "FSEK m.5'de sinema eserlerinin belirtildiğini ve burada görüntülü eserlerden hangi tür programların eser sayılacağı hususunda da açıklık getirilmiş olup, bu tür programların normatif ve tahdidi olarak sınırlandırılmadığını, buna göre program yayın formatlarının da anılan yasa kapsamında eser sayılması ve korunmasının gerektiği" ne karar vermiştir.¹⁴⁵ Yargıtay da bir eser grubu içinde yeni türlerin düşünülebileceğini, yasanın tahdidi olmadığı görüşündedir ki bu görüş uygulamanın önünü açacaktır.

Bizce bir eser insan duygularına hitap ediyorsa, sahibinin hususiyetini taşıyorsa, yeni bir biçim taşısa dahi eser olarak kabul edilmelidir. Aksi takdirde eserleri cisimlendirildiği maddi şekle göre veya niteliğine göre sınıflandırdığımızda koruma kapsamını daraltmış oluruz. Günümüzde teknoloji ile sanatın kaçınılmaz etkileşimi ve yeni çağ insanının duygularını farklı şekillerde iletme isteği dikkate alındığında şu anda güncel olmayan, ilerki yıllarda doğabilecek bazı sanat dallarının bu sınırlı sayma sistemi içinde korunmasında zorluklar çekebileceğimiz, bazen eseri

¹⁴⁴ Ayiter, a.g.e, s.43.

¹⁴⁵ Yargıtay 11.HD'nin 2004/6612 E.2005/3278 sayılı kararı için bkz. www.yargitay.gov.tr. Aynı görüş için bkz. Tekinalp, a.g.e, s.106.

unsurlarına ayırmanın da yeterli olamayabileceği kanaatindeyiz.Bunun yerine, uygulayıcıya takdir hakkı verecek şekilde yasal düzenleme yapılması ve “yeni eser türlerinin de-unsurlarının bulunması durumunda- FSEK korumasından yararlanabileceği” ne dair yasal düzenlemenin,tereddüde yer bırakmayacak şekilde,FSEK’te yer almasının yararlı olacağını düşünüyoruz.

2.4.2.1-İLİM VE EDEBİYAT ESERLERİ

2.4.2.1.1.Herhangi Bir Şekilde Yazı ve Dil İle İfade Edilen Eserler

FSEK’nun 2.maddesinde, ilim ve edebiyat eserleri üç bent halinde sayılmıştır. Dil ile ifade edilen eserlerden bahsettiğimizde yazı, söz, sayılar, şekiller, işaretler gibi herhangi bir dil aracılığıyla ifade edilen fikri ürünlerin anlaşılması gereklidir.Örneğin bir bilgisayar programında sayılarla ifade edilme söz konusudur,yine bir mimari projede veya grafik’te çizgilerle ifade söz konusudur.Kullanılan dil; güncel,kullanımda olan bir dil olabileceği gibi,kullanım kabiliyeti olmayan,tamamen eser sahibinin yarattığı bir dilde olabilir.Bu dil çocuklar için yaratılmış ürünlerde olduğu üzere çok basit bir dilde olabilir,yani kullanılan dilin edebi nitelik taşıması şart değildir.Korumanın tek gereği dil ile ifade olunan fikir ürününün fikir ve sanat hukuku alanında hususiyet taşıyan bir eser niteliğinde olmasıdır.Bu yüzden ticari ve sınai maksatlarla meydana getirilen fiat listeleri,adres rehberleri,fişler,afişler vs. fikir ve sanat eseri olmadıklarından korunmazlar.Bu gibi ürünler Alman Hukuku Literatüründe “fikir ve sanat hukukunun bozuk parası” olarak adlandırılmaktadır.¹⁴⁶Bilgisayar programlarındaki “software”, bir bütün halinde web sayfaları,bir konferans,bir üniversite dersi,bir radyo/ TV yorumu,reklam ve ilan metni,reklam sloganı,opera, operet ve şarkı güfteleri;sahibinin özelliklerini taşıyorsa,avukat dilekçe ve savunmaları,genel işlem şartları,genel kriter sözleşmeleri, kataloglar, tarifeler, rehberler, sözlükler de aynı ibare içine girer.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Ayiter, a.g.e, s.44.

¹⁴⁷ Tekinalp, a.g.e, s.107.

Dil ile ifade olunan ilim ve edebiyat eserlerinde konunun da mutlaka bilimsel veya edebi olması gerekmez. Mesela dini, sosyal veya siyasi nitelikteki yazı, konferans, sohbet vs. yine bu kategoride yer alır ve korunur.¹⁴⁸ Bilimsel eserlerin, edebiyat eserlerinin aksine çok defa orijinal bir yaratma olmadığını, eserin özü olan bilimsel muhteva korunmadığına göre korunmanın yalnız şekle inhisar edeceği, bilimsel eserde, ifade şeklinin hususiyet taşıyabileceği ve bu hususiyeti haiz olduğu anda eser olarak korunacağı, muhtevanın bilimsel olup olmamasının fikir ve sanat hukuku bakımından öneminin olmadığı savunulmaktadır.¹⁴⁹ FSEK, dil ve yazı ile ifade olunan eserlerin bilimsel nitelik taşıyıp taşıyamaması konusunda bir şey söylememiştir.¹⁵⁰

Bütün fikir açıklamaları bilimsel nitelik taşıyabilir veya eser olmak için gerekli unsurları taşıyabilir. Eser mahiyetinde olmayan fikir açıklamaları üzerinde sahiplerinin hakları şahsiyet hakları çerçevesinde düşünülmelidir.¹⁵¹ Mektuplar konusunda FSEK 85. madde de düzenleme yapılmıştır. Buna göre; "Eser mahiyetinde olmasa bile, mektup, hatıra ve buna benzer yazılar yazanların ve bunlar ölmüş ise 19/1 madde de yazılı hak sahiplerinin muvafakatı olmadan yayınlanamaz. Meğerki yazanın ölümünden itibaren on yıl geçmiş bulunsun." Ayrıca yazandan başka muhatabının da veya muhatap ölmüş ise hak sahiplerinin de muvafakatı gereklidir, yine burada da muhatapın ölümünden on yıl geçmesi halinde muvafakat aranmama istisnası söz konusudur.

FSEK m.27'den anlaşılacağı üzere, kanun koyucunun ilim ve edebiyat eserlerinin türleri açısından hiçbir sınırlama getirmediği kanaatındayız. Bundan hareketle; eserin herhangi bir bilimsel niteliği taşıyıp taşıyamaması, koruma kapsamına dahil olmak bakımından önem taşımamalıdır. Örneğin, bir halk şairinin şiiri de, bir ilkokul öğrencisinin yazdığı hikaye de yaratıcısının hususiyetini taşıması ve belirli bir fikri çaba taşıması kaydıyla ilim ve edebiyat eseri sayılmalı ve FSEK korumasından yararlanmalıdır.

¹⁴⁸ Erel, a.g.e, s.39.

¹⁴⁹ Ayiter, a.g.e, s.46.

¹⁵⁰ Uslu, a.g.e, s.109.

¹⁵¹ Ayiter, a.g.e, s.46.

2.4.2.1.2.Bilgisayar Programları

Bilgisayarların fonksiyonlarını yerine getirebilmesi için programlara ihtiyaç vardır.Bilgisayarın asıl beyinini oluşturan ve merkezi işlem ünitesi (Central Processing Unit)olarak adlandırılan üniteleri, bilgisayarın değişik amaçlara hizmet etmek üzere programlanabilmesine elverişli niteliktedir.¹⁵² Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı bilgisayar programını;”makinenin okuyabileceği bir ortama yüklendiğinde, bilgi işleme kapasitesine sahip, böyle bir makinanın belirli bir işlem veya görevi yerine getirmesini sağlayabilme yetisine sahip bir komutlar dizini” olarak tanımlamaktadır.¹⁵³

Bilgisayar programını yazmaya başlamadan önce,elde edilen verilerin mantıksal olarak sıralandığı bir taslak oluşturulur ki,bu taslakta programın fonksiyonunu nasıl yerine getireceğini genel olarak belirleyen işlem basamakları yer almaktadır.¹⁵⁴ Daha sonra ise bu taslak, yazılım dilleri kullanılmak suretiyle program’a (software) dönüştürülmektedir.Bu dönüştürme esnasında çeşitli yazılım dillerinden yararlanılmaktadır.(Basic,Pascal gibi)

Bilgisayar programları, FSEKm. 2/1 fıkra’ya göre ilim ve edebiyat eseri olarak sınıflandırılmış ve bu çerçevede koruma kapsamına alınmıştır.Bu düzenlemeye göre “her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları” eser olarak kabul edilmektedir.Yine FSEK m. 2/son fıkra hükmü ise “Arayüzüne¹⁵⁵ temel oluşturan düşünce ve ilkeleri de içine almak üzere,bir bilgisayar programının herhangi bir ögesine temel oluşturan düşünce ve ilkeler eser sayılmazlar” şeklindedir. Açıklandığı üzere, Türk Hukuk sisteminde bilgisayar programları “Eser” olarak addedilmiş ve 5846 sayılı FSEK kapsamında koruma altına

¹⁵² Kaypakoğlu,Serhat: Bilgisayar Programlarının Hukuki Koruması , İzmir 1997, s.3.

¹⁵³ Kaypakoğlu,age s.4 (Reed,C. Computer Law 2nd. ed'den s.133'den naklen).

¹⁵⁴ Topaloğlu Mustafa Bilişim Hukuku, Adana 2005,s.5.

¹⁵⁵ Arayüz,FSEK madde 1/B/h'da “Bilgisayarın donanım ve yazılım unsurları arasında karşılıklı etkillenme ve bağlantıyı oluşturan program bölükleri”olarak tanımlanmıştır.

alınmıştır.Buna karşılık,dünyada yeni eğilim ve istek bilgisayar programlarının patent hukuku tarafından korunması gerektiği yolundadır.¹⁵⁶

551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 6/c maddesinde “patent verilemeyecek konular ve buluşlar” başlığı altında “bilgisayar programları” da sayılmıştır.Yine Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkındaki 554 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 3/b maddesinde “bilgisayar programlarının endüstriyel tasarım olarak korunmayacakları hususu düzenlenmiştir. Ortan’a göre *Bilgisayar Programları,”buluş” olarak nitelendirilemeyecekleri için Patent korumasından da yararlanamayacaklardır.*¹⁵⁷

Bazı ülkelerde (İngiltere,Almanya,Fransa gibi);bilgisayar programlarına patent verilmeyeceğine dair açık hükümler bulunmasına rağmen bilgisayar programlarıyla ilgili buluşlara patent verilmek suretiyle bilgisayar programlarına dolaylı bir koruma sağlanmaktadır.¹⁵⁸ Bilgisayar programının oluşturulması sürecinde yoğun bir fikri çabanın bulunduğu ve yaratıcısının çözülmesi hedeflenen sorun için bir program yaratılmasında özellikle işlem basamaklarının oluşturulmasında hususiyet unsuru da bulunmaktadır ki,bu nedenle bilgisayar programının eser olarak kabul edilmesi yerindedir.Ancak patent korumasının bazı yönleriyle(özellikle ispat hukuku yönünden ve hak sahibine tanıdığı haklar kapsamı yönünden)eser korumasına kıyasla hak sahibine daha geniş imkanlar sunması nedeniyle patent korumasının da elde edilmek istendiği düşüncesindeyiz.Ancak bilgisayar programlarına patent koruması sağlanmasının yeni bilgisayar programları yaratılmasını olumsuz şekilde etkileme ihtimalinin bulunduğu da gözden çıkarılmamalıdır.

¹⁵⁶ Topaloğlu, a.g.e., s.59, Ayrıca”Türkiye’de ,bilgisayar programları yönünden birçok ülkeden daha ileri bir koruma mevzuatı bulunmaktadır” görüşü için bkz.Gün,Mehmet:Bilgisayar Programlarının Eser Olarak Korunması,Rekabet Kurumu Dergisi,Ankara ,Nisan 2001,s.112.

¹⁵⁷ Ortan,A. Necip: Avrupa Patent Sistemi Cilt I,Avrupa Patenti Antlaşması (Münih Antlaşması) Ankara 1991, s.68.

¹⁵⁸ Topaloğlu, a.g.e., s.59.

2.4.2.1.3. Rakıslar,yazılı koreografi eserleri,pantomimalar ve benzer sözsüz sahne eserleri

Bu gibi eserlerin ayırıcı vasıfları; sözsüz olmaları,duygu ve fikirleri yüz ve beden hareketleri ile ifade etmeleridir.Bunların mutlaka hiç sözsüz ve sessiz olması gerekmez.¹⁵⁹ Bu kategorinin ayırıcı özelliği duygu,düşünce ve fikirlerin söz ve yazı ile değil,sanatkarların hareketleri ile ifade edilmesidir.Diğer taraftan; dans,bale veya revü,özel bir yazı türü olan koreografik yazıyla tesbit edilmişse,artık ortada dil ile ifade olunan eserler kategorisine giren bir eser var demektir.Bu yüzden, anılan maddenin 2.bendine 1983 yılındaki Kanun değişikliği ile eklenen “yazılı koreografi eserleri”ibaresi bu kategorinin özelliği ile bağdaşmamaktadır ve isabetsizdir.¹⁶⁰ Burada himaye gören eser,seyircinin özellikle görme duygusuna hitap eden ve sanatkar tarafından o anda yaratılan hareketin görüntüsüdür.¹⁶¹ Sözsüz sahne eserinin korunması için herhangi bir usülde (fotograf,şekil gibi)tesbit edilmiş olması şart değildir. Burada, korunan hareketin mutlaka el,yüz veya beden hareketi olması şart değildir,mekanik araç vasıtasıyla gösterilen karagöz,kukla veya gölge oyunlarını da söz veya müzikten ayrı olarak bu kapsam içinde korumak mümkündür;yeter ki ortada sahibinin özelliğini taşıyan bir yaratma bulunsun.¹⁶²

Doktrinde haklı olarak,dansın bütünü oluşturulan hareketlerin bir metni veya yazısız da olsa tekrarlanabilir bir düzeninin olması gerektiğinden söz edilmektedir.¹⁶³ Aksi takdirde, o anda rastgele,doğaçlama ortaya çıkan bir beden hareketi söz konusu olacaktır ki, bu şekildeki bir hareketin de fikir mahsulü olmadığı aşıkardır.Anlaşıldığı üzere burada korunan eser,sanatçının icrası olmayıp,o anda gerçekleşen hareket şekli ve görüntüdür,sanatçının icrası ise bu hükme göre değil icracı sanatçıların hakları kapsamında (FSEK m.80/A)korunacaktır.

¹⁵⁹ Ayiter, a.g.e., s.47.

¹⁶⁰ Tekinalp,ayrıca kanundaki “yazılı koreografi”ibaresinin de yanlış olduğundan, çünkü “grafî” kelimesinin Grekçe “graphein” kökünden zaten “yazılı” anlamına geldiğinden sözetmektedir, bkz.Tekinalp, a.g.e., s.112.

¹⁶¹ Erel, a.g.e., s.41.

¹⁶² Erel, a.g.e., s.42.

¹⁶³ Tekinalp, a.g.e., s.111.

2.4.2.1.4.Fotoğraflar,Haritalar,Planlar ve Projeler

5846 sayılı kanunun 2/3 maddesinde “Bedii,¹⁶⁴ 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” ilim ve edebiyat eseri olarak adlandırılmıştır. Burada kanun koyucu, estetik niteliği bulunmasa da, kapsamında fikir,bilgi,öğretme çabası bulunan fikir ürünlerini ilim ve edebiyat eseri olarak sınıflandırmıştır.Buradaki ağırlık merkezi, yaratmanın amacıyla bulunmaktadır.¹⁶⁵ Bunlarda estetik nitelik önem taşımaz;şayet estetik nitelikleri de varsa sadece bilimsel ve teknik eser olarak değil,ayrıca güzel sanat eseri olarak da korunurlar.¹⁶⁶ Bu kategoriye giren eserler,belirli bir bilimsel veya teknik konuyu insanlara izah amacına hizmet etmektedirler. FSEK’de sayılanlar “numerus clausus” olmadığı için,tıbbi şemalar,atlaslar,resimler,örgü ve elbise örnekleri de bu kapsamdadır.¹⁶⁷

Teknik ve bilimsel nitelikteki eserler birbirlerinin benzeri olabilirler, bunlardaki hususiyetin tesbiti çok defa güçtür,burada “hususiyet” ancak bir uzmanın elinden çıkmış olmaktan gelmektedir.¹⁶⁸ Örneğin, Mimarlık Fakültesi öğrencilerinin eğitimi esnasında yararlanılmak üzere Süleymaniye Camiinin değişik bölümlerinin fotoğraflarının bir fotoğraf sanatçısı tarafından çekildiğini varsayalım,daha sonra aynı mimari yapının fotoğrafları bir başka fotoğraf sanatçısı tarafından çekildiğinde de yine benzer kompozisyon,benzer görüntüler ortaya çıkabilecektir,her iki çalışma neredeyse aynı nitelikte olacaktır,burada hususiyet unsurunun bulunup bulunmadığına nasıl karar verilecektir?

Yargıtay 11.HD bir kararında;”5846 sayılı kanunun 2/3 maddesinden her haritanın eser niteliğinde olduğu anlamı çıkmıyor ise de,yasanın korumasından

¹⁶⁴ “Bedii” kelimesi, Arapça kökenli olup, “güzel, güzellik” anlamına gelmektedir. Bkz. Devellioğlu, Ferit: Osmanlıca-Türkçe Lugat 18.Baskı,Ankara 2001,s.78.

¹⁶⁵ Ayiter, a.g.e., s.46.

¹⁶⁶ Ayiter, a.g.e.,s.46, Erel, a.g.e.,s.42.

¹⁶⁷ Tekinalp, a.g.e., s.114.

¹⁶⁸ Ayiter, a.g.e., s.47

yararlanacak bir eser niteliğinde olup olmadığı bu hükmün 1/B maddesi hükmüyle birlikte değerlendirilerek sahibinin özelliklerini taşıyıp taşımadığının tesbitine bağlıdır” demek suretiyle bağımsız fikri çalışma ve hususiyet unsurlarının gerekliliğine bir kez daha işaret etmiştir.¹⁶⁹

“Bağımsız bir fikri çalışmanın varlığı tesbit edilebildiği sürece aynı bilimsel ve teknik konuya ait olmaktan doğan benzerlikler,bu şekilde meydana getirilmiş eserlerin başlı başına korunmalarına engel değildir.¹⁷⁰ Öğretici nitelikteki bir ilim veya edebiyat eseri için orijinal bir fikri yaratıcılık aramak,bu alandaki eserlerin korumasız kalabilme tehlikesini beraberinde getirebilecektir.¹⁷¹ Fotoğraflar, Harita, Plan, Proje ve Maketler konusunda başvurulacak “bağımsız bir fikri çalışmanın varlığı” unsuru, özellikle sanal ortamda yapılabilecek hak ihlallerinin tesbiti bakımından olağan üstü bir kolaylık sağlayacaktır.Eser sahibi olduğunu iddia eden kişi bunu hangi çalışma sonucu yarattığına ilişkin belgeleri sunmadığı takdirde iddiasını isbat etmesi oldukça güç olacaktır.

¹⁶⁹ Yargıtay 11.HD.bu kararda kısaca”....Bilirkişilerce raporda zorunlu benzerlikler olacağından,bağımsız bir çalışma ve emek unsurunun varlığı halinde, özgünlüğün kabulü gerektiği belirtildikten sonra,soyut olarak davacının bu bağımsız çalışmayı yaptığı kabul edilerek,kopyalanmak suretiyle esere saldırının varlığından sözedilmiş ise de bu bağımsız emek unsurunun neler olduğu da açıklanmamıştır.Anılan yasanın 2/3.maddesinden her nevi haritanın eser niteliğinde olduğu anlamı çıkıyor ise de,yasanın korumasından yararlanarak bir eser niteliğinde olup olmadığı,bu hükmün 1/B maddesi hükmüyle birlikte değerlendirilerek sahibinin özelliklerini taşıyıp taşımadığının tesbitine bağlıdır.Bu durumda,mahkemece aralarında haritacılık konusunda uzman bir bilirkişinin de bulunduğu yeni bir bilirkişi kurulu oluşturularak,bir haritanın özgün nitelikte olup olmadığı,dava konusu haritanın sahibinin özelliklerini yansıtmadığı,yansıtmıyor ise bunların neler olduğu hususunda rapor alınmak,gerekliyorsa dava konusu haritanın nasıl meydana getirildiği yolunda davacının da beyanına başvurulmak suretiyle sonucuna göre bir hüküm kurulmak gerekirken, yetersiz bilirkişi raporuna dayalı olarak,yazılı şekilde hüküm kurulması yeterli olmamıştır....açıklanan nedenlerle kararın davalı yararına BOZULMASINA.....”şeklinde açıklamaktadır, bkz.Yargıtay 11.Hukuk Dairesi'nin 21.12.2004 tarih ve 2004/2772 Esas,2004/12672 Karar sayılı kararı, Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt 31 sayı 4, Nisan 2005, s.546.Aynı nitelikteki aynı dairenin 11.10.2002 tarih ve 2002/8275 Esası 2002/8839 sayılı kararı için bkz.Yargıtay Kararlar Dergisi Cilt 29,sayı 3,Mart 2003 sayfa 383

¹⁷⁰ Erel, a.g.e., s.4.

¹⁷¹ Uslu, a.g.e., s.124.

Bizce de, burada ortaya konulan fikir ürünün amacına bakılmalı; eğer öğretici, eğitici amaç ve nitelik var ise, teknik ve bilimsel nitelik taşıyor ve bir hususiyet arz ediyor ise fikri çaba korunmalıdır.¹⁷²

2.4.2.2.MUSİKİ ESERLERİ

FSEK madde 2’de, ”Musiki eserleri,her nevi sözlü ve sözsüz bestelerdir” şeklinde bir tanımlama bulunmaktadır.

Musiki eserleri; zekaya değil,hisse hitap etmesi itibariyle ilim ve edebiyat eserlerinden ayrıldığı gibi,görmekle değil,işiterek hisse hitap etmesi itibarıyla da ayrılır.¹⁷³ Kanun burada, herhangi bir şekilde eser türlerini saymamış,eserin yaratılma yollarını belirtmemiştir.Bu nedenle her şekilde ortaya konulan –ister insan sesiyle,ister bir makinadan veya müzik aletinden –eserin müzik eseri olabileceği yine bu eserin standart bir formunun da olmasının gerekmediği –ister şarkı,türkü,opera için,ister bir web sayfasının arka plan müziği olarak kullanılmak üzere,müzik eseri-yaratılabileceği kanaatındayız.Tabii ki burada koruma konusu olan, bir sanatçının o eseri icra etmesi bu kapsamda değil,icracı sanatçının hakları kapsamında korunmaktadır.

Eğer musiki eseri bir hususiyet arz ediyorsa,bunun ortaya dökülmüş olması şart değildir.Örneğin bir halk ozanının yarattığı bir türkü hususiyet taşıyorsa, notaya geçirilmiş olması, korunması için zorunlu değildir.Önceden tasarlanmadan, düşünülmeden doğan, anlık müzik eserleri de, FSEK anlamında eserdir.Hususiyet ise melodide,bazen yapıda,bazen her ikisinde de bulunabilir,yeter ki hususiyet ögesi bulunsun.¹⁷⁴ Doktrinde,elektronik aletlerle yaratılan müzik –teknik çağın müzik sanatı-olarak adlandırılmakta ve sanatçının teknik imkanları seçmesi ve değerlendirmesindeki rolüne göre bunun eser olup olmadığını ölçmenin gerekeceği, eğer bu seçim ve değerlendirme bireysel,başkalarından farklı ise,her türlü estetik değer yargısından soyut olarak eser himayesinden yararlandırılmasının

¹⁷² Bu konuda geniş bilgi için bkz.Kaya, Aslan:Şehir Planları (Rehberleri)FSEK Kapsamında Eser midir?Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan ,İstanbul 2003, Cilt 2 ,s.321 v.d..

¹⁷³ Belgesay, a.g.e., s.23.

¹⁷⁴ Tekinalp, a.g.e., s.115.

gerektiğinden sözedilmektedir.¹⁷⁵ Artık müzik eserlerinde elektroniğin sunduğu imkanlardan yararlanma hem eserlerin yaratılması hem yayma ve iletim aşamalarında çok yoğun bir hal almıştır.¹⁷⁶

Musiki eserinde, melodi oldukça önem taşımakta, esere can vermektedir. Bir görüşe göre; melodi, teknik anlamda eşya hukukundaki "mütemmim cüz" olarak değerlendirilebilir, çünkü, musiki eserlerinde, melodi, beste eser olma niteliği veren bir olgudur.¹⁷⁷ Kanaatımızca, eserin bütününe bakılmalı, melodinin eserin tamamının hususiyeti içindeki yeri belirlenmeli, hatta melodinin kullanılan kısmının eserin tüm melodileri içindeki yeri belirlenmeli ve sonucuna göre bir tecavüz olup olmadığına karar verilmelidir. Günümüzde, özellikle popüler müzik alanında eserler sözlerinden ziyade melodileriyle ön plana çıkmakta ve ayırd edilmektedir. Melodisiyle bu şekilde ön plana çıkmış bir eserin melodisinin bir kısmını da olsa alıp kullanmak bizce hak ihlali niteliğinde düşünülmelidir.¹⁷⁸

2.4.2.3. GÜZEL SANAT ESERLERİ

FSEK'nın 4. maddesinde Güzel Sanat Eserlerinin neler olduğu 8 bent halinde sayılmıştır

FSEK m.4'e göre; "Güzel sanat eserleri, estetik değere sahip olan;

1- Yağlı ve suluboya tablolar; her türlü resimler, desenler, pasteller, gravürler, güzel yazılar ve tezhipler.¹⁷⁹ kazıma, oyma, kakma veya benzeri usullerle

¹⁷⁵ Ayiter, a.g.e., s.49.

¹⁷⁶ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Memiş, Tekin :Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu, Ankara 2002.

¹⁷⁷ Uslu, a.g.e., s.131.

¹⁷⁸ Yargıtay, benzer konuda 03.07.2000 tarihli kararında; "bestesi ve telif hakları davacıya ait olan papatya tangosunun, davalılar tarafından üretilen yağ reklamında" izinsiz ve özgün şekli dışında kullanılmasına, FSEK gereğince eser sahibinin şeref ve itibarının yahut eserinin mahiyet ve hususiyetini bozan değişikliklerin önlenmesini isteme hakkından bahsederek davaya konu müzik eserinin özgün şekli dışında alaylı bir şekilde ve melodik yapısı bozularak yayınlandığından bahisle manevi tazminat talebinde bulunulan dava için melodi yönü ağır basan tango açısından eser niteliğini kabul etmiştir." Bu konuda bkz. Uslu, a.g.e., s.130.

¹⁷⁹ "Tezhip" kelimesi arapça "zehep" kökeninden gelmekte olup altın sürme, sürülme, yıldızlarına, süsleme anlamındadır. Bkz. Develioğlu, a.g.e., s.1106.

maden,taş,ağaç veya diğer maddelerle çizilen veya tesbit edilen eserler,kaligrafi ve serigrafı.

2-Heykeller,kabartmalar ve oymalar

3-Mimarlık Eserleri

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

5- Fotoğrafik eserler ve slaytlar¹⁸⁰

6- Grafik Eserler

7- Karikatür Eserleri

8- Her türlü tiplerdir”

Yine Kanun’un m.4/2.fikrasında;”krokiler,resimler,maketler,tasarımlar ve benzeri eserlerin endüstriyel model ve resim olarak kullanılması,düşünce ve sanat eserleri olmak sıfatlarını etkilemez” hükmü bulunmaktadır.Yani,Kanun’un m. 4/1.fikrasında sayılan bir güzel sanat eseri endüstride kullanılmış ise bu kullanım onun güzel sanat eseri sayılma durumunu etkilemeyecektir.FSEK 4.maddesinin son fıkrasına göre;”Güzel sanat eserleriyle 2.maddenin 3.bendinde sayılan eserlerin diğer kanunlara göre sınai model ve resim olarak korunmasının fikir ve sanat eserleri olmak sıfatlarına hanel getirmeyeceği” hususu düzenlenmiştir.¹⁸¹ Doktrin’de FSEK 4.madde’de sayılan beş alt tür güzel sanat eseri içinde bazı tekrarlar bulunduğu şeklinde eleştiriler getirilmektedir.¹⁸² Bizce de, kanun koyucu güzel sanat eserlerini meydana çıktığı türe ve maddeye göre bir sınıflandırmaya tabii tutmak istemiş,bunu yaparken de bazı karışıklıkların meydana gelmesini engelleyememiştir.

Güzel sanat, insanın el hüneri ile ortaya çıkardığı eser olup, orijinalitesi işlenmesindedir,el ile yapılan her eser sahibinin hususiyetini taşır,diğerinin taklidi

¹⁸⁰ “Slayt” sözcüğü İngilizce orijini “slide”kelimesinden gelmekte olup dilimize bu şekilde yerleşmiştir.Görüntülerin tesbit edildiği şeffaf filmlere verilen isim olup,bu film türü genellikle projeksiyon ve baskı amaçlı kullanılmaktadır,”diapozitif film” olarak da adlandırılmaktadır.

¹⁸¹ Bu hükme paralel olarak düzenlenen 27.06.1995 tarihli ve 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin m.1/3.f.hükmünde;”Bu KHK çerçevesinde tasarım olarak sağlanan koruma, FSEK’ te aranan şartların gerçekleşmesi halinde öngörülen korumaya hanel getirmez” hükmünü taşımaktadır.

¹⁸² Bu konuda daha fazla bilgi için bnz.Tekinalp, a.g.e., s.116.

sayılamaz.¹⁸³ Güzel sanat eserlerinin taklit edilmesinin ancak teknik araçlarla eserin aynen kopya edilmesi veya ölçü-çizim yollarıyla aynısının yapılması halinde mümkün olabileceği,ünlü bir tablonun benzerinin çizilmesinde de taklit unsurunun olamayacağı belirtilmiştir.¹⁸⁴ FSEK 4.madde hükmünden açıkca anlaşılacağı üzere bir eserin “güzel sanat eseri” olarak nitelendirilmesi için “estetik değere sahip olması” gereklidir.”Bedii vasıf gereği”, bizi bir değer yargısına götürmemelidir,maksat o nesnenin güzel olup olmaması değil estetik değer taşımasıdır.¹⁸⁵ ”Estetik olma” unsurunun objektif olmadığı tartışmasızdır,bu unsur kişiden kişiye değiştiği gibi ülkeden ülkeye hatta zamandan zamana da değişiklik göstermektedir.Şu anda sanat eseri olarak toplumda kabul gören ve beğeni toplayan bir “soyut resim çalışması”19.yüzyılda meydana getirilmiş olsaydı,belki de hiç ilgi görmeyecek idi,benzer şekilde şu anda meydana getirilebilecek örneğin bir grafik ürün gelecek yüzyılda sanat eseri olarak kabul edilebilecektir.Bu nedenle genel unsurları taşıdığı yani fikri çaba ürünü olduğu ve asgari bir verim düzeyi taşıdığı takdirde, estetik değere sahip bir ürünün güzel sanat eseri olarak kabul edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

“Mimarlık eserleri” olarak belirtilen ve korunan güzel sanat eserleri, mimari yapının bizatihi kendisidir,yoksa bu mimari yapının plan,proje veya maketinin FSEK m.2/3.fıkra uyarınca ilim ve edebiyat eseri olarak korunduğu şüphesizdir.

FSEK 4.maddesi ile “el işleri ve her türlü küçük sanat eseri”bu ürünler üzerinde gerçekleştirilen yoğun emek faaliyetini estetik vasfı bulunması halinde eser saymıştır.Hususiyet ve bedii vasıf kıstaslarını gevşek tutarak birçok sınai mahsule sanat eseri himayesini bahşetmeye kadar gidilebilir.Bir mahsülü seri halde imale elverişli olan bedii vasfı haiz modellerden ayıran ve onu sanat eseri saymaya bizi götüren etken ”estetik fazlalık-“estetischer Überschuss” unsurudur.Bu estetik

¹⁸³ Belgesay, a.g.e., s.27.

¹⁸⁴ Öztrak,İlhan: Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, Ankara 1971 ,s.27.

¹⁸⁵ Ayiter, a.g.e., s.51.

fazlalığın bulunmadığı durumlarda, model haksız rekabet hukuku esaslarına göre,bulunduğu hallerde ise FSEK hükümlerine göre himaye görebilir.¹⁸⁶

FSEK 4.maddesiyle tekstil ve moda tasarımlarının güzel sanat eseri olabilecekleri kabul edilmiştir.Burada da korunan değer,ortaya çıkan elbise v.b.ürün değil,o ürünü meydana getiren yaratıcı fikri çabadır.Bir tekstil veya moda tasarımı, normal şartlar altında 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK hükümlerine göre korunacak,eğer eser niteliği de var ise ayrıca FSEK kapsamında himaye görecektir.Çağımızda modaya olan yoğun talep ve moda tasarımları için sarfedilen emek, harcanan fikri çaba ve ortaya konulan ürünlerin yaratıcı yönleri düşünüldüğünde bir sınai ürünü olmanın ötesine geçip, güzel sanat eseri sayılmalarının isabetli olduğu şüphesizdir.

Fotoğrafik eserler ve slaytlar,FSEK'nun m.4/5.bendi kapsamında güzel sanat eseri sayılmıştır.Burada koruma kapsamına alınan fotoğraflar tabii ki estetik niteliği bulunan fotoğraflardır.Eстетik niteliği bulunmayan fotoğrafların ilim ve edebiyat eseri olarak FSEK m.2/3.bent kapsamında korunacağı muhakkaktır.Orijinal ve alelade fotoğraflar arasında bir sınır çizmek de kolay değildir,bazen çok alelade bir fotoğraf konusu ile bizi bir sanat eseri kadar duygulandırır.¹⁸⁷ Bu durumda estetik vasfın bulunup bulunmadığını tayin için ya kompozisyonda yada ifade biçiminde bir orijinalliğinin bulunmasını aramanın gerektiğini düşünmekteyiz.Bir fotoğraf bazen kompozisyon yönüyle çok orijinaldir,-bir çocuğun kendisinden beklenmeyen bir hareketi yaptığı esnada görüntülenmesi gibi-fotoğrafa ait hiçbir teknik bilgisi bulunmayan bir kişide böylesi ilginç,harikulade bir enstanteneyi tesadüfen yakalayabilir ve görüntüyü fotoğraflayabilir.Böyle bir fotoğraf insanlarda hayranlık uyandıracak,estetik değerler taşıyan bir eser olacaktır.Bazen de fotoğraf konu veya kompozisyon yönüyle orijinal olmayıp, kullanılan teknikler,ışığı kullanma şekli,yansımaların şekli,görüntülenen renk tonlarının birbiriyle uyumu,fotoğrafçının bunları bir araya getirmedeki ustalığı yönüyle orijinallik taşıyacaktır ki,böyle bir

¹⁸⁶ Ayiter, a.g.e., s.52.

¹⁸⁷ Ayiter, a.g.e., s.55.

fotoğraf oluşturmak için yoğun bir fikri çaba ve verim düzeyi gereklidir,böyle bir çalışmanın güzel sanat eseri olarak kabul edilmesinin gerekliliği tartışılmazdır.¹⁸⁸

“Grafik eserler çoğu kez, bedii nitelikleri bulunan endüstriyel tasarımlardır.Grafik;bir eserin,bir ticari işletmenin logosu veya bir malın markası olduğu hallerde logo veya marka mevzuatına göre korunur.”¹⁸⁹

FSEK’ te 4110 sayılı kanunla yapılan değişiklik ile her türlü tiplmelerinde güzel sanat eseri olarak kabul edilmesinin yolu açılmıştır.”Tipleme”, eser sahibi tarafından yaratılan bir karakterdir.Eser sahibinin bu karakteri sürekli olarak çizmesi nedeniyle,ki genelde bu tipleme’nin bir adı vardır,bu karakter meşhur olmuş ve toplumda tanınır hale gelmiştir.Bir tipin bir gazete veya dergide ilk defa yayınlanmış olması, tipin o gazete veya dergiye ait olması sonucunu doğurmaz,tipin eser sahibine-yaratana-ait olacağı kabul edilmektedir.¹⁹⁰

2.4.2.4 SİNEMA ESERLERİ

FSEK 5.maddesi “Sinema Eserleri” başlığını taşımaktadır.Bu düzenlemeye göre;”sinema eserleri,her nevi bedii,ilmi,öğretici veya teknik mahiyette olan veya günlük olayları tesbit eden filmler veya sinema filmleri gibi,tesbit edildiği materyale bakılmaksızın,elektronik veya mekanik veya benzeri araçlarla gösterilebilen,sesli veya sessiz,birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisidir.”

Film; diyalog, müzik ve resim kompozisyonundan meydana gelmiş bir eser türüdür, filmin tüm olarak korunması, müzik veya senaryo üzerindeki telif haklarının korunmayacağı anlamına gelmez,ihlal halinde bunlar da edebiyat veya müzik eseri niteliği ile filmden bağımsız olarak korunurlar.¹⁹¹Doktrinde,film

¹⁸⁸ Konunun başka bir yönünü de ele almak gerekirse, günümüzde dijital fotoğraf teknolojileri giderek yaygınlaşmaktadır.Bu tekniklerle oluşturulan fotoğraflarda ürünü meydana getiren fotoğrafçının yanında kullanılan cihazın katkısı yoğun boyutlara ulaşmıştır,ancak yine de yaratılan kompozisyonun orijinalliği,işığın kullanılma şekli ve renk tonlarının uyumu gibi yönleriyle yoğun bir fikri çabanın bir eser ortaya koymak için sarf edilmesi gerekeceği tartışmasızdır.

¹⁸⁹ Tekinalp, a.g.e., s.117.

¹⁹⁰ Tekinalp, a.g.e., s.117.

¹⁹¹ Ayiter, a.g.e. s.58.

teriminin, hukuki bir terim olmayıp, ticari amaçlı sinema filmleri ile kültür, çizgi, doğa, reklam v.s. filmlerini ve belgeselleri, günlük olayları veya icraları tesbit eden çekimleri ve video filmleri ile oyunları hiçbir değeri olmayan veya sadece pornografiye odaklanmış yapımları çatısı altında toplayan bir üst kavramı olduğu, “sinema eserleri,,’nin filmlerin bir bölümünü oluşturup, diğerlerinden “eser,, niteliğiyle ayrıldığı ve “eser,, olarak korunduğundan,, söz edilmektedir.¹⁹²

FSEK m.8/3.fıkra hükmünden bir sinema eserinin mutlaka yönetmen, senaryo yazarı ve özgün müzik yapımcısının bulunması gerekliliği anlaşılmaktadır. Yani bir filmde mutlaka bir senaryo, bu filmde kullanılan filme özgü bir müzik ve tüm unsurları bir araya getirerek senaryonun canlandırılmasını, harekete dökülmesini, kısacası filmin akışını tüm unsurlarıyla birlikte kontrol altında tutan ,yönlendiren bir yönetmen gereklidir. Tek başına senaryo ile, tek başına müzik ile veya oyuncuların performansı ile bir sinema eseri ortaya çıkması imkan haricidir, sinema eseri bir harmonidir. Yönetmenin kontrolünde ortaya sunulan, yaratılan bu harmoninin bir hususiyet taşıması gerektiğinde şüphe yoktur. Yönetmen, bazen senaryoyu yazan kişi de olabilir veya yönetmen filmin içinde rol almış da olabilir. Yine FSEK m.8/3.fıkroda “sinema eserlerinde; yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı ve diyalog eserin birlikte sahibidirler. Canlandırma tekniğiyle yapılmış sinema eserlerinde, animatörde eserin birlikte sahipleri arasındadır,, hükmü yer almaktadır. Başka bir anlatımla sinema eserinin mutlaka bir sahibi veya sahipleri,, bulunmaktadır.

Ayrıca sinema eseri FSEK 5.madde de sayılan türlerden birine dahil olmalıdır. Bu hükme göre sinema eseri:

1) Her nevi bedii, ilmi, öğretici veya teknik mahiyette ya da günlük olayları tesbit eden filmler

¹⁹² Tekinalp, a.g.e., s.118.

2) Sinema filmleri gibi tesbit edildiği materyale bakılmaksızın, elektronik, mekanik veya benzeri araçlarla gösterilebilen, sesli veya sessiz, birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler olarak tanımlanmıştır.¹⁹³

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, sinema eserlerinin eser korumasından yararlanması için sadece sahibinin hususiyetini taşıması yeterlidir.¹⁹⁴ Bir başka görüşe göre ise, sinema eseri Kanunun 8.maddesinde belirlenen kişilerin;”yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo ve diyalog yazarı” hususiyetlerini taşımalıdır. Eğer sinema eseri, canlandırma tekniği ile yapılmışsa, animatörün de esere hususiyetini katmış olması gerekecektir.¹⁹⁵ Yine başka bir görüşe göre,bir ürünün sinema eseri sayılabilmesi için dört şartın gerçekleşmesi gerektiği, bunların; 1) Filmin Kanun’da belirtilen anlamda sahipleri olmalı, 2) Yönetmeni ve senaryosu bulunmalı, 3) Ürün, sahiplerinin hususiyetlerini taşımalı, 4) FSEK m.5’de sayılan kategorilerden biri içine girmelidir. Bu görüşten hareket ile, futbol maçlarını tesbit eden filmlerde ilk üç şart bulunmama, bu filmler sinema eseri olarak kabul edilemez,futbol maçlarını tesbit eden filmler “yayın” olarak korunurlar, ayrıca bunlara FSEK m.84’de uygulanabilir.¹⁹⁶ Bir başka görüşe göre ise; televizyon eserlerinin de sinema eseri sayılmasında bir sakınca yoktur, Televizyon eserleri, hususiyet taşıyan her türlü canlı yayındır.¹⁹⁷Bir yayın, televizyon tekniğine göre eser sayılmasına yetecek ölçüde özellik taşıyorsa ve kalıcı bir tesbit vasıtasına gerek duyulmaksızın derhal ekrana yansıtılıyorsa, televizyon eseri sayılmaktadır. Bir canlı yayının, daha sonra tekrar gösterim amacıyla bir materyale kaydedilmesiyle ortaya çıkan ürünün dahi, televizyon eseri olmayıp sinema eseri sayılması gerekeceği savunulmaktadır.¹⁹⁸

¹⁹³ Tekinalp’e göre; bu grup Kanunda, Kanun tekniğine ve Türkçeye uymayan bir tarzda ifade edilmiştir.

¹⁹⁴ Arslanlı, Halil :Fikri Hukuk Dersleri II, Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul 1954, s.28.

¹⁹⁵ Yıldırım Akkaya, Ayça: 4630 sayılı Kanun değişikliği ve gelişmeler ışığında “Sinema Eseri,, ve “Sinema Eseri Sahipliği,, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, Cilt. 1, İstanbul 2001, s.3.

¹⁹⁶ Tekinalp, a.g.e., s.119.

¹⁹⁷ Ayiter, a.g.e., s.60.

¹⁹⁸ Erel, a.g.e., s.53.

2.4.2.5. MULTİMEDİA ESERLER (ÜRÜNLER)

“Media,, kelimesi dilimize de yerleştığı anlamıyla, kamuyu bilgilendirme amaçlı her türlü yazılı veya görsel ya da işitsel iletişim aracını ifade etmekte kullanılan bir terimdir. “Multimedia,, terimi ise “çoklu medya,, olarak ifade edilip bu iletişim araçlarından bir kaçının veya hepsinin kullanıldığı bir veri-bilgi aktarma iletişim yoludur. Bir görüşe göre enformasyon teknolojisinin hızlı gelişimi nedeniyle multimedia kavramı da sürekli bir değişim içindedir.¹⁹⁹ Bir başka görüşe göre; multimedia bir başka yönden, fakat aynı anlam bağlamında, bilgisayar programlarının desteğiyle, bilgilerin ve verilerin üretimine, işlenmesine, şekillendirilmesine, renklendirilmesine, seslendirilmesine ve iletilmesine ilişkin bir teknik olarak da ifade edilebilir. Dijital sistem olarak da anılan sayısal sistem vasıtasıyla, algılanan bilgiler kağıt veya başka bir araç üzerine çıktı olarak alınabilecek veya kaydedilebilecektir.²⁰⁰

Multimedia eserler, kullanıcıya deyim yerindeyse kendi dünyasını kurma imkanı vermekte, kullanıcı kendi dünyasında hem bilgi hem eğlenceye aynı anda ulaşabilmekte, hem de multimedia ürünü ile etkileşime girebilmektedir. Bizce multimedia ürünleri klasik anlamdaki “eser,,’den ayıran en önemli fark etkileşim imkanı sunulmasıdır. Diğer eserlerin aksine, multimedia eser’de kullanıcı pasif değildir, dilediği takdirde ürün ile etkileşime girebilmektedir.

Multimedia ürünler, dış dünyada birçok farklı materyal üzerinde tecessüm edebilir, en çok bilinen ve kullanılanlarını belirtecek olursak Compact Disc (CD), Digital Video Disc (DVD), Digital Audio Tape (DAT) v.b. gibi araçlardır. Tahmin edileceği üzere sayısal ortama aktarılan fikir ürünlerinin iletiminin hızlanması ve kolaylaşması aynı zamanda hak ihlallerinin de yoğunlaşabileceği anlamına gelmektedir. Bu sorun, internetin ortaya çıkardığı çözüm bekleyen fikir ve sanat eserleri hukuku sorunlarının başında gelmektedir.²⁰¹

¹⁹⁹ Z.Scherpe K. “Urheberrechtsschutz digitalisierter Werke im Internet, MR 1998 s.404’den naklen Memiş, Tekin, Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu, Ankara 2002, s.36.

²⁰⁰ Kaplan, Yavuz, a.g.e., s.88.

²⁰¹ Tekinalp, a.g.e., s.121.

Multimedia ürünleri, off-line kullanım ve on-line kullanım olarak ikiye ayrılabilir.²⁰² Bilindiği üzere off-line kullanım (çevrim dışı kullanım) ürünü CD, DVD v.b. gibi materyallere aktarma yolu olup, online kullanım ise (çevrim içi kullanım) ile internet ortamında multimedia ürün kullanabilir. Bu suretle bilgiler, sanal süper otoyollarda (super-high ways) gidip gelerek yoğun bir trafik yaratır.²⁰³ Online kullanımda senkron ve asenkron kullanım olarak ikiye ayrılabilir, senkron kullanımda radyo yayınlarında olduğu gibi eş zamanlı bir tüketim söz konusu iken, asenkron kullanımda internet ortamında olduğu gibi “eş zamanlı bir tüketim” şart değildir. Nitekim, FSEK’de bundan hareketle “*kişilerin seçtikleri seçtikleri yer ve zamanda eserlere erişim,,* demek suretiyle *internet ortamında eserin sunulması*’ndan söz etmektedir.

Multimedia ürünlerin, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Kapsamında yeni bir eser türü oluşturup oluşturmadığı hususu öğretilerde tartışılmaktadır. Fikir ve Sanat Eserlerinin türleri, FSEK m.2, 3, 4, ve 5’de üst başlık halinde sınırlı sayılı olarak sayılmıştır, ancak bu grupların içinde bulunan alt gruplar örnek olarak sayılmıştır. Dolayısı ile multimedia eserlerin, eserin yoğunluk arzeden yönüne veya yönlerine göre – görsel, işitsel, yazılı veya grafik gibi– eser türlerinden birisine girebileceği kanaatindeyiz Soruna,” eser,, kavramından yaklaşıldığında multimedia eserlerin yeni bir eser türü oluşturmadığı, bilgisayar destekli ürünlerinde FSEK m. 1/B (a) hükmü anlamında “eser,, sayılması gerektiği; bunlardan bir kısmının eser, büyük bir bölümünün de işleme olduğu,, görüşü de savunulmaktadır.²⁰⁴ “Türk Hukukunda gerçekten de multimedia eserler, içinde barındırdıkları unsurların (ses, yazı v.b. gibi) ağırlık noktasına göre FSEK’te sayılan türlerden birisine dahil edilebilmelidir.

2.4.2.6. İŞLENMELER VE DERLEMELER

FSEK m.6, 21.02.2001 tarih ve 4630 sayılı kanunla yapılan değişiklik ile “işlenmeler ve derlemeler,, başlığını taşımaya başlamıştır.²⁰⁵

²⁰² Memiş, a.g.e., s.37.

²⁰³ Tekinalp, a.g.e., s.121.

²⁰⁴ Tekinalp, s.123.

²⁰⁵ Bu değişiklikten önce maddenin başlığı “işlenmeler,, şeklinde idi. Tekinalp’e göre,bu değişikliğin yapılmasında maddenin 11. bendine eklenen veri tabanları ile ilgili hükmün

Anılan maddede; “diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip te bu esere nispetle müstakil olmıyan ve aşağıda başlıcaları yazılı fikir ve sanat mahsulleri işlenmedir: „ denilerek işlenme eser olarak kabul edilen eser türlerine örnekler verilmiştir.İşlenme, bir eserin yeniden şekillendirilmesidir. Bu yüzden doktrinde “ikinci elden eserler” olarak da adlandırılmaktadır.Bir eserden esinlenme her zaman mümkündür ve doğal bir davranıştır, birçok eser, başka bir eserden ilham alınarak, esinlenerek yaratılmıştır. Esinlenme, ilham alma “serbest kullanım,, olarak ifade edilmektedir. İşlenme’de ise, esinlenmenin çok çok ötesinde “doğrudan bağlılık” sözkonusudur. İşlenme sonucu ortaya çıkarılan fikri ürün, yeni bir eserdir, ancak işlenilen eserden bağımsız olmayan, ona doğrudan bağlı bir eser söz konusudur. Asıl esere “bağlılık,, bu derece yoğun olarak olduğundan, bir eserin işlenmesi ancak eser sahibinin izin verdiği hallerde mümkündür. Bu husus FSEK m.21’de “İşleme Hakkı,, başlığı altında; “Bir eserden onu işlemek suretiyle faydalanma hakkı münhasıran eğer sahibine aittir,, denilmek suretiyle ifade edilmiştir.

Bir eserin işlenme sayılması için esasa ilişkin şart; yararlanılan asıl esere sadık kalınması ve işleyenin özelliklerinin bulunmasıdır, şekle ilişkin şart ise işlemenin asıl eserle aynı ana kategoride yer alması ve asıl eserle olan ilişkisinin belirtilmesidir.²⁰⁶

İşlenme eser sayılabilmek için “hususiyet,, şartının aranmasının gerekeceği şüphesizdir. Bu husus FSEK m.1/B(C) bendinde²⁰⁷ açıkça belirtilmiştir.Derleme, toplama eser olarak işlenmeden ayrılır ve eser olmasına rağmen hususiyet unsuru dikkate alınmaz. Çünkü FSEK m. 1/B’de işlenme eser ve derleme eser ayrı ayrı tanımlanmış ve derleme eserde diğer bir eserden yararlanma ve ona bağlı olma

derlemeleri ifade etmesi ile bazı işlenmelerin bu niteliği taşıması rol oynamıştır. Bu görüş için bkz. Tekinalp, a.g.e., s.124.

²⁰⁶ Erel; “FSEK m.6/3’de yer alan musiki, güzel sanatlar, ilmi ve edebiyat eserlerinin film haline sokulması veya filme alınmaya ve radyo ve televizyon ile yayına müsait bir şekle sokulması,, durumunun işleme eserde bulunması gereken “asıl esere sadakat ve onun özelliklerinin korunması” şartına istisna teşkil ettiği,bu durumda eser işleme yoluyla sinema eserine dönüştürülmüş ise, artık işleme eserden değil, bir musiki, güzel sanat, yahut ilim ve edebiyat eserinden ilham almış bağımsız bir eser saymak gerekeceği” görüşündedir, bu görüş için bkz, Erel, a.g.e., s.57.

²⁰⁷ FSEK m.1/B-c) İşlenme Eser: Diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip de bu esere nispetle müstakil olmayan ve işleyenin hususiyetini taşıyan fikir ve sanat mahsulleri,, ifade eder.

unsuruna yer vermemiş ve hususiyet yerine “bir düşünce yaratıcılığı sonucu olma” unsuru tanımlayıcı olmuştur. Derleme eser sayılmanın şartı bir düşünce ve yaratıcılığın sonucu olmak”tır.²⁰⁸ Bu unsurun gerekliliği FSEK m.1/B-d bendinde²⁰⁹ açıkça belirtilmiştir.

İşlenmelerin, eser sayılmalarının gerekeceği şüphesizdir. FSEK m.6/son fıkra’da; “istifade edilen eserin sahibinin haklarına zarar getirmemek şartıyla oluşturulan ve işleyenin hususiyetini taşıyan işlenmeler bu kanuna göre eser sayılır,, hükmü bulunmaktadır.²¹⁰ 4630 sayılı kanunla 6. maddenin son fıkrasına “istifade edilen eserin sahibinin haklarına zarar getirmemek şartıyla..., cümlesiyle getirilen unsur yaratma gerçeği ilkesine aykırı olduğu, çünkü yaratma gerçeği ilkesine göre eserin sahibinin, esere özelliğini yansıtan kişi olduğu savunulmaktadır.²¹¹ Sahibinin hususiyetini taşıyan her işlenme, “eser” himayesinden yararlandırılmalıdır, istifade edilen eser sahibinin haklarına zarar getirip getirmemesi bu konuda dikkate alınmamalıdır.

İşlenme eser sahibinin hakları, mutlak haklar kategorisinde olup herkese karşı ileri sürülebilir; bu hakların istifade edilen eser sahibine karşı ileri sürülmesi de mümkündür.²¹² FSEK m.8/2; “Bir işlenmenin ve derlemenin sahibi, asıl eser sahibinin hakları mahfuz kalmak şartıyla onu işleyendir,, hükmünü haizdir. FSEK m.6/1’de işlenme eser türlerinin başlıcaları sayılmıştır.

²⁰⁸ Tekinalp, a.g.e., s.124-126.

²⁰⁹ FSEK m.1/B-d hükmü şöyledir: “Derleme Eser: özgün eser üzerindeki haklar saklı kalmak kaydıyla ansiklopediler ve antolojiler gibi muhtevası seçme ve düzenlemelerden oluşan bir düşünce yaratıcılığı sonucu olan eseri,, ifade eder.

²¹⁰ Doktrinde, 6. maddenin son fıkrasına 4630 sayılı kanunla eklenen “istifade edilen eserin sahibinin haklarına zarar getirmemek” unsurunun bir “şart,, olarak getirildiğini, komisyon tarafından yapılan eklemenin yerinin anılan madde olmadığı gibi, bu unsurun “eser,, sayılmanın şartı olamayacağını, eğer işleyen eser sahibinin haklarına zarar vermişse bunun müeyyidesinin hukuki ve cezai sorumluluk olması gerektiği görüşü savunulmaktadır, bu konuda bkz. Tekinalp, a.g.e., s.127.

²¹¹ Erdil, Engin: Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler, İstanbul 2003, s.46.

²¹² Öztan, Fırat: Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi, Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara 2000, s.231.

2.4.2.6.1. Tercümelere

Tercüme yazılı bir eserin başka bir dile çevrilmesidir. İlim ve edebiyat eserlerini, üslup ve akıcılığını koruyarak, fikirlerini ise olduğu gibi aktararak başka bir dile çevirme suretiyle yapılan işlemler, tercümedir.

2.4.2.6.2. Roman, hikaye, şiir ve tiyatro piyesi gibi eserlerden birinin bu sayılan nevilere bir başkasına çevrilmesi

Burada sayılan yazılı eserlerden birinin başka bir türe çevrilmesi söz konusudur. FSEK, bu eserlerin türünün değiştirilmesinin işleme olarak kabul etmiştir. Burada yeni eser, türünün getirdiği teknik zorunluluklar dışında asıl esere sadık kalmalıdır. Bir eserin diğerine sadece ilham kaynağı teşkil etmesi, yani esinlenme dahilinde tür değiştirmekten söz edilemeyecektir.

2.4.2.6.3. Musiki, Güzel Sanatlar, İlim ve Edebiyat eserlerinin filme alınması

Kanunun 6/3 maddesinde musiki, güzel sanatlar, ilim ve edebiyat eserlerinin filme alınması yanında filme alınmaya ve radyo ve televizyon ile yayıma uygun bir şekilde dönüştürülmesi de bir işleme türü olarak kabul edilmiştir. Bu türe giren işlemlerle özgün eserlerin birbirinden ayrılması her zaman pek kolay değildir. İşleme için özgün esere bağlılık şarttır, böyle bir bağlılık yoksa eser özgündür.²¹³

2.4.2.6.4. Musiki aranjman ve tertipleri

Bir musiki eserinde tarzlara sadık kalmak suretiyle yapılan parafraz ve varyasyonlar, başka bir musiki formuna dönüştürme, çok sesli ya da tek sesli hale getirme, eserin belirli bir enstrüman grubu yahut orkestra tarafından çalınmak üzere düzenlenmesi, özellik taşıyan bağımsız bir fikir emek sonucu meydana getirilmişse işleme eser sayılacaktır.²¹⁴ Bir müzik eserinin başka bir müzik aleti ile çalınması işleme olarak kabul edilmemelidir.

²¹³ Tekinalp, a.g.e., s.128.

²¹⁴ Erel, a.g.e., s.59.

2.4.2.6.5. Güzel Sanat Eserlerinin Bir Şekilden Diğer Şekillere Sokulması

Burada, bir güzel sanat eserinin başka şekile dönüştürülmesi sözkonusudur. Örneğin heykelin resminin yapılması, bir mimari eserin minyatürünün yapılması hallerinde olduğu üzere, orijinal eserden doğrudan yararlanma hali mevcuttur.

2.4.2.6.6. Bir Eser Sahibinin Bütün veya aynı cinsten olan eserlerinin külliyat haline sokulması

FSEK m.6 / 1-6'da “bir eser sahibinin bütün veya aynı cinsten olan külliyat haline sokulması,, işleme eser olarak kabul edilmiştir. Böyle bir külliyat meydana getirilmesinde, özellik taşıyan bir yaratıcılıktan ziyade, sarf edilen emeğin korunması, külliyatın işleme sayılmasında etkili olmuştur.²¹⁵ Burada korunan külliyatların kendisidir, yeni biçimdir yoksa yapılan külliyat ile, külliyat yapan için bir hak doğmayacaktır.

2.4.2.6.7. Belli bir maksada göre ve hususi bir plan dahilinde seçme ve toplama eserler düzenlenmesi

FSEK m. 1/B'de “Derleme eser; özgün eser üzerindeki haklar saklı kalmak kaydıyla, ansiklopediler ve antolojiler gibi muhtevası seçme ve düzenlemelerden oluşan bir düşünce yaratıcılığı sonucu olan eser,, olarak tanımlanmıştır.

FSEK m.6/1-7. bentlerde söz edilen tür ise bunun belirli bir maksada göre ve hususi bir plan dahilinde yapılan seçme ve derleme eserdir. Antolojiler, yıllıklar, ansiklopediler bu türe örnek olarak gösterilebilir. Böyle seçme ve toplamalarda hususiyet taşıyan yaratma, eserin dış şeklinde bir değişme değil, fikir ürünlerinin belli bir açıdan, belli bir düzen altında birbirlerine bağlanmasıdır.²¹⁶ Bizce burada dikkat edilmesi gereken eserin toplama ve seçme şekli, bu konuda gösterilen fikri emeğin niteliğidir. Ancak nitelikli ve yoğun bir fikri emek sarf edilmişse seçme ve toplama, “işleme eser,, olarak kabul edilmelidir.

²¹⁵ Erel, a.g.e., s.60.

²¹⁶ Ayiter, a.g.e., s.65.

2.4.2.6.8. Henüz yayınlanmamış bir eserin ilmi araştırma ve çalışma sonucu yayınlanmaya elverişli hale getirilmesi²¹⁷

Eski bir metnin, yayıma hazır hale getirmek amacıyla eksikliklerin giderilmesi gibi faaliyette bulunulmuşsa, bu fikri emeğin korunması gerekir. Önemli olan yayınlanmamış bir eserin yayınlanmaya hazır hale getirilmesidir. Mesela bir hukuk bilgini bir makale üzerinde çalışmış, ancak eserini bitirmeden vefat etmiştir. Asistanı bu makaleyi bitirir, eksik olan dipnotlarını tamamlar ve yayınlanmaya müsait bir duruma getirirse bu işlenmedir.²¹⁸ Doktrinde “editio princeps” in işleme eser olarak kabul edilmesi hakkında yoğun eleştiriler vardır.²¹⁹

2.4.2.6.9. Başkasına ait bir eserin izah veya şerhi yahut kısaltılması

Bu işleme türünde, asıl esere sıkı sıkıya bir bağlılık söz konusudur. Asıl eser açıklanmakta, değişik amaçlarla kullanılması için kısaltılmakta veya şerhi yazılmaktadır. Burada asıl eser sahibinin görüşlerine sadık kalınmakta, daha kısa ve farklı ifadeler ile asıl eserdeki görüşler ifade edilmektedir.

2.4.2.6.10. Bir bilgisayar programının uyarlanması, düzenlenmesi veya herhangi bir değişim yapılması

FSEK m.6/1.F 10. bent hükmüne göre; “bir bilgisayar programının uyarlanması,²²⁰ düzenlenmesi²²¹ veya herhangi bir değişim yapılması,, işleme olarak kabul edilmektedir.²²²

²¹⁷ Bunun latince terimiyle “editio princeps”, olduğundan ve “ilk baskı”, anlamına geldiğinden söz edilmektedir. Bu konuda bkz. Erel, a.g.e., s.61.

²¹⁸ Tekinalp, a.g.e., s.129.

²¹⁹ Öztan, burada kanun koyucunun “eser sahipliği” ile “komşu hak sahipliği”ni birbirine karıştırdığından söz etmektedir, bkz. Öztan, a.g.e., s.240, Arslanlı ise, Kanun koyucu burada bir buluşun himayesini sağlamak istiyorsa bu hükmün yerinin işleme eserlerle ilgili madde olmamasıdır görüşündedir. bkz. Arslanlı, a.g.e., s.36. Ayiter’e göre de bu metni restore etmekte gösterilen çaba bilimsel bakımdan ne kadar büyük olursa olsun, eski metni yayınlayanın hususiyetini taşıyan bir yaratma değildir. Ancak metne; şerh, açıklama gibi ilavelerde bulunmuş olması halinde, bu gibi ilavelerde eser vasfı varsa, bunlar kendi başlarına himaye konusu olabilirler, bu görüş için bkz. Ayiter, a.g.e., s.66.

²²⁰ uyarlama (adaptation) şöyle tanımlanmaktadır:” bir sistem, teorik ve pratik yoldan edinilen bilgilerin ışığında yeniden değerlendirilip, buna göre değiştirilecekse, bu sisteme yeni durumuna uygun, bazı nitelikler kazandırmak gerekir. Bu basit özellikler bilgisayar programları, personel

Anılan husus programın, yani eserin, esasının muhafaza edilerek dönüştürülmesini ifade eder. bilgisayar programlarının işlenmesinde en sık görülen; bir program dilenden başka bir dile çevirme, hazırlık ve tasarım malzemesinin yüksek düzeyde bir programlama diline veya sadece makine tarafından okunabilecek bir koda dönüştürülmesi, mevcut programda ekleme veya yeni düzenlemeler yapılması durumlarıdır.

FSEK m.6/ son fıkra hükmüne göre, program geliştiricisinin yaptığı işleme faaliyetlerinde de kendisine ait bir özellik bulunması şarttır.²²³ Bir bilgisayar programının işlenmesinden söz edebilmek için sıradan olmayan, nitelikli değişiklikler aranacak ayrıca bu değişiklik bir hususiyet taşıyacaktır.

2.4.2.6.11. Veri Tabanları²²⁴

FSEK m.6/1.f.11.bent hükmüne göre; “belli bir maksada göre ve hususi bir plan dahilinde verilerin ve materyallerin seçilip derlenmesi sonucu ortaya çıkan ve bir araç ile okunabilir veya diğer biçimdeki veri tabanları,, işleme eser olarak kabul edilmiştir. Ancak, burada sağlanan korumanın, veri tabanı içindeki bulunan veri ve materyalin korunması için genişletilemeyeceği de aynı bentte hükme bağlanmıştır.

Doktrinde veri tabanları ile ilgili hükmün, aynı maddenin 7. bendinde belirtilen seçme ve toplama eserler tertibine paralel bir düzenleme olduğu savunulmaktadır.²²⁵ Gerçekten de verilerin belirli bir maksada göre ve hususi bir plan dahilinde seçilip derlenmesi, eğer sayısal ortamda yapılmış ise meydana getirilen seçme ve toplama eser, “veri tabanı,, olarak adlandırılacaktır. FSEK, veri

reorganizasyonu ve birim kapasiteleri için geçerlidir,, Aydın, Emin Doğan Bilişim ve Telekomünikasyon Terimler Sözlüğü, İstanbul 1999, s.16.

²²¹ Düzenlenme (arrangement), bağımsız program parçalarının ya da programların düzenlenerek yeni bir program meydana çıkarılmasıdır.

²²² Tekinalp, Avrupa Birliği yönergesinden alınan bu hükmün açık olmadığı, çünkü içerdiği kavramlardan hiç birinin tanımlanmadığı görüşündedir, bu görüş için bkz. Tekinalp, a.g.e., s.129.

²²³ Topaloğlu, a.g.e., s.3.

²²⁴ Veri tabanı (Data base); “Bir konu ya da örgüte ilişkin verilerden oluşan ve genellikle bir veri tabanı sistemi aracılığıyla bir bütün olarak yaşatılan veri kümeleri topluluğu,, olarak tanımlanmaktadır. Bu konuda bakınız Sankur, a.g.e., s.212. Daha geniş bilgi için bkz. Topaloğlu a.g.e., s.67, v.d.

²²⁵ Erel, a.g.e., s.62.

tabanlarını “derleme eser” olarak kabul etmiştir.Oysa 11 Mart 1996 tarih ve 96/9 sayılı Avrupa Topluluğu yönergesi veri tabanlarını “toplama bağımsız eser,, olarak kabul etmiştir.

Veritabanı, belirli bir esas çerçevesinde sıraya konulmuş bilgi ve veri yığıdır.²²⁶ Veritabanı içeriği ile veri tabanının kendisi birbirinden farklıdır. İçerik için ayrı bir koruma söz konusu olacağı muhakkaktır.²²⁷ Örneğin, içerik FSEK hükümlerine göre korunmakta ise ancak hak sahiplerinin izninden sonra bu veri, veri tabanı içine alınabilecektir, yine içerik başka bir şekilde örneğin Ticaret Kanunu hükümlerine göre korunmakta ise ancak ilgili hak sahibinin izniyle bu veri kullanılabilir. Eğer içerikte kullanılacak veri- örneğin ülkemizdeki tarihi eserlerin uygarlıklara göre, sınıflandırılması gibi- herkesin serbestçe yararlanabileceği bir veri ise, bu durumda hiçbir şekilde izin almak gerekmeyecektir. Belirtilen veriler bir araya getirilerek oluşturulan veri tabanı, FSEK hükümlerine göre belirtildiği üzere işleme eser olarak korunacaktır. Veri tabanlarının oluşturulmasının çok yoğun bir emeği ve yüksek maliyetleri gerektirdiği, bu nedenle bunlara bağımsız eser korumasının da tanınması düşünülebilir.²²⁸

Veri tabanı oluşturulmasının gerektirdiği emek ve maliyet ile günümüzde bilgiye hızlı ulaşım imkanlarına olan talep karşılaştırıldığında veri tabanlarının önemi daha kolay anlaşılabilir. Diğer yandan teknolojik imkanlar göz önünde tutulduğunda, veri tabanlarının korunmasının ne kadar güç olduğu ortadadır.²²⁹ Veri tabanlarına sağlanan korumanın farklı niteliği dolayısıyla, FSEK m.38’de hükme

²²⁶ Topaloğlu, a.g.e., s.67.

²²⁷ Veri tabanının içeriği de kısmen veya tamamen, önceden mevcut fikir ve sanat eserlerinden oluşur ve bu fikir ürünleri de, içinde yer aldıkları veri tabanından bağımsız olarak başlı başına telif hakkı korumasından yararlanırlar. Bu görüş için bkz. Akipek, Dardağan, a.g.e., s.55, v.d.

²²⁸ ABD’nde veri tabanları mahkemeler tarafından önceleri, “zahmetli iş,, ya da “alın teri,, doktrinine göre korunuyordu, bkz. Topaloğlu, a.g.e., s.144.

²²⁹ Veri tabanının derleme eser olarak telif hakkı korumasından yararlanması, milli hukuk düzenlerinde, genel bir eğilim şeklinde kendini göstermektedir. Ancak “içerik,, sözkonusu olduğunda, buna ilişkin özel düzenlemelerin azlığı ve durumun telif hukuku çerçevesinde ele alınmasının yarattığı tereddütler, konuyu tartışmaya açık hale getirmektedir, bu tereddütlerin en önemli sebebi, sanal ortamdaki erişim hızının ve kolaylığının, klasik telif hakkı kavramlarını ve koruma yöntemlerini zorlaması; hatta ilk bakışta bu yöntemlerin etkinliğini sorgular hale getirmesi olarak belirlenebilir. Bu görüş için bkz. Akipek-Dardağan, a.g.e., s.55 v.d.

bağlanmış olan şahsi kullanma istisnası da, veri tabanları için uygulanamayacaktır. Anılan maddenin 1.fikrasında, “bütün fikir ve sanat eserlerinin, kar amacı güdülmeksizin şahsen kullanıma mahsus çoğaltılması mümkündür. Ancak, bu çoğaltma hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar veremez ya da eserden normal yararlanmaya aykırı olamaz,, denilmektedir. Bu nedenle yasal olmayan yollarla elde edilmiş bir veri tabanı, şahsi kullanma amacı ile dahi kullanılmayacağı gibi, yasal olarak bir veri tabanını elinde bulunduran bir kişi bunu şahsi kullanım amacıyla örneğin bir arkadaşına çoğaltarak veremeyecektir. Veri tabanlarının korunması kavramına, veri bankalarına sahibinin izni olmadan girilememesi de dahildir, çünkü FSEK m.38’e göre, bilgisayar programlarında “şahsen kullanma,, hakkı ancak “bilgisayar programının yasal yollardan edinen kişiye tanınmış olup, onun hakları da sınırlı sayıdadır.²³⁰

FSEK’e 2004 yılında, 5101 sayılı kanunla yapılan değişiklikle eklenen Ek 8.madde ile veri tabanı yapımıcısı’na da özel bir koruma sağlanmıştır. Veri tabanı yapımıcısına, veri tabanını oluşturan eser sahibinden ayrı olarak özel bir koruma sağlanmasının temelinde veri tabanının oluşturulması için gerekli mali finansmanın büyüklüğü ve bir başka söyleyişle fikir ürününe yatırım yapan kişinin de ayrıca korunması düşüncesinin olması gerekir. FSEK ek madde 8 ile veri tabanı yapımıcısına – işleme eser kabul edildiği halde – diğer işleme eserlerden daha farklı ve sıkı bir koruma sağlanmıştır. Veri tabanlarına eser olarak getirilen koruma verileri kapsamamakta iken, veri tabanı yatırımcına tanınan kendine özgü hak, verileri de hukuki korumaya dahil etmektedir.²³¹ Nitekim FSEK Ek Madde 8 / fıkra 1.’de; “Bir veri tabanının içeriğinin oluşturulmasına, doğrulanmasına veya sunumuna nitelik ve nicelik açısından esaslı bir nisbet dahilinde yatırım yapan veri tabanı yapımıcısı; ayrıca, veri tabanının içeriğinin önemli bir kısmının ve tamamı üzerinde bazı²³² haklara sahiptir,, denilmek suretiyle ihlal hallerinde sahip olduğu

²³⁰ Tekinalp, a.g.e., s.131.

²³¹ Topaloğlu, a.g.e., s.74.

²³² Ek Madde 8. / 1. fıkra hükmünde “veri tabanı yapımıcısının, ayrıca, veri tabanının içeriğinin önemli bir kısmının veya tamamının;
a) Herhangi bir araç ile herhangi bir şekilde sürekli veya geçici olarak başka bir ortama aktarılması.

haklar belirtilmiştir. Bizce bu maddeyle veri tabanı yapımıcısına sağlanan koruma FSEK 6./m.1, fıkra 11. bent hükmüyle çelişmektedir. Anılan hükümde “veri tabanına sağlanan korumanın, veri tabanı içinde bulunan veri ve materyalin korunması için genişletilemeyeceği, açık bir şekilde hükme bağlanmış olması karşısında Ek 8. madde hükmü ile açık şekilde çelişki oluşturmaktadır.”²³³

FSEK Ek m. 8 fıkra 3’de, veri tabanı yapımıcısına sağlanan korumanın aleniyet tarihinden itibaren onbeş yıl olduğu hükme bağlanmıştır. Veri tabanı yatırımcısına tanınan kendine özgü hak, yaratıcılık unsuru aranmaksızın, emek ve yatırımcının korunmasını amaçladığı için eserlerden daha kısa bir koruma süresine tabi tutulmuştur.²³⁴ Yine Ek madde 8/fıkra 4’de; “veri tabanının içeriğinde esaslı bir değişiklik meydana getiren ve yeni bir yatırım gerektiren, nitelik ve nicelik açısından yapılan her türlü ekleme, çıkarma veya değişiklik sonucu bu yeni yatırımdan doğan veri tabanı kendi koruma koşullarına hak kazanır,, hükmü bulunmaktadır. Burada da veri tabanına yeni bir mali yatırım yapılması halinde, yeni bir korumanın başlayacağı anlaşılmaktadır ki, hak sahibi olduğu veri tabanına esaslı bir yatırım yapan veri tabanı yatırımcısının yeni yatırımının da korunması belirttiğimiz ilke ve düşüncelere tamamıyla uygundur.

Veri tabanları konusundaki 96/6 sayılı AT direktifinin temel amacı, Avrupa Topluluğu bünyesinde oluşan bilgi pazarının gelişimi için hayati önemi haiz veri tabanlarının korunmasını sağlamak ve veri tabanı yaratıcı ve işleticilerinin eşit şartlarla rekabet yapabileceği, tüm üye ülkeler çapında uyumlaştırılmış bir hukuki rejim yaratmaktır. Bu amaçla direktifte tamamen yeni ve kendine özgü bir koruma yöntemi geliştirilmiştir. Direktif ile getirilen önemli yeniliklerden birincisi, yeterince orijinallik taşımayan veri tabanlarının oluşturulması için yapılan ekonomik

b) Herhangi bir yolla dağıtılması, satılması, kiralanması veya topluma iletilmesi işlemlerinin gerektirdiği istisnalar dışında izin vermek veya yasaklamak hakkına sahip olduğu,, belirtilmiştir.²³³ Kaldı ki veri tabanı yapımıcısına eser sahibinden daha kapsamlı bir koruma imkanı tanınmanın FSEK’in ruhuna ne ölçüde uygun düştüğü de tartışılması gereken bir husustur. Diğer bir yönden baktığımızda ise, veri tabanının içeriğini oluşturan verilerin zaten ya bağımsız fikri ürünler oldukları ya da fikri nitelikte olmayan bilgilerden oluşup, fikri hak konusu oluşturmamaları gerçeği karşısında veri tabanı yapımıcısına içerik üzerinde hak tanımak” durumunun izahının da bazı imkansızlıklar doğurabileceği düşünülmelidir.

²³⁴ Topaloğlu, a.g.e., s.74.

harcamaların korunması amacıyla oluşturulan sui generis bir fikri mülkiyet biçimi getirmesidir.²³⁵

2.4.3. FSEK'NDA DÜZENLENEN ESER BENZERİ KONULAR

FSEK'nun altıncı bölümü; “çeşitli hükümler,, başlığı taşımakta olup, bu başlık altında fikir ve sanat eserleriyle benzerlik gösteren, ancak “eser,, kabul edilmeyen bazı haklara yer verilmiştir. Bu haklardan “ad ve alametler,, (FSEK m.83) ile “işaret, resim ve sesler,, (FSEK m.84), Türk Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanununun haksız rekabet hükümlerine göre korunacaktır. Yine “mektuplar,, (m.85) MK'nun kişilik hakları hükümleri ve Borçlar Kanunu'nun haksız fiil ve Türk Ceza Kanununun özel hayat ve hayatın gizli alanına karşı suçlar faslında düzenlenen (TCK m.132-140) hükümler ile korunacaktır.

“FSEK m. 86'da düzenlenen “resim ve portreler,, ise yine BK'nun haksız fiil hükümleri, Medeni Kanunun kişilik hakları hükümleri ve Türk Ceza Kanunu'nun özel hayatın gizliliğini ihlal hükümleri ile korunacaktır.

2.4.3.1. Ad ve Alametler

FSEK m.83, “ad ve alametler,, başlığını taşımaktadır. Bu hükme göre bir eserin ad ve alametleri ile çoğaltılmış nüshaların şekilleri, “iltibasa meydan verebilecek surette,, diğer bir eserde veya çoğaltılmış nüshalarında kullanılmayacaktır. Burada korumaya konu oluşturabilecek “ad ve alamet,, ancak ayırt edici, özel bir ad ve alamet olmalıdır. Yoksa herkes tarafından kullanılan genel bir eser adı örneğin “yaz yağmuru,, gibi FSEK 83. m. korumasından yararlanmayacaktır, ancak “kadının adı yok,,²³⁶ gibi bir eser adı korumadan yararlanmalıdır.

“Alamet,, ibaresinden neyin kastedildiğini anlayabilmek oldukça güçtür, çünkü bir eserin adından başka alametinin ne olabileceği hususu açık değildir.

²³⁵ Özcan, Mehmet, Avrupa Birliğinde fikri ve Sınai Haklar, Ankara 1999, s.158. aynı görüş için bkz. Topaloğlu, a.g.e., s.69.

²³⁶ Yazar Duygu Asena'ya ait bir eser.

“Alamet,, ile eseri simgeleyen bir resmin (mesela, polis romanında yazarın bütün romanlarının karakteri olan komiserin veya köpeğin resmi gibi) kastedildiği belirtilmektedir.²³⁷

Eserin ad ve alametine tecavüz edilmesi halinde, tecavüz eden tacir olmasa bile, Türk Ticaret Kanununun Haksız Rekabete ilişkin hükümlerinin uygulanacağı, FSEK 83. maddenin son fıkrasında hükme bağlanmıştır.

2.4.3.2. İşaret, Resim ve Sesler

Bir işaret, resim veya ses eğer eser niteliğinde değilse, FSEK 84 m. hükmüne göre korunabilecektir. Örneğin; vefat eden ünlü bir kişinin gençlik fotoğrafları, eski bir devlet adamı ile yapılmış bir sohbet kayıtları gibi eser benzerleri, bu kapsamda korunacaktır. Burada da , ihlali gerçekleştiren tacir olmasa bile Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin hükümlerinin uygulanacağı FSEK m.84 / 2.fıkarda hükme bağlanmıştır. Yine maddenin son fıkrasında, eser mahiyetinde olmayan her nevi fotoğraflar, benzeri usullerle tesbit edilen resimler ve sinema mahsulleri hakkında da aynı korumanın sağlanacağı hükme bağlanmıştır. Buradaki eylem nitelik itibarıyla ticari olduğundan buradaki korumanın temelinde haksız rekabeti önleme amacı yatmaktadır.²³⁸

2.4.3.3. Mektuplar ve Günlük – Hatıra Yazıları

FSEK m.85'de eser mahiyetinde olmasalar bile mektup, hatıra ve buna benzer yazıların, yazarların veya hak sahiplerinin muvafakatı olmadan yayınlanamayacağı hususu hükme bağlanmıştır.

Mektup, hatıra ve benzeri yazıları, izin almadan veya on yıl geçmeden FSEK 85 m. hükmüne aykırı olarak yayınlayanlar BK'nun haksız rekabet (BK 49) ve Türk Ceza Kanunu'nun özel hayatın gizliliğini ihlal hükümleri (TCK 132-140.m) gereğince sorumlu olacaktır.

²³⁷ Tekinalp, a.g.e., s.271.

²³⁸ Arslanlı, a.g.e., s.55, Tekinalp, a.g.e., s.271.

2.4.3.4. Resim ve Portreler

FSEK m.86'da; "Eser mahiyetinde olmasalar bile, resim ve portreler tasvir edilenin, tasvir edilen ölmüşse hak sahiplerinin muvafakatı olmadan tasvir edilenin ölümünden on yıl geçmedikçe, teşhir veya diğer suretlerle umuma arz edilemeyeceği,, düzenlenmiştir. Burada korunan resim veya portrenin ya da fotoğrafların "eser,, niteliği değil, tasvir olunan kişinin "kişilik hakkı"dır.²³⁹ Eğer resim veya fotoğrafın ayrıca eser niteliği de varsa tasvir olunan kişi dışında, fikir ürününü meydana getiren eser sahibinin de muvafakatına ihtiyaç olduğu muhakkaktır.

Maddenin ikinci fıkrasında muvafakat şartına istisnalar getirilmiş olup:

- 1) Memleketin siyasi ve içtimai hayatında rol oynayan kimselerin resimleri
- 2) Tasvir edilen kimselerin iştirak ettiği geçit resmi veya resmi tören yahut genel toplantıları gösteren resimler
- 3) Günlük hadiselere müteallik resimlerle radyo ve film haberleri için muvafakat şartı bulunmadığı hususu hükme bağlanmıştır.

Resim, fotoğraf ve portre kavramları geniş yorumlanmalıdır. Örneğin karikatür, fotoğraf da madde kapsamında düşünülmelidir. Ancak bir şahsın resmine yer verilmeksizin sadece hayat hikayesinin anlatılması halinde, eğer kişi topluma mal olmamış bir kişi ise FSEK 86. m. hükmü uygulanamayacak, ancak MK 23. vd. hükümleri uygulanabilecektir.²⁴⁰

FSEK 87. madde'de ise yukarıda belirtilen genel kuralın istisnası yer almaktadır. FSEK 87.m. hükmü, "Aksi kararlaştırılmamış ise, bir kimsenin sipariş üzerine yapılan resim veya portresinden, sipariş veren veya tasvir edilen veyahut bunların mirasçıları fotoğraf aldırabilirler. Bu hüküm baskı usulü ile yapılan portre ve resimler hakkında cari değildir,, düzenlemesini içermektedir. Ancak bu serbesti

²³⁹ Tekinalp, a.g.e., s.272.

²⁴⁰ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Doğan, Murat, İnternette Şahsiyet Hakkının İhlali ve Korunması, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul 2003, Cilt.2 s. 463, v.d.

sipariş sahibine veya onun mirasçalarına eseri diledikleri gibi çoğaltma imkanının tanınması anlamına gelmemektedir. Burada resim ve portre sahibine yada mirasçalarına şahsi kullanım amacıyla tanınmış bir hak söz konusudur.

2.4.4. BAZI ÖZEL FİKRİ ÜRÜNLER

2.4.4.1. İnternet Alan Adları

Sanal ortamdan yararlanmak isteyen kullanıcı bilgisayarının browserinin²⁴¹ adres kısmına, internete bağlı bilgisayarların sayısal bir diziden oluşan adresini yazmak zorundadır. Bu adres, normalde bir sayı dizisinden oluşmakta iken öğrenme ve kullanım kolaylığı taşıma açısından bu adres sembol veya harflerle ifade edilmektedir; www.bilgi.edu.tr; örneğinde olduğu gibi.

Bu şekilde harf veya sembollerden oluşan adreslere, “domain name”²⁴² “alan adı” denilmektedir. Bir kişi veya kuruluş, internet üzerinden alan adı kaydı yaptırmak istiyorsa önünde iki seçenek bulunmaktadır. Bunlardan ilki, kendi ülkesinin alan adı uzantısı örneğin “tr,, , “uk,, , “de,, gibi bir alan adı almak ya da ABD’nde yetkili kuruluşlar olan inter NIC veya NIS’den alan adı almak şeklindedir.²⁴³

Günümüzde internetin bilgiye ulaşma aracı olarak yaygınlığının artışı göz önünde bulundurulduğunda alan adı olarak kullanılacak kelimenin önemi anlaşılmaktadır.

Ünlü bir eserin adının, veya eser sahibinin adının, ya da bir eserin slogan haline gelmiş bir kelimesinin adının, internet alan adı olarak haksız bir şekilde kullanılmasının, eser sahibinin haklarına tecavüz oluşturabilmesi mümkündür. Bu durumda, alan adı olarak bir eserin ismi veya alametlerinin kullanılması halinde

²⁴¹ Browser (örün tarayıcısı) internet üzerinde bilgi kaynaklarını aramaya yarayan ve bağlantılı metin ve ortamların olanaklarını kullanan istemci yazılımı bu konuda geniş bilgi için bkz. Sankur, a.g.e., s.97.

²⁴² Bilgisayar ağlarında IP adresleri ile tam alan adları arasındaki ilişkiyi belirten veri tabanları sistemine de Domain Names System (Alan Adları Sistemi) denilmektedir. Bkz. Sankur, a.g.e., s.258.

²⁴³ Topaloğlu, a.g.e., s.155.

FSEK m.83'de düzenlenen haksız rekabet hükümlerinin uygulanması gündeme gelecektir.

FSEK m.83/1. fıkra hükmünde; “Bir eserin ad ve alametleri ile çoğaltılmış nüshaların şekilleri, iltibasa meydan verebilecek surette diğer bir eserde veya çoğaltılmış nüshalarında kullanılamaz,, kuralı bulunmaktadır. Bu kurala göre bir eserin ad ve alameti, çoğaltılmış nüshaların şekilleri internet alan adı olarak kullanıldığı takdirde eğer bu kullanımı iltibasa, karışıklığa neden oluyorsa Haksız Rekabet hükümleri çerçevesinde Türk Ticaret Kanunu hükümleri uyarınca (TTK m.56) fikri hak sahibine koruma sağlanacaktır.

Eser sahibinin hakkını alan adı olarak kullanılan kişi Türkiye’de değilse örneğin İngiltere’de ikamet eden bir kimse aleyhine Amerika’da bulunan tescil makamına karşı Türkiye’de dava açıp, daha sonra alınan ilamın Türkiye’de infazının sağlanmasının çok zor olduğu aşikardır.²⁴⁴ Bir de değişik ülkelerden aynı ismin alan adı olarak tescil ettirilebilmesinin mümkün olması karşısında gerçek hak sahibinin klasik hukuk metodlarıyla mücadele etmesi halinde, dünyanın her bir yerindeki kullanımlar için ayrı davalar açmak ve takip etmek, yargılama ve infaz sürecinin gerçekleşmesini beklemek zorunda kaldığı düşünüldüğünde tecavüzlerin önlenmesinin güçlüğünü izaha gerek bulunmamaktadır. Bu nedenle yüksek internet idare organı olan ICANN, alan adı ihtilafları ve tecavüzleri konusunda kurallar koymuş ve bu kurallar 01 Aralık 1999 tarihinden beri uygulanmaktadır.²⁴⁵

2.4.4.2. Reklam

Bütünleşik pazarlama iletişimi anlayışının önem kazandığı günümüz pazarlama perspektifinde, şirketlerin hedef kitleleri ile buluşmaları ve iletişim içine girmesi açısından önemli bir role sahip bir tutundurma karması olarak karşımıza çıkan reklamın önemi her geçen gün artmaktadır.²⁴⁶ 3984 sayılı Radyo ve Televizyon Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun’un 3. maddesinde; “Reklam; bir

²⁴⁴ Bozbel, a.g.e., s.221.

²⁴⁵ I CANN – Tahkim Usulü olarak bilinen bu sistem hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.icann.org>.

²⁴⁶ Elden Müge, Ulukök Özkan, Yeygel Sinem, Şimdi Reklamlar, İstanbul 2005, s.13.

ürün veya hizmetin satılması, satın alınmasını veya kiralanmasını sağlamaya; bir davaya veya fikri yaymaya veya reklamcının istediği başka etkileri oluşturmaya matuf, ücret karşılığı veya benzeri bir mülahazayla reklamcıya iletim zamanında tahsis edilen konuya yönelik duyuru,, olarak tanımlanmıştır.

Reklamın, fikri hukuk bakımından “eser,, olup olmadığı, eser sayılacak ise sahibinin kim olacağı hususları doktrinde tartışılmaktadır. Reklamlar, FSEK m.1’de öngörülen unsurları içeriyorsa, eser olarak kabul edilebilir. Sunumuna veya yapımına göre farklılık gösterebilir²⁴⁷ ve bu farklı tür reklamlarda FSEK de belirtilen farklı eser türlerinden birisinin veya birkaçının unsurlarını taşıyabilir. Örneğin, bir TV reklamında hem musiki eseri hem edebiyat eseri hem de karikatür eseri unsurları bir arada bulunabilir. Bu durumda “eseri meydana getiren onun sahibidir,, ilkesi gereğince, eserin sahibi veya sahipleri belirlenecektir.²⁴⁸ Her ne kadar özellikle reklam sloganları ile ilgili olarak, eser olup olmadıkları noktasında tartışma olmakla birlikte; öğretide ve mehzaz yargı kararlarında reklamın ifade biçimine göre, ilmi ve edebiyat eseri, musiki eseri, sinema eseri veya güzel sanat eseri sayılabileceği kabul edilmektedir.²⁴⁹ Bir görüşe göre reklam yaratımları ilim ve edebiyat türüne dahil iletişimsel eserlerdir. Telif hukuku, sadece sanat ve edebiyatın “saf,, sanat imzalı elit eserlerini değil, ekonomi hukukunun bir bölümünü oluşturan işin gerektirdiği amaç için meydana getirilmiş olanları da korur.²⁵⁰

Reklamda, muhtelif kategoriye dahil eserler birbirine bağlanmakta, bir fikir etrafında bir araya getirilmekte olup, yaratıcı içerik ve ifade burada, söz konusu unsurların bir araya getirilmesinde kendini göstermektedir. Reklam çoğu kez bir

²⁴⁷ Reklamlar, genel olarak tüketiciye ulaşma vasıtasına göre sınıflandırılmaktadır; Radyo, TV, Gazete ve Dergi, Doğrudan Postalama, Açık Hava ve transit, İnternet, Sinema gibi bu konuda ayrıntılı ilgi için bkz. Elden, Ulukök, Yeygel, a.g.e., s.351, v.d.

²⁴⁸ Tekinalp, a.g.e., s.105.

²⁴⁹ Reklam,Marka Hukuku’nun da yoğun olarak ilgilendiği alanlardan birisidir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Kaya, Aslan, Reklamın Fikri Mülkiyet Hukuku İçindeki Yeri, Prof.Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, Cilt I, İstanbul 2002, s.458-478.

²⁵⁰ Schricker, Gerhard, der Urheberrechtsschutz von Werbeschöpfungen, Werbeideen, Werbekonzeptionen und Werbekampagnen, GRUR 1996, 815 v.d., Tekinalp, s.105’den naklen, burada reklama sağlanan korumanın hem reklam konseptinin izinsiz alınması ve taklidine, hem de özellikle, ide ve kampanyaların biçim ve öz öğelerinin yetkisiz kullanılmalarına yöneldiği savunulmaktadır.

ajans tarafından (gerçek kişi ve/veya tüzel kişi) gerçekleştirilmektedir. Reklamın fikrinin, idesinin ortaya konulduğu, reklam oluşturacak unsurların bir araya getirildiği, deyim yerindeyse reklamın mutfağı olarak nitelendirilebilecek teşebbüs, reklam ajansıdır. Reklam ajansı tarafından hazırlanan reklamlarda, FSEK anlamında reklamı meydana getiren, onun sahibi olmakla beraber FSEK m18/2. fıkra hükmü uyarınca, reklam şirketi mali haklarına sahip olabilir.²⁵¹ Reklam ajansları, meydana getirdikleri reklam üzerinde, FSEK m.10/4. fıkra hükmü gereğince eser üzerindeki mali hakları, eser sahiplerini bir araya getiren gerçek veya tüzel kişi olarak kullanabileceklerdir, vevki sözleşmede yada yasada aksi öngörülmuş olsun. Doktrinde, reklam ürünlerinin sinema eserlerinde olduğu gibi çok unsurlu nitelik arzettiği ve bunlara benzer şekilde kanun koyucu tarafından “müstakil bir eser türü olarak, koruma sağlanmasının gerekliliği de savunulmaktadır.²⁵²

2.4.4.3. Web Sayfaları

Web sitesi, ağ üzerinde bulunan belirli bir konuda hazırlanmış belgelerden (web sayfalarından) oluşan bir bütündür.²⁵³ Bir web sitesi veya sayfası, bir eseri de içerebilir. Ancak bu durum haricinde, bizatihi bir web sayfasının kendisi FSEK anlamında “eser,, olarak kabul edilebilir mi?

Bilindiği üzere FSEK’te eser türleri dört ana grup altında sayılmıştır. Bu eser grupları dışında yeni bir eser grubu oluşturulması imkansızdır. Bu nedenle web sayfası ve web sitesini de ancak FSEK’te sayılan bu gruplardan birisi içinde mütalaa edebileceğimiz sürece, ona “eser,, niteliği tanınması ve eser koruması sağlaması mümkün olacaktır. Web sitesine FSEK anlamında koruma sağlanabilmesi için, düşüncenin internet ortamında şekillenmiş olması yeterlidir.²⁵⁴

Web sayfaları, bünyesinde yazı, resim, grafik, v.b. gibi birçok unsuru taşıyabilir. Tüm bu unsurlar, eser sahibinin hususiyetini taşımaları şartıyla, doğrudan

²⁵¹ Tekinalp, a.g.e., s.105.

²⁵² Bu görüş için bkz. Kaya, a.g.e., s.475.

²⁵³ Web sitesi ve web sayfası konusundaki ayrıntılı açıklama için bkz.1.4.2.1.

²⁵⁴ Güran ve diğerleri.

FSEK kapsamında korunabilirler.²⁵⁵ Web siteleri multimedia (çoklu medya) ürünleri olarak adlandırılmaktadır. Bu adlandırmadan hareketle web sitesinin (sayfasının) esaslı olarak hangi eser türünü bünyesinde barındırdığı (ses, yazı v.b.) tesbit edilerek, buna göre FSEK kapsamında korunması sağlanmalıdır.

Bir web sitesi (veya sayfası) barındırdığı eser türüne veya türlerine göre, içeriğin FSEK’de sayılan dört eser grubundan birisine dahil edilebileceği gibi unsurları varsa işlenme eser de sayılabilir.²⁵⁶

2.4.5. ESER SAHİBİ

FSEK m.8/1. fıkra hükmüne göre; “bir eserin sahibi onu meydana getirendir,, Her türlü fikir ürünü değil, sadece sahibinin hususiyetini taşıyanlar, FSEK’e göre eser sayılabileceklerinden, eser sahibinin de hususiyetini, yaratıcı gücünü yarattığı fikir ürününe katan kişi olduğu şüphesizdir. Bir eser vücuda getiren şahıs, sadece bu yaratma olgusu ile, “eser sahipliği,, denilen hukuki statüyü kazanır.²⁵⁷

FSEK, “yaratma gerçeği ilkesi” ni kabul etmiş olup, bu ilke uyarınca eser sahibi olabilmek, ancak gerçek şahıslar için mümkün olabilecektir.²⁵⁸ Tüzel kişiler yönünden ise; FSEK m.8/1. hükmü ve m.1/B-b hükmü²⁵⁹ nedeniyle yapılan değişikliklerle, yaratıcı dışındaki şahısların doğrudan eser sahibi sayılmaları mümkün olmayıp, bu şahısların sadece mali hakları iktisap edebilmeleri mümkündür. Bazı hallerde örneğin bir kitabevinde ücretli çalışan tercümanın orijinal eseri tercüme ederek yayına hazır hale getirmesinde olduğu gibi, eser sahibi bahse konu yayınevının çalışanı olan tercüman olacak, fakat eser sahipliğine bağlı olan mali

²⁵⁵ Eroğlu, a.g.e., s.71.

²⁵⁶ Doktrinde, multimedia eserlerinin yeni bir eser türü oluşturup oluşturmadığı konusu tüm dünyada tartışılmaktadır, bu konuda bkz.2. 4.2.5.

²⁵⁷ Erel, a.g.e., s.69.

²⁵⁸ Ayiter, a.g.e., s.85, Erel, a.g.e., s.69, Tekinalp, a.g.e., s.133.

²⁵⁹ FSEK’te 5101 sayılı Kanun’la 8. madde de yapılan değişiklikten önce sanatçıları çalıştıranlara, yapımcılara ve dolayısıyla tüzel kişilere yayınladıkları eserler üzerinde “eser sahipliği,, tanınmış idi. FSEK m.27/4. fıkra “ilk eser sahibi tüzel kişi ise, koruma süresi aleniyet tarihinden itibaren 70 yıldır,, hükmünü taşıması nedeniyle sanki tüzel kişilerin de eser sahibi,, olabilecekleri zannını uyandırmakta ise de m.1/B-b’deki “Eser sahibi,, hükmünün tanımını verdiği gerçeğinden hareket edilmelidir. Bu görüş için bkz. Tekinalp, a.g.e., s.133.

haklar, eserin yaratılmasıyla birlikte yaratan kişiye değil, iş akdi gereği yayınevine ait olacaktır. Yani, asıl eser sahibinin mali hak sahibi olmayabileceği durumlar da söz konusudur.²⁶⁰

2.4.5.1. Eser Sahipleri

2.4.5.1.1. Bir Şahsın Eser Sahipliği

Eğer bir eser bir kişinin yaratıcılığı, fikri emeği ile meydana getirilmişse, o kişi eser sahibidir. Kanunun bu hükmü olmasa dahi, hukukun genel ilkelerinden yola çıkarak, eseri yaratan kişinin eser sahibi olduğu sonucuna ulaşabiliriz.²⁶¹

FSEK'in "yaratma gerçeği ilkesi"ni benimsemiş olmasının doğal sonucu olarak, eser sahipliği "yaratma,, ile kendiliğinden kazanılır, hakkın doğumu için eserin dış dünyaya çıkmış olması gerekli ve yeterlidir. Eser sahipliği hakkının korunması için tescil v.b. gibi hiçbir usuli şekli işleme, kural olarak gerek yoktur.

Eserin yaratılması ile hak kendiliğinden doğar. Hakkın kazanılması için marka veya patent haklarında olduğu gibi bir merci nezdinde tescil edilmesine, ya da uygulamada sıkça rastlandığı şekilde noter marifetiyle tesbit yaptırmaya²⁶² gerek duyulmayacaktır.

2.4.5.1.2. Birden Çok Şahsın Eser Sahipliği

Birden fazla şahsın bir eserin sahibi olmaları mümkündür. Ya birden çok kişi bir eseri fikri çabaları ile birlikte yaratacaklardır. Örneğin mimarlardan oluşan bir grubun kompleks bir uydu kent projesi yaratmalarında olduğu gibi. Yada birden fazla kişiye ait birden çok bağımsız eserin bir araya getirilerek, yeni bir eser oluşturulması örneğinde olduğu gibi. Birinci halde daha sıkı bir ortaklık, ikinci halde ise bazı durumlarda eser sahiplerinin bazı işlemlerin yapılmasına katılmasını

²⁶⁰ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Yusufoglu, Fülürya: Eseri Meydana Getirenlerin Mali Hak Sahibi Sayılmadıkları Haklar, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt I, İstanbul 2003, Cilt II, s.397 v.d.

²⁶¹ Tekinalp, a.g.e., s.133, Erel, a.g.e., s.71.

²⁶² Uygulamada sıkça başvuru olan bu yöntemin eserin içeriğini ve yaratılma zamanını tesbit bakımından ancak İspat Hukuku anlamında bir yarar taşıyabileceği düşünülmektedir.

gerektiren daha gevşek bir bağ düzenlenmiştir ki ilk durumda “ortak,, ikinci durumda ise “birbirine bağlı,, eser’den söz edilir.²⁶³ Birden çok şahsın aynı eserin sahibi oldukları bu hal “toplular mülkiyet,, rejimine benzetilmekte ve ayrılmaz bir bütün teşkil eden eserin sahipliği, iştirak halinde mülkiyet ile kıyaslanarak “iştirak halinde eser sahipliği,, olarak, kısımlara ayrılması mümkün bir eserin sahipliği ise, müşterek mülkiyete kıyasla “müşterek eser sahipliği,, şeklinde nitelendirilmektedir.²⁶⁴

2.4.5.1.2.1. Müşterek Eser Sahipliği

FSEK m.9/1. hükmünde; “Birden fazla kimselerin birlikte vücuda getirdikleri eserin kısımlara ayrılması mümkünse, bunlardan her biri vücuda getirdiği kısmın sahibi sayılır” demek suretiyle müşterek eser sahipliğinden söz edilmektedir.

Müşterek eser sahipliğini doğuran eser sahiplerinin eserlerini birbirine bağlamak hususunda ki ortak iradeleridir.²⁶⁵ Burada, eser sahipleri birbirlerinden bağımsız olarak yarattıkları kendi eserlerini biraraya getirerek müşterek –yeni bir eser– oluşturmaktadırlar.²⁶⁶ Örneğin, Osmanlı İmparatorluğunun kuruluş ve yükselme devirleriyle, gerileme ve çöküş devirlerinin farklı tarihçiler tarafından kaleme alınıp, hepsinin “Osmanlı tarihi,, adı altında, tek bir eser halinde yayımlanması gibi.²⁶⁷

Müşterek eser sahipliğine konu olan eserlerden her birinin kendi başına “eser,, niteliği taşımaları ve hak konusu olabilmeleri gereklidir. Doktrinde FSEK m.9’da belirtilen hal ”müşterek eser sahipliği, ortak-bağlı eser sahipliği” gibi çeşitli isimlerle anılmaktadır.²⁶⁸

²⁶³ Ayiter, a.g.e., s.93.

²⁶⁴ Bu konuda bkz. Arslanlı, a.g.e., s.67 v.d., Öztrak s.43 v.d., Erel, s.71 v.d.

²⁶⁵ Ayiter, a.g.e., s.93, Erel, a.g.e., s.75.

²⁶⁶ Erel, a.g.e., s.76

²⁶⁷ Ayiter, s.93, Tekinalp, s.139

²⁶⁸ Ayiter, s.93, Tekinalp, s.139

Müşterek eser sahiplerinden her biri kendi oluşturduğu kısmın sahibi sayılacaktır.Ancak eserin tamamı bakımından hakların kullanılması durumu söz konusu olduğunda,FSEK m.9/2.f.hükmüne göre diğer bölüm sahiplerinin iştirakini isteyecektir.Diğer taraf haklı bir sebep olmaksızın iştirak etmezse,mahkemece bu hakkın kullanılmasına izin verilebilir.Belirtilen esaslar, hem manevi hakların kullanılması hem de mali hakların kullanılmasında uygulanır.

2.4.5.1.2.2. İştirak Halinde Eser Sahipliği²⁶⁹

FSEK m.10/1. fıkra hükmünde; “Birden fazla kimsenin iştirakiyle vücuda getirilen eser ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa, eserin sahibi, onu vücuda getirenlerin birliğidir,, denilerek iştirak halinde sahip olunan eserlerden söz edilmektedir.

Bu eserin başlıca ayırıcı unsuru eseri meydana getiren kısımların, parçaların tek başlarına eser niteliğinde olmamalarıdır. Bu anlamda FSEK m.9/1’de söz edilen müşterek haldeki eser sahipliğinden ayrılır. FSEK m.10/1 fıkarda “...eser ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa...” şeklinde ifade edilen unsurla buna işaret edilmektedir. Bu kısımlar, bölümler fiziken ayrılabilirler bile fikri hukuk anlamında “eser,, niteliği taşımayacaklardır.²⁷⁰ Böyle bir eserin yaratılmasına yapılan katkılar tek başlarına değerlendirilmez, bağımsız bir hak konusu olarak semerelendirilemez, eserin bütününden ayrı olarak tek başlarına fikri hak korumasından yararlanamazlar.²⁷¹ Örneğin bir cumhurbaşkanının portresinin bir ressam tarafından, aynı resmin fonunun ise başka bir ressam tarafından çizilerek eserin yaratılmasında olduğu gibi bölümler tek başına eser olarak nitelendirilmeyecek ve fikri hak korumasından yararlanamayacaklardır.

²⁶⁹ Ayiter,bu şekilde yaratılan eseri “ortak eser,, olarak tanımlamaktadır. FSEK m.9’da belirtilen Müşterek Eser Sahipliğinden ise, bağlı eser olarak söz etmekte olup bu konuda doktrinde farklı isimlendirmeler mevcuttur. Bkz. Ayiter, s.93, Arslanlı s.68 v.d., Tekinalp, s.139 v.d.

²⁷⁰ Ayiter, a.g.e., s.95, Tekinalp, a.g.e., s.141, Erel, a.g.e., s.72

²⁷¹ Ayiter, a.g.e., s.95, Erel, a.g.e., s.72.

İştirak halindeki eser sahipliğine ,FSEK m.10/2. fıkra hükmüne göre adi şirket hükümleri (BK. 520/541. maddeler) uygulanacaktır.²⁷² FSEK'in, adi şirket hükümlerine yollama yapmasının doğal sonucu olarak, adi şirket ortaklarının BK. 534. m. hükmüne göre şirket malları üzerinde iştirak halinde eser sahiplerinin de meydana getirilen eser üzerinde, iştirak halinde malik olduklarından söz edilecektir.

Eser sahiplerinden her biri, birlik menfaatlerine tecavüz edildiği takdirde, FSEK m.10/2. f. hükmüne göre tek başına hareket edebilecek, birliğin menfaatını korumak için dava açmak veya şikayet hakkını kullanmak gibi yasal yollara başvurabilecektir.

Eser üzerindeki mali hakları kullanmak için eser sahiplerinin oy birliği ile alacakları bir karara ihtiyaç vardır. Eğer bu hususta bir anlaşmazlık vuku bulursa FSEK m.10/2. fıkra hükmüne göre gerekli müsaade, mahkemece verilecektir.

FSEK m.10/3. fıkrada; “Bir eserin vücuda getirilmesinde yapılan teknik hizmetler veya teferruata ait yardımların, iştiraka esas teşkil etmeyeceği,, hükmü yer almaktadır. Bu hükmün sonucu olarak, eserin meydana getirilmesinde yaratıcı nitelikte olmayan katkılar ve esaslı nitelikte olmayan katkılar sonucu, hiç kimsenin iştirake dahil olma hakkı kazanamayacağı anlaşılmaktadır. Sırf fikir vermek yaratıcı bir çaba göstermek değildir. Ancak fikir vermektten öteye geçilip, örneğin bir yazara konunun bütün ayrıntıları verilir, bir tablo veya binanın desenleri hazırlanarak verilirse bu durumda eser meydana gelir.²⁷³

FSEK m.10/son fıkranın son cümlesinde “sinema eseri ile ilgili hakların saklı olduğu,, düzenlenmiş ve sinema eserlerinde eser sahibinin kim olduğu FSEK m.8/3. fıkrada hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre²⁷⁴ “Sinema eserlerinde; yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı ve diyalog yazarı, eserin birlikte

²⁷² Doktrinde, bu birliğin sui generis bir birlik olduğu ve adi şirkete ilişkin hükümlerin ancak uydıkları oranda birliğe uygulanacağından söz edilmektedir. Bu görüş için bkz. Ayiter, a.g.e., s.96, Tekinalp, a.g.e., s.141 v.d., Erel, a.g.e., s.73.

²⁷³ Ayiter, a.g.e. s.96.

²⁷⁴ FSEK, m.8'de 4630 sayılı kanunla yapılan değişiklik ile “diyalog yazarı,, ve “animatör,, de sinema eserinin sahipleri arasında sayılmıştır.

sahibidirler. Canlandırma tekniğiyle yapılmış sinema eserlerinde, animatör de²⁷⁵ eserin birlikte sahipleri arasındadır.”

2.4.5.2. Eser Sahipliği Hakkında Karineler

2.4.5.2.1. Sahibinin Adı Belirtilen Eserlerde:

FSEK m.11/1. fıkra hükmüne göre; “Yayınlanmış eser nüshalarında veya bir 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,, kuralı bulunmaktadır. Yani eser sahibi eserin sahibi olarak kendi adını veya “tanınmış müstear adını” kullanabilecektir. Hükümden anlaşılacağı üzere, eğer kullanılan müstear ad tanınmış değilse, kime ait olduğunun belirlenmesi gerekecektir.

Yine FSEK m.11/2. fıkra hükmünde; “Umumi yerlerde veya Radyo-TV aracılığıyla verilen konferans ve temsillerde, mutad şekilde eser sahibi olarak tanıtılan kimse, o eserin sahibi sayılır, meğer ki, birinci fıkrada ki karine yoluyla diğer bir kimse eser sahibi sayılsın,,kuralı getirilmiştir.FSEK 11. madde’de sahibinin adı belirtilen eserlerde, eser sahipliğinin tesbiti bakımından isbat kolaylığı sağlamasına yönelik bazı karineler belirlenmiştir. Bu karinelerin aksi her türlü delil ile ispat olunabilecektir, yazılı delil bulunması zorunlu değildir.²⁷⁶ Bu karine gereğince, adı belirtilmiş kimsenin eser sahibi olmadığını ispat etmek, bunun aksini iddia edene düşer.

2.4.5.2.2. Sahibinin Adı Belirtilmeyen Eserlerde

FSEK m.12/1. fıkra hükmünde; “Yayınlanmış olan bir eserin sahibi 11. maddeye göre belli olmadıkça, yayımlayan ve o da belli değilse çoğaltan, eser sahibine ait hak ve salahiyetleri kendi namına kullanabilir,, düzenlemesi

²⁷⁵ Doktrinde, Animatörün (çizgi filmin çizimlerini yapan kişi) çizgi filmi meydana getiren en vazgeçilmez unsur olup eser sahipleri arasında belirtilmesinin yerinde olduğu savunulmaktadır. Bkz.Ayiter, a.g.e., s.97

²⁷⁶ Tekinalp, a.g.e., s.144.

bulunmaktadır.Burada, eser sahibinin 11. maddeye göre belirlenemediği hallerde eseri yayımlayanın, onun da belli olmaması durumunda eseri çoğaltanın eser sahibine ait hak ve yetkileri kullanacağı ifade edilmiştir. Yine konferans ve temsilde de eser sahipliği 11. maddenin 2. fıkrasındaki kurullar ile belirlenemiyorsa, bu haklar konferansı veya temsili icra ettirene ait olacaktır.

FSEK m.13/son fıkrada ise “bu maddeye göre yetkili kişilerle asıl hak sahipleri arasındaki münasebetlere, aksi kararlaştırılmamışsa adi vekalet hükümlerinin uygulanacağı,, düzenlenmiştir.²⁷⁷

2.5. ESER SAHİBİNE SAĞLANAN KORUMA

2.5.1. Korumanın Doğuşu

Bir eserin yaratılmasıyla, eserin üzerindeki haklar –ipso jure– kendiliğinden doğar.²⁷⁸ Eser sahibinin haklarının doğması için herhangi bir şekilde tescile veya bir mercie bildirilme v.b. hiçbir şekli işleme gerek bulunmamaktadır. Yaratılarak dış dünyaya açıklanmış, artık yaratıcısının ‘zihninden çıkarak şekle bürünmüş bir eser, yayınlanmamış olsa dahi, FSEK kapsamında korunacaktır. Eserin yayınlanmış olması, ancak FSEK’in bazı hükümlerinin (m.23/1 ve 2, m.26/3 ve 4, m.27/2, m.28 v.b. gibi) uygulanması bakımından önem taşır. Eserin fikri hukuka özgü bir şekilde korunması için, fikir ürünü dış dünyaya açılmış olmalıdır. FSEK tarafından korunacak bir eser, ya yayınlanmış yada alenileşmiş olmalıdır.

2.5.1.1. ALENİLEŞME ve YAYINLANMA

FSEK m.7/1. fıkra; “Hak sahibinin rızasıyla umuma arzedilen bir eser alenileşmiş sayılır,, demek suretiyle alenileşmenin topluma, kamuya açık hale gelmeyle eş anlamlı olduğu belirtilmiştir.Alenileşme; eserin okunmasıyla, gösterilmesi, temsil edilmesi, yayınlanması gibi farklı şekillerde dış dünyaya açılmasıyla gerçekleşebilir.

²⁷⁷ Doktrinde bu ilişkinin, vekaletten başka hizmet, istisna veya yayım sözleşmesi de olabileceği savunulmaktadır. Bkz. Erel a.g.e., s.85.

²⁷⁸ Ayiter, a.g.e., s.85, Arslanlı, a.g.e., s.62, Tekinalp, a.g.e., s.138, Erel, a.g.e., s.69.

FSEK m.7/2. fıkra ; “Bir eserin aslından çoğaltma ile elde edilen nüshaları hak sahibinin rızasıyla satışa çıkarılma veya dağıtılma yahut diğer bir şekilde ticaret mevkiine konulma suretiyle umuma arz edilirse o eser yayınlanmış sayılır” düzenlenmesini haizdir.

Yayım, umuma arzın vasıflı bir türüdür, yayımı böyle vasıflı hale getiren unsur yayımın bir mali hak üzerinde tasarruf sonucu meydana gelmesindedir.²⁷⁹ Doktrinde, Kanunun “umuma arz edilme,, halini yayınlanma için zorunlu bir unsur olarak gösterdiği savunulmaktadır.²⁸⁰ Yayınlamada da eser sahibinin iradesinin aranması gerektiği kuşkusuzdur.

2.5.2. KORUMANIN KONUSU

FSEK, doğrudan olarak ne eser sahibini, ne de eseri korumuştur. Korumanın konusu, belli bir eser bağlamında eser sahibinin mali ve manevi menfaatleridir.²⁸¹ Nitekim FSEK m.13/1. fıkrası; “Fikir ve sanat eserleri üzerinde sahiplerinin mali ve manevi menfaatleri bu kanun dairesinde himaye görür,, kuralını taşımaktadır. Bu kural gereğince eser sahibi her eseri için, birbirinden bağımsız mali ve manevi haklara sahip olacaktır.

Eser sahibine tanınan mali ve manevi haklar, eserin bütünü ve parçaları için de geçerlidir. Gerek eserin bütününe, gerekse eserin sadece bir bölümüne ait hakkın kullanılması, ancak eser sahibinin rızasıyla mümkün olacaktır. Bu husus FSEK m.13/2. fıkra’da; “Eser sahibine tanınan hak ve yetkiler eserin bütününe ve parçalarına şamildir,, hükmüyle ifade edilmiştir.

“Eserin parçaları” deyimiyle neyin işaret edildiğinin bilinmesi gereklidir. Nasıl ki eserin bütünü sahibinin, yaratıcısının hususiyetini yansıtmakta ise eserin

²⁷⁹ Ayiter, a.g.e., s.104.

²⁸⁰ Erel, bu unsurun konulmasının yerinde olmadığı çünkü istisnai de olsa çoğaltılmış nüshaların ticari amaç olmadan dağıtılmasının mümkün olduğu, Kanunun lafzına bağlı kalınırsa bunu “yayınlanma,, olarak kabul etmemek gerektiğini belirtmektedir, bu görüşe katılmamak imkansızdır. Bu konuda bkz. Erel, a.g.e., s.90.

²⁸¹ Bu ilke Alman Hukukunda “eser bağlamında koruma ilkesi,, olarak ifade edilmektedir. Bkz. Tekinalp, a.g.e. s.145.

parçası da ancak sahibinin hususiyetini yansıtmakta ise korunabilecektir. Bu nedenle hususiyet taşımayan bir parça örneğin bir ressamın sadece birkaç çizgi veya renk tonları hususiyet taşımamaları nedeniyle “eserin parçası,, sayılmayacak ve FSEK koruması kapsamına alınmayacaktır. Desen ve eskizler, müsveddeler, tasarılar, eserin fragmanları, hususiyet taşımaları halinde koruma konusuna dahil olacaklardır.²⁸² FSEK m.13/2. fıkra hükmünün sonucu olarak, koruma sağlanması için eserin mutlaka bitirilmiş, tamamlanmış olmasının zorunlu olmadığı açıktır. Bir eserin başlangıç, hatta hazırlık çalışmaları –buldukları hal itibarıyla– sahibinin hususiyetini taşıyorlarsa, FSEK korumasından yararlanabileceklerdir.

Bir eserin korunan kısımları olduğu gibi korunmayan kısımları da olabilir.²⁸³ Fikirler, öğretiler, bilimsel ve siyasal görüşler kısacası fikri içerik, fikir ve sanat eserleri hukuku himayesinin dışında kalır, yine üslup, stil, tarz veya sanatta kullanılan teknik de koruma kapsamında bulunmamaktadır.²⁸⁴ Bilim ve edebiyat eserlerinde, orijinal fakat soyut bir kavram, fikir veya ide de eserin korunan parçaları değildir. Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku koruması, fikrin içeriğinde değil, fikrin ifade ediliş tarzında ortaya çıkmaktadır. FSEK m.1/B’de düzenlenen eser tanımlamasında yer alan “sahibinin hususiyetini taşıyan... her nevi fikir ve sanat mahsulü,, ibaresinden bunu anlamak gereklidir.

2.5.3. KORUMANIN KAPSAMI

FSEK m.13/2. fıkarda eser sahibine tanınan hakların, eserin bütünü ve parçaları için de geçerli olduğu ifade edilmiştir.

Burada geçen “eserin parçaları,, deyimiyile, kanun koyucunun neyi ifade etmek istediği açık değildir. Ancak, FSEK kapsamında korunmaya mazhar olabilecek bir “parça,,nın eser sahibinin hususiyetini taşıması gerektiği de tartışmasızdır.

²⁸² Ayiter, a.g.e., s.101.

²⁸³ Erel, a.g.e., s.104.

²⁸⁴ Ayiter, a.g.e. s.101.

FSEK, eseri meydana getiren salt fikir veya düşünceyi değil, bu fikirlerin dışı vurmuş, tezahür etmiş halini korumaktadır. Ancak bilgisayar programları yönünden koruma kapsamı özellik taşımaktadır. Bu nedenle bilgisayar programlarına “korumanın kapsamı,, yönüyle ayrıca değineceğiz.

2.5.3.1. Bilgisayar Programları Yönünden

2.5.3.1.1. Koruma Kapsamında Olmayan Unsurlar

FSEK m.2/son fıkra hükmünde bilgisayar programları ile ilgili olarak, bilgisayar programlarının sadece ifade tarzının koruma altında olduğu, içeriğin koruma kapsamında olmadığı belirtilmektedir. Maddenin düzenlemesinde; “Ara yüzüne temel oluşturan düşünce ve ilkeleri de içine almak üzere, bir bilgisayar programının herhangi bir ögesine temel oluşturan düşünce ve ilkeler eser sayılmazlar” denilmek suretiyle düşünce ve ilkelerin, yani içeriğin eser sayılmayacağı ve dolayısıyla FSEK korumasından yararlanamayacağı hükme bağlanmıştır.

Aynı maddenin gerekçesinde ise, algoritmanın²⁸⁵ koruma kapsamı dışında olduğu açıkça belirtilmiştir.²⁸⁶ Algoritma bir işlem metodudur, metod olması itibarıyla herkes tarafından, herhangi bir programda kullanılması mümkündür ve bu özelliği nedeniyle de fikri hukuk koruması dışında bırakılması tabiidir.

Kullanıcı arayüzü²⁸⁷, ne temel oluşturan düşünce ve ilkelerin de fikri hukuk korumasından yararlanamayacakları, FSEK m.2/son fıkrada açıkça belirtilmiştir.

²⁸⁵ Algoritma (algorithm) bir problemin önceden belirlenmiş sabit kademeler izleyerek sınırlı bir süre içinde çözümlenmesidir, Aydın, a.g.e., s.28. Bilgisayar programında ise algoritma kullanılarak bilgisayar yardımıyla belirli aşamalarla sorun çözümlenmektedir.

²⁸⁶ Topaloğlu, a.g.e., s.27.

²⁸⁷ User interface (Kullanıcı arayüzü) kullanıcının bilgisayarla iletişim kurarken, bir program, sistem ya da aygıt ile etkileşmesini sağlayan yazılım, donanım ya da yazılım ve donanımı olarak tanımlanmaktadır. Sankur, a.g.e., s.872.

2.5.3.1.2. Koruma Kapsamında Olan Unsurlar

Bilgisayar programlarında, kullanıcı arayüzü ve algoritma fikri hukuk korumasından yararlanamadığına göre; bilgisayar programlarının fikri hukuk korumasının neyi kapsadığının belirlenmesi gereklidir. Bunun tam olarak belirlenebilmesi için, bilgisayar programlarının ifade şekli mi, yoksa fikir mi oldukları tesbit edilmelidir. Program geliştiriciler, bir programla benzer sonuçları doğurabilen bir programı, başka ifadelerle kullanarak meydana getirebiliyorlarsa; o zaman ilk program bir fikrin ifadesidir ve fikir ve ifade arasındaki bu sınırı belirleme görev ve yetkisi her somut olayda o olayı çözmek zorunda olan yargıca bırakılmıştır.²⁸⁸

FSEK m.2/1. fıkra hükmüne göre; “bilgisayar programlarının hazırlık tasarımları bir sonraki aşamada program sunucu doğurması koşuluyla,, eser sayılmaktadır. Buradaki hazırlık tasarımları deyimi program akışını da kapsamaktadır. Ancak bu program akışı (program flow), bir sonraki aşamada bilgisayar programı sonucunu doğuracak bir program akışı olmalıdır. Yapılan hazırlık tasarımı herhangi bir nedenle program haline gelmemişse, yani eser niteliğine ulaşmamışsa, fikir hukuk korumasından yararlanamayacaktır.”²⁸⁹

Program akışının oluşturulması esnasında, programcılar yoğun bir çaba sarfetmektedirler. Böylelikle, günümüzde hem fikir boyutunda hem mali boyutta büyük yatırım gerektiren bilgisayar programlarının hazırlık tasarımına FSEK kapsamında koruma sağlanmıştır.

Kodlama işlemleri, programlama sürecinin en yoğun maliyet, emek katkısı gerektiren aşamalarından olup, bu nedenle kodlama işlemlerinin de FSEK m.2/1. fıkarda bahsedilen bilgisayar programlarının hazırlık aşamalarından olduğuna şüphe yoktur.²⁹⁰ Kodlama işlemleri olan kaynak kodu²⁹¹ ve obje kodu²⁹² fikri hukuk

²⁸⁸ Topaloğlu, a.g.e., s.25.

²⁸⁹ Bu nedenle FSEK m.2’de her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve dolayısıyla eser haline gelmemiş hazırlık tasarımlarının koruma kapsam dışında bırakılması gayet yerinde olmuştur. Bu görüş için bkz. Topaloğlu, a.g.e., s.26.

²⁹⁰ Topaloğlu, a.g.e., s.27.

²⁹¹ Source Code (Kaynak Kodu): Çevirici, derleyici gibi bir programa girdi olacak biçimde ifade edilmiş bilgisayar komutları ve veri tanımlarıdır. Bkz. Sankur, a.g.e., s.768.

korunmasından yararlanacaktır. Bilgisayar programlarının programlama dillerinden birisi ile yazılması (fortran, cobol gibi) ve sonra da, bu kodun bilgisayarın anlayacağı dile çevrilmesi, programlama sürecinin son aşamalarındandır.²⁹³ Dolayısıyla, bir sonraki aşamada bilgisayar programı doğacağından kodlama işlemlerinin de (kaynak kodu ve nesne kodu) fikri hukuk korumasından yararlandırılması doğal bir sonuçtur.

Bilgisayar programlarının üzerinde tersine mühendislik (reverse engineering) yoluyla programdan geriye doğru gidilip programın çözümlenerek aynı fikirler ve metodlar kullanılarak aynı problemleri benzer şekilde çözen başka bir bilgisayar programı oluşturulması mümkündür. Tersine mühendislik eylemi, bilgisayar programı üzerindeki fikri hakkın ihlali niteliğindedir. Yalnız FSEK m.38’de yetkili kullanıcıya eldeki mevcut programın diğer bir programla ara işlerliğini gerçekleştirme amacıyla object kod formunu çevirme hakkı verilmiştir ki bu maddeyle çok sınırlı bir amaç için tersine mühendislik uygulaması yapılmasına müsaade edilmiştir.²⁹⁴

FSEK m.38/6. fıkrada “bir bilgisayar programı ile diğer programların ana işlerliğini gerçekleştirmek üzere gerekli bilgileri elde etmek için, bilgisayar programının çoğaltılması ve işlenmesi anlamında kod’un çoğaltılmasının ve kod formunun çevirisinin de zorunlu olduğu durumlarda bu fiillerin ifası aşağıdaki şartların karşılanması halinde serbesttir” hükmü yer almakta ve kod’un çoğaltılması ve kod formunun çevrilmesi anılan maddede çok sıkı kurallara bağlanmaktadır.²⁹⁵

²⁹² Object Code (Nesne-Object-Kodu) üst düzeyde yazılmış bir programın bir derleyici aracılığıyla makine koduna yakın getirilmiş hali olup, bu kod bilgisayarın işlem birimine yüklendiği takdirde doğrudan doğruya icra edilebilir veya yükleme ve icradan önce bir bağlantı gerektirebilir.

²⁹³ Topaloğlu, a.g.e., s.26.

²⁹⁴ Topaloğlu, a.g.e., s.27.

²⁹⁵ FSEK m.38/6. fıkrada, bilgisayar programının kodunun çoğaltılmasının ve kod formunun çevirisinin zorunlu olduğu durumlarda, bu fiillerin ifasının ancak şu şartların karşılanması halinde serbest olacağı düzenlenmiştir;

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

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

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

FSEK m.38/7. fıkra hükmü ise şöyledir: yukarıdaki fıkra hükümleri, onun uygulanması ile elde edilen bilgilerin;

Yine tersine mühendislik yoluyla bilgisayar programının FSEK m.38/6. fıkraya uygun şekilde çözümlenmesi sonucunda elde edilen bilgilerin kullanılmasında ancak belirli amaçlar için olabileceği, aynı maddenin 7. fıkrasında açık bir şekilde düzenlenmiştir. Yasa koyucu burada, programı bu şekilde çözümlen kullanıcıya “Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı,, ve “Dürüstlük Kuralı,, ‘na uygun sınırlamalar getirmiştir. Yine FSEK 38. maddenin son fıkrasında benzer bir şekilde, “yukarıda açıklanan hükümlerin, programdan normal yararlanma ile çelişir veya hak sahibinin meşru yararlarına makul olmayan müdahale eder şekilde kullanılmasına izin verecek tarzda yorumlanamayacağı,, kuralı yer almaktadır. Görüldüğü üzere haklı olarak , oluşturulması yoğun fikri çabaları gerektiren ve yüksek maliyetler sonucu oluşan bilgisayar programlarının, kapsamlı bir fikri hak korumasına sahip kılınması amacına yönelik olarak FSEK m.38 ile tanınan şahsi kullanma istisnası dahi,bu eser türü açısından oldukça sıkı şartlara bağlanmıştır.

2.5.4. KORUMA SÜRELERİ

FSEK m.26/1. fıkra ; “Eser sahibine tanınan mali haklar zamanla mukayyettir. 46. ve 47. maddelerdeki haller dışında koruma süresinin bitiminden sonra herkes, eser sahibine tanınan mali haklardan faydalanabilir,, hükmüne yer vermiştir. Bu hüküm gereğince,ancak Kanun’da öngörülen sürenin sona ermesinden sonra, eser, mali haklar yönünden FSEK himayesinden çıkacak ve kamuya ait hale gelecektir.²⁹⁶Bu genel kuralın istisnası ise, FSEK m.46’da “Devletin faydalanma salahiyeti,, ve m.47’ de ise “kamuya maletme,, halleri olarak belirtilmiştir.

-
1. Bağımsız yaratılmış bilgisayar programının ara işlerliğini gerçekleştirmenin dışında diğer amaçlar için kullanılmasına
 2. Bağımsız yaratılmış bilgisayar programlarının ara işlerliği için gerekli olduğu durumlar dışında başkalarına verilmesine
 3. İfade ediliş bakımından esastan benzer bir bilgisayar programının geliştirilmesi, üretilmesi veya pazarlanması veya fikri hakları ihlal eden herhangi diğer bir fiil için kullanılmasına izin vermez.

²⁹⁶ Doktrinde eser korumasının süreye tabi tutulması gerektiği yönünde tartışmalar da vardır, bu görüşler için bkz. Ayiter, a.g.e., s.142 v.d., Erel, a.g.e., s.93 v.d.

FSEK m.27'de²⁹⁷ koruma süresinin eser sahibinin yaşadığı müddetçe ve ölümünden itibaren 70 yıl devam edeceği, ayrıca eser sahibinin birden fazla olması durumunda, bu sürenin hayatta kalan son eser sahibinin ölümünden itibaren yetmiş yıl geçmekle son bulacağı düzenlenmiştir.

Eser ve işlenmeler için ayrı koruma süreleri uygulanacaktır. FSEK m.26/2. fıkrada, bir eserin aslı veya işlenmeleri için tanınan koruma sürelerinin birbirine tabi olmadığı hükmü bulunmaktadır. FSEK m.6'da düzenlenen işlenme eserler, asıl eserden istifade edilerek vücuda getirilmiş olsalar da kendi başlarına FSEK kapsamında ayrı bir eser sayıldıkları için koruma süreleri de, asıl esere tabi olmamaktadır.

Süreler, kural olarak eserin alenileşmesi ile işlenmeye başlayacaktır. Bu kuralın istisnaları FSEK'in m.26/4, 5 ve 6. fıkralarda açıklanmıştır²⁹⁸.

²⁹⁷ FSEK m.27/1. fıkrada 4110 sayılı kanunla yapılan değişiklik ile 50 yıl olan koruma süresi 70 yıla çıkarılmıştır. Yine 4630 sayılı kanunla FSEK'in 28 ve 29. maddeleri yürürlükten kaldırılmış böylece tüm eser türleri için tek bir koruma süresine yer verilmiştir.

²⁹⁸ FSEK m.26/4.f.hükmü şöyledir:Forma veya fasikül halinde yayımlanan eserlerde son forma veya fasikülün yayımlandığı tarih,eserin aleniyeti tarihi sayılır.Fasıla ile yayımlanan müteaddit ciltlerden müteşekkil eserlerin her bir cildi ile bülten,risale,mevkute ve yıllıklar gibi eserlerde aleniyet tarihi bunlardan her birinin yayımlanma tarihidir.
m.26/5..fıkra:Aleniyet tarihinden başlayan süreler eserin ilk defa alenileştiği veya dördüncü fıkraya göre alenileşmiş sayıldığı yıldan sonraki senenin ilk gününden itibaren hesap olunur.
m.26/6.fıkra:Eser sahibinin ölümünden itibaren başlayan sürelerin hesabında,eser sahibinin öldüğü seneyi takip eden yılın ilk günü başlangıç tarihi sayılır.10'uncu maddenin birinci fıkrasında zikredilen hallerde süre,eser sahiplerinden son sağ kalanının ölüm tarihinden sonra başlar.

ÜÇÜNCÜ KISIM

ESER SAHİBİNİN HAKLARI VE BAĞLANTILI HAKLAR

3.1. GENEL OLARAK ESER SAHİPLİĞİNDEN DOĞAN HAKLAR

FSEK'nun üçüncü bölümü, “eser sahibinin hakları” başlığını taşımaktadır.

Kanununun 13. maddesinin 1.fıkrası; “Fikir ve Sanat eserleri üzerinde sahiplerinin mali ve manevi menfaatleri bu kanun dairesinde himaye görür,, kuralına yer vermiş, yine aynı maddenin 2.fıkrasında da “Eser sahibine tanınan hak ve yetkilerin eserin bütününe ve parçalarına şamil olduğu,, hükme bağlanmıştır. FSEK, eser sahibinin haklarını, Manevi Haklar ve Mali Haklar olarak iki gruba ayırmaktadır. Fikri hakların manevi haklar ve mali haklar olarak bölünmesinin yapay bir ayırım olduğu doktrinde savunulmaktadır.²⁹⁹

FSEK, eser sahibine tanıdığı hakları kanunun üçüncü bölümünde sınırlı bir şekilde sayma metoduyla düzenlemiştir (FSEK m.14-17, 21-25, 43. ve 45. maddeler). FSEK'in kabul ettiği sisteme göre, eserin yaratılmasıyla eser üzerinde herkese karşı ileri sürülebilecek mutlak nitelikte bir hak doğmuş olacaktır. Teknik gelişmeler sınırlı sayma ilkesinden vazgeçilmesi zorunluluğunu ortaya çıkarmaktadır.³⁰⁰ Doktrinde, sınırlı sayma ilkesinin manevi haklar yönünden geçerli olmayacağı, bu hakların Medeni Kanununun şahsiyetin korunmasına ilişkin hükümleriyle tamamlanıp, genişletilebileceği ileri sürülmüştür³⁰¹ ancak FSEK ve Medeni Kanunun farklı menfaatleri korudukları, iki kanunun koruduğu haklar yönünden dogmatik yapılarının farklı olduğu, bu nedenle FSEK'in Manevi haklar yönünden Medeni Kanun hükümleriyle tamamlanmasının söz konusu olamayacağı ifade edilmektedir.³⁰²

²⁹⁹ Ayiter, a.g.e., s.108, Tekinalp, a.g.e., s.148, Erel, a.g.e., s.111. Çalışmamızda Kanun'un sistematiği takip edilmekle, eser sahibinin hakları da bu sistematiğe paralel şekilde incelenecektir.

³⁰⁰ Tekinalp, a.g.e., s.150.

³⁰¹ Arslanlı, a.g.e., s.79-80.

³⁰² Tekinalp, a.g.e., s.150, Erel, a.g.e. s.112.

FSEK'in tanıdığı manevi haklar eser sahibinin şahsına doğrudan bağlı olan ve eser sahibi tarafından herkese karşı ileri sürülebilecek, mutlak ve inhisari nitelikte haklardır.³⁰³ Kanun manevi hakları aynı zamanda “salahiyet,, olarak da belirtmiştir (FSEK m.14 de “Umuma Arz Salahiyeti, FSEK m. 15’de “Adın Belirtilmesi Salahiyeti,, gibi). FSEK m.18’e göre, eser sahibi gerçek kişiye yaşadığı sürece, tüzel kişiye tüzel kişiliğin devam ettiği sürece, haiz olduğu manevi hakları kullanabilir. Manevi haklar, mirasla intikal etmezler ancak FSEK m.19’da düzenlendiği şekilde, manevi hakların bazıları eser sahibinin yakınları ve gereğinde Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından kullanılabilir.³⁰⁴ Manevi haklar, eser sahibinin şahsına doğrudan bağlı hak olduklarından, bunlar kural olarak devredilemezler. FSEK, bazı hallerde manevi hakların kendisinin değil, bunları kullanma yetkisinin devredilebileceğini öngörmektedir; FSEK m.14/1 ve 15/1’de öngörülen manevi haklarda olduğu gibi³⁰⁵. Manevi haklar, ölüme bağlı tasarruflara da konu olamazlar ve miras yolu ile de geçmezler. Ancak FSEK m.19/2. fıkra, eser sahibinin ölümünden sonra bazı mali hakların kullanılma yetkisinin mirasçılara geçebileceği veya devredilebileceği hususunu düzenlemiştir. Doktrinde, eser sahibinin eseriyle kişisel ve manevi ilişkisinin, eser üzerindeki mali hakları devretmekle ortadan kalkamayacağı savunulmaktadır.³⁰⁶ Gerçekten de, kamuya mal olmuş, toplumun kültürel hayatı bakımından önemli bir eserin, mali haklarının devredilmiş olması halinde dahi, eğer sahibi tarafından, ya da yasal mirasçıları tarafından veya Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından manevi hakların korunmasına yönelik yetkilerinin bulunması gereklidir ki, FSEK 19/2, 3 ve 5. fıkralarda bu yetkiler tanınmıştır. Manevi hakların kullanma yetkisi devredilmiş olsa bile, manevi hakların kullanılış tarzı hiçbir surette sahibinin şeref ve itibarını ihlal etmemeli veya eserin nitelik ve özelliğini bozmamalıdır. FSEK m.19/1. maddede belirtilen kimseler ile m.19/son fıkra gereğince Kültür ve Turizm Bakanlığı da manevi hakların kötüye kullanılmasına engel olabilirler.

³⁰³ Ayiter, s.108, Tekinalp, s.150, Erel, s.113.

³⁰⁴ Tekinalp, a.g.e., s.151.

³⁰⁵ Erel, a.g.e., s.113.

³⁰⁶ Tekinalp, a.g.e., s.110.

Doktrinde mali hakların devralınması halinde, devralan kişinin eser sahibinin ölümünden sonra –bir ölçüde– bu yetkileri de haiz olması gerektiği savunulmakta ancak mali hakkın devri halinde hangi manevi hakkın veya haklarında devredilmiş sayılacağına, hakların kapsamının irdelenerek karar verilmesi gerektiği belirtilmektedir.³⁰⁷

Manevi hakların aksine, mali hakları eser sahibinin mal varlığından tamamen çıkaracak tasarruf işlemleri yapılabilir. Yine manevi haklarda olduğu gibi, mali hakların da kullanılma yetkisinin devredilmesi mümkündür,³⁰⁸ bu husus FSEK m.48’de belirtilmiştir. Mali hakların kullanma yetkisinin devri FSEK m.48/2. fıkraya göre Ruhsat (lisans) verilmesi yoluyla gerçekleşir. FSEK, mali hakları türleri itibarıyla sınırlandırmış ise de, bu sınırlandırma hakların yararlanma şekli bakımından bölünmesine engel değildir.³⁰⁹ Yani mali haklardan biri kendi içinde kısımlara ayrılabilir, eser sahibinin isteğine veya günün değişen teknolojik, bilimsel gereklerine ve şartlarına göre mali hakkın kendi içinde bir kısmının devredilmesi, aynı hakkın bir kısmının eser sahibinde tutulması veya bir başka kişiye devri mümkündür.

3.2. MANEVİ HAKLAR

3.2.1. Genel Olarak Manevi Haklar

Eser sahibinin manevi hakları, FSEK’in üçüncü bölümünde “manevi haklar,, alt bölüm başlığı altında düzenlenmiştir. Manevi haklar şunlardır:

1. Eseri umuma arz yetkisi (FSEK m.14)
2. Adın belirtilmesi yetkisi (FSEK m.15)
3. Eserde değişiklik yapılmasını menetmek yetkisi (FSEK m.16)
4. Eser sahibinin zilyed ve malike karşı hakları³¹⁰ (FSEK m.17)

³⁰⁷ Ayiter, a.g.e., s.200 v.d., Tekinalp, a.g.e., s.152.

³⁰⁸ Arslanlı, a.g.e., s.172, Ayiter, a.g.e., s.206.

³⁰⁹ Arslanlı, a.g.e., s.172.

³¹⁰ FSEK’in m.17’de düzenlenen manevi hak “eser sahibinin eserin orijinaline, aslına varma hakkı,, olarak da isimlendirilmektedir.

Manevi hak, fikri ürünün gayri maddi nitelik taşıyan yönünü ve eser ile eser sahibi arasındaki şahsi ilişkiyi açıklamak üzere kullanılan bir kavram olup, adından da anlaşıldığı üzere mali sonuçlar doğurmayan, tamamen gayrimaddi sonuçlar doğuran haklardır. Eser sahibine, eseri üzerinde manevi hak tanınması olgusunun temelinde; o eseri yaratan fikre, düşünceye olan saygı ve koruma duygusu yatmaktadır. Bu nedenle eğer eser üzerinde üçüncü kişilere tasarruf yetkisi tanınmış olsa bazı haklar eser sahibi tarafından devredilmiş olsa bile, eser sahibinin hayatı boyunca eseri üzerinde kullanılabileceği haklar vardır ki, bunlar manevi haklardır. Eser sahibi eserini devretmiş olabilir, ancak onun ifade hürriyetinin tezahürü olan ve şahsiyet haklarının kullanılması sonucu ortaya çıkan, eser üzerinde manevi bakımdan kullanmaya devam edilebileceği haklarının bulunması, Fikri Hukuk Sisteminin doğası gereğidir. Bu bakımdan şahsiyet hakları ile manevi haklar arasında “benzerlik,, bulunduğundan söz edilebilir. Ancak, tabii ki bu hakların “Medeni Kanun hükümleri ile bir bağlantısı bulunmamaktadır.³¹¹ Manevi haklar ile şahsiyet haklarının dogmatik yapısı arasında farklar vardır.³¹²

3.2.2. Umuma Arz Yetkisi (Hakkı)

Önceden sadece sahibinin hakimiyet alanında olan, onun dışında kimsenin göremediği, duyamadığı, okuyamadığı eserini kamuyla paylaşmak hususundaki eser sahibinin hakkı “umuma arz,, hakkıdır. Eser türüne göre umuma arzın şekli de farklılık gösterebilir. Kitabın yayınlanması, şarkının internette veya radyo da yayınlanması, sinema filminin gösterime girmesi, resmin sergilenmesi örneklerinde olduğu gibi umuma arzın şekilleri farklılık gösterebilir. “Umuma arz” ile “alenileşme,, birbirinden farklıdır. FSEK m.7/1. fıkraya göre “Hak sahibinin rızasıyla umuma arz edilen bir eser, alenileşmiş sayılır,, Yani, alenileşme için hak sahibinin rızasının bulunması şarttır. Umuma arz ise, eser sahibinin ister rızası olsun, isterse rızası olmasın, eserin herhangi bir şekilde umuma sunulmasıdır, ancak

³¹¹ Örneğin MK kapsamındaki şahsiyet hakları, kişinin ölümü ile sona erer, oysa manevi hakların eser sahibinin ölümünden sonra da korunabileceğine daha önce değinmiştik.

³¹² Tekinalp, a.g.e., s. 150, Arslanlı ise, MK’nun şahsiyet haklarına ilişkin hükümlerinin manevi hakların korunması bakımından, tamamlayıcı hüküm olarak kullanılabileceğinden söz etmektedir. Bu görüş için bkz. Arslanlı, a.g.e., s.79.

sahibinin rızası yoksa bu umuma arz sahibi aleyhine hüküm doğurmayacaktır.³¹³
Kural olarak, eserin umuma arzı herhangi bir şekil şartına tabi tutulmamıştır.³¹⁴

Eserin, umuma arzı ile birlikte, eser artık sahibinin kişisel dünyasından çıkarak, FSEK'in uygulama alanına girer. Alenileşmeden önce sahibinin eseri üzerinde mevcut olan tam hakimiyet olgusu, alenileşmeyle kanunun tanıdığı sınırlar içinde kullanılabilen bir mutlak hakka dönüşür.³¹⁵ Umuma arz edilmiş bir eser FSEK m. 30 v.d.'nda belirtilen bazı amaçlarla sınırlandırılabilir.³¹⁶ Eser sahibi, umuma arz hakkını bizzat kullanabileceği gibi , bir vekil vasıtasıyla da bu hakkını kullanabilir. Eser sahibinin mali hakları devretmesi çoğu zaman umuma arz hakkının da devrini içermektedir. Özellikle işleme, yayma, temsil ve radyo ile yayım konusundaki mali hak sahipleri, aynı zamanda eseri umuma arz etme hakkına da sahip sayılırlar, zira bu mali hakların kullanılması ancak eserin kamuya sunulmasıyla mümkün olabilecektir.³¹⁷

3.2.2.1. Eseri Kamuya Sunup Sunmama Hakkı

FSEK m.14/1. fıkrası; “Bir eserin umuma arzedilip arzedilmemesini, ... münhasıran eser sahibi tayin eder,, diyerek, fikri ürünün ,yaratıcısının hakimiyet, giz alanından çıkartılarak dış dünyayla paylaşılmasına ya da paylaşılmamasına ancak ve ancak eser sahibinin karar verebileceğini, ifade etmektedir. Bu yetki sadece ve sadece, eser sahibine aittir. Eğer eser sahibi, eseri kamuya sunmak istemiyorsa hiç kimse onu eserini açıklamaya zorlayamaz. FSEK m.19/1. fıkra hükmüne göre eser

³¹³ Tekinalp, a.g.e., s.153.

³¹⁴ FSEK, m.13/3. fıkra ile sinema ve müzik eseri yapımcılarına eserlerini kayıt ve tescil zorunluluğu getirilmiştir.

³¹⁵ Tekinalp, a.g.e., s.154.

³¹⁶ FSEK m.30'da kamu düzeni düşüncesiyle yapılabilecek sınırlamalar, m.31-37'de Genel yarar düşüncesiyle yapılabilecek sınırlamalar (mevzuat ve içtihatlar, nutuklar, temsil serbestisi, eğitim ve öğretim için seçme eserler, iktibas serbestisi, gazete münderecatı, haber) m.38'de şahsi kullanma, m.40'da kopye ve teşhir sınırlaması düzenlenmiştir. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Ateş Mustafa Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara 2003, s.237 v.d.

³¹⁷ Erel, a.g.e., s.115.

kamuya sunulmadan eser sahibi vefat etmişse, mirasçılar veya vasiyeti tenfiz memuru da bu hakkı kullanabilecektir.³¹⁸

3.2.2.2. Eseri Kamuya Sunma Zamanını Belirleme Hakkı

FSEK m.14/1. fıkrası, bir eserin yayınlanma³¹⁹ zamanını belirleme yetkisinin münhasıran eser sahibine ait olduğunu belirtmektedir. Bir eserin kamuya doğru zamanda sunulması da çok önemlidir. Örneğin, güncel bir konudaki kitabın, konu güncelliğini yitirdikten sonra yayınlanması eser sahibinin haklarına zarar verebilecek, şöhret ve itibarına gölge düşürebilecektir. Örneğin, yayının geç yapılması halinde yazar, konuları geç takip etmekle, herkesçe malum olan şeyleri yazıp çizmekle itham edilebilecektir.³²⁰

3.2.2.3. Eserin Kamuya Sunulma Tarzını Belirleme Hakkı

FSEK m.14/1. fıkrada, bir eserin umuma arzedilme tarzını münhasıran eser sahibinin belirleyeceği hükme bağlanmıştır. Bir eserin kamuya açıklanması kadar, eserin kamuya sunulma tarzı; yani sunulma şekli, yeri ve zamanı da önemlidir. Örneğin ünlü bir ressamın resimlerinin bakımsız bir galeride sergilenmesi, ünlü bir şairin şiirlerinin çok kötü bir baskıyla kitap haline getirilmesi örneklerinde bu eylemler eser sahibinin şöhretine zarar getirebilecek, kamuoyu bu durumun eser sahibinden kaynaklandığını düşünebilecektir. Yine, tiyatrodaki sahnelerin üzere kaleme alınmış bir edebi eserin, sahibinin muvafakatı alınmadan beyaz perdeye aktarılmasına da onay verilmemelidir.³²¹

³¹⁸ Erel, eser sahibi dışındaki kişilerin ancak eser sahibinin bu yönde açık veya zaruri bir iradesi mevcutsa, eser sahibinin ölümünden sonra eserin kamuya sunulabileceğini savunmaktadır. Bkz. Erel, a.g.e., s.117.

³¹⁹ FSEK m.14/1. fıkrada sadece “yayınlanma zamanı,, şeklinde, umuma arz şekillerinden birinden söz etmekte ise de kanun koyucunun burada söz ettiği şey her şekilde umuma arzın zamanıdır.

³²⁰ Ateş, a.g.e., s.136.

³²¹ Ateş, a.g.e., s.137.

3.2.2.4. Eserin İçeriği Hakkında Bilgi Verme Hakkı

FSEK m.14/2. fıkrasına göre; “Bütünü veya esaslı bir kısmı alenileşmemiş olan, yahut ana hatları herhangi bir suretle henüz umuma tanıtılmayan bir eserin muhtevası hakkında ancak o eserin sahibi malumat verebilir”. Burada kanun koyucunun korumak istediği yarar, eser sahibinin, kamuya sunulana kadar eseri gizli tutmaktaki manevi yararadır.³²²

İçerik hakkında bilgi verme, ancak o eser türüne has olan ifade vasıtalarıyla mümkündür, bu nedenle bir musiki, sinema veya güzel sanat eserinin sözle anlatılması FSEK anlamında, içerik hakkında bilgi verme değildir.³²³

FSEK 14. maddenin son fıkrasında; “Eserin umuma arzedilmesi veya yayınlanma tarzı, sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek mahiyette ise eser sahibi, başkasına yazılı izin vermiş olsa bile eserin gerek aslının, gerek işlenmiş şeklinin umuma tanıtılması veya yayımlanmasını menedebilir” kuralı bulunmaktadır. Bu hükümle, eser sahibine FSEK m.14. ile tanınmış umuma arz hakkının, eser sahibinin aleyhine kullanmasının engellenmesi sağlanmıştır.

3.2.3. Eser Sahibi Olarak Tanıtılma Hakkı³²⁴

FSEK m.15/1. fıkrada “Eseri, sahibinin adı veya müstear adı ile yahut adsız olarak, umuma arzetme veya yayınlama hususunda karar vermek salahiyeti münhasıran eser sahibine aittir,, hükmü bulunmaktadır. Bu hak, eseri sahibiyle bütünleştirdiği gibi, başkasının eserini kendi eseriymiş gibi, gösterenlere karşı da eser sahibine koruma sağlar. Eser sahibi isterse eserini kendi adını gizleyerek veya müstear (takma) ad ile de kamuya sunabilecektir. Bu konudaki tercih hakkı eser sahibine aittir.

³²² Ayiter, a.g.e., s.117, Arslanlı, a.g.e., s.81.

³²³ Erel, a.g.e., s.118.

³²⁴ Literatürde bu hak “droit paternite – paternity right,, yani hukuki ebeveynlik hakları adıyla anılmakta ve eser sahibi ile eseri arasındaki ilişki bu nedenle ebeveyn çocuk ilişkisine benzetilmektedir.

“Adın belirtilmesi salahiyyeti” gereği, eser sahibinin adı sadece eserin üzerinde değil, eserin kullanıldığı her yerde ve uygun bir Şekilde belirtilmelidir, örneğin film, bir romana dayanıyorsa, eser sahibi filmin jeneriğinde, tanıtım araçlarında, reklamlarında yani eserle ilgili her yerde adının belirtilmesini isteyebilecektir. Eser sahibi mali haklarını devretmiş bile olsa, eserde sahibinin adının belirtilmesi istenebilir. Mimari eserler konusunda ise, 15. maddenin son fıkrasında düzenleme yapılmıştır. Buna göre eser niteliğindeki mimari yapılarda, yazılı istem üzerine eserin görölen bir yerine , eser sahibinin uygun göreceği malzemeyle, silinmeyecek bir biçimde eser sahibinin adı yazılacaktır.

Yine, güzel sanat eserinden kopya yoluyla elde edilen çoğaltmalarda da eser sahibinin adı belirtilecektir. Bir işlenme eserin adı veya işlenmiş nüshaları üzerinde de asıl eser sahibinin ad veya alameti ile vücuda getirilen eserin bir işleme veya kopya olduğunun da açıkça gösterilmesi gerekmektedir.

Eğer bir eser, sahibinin arzusuyla anonim (eser sahibinin adı olmaksızın) yayınlanmış ise, daha sonra sahibinin, adının konulmasını veya kullanılmasını isteyebilmesi için, önce eserin sahibi olduğu ispatlaması gerekir.³²⁵ FSEK m.15/3.fıkraya göre eser sahibi, eser sahipliğinin tesbiti amacıyla yetkili mahkemeye dava açabilecektir.

Eser sahibi olarak tanıtılma hakkı, eser sahibinin eserde bu sıfatını belirtme yetkisinden, üçüncü kişilerin onun sıfatını her yer ve herhalde anma ve açıklama mecburiyetinden ve kendi eserinin haksız yere sahiplenilmesini (intihali) engelleme yetkilerinden oluşur.³²⁶

Eser sahibinin adının eserden çıkarılması, gösterilmemesi, klasik umuma arz hallerinde güç olmasına rağmen, sanal ortamda bu hakkın ihlali oldukça kolaydır.³²⁷

FSEK, adın belirtilmesi salahiyyetinden sözleşme ile vazgeçilme konusunda bir düzenleme getirmemektedir. Doktrinde, bu hakkın manevi hakların en önemlisi

³²⁵ Tekinalp, a.g.e., s.156.

³²⁶ Ateş, a.g.e., s.141.

³²⁷ Akipek, Dardağan, a.g.e., s.63.

olduğu, sözleşme³²⁸ ile vazgeçilmesinin dahi mümkün olmayacağı³²⁹ savunulmaktadır.

3.2.4. Eserde Değişiklik Yapılmasını Önleme Hakkı

Eserin bütünlüğünü koruma hakkı olarak da adlandırılabilir bu hak, FSEK m.16'da düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre eserde, veya eser sahibinin adında kısaltmalar, ekleme ve başka değiştirmeler yapılamayacaktır.

FSEK anlamında, eser bir bütündür. Adından başlamak üzere tüm bölümleriyle birlikte son kısmına varıncaya değin –bir bütün olarak– sahibinin hususiyetlerini taşır. Bu nedenle eserin herhangi bir kısmına, kısımlar arasındaki sıralamaya, kısımların içeriğine yapılacak olası bir müdahalenin eserin bütünlüğünü bozması, dolayısıyla eserin sahibinin hususiyetlerinden uzaklaşması, özelliğini kaybetmesi sonucuna yol açabileceği muhakkaktır. Yargıtay bir kararında,³³⁰ eseri bozacak şekilde yorumlamayı dahi eserde değişiklik olarak nitelendirmiştir. Benzer şekilde bir roman veya makalede ekleme ve çıkarmalar yapılması, bir şarkının sözlerinin değiştirilmesi, bir resmin farklı renklerle boyanarak yayınlanması gibi durumlarda eserde değişiklik yapıldığı, eser sahibinin manevi hakkına müdahale edildiği kabul edilebilecektir.

FSEK m.16/2. fıkrada: “Kanunun veya eser sahibinin müsaadesiyle bir eseri işleyen, umuma arzeden, çoğaltan, yayımlayan, temsil eden veya başka bir suretle yayan kimsenin teknik icabı zaruri görülen değiştirmeleri, eser sahibinin özel bir izni olmaksızın yapabileceği,, hususu düzenlenmiştir. Bazen fikir ve sanat eserlerinden yararlanma, bir değişiklik gerektirebilir, örneğin bir romanın tiyatro piyesi haline dönüştürülmesinde, yada bir eserin başka bir dile tercümesinde bazı değişikliklerin yapılması zorunlu olabilir.³³¹ Bu durumda FSEK m.16/2. fıkra gereğince eser sahibinden çoğaltma, yayma veya temsil izni almış olan kişiler,

³²⁸ Arslanlı, a.g.e., s.89.

³²⁹ Tekinalp, a.g.e., s.158.

³³⁰ Yargıtay “Çile bülbülüm çile,, şarkısının usulüne uygun olmayan bir tarzda okunmasını eserde değişiklik olarak kabul etmiştir. HGK'nun 11.2.1983 tarih ve E.1981/4-70, K1983/123 sayılı kararı (Tekinalp s.158'den naklen)

³³¹ Erel, a.g.e., s.123.

başka özel bir izne daha gerek olmaksızın çoğaltma, yayma veya temsil tekniğinin zorunlu kıldığı değişiklikleri yapabileceklerdir. Buradaki ölçüt “teknik gereklilik bulunması,, olup, bu ölçütün objektif olarak bulunması aranmalıdır.

Yapılacak –teknik zorunluluk da olsa– değişikliğin sınırı, Kanunun 16/3. maddesinde ifade edildiği üzere “sahibinin şeref ve haysiyetinin bozulması ve eserin mahiyet ve hususiyetinin bozulması,, halidir. Eser sahibi değişikliğe, kendisi izin vermiş veya teknik zorunluluk gerektirmiş olsa dahi, değişiklik sonucunda eserin mahiyeti veya hususiyeti bozulmuş yada eser sahibinin şeref ve şöhretine zarar gelmiş ise bu tür değişiklikleri her halükarda engelleme hakkına sahiptir. Bu men yetkisinden, sözleşme ile vazgeçmek hükümsüzdür.

Eser sahibinin şeref ve şöhretini yada eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan değişikliklere karşı, eser sahibi yada eser sahibinin ölümünden sonra FSEK m.19/2 hükmü gereğince hakları kullanabilecek diğer kimseler³³² 70 yıl içinde dava açabileceklerdir.

Eserde değişiklik yapılmasını önleme yetkisinin, mimari eserler sözkonusu olduğunda farklı bir yoruma tabi tutulması gerekir.³³³ Kullanım ihtiyaçlarını karşılamak üzere inşa edilmiş bir mimari eserin, yapının değiştirilmesi, diğer güzel sanat eserleri gibi katı kurallara tabi tutulmamalıdır.³³⁴

Burada bir taraftan eser sahibinin eseri üzerindeki manevi hakkı korunacak ancak diğer taraftan mimari eserin (yapının) fonksiyonel niteliğinin de önem taşıdığı unutulmayacaktır. Kısacası, mimari eserin fikir ve sanat eseri yönü ile fonksiyonel yönü bir arada değerlendirilecektir. Mimar, daha projeyi yaparken, bu yapının bir

³³² FSEK, m.19/1 fıkrada hakları kullanabilecek kimseler; “vasiyeti tenfiz memuru, bu tayin edilmemiş sırasıyla : sağ kalan eşi ile çocukları ve mansup mirasçıları, ana-baba ve kardeşleri,, olarak belirtilmiştir. Yine aynı maddenin 3. fıkrasında da “diğer hak sahiplerinin yetkilerini kullanmamaları halinde, hak sahibinden veya halefinden mali bir hak iktisap eden kimsenin meşru bir menfaati bulunduğunu ispat şartıyla 14, 15 ve 16’ncı maddelerinin üçüncü fıkralarında tanınan hakları kendi adına kullanabileceği,,hususu düzenlenmiş, yine aynı maddenin son fıkrasında ise “hak sahiplerinin bu haklarını kullanmaması durumunda, yahut 70 yıllık sürenin bitiminde, Kültür Bakanlığının memleket kültürü bakımından önemli gördüğü eserlerde dava hakkını kullanabileceği,, hükme bağlanmıştır.

³³³ Tekinalp, a.g.e., s.159.

³³⁴ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Erel, a.g.e., s.125-130.

takım ihtiyaçlara cevap vermek üzere inşa edileceğini, asıl amacın yapının fonksiyonu olduğunu bilmektedir. Mimar, bu nedenle daha proje aşamasında yapı malikine, mülkiyet hakkı ve imar mevzuatı çerçevesinde ileride o yapıyı tadil etmek hususunda, mesleki şeref ve itibarını gözetmek kaydıyla yetki vermiş sayılmalıdır.³³⁵ Bilindiği üzere, mimari eserlerde kullanım amacı, yapının fonksiyonunun yerine getirmesi, yapının estetik yönünden önce gelmektedir. Bu nedenle, mimari eser sahibinin hakkının kayıtsız şartsız üstün tutularak, FSEK m.16'daki kuralın mimari eserlerde sıkı sıkıya uygulanması MK'nun "hak ve nesafet kuralı,, ile de bağdaşmayacak, adil olmayan sonuçlar doğurabilecektir. FSEK m.17/2. fıkra hükmüne göre "asıl 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". Bu hüküm, FSEK m.16'da belirtilen "eser sahibinin eserlerde değişiklik yapılmasını men etmek hakkı,,nın özel bir uygulamasını göstermektedir.³³⁶ Bu hükme göre bir tabloyu veya heykeli satın alarak aslına malik olan kişi, bu asılı tahrip edemeyecek veya yok edemeyecektir. Yine, FSEK m.17/2. fıkra hükmünün de mimari eserler yönünden farklı yorumlanması gerekeceği ifade edilmektedir. Öyle ki, mimari eserlerde taraflar arasında yapılacak sözleşmede malike eseri imha yetkisini vermeye engel olacak şekilde hükmün yorumlanmaması gerekir. Aksi halde, mimari bir yapının yıkılmasının zorunlu olduğu bazı durumlarda, eser malikinin bu hakka sözleşme ile de olsa sahip olmasına engel olmak, pratik hayatın gerçekleriyle bağdaşmaz.³³⁷

3.2.5. Eser Sahibinin Zilyed ve Malike Karşı Hakları

FSEK m.17'de düzenlenen bu hak, doktrinde "Eserin aslına ulaşma hakkı" olarak da tanımlanmaktadır. Fikir ve sanat eserleri; üzerinde cisimlendikleri eşyadan, maddi maldan ayrı bir hukuki varlığa sahiptirler. Bu kurala göre bir eser üçüncü bir kişiye şahsi veya aynı bir hak çerçevesinde devredilmiş olsa bile, eser

³³⁵ Erel, a.g.e., s.126.

³³⁶ Erel, a.g.e., s.132.

³³⁷ Ateş, a.g.e., s.152, Tekinalp ise, bu konudaki tek istisnanın toplum belleğinde yer etmiş binalar ve eski eser mevzuatına göre korunan binalar olduğunu belirtmektedir. Bkz. Tekinalp, a.g.e., s.159.

sahibinin eseri üzerindeki fikri haklarının kural olarak devam edeceği, FSEK m.57/1. fıkrada belirtilmiştir.³³⁸

FSEK, eser sahibine gerektiği durumlarda, –koruma şartlarını yerine getirmesi şartıyla– eserinden geçici bir süre için yararlanması hakkını tanımıştır. Bu hakkın kullanılması genellikle eserin tek ve özgün olduğu güzel sanat eserlerinde veya elyazması eserlerde ortaya çıkabilir,³³⁹ ancak günün ve teknolojinin gereklerine göre her türlü eserin orijinalinden yararlanmaya eser sahibinin ihtiyacı olabilir.

Kanunda, sadece “eserin aslı,, denilmişse de, bu yetkinin kullanılması sadece eserin aslıyla sınırlı tutulmamalı; eser sahibiyle, işleme ve çoğaltma hakkı sahiplerinin başka türlü esere ulaşmalarına ve ondan yararlanmalarına imkan bulunmayan tüm hallerde malik ve zilyedin eserin aslına ulaşma hakkının varlığı kabul edilmelidir.³⁴⁰

Kanunda, yararlanmanın, eserin aslına ulaşmanın amacı belirtilmemiş, yalnızca “gerekli durumlarda” ibaresine yer verilmiştir. Bu nedenle eser sahibinin, eserin aslına ulaşmadaki hedefi, ticari olabileceği gibi, ticari olmayan amaçlar da olabilir. Ancak, ticari amacın, malik ve zilyedin hakları ile çelişmemesi gereklidir.

FSEK 17. maddenin son fıkrasında ise, eser sahibinin özel bir geçici yararlanma durumu düzenlenmiştir. Bu hükme göre; “Eserin tek ve özgün olması durumunda eser sahibi, kendisine ait tüm dönemleri kapsayan çalışma ve sergilerde kullanmak amacıyla, koruma şartlarını yerine getirerek iade edilmek üzere eseri isteyebilir”

Eser sahibi FSEK 17. madde ile tanınan açıkladığımız manevi hakkını, eserin aslının malikine veya zilyedine karşı ileri sürecektir. Eserin aslının veya malikinin, eser sahibinin bu talebine itiraz etme hakları da olmalıdır; örneğin Kanunda

³³⁸ Bu kural FSEK m.57/1. fıkrada “Asıl veya çoğaltılmış nüshalar üzerindeki mülkiyet hakkının devri, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, fikri hakların devrini ihtiva etmez,, hükmüyle belirtilmiştir.

³³⁹ Tekinalp, FSEK m.17/1. fıkrada yer verilen güzel sanat eserlerinin türlerinin sınırlı şekilde sayılmasının hatalı olduğu görüşündedir. Bkz. Tekinalp, a.g.e., s.161.

³⁴⁰ Tekinalp, a.g.e., s.161, Erel, a.g.e., s.131.

düzenlenen haklı sebeplerin oluşmadığı veya koruma şartlarının yerine getirilmediği gibi nedenlerle bu hakkın kullanılmasına itiraz edebilecektir. Eseri fiilen hakimiyeti altında bulunduran bu kişilerin borcu, “eşyaya bağlı borç”, niteliğindedir ve bu borcun objektif iyi niyet kurallarına göre yerine getirilmesi gereklidir.

3.3. MALİ HAKLAR

3.3.1. GENEL OLARAK MALİ HAKLAR

Mali haklar, eser sahibine eserinden ekonomik olarak yararlanma yetkisi veren ve bu haklardan üçüncü kişilerin yararlanmasını engelleme yetkisi tanıyan mutlak haklardır. FSEK m.20/1. fıkrada “... faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir,, denilerek, bu hakkın mutlak hak olduğuna işaret edilmiştir.

FSEK, mali haklar bakımından eserin alenileşmiş olup olmamasına göre bir ayırım yapmaktadır.³⁴¹ Bir fikir ve sanat eserinin bir mali hakka konu teşkil edebilmesi için “alenileşmesi,, dış dünyaya açıklanmış olması gereklidir.

FSEK m.20/1. fıkrada “Alenileşmiş bir eserden eser sahibine münhasıran tanınan faydalanma hakkı, bu kanunda mali hak olarak gösterilenlerden ibarettir,, demek suretiyle,mali hakların FSEK’de sınırlı olarak sayıldığı, bunların dışında yeni bir mali hak türü ihdas edilemeyeceği vurgulanmaktadır. Kanun, sınırlı sayma ilkesini benimsemiştir, ancak bu ilkenin uygulanması, fikri hukuktaki modern gelişmelere ve eserden teknoloji imkanları kullanılarak ileride gerçekleştirilecek yararlanma şekillerinin açıklanmasında güçlükler doğurabilecektir. Hakların kapsamlarının teknik ilerlemeler sonucu genişleyebileceği de düşünülmelidir.³⁴²

Mali hakların bir diğer özelliği de, bu hakların birbirlerinden bağımsız olmalarıdır. FSEK m.20/1. fıkra son cümlede bunlardan birinin tasarrufu ve kullanılmasının diğerlerine tesir etmeyeceği kuralına yer verilmiştir. Mesela, bir

³⁴¹ Zaten alenileşmemiş bir eserin hiçbir fikri hak türüne konu oluşturamayacağı tartışmasızdır, dolayısıyla bu ayırımın niçin yapıldığını anlamak güçtür. Bu konudaki eleştiriler için bkz. Arslanlı, a.g.e., s.93, Ayiter, a.g.e., s.126, Erel, a.g.e., s.133, Ateş, a.g.e., s.158.

³⁴² Nitekim FSEK m.2/2. fıkrada “eserin... bilinen ya da ileride geliştirilecek olanlar her türlü araca kayıt edilmesi..., denilerek hakların kapsamlarının genişletebileceğine işaret edilmiştir.

eserin temsil hakkı devredildiğinde, bu onun çoğaltma hakkının da devredildiği anlamına gelmeyecektir. Ancak bir mali hakkın kullanılabilmesi, başka bir mali hakkında kullanılmasını gerektiriyorsa, eser sahibinin bu kullanmaya muvafakat verdiği kabul edilmelidir.³⁴³

Mali hakların en önemli özelliklerinden birisi de hukuki işlemlere konu³⁴⁴ olabilmeleri, miras yolu ile veya ölüme bağlı tasarrufla intikal edebilmeleridir. Mali hakları eser sahibi bizzat kendisi kullanabileceği gibi, bir temsilci vasıtasıyla da kullanılabilir. Bu anlamda, uygulamada Meslek Birlikleri (FSEK m.42) önem taşımaktadır. Eser sahibi, mali haklarının kullanılmasını hususunda bir meslek birliğine yetki verdiği takdirde, mali hakların kullanılmasını meslek birliği gerçekleştirecektir.

Mali haklar devredilebilmesine, hukuki işlemlere konu olabilmesine rağmen, "eser sahipliği", eserin yaratılmasıyla kazanılan bir statüdür ve eser sahibinden başka bir kişinin şahsıyla birleştirilmesi yaratma gerçeği ilkesine aykırıdır, bu nedenle "eser sahipliği,, statüsü devredilemez.

FSEK, eserden kaynaklanan ekonomik yararlanmalarda, eser sahibinin mümkün olan en yüksek oranda yararlanması ilkesini benimsemiştir.³⁴⁵ Bu ilkenin sonucu olarak, eser dolayısıyla meydana gelecek her türlü ekonomik yararlanma öncelikle eser sahibine ait olacaktır. Özellikle, eserin teknoloji imkanları ile yeni yararlanma, ekonomik getiri üretme imkanına kavuştuğu hallerde bu ekonomik getiri eser sahibine ait olacaktır. FSEK m.45'de düzenlenen güzel sanat eserlerinin satış bedellerinden eser sahibine pay verilmesi bu ilkenin sonucudur.

"Basamak sistemi,, olarak adlandırılan sistem gereğince, eserin her değişik kitleye, yani her farklı tüketici çevresine ulaşması ile hak sahibine yeni bir maddi karşılık ödenmesi gerekir.³⁴⁶ Bu ilke gereğince eserin bir kopyasını satın alan

³⁴³ Erel, a.g.e., s.134, Örneğin bir eseri tercüme suretiyle işleme hakkını devralan şahıs, meydana getirdiği işleme eseri yayımlayabilmelidir, aksi halde işleme hakkının devralınması bir anlam taşımayacaktır.

³⁴⁴ Bu bağlamda haklar devredilebilir, kiralanabilir, rehnedilebilir, cebri icra konusu olabilir.

³⁴⁵ Tekinalp, a.g.e., s.168.

³⁴⁶ Tekinalp, a.g.e., s.169.

tüketici, bu kopyadan şahsi kullanımı için yararlanabilir. Örneğin bir sinema filminin DVD'sini satın alan tüketici, bu filmi evinde aile bireyleriyle veya yakınlarıyla dilediği kadar izleyebilir, fakat aynı kişi bu filmi, firmasına ait bir otobüste yolculara izletirse, burada basamak ilkesi gereğince, eserin farklı bir basamağa sunulduğundan bahsedilir ve eser sahibinin mali karşılık talep hakkı doğar. Yine benzer şekilde tüketici, bu DVD'yi şahsi kullanımı için kendisi kullanmak üzere çoğaltabilir, fakat çoğaltarak yakınlarına birer örneğini hediye ettiğinde hak sahibinin mali hakkını ihlal etmiş sayılacaktır.

FSEK'te belirtilen mali haklar; işleme hakkı (FSEK m.21), çoğaltma hakkı (FSEK m.22), yayma hakkı (FSEK m.23), temsil hakkı (FSEK m.24), işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı (FSEK m.25), pay (izleme) hakkı'ndan (FSEK m.45) ibarettir.

3.3.2. İŞLEME³⁴⁷ HAKKI

FSEK m.6'da "işlenmeler,, tanımlanmış ve işlenme türlerinden başlıcaları 11 bent halinde sayılmıştır. Yine aynı maddede, işleyenin hususiyetini taşıyan işlenmelerin de eser sayılacağı düzenlenmiştir.

FSEK m.21'e göre; "Bir eserden, onu işlemek suretiyle faydalanma hakkı, münhasıran eser sahibine aittir,, Yani bir eseri işlemek isteyen kişi, eser sahibine başvurmak, onun onayını almak zorundadır, aksi takdirde eserden işlemek suretiyle yararlanması imkansızdır. İşleme suretiyle bir eserden yararlanma ekonomik amaçlı bir faaliyettir. Bu nedenle, işleme hakkı bir mali hak olarak kabul edilmektedir, çünkü işleme sonucunda, asıl esere tabi olan, fakat ondan ayrı, yeni bir eser ortaya çıkacak ve dolayısıyla ekonomik değer taşıyan yeni bir fikri ürün ortaya konulmuş olacaktır.

İşleme hakkının kullanılabilmesi bazen kanundan doğabilmektedir, bu durumlarda işleme hususunda eser sahibinden izin alınmasına gerek yoktur, örneğin

³⁴⁷ FSEK m.21 "İşleme" hakkı terimini kullanırken, 4630 sayılı kanunla 6. maddede yapılan değişiklik sonucu "işlenme" terimi tercih edilmiştir. Terim birliğinin bulunmamasına rağmen, kanun koyucunun ifade etmek istediği şeyin farklı olmadığı kanaatindeyiz.

FSEK m.31’de düzenlenen resmi mevzuatın veya yargı kararlarının resmen yayınlanması veya ilan edilmesi halinde bunların işlenmelerinin serbest olması gibi. Yine FSEK m.34’de düzenlenen yayınlanmış musiki, ilim ve edebiyat eserleri ile alenilemiş güzel sanat eserlerinden, amaca uygun oranda iktibaslar yapılarak eğitim ve öğretim gayesiyle seçme ve toplama eserler vücuda getirilmesi halinde de işleme kanundan doğmaktadır ve eser sahibinin muvafakatının alınmasına gerek yoktur.

İşleme hakkının devredildiği durumlarda, FSEK m.52’de belirtildiği şekilde yazılı bir sözleşme yapılmalı ve sözleşmenin konusunu oluşturan haklar ayrı ayrı gösterilmelidir. FSEK m.20/4. fıkrada bir işlenmenin sahibinin, kendisine bu sıfatla tanınan mali hakları, işleme hususunun serbest olduğu haller dışında, asıl eser sahibinin müsaade ettiği nisbette kullanabileceği belirtilmiştir. İşleme hakkının devredildiği hallerde amaca en yakın olan mali hakkın da devredildiği kabul edilmelidir. İşleme hakkı hangi amaçla iktisap edilmişse, ancak o amaca uygun kullanılabilir.

İşleme hakkını devralan kişi, o işleme türüne özgü olmak üzere, kendi işleme üzerinde eser sahipliğinden doğan bütün haklara sahiptir.³⁴⁸ Örneğin işleme eseri umuma arz etmek, mali hakları kullanmak gibi haklar asıl eser sahibinden bağımsız olarak işleyene aittir. Bu hakkın işleyene tanınması, kaynağını sahibinin hususiyetini taşıyan işlemlerin eser sayılacağı kuralında (FSEK m.6) bulunmaktadır.

İşleme eser üzerinde yeniden bir işleme yapılması işleyenden başka asıl eser sahibinin de iznine tabidir.³⁴⁹ İşleme hakkını devralan kişi, bu hakkını üçüncü bir kişiye devretmek isterse eser sahibi veya mirasçılarının da muvafakatını almak zorundadır (FSEK m.49/2. fıkra). FSEK 55. madde hükmüne göre eser sahibi bir mali hakkını devrettiğinde, bu devir eserin işlenmelerini kapsamayacaktır. Yani işleme hakkı sahibi üçüncü kişilere karşı korunduğu gibi, asıl eser sahibine karşı da korunmaktadır.

³⁴⁸ Öztrak, a.g.e., s.32.

³⁴⁹ Erel, a.g.e., s.136.

İşlenme, kişisel amaçlarla yapılabilir. Bu durumda eser sahibinin izninin alınmasına gerek bulunmamalıdır. Çünkü kar amacı bulunmamakta ve sadece şahsi kullanım çerçevesinde işleme yapılmaktadır.³⁵⁰ İşleme fiilinin sanal ortamda gerçekleştirilmesi, klasik yöntemlere nazaran büyük kolaylık arzeder, ancak örneğin kişinin bilgisayara yükleyeceği bir tercüme programı ile eserin tercümesini yapması durumunda da işleme hakkını ihlal etmesi çok kolaydır, ancak bu durumda program yaratıcısının bir sorumluluğunun bulunmaması gerekir.³⁵¹

3.3.3. ÇOĞALTMA HAKKI

Çoğaltma hakkı FSEK m.22’de düzenlenmiştir, bu hükme göre; “bir eserin aslını veya kopyalarını, herhangi bir şekil veya yöntemle, tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak çoğaltma hakkı münhasıran eser sahibine aittir,³⁵²

Çoğaltma, eserin aynen tekrarlanmasını ve maddi bir varlık olarak dış dünyada bulundurulmasını sağlama amacına yönelik teknik bir işlemdir.³⁵³ Bu işlem eserin üzerine aktarıldığı cismin şekline, türüne göre farklılık arzedebilir. Bir kitabın basılması, bir şarkının CD’ye kaydedilmesi, bir resmin reproduksiyon ile kopyalarının çıkarılması, bir sinema filminin bilgisayara kaydedilmesi gibi değişik şekillerle çoğaltma hakkının kullanılması mümkündür.

FSEK m.22/1. fıkra hükmüne göre; çoğaltma asıldan yapılabileceği gibi eserin kopyasından da yapılabilecektir. Çoğaltma, eserin tamamının veya bir kısmının çoğaltılması şeklinde olabilecektir. Doğrudan çoğaltma mümkün olduğu gibi, dolaylı olarak da çoğaltma mümkündür. Yine eser sürekli olarak çoğaltılabileceği gibi, geçici olarak da çoğaltılabilir. Yasa koyucu çoğaltmanın

³⁵⁰ Ayiter, a.g.e., s.126, Tekinalp, a.g.e., s.170, Erel, a.g.e., s.135, Ateş, a.g.e., s.164.

³⁵¹ Akipek, Dardağan, a.g.e., s.62.

³⁵² Maddenin anılan ilk fıkrası 4630 sayılı kanunla 21.02.2001 tarihinde değişikliğe uğramıştır. Değişiklikten önceki 1. fıkra hükmü; “Bir eserin aslını veya işlenmelerini kısmen ya da tamamen çoğaltma hakkı münhasıran eser sahibine aittir,, şeklinde idi.

³⁵³ “Çoğaltma,, bazen “reprografik çoğaltma,, olarak da belirtilmektedir. Reprografik çoğaltma fotoğraf, tarama, mikrokopya ya da benzeri teknolojik çoğaltma araçları kullanılarak yapılan çoğaltmayı ifade etmekte kullanılan bir terimdir.

herhangi bir şekil veya yöntemle yapılabileceğinden söz ederek, her türlü teknolojik imkanla yapılacak çoğaltmanın, mali hak sahibinin hakkına aykırılık oluşturmasının önüne engel koymamıştır. FSEK 22. maddenin 2. ve 3. fıkrasında; “Eserlerin aslından ikinci kopyasının çıkarılması yada bir eserin işaret, ses veya görüntü nakline yarayan, bilinen yada ileride geliştirilecek olan her türlü araca kayıt edilmesi, her türlü ses ve müzik kayıtları ile mimarlık eserlerine ait plan, proje ve krokilerin uygulanması çoğaltma sayılır. Aynı kural kabartma ve delikli kalıplar hakkında da geçerlidir. Çoğaltma hakkı; Bilgisayar programının geçici çoğaltılmasını, gerektirdiği ölçüde programın yüklenmesini, görüntülenmesini, çalıştırılmasını, iletilmesi ve depolanmasını da kapsar” hükmünü taşımaktadır.

Bu madde hükmüne göre, mimari bir esere ait projenin uygulanması, yani yapı yapılması çoğaltma olarak kabul edilmiştir. Çoğaltma söz konusu olduğunda, eserin türüne uygun yararlanma şekline göre çoğaltmanın yapılması gerekir. Örneğin bir sinema eserinin CD, video kaset veya bilgisayara kaydedilmesi, kitabın basılarak çoğaltılması veya internete konulması gibi haller çoğaltmadır. Buna karşın, bir tiyatro eserinin fotoğrafının izinsiz olarak çekilerek yayımlanması çoğaltma değildir.³⁵⁴

Sanal ortam, çoğaltma hakkının ihlalinin en kolay olduğu mecradır. Bir eserin, hukuka aykırı olarak bir web sitesinde erişime sunulması, çoğaltma hakkının ihlalidir. Eser sahibinin izni olmaksızın bir eserin herhangi bir web sitesinde yayınlanması halinde, çoğaltma hakkı, web sitesi kurucusu tarafından ihlal edilmiş olur, yine derleme eser olarak nitelendirilecek bir web sitesinin tamamının veya bazı sayfalarının hukuka aykırı olarak bir başka web-sitesine aktarılması halinde de çoğaltma hakkının ihlal edildiğinden söz edebilecektir.³⁵⁵ Yine bir müzik eserinin internette MP 3 formatında indirilmesi de-eğer FSEK m.38’deki şahsi kullanım

³⁵⁴ Erel, a.g.e., s.139.

³⁵⁵ Bu konuya geniş olarak değineceğiz. Bkz. 4.1.1. İnternetteki iki web sitesi operatörünü karşı karşıya getiren Shetland -Times davasında uyumsuzluk, davacı operatör tarafından işletilen web sitesinin içinde yer alan bazı sayfaların, davalı operatör tarafından işletilen web sitesine aktarılmasından kaynaklanmıştır. Bu suretle davalının web sitesine erişen kişi, bazı başlıkları tıklayarak davacının web sitesindeki bilgilere veya sayfalara erişebilme imkanını elde etmiştir. Mahkeme, açıklanan bu fiilin, bir ihlal teşkil ettiğine, dolayısıyla telif hakkı sorumluluğu doğurduğuna karar vermiştir. (Bu karar hakkında bkz. Akipek-Dardağan,a.g.e., s.57-58)

istisnası kapsamında değil ise- yararlanan kişi yönünden çoğaltma hakkının ihlalidir.

Yargıtay II. HD. 15.05.2001 tarih ve 1804/4344 sayılı yayınlanmamış kararında, bilgisayar veri tabanının lisanssız olarak kullanılması eyleminin FSEK m.22/3. fıkra uyarınca, programın başka bilgisayara yüklenmesi, depolanması olduğunu ve bunun çoğaltma hakkının ihlali oluşturduğunu kabul etmiştir.³⁵⁶ Bilgisayar programının geçici çoğaltılmasını gerektirmeyen ölçülerde yapılan çoğaltmalar, yani eserin bilgisayarın hafızasına kaydedilmesi veya bir maddi cisme (disket, kağıt v.b.) kaydedilmesi işlemleri de FSEK m.22/3. fıkra hükmü karşısında, çoğaltma hakkının ihlali olarak değerlendirilebilecektir.

FSEK m.38³⁵⁷ bütün fikir ve sanat eserlerinin şahsen kullanma amacıyla çoğaltılmasına izin verdiği halde, bilgisayar programları yönünden “şahsen kullanma amacına yönelik çoğaltma,, ancak zorunlu olan durumlarda ve çok sıkı şartlar dahilinde mümkün olabilecektir.³⁵⁸ Bu sıkı korumanın nedeni bilgisayar programlarının yer aldıkları sayısal ortam nedeniyle çoğaltılması en kolay fikri ürünler olmasında yatmaktadır.

FSEK m.38/6. fıkarda düzenlenen “ara işlerliği gerçekleştirmek üzere yapılacak çoğaltma” durumu da yine çok sıkı şartlara bağlanmış olup; ancak çoğaltmanın zorunlu olduğu durumlarda ve maddede açıklanan esaslar dahilinde yapılabilecektir.³⁵⁹ Ancak, bilgisayar programını yasal yollardan edinen kişi, olası

³⁵⁶ Tekinalp, s.171’den naklen

³⁵⁷ FSEK m.38, Eser sahibinin haklarının şahsi kullanma istisnası gereğince sınırlanmasını düzenlemektedir. Maddenin 1.fikrasına göre “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,,

³⁵⁸ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Erel, Şafak, Fikri Hukuk da Bilgisayar Programlarının Korunması AÜSBFM c.49, s.1-2, s.141 v.d.; Kaypakoğlu, Serhat; Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunması, İzmir 1997, s.105-119.

³⁵⁹ FSEK m.36/6. fıkra hükmü şöyledir; “Bağımsız yaratılmış bir bilgisayar programı ile diğer programların ara işlerliğini gerçekleştirmek üzere gerekli bilgileri elde etmek için, bilgisayar programının çoğaltılması ve işlenmesi anlamında kod’un çoğaltılmasının ve kod formunun çevirisinin de zorunlu olduğu durumlarda bu fiillerin ifası aşağıdaki şartların karşılanması halinde serbesttir;

1) Bu fiiller, ruhsat sahibi veya bir bilgisayar programının kopyasını kullanma hakkı sahibi diğer bir kişi tarafından veya onların adına bunu yapmaya yetkili kişi tarafından ifa edilmesi

tehlikelere karşı kendine bir adet yedekleme kopyası alabilecektir. FSEK m.38/4. fıkrada yedekleme kopyası almanın sözleşmeyle önlenemeyeceği açıkça ifade edilmiştir. Yine bir eserden internet ortamında yararlanan kullanıcının teknik zorunluluktan doğan bir çoğaltma yapması durumunda –örneğin eserin bilgisayarın geçici hafızasına yüklenmesi gibi– FSEK m.38/1. fıkradaki şahsi kullanım istisnası kapsamında değerlendirilmelidir, yoksa bu istisnanın internet ortamında sunulan eserler yönünden uygulanmaması, sanal ortamda o eserden kullanıcının hiçbir şekilde yararlanamaması sonucunu doğurabilecektir.

FSEK m.22/1. fıkra hükmünde düzenlenen çoğaltma hakkı, hem eserin aslı hem de işlenmeleri bakımından geçerlidir. Ancak, eserin herhangi bir şekilde icrası halinde icracı sanatçılarında icra üzerinde hakları vardır. icracı sanatçıların bu hakları FSEK m.80/(1) A (2)'de belirtilmiştir.³⁶⁰

3.3.4. YAYMA HAKKI

Yayma hakkı FSEK m.23'de düzenlenmiş olup, maddenin 1. fıkrasında; “bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarda dağıtmak hakkı münhasıran eser sahibine aittir” denilerek yayma hakkı'nın eser sahibine tanınan bir mutlak hak olduğu belirtilmiştir.

Yayma, çoğaltılmış bir eserin işlenmesinin dağıtma, satış, kiraya verme, ödünç verme gibi herhangi bir yolla “ticaret mevkiine konulması”, anlamındadır.³⁶¹ Yayma hakkının kullanılmasında ticari amaç bulunabileceği gibi, ticari olmayan amaçlarla da yayma hakkı kullanılabilir. Yayma hakkının kullanılmasındaki ticari amaç geniş yorumlanmalı ve eserin kar amacı olmaksızın dağıtılması da bu kapsamda sayılmalıdır.³⁶²

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

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

³⁶⁰ Bu konuda bkz. 3.4.1.

³⁶¹ Tekinalp, a.g.e., s.172.

³⁶² Erel, a.g.e., s.146.

Yayma hakkının konusunu, eserin çoğaltma sonucu elde edilen maddi nüshaları oluşturur; kitap, CD, kaset gibi. Bu nedenle ortada esere ait elle tutulan maddi bir nüsha yoksa yayma hakkının ihlal edildiğinden de söz edilemez. Bir eserin haksız olarak internet ortamına sunulması durumunda, maddi bir suret bulunmadığından yayma hakkının ihlal edildiğinden söz edemeyiz, ancak yerine göre, çoğaltma, temsil, umuma iletim gibi hakların ihlalinde söz edilebilir.

Yayma hakkı, bir mali hak olup, “yayınlanma” olgusundan farklıdır. Yayım sözleşmesi, yayımcı bakımından sadece bir hak doğurmakla kalmayıp, aynı zamanda da yayımcıyı eser sahibine karşı eseri çoğaltma ve yayma borcu altına da sokar.³⁶³

Eser sahibi yayma hakkını, bizzat kendisi kullanabileceği gibi, bir başkasına da devredebilir. Bu devir süreli veya süresiz, yer bakımından sınırlı, maddi karşılık alarak yada karşılıksız da yapılabilecektir. Çoğaltma hakkının kullanılması, çoğu zaman yayma hakkının da hemen kullanılacağı anlamına gelir. Ancak, yurtdışında basılan eserlerde veya yurtdışındaki stüdyolarda kaydedilen müzik eserlerinde ya da eser sahibinin ekonomik veya başka sebeplerle eserinin piyasaya sürülmesini uygun görmeyerek ertelediği durumlarda, eserin çoğaltılması ile yayılması arasında bir zaman dilimi girebilir. Yani, her çoğaltma derhal yayma ile sonuçlanmayabilir.

Çoğaltma hakkı devredilmişse, bu çoğu kez yayma hakkının da devri anlamını taşır, yayma hakkının verilmediği iddiasının ileri sürülebilmesi için ancak sözleşmede bu konuda açık ve kesin hükümler bulunmalı veya “hal ve şart,, böyle bir iddiayı desteklemelidir.³⁶⁴

FSEK m.23, yayma hakkı konusunda işleme sahibi ile komşu hak sahiplerinin haklarından hiç söz etmemiştir. Belirtildiği üzere maddede yalnızca “eser sahibinin haklarından,, söz edilmiştir. Yayma hakkı, eser sahibinden başka,

³⁶³ Ayiter, a.g.e., s.242, Tekinalp, a.g.e., s.172, Erel, a.g.e., s.145.

³⁶⁴ Tekinalp, a.g.e., s.173.

eseri icra eden sanatçılara, bu icrayı yayımlayan radyo-TV kuruluşlarına da tanınmıştır.³⁶⁵

FSEK, yayma hakkının türleri olarak kiralama ve ödünç vermek haklarından söz etmektedir. Bir eserin kiralanan veya ödünç verilerek yayılması mümkün olup, bu haklar da eser sahibine aittir. Yoksa bu haklar eseri veya eserin çoğaltılmış nüshasını satın alan kişiye satın almakla geçmeyecektir. Yani, bir kitabı veya CD'yi satın alan kişi, bunu kiralamaz veya ödünç veremez. Bu konuda FSEK m.23/3. fıkra hükmüyle, “bir eserin veya çoğaltılmış nüshaların kiralananması veya ödünç verilmesi şeklinde yayınının, eser sahibinin haklarına zarar verecek şekilde, eserin yaygın kopyalanmasına yol açamayacağı” kuralını getirmiştir. Eser sahibi, kiralama veya kamuya ödünç verme hakkını –saklı tutmamış olsa bile– bu haklar doğal olarak eser sahibine ait olmalıdır.³⁶⁶ Bir fikir ve sanat eserini satın alan kişinin amacının bu eserden “fikir ve sanat yönüyle yararlanmak,, olduğu, yani satın alanın amacının gayrimaddi bir amaç olduğu düşünüldüğünde, bu kişinin eseri kiralaması veya kamuya ödünç vermesi halinde bu amaçtan uzaklaşıldığı ve ticari amaç güdüldüğü ortadadır. Böyle bir amaca, eser sahibinin maddi karşılık olmaksızın izin vermesi de tabii ki düşünülemez. Kamuya ödünç verme uygulamasının tipik örneği kütüphanelerdir. Kütüphaneler öğrencilere, halka veya üyelerine maddi karşılık olmaksızın kitapların, kaset veya CD, DVD'leri ödünç olarak verirler. Bu ödünç³⁶⁷ verme işlemi nedeniyle eser sahibinin, mali hakları zedeleneceği (satışlar nisbeten düşeceği için) kütüphaneler de, hak sahiplerine kütüphane primi şeklinde bir ücret öderler. Diğer taraftan ödünç alınan veya kiralanan eseri kullanan kişi, eserin yaygın olarak kopyalama hakkını elde etmez, böyle yaygın bir kopyalama eser sahibinin çoğaltma hakkına zarar verebilecektir (FSEK m.23/son fıkra).

Yayma hakkının kullanılması bağlamında, eserin ilk satışı eser sahibine ait bir münhasır haktır. Ancak, eser sahibi bir kez yayma hakkını kullanarak eserin ticaret mevkiine konulmasına izin vermişse, bu yolla eseri elinde bulunduran kişiler,

³⁶⁵ Bu konuda bkz. 3.4.

³⁶⁶ Tekinalp, a.g.e., s.175. Aksi görüş için bkz. Arslanlı, a.g.e., s.104.

³⁶⁷ Doktrinde, kamuya ödünç vermenin BK'nun ariyet Sözleşmesi hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğinden söz edilmektedir. bkz. Tekinalp, a.g.e., s.174.

ellerindeki bu nüshaları tekrar başka kişiye satabilir, devredebilirler. Bu hak, “yayma hakkının tükenmesi”³⁶⁸ ilkesi olarak, FSEK m.23/2. fıkrasının son cümlesinde ifade edilmiştir.³⁶⁹ Bu hükme göre, eserin çoğaltılmış nüshalarının ülke içinde satışı veya dağıtımını yaptıktan sonra eser sahibinin bunlar üzerindeki hakkı tükenecektir. Ancak bu suretle yayma hakkı tükense dahi, kiralama ve kamuya ödünç verme yetkisi eser sahibinde kalacaktır.

Sanal ortamda ağlar üzerinden sunulan hizmetlere konu olan eserler bakımından hakkın tükenmesi ilkesinin uygulanmayacağı görüşü egemendir. Hakkın tükenmesi ilkesi sadece fiziksel olarak dağıtımını yapılan eserler bakımından uygulanabilecek, buna karşılık internet yoluyla sanal ortama aktarılan eserler bakımından hak sahibinin yayma hakkı devam edecek ve onun izni olmadan dağıtım yapılamayacaktır.³⁷⁰

FSEK 23. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre: “Eser sahibinin izniyle yurt dışında çoğaltılmış nüshaların yurtiçine getirilmesi ve bunlardan yayma yoluyla faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Yurtdışında çoğaltılmış nüshalar, her ne suretle olursa olsun eser sahibinin izni olmaksızın ithal edilemez,., Bu hüküm ile de eserin çoğaltılmış nüshalarının ithal edilerek yayma hakkının kullanılması yine eser sahibinin iznine tabi kılınmıştır. Bu yasaklamanın altında, eserin yurtdışında çoğaltılan nüshalarının yurda sokularak daha düşük fiyata satılması sonucunda eser sahibinin haklarının zarara uğraması ihtimali yatmaktadır; örneğin bir bilgisayar programcısı, yeniden üretim teknolojisinin çok gelişmiş olduğu bir

³⁶⁸ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Eserin Sahibinin Yayma Hakkının Tükenmesi, Yıldız, Burçak, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt II, İstanbul 2003, s.579 v.d.

³⁶⁹ Erel, FSEK, m.23/2. fıkrada düzenlenen yayma hakkının tükenmesi konusunda, 4110 sayılı yasayla yapılan değişikliğin, maddeyi anlaşılabilir hale getirdiği görüşündedir –halen yürürlükte olan madde hükmünde de 4630 sayılı yasayla yapılan değişikliğe rağmen aynı düzenleme devam etmektedir– bu konudaki eleştiriler için bkz. Erel, a.g.e., s.147.

³⁷⁰ AT Adalet Divanının vermiş olduğu kararlarda (Coditely Cine. Vo Aff. 62/99; colditel / cine. Vog. Aff. 262/81; WB and Metromon Video / Christiansen Aff. 156/86) hakkın tüketilmesi ilkesinin sadece mallara uygulanabileceği, özellikle ağlar üzerinden yapılan hizmet sunumlarının bu ilkenin kapsamı dışında olduğu vurgulanmaktadır. Bkz. Topaloğlu, a.g.e., s.148.

ülkede çoğaltılıp, ticari mal haline gelen nüshaları başka bir ülkede yayabilir, bunun içinde tabii ki eser sahibinin izni gerekecektir.³⁷¹

Eserin sanal kopyalarının, klasik yayma hakkı kapsamında ele alınması tartışma yaratabilecektir; bir eseri girdiği bir web sitesinden alıp, bir başka kişiye kopyalayan ya da e-mail veya başka bir yolla gönderen kişinin bu fiili, duruma göre çoğaltma ve temsil haklarının ihlali olarak düşünülebilse bile, yayma hakkının ihlali sayılmayacaktır.³⁷² Çünkü yayma hakkının ihlali, ancak eserin ilk kez ticari dolaşıma konulması halinde olur, tükenme ilkesi gereği sonraki kullanıcıların sorumluluğunun bulunmaması açıklanan ilkeler gereği düşünülebilecektir.

Yayma hakkının kullanılmasında, FSEK m.30 v.d.'nda düzenlenen hükümlerle, diğer mali haklarda olduğu gibi kamu yararı ve kişisel kullanım gerekleriyle bazı sınırlamalar getirilmiştir. Bunlar çoğaltma hakkına paralel nitelikte olduğundan, burada yeniden ele alınmamıştır.³⁷³

3.3.5. TEMSİL HAKKI

FSEK m.24/1. fıkra hükmüne göre,³⁷⁴ “Bir eserden, doğrudan doğruya yahut işaret, ses veya resim nakline yarayan aletlerle umumi mahallelerde okumak, çalmak, oynamak ve göstermek gibi temsil suretiyle faydalanma hakkı, münhasıran eser sahibine aittir”,

Bir fikir ve sanat eserinin doğrudan doğruya duyulara hitap edecek şekilde (dinlemek, görmek, işitmek, seyretmek gibi) kamuya sunulması temsildir.³⁷⁵ Kanun temsil şekillerini örnek olarak saymış, fakat sınırlamamıştır.FSEK md. 24'te temsil hakkı, sadece eser sahibine tanınmıştır. Komşu hak sahiplerinin temsil haklarından, genel nitelikteki bu düzenlemede bahsedilmemiştir, bu husus yorum güçlükleri

³⁷¹ Topaloğlu, a.g.e., s.40.

³⁷² Akipek-Dardağan, a.g.e., s.59, Kendigelen-Bozbel, a.g.e., s.514.

³⁷³ Bkz. 3.3.3. – Çoğaltma Hakkı

³⁷⁴ 4630 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik öncesi madde hükmünde, eserin aslı yanında işlenmelerinden de söz edilmekte idi.

³⁷⁵ Ayiter, a.g.e., s.136.

yaratmakta olup, anılan hak sahipleri yönünden de temsil hakkının var olduğu tartışmasızdır.³⁷⁶

Temsil hakkının kullanılması, FSEK 24. m. düzenlenmesine göre; doğrudan temsil şeklinde olabileceği gibi, dolaylı (vasıtalı) temsil şeklinde de olabilir.³⁷⁷ FSEK m.24/2. fıkrada, temsilin umuma arz edilmek üzere vuku bulduğu mahalden başka bir yere teknik vasıta ile naklinin de, eser sahibine ait olduğu düzenlenmiştir. Burada düzenlenen vasıtalı temsildir ve bunun içinde eser sahibinin izni gereklidir.

Temsil hakkının kullanılmasında özellik arz eden husus, yararlanmanın o ana (temsil anına) özgü olmasıdır. Temsil anı haricinde o anı aşan bir yararlanma söz konusu olduğunda temsilin bir nesneye tesbiti söz konusudur ve temsil hakkı haricindeki diğer mali hakların ihlali düşünülebilecektir. Temsil Hakkının kullanılmasında, temsilin kamuya yapılması, yani umuma açık şekilde gerçekleşmesi gereklidir. Bu nedenle, arkadaş veya dost çevresinde gerçekleşen bir temsil, FSEK 24. m. anlamında temsil hakkının kullanılması olarak nitelendirilemeyecektir.

Temsilin doğrudan veya dolaylı olması, eser sahibinin sözleşmeyle eserden doğan temsil hakkını devrettiği durumlarda özellik arz etmektedir. Temsil hakkının devri, sözleşmede aksine hüküm yoksa sadece doğrudan doğruya temsili kapsar.³⁷⁸ Yani aksi kararlaştırılmamışsa, temsil hakkının devrinin ancak doğrudan temsili kapsadığı, dolaylı temsil için yani umuma açık şekilde eserin temsil edilmesi (örneğin bir tatil köyünde müzik sisteminden müzik yayını yapılması) için, eser sahibinden yetkili meslek birliğinden (FSEK m.42) izin alınmış olmalıdır.³⁷⁹

Sanal ortamda, temsil hakkının ihlal edilmesine ilişkin çeşitli sorunlar düşünülebilecektir. Örneğin bir mailing listesine, hatta bir bilgi ağına abone olanların yakın arkadaş çevresi içinde olamayacağı , bu nedenle bu kişiler arasında

³⁷⁶ Tekinalp, a.g.e., s.178, Erel, a.g.e., s.150.

³⁷⁷ Ayiter, a.g.e., s.136, Erel, a.g.e., s.152.

³⁷⁸ Öztrak, a.g.e., s.59, Erel, a.g.e., s.153.

³⁷⁹ FSEK 41. m. hükmüyle "Umuma açık mahallelerde eser, icra fonogram, yapım ve yayınların kullanılması ve/veya iletilmesine ilişkin esaslar,, düzenlenmiştir.

yapılacak bir eser temsilinin kamuya yapılmış sayılması gerektiği ifade edilmektedir.³⁸⁰ Eserin sanal ortamda farklı zamanda, farklı yerlerde bulunan, farklı kişilere sunulması da temsil niteliği taşımaktadır,, yine henüz hedef kitleye ulaşamamakla birlikte hedef kitleye ulaşabilecek şekilde bilgi ağına gönderilmesi de temsil olarak değerlendirilmelidir.

Bilgisayar programları da hem doğrudan temsile hem de dolaylı temsile³⁸¹ konu olabilir. Sanal ortamda bir haksız fiil sonucu bir eser (bilgisayar programı, müzik eseri, şiir, v.b.) kullanıcıya ulaştığında, aynı fiille temsil hakkı ihlal edildiği gibi, çoğaltma ve umuma iletim hakkı gibi diğer hakları da ihlal edebilir.

İnternette veri paylaşımı söz konusu olduğunda, FSEK m.24 kapsamında düzenlenen temsil, diğer klasik temsillerden farklıdır.İnternet ortamındaki temsiller yer ve zaman bakımından belirlenmemiştir, hedef kitlesi de belli değildir, bu nedenle daha geniş bir anlam taşımaktadır ve internette veri paylaşım sistemindeki tek olayla sınırlı olmayan bu veri paylaşımını da, FSEK m.24 anlamında temsil olarak değerlendirmek gerektiği de savunulmaktadır.³⁸²

Temsil hakkının kullanılması da gerek kamu yararı bakımından, gerekse şahsi kullanım bakımından çeşitli sınırlamalara, istisnalara tabi tutulmuştur. Bu sınırlamalar FSEK md.31vd. 'nda düzenlenmiştir.³⁸³

³⁸⁰ Akipek/ Dardağan, a.g.e.,s.60, Bizce bu konuda mailing list'in kapsamına bakılarak, somut olaya göre karar verilmelidir. Bu liste çok yakın bir arkadaş çevresinde oluşuyorsa, buradaki veriler sadece bu yakın kişilerin kullanımına açıksa, temsilin kamuya yapıldığından söz edilmemesi gereklidir.

³⁸¹ Akipek, Dardağan,a.g.e., s.60, Nitekim Command Video Corp. K.- Columbia Pictures İndustries davasında; otele bulunan video sistemi aracılığıyla bazı filmlerin otel odasındaki müşterilere sunulmasında mahkeme, muhataplar farklı yerlerde ve farklı zamanlarda bu filmleri seyretmiş olsalar dahi, iletimin kamuya yapıldığını dolayısıyla temsilin söz konusu olduğunu karara bağlamıştır. Yine Avusturalya mahkemesi tarafından verilen bir kararda, cep telefonuna kayıtlı olan müziğin telefon kullanıcıları tarafından dinlenebilmesi kamuya iletim sayılmıştır. Bu kararlar için bkz. Akipek-Dardağan, a.g.e., s.60

³⁸² Kendigelen/Bozbel, a.g.e., s.16, internette veri paylaşımı P2P (Peer to-Per) File Sharing olarak adlandırılmaktadır.

³⁸³ Bu konuda bkz. 3.3.3. Çoğaltma Hakkı

3.3.6. İŞARET, SES VE / VEYA GÖRÜNTÜ NAKLINE YARAYAN ARAÇLARLA UMUMA İLETİM HAKKI

FSEK m.25’de bir eserin her türlü amaçla umuma iletimi düzenlenmiştir. Anılan maddenin 1. fıkrası hükmüne göre, “Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletimde 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 haklı münhasıran eser sahibine aittir.

FSEK 25. madde, 21.02.2001 tarihli 4630 sayılı kanunla değişikliğe uğramış ve tüm yayın çeşitleri umuma iletim hakkı kapsamında sayılarak, eser sahibine bu konuda mutlak hak tanınmıştır. Burada hem yayının iletimi, hem de yeniden iletimi hakkı eser sahibine tanınmıştır.³⁸⁴ İletilen bu yayınların bir materyale tesbit edilmesi halinde ise, artık iletimden değil, çoğaltma ve yayma haklarından bahsedilmesi gerekecektir. Kanunun düzenlenmesine göre bu iletimin hangi şekilde yapıldığının (analog veya dijital) yada hangi araçla yapıldığının (kablolu veya kablosuz), umuma iletim hakkının tanınması bakımından önemi yoktur. Kanun koyucu, sonucu yani “umuma iletimi” hedeflemiş, bu hedefe ulaştıran bütün yol ve yöntemlerin kullanılmasını eser sahibinin iznine bağlamıştır. Bu düzenlemeye göre, örneğin bir eserin cep telefonu mesajıyla umuma iletilmesi hak ihlali oluşturabilir.

FSEK 25. maddenin ikinci fıkrasında ise; eserin satışı, dağıtılması ve çoğaltılması ile internet ortamına sunulmak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkının da eser sahibinin olduğu açıkça belirtilmiştir.³⁸⁵ İnternetin diğer umuma iletim şekillerinden farkı, bilindiği üzere kullanıcının

³⁸⁴ “İletim” bir eserin, radyo- TV, uydu veya kablo gibi araçlarla yayın yapan bir kuruluş tarafından kamuya iletilmesi, “yeniden iletim” ise böyle bir kuruluşun yaptığı yayını alan iletim kuruluşlarının bunu ikinci el olarak umuma iletmeleridir. Bkz. Tekinalp, a.g.e., s.178

³⁸⁵ Arıkan, bu düzenlemenin 03 Nisan 2001 tarihinde imzalanan AT Bilgi Toplumu Direktifinin 3/1 maddesine ve WIPO internet sözleşmelerinden WCT 8 ve WPPT 14. maddelerine paralel olduğunu belirtmektedir, bu görüş için bkz. Arıkan, Ayşe Saadet internetin Fikri ve Sınai Haklar Üzerindeki Etkisi, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, Mayıs 2001 İzmir, DEÜ yayını, İzmir 2002, s.94.

“dilediği yer ve zamanda” esere erişim imkanlarının bulunmasıdır. Kanun koyucu bu düzenlemeyle, eser sahibine eserini internete koyarak kullanıcıların diledikleri yer ve zamanda eserden yararlanabilmelerini, FSEK m.25/2. fıkra anlamında “umuma iletim” olarak kabul ederek, eser sahibine buna izin verme veya yasaklama hakkı tanınmıştır. İnternette, bir web sitesi üzerinden eserlerin üçüncü kişilerin erişimine sunulması veya bir kişinin kendi bilgisayarının sabit diskinde kayıtlı bulunan eserleri veri paylaşım ağı üzerinden başkalarının kullanımına açık hale getirmesi FSEK m.25/2. fıkra hükmüne göre “gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda esere erişimini sağlamak suretiyle umuma iletmeye” olarak kabul edilecektir.³⁸⁶

Eserin bir web sitesine konularak çağırılmaya hazır tutulması hakkı, eser sahibine ait tutulmuş olup, Kanunun bu açık düzenlemesiyle, eser sahibinin bu yararlanma şekline göre korunması için bir mali hakkın kıyasen uygulanmasına da gerek kalmamıştır.³⁸⁷ Gerçekten de FSEK m.25/2. fıkranın bu düzenlemesi 21.02.2001 tarih ve 4630 sayılı kanunla getirilmiş ve eser sahibine bu koruma açıkça sağlanmıştır. Diğer taraftan FSEK 25. maddenin “işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı” olan başlığı ile umuma iletim hakkının yayın hakkının bir şekli gibi kabul edildiği ileri sürülmektedir.³⁸⁸ Yayma Hakkı ile Umuma İletim Hakkı arasındaki ayrımı - sanal ortam bakımından- yapmak çok güçtür ve dijital iletim hakkı da bir malî hak türü olup kullanılması için eser sahibinden izin almak gerekir.³⁸⁹ Ancak bizce yasa koyucunun belirtmek istediği; eserin herhangi bir şekilde teknolojik vasıtalar kullanılarak kamuya açıklanmasıdır.

³⁸⁶ Kendigelen-Bozbel,, s.518, Yazarlar, internette veri, paylaşımı konusunda, aktif veri paylaşım kullanıcıları ile pasif veri paylaşım kullanıcılarının ayırt edilmesi gerektiğinden söz etmektedirler. Pasif veri paylaşımı kullanıcılarının eserden faydalanmaya yönelik tüm fiilleri (eseri dijitalize etme, MP3 formatına dönüştürme, sabit disk üzerine kaydetme v.b. gibi) FSEK m.25 /2.fıkra anlamında eser umumun erişimine sunulmadığı sürece, hak sahibinin iznine tabi değildir. Bu görüşler için bkz. Kendigelen-Bozbel,a.g.e., s.521-523.

³⁸⁷ Eroğlu, a.g.e., s.75.

³⁸⁸ Türkekul, Erdem: İnternet Ortamında Fikir ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 16 Mart 2002, İnternet ve Ceza Hukuku Paneli, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını İnternet ve Hukuk İstanbul 2004, s.587. Yazar, diğer taraftan kanun koyucunun 25. maddenin başlığında kullandığı bu ifadeyi başka hiçbir yerde kullanmadığından, değişik maddelerde değişik ifadeler kullandığından söz etmektedir.

³⁸⁹ Topaloğlu, a.g.e., s.149.

Bu itibarla “yayın” fiili de bir umuma iletim şeklidir ve “umuma iletim” teriminin üst kavram olarak tercih edilmesi de oldukça isabetlidir.

FSEK m.25’de düzenlenen “umuma iletim” ile FSEK m.24/2. fıkrada, temsil hakkı bağlamında düzenlenen “umuma arz” kavramlarının kapsamı aynıdır.³⁹⁰ Burada kastedilen “umum” kavramı, kişinin arkadaş ve yakınları çevresini aşan topluluk, yani kamu, toplum anlamındadır.

FSEK m.25/3. fıkrasında ise; “bu madde ile düzenlenen umuma iletim yoluyla eserlerin dağıtım ve sunumunun eser sahibinin yayma hakkını ihlal etmeyeceği” kuralına yer verilmiştir. Bu hükümlerle, umuma iletim yoluyla eserlerin dağıtım ve sunumu halinde eser sahibinin yayma hakkını tükenmeyeceği ifade edilmektedir.³⁹¹

3.3.7. PAY ALMA (TAKİP) HAKKI

Pay alma (takip) hakkı ile eser sahibine (veya diğer hak sahiplerine), eserini bir kez sattıktan sonra, eserin değerinde olağanüstü bir artış meydana gelmiş ise, bu değer artışından onların da yararlandırılması sağlanmaya çalışılır. Örneğin bir şairin kendi el yazısı ile yazdığı şiirler satış yoluyla ikinci, üçüncü defa el değiştirmiş ve zaman içinde çok değer kazanmış, ancak önceden şair çok düşük bir fiyata satmış olup, şimdiki rayiç fiyatı ile şaire ödenen rakam arasında aşırı bir oransızlık varsa, bu bedelden şairin -belirli bir oranda- yararlandırılması amaçlanmıştır.

FSEK m.45’de³⁹² pay alma (takip) hakkı düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre pay alma hakkı, güzel sanat eserlerinin asıllarına, bunların özgün kopyalarına ve ilim, edebiyat ve musiki eserlerinin el yazısıyla yazılmış asılları için geçerlidir.

³⁹⁰ Tekinalp, a.g.e., s.179.

³⁹¹ Eroğlu, hükmün başarılı olmayan bir ifade tarzı bulunduğundan sözederek, benzer bir hükmün AT’nun 2001/29 sayılı Bilgi Toplumunda Eser Sahibinin Hakları ve Bağlantılı Haklar Direktifinde (m.3/3 bulunduğunu, oysa yazılımın CD-ROM üzerinde devri durumunda tükenmeyi kabul etmek, aynı yazılımın internette indirilmesi halinde ise reddetmenin anlamlı olmadığını, ancak AB komisyonunun internete yayma eyleminin alanı olarak izin vermek istemediğinden söz etmektedir bu görüş için bkz. Eroğlu, a.g.e., s.75.

³⁹² Doktrinde bu hakkın düzenleme yerinin FSEK’in “hükümete tanınan yetkiler” bölümü olmaması gerektiği, diğer mali hakların peşinden düzenlenmesi gerektiği, haklı olarak savunulmaktadır, bu görüş için bkz. Erel, a.g.e., s.161

Mimari eserler bakımından pay alma hakkının geçerli olmayacağı hükümde açıkça düzenlenmiştir. Çünkü bu eserlerin değerlerini, bir “eser” olmalarından ziyade, Pazar şartları, ekonomik sebepler, eserin yerinin kazandığı değer vs. belirler.³⁹³

Pay hakkının uygulanması için bir kararname çıkarılmalıdır, çünkü pay oranları çıkarılacak olan bu KHK ile belirlenecektir. Pay hakkından yararlanacak olan eser sahibidir. Eser sahibi ölmüşse, miras hükümlerine göre ikinci dereceye kadar kanuni mirasçılara veya eşine, bunlarda yoksa ilgili meslek birliğine pay verilebilir. Pay hakkı bir sefere mahsus olmayıp, eğer şartları varsa, her satışta yeniden doğar. Bu bedelin ödenmesinden, satıcı ile satışı yapan müessese FSEK m.45/3. fıkra hükmüne göre müteselsilen sorumludur. Payın ödenmesiyle ilgili zamanaşımı süresi FSEK m.45/s. fıkra hükmüne göre 5 yıldır. Bu süre, borcun doğumunu gerektiren satışın gerçekleşmesinden itibaren başlayacaktır.

3.4. BAĞLANTILI HAKLAR

FSEK’in 6. bölümünde “Eser Sahibinin Hakları ile Bağlantılı Haklar” düzenlenmiştir.

Bağlantılı Haklar, “eser sahibi” olarak sayılmayacak olan icracı sanatçılara, sesleri veya ses ve görüntüleri ilk defa tesbit eden fonogram yapımcılarına, gerçekleştirdikleri yayınlar üzerinde Radyo-TV kuruluşlarına ve filmlerin ilk tesbitini gerçekleştiren film yapımcılarına sağlanan korumadan ibarettir.

Kanun koyucu burada, “eser sahibi olmayan” ancak eserin kamuya ulaştırılmasında büyük emekleri bulunan icracı sanatçı gibi, radyo-TV kuruluşu, film yapımcısı, fonogram yapımcısı gibi kişi veya kuruluşların eserle bağlantılı haklarının da korunması amacına ulaşmayı hedeflemiştir. Böylelikle hem eserin topluma ulaşmasında, eserin beğenilmesinde emeği bulunan icracı sanatçı gibi kişilerin emeği korunmuş olacak hem de esere yatırım yaparak onun kültür hayatına kazandırılmasını sağlayan fonogram yapımcısı, film yapımcısı, radyo-TV yayıncısı gibi kuruluşların bu faaliyetleri teşvik edilmiş olacaktır.

³⁹³ Tekinalp, a.g.e., s.183.

FSEK m.80, “Eser Sahibinin Hakları ile Bağlantılı Haklar” başlığını³⁹⁴ taşımaktadır. ³⁹⁵ Burada, bağlantılı haklar iki grup halinde düzenlenmiştir; birinci grupta, icracı sanatçılar, fonogram yapımcıları ve radyo-TV kuruluşlarının hakları, ikinci grupta ise film yapımcılarının hakları düzenleme konusu yapılmıştır. Anılan maddede bağlantılı hak sahiplerine tanınan; yayma, umuma iletme, yeniden iletme hakkı ve internet ile iletim haklarında, eser sahibinin aynı isimli hakları ile paralel bir düzenleme yapılmıştır.

FSEK, bağlantılı haklar’dan söz ederken, “münhasıran hak sahibidirler” ifadesini kullanmıştır. Eser sahibinin hakları ile bağlantılı haklar, nitelikleri itibarıyla bağımsız mutlak haklardandır. Bağlantılı haklar herkese karşı ileri sürülebilir. Bu hakların bağımsız nitelikte oldukları hem FSEK 80. maddede “*eser sahibinin manevi ve malî haklarına zarar vermemek kaydıyla*” ibaresiyle hem de m.1/B (j) ve (k) bentlerinde benzer terimle ifade edilmiştir. Yani bir icracı sanatçı, kendi icrası üzerinde FSEK m.80 hükmüne göre bağlantılı hak sahibi olacak, ancak bu hak hiçbir şekilde eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermeyecektir. Hiçbir zaman asıl eserin, asıl eser sahibinin korunması ile; temsilde ortaya çıkan icracının korunması aynı düzeyde olmamalıdır.³⁹⁶ Kanun koyucu eser sahibinin korunması ile bağlantılı hak sahibinin korunması arasında bir denge sağlanması düşüncesiyle hareket etmiş ve esere, dolayısıyla eser sahibine üstünlük tanınmıştır.

³⁹⁴ FSEK m.80, 21.02.2001 tarihinde 4630 sayılı kanunla ve 03.03.2004 tarihinde 5101 sayılı Kanun’la esaslı değişikliklere uğramıştır, Madde başlığı daha önce “Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar” iken 4630 sayılı kanunla bu şekilde değiştirilmiştir. Yeni düzenlemeyle tercih edilen “Eser Sahibinin Hakları ile Bağlantılı Haklar” terimi eski düzenlemedeki “Komşu Haklar” teriminden daha geniş bir kapsama sahiptir.

³⁹⁵ Tekinalp’e göre; maddenin düzenlenmesinde seçilen sözcüklerin ve ifadenin başarılı olduğunu söylemek güçtür. Bazı hükümler tekrar niteliği taşımakta ve yorum zorluklarına yol açmaktadır. Madde düzenlenirken 1961 tarihli Roma Sözleşmesinin ve Türkiye’nin henüz kabul etmediği “WIPO İcralar ve Fonogramlar Sözleşmesi”nin hükümleri dikkate alınmıştır, ancak FSEK 80. ve 82. madde, komisyonlarda da önemli değişikliklere uğramıştır. Bkz. Tekinalp, a.g.e., s.252.

³⁹⁶ Ayiter, a.g.e., s.74, Erel, a.g.e., s.166.

3.4.1. İcracı Sanatçıların Hakları

FSEK, icracı sanatçıyı; “eser sahibinin izniyle bir eseri özgün biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden sanatçılar” olarak tarif etmektedir.³⁹⁷

İcra sanatçı olabilmenin temel unsuru “özgünlük” tür. Bu nedenle ancak bir eseri özgün şekilde yorumlayan, bir şarkıyı özgün bir şekilde söyleyen kişi icracı sanatçı olarak kabul edilebilir. İcraacı’ lar için “sanatçı” teriminin kullanılması özgün olma unsuru nedeniyledir.³⁹⁸ FSEK ve yönetmelik, icracı sanatçı tanımını çok geniş tutmuştur. Bu tanıma göre eseri tanıtmak, anlatmak gibi yollarla kamuya sunanlar dahi icracı sanatçı olarak kabul edilmelidir. Doktrinde haklı olarak, kamuya teşhir etmekle kamuya icra etmek arasında bir ayrımın gerekliliği ve ancak eseri kamuya icra edenlerin icra sanatçı olarak kabul edilmeleri gerektiği savunulmaktadır.³⁹⁹

İcraacı sanatçılar eseri doğrudan icra eden, çalan, okuyan, anlatan kişiler olduğu gibi, sanatsal katkılar ile bu icranın ahengini sağlayan, koordine eden kişiler de olabilir, bir filmin yönetmeni, bir orkestranın şefi de bu bağlamda icra sanatçı olarak kabul edilecektir.

İcra sanatçıların hakları FSEK m.80, b.1 A(1)’de sayılmıştır. İcraacı sanatçıların mali ve manevi yetkilerinin tümünü FSEK “hak” olarak tanımlamıştır.⁴⁰⁰

³⁹⁷ Eser sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliğinin 4/b maddesinde ise; “İcraacı sanatçı; Sanat eserleri ile folklor eserlerini özgün biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden oyuncular, ses sanatçıları, müzisyenleri ve dansçıları v.b. diğer kişileri, ifade eder” şeklinde düzenlenmiştir. Yönetmelik için bkz. 16.11.1997 tarih ve 23172 sayılı R.G.

³⁹⁸ Gerek FSEK, gerek yönetmeliğin icrada “özgün”lük arayarak, icrayı bireyselleştirdiği, yani onu sanat düzeyine yükselttiği görüşü için, bkz. Tekinalp, a.g.e., s.256.

³⁹⁹ Erel, ABD Hukukundaki “public performance” ve “public display” ayrımının dikkate alınması ve icracı sanatçının eseri teşhir (display) eden değil eseri icra (performance) eden kişiler olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.

⁴⁰⁰ Oysaki, FSEK eser sahibinin haklarını “salahiyet” (yetki) olarak tanımlamış idi.

3.4.1.1. İcracı Sanatçıların Mali Hakları

FSEK m.80, b.1. A(2)'de İcracı sanatçıların mali hakları:

a) İcrasının tesbit ettirilmesi

b) Tesbit edilmiş olan icranın çoğaltılması, satılması, dağıtılması, kiralanması ödünç verilmesi, işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletimine belirlenmiştir.

Madde'de icracı sanatçının hakları sayma metoduyla, sınırlı bir şekilde sayılmıştır. FSEK, icracı sanatçının icrası üzerindeki haklarını sadece isimleriyle saymıştır, bu hakların neleri içerdiğini, kapsamını kanun koyucu açıklamamıştır. Bu hakların kapsamı belirlenirken, eser sahibinin aynı ismi taşıyan (FSEK m.22-25'de belirtilen) haklarına ilişkin hükümlerden yararlanılabilir. Ancak, bu konuda eser sahibinin haklarından yararlanırken, bağlantılı hakların niteliği de gözönünde bulundurulmalıdır.

İcracı sanatçı, icrasını tesbit ettirebilir,ve tabii ki bu tesbit edilen nesneyi çoğaltabilir, satabilir, dağıtabilir, ödünç veya kiraya verebilir. Bu işlemlerin yapılması icracı sanatçının iznine tabi olup, örneğin bir konserin izinsiz olarak kaydedilip,kaydedilen materyalin çoğaltılarak satılması halinde icracı sanatçının yasaklama hakkını kullanması imkanı tanınmıştır.

Yine icracı sanatçı, icranın telli veya telsiz araçlarla umuma iletimi veya yeniden iletimi ya da temsili üzerinde de mutlak hakkı vardır. Örneğin, bir şarkıcının konseri esnasındaki görüntüleri izni olmadan başka bir yerde yayımlanamaz, umuma iletilemez, mutlaka icracı sanatçının açık bir şekilde izni gerekir. Umuma iletimin canlı yayınlı veya sonradan yapılacak bir yayınlı olmasının önemi yoktur, icranın üzerinden zaman geçtiği düşünülerek, konserin bir TV kanalında yayınlanarak umuma iletilmesi de yine icracı sanatçının iznine tabi olacaktır.

FSEK m.80/b.1.A.(4). hükmüne göre, icranın internet vasıtasıyla umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hususunda da icracı sanatçı mutlak hak sahibidir. Yine bu hükümde, FSEK m.25 son fıkra hükmündeki eser sahibinin hakkına benzer şekilde; umuma iletim yoluyla, icraların dağıtım ve sunulmasının icracı sanatçının yayma hakkını ihlal etmeyeceği düzenlenmiştir. İnternette çıkış alıp, bu çıkışı yaymak da, icracı sanatçının iznine tabidir.⁴⁰¹

3.4.1.2. İcracı Sanatçıların Manevi Hakları

FSEK m.80 b.1. A.(I). hükmüne göre icracı sanatçıların manevi hakları

a) İcranın sahibi olarak tanıtılma hakkı

b) İcralarının kendi itibarlarını zedeleyecek şekilde tahrif edilmesi ve bozulmasının önlenmesini talep etme hakkı olarak düzenlenmiştir.

İcracı sanatçı, icrasının sahibi olarak tanıtılmayı, yayın esnasında bunun belirtilmesini, CD kapağına basılmasını talep edebilir. Acaba bir grubun çıkardığı bir müzik CD'sinde veya kalabalık bir oyuncu kadrosuyla yapımı gerçekleştirilen bir dans gösterisinde - örneğin Anadolu Ateşi grubu - yüzlerce icracının adının belirtilmesi zorunlu mudur? Her icracının adının belirtilmesinin gerekip gerekmeyeceğinin somut olay gerçeğine göre karara bağlanması gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir.⁴⁰²

İcranın, bir orkestra, koro veya tiyatro grubu tarafından gerçekleştirilmesi halinde, orkestra veya koro yalnız şefin, tiyatro grubunda ise yalnız yönetmenin izninin yeterli olacağı yine aynı hükümde düzenlenmiştir. Ayrıca bir müteşebbisin girişimi ile ve bir sözleşmeye dayanılarak gerçekleştirilen icralar için müteşebbisin de izni alınmalıdır.

⁴⁰¹ Tekinalp, a.g.e., s.261.

⁴⁰² Tekinalp, a.g.e., s.262.

İcracı sanatçıların hakları, FSEK m.82/6. fıkra hükmüne göre, icranın ilk tesbitinin yapıldığı tarihten itibaren yetmiş yıl devam eder. Eğer icra tesbit edilmemiş ise, bu süre icranın ilk aleniyet kazanmasıyla başlar.

İcra sanatçıların açıkladığımız haklarının, eser sahibinin haklarına zarar veremeyeceği FSEK 80. madde’de belirtilmiştir. Bu ilke, hem gerçekleştirilecek icra, hem de icranın tesbiti, ticaret mevkiine konulması ve umuma iletilmesi bakımından uygulanacaktır. İcracı sanatçı örneğin eseri hiçbir şekilde bozamayacak, değiştiremeyecektir. Bu durumlar için, (değiştirme, uyarlama gibi) mutlaka eser sahibinin izni gereklidir. İcraya izin verilmişse, bu izin eser sahibinin amacına uygun şekilde yorumlandırılarak, iznin anlamı belirlenmek gerekir. İcracı sanatçı, icrası üzerindeki mutlak nitelikteki haklarını kendisi kullanabileceği gibi, bu hakların kullanılmasını, sözleşmeyle bir kişiye veya kuruma devir de edebilir.

3.4.2. Fonogram Yapımcılarının⁴⁰³ Hakları

FSEK m.80/1.(B) hükmünde, Fonogram Yapımcılarının hakları düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; “*bir icra ürünü olan veya sair sesleri ilk defa tesbit eden fonogram yapımcıları*” ancak eser sahibinden ve icracı sanatçıdan mali hakları kullanma yetkisini devraldıktan sonra, maddede belirtilen haklara sahip olabileceklerdir.

FSEK m.1/B. f bendinde: *Fonogram; sinema eseri gibi görsel-işitsel eserler içindeki ses tesbitleri hariç olmak üzere, bir icrada yer alan seslerin veya diğer seslerin veya ses temsillerinin tesbit edildiği ses taşıyıcısı fiziki ortamı ifade eder.*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu düzenlemeye göre, sinema eserlerindeki sesler “fonogram” konusunu oluşturamazlar. Ses taşıyıcısı, fiziki ortam gibi ibarelerle kanun koyucunun kastedtiği, seslerin tesbit edildiği DVD, CD, kaset v.b. gibi her türlü fiziki araçtır. Fonogram yapımcısı da, icracı sanatçının icrasını fonogram

⁴⁰³ Fonogram Yapımcıları, Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliği’nin m.4/c hükmüne göre;” Ses taşıyıcısı yapımcısı: sözlü ya da sözsüz tüm seslerin ilk tesbitini yapan, bu durumun hukuksal sorumluluğunu üstlenen gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmıştır.

olarak adlandırılan fiziki araca kaydederek, icradan toplumun geniş kesimlerinin yararlanmasını sağlayan kişi veya kuruluştur.

Fonogram yapımcısı, eser sahibinden ve icracı sanatçıdan mali hakları kullanma yetkisini devralmalıdır. Bu hakları devralan fonogram yapımcısı, yaptığı tesbit (fonogram) üzerinde mutlak hak sahibi olacaktır.

Fonogram yapımcısı eser sahibinin ve icracı sanatçının izni ile yapılan tesbitin;

a) Doğrudan veya dolaylı olarak çoğaltılması, satılması, kiralanması ve kamuya ödünç verilmesi

b) İşaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletimine ve yeniden iletimine izin verme

haklarının bulunduğu FSEK m.80/1. (B).1.bent hükmünde açıkça düzenlenmiştir.

Yani, fonogram yapımcısı bir defa eser sahibi ve icracı sanatçıdan izin alıp, tesbiti gerçekleştirdikten sonra - izin aldığı hususlarda - tesbit üzerinde münhasır hak⁴⁰⁴ kazanacaktır.⁴⁰⁵

Bu hakkın konusu, tesbitin gerçekleştirildiği, yapıldığı fiziki araçtır. DVD, CD, Kaset gibi ses taşıyıcısı araçlar üzerinde fonogram yapımcısının hakkı söz konusu olacaktır. Fonogram yapımcısına sağlanan korumanın hukuki dayanağı, “haksız rekabet” hükümleridir.⁴⁰⁶ Fonogram yapımcısı bir müteşebbistir, fonogram yapımı için bir yatırım yapmaktadır ve bu yatırımların korunması ve desteklenmesi için hem FSEK, hem de müessesenin bünyesine uygun düştüğü ölçüde TK’nun Haksız Rekabete İlişkin hükümlerinin uygulanması doğaldır.

⁴⁰⁴ Doktrinde, fonogram yapımcısının bu hakkı “inhisari yetkiler” olarak adlandırılmaktadır, bu görüş için bkz. Tekinalp, a.g.e., s.263.

⁴⁰⁵ Erel, gelişen teknolojik imkanlar sayesinde bu tür vasıtaların kolayca taklit edilebileceğinden hareketle, yapımcıların korunması gerektiği düşüncesindedir, bkz. Erel, a.g.e., s.179.

⁴⁰⁶ Ayiter, a.g.e., s.81, Arslanlı, a.g.e., s.55, Tekinalp, a.g.e., s.263.

Fonogram yapımcısı eser sahibinden ve icracı sanatçıdan tesbit izni aldıktan sonra gerçekleştirilen tesbit üzerinde ayrıca, gerçekleştirilen tesbitlerin işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletimine ve yeniden iletimine izin verme hakkına da sahiptir. Yine icra tesbitlerinin telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılmasına veya sunulmasına ve internet ortamında tesbitlerine ulaşılmasını sağlamak sureti ile umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkı da fonogram yapımcısına aittir. Tahmin edileceği üzere bir eserin, internet ortamında umuma iletilmesi halinde, ses taşıyıcı materyallerin satışı, kiralanması v.b. oldukça etkilenecek, bu da fonogram yapımcısının mali menfaatlerini doğrudan etkileyecektir. İşte bu nedenle kanun koyucu, fonogramın tüm umuma iletim hallerini yapımcısının iznine tabi kılmıştır.

FSEK m.82/7. fıkra hükmüne göre fonogram yapımcılarının hakları, ilk tesbitin başladığı tarihten başlayarak 70 yıl devam edecektir.

3.4.3. Radyo-TV Kuruluşlarının⁴⁰⁷ Hakları

FSEK m.80'de düzenlenen eser sahibinin hakları ile bağlantılı hak sahiplerinin üçüncü grubunu, Radyo-TV kuruluşlarının hakları oluşturmaktadır.

Radyo-TV kuruluşlarının hakları, gerçekleştirdikleri yayınlar üzerindedir. Yayın bir eseri içerebileceği gibi; haber, açık oturum gibi eser niteliği olmayan bir program da olabilir. Eğer yayın bir eseri içeriyorsa, bunun Radyo-TV'de yayınlanması için eser sahibinden ve icracı sanatçıdan izin alınması gereklidir.

Radyo-TV yayınları'nda nitelikleri gözönünde bulundurulduğunda, "hususiyet" unsurunun aranmaması gereklidir. Yayın, eserden farklıdır. Radyo-TV

⁴⁰⁷ Radyo-TV kuruluşları, 20.04.1994 tarih ve 21911 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun hükümlerine tabidir. Yine bu kanunla kurulan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) ise, Radyo-TV kuruluşları ve yayınları ile ilgili alanda yetkili, özerkliğe sahip "Bağımsız Düzenleyici Kurum" statüsünde görev yapmaktadır. Radyo-TV kuruluşlarının haklar konusunda daha geniş bilgi için bkz. Sarmaşık, Jale, Radyo_TV Yayıncılığında Eser Hakları, www.hukukcu.com.

kuruluşları gerçekleştirdikleri yayınlar üzerinde “mutlak kullanma hakları” elde edebilir.⁴⁰⁸

FSEK m.80.1 (C) hükmüne⁴⁰⁹ göre Radyo-TV kuruluşları gerçekleştirdikleri yayınlar üzerinde;

1) Yayınlarının tesbit 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) Tesbit 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 yayınların çözülmesine ilişkin izin verme veya yasaklama

hususlarında münhasıran hak sahibidirler.

FSEK m.43/1. fıkra hükmüne⁴¹⁰ göre: “radyo-TV kuruluşları, uydu ve kablolu yayın kuruluşları ile mevcut veya ileride bulunacak teknik imkanlardan yararlanarak yayın ve/veya iletim yapacak kuruluşlar, yayınlarında yararlanacakları

⁴⁰⁸ Tekinalp, a.g.e., s.64.

⁴⁰⁹ FSEK’in bu hükmü 03.03.2004 tarihinde 5101 sayılı Kanun’la değişikliğe uğramıştır.

⁴¹⁰ FSEK m.43’ün kenar başlığı; “Eser, icra, fonogram ve yapımların yayınlanmasına ve/veya iletilmesine ilişkin esaslar” olarak 5101 sayılı kanunla değiştirilmiştir.

opera, bale, tiyatro ve benzeri sahneye konmuş eserlerle ilgili olarak hak sahiplerinden önceden izin almak zorundadırlar”.

Radyo-TV kuruluşlarının bu izinleri 52. maddeye göre eser sahipleriyle, bağlantılı hak sahiplerinden sözleşme yapmak suretiyle alabilecekleri, yine 43. maddenin 2. fıkrasında belirtilmiştir. Radyo-TV kuruluşları ancak eser sahibiyle, bağlantılı hak sahipleriyle anlaşabilirlerse, eser niteliğindeki fikri ürünleri yayınlatabileceklerdir. Bu düzenleme, radyo-TV kuruluşlarının izin almadan eseri yayınlatabilecekleri zannını uyandırır da, izin almadan yayın yapmak mümkün değildir.⁴¹¹ Bir eserin bazı parçalarının, ancak haber mahiyetinde olmak ve bilgilendirme kapsamını aşmamak kaydıyla radyo-TV kuruluşlarınca yayınlanabileceği FSEK m.37’de düzenlenmiştir. Bu yayınlama, anlaşıldığı üzere haber verme amacına yönelik olmalı ve eserin ancak belirli kısımlarını içermelidir. Haber verme amacını aşan bir yayın, örneğin bir dans gösterisinin neredeyse tamamının haber adı altında dahi yayınlanması, amacı aşan bir kullanımdır ve izne tabidir. Nitekim 37. maddenin son cümlesinde de bu serbestliğin hak sahibinin hukuki menfaatlerine zarar verecek şekilde veya eserden normal yararlanmaya aykırı biçimde kullanılamayacağı açıklanmıştır.

3.4.4. Film Yapımcılarının Hakları

Film yapımcısı ya da (Türkçe’ye yerleşen şekliyle) prodüktör;⁴¹² sermayesini teknik ekipmanlarını, oyuncularını ve filmin tamamında görev yapacak tüm ekibi biraraya getirerek tüm ekibin katkısı ve kendisinin de organizesi sonucu bir eseri film haline dönüştüren kişi veya kuruluştur.⁴¹³

Film yapımcısının, sinema eserinin oluşumuna özgün bir katkısı yoktur. Film yapımcısının esere ayırdığı bütçe gözönünde bulundurulduğunda , sinema eserine

⁴¹¹ Erel, a.g.e., s.181.

⁴¹² Prodüktör, İngilizce “producer” kelimesinin Türkçe’ye yerleşmiş şekli olup, yapımcı anlamındadır. bkz. Advanced Learner’s Dictionary, UK 2000, s.1551.

⁴¹³ Ülkemizde film yapımcılığı genelde kişiler tarafından yürütülürken, ABD gibi film yapımının artık bir endüstri kolu haline geldiği ülkelerde yapımcı olarak karşımıza mali yapısı güçlü, büyük şirketler çıkmaktadır.

yatırım yapan bir kişi olarak algılanması doğaldır.⁴¹⁴ Bu yönü nedeniyle film yapımcısı, FSEK m.8/3. fıkrada sinema eseri sahipleri arasında sayılmamıştır. Film yapımcısı, sinema eserinin meydana gelmesi halinde, eser sahiplerinden biri değildir, bu eser üzerinde manevi malî haklara sahip değildir. Ancak film yapımcısının film, yani şeritteki tesbit üzerinde herkese karşı ileri sürülebilen, bağlantılı nitelikte, koruyucu, bir mutlak kullanma hakkı vardır.⁴¹⁵

Uygulamada, genellikle film yapımcıları eserin film olarak tesbitine başlamadan önce eser sahibinden ve/veya icracı sanatçıdan mali hakları kullanma yetkisini devralmaktadırlar. Nitekim FSEK m.80/2. fıkra hükmünde de, film yapımcısının eser sahibinden ve icracı sanatçıdan mali hakları kullanma yetkisini devraldıktan sonra:

a) Filmin tesbitinin çoğaltılması, dağıtılması, satılması, kiralanması kamuya izin verilmesi veya yasaklanması

b) Film tesbitinin işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletilmesine ve yeniden iletimine izin verme

c) Film tesbitinin telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma sunulmasına ve internet ortamında umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak

haklarına sahip olduğu düzenlenmiştir.

Film yapımcısının belirtilen bu haklarını kanun koyucu “münhasır hak” olarak nitelendirmiştir, dolayısıyla bu haklar film yapımcısı tarafından herkese karşı ileri sürülebilir.⁴¹⁶

⁴¹⁴ Gerçekten de, bir film yapımcısı, kendisine sunulan bir eserin film haline dönüştürüldüğünde talep göreceği ve sonuçta bir kazanç elde edileceği kanısında ise bir eseri sinema filmine dönüştürmek için yatırım yapacaktır.

⁴¹⁵ Tekinalp, a.g.e., s.265.

⁴¹⁶ Doktrinde, bağımsız mutlak kullanma hakkının öneminin ve yararının özellikle korsan çoğaltmalarda, film yapımcısının derhal, tek başına harekete geçebilmesinde kendini gösterdiğinden sözetmektedir, bkz. görüş için bkz. Tekinalp, a.g.e., s.266.

Yine aynı maddede, sinema eserinin birlikte sahiplerinin, sözleşmelerinde aksine hüküm yoksa -mali haklarını devrettikten sonra- filmin dublajına veya alt yazı yazılmasına itiraz edemeyecekleri düzenlenmiştir. Müzik eseri sahibi de, film yapımcısı ile yaptığı sözleşmedeki hükümler saklı kalmak kaydıyla, eserini yayınlama ve icra hakkını da muhafaza edecek, yani müzik eseri sahibi, film müziğine dönüşmüş eserini kendisi de yine yayınlatabilecek ve icra edebilecektir.

Film yapımcısının korunmaya hak kazanması için “filmin ilk tesbitinin” yapılmış olması gerekli ve yeterlidir. İlk tesbit, film şeridinde yapılabileceği gibi, dijital ortamda çalışan bir araç üzerine de yapılabilir.

FSEK m.80/2. bent 3.2. paragraf hükmüne göre fonogramlara tesbit edilmiş icraların ve filmlerin her ne surette olursa olsun umuma iletilmesi halinde bunları kullananlar, hem eser sahiplerine, hem icracı sanatçılara ve yapımcılara veya ilgili alan meslek birliklerine bu kullanıma ilişkin uygun bir bedel ödemek zorundadırlar. Örneğin bir havayolu şirketi yolcularına bir filmi yolculuk esnasında izletiyorsa açıklanan şekilde bir bedel ödemek durumundadır.

3.4.5. Bağlantılı Haklara Getirilen İstisnalar

FSEK m.80’de dört bent halinde “*Komşu hak sahibi ile film yapımcısının yazılı izni gerekmeyen haller*” açıklanmıştır. Buna göre;

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-TV programlarının yayınlanma ve kar amacı güdülmeksizin şahsen kullanmaya mahsus çoğaltılması

3) Radyo-TV kuruluşlarının kendi olanaklarıyla kendi yayınları için yaptıkları kısa süreli geçici tesbitler

4) Bu kanunun 30,32,34,35,43,46 ve47.⁴¹⁷ maddelerinde belirtilen hallerde

komşu hak sahibi ile film yapımcısının yazılı izni gerekmemektedir. Kanun koyucu burada eser sahibinin haklarına benzer şekilde komşu hak sahipleri yönünden de bir takım sınırlama ve istisnalar getirmiştir. Ancak bu uygulamanın, hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep dışında zarar veremeyeceği ve eserden normal yararlanmaya aykırı olamayacağı da hükme bağlanmıştır. Her somut olayda, bu nedenle amaca uygun olarak yorum yapıp ihlal bulunup bulunmadığı belirlenmelidir.

⁴¹⁷ FSEK m.30, Kamu düzeni nedeniyle yapılacak sınırlamalar, FSEK m.32, Nutuklar hakkındaki istisna, m.34; Eğitim ve öğretim için seçme ve toplama eserler meydana getirilmesi istisnası, m.35; İktibas serbestisi, m.43: Eser, icra, fonogram ve yapımların yayınlanmasına ve/veya iletilmesine ilişkin esaslar, m.46; Devletin faydalanma yetkisi, m.47 Devletin bir eseri kamuya maletme yetkisi hususlarını düzenlemektedir.

İKİNCİ BÖLÜM

FİKRÎ HAKLARA İNTERNET YOLUYLA TECAVÜZ ve HAKLARIN KORUNMASI

4.1. GENEL OLARAK FİKİR ve DÜŞÜNCE ÜRÜNLERİNE İNTERNET YOLUYLA TECAVÜZ ve TECAVÜZ OLUŞTURAN UYGULAMA ÖRNEKLERİ

FSEK kapsamında korunan eser sahibinin haklarına ve eser sahibinin hakları ile bağlantılı haklara internet yoluyla tecavüz edilmesi halinde,tecavüze uğrayan hakların, FSEK kapsamında korunmaması düşünülemez. FSEK kapsamında korunan haklar, maddi ortamda tecavüze uğrayabileceği gibi, sanal ortamda da tecavüze uğrayabilir. Örneğin; bir eser internette haksız şekilde çoğaltılabilir, umuma iletilebilir veya hak sahibinin rızası alınmaksızın eserinde değişiklik yapılabilir.

İnternet, fikri ve sınai haklar açısından potansiyel olarak yeni ve büyük bir ticaret ortamı yaratmak yanında, bu hakların kolayca ihlal edilebilirliği açısından da önemli bir risk oluşturmaktadır.¹

Gerçekten, günümüzde bilgi edinme yolları açısından insanlar artık klasik metodlardan vazgeçip, yoğun bir şekilde internet ortamına yönelmektedir,artık bilgi çok uzaklarda değildir, deyim yerindeyse bilgi insanoğlunun parmaklarının ucundadır. Bilgi edinme yollarında talep sanal ortama doğru kaydıkça, fikir ve sanat ürünlerinin de sanal ortamda sunulması giderek yaygın bir hal almaktadır. Günümüzde bir çok insan popüler müzik parçalarını internet yoluyla bilgisayarına indirebilirken, belki de birkaç yıl sonra hiç kimse CD almak için bir mağazaya gitmeyecek, istediğiniz şarkıcının CD'si size e-posta olarak gönderilebilecektir.²

¹ Arıkan, a.g.e., s.89.

² "Cep kitap dönemi" Cep telefonu teknolojisini yolundan takip eden ülkelerden olan Türkiye, cepten kitap uygulamasının hayata geçirildiği ikinci ülke olmayı başardı. Uygulama çerçevesinde kitaplar 6.25 YTL'ye cep telefonuna indirilebiliyor, Globus BYTE Türkiye, Aylık Dergi, İstanbul Mart 2005, s.20.

Sanal ortamın, bilginin sunulmasındaki avantajları yanında, fikri hakların ihlal edilmesi yönünden kaçınılması zor bir çok dezavantajı da beraberinde getirdiği şüphesizdir. Sanal ortamdaki fikri hak ihlalleri, diğer ihlallere oranla çok daha ciddi boyutta ve değişik yollarla ortaya çıkar, çünkü fikir ve sanat eserleri, sanal ortamda çok daha kolay ve süratli bir şekilde yayılmakta, dolayısıyla bu hakların ihlale uğrama tehlikesi de çok daha yoğun olmaktadır.³

Eser sahibi ve/veya diğer hak sahipleri haklarının sanal ortamda ihlale uğrayabileceği tehdidini her geçen gün daha yoğun bir şekilde hissetmektedirler. Belirttiğimiz üzere sanal ortama insanlar her gün daha fazla alışkanlık kazanmakta ve böylece bilgi edinme yolları da giderek bu mecraya kaymaktadır. Böylesine yoğun bir talebin olduğu bir mecra da deyim yerindeyse, eser korsanlarının iştahını kabartmaktadır. Bu halin hem ülkemiz, hem de tüm dünya için böyle olduğunu söylemek mümkündür.

İşte tüm bu nedenlerle, fikir ve düşünce ürünlerinin internet ortamında vuku bulacak hak ihlallerine karşı da korunması gereklidir. Sanal ortamda gerçekleşebilecek ihlaller farklı şekillerde ortaya çıkabileceği gibi bugün hiç bilinmeyen veya kullanılmayan bir ihlal şekli de gelecekte ortaya çıkabilir.⁴ Biz çalışmamızın bu bölümünde, günümüzde sanal ortamda rastlanan ihlal hallerini FSEK tarafından hak sahiplerine tanınan haklar yönünden inceleyeceğiz. Diğer taraftan şu anda bilinmeyen, farklı bir metodla fikir ve düşünce ürünlerine sanal ortamda tecavüz edilmesi durumunda da, bize anahtar olacak şey hak sahiplerine FSEK tarafından tanınan haklar⁵ ve bunların kapsamı olmalıdır. Böylelikle, internet ortamında yapılan bir tecavüz yöntemini eser sahibinin hakları ve bağlantılı haklar yönünden ele aldığımızda; eğer bu kullanma şekliyle hak sahiplerinin hakları - kanunun haklı gösterebileceği bir neden olmaksızın- zedelenmekte ise ve tecavüz

³ Akipek-Dardağan, a.g.e., s.47.

⁴ Diğer taraftan sanal ortamda ihlal şekilleri dünyanın farklı ülkelerinde farklı şekillerde de ortaya çıkabilir, çünkü ihlaller, iletişim (internet) yoluyla yapılmaktadır ve iletişimin de internetteki farklı yollarla yapılması mümkündür.

⁵ Bkz. Üçüncü kısım: Eser Sahibinin Hakları ve Bağlantılı Haklar.

eden kişinin eylemi bir hukuki nedene dayanmıyorsa, hakka tecavüz edildiğinden söz edebiliriz.

İşte açıkladığımız üzere internet ortamının teknoloji yoğun niteliği itibarıyla, internet vasıtasıyla yapılacak fikri hak ihlali oluşturabilecek kullanım ve tekniklerinin de gelecekte farklılık göstermesi kuvvetle muhtemeldir. Bu nedenlerle günümüzde internet ortamında görülen fikri hak ihlalleri örnek olarak belirtilmiştir. Bir fikir ve sanat eserleriyle ilgili gelecekte kullanılacak bir kullanım şeklinin ihlal oluşturup oluşturmadığına da yine FSEK'teki eser sahibinin hakları ve eser sahibinin haklarıyla bağlantılı haklara ilişkin genel kuralların yorumlanması yoluyla ulaşılabileceği muhakkaktır.

4.1.1. Fikir Ürünlerinin İzinsiz Olarak İnternette Erişime Açık Tutulması

FSEK kapsamında korunan fikir ve düşünce ürünlerinin internet ortamında kullanılabilmesi için, hak sahibinden ayrı bir izin alınması gereklidir. Bir eserin internet ortamında erişime açık tutulması, FSEK'in deyimiyile "gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda esere erişiminin sağlanması" durumu bir umuma arz⁶ (iletim) şeklindedir. Nitekim FSEK m.25/2. fıkrada⁷ eser sahibinin eserinin aslı veya çoğaltılmış nüshalarının internet yoluyla erişime açık tutulmasına izin verme veya yasaklama hususunda münhasır hak sahibi olduğu belirtilmiştir. Eser sahibinin eserinin kitlelere hızlı bir şekilde ulaştırabilmek hedefini kolaylıkla gerçekleştirebilecek, ama bu avantajının yanında yoğun bir hak ihlali tehlikesini de taşıyan, eserin internet ortamında sunulması hususunda eser sahibine münhasır bir hak tanınması, bir gerekliliktir. Eseri kitap veya film olarak yayınlama hakkı olan kişinin, bu eseri başka bir yayın türü olan internette yayınlaması için de ayrı bir izin alması gereklidir. FSEK'in bu hükmüyle eser sahibinin bu yararlanma şekline göre korunması için bir mali hakkın kıyasen uygulanmasına gerek kalmamıştır, eserin

⁶ Bkz, 3.2.2.

⁷ FSEK m.25/2 fıkra metni şöyledir: "Eser sahibi, eserinin aslı yada çoğaltılmış nüshalarının telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılmasına veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda eserine erişimi sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkına da sahiptir."

internette çağırma için hazır tutulması hakkı eser sahibine mahfuz tutulmuştur.⁸ Gerçekten de satın aldığımız bir müzik CD'sini, salt o sanatçıyı çok beğenmenizden dolayı olsa bile, kendi internet sitenize koymanız halinde, o müzik eserlerini sitenizde gören herkesin yararlanmasına açık hale gelmiş olacaktır ve haliyle bu durum eserin satın alınma oranını düşürecek ve hak sahiplerinin menfaatlerini zedeleyecektir. İşte internet gibi eserden yararlanmanın ve haklara tecavüz edilebilmesinin bu kadar kolay olduğu bir ortama eserin sunulması içinde hak sahibinin rızasının aranması, fikri hak koruma sistemine uygundur.

Eser sahibinin hakları ile bağlantılı hakları düzenleyen FSEK m.80 hükmüyle de icracı sanatçıların, fonogram yapımcılarının, Radyo-TV kuruluşlarının ve film yapımcılarının da hak sahibi oldukları⁹ konular hakkında internette erişime açık tutmaya izin verme veya yasaklama haklarına sahip oldukları hükme bağlanmıştır. İcraacı sanatçılar, icralarıyla eserin kamuya sunulmasında, beğendirilmesinde yoğun emekleri bulunan kişilerdir. Fonogram yapımcıları, Radyo-TV kuruluşları ve film yapımcıları da fikir ve sanat eserlerine yüklü yatırımlar yapın ve tabii ki bu yatırımlarının maliyetini karşılamak ve işletme faaliyetlerini idame ettirmek için, kar etmek zorunda olan bağlantılı hak sahipleridir. Bağlantılı hak sahipleri, eseri yayma, çoğaltma, umuma iletim gibi haklarını kendi belirleyecekleri, belirli ticari şekillerde kullanarak sürdürecek ve faaliyetlerini devam ettirebileceklerdir. Önceki örneğimize benzer şekilde, DVD'sini satın aldığımız bir filmi kendiniz izlediğiniz gibi bir de internet ortamına sunmanız halinde, bağlantılı hak sahiplerinin hakları ağır şekilde zedelenmiş olacaktır. Bu nedenle internet ortamında bir eserin erişime açık olarak tutulabilmesi için eser sahibi ve/veya bağlantılı hak sahiplerinin de izninin bulunması gereklidir.

Eser sahibinin ve bağlantılı hak sahiplerinin eserin internette erişime açık tutulması hususundaki yetkisi, hak sahibine iki yönlü bir yetki tanımaktadır. Hem bu kullanıma izin verme, hem de izinsiz kullanımı yasaklama (men etme) yetkisi hak sahibine tanınmıştır.

⁸ Eroğlu, a.g.e., s.75.

⁹ Bu haklar için bkz. 3.4.1., 3.4.2., 3.4.3. 3.4.4.

Eserin internette izinsiz olarak erişime açık tutulmasının hak sahibinin hangi haklarını ihlal ettiği, somut olaydaki kullanım şekline ve hak sahiplerine (varsa) sözleşmeyle devredilen haklara göre belirlenmelidir.

4.1.2. Eserin bir arama motorunda bulundurulması

Arama motorları,¹⁰ internette bilgiye ulaşmak için en çok yararlanılan vasıtalarından birisidir. Bilginin bulunduğu adreslerini gösteren arama motorları bir bakıma kütüphane kartoteksidir. Bu hizmet, internetin etkin kullanılabilmesi ve bilgiye ulaşmada maksimum hıza ulaşabilmesi için zorunlu bir unsurdur. Ancak, arama motoru hizmeti verilmesi, bir araştırmacının en fazla yararlandığı, dolayısıyla fikri hak ihlallerinin en yoğun biçimde gündeme geldiği sanal ortam faaliyetleri arasında sayılabilir.¹¹

Bir arama motorunda bir eserin adının, yayıncısının, ana hatlarıyla konu başlıklarının verilerek genel olarak eserden söz edilmesi ve kullanıcıyı esere yönlendirme amaçlı bilgilendirme için hak sahibinin izni aranmamalıdır. Ancak eserden, örneğin bir kitaptan, bazı bölümlere de yer verilmesi halinde bu durum hak sahibinin meşru menfaatlerine zarar verebilecektir. Çünkü FSEK m.13/2. fıkra gereğince eser sahibine tanınan hak ve yetkiler eserin hem bütünü, hem parçaları için geçerlidir.

Arama motorlarının gerçekleştirdikleri faaliyet, ticari bir faaliyettir. Bu nedenle bu faaliyetin, yani bir eserin bazı bölümlerine yer vermelerinin FSEK m.36'da düzenlenen iktibas serbestisi veya m.34'deki eğitim ve öğretim için seçme ve toplama eserler meydana getirilmesi istisnaları kapsamında değerlendirilmesi de mümkün değildir. Bu nedenle bir eserin bir bölümünün dahi, hak sahibinin meşru menfaatlerine zarar verebilecek şekilde yer alması halinde bir ihlalin varlığından söz edilebilecektir.

¹⁰ En çok bilinen, google ve yahoo gibi arama motorları olup, bunlar yardımıyla belki de milyarlarca konudaki bilgiye nerede ulaşabileceğimizi öğrenmek, yani bilginin yer aldığı adreslere saniyeler içinde ulaşmak mümkündür. Eğer arama motorları olmasaydı, internetteki yoğun bilgi trafiği içinde neyi, nerede bulabileceğimizi bilmemiz neredeyse imkansız olurdu, bkz. www.google.com, www.yahoo.com.

¹¹ Akipek-Dardağan, a.g.e., s.52.

4.1.3. İnternette Çoğaltma

4.1.3.1. Genel Olarak Geçici Çoğaltmalar

İnternet tekniğinin gereği olarak bir web sayfasına girilmesi halinde, sizin tarayıcınız girdiğiniz web sayfasını¹² kopyalayarak, bilgisayarınızın geçici belleğinde tutmaktadır. Kullanıcı ancak bu suretle, bir web sayfasını okuyabilmektedir.

FSEK m.22/1. fıkra hükmünde bir eserin geçici olarak çoğaltma hakkı dahi eser sahibine ait münhasır bir hak olarak sayılmıştır. Ancak bir web sitesi sahibinin herhangi bir yasaklanma veya sınır koymaksızın, web sitesini internet ortamında erişime açması halinde web sayfasının bu şekilde kopyalanmasına da baştan rıza gösterdiği anlaşılmalıdır.¹³ Eserini internete sunan kimse, bundan yararlanılmasını ister, bilgisayara yapılan bu yükleme eserin iletim tekniğinin zorunlu bir sonucudur.¹⁴

AT'nun 2001/29 sayılı ve 22 Mayıs 2001 tarihli "Bilgi Toplumunda Eser Üzerindeki Haklar veBağlantılı Hakların Uyumlaştırılması Direktifi"nin "istisnalar ve sınırlamalar,, başlığı taşıyan 5. maddesinde de bu tür çoğaltmalar "teknolojik sürecin ayrılmaz bir parçası, olarak belirtilmiş ve bu eylemin ekonomik olarak bir öneme sahip olmaması halinde, istisna kapsamında değerlendirilmiştir.¹⁵

Gerçekten de internet tekniğinin zorunlu kıldığı bir geçici çoğaltmayı istisna olarak kabul etmemek, internette neredeyse açıkça izin verilmemiş hiçbir web sitesine girilmemesi gibi bir sonuç ortaya çıkaracaktır ki böyle bir iznin alınmasını takiben ancak bir web sayfasına girilebilecek olması neredeyse web sayfalarını işlevsiz kılacaktır. Diğer taraftan FSEK m.38/1. fıkra hükmünde de kanun koyucu şahsen kullanma amacıyla çoğaltma yapabilmeye istisna olarak izin vermiştir.¹⁶ Ancak, bu çoğaltma hak sahibinin meşru menfaatlerine zarar verecek şekilde olmamalı ve normal yararlanmaya aykırı olmamalıdır.FSEK m.38'in yanı sıra,eser

¹² Web sayfalarının eser niteliği hakkında bkz. 2.4.4.3.

¹³ Topaloğlu, a.g.e., s.150.

¹⁴ Eroğlu, a.g.e., s.77.

¹⁵ Anılan direktif için bakınız. www.europa.eu.int.

¹⁶ Memiş, a.g.e., s.113.

kamuya sunulurken,dijital ortamda kopyalama belirli şartlara,özellikle belirli bir ücret ödenmesi kaydına bağlanabileceği gibi,kopyalamayı önleyici teknolojik imkanlardan da faydalanılabilir.¹⁷

İşte bu nedenlerle internet tekniğinin zorunlu kıldığı bilgisayarın geçici belleğine (RAM) yapılan çoğaltmalar, kopyalamalar, şahsi kullanım amacıyla yapıldığı ve başka bir yararlanma şekline dönüştürülmeyip, normal yararlanma amacına hizmet ettiği sürece¹⁸ çoğaltma hakkının istisnası olarak değerlendirilmelidir.

Bilgisayar programları yönünden ise durum daha farklıdır. Bilgisayar programlarının şahsen kullanım amacıyla çoğaltılması dahi FSEK m.38/4., 5, 6, 7 ve 8. fıkralarla çok sıkı şartlara tabi tutulmuştur.¹⁹ Anlaşılacağı üzere bilgisayar programlarının çoğaltılmasının kolaylığı dolayısıyla yoğun ihlal tehlikesine maruz kalması nedeniyle yasa koyucu bu konuda ayrı bir düzenleme gereği duymuştur.

4.1.3.2. Genel Olarak Kalıcı Çoğaltmalar

Bir eserin internet vasıtasıyla yapılan kalıcı nitelikteki çoğaltması, eğer FSEK'te belirtilen şahsi kullanım istisnası ve diğer istisnalar²⁰ kapsamında değilse, hak ihlalinden söz edilebilecektir.

İnternet çağımızın en büyük fotokopi makinesi olarak tanımlanabilmektedir. Gerçekten de internet'in en yaygın fonksiyonlarından biriside internet üzerinde sunulan eserlerin çoğaltılabilmesine imkan tanınmasıdır. Bu çoğaltma, bilgisayarın hard diskine yapılabileceği gibi, harici bir hafıza kartına veya CD, DVD gibi bir materyale veya çıktı olarak kağıda da yapılabilir.

¹⁷ Özgeren, Fikri Haklar ve İnternet, www.hukukcu.com.

¹⁸ Playboy Enterprises v. Webworld davasında mahkeme, davacı Playboy'a ait görüntülerin Netpres adlı sitede aylık ücretli abonelere ve bireysel kullanıcılara gönderilmesini, çoğaltma ve yayma hakkının izinsiz kullanımı olarak değerlendirmiştir, bu karar için bkz. Topaloğlu, a.g.e., s.151.

¹⁹ Bu konu, 3.3.3.'de geniş olarak ele alındığından, tekrar değinilmemiştir. Bkz. 1.3.3.

²⁰ Bilindiği üzere FSEK m.30'daki kamu düzeni nedeniyle tanınan istisna, m.31'deki mevzuat ve içtihatlar istisnası, m.32'de nutuklar, m.33'de temsil serbestisi, m.34'de Eğitim ve öğretim için seçme eserler, m.35'de iktibas serbestisi, m.36'da gazete içeriği, m.37'de haber istisnası, m.40'da kopya ve teşhir istisnası düzenlenmiştir.

Bu fiillerin ihlal niteliği taşıyıp taşımadıkları belirlenirken, esas alınacak kriter; eserlerin web sayfasına aktarılması sırasında eser sahibinin bu yararlanmalardan hangisine izin verip vermediği belirlenmelidir.²¹ Burada, web sayfasında hak sahibinin izin verdiği kullanım şekillerini açıkça belirtmesinin önemi ortaya çıkmaktadır. Hak sahibi internet ortamında sunduğu bir eser için, açıkça kısıtlamadığı bir kullanma şeklinden dolayı, kullanıcıların sorumluluğuna gidilememelidir. Tabii ki bu durum şahsi kullanım halleri için geçerlidir, internette sunulan bir eserden ticari amaçla başkaca şekillerde yararlanma amacıyla yapılacak kalıcı çoğaltmalar da yine hak sahibinin iznine tabi tutulmalıdır.²²

4.1.3.3. Caching (Ön Belleğe Kayıt)

Genel olarak caching, sık sık ulaşılan bilgileri “cache,”²³ de denilen bilgisayarın ön belleğinde tutma işlemidir.²⁴ ISS’ları popüler olan web sitelerini caching yoluyla çağrılmaya hazır tutup, böylelikle kullanıcıların o siteye ulaşma süresini kısaltmaktadırlar. Yine Proxy Server²⁵ (Vekil Sunucular) da bu yöntemi kullanarak sık ziyaret edilen web sayfalarını aynı amaçla server’ın ana bilgisayarına kaydetmektedir.

Caching, geçici olarak yapılan kayıtlara göre daha uzun süreli yapılan bir kayıttır. Burada kullanıcının yanında server’ların da kaydı söz konusudur. Caching, fikri hukuk bakımından bir çoğaltma şekli olarak kabul edilebilir.²⁶ Çünkü burada, FSEK m.38’deki şahsi kullanım istisnası –ISS’lar söz konusu olduğu için–

²¹ Akipek-Dardağan, a.g.e., s.58.

²² Bilgisayar veri tabanının haksız olarak kullanılması halinde, bunun bilgisayara depolanmasının çoğaltma hakkının ihlali olduğu konusunda Yargıtay II. H.D’nin 15.05.2001 tarih ve 1804/4344 sayılı kararı için bkz. Tekinalp, a.g.e., s.171.

²³ Cache (ön bellek) ;ana bellekten daha küçük ve hızlı, erişim süresini kısaltmak için kullanılan, sakladığı veri ve komutların bir işlemci tarafından hemen isteneceği varsayılan özel bellek alanıdır. Bu bellek büyük bir erişim hızına sahip olup kimi bilgisayarlarda ana bellek ile ana işlem birimi arasında ara bellek olarak da kullanılmaktadır. Caching ise ön belleğe alma, ön belleğe koyma işlemidir, bkz. Sankur, a.g.e., s.104-105.

²⁴ Topaloğlu, a.g.e., s.153.

²⁵ Proxy Server (Vekil sunucu); internet güvenlik duvarının bir parçası olup bir yerel alan ağına giren, çıkan trafiği denetleyen, internette sıkça aranan sayfaları ön bellekte saklayan, izin verilmemiş dosyalara erişimi otomatik olarak süzüp engelleyen sunucudur, Bkz. Sankur, a.g.e., s.642.

²⁶ Topaloğlu, a.g.e., s.153, Memiş, a.g.e., s.113.

uygulanamayacaktır. Ticari kuruluş olan ISS'lar eser niteliğindeki bir web sayfasını veya bir web sayfasının eser niteliğindeki bazı unsurlarını hak sahibinden izin almadan kendi ön belleğine kaydedemez.²⁷ Ön belleğe alma hali, internet teknolojisi yönünden yaygın ve pratik bir metod gibi gözükmekte olup, hak sahibinin eserini internette erişime açık bulundurduğu anda bu gibi durumlarla karşılaşacağını öngörebilecektir. Ancak, FSEK 22 ve 38. maddelerin açık hükümleri karşısında; caching, çoğaltma hakkının ihlali niteliğindedir ve hak sahibinin izni mutlaka gerekmektedir.

Ön belleğe alma, web sitelerine bağlanma yönünden belirttiğimiz faydaları getirirse de, kullanıcı yönünden bir sakıncası da, girilecek web sitesini, kullanıcının web sitesini bağlanmak istediği andaki son güncel haliyle değil, ISS'ların caching yaptıkları haliyle göstermesidir.²⁸ Kullanıcı, bu durumun farkında değildir, bağlanmak istediği siteyi son haliyle gördüğünü zannetmektedir, belki de kullanıcıya deyim yerindeyse "bayat,, bir sayfa sunulmaktadır. Diğer taraftan, kullanıcıya sunulan web sayfası sahibinin de çıkarları bu durum nedeniyle zedelenebilir. Ayrıca, caching popüler bir web sitesinin yaygın halde tanınmasına ve marka değerinin artmasına da engeldir.²⁹ Bu nedenle burada, caching yapan ISS'lar aleyhine, TTK'nun haksız rekabete ilişkin hükümlerinin uygulanması da düşünülebilir.

4.1.3.4. Veri İletim (Paylaşım) Sistemleri

İnternet ortamında erişime sunulmuş bir eserden yararlanma imkanına ağa dahil olan herkes sahiptir. Ancak, hak sahibi tarafından internette erişime açık tutulmamış bir eserin yasal kopyasını yasal şekilde elde etmiş bir kullanıcı, bu eseri arkadaşlarına veya rastgele, tanımadığı kişilere internet yoluyla gönderirse hak sahiplerinin, kullanıcının ve bu suretle esere ulaşım yararlanan üçüncü kişilerin durumu ne olacaktır? Gerçekten de dijitalize edilmiş bir eseri, örneğin bir müzik

²⁷ Topaloğlu, a.g.e., s.154.

²⁸ Topaloğlu, a.g.e., s.153.

²⁹ Caching'in kullanıcı, site sahibi yönünden sakıncaları ve ABD'deki 1998 tarihli Digital Millennium Copyright Act m.512'deki ayrıntılı düzenlemeleri hususunda geniş bilgi için bkz. Topaloğlu, a.g.e., s.154.

CD'sini veya fotoğrafı satın alan kişi (kullanıcı) dosya paylaşım sistemlerinden yararlanarak dilediği herkesle paylaşabilmesi teknik olarak mümkündür. Meğer ki eser teknik koruma mekanizması³⁰ içeriyor olsun. İşte bu noktada veri iletim (paylaşım) sistemleri karşımıza çıkmaktadır.

Dosya paylaşım sistemleri olarak da ifade edilen veri iletim (paylaşım) sistemlerini kullanarak, ağ üzerinde çalışan kişilerin, kendi bilgisayarlarında saklamadan dahi, aynı dosyaları okuyabilmeleri, üzerine yazabilmeleri ve değişiklik yapabilmeleri sağlanabilmektedir.³¹ Veri iletim sistemleri kullanılarak bir eserin internet ortamında farklı kişilerle paylaşılmasının sınırı, FSEK m.38'deki şahsi kullanım istisnasının sınırları olmalıdır. Hiçbir şekilde, böyle bir kullanım hak sahibinin meşru menfaatlerine "haklı bir sebep olmadan" zarar vermemelidir.

4.1.3.4.1. File Transfer Protocol (Dosya Aktarım Protokolü)

File transfer protocol³² ile bir ağa dahil olan bir bilgisayardan diğer bir bilgisayara verilerin aktarılması mümkün olmaktadır.

File transfer protocol kullanılarak başka bir FTP sunucusunda erişime açık tutulan veriler aktarılabilir veya yansıtılabilir. FTP ile, bir bilgisayar kullanıcısı özel bir şifreye ihtiyaç olmadan, ağda (FTP sunucusunda) bulunan programları, dosyaları kendi bilgisayarına kopyalayabilmektedir.

FTP sunucuları FSEK kapsamında korunan bir eseri, bu şekilde kullanıcılara serbestçe sunabilme hakkına sahip midir? Burada sorunun çözümü bakımından, FSEK m.38'deki şahsi kullanım istisnasının sınırları göz önünde bulundurulmalıdır.³³ Bu şekilde bir kullanım, eserin dileyen herkes tarafından serbestçe çoğaltılması sonucunu doğuracağı ve m.38/1. fıkrada belirtilen "hak

³⁰ DRM olarak ifade edilen ve bir eserin haksız kullanımlara karşı değişik teknolojilerle korumasını sağlayan önlemler için bkz. Türkekul, Erdem, "İnternet Ortamında Fikir ve Sanat Eserlerinin Korunması" Bilişim-İletişim Teknolojileri ve Ceza Hukuku Paneli, İstanbul, 16 Mart 2002, İnternet ve Hukuk, Derleyen, Atamer M. Yeşim, İstanbul 2004, s.569-576.

³¹ Sankur, a.g.e., s.318.

³² Bu protokolün özelliklerine, 1.4.2.2. 'de değinmiştik.

³³ Memiş, a.g.e., s.116.

sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar vermeme,, ölçütüne aykırılık oluşturacağından, FSEK kapsamında hakkın ihlali oluşabilecektir. Bu nedenle, FTP sunucusunun –eser sahibinin böyle bir kullanıma açıkça onay vermediği durumlarda– hak sahibinden izin alması gerektiği düşüncesindeyiz. FTP sunucusu, bir başka FTP sunucusundan aktardığı veya yansıttığı, fikri hak konusu bir eser için de benzer şekilde izin şartına uymalıdır. Aksi taktirde, salt başka bir FTP sunucusunda zaten erişime açık tutulduğu için aynı fikir ürününü kendilerinin de yansıtıyor olmaları sorumluluktan kurtulmalarını sağlamayacaktır.

4.1.3.4.2. Elektronik Posta ve Peer-to-Peer

E-mail, yani elektronik posta sistemi günlük hayatımızın vazgeçilmez bir parçası haline gelmiş olan bir internet kullanım protokolüdür.³⁴ Elektronik posta içeriğinde veya ekinde bir dosya şeklinde herhangi bir verinin gönderilmesi mümkündür. Bir arkadaşımızla haberleşirken ona çok beğendiğimiz bir şarkıyı da e-mail eki olarak gönderebiliriz. Bu arkadaşlarımız birden çok kişiden de oluşabilir, bir grup da olabilir. Tabii ki bu kullanımlar FSEK m.38 kapsamında şahsi kullanım olarak değerlendirilebilir.

Günümüzde fikir ve sanat eserleri yönünden, özellikle müzik eserleri yönünden e-postanın farklı fonksiyonları bulunmaktadır. E-posta bu alanlarda normal yazışma ve haberleşme amacını aşarak müzik değişim amaçlı kullanılmaktadır. Birbirini hiç tanımayan, hiçbir ortak noktası bulunmayan kişiler arasında e-posta yoluyla müzik değişimi yapılabilmektedir.

Peer-to-Peer³⁵ sistemi eşten eşe, kişiden kişiye veri aktarılması esasına dayanmaktadır. Peer-to-Peer programları genelde internetten ücretsiz olarak indirilen programlardır. Peer-to-Peer (P2P) ağlarından en fazla bilinenlerinden birisi NAPSTER gibi çok ünlü bir program olup, P2P ağları müzik paylaşımındaki rolleri

³⁴ Bu protokolün özelliklerine, 1.4.2.3.'de değinmiştik.

³⁵ Peer-to-Peer: Uç birimden uç birime, eşten eşe anlamında olup, ağ üzerinden bir bilgisayarın bir diğerine bir sunucu üzerinden geçmeden dosya aktarmasıdır, Sankur, a.g.e., s.592.

nedeniyle çok yoğun kullanılan ve tanınan programlar haline gelmişlerdir.³⁶ Bu programa dahil olan kişiler arasındaki veri değiş tokuşu, programdaki arama fonksiyonu sayesinde kurulmaktadır ve arama sonuçlarına göre veri transferinin en kolay yapılabileceği kişilerden kopyalama yapılmaktadır.³⁷

Anlaşılabileceği üzere, burada birbirleri ile veri alışverişinde bulunan kişiler arasında hiçbir bağ, ilişki bulunmamakta, P2P programı sayesinde –salt veri paylaşım amacına yönelik olarak– kullanıcılar bir anlamda buluşturulmaktadır. Dolayısıyla sırf bir veriyi, eseri ücretsiz olarak elde etme amacına yönelik bir iletişimin ve bu şekildeki bir veri transferinin, şahsi kullanım istisnası kapsamında değerlendirmesi düşünülemeyecektir. Kaldı ki P2P vasıtasıyla yapılan veri değişimleri çok yaygın şekilde yapılmakta olup, FSEK m.38/1. fıkrada belirtildiği şekilde, eserden normal yararlanmaya aykırı olup hak sahibinin meşru menfaatlerine de haklı bir sebep olmaksızın zarar vermektedir.

Bu nedenlerle P2P vasıtasıyla yapılacak bu şekildeki kullanımlar, hak sahibinin öncelikle çoğaltma ve eğer eser başkalarının kopyalanmasına açık tutulmuşsa umuma iletim haklarının ihlali niteliğini taşıyacaktır. Ayrıca, eser sahibinin manevi haklarına, özellikle umuma arz yetkisine (FSEK m.14) ve adın belirtilmesi hakkına (FSEK m.15) ve eserin bütünlüğünü koruma hakkına (FSEK m.16) tecavüz hali de düşünülebilecektir.³⁸ Dolayısıyla P2P program (veya site) sorumluları da hak ihlallerinden doğrudan sorumlu tutulacaktır.³⁹

Şahsi kullanıcılar yönünden ise, sorumluluklarının bulunmadığı da kayıtsız-şartsız düşünülmemelidir. Bir eseri bu şekilde bir P2P programı vasıtasıyla, hiçbir ücret ödemediği elde eden kullanıcının da hak ihlalinde bulunup bulunmadığı düşünülmelidir. FSEK m.38. ile şahsi kullanım istisnası kapsamında şahsi

³⁶ Napster davası hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Kendigelen Abuzer-Bozbel Savaş, Telif Hakları Açısından İnternette Veri Paylaşımı, İnternet ve Hukuk, Derleyen Atamer Yeşim M., İstanbul 2004, s.500-503.

³⁷ Memiş, a.g.e., s.118.

³⁸ Akipek-Dardağan, a.g.e., s.62-63, Kendigelen-Bozbel, a.g.e., s.507.

³⁹ Napster davasında mahkeme, bu şekilde yararlanmalardan Napster şirketinin dolaylı olarak menfaat elde ettiği ve sistemin kendisine sağladığı kontrol mekanizmasını kullanmaması nedeniyle sorumlu olduğuna karar vermiştir, Kendigelen-Bozbel, a.g.e., s.502.

kullanıcılara verilen hakkın sınırını MK 2’de düzenlenen “dürüstlük kuralı,, oluşturmaktadır.⁴⁰ Yani, bir hak kullanılırken mutlaka “dürüstlük kuralı,, gözetilmelidir, böylelikle kullanıcıya da birtakım sorumlulukların yüklenmesi mümkün olabilecektir. Kullanıcı böylelikle Kanunun kendisine tanıdığı bir hakkı (şahsi kullanım serbestisi) sınırsızca ve daha fütursuzca, hak sahibinin meşru menfaatlerine zarar verecek şekilde kullanamayacaktır. Şahsi kullanım serbestisi de bu şekilde “objektif,, bir sınıra kavuşmuş olacak ve eser sahiplerinin emeği korunmuş; bağlantılı hak sahiplerinin yatırımları da böylelikle teşvik edilmiş olacaktır.

Elektronik posta hesabı (adresi) kişilere bazen kamu kurumlarınca, bazen çalıştıkları işyeri, öğrenim gördükleri üniversite veya üyesi oldukları dernek tarafından verilmekte, bazen de internette ücretsiz olarak hizmet veren kuruluşlarca e-posta hesabı verilebilmektedir.⁴¹ E-posta yoluyla, hukuka aykırı olarak veri transferi yapıldığında e-posta hesabını tahsis eden kuruluşun sorumluluğuna gidilebilecek midir? Bilindiği üzere Türk Ceza Hukuku sisteminde bilişim suçları (TCK m.243-246) dışında fikri haklara internet yoluyla tecavüz edilmesi halinde uygulanabilecek hükümlere dair özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla burada da TCK’nun suça iştirak’e dair hükümleri (TCK m.37-41) ve BK’nun haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerinden yararlanılması düşünülebilecektir. Elektronik posta hizmet sağlayıcısının sorumluluğunun derecesi somut olaya göre belirlenecektir. Bilindiği üzere e-posta hizmet sağlayıcılar içeriği sağlamamakta ve içeriği dolaşıma sokmayı da sadece teknik yönüyle sağlamaktadır. Bunu yaparken de e-posta yoluyla ilettiği verinin içeriğini denetlememektedir. Bu nedenle elektronik

⁴⁰ Her ne kadar uygulamada kullanıcılar için bir takip yapılmamış ise de, bu durum özellikle mevcut tekniklerle bu takibin zor ve masraflı olmasından kaynaklanmakta olduğu düşüncesindedir. Ancak bizce eser sahiplerinin ekonomik çıkarları daha çok zedelenirse ve bu tür çoğaltmalar yaygınlaşırsa, kullanıcılar aleyhine de yasal takiplere girişilecektir,görüşü için bkz.Memiş, a.g.e., s.121. Nitekim ülkemizde BSA, bilgisayar programlarıyla ilgili olarak, özellikle ticari kuruluşlara karşı yoğun takip içindedir, bkz. www.bsa.org.

⁴¹ Örneğin hotmail uzantılı bir e-posta adresini internetten ücretsiz almak mümkündür. Burada ilgili kuruluş e-posta hesabı sahibine gönderilecek reklamlardan ve kendi sitesine alacağı reklamlardan kazanç elde etmektedir. E-posta kutusu kullanım sözleşmesinin hukuki niteliği hakkındaki görüşler için bkz. Yıldırım Mustafa Fadıl-Memiş Tekin, Elektronik Posta Kutusu Kullanımı ile ilgili Karşılaşılan Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri, A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2005, Cilt IX, Sayı, 3-4, Erzincan 2005, Sayfa: 334 v.d.

posta işleticisi hukuka aykırı bir içeriği tesbit ettiğinde veya öğrendiğinde mutlaka bu e-postayı yok etmelidir, ancak hiçbir zaman elektronik posta işleticisine hukuka aykırı içeriği tesbit etme yükümlülüğü yüklenmemelidir.⁴² Bu konuda ISS'ların sorumluluğuna benzer şekilde⁴³ bir düzenleme yapılması internet'in amacına ve ruhuna uygun olacaktır.

4.1.3.5. Linkler

Web sayfalarında kullanılan linkler⁴⁴ ile kullanıcılar başka sitelere bağlantı kurabilmektedir. Link sayesinde, bağlı olduğunuz web sayfası dışında başka bir web sayfasına bağlanmanız sağlanmaktadır. Böylelikle aradığımız konuyla ilgili başka bir web sitesine de direkt bağlanmanız⁴⁵ sağlanarak kullanıcının işi kolaylaşmakta ve internete hız kazandırılmaktadır. Bu teknoloji normalde internetin amaçlarına hizmet etmektedir. Gerçekten de yahoo, google gibi arama motorları dahi organize edilmiş link demetinden başka bir şey değildir.⁴⁶ Linkler ve arama motorları sayesinde internette bilgiye ulaşmak çok kolaylaşmaktadır. Ancak günümüzde internetin, dünyayı saran ağ'ın geldiği noktada, linkler birçok sorunu da gündeme getirmiştir.⁴⁷ Linkler ile bağlanmanın konusunu bir web sayfası veya web sitesi oluşturmaktadır. Bağlanılan (link verilen) web sayfasında, bir eserin de yer alması mümkündür. Web sayfasının bizzat kendisi de, içinde barındırdığı unsurlara göre bir eser olarak⁴⁸ korunabilecektir.

⁴² Yıldırım-Memiş, a.g.e., s.352, ayrıca Alman Hukukundaki düzenleme için bkz. aynı eser, s.351.

⁴³ Bkz. 1.6.4.2. Servis Sağlayıcının Sorumluluğu.

⁴⁴ Link (Bağ), bir web sayfasından başka bir dosyaya, ağ adresine, internet adresine yapılan gönderme, bağlantı anlamındadır, bkz. Sankur, a.g.e., s.461.

⁴⁵ Bilindiği gibi, link ile bir siteye bağlanmada, kullanıcının yeniden bir internet adresi veya URL (uniform resource locator-bir kaynağın internet üzerindeki yerini belirten bilgi) yazmasına gerek yoktur, mouse ile linke tıkladığında, hiçbir şey yapmadan link verilen web sitesine veya sayfaya bağlanabilirsiniz.

⁴⁶ Eroğlu, Sevilay: İnternette "Aktif Link"ler Yoluyla Fikri Haklara Müdahale, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul 2003, Cilt II. s.210.

⁴⁷ Link verilmesi suretiyle ilk bağlı olduğunuz site haricinde diğer bir siteye bağlandığımızda bağlı olduğunuz (link verilen) sitenin adresinin gözükmeye başlaması veya link verilen sitenin ününden yararlanma gibi konular dolayısıyla özellikle rekabet hukukunu ilgilendiren bazı sorunlar gündeme gelebilecektir, ancak biz çalışmamızın konusu itibarıyla sadece fikir ve sanat eserleri yönüyle konuyu ele alacağız.

⁴⁸ Web sayfasının eser niteliği konusunda bkz. 2.4.4.3.

Link vasıtasıyla bağlantı kurulduğunda, bağlantı kurulan içerik (web sayfası) sahibinin kimlerin link kurmak suretiyle kendi sayfasına bağlandığından ve bu linki sağlayanın kim olduğundan bilgisi olmamaktadır. Yani link kurulan içerik sahibi, linkin içeriğinden yani, eserinden kimlerin yararlandığını, kimlerin bu yararlanmaya aracılık ettiğini bilememektedir. Bu durum da, fikri haklar yönünden birçok problemin doğmasına neden olabilecek niteliktedir.

Link verme, bir bakıma FSEK m.35’de düzenlenen “iktibas serbestisi,⁴⁹ müessesesine benzetilebilir. Bu serbesti kapsamında bir eserden kaynak göstererek ve amacın haklı göstereceği bir oran dahilinde alıntı yaparak yararlanmak mümkündür. Link verme’de de bir bakıma “gönderme,, yapıldığı düşünülebilir, ancak bu göndermenin hak sahiplerinin manevi haklarını zedelememesi gereklidir. Hangi durumlarda linklerin, hak sahiplerinin haklarını etkilediğine karar verebilmek için farklı nitelikler gösteren link türlerinin de bilinmesi gereklidir.

4.1.3.5.1. Yüzeysel Linkler

Basit veya olağan linkler olarak da adlandırabileceğimiz bu linklerde link veren web sitesi sahibi, başkasına ait sitenin ana sayfasına bağlantı kurmaktadır. Dolayısıyla burada, kullanıcı link atarak girdiği web sayfasının adresini görebilmekte, bu sayfanın hak sahibinin kim olduğunu bilebilmektedir. Böylece link verilen web sayfası sahibi de–iktibas müessesesinde olduğu gibi– kullanıcı tarafından tanınmakta ve böylelikle hakları zedelenmemektedir.⁵⁰ Bir web sitesine başka bir siteden link verilmesi yoluyla bu tür erişimlerin serbest bırakılması, yeniliklerin önünü açmak için gereklidir.⁵¹

⁴⁹ FSEK m.35’de bir eserden kaynak gösterebilmek suretiyle, başka bir eserin hazırlanması sırasında yaralanılması veya aynı şekilde bir güzel sanat derslerinde projeksiyon gibi yollarla gösterilerek yararlanılması düzenlenmiştir. Ancak iktibas suretiyle bir eserden yararlanırken, bunun ölçüsü, amacın haklı göstereceği bir oranda ve içeriği aydınlatmak maksadına yönelik olması gerekir.

⁵⁰ Ancak burada iki site arasında bir bağlantı olduğu izleniminin kullanıcı (bir anlamda tüketici) nezdinde oluşabileceği düşünülmelidir ve ünlü bir sitenin ya da markanın şöhretinden yararlanarak oraya link verilmesi örneğimizde olduğu gibi durumlarda, Haksız Rekabet Hukuku ve Marka Hukuku sorunları doğabilecektir.

⁵¹ Bone Robert G., “The Use of Intellectual Property Theories and Trespass Torts to Restrict Acces to the Web Sites” (çeviren Yıldırım ,Ayça Akkayan, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, İzmir-21-22 Mayıs 2001, s.35.

Yüzeysel linklerin örnekleri; basit aktif linkler⁵² ve surface linkler olup, bu linklerde kullanıcı linkle bağlandığı web sitesinin alt sayfalarına da kendisi geçebilmektedir. Yani bir siteye yüzeysel linkle bağlanmak ile, doğrudan sitenin alan adını girerek bağlanmak arasında neredeyse hiçbir fark yoktur.

Burada hem kullanıcının görebildiği içerik, hem de link kurulan web sitesi sahibinin sunabildiği içerik bakımından hiç bir sınırlama, kısıtlama bulunmamaktadır. Burada, deyim yerindeyse link verme tamamen şeffaf bir şekilde gerçekleşmekte; tüm taraflara, yürütülen link faaliyeti, link kurulan siteler ve bu işlemin boyutları ayrıntısıyla bildirilmektedir.

Link kuran, kurduğu linkin kaynağını tam ve şeffaf olarak göstermekte, link atan da nereye bağlandığını, bağlandığı sitenin hak sahibini bilmektedir. Dolayısıyla yüzeysel link verilmesinde herhangi bir fikri hak ihlalden söz edilemeyeceği açıktır, yüzeysel link verilmesi, tamamen FSEK m.35'deki iktibas serbestisi istisnası kapsamında değerlendirilebilir.

4.1.3.5.2. Derin Linkler

Derin linklerin, yüzeysel linklerden temel farkı, bağlantı kurulan sitenin ana sayfasını atlayarak, aynı sitenin alt sayfalarına bağlantı sağlaması noktasında görülmektedir.⁵³

Burada kullanıcı, bağlantı kurduğu web sayfasının kime ait olduğunu görememekte, sanki link veren web sitesine ait bilgilerden yararlanıyormuş izlenimi uyandırılmakta ve bir anlamda kullanıcı hataya düşürülmek istenmektedir. Diğer taraftan link verilen web sayfası sahibi de kullanıcıya kendisini tanıtamamakta, sunulan içeriğin, bilgilerin kendisine ait olduğunu belirtememekte ve sitesini tam anlamıyla sunabilme imkanından mahrum edilmektedir. Yine iktibas müessesinden yola çıkacak olursak, kaynak gösterilmeden alıntı yapılmakta ve kullanıcı link verilen sayfadaki içeriği, link kuran kişinin ürünü sanmaktadır.

⁵² Basit Aktif Linkler kitaplardaki arama endeksine benzetilmektedir, bkz. Eroğlu, Aktif Link, s.213.

⁵³ Derin linklerde çeşitli programlama dilleri kullanılarak link verilen sitedeki reklam ve firma bilgileri atlanarak doğrudan sitenin metin kısmına bağlanılmaktadır, Topaloğlu, s.151. Tabii ki bu çeşit linklerde haliyle haksız rekabet ve haksız fiil kuralları da, FSEK koruması yanında ayrıca gündeme gelecektir.

Derin linklerde, eğer link kurulan site (site sahibi eser sahibi ise) belirtilmemiş ise “eser sahibi olarak tanıtılma hakkı”nın (FSEK m.15) ihlal edildiğinden söz edilecektir. Yine link kurmak suretiyle eserin sadece belirli bölümleri kullanıcıya sunulmuş veya eser değişiklikler yapılarak sunulmuş ise, FSEK m.16’daki “eserde değişiklik yapılmasını önleme yetkisi,, de gündeme gelebilecektir. Yine, mali haklar yönünden de –derin link verilmesi halinde– FSEK m.22 anlamında bir çoğaltma olduğundan, burada eser sahibinin çoğaltma hakkının ihlal edildiğinden söz edilebilecektir.⁵⁴

Bir web sitesi sahibinin eseri internete koymakla, bunun internet ortamında çoğaltılacağını bilmemesi düşünülemez, dolayısıyla buna zaruri olarak onay verdiği anlaşılabilir. Eser sahibinin onay verdiği bu çoğaltmanın⁵⁵ sadece kişisel kullanım amacına yönelik çoğaltma olduğu hiçbir zaman unutulmamalıdır. Nitekim FSEK m.38/1. fıkrada da “hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmaksızın zarar veremeyeceği ve eserden normal yararlanmaya aykırı olamayacağı,, belirtilerek şahsi kullanım amacıyla çoğaltmanın sınırları çizilmiştir,⁵⁶ kişisel kullanıcı bu sınırlamalara uymak durumundadır.

Link kurma suretiyle, bünyesinde hukuka aykırı (korsan) kopya bulunduran bir siteye link veriliyor ve böylelikle kullanıcıların o siteden yararlanmaları sağlanıyorsa, şüphesiz link kuran site sahibinin de sorumluluğu gündeme gelecektir. Yine bir başka sitedeki veri tabanına link vermek için de, mutlaka eser sahibinin izninin alınması gereklidir, aksi halde link kuran sitenin sorumluluğu söz konusu olacaktır.

⁵⁴ Bone, a.g.e., s.37, Topaloğlu, a.g.e., s.152.

⁵⁵ ABD Hukukunda, korumanın kapsamı belirlenirken “korunmayan gerçek – korunan ifade,, ayrımı yapılmaktadır. Bir web sitesinden sadece gerçekleri yansıtan verilerin elde edilmesi, kendi başına telif hakkı ihlali teşkil etmeyecektir. Ancak, gerçekler orijinal biçimde seçilmiş, koordine edilmiş ve düzenlenmiş olmaları halinde korunabilecektir, bu ölçüt hakkında bkz. Bone, a.g.e., s.38-39.

⁵⁶ ABD hukukunda da benzer şekilde bir kullanımın haksız fiil olarak nitelendirilmesi için, bu kullanım (bilgisayar menkul mal olarak, elektronik sinyallerde menkul malı etkileyen fiziksel ilişki olarak değerlendirilerek) menkul mala veya davacının menkul malı kullanma konusundaki menfaatine veya davacının hukuken korunan başka bir menfaatine önemli ölçüde zarar vermiş olmalıdır. Yine, hak sahibi kişi sitesinde her tür kullanımı açıkça yasaklayan bir ilana yer vermiş olmalıdır, bkz. Bone, a.g.e., s.40.

4.1.3.5.3. Çerçeveseler (Frames)

Çerçeve (frame) web sitesini bilgisayar ekranında görüntülediği esnada birden çok bölüme ayırmayı ve istenirse bu bölümlerde farklı web sitelerine yer vermeyi sağlayan bir teknolojidir. Bir internet sitesine giren kullanıcı ekran üzerinde aynı anda birden çok internet sitesini farklı çerçeveler içinde görebilmektedir. “Çerçeve içine alma” da gerçekte bir link şeklindedir. Farklı siteleri çerçeve içine alarak kendi sitesine taşıyan web sitesi sahibi kullanıcıya, bu sitelerden dilediğine bir linki tıklamak suretiyle bağlama imkanı sunmaktadır. Burada da temel sorun –aynen derin linklerde olduğu gibi– çerçeve içinde sunulan site sahibinin haklarının ihlal edilip edilmediğidir.⁵⁷

Çerçeve içine alma durumunda kullanıcı sadece bağlandığı web sitesinin URL adresini görebilmektedir, çerçeve içinde verilen sitelerin adreslerini ve site sahiplerini (site sahibi eser sahibi ise) göremediği için “eser sahibi olarak belirtilme hakkı”nın (FSEK m.15) ihlali söz konusu olabilecektir. Yine çerçeve içinde verilen web sitesinin sadece bazı bölümleri sunuluyor ise veya sunulan kısımlarda bir takım değişiklikler yapılmış olması durumunda da “eserde değişiklik yapılmasını önleme yetkisi,, (FSEK m.16)’nın ihlal edilmesinden söz edilebilecektir.

Mali haklar yönünden ise; çerçeve içinde başkalarının sitelerine yer veren site sahibi, çerçevelenen sitenin hak sahibinin mali haklarının ihlal edilmesi eylemlerinden yardımının bulunması nedeniyle BK m.50 gereğince müteselsilen sorumlu tutulabilecektir.⁵⁸ Yine bu yolla bir suç işlenmiş ise, örneğin bir web sitesi sahibi sırf sitesine ilgi çekmek için çerçeve içinde korsan eserler barındıran bir siteye yer veriyorsa, bu durumda, çerçeveye yer veren site sahibinin TCK 39 m. gereğince suça iştirak ettiğinden söz edilebilecektir.

⁵⁷ Yine burada da çerçeve içine alınan sitelerle, kullanıcının girdiği site arasında bir bağlılık, yakınlık bulunduğu izlenimi kullanıcı nezdinde oluşmaktadır. haksız rekabet hukuku ve marka hukuku sorunlarını da bu durum gündeme getirecektir. Topaloğlu, çerçeve web sitesiyle ilgili sponsorluk veya reklam sözleşmeleri açısından, çerçeve içine almanın büyük tehlikeler doğurabileceğine dikkat çekmektedir, bkz. Topaloğlu, a.g.e., s.152.

⁵⁸ Eroğlu, Aktif Link, a.g.e., s.240.

Web sitesi sahibi, eserini internete koymakla, bunun doğurabileceği hak ihlali tehlikelerini de önceden öngörmüştür. Bu nedenle sitesinin çerçeve içine alınabileceğini de tahmin edebilmesi gerekir. Ancak, “çerçeve içine alma şekli itibarıyla” hak sahibinin hakları zedelenmemelidir. Eğer hak sahibinin haklarına yukarıda anlatılan şekillerde bir tecavüz varsa, hak sahibinin eserini internete koyduğu anda var olan zımni iradesinin devam ettiğinden söz edemeyiz.⁵⁹ Hiçbir eser sahibinin haklarının ihlal edilmesine zımnen de olsa rıza göstereceğini düşünemeyiz. Çerçeveleme teknolojisi kullanılan web sitelerinde, çerçeve içinde görüntülenen içerik ,eğer FSEK kapsamında eser niteliğinde ise, eser sahibinden izin alınmadığı sürece ,çerçeve kullanımı yasaya aykırıdır.⁶⁰ Diğer taraftan hak sahibi sitesinin çerçeve içine alınmasını açıkça yasaklayabilir, bu durumda da eser sahibinin iradesini dikkate almak gereklidir, eser sahibini eserini istemediği bir şekilde yayması veya umuma iletmesi hususunda zorlanamayacağı aşıkardır.

4.2. Fikri Hakların Dava Yoluyla Korunması

FSEK kapsamında korunan eser sahibinin hakları ile bağlantılı haklara tecavüz halinde, bu hakların korunabilmesi gündeme gelecektir. Gerçekten de *FSEK’in amacının; “hak sahiplerinin haklarını belirlemek, korumak, bu ürünlerden yararlanma şartlarını düzenlemek, öngörülen esas ve usullere aykırı yararlanma halinde yaptırımları tespit etmek”* olduğu kanunun 1. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Bu amaca uygun olarak, FSEK’in beşinci bölümü “Hukuk ve Ceza Davaları”na özgülenmiştir. Ancak, 11.04.2006 tarihli, “Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı”nda⁶¹ FSEK ile ilgili hükümler de bulunmakta olup, bu tasarının 31 Aralık

⁵⁹ Eroğlu, Aktif Link, a.g.e., s.238.

⁶⁰ Yine, çerçeve kullanılan web sitesinde çerçeve içine alınan içeriğin etrafının reklamlarla çevrilmesi ve buna ek olarak kullanıcının tarayıcısının adres kısmında çerçeve kullanılan asıl sayfanın adresinin görülmesi, tüketicinin kafasını karıştırabilecek ve iltibas yaratabilecektir. Bu nedenlerle konunun marka hukuku ve haksız rekabet hukuku yönünden de değerlendirilmesi gerekecektir. Bu görüş için bkz. Özdilek, Ali Osman, Web Sitelerinde Çerçeveleme (Framing) Teknolojisi ve Getirdiği Yasal Problemlere Kısa Bir Bakış, www.hukukcu.com.

⁶¹ Anılan tasarı’dan çalışmamızda ,”**tasarı**” olarak sözedilecektir, bu tasarı metni için bkz. www.basbakanlik.gov.tr. FSEK ile ilgili olarak, bahsettiğimiz bu tasarı dışında, Kültür Bakanlığınca hazırlanan, “Sarıkamış Harekatı Bölgesi ve Şehitlikleri Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı”da bulunmakta olup, bu taslak metninde

2006 tarihinden önce yasalaşması beklenmektedir.Söz konusu tasarı metninde FSEK'teki cezai hükümlerin, Temel Ceza Kanunlarına uyumu yanında ,FSEK'in "Hukuk ve Ceza Davaları"na ilişkin beşinci bölümünün esaslı şekilde değişikliğe tabi tutulmak istendiği gözlemlenmektedir.⁶²

4.3. FSEK'te Düzenlenen Hukuk Davaları

Hukuk Davaları:

- FSEK m.15/3. fıkrada düzenlenen "Eser Sahibinin Tesbiti Davası"
- FSEK m.66/1. fıkrada düzenlenen "Tecavüzün Ref'i Davası"
- FSEK m.66-68'de düzenlenen "Tecavüzün Men'i Davası"
- FSEK m.70'de düzenlenen "Tazminat Davası"
- FSEK m.68-70'de düzenlenen "Vekaletsiz İş Görmeden Kaynaklanan Davalar"

olup, bu beş dava türünün yanında ayrıca hak sahiplerine tanınan bazı özel talepler de bulunmaktadır.⁶³

FSEK m.80 (sondan ikinci fıkrada) "Eser sahibinin hakları ile bağlantılı hak sahiplerinin de eser sahipleri gibi, tecavüzün ref'i, tecavüzün men'i ve tazminat davası haklarından faydalanabilecekleri" hükme bağlanmıştır. Bu hüküm gereğince bağlantılı hak sahipleri de haklarını korumak için tıpkı eser sahipleri gibi FSEK m.66-68'deki Tecavüzün Ref'i Davası, FSEK m.69'daki Tecavüzün Men'i Davası ve FSEK m.70'deki Tazminat Davası imkanlarından yararlanabilecektir.⁶⁴

de konumuz açısından önem taşıyan,"korsan yayımla mücadele kapsamında görev alarak bu şekilde çoğaltılarak ticari dolaşıma sokulmuş eser nüshalarını yakalayan genel kolluk,zabita ve yakalama işlemine katkısı bulunan denetim komisyonu başkan ve üyelerine ikramiye ödenmesi" hakkında tamamen yeni bir hüküm,FSEK'e Ek 12.madde eklenmek suretiyle getirilmek istenmektedir,anılan taslak metni için bkz.www.kultur.gov.tr

⁶² **Tasarı** ile ilgili açıklamalar ve düşünceler için bkz.4.7.

⁶³ Bizce yasa koyucu hak sahibine FSEK ile tanıdığı; çoğaltmada yararlanılan aletlerin ve çoğaltılan nüshaların devri ve imhası (FSEK m.68) gibi genel sorumluluk hukuku sisteminden farklı müesseselerle, bir taraftan hak sahiplerine sağladığı korumayı farklı metodlar kullanarak güçlendirmeyi hedeflemiş, diğer taraftan da fikir ürünlerinin hak ihlalcilerini bu önlemlerde daha baştan caydırmaya çalışmıştır.

⁶⁴ Tekinalp, a.g.e., s.286, Erel, a.g.e., s.293.

Hak sahiplerinin FSEK'in tanıdığı dava açma imkanlarından yararlanması için öncelikle, FSEK kapsamında tanınan haklarına yönelik bir tecavüz veya tecavüz tehlikesi mevcut olmalıdır. Tecavüz veya tecavüz tehlikesi bir manevi hakkın ya da mali hakkın ihlali yada ihlali tehlikesinin mevcut olmasını gerektirir. Bilindiği üzere bu haklar münhasır hak olup, niteliği itibarıyla herkese karşı ileri sürülebilirler, dolayısıyla bu hakların ihlal edilmesi halinde açıkça, "hukuka aykırılığın" varlığından sözedebiliriz. Sahibinin rızası dışında dijital çevrim yapılarak fikri eserin ve doküman haline getirilmesi halinde FSEK 66. maddesi ve devamında düzenlenen hukuk ve ceza davaları söz konusu olur. Eser sahibi, tecavüzün önlenmesi (men'i), tecavüzün kaldırılması (ref'i) ve bunlarla birlikte veya ayrıca tazminat davası açma yollarından birini seçebilir. Fiilin internet ortamında işlenmiş olması, fiilin, failin ve zararın belirlenmesi noktalarında bazı güçlükler çıkabilirse de, genel anlamda koruyucu hükümlerin uygulanması açısından herhangi bir özellik taşımayacaktır. Bu nedenle FSEK'in hukuk ve ceza davalarına ilişkin koruyucu nitelikteki hükümleri, internet ortamında gerçekleşen ihlaller için aynen uygulanacaktır.⁶⁵

4.3.1. Eser Sahibinin Tesbiti Davası

FSEK m.15/3. fıkrada⁶⁶ "Eser sahibinin tesbiti davası"na yer verilmiştir. Maddedeki düzenlemeye göre bu dava iki halde açılabilecektir: ya bir eserin kimin tarafından meydana getirildiği ihtilafı ise, yada herhangi bir kimse eserin sahibi olduğunu iddia etmekte ise, bu dava açılarak, gerçek hak sahibinin tesbiti mahkmeden istenebilecektir.

Uygulamada, bazen eser sahipliğinin tesbitinde sorunlar yaşanabilecektir. Bir eserin birden fazla kişi tarafından sahiplenilmesi yada bir kişiye ait olarak tanıtılan, kamuoyu tarafından o kişiye ait olduğu zannedilen bir eserin gerçek sahibi olduğunu

⁶⁵ Topaloğlu, Mustafa, İnternette Fikri Hak Sorunları, www.turkhukuk sitesi.com

⁶⁶ Bu dava türü FSEK'in "Fikir Hakları"na ilişkin üçüncü bölümünde, eser sahibinin manevi hakları kısmında düzenlenmiştir. Beşinci bölümdeki "Hukuk ve Ceza Davaları" kısmında düzenlenmeyip Kanunun farklı bir bölümünde bulunmasına rağmen hak sahiplerine sağlanan bir özel hukuk koruma yöntemi olduğuna şüphe yoktur. Bu dava, adında belirtildiği ve uygulamada kullanıldığı şekliyle bir tesbit - delil tesbitine ilişkin bir dava olmayıp, eserin sahipliğinin gerçek hak sahibine verilmesi amacıyla hizmet etmektedir. Dolayısıyla bu dava da "fikri hakların dava yoluyla korunması"nın bir yöntemidir ve bu nedenle de çalışmamızda bir dava türü olarak incelenmiştir.

iddia eden kişi bu davayı açarak; mahkemeden eserin, hakkın kendisine ait olduğunun belirlenmesini isteyebilecektir.

Bir eser kimin adıyla kamuya sunulmuşsa, o şahsın eser sahibi olduğu yolunda bir karine doğar (FSEK m.11/1. fıkra). Bu nedenle HUMK anlamında ispat yşkş, hak sahibi olduğunu iddia eden davacıya ait olmalıdır. Eser sahibinin tesbiti davasının, “intihal” yani eser hırsızlığı durumunda açılıp açılmayacağı hususu ise doktrinde tartışmalıdır.⁶⁷ Bizce FSEK m.11’in “yayınlanmış eserlere dair eser sahipliği karinesi”ni öngörmesi karşısında, eser sahipliğini tesbit davasının intihalin söz konusu olduğu hallerde de açılabilmesi gereklidir.

4.3.2. Tecavüzün Ref’i Davası

Tecavüzün ref’i davası, başlamış ve devam eden bir tecavüzün kaldırılması için açılır. Tecavüz artık son bulmuşsa bu davanın artık amacı kalmadığından açılmayacaktır.⁶⁸ Bu dava “tecavüzün giderilmesi” davası olarak da adlandırılmaktadır. Bu davanın açılabilmesi için belirtildiği üzere, esere ilişkin bir hakka yönelik mevcut, devam eden, sonuçları halen görşlen bir tecavüz bulunmalıdır.

Tecavüzün mali ya da manevi haklara karşı olması, davanın niteliğini değiştirmez, fakat ileri sürşlebilecek talepler, saldırılan menfaate göre farklı olur.⁶⁹ FSEK m.66/1. fıkra hükmünde: “mali ve manevi hakları tecavüze uğrayan kimse tecavüz edene karşı tecavüzün ref’ini dava edebilir” denilmek suretiyle hem manevi haklara, hem mali haklara tecavüz halinde tecavüzün ref’i davası açılabilmeği hususu düzenlenmiştir. Mutlak hak niteliği taşımayan, sözleşmelerden doğan

⁶⁷ Ayiter, FSEK m.11/1. fıkra hükmünün amacının, eser sahibi olduğunu iddia eden kişiye yardımcı olmak olduğunu, FSEK m.15/3. fıkraya göre bir başkasının adıyla kamuya sunulmuş eserin sahibi olduğunu iddia eden kimsenin, eser sahipliği karinesini çürütmek zorunda olduğunu belirtmektedir, bkz. Ayiter, a.g.e., s. 119-120. Erel ise, intihal halinde eser sahipliğinin tesbiti davası açılabilmeğini, çünkü eseri gasbedilen kişinin kendi eser sahipliğini kanıtlamak zorunda olduğu düşüncesindedir, bkz. Erel, a.g.e., s.121-122. Tekinalp ise intihal halinde eser sahipliğinin tesbiti davasının değil, tecavüzün ref’i, tecavüzün men’i ve tazminat davalarının açılması gerektiği düşüncesindedir, bkz. Tekinalp, a.g.e., s.292 .

⁶⁸ Ayiter, a.g.e., s.253, Arslanlı, a.g.e., s.211, Tekinalp, a.g.e., s.293, Erel, a.g.e., s.292.

⁶⁹ Ayiter, a.g.e., s.255.

alacaklar ve diğer talep hakları da FSEK korumasının dışında kalır ve ancak genel hükümlere göre korunabilirler.⁷⁰

Tecavüzün ref'i davası, halen devam eden ihlal fiilini gerçekleştiren kişiye karşı açılacaktır. Yine tecavüz, hizmetlerini ifa ettikleri sırada bir işletmenin temsilcisi veya müstahdemleri tarafından yapılmışsa; işletme sahibi hakkında da dava açılabileceği Kanun'un 66/2. maddesinde düzenlenmiştir.

FSEK m.66/3. fıkra düzenlemesine göre, tecavüz edenin kusurunun bulunup bulunmadığına bakılmayacaktır. Tecavüzün ref'i davasında, davalının kusuru gerekmediği halde, haksız fiil esasına dayanan tazminat talebi için kusur aranır.⁷¹

FSEK m.67, manevi haklara tecavüz halinde, ref davası davacısının yararlanabileceği talepleri⁷² düzenlemiştir. Benzer şekilde FSEK m.68'de de; mali haklara tecavüz halinde, ref davası davacısının yararlanabileceği talepler⁷³ düzenlenmiştir.

Böylelikle yasa koyucu, hak sahiplerine, ref davası yoluyla belirttiğimiz yetkileri de içeren, oldukça kapsamlı koruma imkanları tanımıştır.⁷⁴ Görüldüğü

⁷⁰ Tekinalp, a.g.e., s.289.

⁷¹ Erel, a.g.e., s.296.

⁷² FSEK m.67'de manevi haklara tecavüz halinde davacıya, çoğaltılmış nüshalar üzerinde adını dercetme, hükmün üç gazetede ilanı, kaynak gösterilmeme halinde nüshalara bunun yazımı, eser haksız olarak değiştirilmiş ise bunun düzeltilmesi, bu amaçla yayın vasıtalarına ilan verilmesi, güzel sanat eserlerinin eski hale getirilmesini talep yetkisi gibi birtakım talep yetkileri tanınmıştır.

⁷³ FSEK m.68'de, mali haklara tecavüz halinde davacıya; sözleşme yapsaydı isteyebileceği bedelin veya emsal rayiç bedel itibarıyla uğradığı zararın üç kat fazlasını isteyebilme, çoğaltılmış kopyaların ve çoğaltmada kullanılan film ve benzeri gereçlerin imhasını veya maliyetini aşmamak üzere kendisine verilmesini isteyebilme yetkisi gibi bir takım seçimlik taleplerde bulunabilme yetkileri tanınmıştır. Doktrinde, davalıdan istenebilecek bu üç kat oranındaki bedelin, tecavüzcüyü caydırmaya yönelik ve hak sahibine ödenen bir ceza niteliğinde olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. Tekinalp, a.g.e., s.288. **Tasarı**'nın 43.maddesi ile 68.madde'nin 2.ve 3. fıkra hükümleri madde metninden çıkarılmaktadır.

⁷⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 20.03.2002 tarihli kararında özetle;" Davalıya ait galeri tarafından bastırılan sergi kataloğunda, davacının "M... Balo" isimli yapıtındaki 11 ve 12 nolu eserlerinde yer alan figürler canlandırma-animasyon suretiyle davalı şirkete ait C.... Televizyon kanalında yayınlanma halinde davacı, FSEK m.68 hükmüne göre belirlenecek emsal veya rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını talep edebilecektir. Eser sahibinin mali hakları korunurken sadece bu tecavüzün haksız fiil olduğu varsayımından hareket edilmeyecektir. Somut olayın özelliğine göre varsayımsal sözleşme bedeli tayin edilirken eser sahibinin bilimsel ve sanatsal yeteneği, üretim kapasitesi gibi, subjektif nitelikleri, eserin beğeni ölçüsü, sayfa sayısı, estetik görünümü, nitelik ve niceliği, ihlal edilen mali hakkın türü, coğrafi kapsamı, ihlal süresi, ihlalin yapıldığı vasıta, bunun geniş halk kitlelerine ulaşımı gibi objektif kriterler dikkate alınarak, eser sahibi izinsiz

üzere, bu davayla sunulan bütün imkanlarla tecavüzü hiç olmamış gibi bir hale getirerek, zararlı sonuçları da mümkün olduğunca ortadan kaldırmak hedeflenmektedir.

4.3.3. Tecavüzün Men'i Davası

FSEK m.69'da, eser sahibinin mali veya manevi haklarına tecavüz tehlikesine maruz kaldığı durumlarda, muhtemel tecavüzün önlenmesini dava edebileceği belirtilmiştir. Bu hükümde açıkça ifade edildiği üzere tecavüzün men'i davasının açılması için ihlalin gerçekleşmiş olmasına gerek yoktur, ihlal tehlikesinin varlığı dahi bu davanın açılabilmesi için yeterli olacaktır. Ayrıca başlamış olan bir tecavüzün devam veya tekrarı muhtemel görülen hallerde de yine tecavüzün men'i davası açılabileceği⁷⁵ m.69/1. fıkra'da hükme bağlanmıştır.

Tecavüzün men'i davasıyla hakim, tecavüzün gerçekleşmesini önlemeye elverişli bütün tedbirleri alacaktır. Bu dava, tecavüzün önlenmesi amacına yöneliktir. Hakim, FSEK m.66/4. fıkra uyarınca, eser sahibinin mali ve manevi haklarını, tecavüzün kapsamını, kusurun olup olmadığını, varsa ağırlığını ve tecavüzün gerçekleşmesi halinde tecavüz edenin uğrayacağı muhtemel zararları takdir ederek, durumun gerektirdiği tüm tedbirlerin uygulanmasına karar verecektir.

Tecavüzün men'i davasının davacı ve davalıları, tecavüzün ref'i davasının davacı ve davalıları ile aynıdır.⁷⁶ Ancak madde metninden tecavüzün men'i davasını sanki "yalnızca eser sahibinin açabileceği" şeklinde bir anlam çıkmaktadır ki, doktrinde düzenleme bu yönüyle eleştirilmekte⁷⁷ ve tecavüzün men'i davasını tüm hak sahiplerinin açabileceği savunulmaktadır. Gerçekten de eser sahibi dışındaki hak sahiplerine bir taraftan tecavüzün ref'i davasını açma hakkı tanımak, diğer taraftan men davası açma hakkı tanımamak halinin izahı oldukça güçtür. Bu nedenle eser

yayın yapanla sözleşme yapması halinde, bu sözleşme uyarınca isteyebileceği bedel, bunun faizi 68. madde uyarınca açılacak davada dikkate alınacaktır", bkz. HGK. 20.03.2002 tarih ve 2002/11-176 E., 2002/214 K. sayılı kararı www.kazanci.com.tr.

⁷⁵ Yasa koyucu, bu hükümle men davasının kapsamını genişletmiş olup FSEK sisteminde bu davayı tecavüzün ref'i davasına yaklaştırdığı görüşü için bkz. Tekinalp, a.g.e., s.306.

⁷⁶ Bkz. 2.1.2.

⁷⁷ Bu eleştiriler için bkz. Tekinalp, a.g.e., s.306, Erel, a.g.e., s.302.

sahibi dışındaki diğer hak sahipleri de, haklarına tecavüz tehlikesinin bulunması halinde tecavüzün men'i davası açabilmelidirler.

Tecavüzün men'i davasının açılabilmesi için tecavüz edenin (veya işletmenin temsilcilerinin veya çalışanlarının) kusurunun bulunmasının şart değildir. Tecavüz teşkil eden tutumunun objektif olarak hukuka aykırılık teşkil ettiği bütün hallerde, kusur söz konusu olmadan da, tecavüzün men'i davası açılabiliriz.⁷⁸ Sadece “objektif hukuka aykırılığın mevcut olması” tecavüzün men'i davasının açılması için yeterli olacaktır. Men ve ref davaları birlikte de açılabilecektir, çünkü bu iki davanın amaçları belirttiğimiz üzere birbirinden farklıdır.

4.3.4. Tazminat Davası

FSEK m.70'de manevi hakların ve mali hakların ihlali halinde, tazminat davası açılabileceği hususu düzenlenmektedir. Tazminat davası, tecavüzün ref'i ve tecavüzün men'i davalarından farklı olarak, tecavüz nedeniyle hak sahiplerinin malvarlıklarında meydana gelen zararı veya eksilmeyi gidermeyi amaçlamaktadırlar. Diğer davaların açılmış olması, tazminat davası açmaya engel değildir.⁷⁹

4.3.4.1. Manevi Haklara Tecavüz Halinde Tazminat Davası

FSEK m.70/1. fıkra hükmüne göre “manevi hakları haleldar edilen kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat ödenmesi için” tazminat davası açabilecektir. Mahkeme, bu para yerine veya bunlara ek olarak başka bir manevi tazminat şekline de hükmedilebilecektir.

FSEK m.70 hükmünde 4110 sayılı kanun ile yapılan değişiklik ile, manevi hakları ihlal edilenlerin sadece manevi tazminat davası açabilecekleri düzenlemesi mevcuttur. Oysa ki bir manevi hakkın ihlali halinde, bir haksız fiilin varlığından sözedilebilecektir ve bu durum da BK'nun haksız fiillere ilişkin hükümleri uyarınca – FSEK'te açıkça öngörülmemiş olmasına rağmen – maddi tazminat davası da

⁷⁸ Ayiter, a.g.e., s.261.

⁷⁹ Erel, a.g.e., s.303.

açılacaktır.⁸⁰ Manevi haklara tecavüz halinde tazminat davası açabilmek için, Borçlar Hukukundaki genel kurallara gidilmeli; hukuka aykırılık, kusur, zarar, illiyet bağı unsurlarının bulunması aranmalıdır.⁸¹ Böylelikle hak sahibinin hem maddi hem de manevi tazminat davası açabilmesi için kusurun varlığı aranması gerektiği belirtilmektedir. Bir başka görüşe göre ise kusur, ancak manevi hakkın ihlali durumunda maddi tazminat istendiği hallerde aranmalı, yalnızca manevi tazminat istendiği hallerde ise kusur aranmamalıdır.⁸²

YİBK'nun 18.12.1981 tarihli bir kararında, "Eser sahibinin eseri üzerindeki manevi haklarının ihlali halinde istenebilecek manevi tazminata ilişkin düzenlemeler FSEK'te yer alırken, şahsi menfaatlerin ihlali halinde istenebilecek manevi tazminat BK'nun 49. m.'ne bırakılmıştır. Genel olarak şahsi menfaatlerin ihlal edilip edilmediği ise kişilik hukuku hükümlerine göre tayin olunacak bir konudur" şeklinde karar verilmiştir.⁸³

Manevi tazminat davası açabilmek için hak sahiplerinin bir zarara uğramış olmaları gereklidir. Fikir ve sanat eserleri bakımından zarar, başlıca kardan mahrum kalmak biçiminde ortaya çıkar.⁸⁴ Bu zarar BK'ndaki genel esaslara göre hesaplanmalıdır.

Manevi haklara tecavüz nedeniyle, hak sahibinin şahsiyet hakları da ihlal edilmiş olabilir. Ancak manevi hakların ihlali sebebiyle manevi tazminat davası açabilmek için şahsiyet haklarının da ihlal edilmiş olması şart değildir.⁸⁵ Şahsiyet hakları ihlal etmiş ise BK 49. m. hükümleri ayrıca uygulanacaktır. Yani bir tecavüz eylemi ile hem manevi hak ihlali hem şahsiyet hakkı ihlali varsa hem FSEK

⁸⁰ Yasaman, Hamdi: Fikri Haklarda Tazminat ile İlgili Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002, Cilt I, s.806.

⁸¹ Erel, a.g.e., s.303.

⁸² Tekinalp, m.70/1. fıkra metninde kusurdan hiç söz edilmediğinden ve m.67/2. fıkradaki eser sahibinin adı ile ilgili manevi hakkın ihlali de ref davasının açılması için kusur aranmadığı, bu nedenle diğer manevi haklar açısından da aynı sonuca varmanın mümkün olduğunu ve uyum yönünden gerekli olduğunu ve bu nedenlerle FSEK sisteminde manevi hakların zarara uğraması halinde, manevi tazminat davası açılmasının, mütecevizin kusurlu olmasına bağlı olmadığı görüşündedir, bkz. Tekinalp, a.g.e., s.309.

⁸³ 18.12.1981 tarih ve 1980/1 E., 1981/2 K. sayılı bu karar için bkz. www.kazanci.com.tr.

⁸⁴ Ayiter, a.g.e., s.262.

⁸⁵ Erel, a.g.e., s.305.

kapsamında bir tazminat davası hem de ayrıca BK. 49 kapsamında haksız fiil nedeniyle ayrı bir şahsiyet hakkının ihlali davası daha açılmalıdır.⁸⁶

Ayrıca FSEK m.70/3. fıkra hükmüne göre manevi hakkı ihlal edilen kimse, tazminattan başka, temin edilen karın kendisine verilmesini de isteyebilecektir.

4.3.4.2. Mali Haklara Tecavüz Halinde Tazminat Davası

FSEK m.70/2. fıkra; mali hakları haleldar edilen kimsenin, tecavüz edenin kusuru varsa, haksız fiillere ilişkin hükümler gereğince tazminat isteyebileceği düzenlenmiştir.

FSEK m.70/2. fıkra hükmünün haksız fiillere ilişkin hükümlere yaptığı atıf dolayısıyla, Borçlar Kanununun haksız fiillere ilişkin hükümleri burada kıyasen uygulanacaktır.⁸⁷ Yani haksız fiil sorumluluğunun genel unsurları olan “hukuka aykırılık, kusur, zarar, illiyet bağı” unsurları mali haklara tecavüz halinde tazminat davası istenmesi için aranacaktır.

Mali hakların ihlali halinde genel olarak, mali tazminat istenecektir. Ancak bir mali hakkın ihlal şekli itibarıyla, ayrıca manevi hakkı da ihlal etmesi mümkündür.⁸⁸ Bu durumda hak sahibi maddi tazminat yanında manevi tazminat da talep edebilecektir. Maddi tazminat fiili zarar ile mahrum kalınan kardan oluşmaktadır.⁸⁹

⁸⁶ Tekinalp, a.g.e., s.312, Erel, a.g.e., s.305, Bu konudaki Yargıtay HGK'nun 18.12.1981 tarih ve 1980/1 Esas, 1981/2 sayılı kararı ve bu kararın yorumu için bkz. Tekinalp, a.g.e., s.311-312.

⁸⁷ Arslanlı, a.g.e., s.220.

⁸⁸ Yargıtay HGK, 2.4.2003 tarihli kararında özetle: “Davalının yaptığı filmin, davacının eserinden sadece esinlenme, öykülenme sonucu meydana getirilmiş genel bir etkileşim ürünü olmayıp, intihal düzeyinde alıntılardan oluştuğu sonucuna varılmalıdır. Davalı, davacıya ait sosyolojik bir inceleme niteliğindeki bilimsel eserinden, çeşitli alıntı, uyarlama ve değişikliklerle belgesel bir sinema eseri meydana getirmiştir. Böylece davalılar, davacıya ait “bilimsel eseri” işleyerek “sinema eseri” haline dönüştürmüşler ve işleme eseri çoğaltmak, televizyonda oynatmak suretiyle, eser sahibinin eserini çoğaltma ve yayma hakkını ihlal etmişlerdir (FSEK m.22 ve 23) Somut olayda davalıların, davacıların FSEK 14,15,16. maddelerinde yazılı manevi haklarını da ihlal ettikleri hususu da uyuşmazlık konusu değildir” şeklinde karar vermiştir. Yargıtay HGK'nun 2.4.2003 tarih ve 2003/4-260 E., 2003/271 K. sayılı bu kararı için bkz www.kazanci.com.tr.

⁸⁹ Ayiter, a.g.e., s.262, Tekinalp, a.g.e., s.313, Erel, a.g.e., s.306.

4.3.5. Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görmeden Kaynaklanan Talepler

FSEK m.70/3. fıkra hükmüne göre, mali hakkı tecavüze uğrayan kimse tazminattan başka temin edilen karın kendisine verilmesini de isteyebilir. Bu halde 68. madde uyarınca talep edilen bedel – yani tecavüzün ref'i davasında talep edilen bedel indirilecektir.

Yasa koyucu anılan madde'de “tazminattan başka” demek suretiyle, hak sahibinin bu talebinin tazminat olmadığını ifade etmiştir. Nitekim doktrinde de, karın devrinin tazminat niteliğinde olmadığı, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin⁹⁰ FSEK'teki bir uygulaması olduğu savunulmaktadır.⁹¹ Burada, müteceviz hak sahibi yönünden vekaletsiz bir iş görmüş ve bunun sonucunda bir kar elde etmiştir. Bu karın hak sahibinin zararından fazla olması da mümkündür.

İşte burada yasa koyucu, bu karın hak sahibine devredilmesine imkan tanıyarak, hem hak sahibinin zararını kapsamlı bir şekilde gidermeyi ve eserden yararlanılarak elde edilen yararın bütünüyle hak sahibine devredilmesini, hem de tecavüz edenin sebepsiz zenginleşmesi sonucu malvarlığında meydana gelen artıştan yararlanılmasına mani olma amacını gütmektedir.

Tazminat talebinden farklı olarak, karın devri talebi için mütecevizin kusuru da şart değildir.⁹² Karın devri talebini ileri süren mali hak sahibi--tazminat davalarının aksine – mütecevizin kusurunu ve kendi zararını ispat etmekle zaman kaybetmeyecek, direkt olarak mütecevizin gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeden kaynaklanan karının kendisine verilmesini isteyecektir.

⁹⁰ BK'nun vekaletsiz iş görmeye ilişkin 414 m. hükmüne göre; “İş, işi görülenin, yararı için yapılmamış olsa bile o, bu işten doğan yararları kendine maletme hakkına sahiptir”. Burada hak sahibi, iş görene karşı, sebepsiz zenginleşme kurallarından daha geniş bir maletme hakkına sahip olur. Bkz. Velidedeoğlu Hıfzı Veldet - Özdemir Refet: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1987, s.632.

⁹¹ Ayiter, a.g.e., s.263, Tekinalp, a.g.e., s.313, Erel, a.g.e., s.307, Ayrıca Ayiter, FSEK m.70/3. fıkra hükmünün yerinin, haksız fiilden dolayı tazminatı düzenleyen bir madde içinde olmamasının daha doğru olacağı düşüncesindedir, bkz. Ayiter, a.g.e., s.263.

⁹² Ayiter, a.g.e., s.263, Tekinalp, a.g.e., s.215, Erel, a.g.e., s.307. Diğer taraftan, Arslanlı ise; karın devri talebinde bulunabilmek için mütecevizin kusurunun bulunması gerektiği düşüncesindedir, bkz. Arslanlı, a.g.e., s.221.

Karın devri talebini içeren dava, hak sahibi tarafından, hakka tecavüz eden kişilere karşı açılabilir. Ancak, hakka bir işletmenin temsilcisi veya çalışanları tarafından tecavüz edilmişse, işletme sahibi hakkında da dava açılabilir. (FSEK m.66/2. fıkra)

4.3.6. Hukuk Davalarında Yetkili ve Görevli Mahkeme

FSEK 66.m'ye 4110 sayılı kanunla eklenen son fıkra hükmü ile, eser sahibinin, ikamet ettiği yerde de tecavüzün ref'i ve men davası açabileceği hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme ile hak sahibine HUMK'nda belirtilen genel yetkili mahkemelerin yanında, isterse ikametgahındaki mahkemelerde de dava açabilme imkanı tanınarak, hakkını araması kolaylaştırılmak amaçlanmıştır. Kanun koyucu, bu imkanı hak sahibine sadece men ve ref davaları için tanımıştır. Tazminat davalarında ise genel yetki kurallarına göre hareket edecektir.⁹³

Görevli mahkemenin ise, dava konusunun değerine bakılmaksızın, ihtisas mahkemeleri olacağı FSEK m.76/1. fıkrada düzenlenmiştir. FSEK'ten doğan hukuk davalarına Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemeleri⁹⁴ bakacaktır. İhtisas mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde ise; görevlendirilecek Asliye Hukuk Mahkemeleri, FSEK'ten doğan hukuk davalarına bakacaklardır.

4.3.7. Hukuk Davalarında İsbat Yükü⁹⁵

HUMK'na göre kural olarak isbat yükünün davacıda bulunmasına rağmen, FSEK m.76/son fıkra hükmüyle⁹⁶ kanun koyucu hak sahibi lehine bir düzenleme getirmiştir.⁹⁷ Mahkeme, davacının iddiasının doğruluğu hakkında kuvvetli kanaat

⁹³ Doktrinde tazminat davalarında da hak sahibinin FSEK m.66/son fıkra hükmünden yararlanılarak, ikametgahı mahkemesinde dava açabilmesi imkanının tanınmasının yerinde olacağı savunulmaktadır, bkz. Tekinalp, a.g.e., s.315, Erel, a.g.e., s.308.

⁹⁴ Bilindiği üzere, Fikri ve Sınai Haklar (Hukuk / Ceza) Mahkemeleri şimdilik sadece İstanbul, Ankara ve İzmir'de bulunmaktadır.

⁹⁵ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Umar, Bilge - Yılmaz, Ejder, İsbat Yükü, İstanbul 1980.

⁹⁶ **Tasarı**'nın 43/d maddesi ile FSEK m.76 da değişikliğe uğramakta ve bahse konu olan İsbat Hukuku hükmü sadece hukuk davalarında uygulanabilecek hale getirilmektedir.

⁹⁷ Yargıtay 11. HD'de "4630 sayılı yasayla değişik FSEK m.76/son fıkra hükmü uyarınca davalıya mehil verilerek, hasıl olacak sonuç çerçevesinde davacının korunmaya değer haklarının kapsamının belirlenmesi gerekirken, bu husus üzerinde durulmaksızın ve ispat yükü ters çevrilerek yazılı şekilde ve noksan inceleme ile hüküm tesisi hatalıdır" şeklindeki kararında isbat

oluşturmaya yeterli miktarda delil sunması halinde, davalıdan hak sahibi olduklarını gösteren belgeleri ve tüm delillerini sunmasını isteyecektir. Davalıların belirtilen belge ve/veya delilleri sunmaması tüm eser, fonogram, icra, film ve yayınların haksız kullanılmakta olduğuna “karine” teşkil edecektir. Görüldüğü gibi kanun koyucu, burada da “usul hukuku yönünden” hak sahibini koruyucu bir düzenleme getirerek, hak sahibi yönünden bir karine imkanı sunmuştur.

4.3.8. İnternet Ortamında Fikri Hak İhlallerinde Hukuk Davalarında Karşılaşılabilecek Problemler

FSEK’in hak sahibine özel hukuk davaları yoluyla tanıdığı dava imkanlarının kullanılması, eğer esere internet yoluyla tecavüz edilmişse bazı problemler doğuracaktır. Bu problemlerin doğabilecek olması, FSEK’in sağladığı korumanın yeterliliği ile değil, internetin birden fazla hukuk sistemini ilgilendirmesinden kaynaklanmaktadır.

Bir fikri hakka, internet yoluyla tecavüz edildiğinde, hak sahibi kendi ülkesinde hukuki yollara başvuracak ve mahkeme kararını (tecavüzün ref’i, men’i veya tazminat kararı olabilir) uygulamak isteyecektir. Eğer içerik sağlayıcı, aynı ülkede değilse, bahse konu mahkeme kararının içerik sağlayıcının bulunduğu ülkede devletler özel hukuku kurallarına göre uygulanması gündeme gelecektir.⁹⁸ Bilindiği üzere MÖHUK m.25/II. fıkra hükmüne göre haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yer farklı ise, zararın meydana geldiği yer hukuku uygulanacaktır. Diğer yandan “sıkı bağlantılı olan hukukun uygulanması” kuralı ile de, olayla en yakın bağlantılı hukuk sisteminin tecavüz fiiline uygulanabilmesine MÖHUK imkan sağlamıştır. Tahmin edileceği üzere, internetin sınırlar üstü yapısı gereği, tecavüz fiilinin sonuçlarının birden fazla ülkede doğması nedeni ile, hak sahibine yasalarla tanınan dava yollarının kullanılmasında birçok uygulama zorluğunun çıkabileceği muhtemeldir. Ancak, internet bu yönü nedeniyle “fikri mülkiyet haklarının serbestçe

yükü konusundaki görüşünü sergilemiştir. Yargıtay 11. HD’nin 2.11.2004 tarih ve 2003/14404 E., 2004/10751 sayılı kararı için bkz www.kazanci.com.tr.

⁹⁸ “Fikri Mülkiyet Hakkı İhlallerine Uygulanacak Hukuk” için bkz.4.6.,”Suçun İşlendiği Yer” için bkz.1.6.5.

ihlal edilebilir olduğu bir alan” olarak düşünülmemelidir. Mahkeme kararlarının uygulanmasından, içerik sağlayıcı ve servis sağlayıcılar her halükarda sorumludurlar. Nitekim FSEK’e 4630 sayılı kanunla 2001 yılında eklenen Ek 4. m. değişik üçüncü fıkra hükmünde servis sağlayıcılar ve bilgi içerik sağlayıcıların, Bakanlıkça istenen her türlü bilgi ve belgeyi verme yükümlülüklerinin bulunduğu hususu düzenlenmiştir.

TRİPS Anlaşması’nda da “üyeler”in ticaretle bağlantılı fikri mülkiyet haklarının mevcudiyeti, kapsamı ve kullanımına ilişkin yeterli standartların ve ilkelerin sağlanması ve ulusal hukuk sistemleri arasındaki farklılıklar gözönüne alınarak, fikri mülkiyet haklarının uygulanabilmesi için etkin ve uygun araçların sağlanması” hususunda üyelerin mutabakata vardığı anlaşmanın giriş bölümünde açıkça belirtilmiştir.

Benzer şekilde 23.11.2001 tarihli Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi’nin 10. maddesinde “telif haklarının ve benzer hakların ihlaline ilişkin suçlar” düzenlenmiş, yine aynı sözleşmenin 23-28 maddelerinde de “(siber suçlara karşı) uluslararası işbirliği” hususu düzenlenmiştir.⁹⁹

Kısacası, fikri hakların internet ortamında da etkin bir şekilde korunması için ulusal çabaların ve düzenlemelerin yeterli olmayacağı biliniyor. Nedeniyle, uluslararası alanda bu konuda yoğun bir işbirliğinin amaçlandığı gözlemlenmektedir. Gerçekten de fikri hakların sanal ortamda etkin bir şekilde korunması, ancak standart hale gelmiş ve dünyanın her yerinde hızlı şekilde uygulanabilecek kurallara ulaşılabilmesi ile maksimum düzeye çıkarılabilecektir.¹⁰⁰

Doğabilecek bir diğer sorun ise, hak sahibine ihlal nedeniyle ödenecek tazminat miktarının neye göre hesaplanacağıdır. Eser, internet ortamında sunulurken, hak ihlal edilmiş ise hak sahibinin FSEK. m.68 ve 70¹⁰¹ de belirtilen tazminat ve

⁹⁹ Sözleşmenin orijinal metni için bkz. http://www.conventions.coe.int/sözleşmenin_tercümesi_çin_bkz, <http://www.ivhp.org.tr>.

¹⁰⁰ Mahkemelerin karar vermesi ve özellikle bunun uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde diğer ülkelerde uygulanmasının zaman kaybı doğuracağı düşünüldüğünde, bu konuda, uluslararası teknik bir kuruluşun “sadece hak ihlallerini ve suç işlenmesini önlemek amacıyla” görev yapması ve “uyar ve kaldır” sisteminde olduğu gibi, tüm üye devletler için vereceği bir talimatın anında yürürlüğe konulmasının yararlı sonuçlar doğurabileceği düşüncesindedir.

¹⁰¹ Bkz. 2.1.2 ve 2.1.4.

isteyebileceği taleplerin miktarının belirlenmesi de güçlük arzedecektir. Eserden yararlanılan yer ve kişileri, ülke bazında, hedef kitle bazında tam olarak temin etmenin zorluğu düşünüldüğünde, somut olarak kullanılabilir bir metodu belirtmek neredeyse imkansızdır.

Bu nedenle hak sahibinin talebi gözönünde tutularak, mahkemece eserin internet yoluyla yaygın bir şekilde iletildiği ve çoğaltma imkanlarının da sunulduğu unutulmaksızın, hakkaniyete uygun bir tazminat miktarının belirlenmesi ile doğabilecek zararın giderilebileceği düşüncesindeyiz.

4.4. FSEK’te Düzenlenen Ceza Davaları

Fikri mülkiyet haklarının korunması için özel hukuk metodlarının yetersiz kalabileceğini düşünen yasa koyucular, etkin koruma sağlamak için “cezai koruma usulleri”ne de gerek duymuşlardır. Ticarete Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Antlaşması (TRIPS)’in III. Kısmı “Fikri Mülkiyet Haklarının Uygulanması” başlığını taşımakta ve 41-61 maddeler ile üye ülkelere ihlalleri önleyecek acil telafi yöntemleri ve daha başka ihlalleri caydırıcı telafi yöntemleri de dahil olmak üzere anlaşma kapsamındaki fikri mülkiyet haklarının ihlali tehlikesine karşı etkin önlemler alınması mükellefiyetini getirmektedir. Nitekim, Antlaşmanın 61. maddesi’nde de¹⁰² cezai usullerden söz edilmiştir.

4.4.1. Genel Olarak FSEK’te Cezai Hükümler

Ülkemizde de FSEK m.71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80 (Değişik son fıkra) 81, Ek Madde 4, Ek Madde 8 ve Ek Madde 10’da FSEK kapsamındaki hakların korunmasıyla ilgili ceza hukuku ve ceza usul hukuku hükümlerine yer verilmiştir.FSEK’te yeralan bu cezai hükümlerin yanında, 5237 sayılı Türk Ceza

¹⁰² TRIPS. m.61 hükmü; “Üyeler en azından, ticari ölçekte bilerek marka sahtekarlığı veya telif korsanlığı halinde uygulanacak cezai usul ve cezaları hükme bağlayacaklardır. Uygulanabilecek telafi yöntemleri, eşdeğer ağırlıktaki suçlara uygulanan ceza düzeyine uygun, yeterince caydırıcı nitelikte olan, hapis ve/veya para cezalarını içerecektir. Uygun hallerde, uygulanabilecek telafi yöntemleri, ihlale neden olan malların ve suçun işlenmesinde esas olarak kullanılan malzeme ve aletlere el konmasını, bunlar üzerindeki hakkın kaybedilmesini ve bunların imha edilmesini de içerecektir. Üyeler fikri mülkiyet haklarının başka şekillerde ihlal edilmesi halinde ve özellikle bu ihlal suçu kasten ve ticari ölçekte işlendiğinde uygulanacak cezai usuller ve cezaları hükme bağlayabilirler” şeklindedir.

Kanunu'nun genel hükümlerinin de (TCK m.1-75.maddeleri) FSEK'te düzenlenen suçlar hakkında uygulanması TCK'nın 5.maddesi ile öngörülmüştür.TCK'nın 5.maddesinde,"Bu Kanun'un genel hükümleri,özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır" hükmü bulunmaktadır.

FSEK düzenlemesinde yer alan suçların bir kısmında hapis veya adli para cezasına (veya mahkemece zararın ağırlığı dikkate alınarak) yada her ikisine birden hükmedilebilecektir. (FSEK m.71, 72, 80'de düzenlenen suçlarda olduğu gibi). Diğer bir kısım suçlarda ise (FSEK Ek m.10'da düzenlenen suçlar) idarece, ihlalde bulunanlara idari para cezası uygulanacaktır. Yani genel adli sistemin yanında idareye de, FSEK'in ihlalini oluşturan durumların denetlenmesi ve mütecevizlere idari para cezası uygulama görevi yüklenmiştir. Kanun koyucu böylelikle FSEK hükümlerinin yargısal sürece gerek kalmaksızın idarece de - bazı eylemler yönünden - etkin şekilde uygulanmasını¹⁰³ hedeflemektedir.

Bilindiği üzere 5846 sayılı FSEK, 1951 yılından günümüze değin birçok değişiklik geçirmiş olup¹⁰⁴, bu değişikliklerin birçoğu hukuk ve ceza davalarına ilişkin beşinci bölümde yer alan düzenlemelere ilişkin hükümler içermektedir.Hatta öyleki, FSEK'i değiştiren 12.03.2004 tarihli 5101 sayılı kanun, kamuoyunda "korsanla mücadele kanunu" olarak da adlandırılır olmuştur

¹⁰³ FSEK'in bazı eylemler için idari para cezası öngörmüş olması "ceza vermeme eğilimindeki mahkemelere, önceki düzenlemede olduğu gibi, idari para cezası ile yetinilmesi yolunda fırsat verdiği"de olduğu gibi, idari para cezası ile yetinilmesi yolunda fırsat verdiği" gerekçesiyle eleştirilmiştir ki, bu eleştiriye katılmak imkansızdır.Bizce, ceza hukuku politikasında bir ülke, bazı eylemleri mahkeme önüne götürmeksizin de müeyyidelendirme yoluna gidebilir, bu yasa koyucunun tercihidir. Yasa koyucu korunan hukuksal menfaat ile yaptırımın ağırlığını gözeterek bazı hususların mahkeme dışında da idari para cezasıyla çözümlenmesini düzenleyebilir. Kaldı ki, FSEK'teki idari para cezasını gerektiren eylemler (Ek m.10), yasal yollarla çoğaltılmış nüshaların yol, köprü vb. yerlerde satımı gibi, zararın ve tehlikenin ağırlığı dikkate alındığında, hafif sayılabilecek ihlallerdir, bu eylemler içinde idari para cezasının öngörülmesi, Türk Ceza Hukuku sistemi içinde normal karşılanabilir. Belirtilen eleştiri için bkz. Suluk, Cahit: Yeni Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Telif Hakları ve Korsanlıkla Mücadele, İstanbul 2004, s.152.

¹⁰⁴ FSEK'in geçirdiği değişiklikler için bkz.2.2.2. FSEK'in çok fazla değişiklik geçirmesi,fikri hak ihlalleri ile mücadele konusunda olumsuzluklara yol açtığı nedeniyle eleştirilmektedir,bu eleştiriler için bkz. Albayrak, Mustafa:Hakim Gözüyle Taklit Ürün ve Korsan Eserlere Karşı Mücadelede Başarısızlık Nedenleri,1.İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu,İstanbul 2005,s.61-75

Öncelikle şunu söylemek gerekirken ,maalesef FSEK’te yer alan bazı cezai hükümler ceza hukuku sistemimizin temel kavram ve müesseseleri ile dahi uyum taşımamaktadır¹⁰⁵.Bir bakıma,bazen FSEK’in ceza hükümleri içeren özel bir kanun olduğu sanki unutulmuşçasına,FSEK hükümleri ile adeta yeni bazı ceza hukuku müesseseleri ve kavramları yaratmaya çalışıldığı,veya mevcut kavramlara yeni anlamlar yüklenmeye çalışıldığı düşüncesine kapılmamak olası değildir.¹⁰⁶

FSEK, cezai hükümler yönünden oldukça kapsamlı ve ağır sonuçlar doğurabilecek cezai müeyyideler içermektedir. FSEK’in cezai hükümlerini, TCK’nun “malvarlığına karşı suçlar” hükümleri ile (TCK 141-169. maddeleri) kıyasladığımızda, FSEK’in oldukça yoğunlaştırılmış müeyyideler içerdiği gözlemlenmektedir. Örneğin FSEK’te üç ay haptisten (m.72/1-2’teki gibi), altı yıl hapse kadar (m.81/8.fıkra/3.bent’teki gibi) değişen hürriyeti bağlayıcı cezaların ve 200 milyar TL’ye ulaşan¹⁰⁷ (m.81/8.fıkra / 3.bent’teki gibi) adli para cezalarının¹⁰⁸ öngörülmüş olması da bu görüşümüzü doğrulamaktadır. Diğer taraftan FSEK’te düzenlenen suçlar için, mahkemece zararın ağırlığı gözönüne alınarak hem hapis hem para cezalarına birlikte hükmedilebilecektir. Kısacası, yasa koyucu, fikri hakların korunmasına yönelik olarak FSEK’te ağır cezai müeyyideler öngören yasal düzenlemeleri tercih etmiştir.¹⁰⁹

FSEK’in cezai hükümlerinin bir sistematığının bulunmayışı¹¹⁰ bir çok güçlük ve tereddüt doğurmaktadır. Cezai hükümlerin düzenlenme tarzında hangi metoda

¹⁰⁵ Hafizoğulları,Zeki:Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi,AÜHFD,C.48,s.1-4,1999,s.4-5

¹⁰⁶ Örneğin,m.74’de düzenlenen “yardımcı” müessesesinin,”suç işlenmesini emretme” ve “masraf ve para cezasından müteselsilen sorumluluk” durumlarının Ceza Hukuku sistemimize aykırı olduğu görüşü için bkz.Hafizoğulları, a.g.e., s.4

¹⁰⁷ 5252 sayılı TCK’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un m.5/2.f.hükmüne göre;TCK sistemine uygun değişiklik yapıncaya kadar,adli para cezalarında alt sınır dörtyüzellimilyon,üst sınır yüzmilyar TL olarak uygulanacaktır.

¹⁰⁸ FSEK’te “Ağır Para Cezası” öngörülmüş olmasına karşın, 01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5252 sayılı TCK’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un m.5/1.f. hükmü’ne göre;”Kanunlarda öngörülen “ağır para” cezaları, “Adli Para” cezasına dönüştürülmüştür”.Ayrıca, genel hüküm niteliğindeki TCK. m.45, suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak cezaların, hapis ve adli para cezaları olduğundan sözetmektedir.

¹⁰⁹ Bu kadar ağır cezalar uygulanabilir gözükmemektedir, yönündeki eleştiri için bkz. Suluk, a.g.e., s.151.

¹¹⁰ FSEK’in cezai hükümleri,”yasanın bütünlüğünün sağlanması,uygulamada karışıklıklara sebebiyet verilmemesi açısından bütün suçların aynı yargılama usulü ile koğuşturulmasının

göre hareket edildiğini, ya da yasa koyucunun hangi hukuki menfaatleri koruma amacıyla bir sistematik takip ettiğini anlamak adeta imkansızdır. FSEK m.71'den başlayarak Ek 10. maddeye kadar değişik maddelerde cezai hükümlere yer verilmiş olup, bazı eylemler için ise Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin hükümlerine yollama yapılmıştır.¹¹¹

Bu durum, ceza hukuku yargılamasında birçok problem doğurabilecek niteliktedir. FSEK'in aynı eylem için birden çok yaptırım maddesi düzenlemiş olduğu ve bu durumun Kanun yapma tekniğiyle de uyummadığı ve bazı boşluklar da içerdiği belirtilmektedir.¹¹²

FSEK'te farklı maddelerde değişik suçlar düzenlenmiş olduğu gibi, aynı madde içinde bazen birbirinden farklı suç tiplerinin de düzenlenmiş olması ve bazı eylemler için de başka yasalardaki cezai hükümlere atıf yapılması ve Yasa'da düzenlenen suçların müşterek özellikler göstermesi nedeniyle önce tüm suçlara ilişkin genel açıklamalar yapacağız, daha sonra ise yasada suç kabul edilen tüm eylemleri ayrı ayrı irdeleyeceğiz.

4.4.1.1. Suçla Korunan Hukuki Yarar

FSEK'te suç olarak kabul edilen eylemlerin bir kısmı “manevi haklara tecavüz oluşturan eylemler”dir; FSEK m.71 ve m.80'de olduğu gibi. Manevi haklara tecavüz halinde oluşan suçlar'da, eser üzerinde bir manevi hakkı bulunan hak

gerekliliği” yönleriyle eleştirilmektedir. Bu eleştiriler için bkz. Özel, Cevat:3257 sayılı SVMEK ile 5846 sayılı FSEK Üzerine Bir İnceleme, www.turkhukuk sitesi.com

¹¹¹ FSEK m.83, 84, 85, 86'da belirtilen mektup, hatıra vb. bilgi eser dışındaki koruma konularına tecavüz edilmesi halinde, failer Türk Ticaret Kanunu'nun 64/2. maddesi gereğince bir aydan bir yıla kadar hapis veya beşyüz liradan onbin liraya kadar adli para cezasıyla veya her ikisiyle birlikte cezalandırılacaklardır. FSEK'in değişik Kanunlara yaptığı atıfların çok fazla olması nedeniyle haklı olarak eleştirilmektedir, bu eleştiriler için bkz. Yavuz, Levent: Telif Hakları ile İlgili Olarak Mahkemeler Tatbikatı, İlim ve Edebiyat Eserlerinde Çoğaltma-Yayma Haklarının İhlali ve Bunun Sonuçları Paneli, Ankara 2000, s.49.

¹¹² FSEK'te yasa koyucunun aynı eylem için dört ayrı yaptırım maddesi düzenlemesinin kanun yapma tekniğiyle uyummadığı (örneğin FSEK m.72/2, 80/son, 81/8. fıkra 2 bent, Ek m.10/1 gibi), yine fikri ve sınai haklar mevzuatının boşluklar içerdiği ve kanun koyucunun FSEK'te cezalar bakımından işin içinden çıkamayarak bir çok eylem için aynı ceza miktarını esas aldığı yönündeki eleştiriler için bkz., Albayrak, Başarısızlık Nedenleri, s.61-75.

sahibinin, manevi hakkını ihlal eden bir eylemin varlığı sözkonusudur. Yasa koyucu hak sahibinin manevi hakkını ihlal eden nitelikteki eylemlerini suç kabul etmekte ve cezai müeyyideye bağlamaktadır. Örneğin eser sahibinin adını belirtme hakkı (FSEK m.15) eserde değişiklik yapılmasını menetme hakkı (FSEK m.16) icracı sanatçının icranın sahibi olarak tanıtılma hakkı (FSEK m.80) gibi haklar ihlal edilmişse, bu eylemler suç olarak kabul edilmektedir.

FSEK’te suç olarak kabul edilen eylemlerin ikinci grubunu ise “mali haklara tecavüz oluşturan eylemler” oluşturmaktadır. FSEK m.72’de düzenlenen eylemler ve m.80’de düzenlenen bazı eylemlerde hak sahiplerinin mali hakları ihlal edilmiştir. İşte burada da, suç kabul edilen eylemler, eser sahibinin üzerinde hak sahibi olduğu ve mamelekine dahil bulunan bir malvarlığı unsuru olan eserden doğan mali hakları azaltmaya veya tamamen yok etmeye yönelik bir eylemdir. Suç ile, hak sahibi eserden doğan mali hakkından istediği ölçüde veya hiç yararlanamayacaktır. Bu nedenle mali haklar aleyhine işlenen suçlar malvarlığı (mal) aleyhine işlenmiş suçlarla aynı özellikleri göstermektedir, dolayısıyla korunan değer de hak sahibinin mal varlığıdır. Suç politikasında, 19. yüzyılda malvarlığına karşı işlenen suçlarda şiddetli cezai müeyyidelerden vazgeçilmesine karşılık, bilişim suçları gibi fiillerin yeniden ve ciddiyetle ele alınması istenmektedir.¹¹³

FSEK Ek 10. madde de düzenlenen idari para cezasını gerektiren eylemlerde ise yasa koyucu, kamu otoritesi tarafından konulan bazı düzenlemelere uymama eylemlerini diğer eylemlerden daha az tehlikeli sayarak, bir bakıma kabahat nevinden sayarak, idari para cezası ile müeyyidelendirmiştir. Örneğin; idareye eserleri süresi içinde teslim etmemek, FSEK 44. madde gereğince alınması gerekli sertifikaları almaksızın faaliyet göstermek gibi eylemlerde olduğu gibi. Bu eylemlerde, kamu otoritesi tarafından verilen bir emre uymama eylemi cezai yaptırıma bağlanmıştır.

¹¹³ Dönmezer, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Tıpkı 17. Bası, İstanbul 2004, s.338-341, Gerçekten de bu görüş, fikir ürünlerine yönelik eylemlerin toplum ve insanlık için ne kadar önem taşıdığını bir kez daha ortaya koymaktadır.

4.4.1.2. Koşuşturma ve Şikayet

FSEK m.75, Kanununun 71, 72, 73¹¹⁴ ve 80. maddelerinde sayılan suçlardan dolayı soruşturmanın şikayete bağlı olduğunu açıkça düzenlemiştir. Yine 75. madde¹¹⁵ de şikayetin hak sahipleri tarafından fiilin ve failin öğrenildiği tarihten itibaren altı ay içinde Cumhuriyet Başsavcılığına yapılması gerektiği hükme bağlanmıştır. Şikayet olmaksızın kamu davası açılmış ise mahkemece “durma” kararı verilmelidir.¹¹⁶

FSEK m.81’de düzenlenen suçlardan dolayı takibat yapılabilmesi için ise şikayet gerekmemelidir.FSEK 81.madde’deki suçların, kamu otoritesi tarafından düzenlenen bandrol zorunluluğunu ihlal eden nitelikte olması ve bandrol sahteciliği, bandrollerin amaç dışı kullanımı gibi suçların bu maddede düzenlenmiş olması nedeniyle yasa koyucunun bu suçların takibinin Cumhuriyet Savcılığınca resen yapılması gerektiği düşüncesinden hareket ettiği kanaatindeyiz.¹¹⁷ Yine FSEK Ek madde 10’da düzenlenen idari para cezasını gerektiren eylemlerde şikayet bulunmasa dahi,bu eylemler idare tarafından kendiliğinden koşuşturulacaktır.

FSEK m.75/2.fıkra da ise hakkı tecavüze uğrayan kişiden başka şikayet yetkisi bulunanlar da belirtilmiştir. Buna göre Milli Eğitim Bakanlığı, Kültür Bakanlığı, Basın-Yayın Genel Müdürlüğü ve meslek birliklerinin ve Türk basını temsil eden kuruluşların belirli koşulların gerçekleşmesi halinde şikayet hakları bulunmaktadır.

¹¹⁴ **Tasarı** ile, FSEK m.73’de düzenlenen suç şikayete tabi olmaktan çıkarılmaktadır.

¹¹⁵ **Tasarı** ile, FSEK m.75 önemli ölçüde değişikliğe uğramakta,maddenin “kovuşturma ve Tekerrür” şeklinde olan mevcut kenar başlığı “soruşturma ve kovuşturma “ olarak değiştirilmekte ve yeni düzenlemede Temel Ceza Kanunları ile uyum sağlanmaya çalışılmaktadır.

¹¹⁶ Yargıtay CGK’nun 19.07.2005 tarihli ve 2005/7-67 sayılı kararında özetle; “Eser sahibi veya bağlantılı hak sahibinin bilgisi ve rızası dışında ilgili eserleri basım yöntemiyle çoğaltıp yaymak şeklindeki sanıkların eylemlerinin FSEK 73/2. fıkra kapsamındaki suçu oluşturduğu ve bu suçun da takibi şikayete bağlı olduğundan dava şartı olan şikayet süresinin yerine getirilmesini beklemek üzere CMUK 253. m. uyarınca “durma” kararı verilmesi ve şikayet süresinin sonuna kadar beklenmesi gerekir” şeklinde karar vermiştir. Bu karar için bkz. www.kazanci.com.tr.

¹¹⁷ Baştürk İhsan, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Düzenlenen Cezai Hükümler, İstanbul Bilgi Üniversitesi Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Dersi, Yayınlanmamış Ödev Çalışması, İstanbul, Haziran 2005, s.13.

FSEK m.75/3. fıkrada¹¹⁸, Cumhuriyet Savcısının, şikayet üzerine, yetkili mahkemeden usulsüz çoğaltmış nüsha veya yayınlara el konulmasını, bunların imha edilmesini, bu konuda kullanılan teknik araçların mühürlenmesini, satışını ve usulsüz çoğaltımın gerçekleştirildiği yerin kapatılmasını talep edebileceği hususu düzenlenmiştir. Cumhuriyet Savcısı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde üç gün içinde yetkili mahkemeye sunulmak üzere el koyma ve mühürleme kararını resen de verebilecektir (FSEK m.75/5. fıkra). Böylelikle yasa koyucu, gecikmeden doğabilecek her türlü olası hak kayıplarını engelleme amacını gütmüştür.

FSEK m.75/6. fıkrası hükmüne göre hak sahipleri, haklarını kanıtlayan belgelerle birlikte Cumhuriyet Başsavcılıklarına şikayette bulunmalıdırlar. Altı ay içinde bu belge ve/veya nüshaların sunulmaması halinde Cumhuriyet Başsavcılığınca takibata yer olmadığına dair karar (CMK m.172) verilecektir. Görüldüğü gibi FSEK’te düzenlenen suçların koğuşturulmasında yasa koyucu hakkına tecavüz edildiğini iddia eden kişiye de, hak sahipliğini kanıtlayan belge ve/veya nüshalarını sunması yönünden, ispat yükünü bu yönüyle yüklemiş bulunmaktadır.

FSEK’te düzenlenen suçların muhakemesinde, genel hükümler olan CMK. 206-218.m. hükümlerinden ayrı özel bir düzenleme yapılmıştır. Burada ceza yargılamasında genel ilkeler olan “delil serbestliği” ve “vicdani delil” sistemlerinden uzaklaşıldığını, nisbeten (özel) hukuk yargılama usulüne benzer şekilde, “yazılı delil” ve “karine” sistemine yaklaşıldığından sözedebiliriz. FSEK’te ceza muhakemesi yönünden “re’sen araştırma ilkesi”nden bu şekilde kısmen vazgeçilmiştir.¹¹⁹

¹¹⁸ FSEK m.75/ değişik üçüncü fıkra, 03.03.2004 tarih ve 5101 sayılı kanunla getirilmiş bir düzenlemedir.

¹¹⁹ Nitekim, benzer şekilde HUMK m.75/3. fıkra hükmüne göre de, hakim davanın her safhasında iki tarafın iddiaları sınırları içinde olmak üzere kendilerini dinleyebilir ve gerekli delillerin sunulmasını emredebilir.

4.4.1.3. Fail ve İştirak

FSEK m.74’de, suçtan sorumlu tutulabilecek failler¹²⁰ düzenlenmiştir. Maddedeki düzenlemeye göre ya asli faillik ya da yardımcı faillik¹²¹ söz konusudur. Suçlar, hizmetlerini ifa ettikleri sırada bir işletmenin temsilcisi veya müstahdemleri tarafından işlenmiş ise suçun işlenmesine engel olmayan¹²² işletme sahibi veya müdür veya işletmeyi fiilen idare eden kişi de “fail” gibi cezalandırılacaktır. Kanun burada, başkasının fiilinden sorumlu olmak anlamında bir tür “objektif sorumluluk esasına yer vermiştir¹²³. Suç teşkil eden eylem işletme sahibi veya müdürü yahut işletmeyi fiilen idare eden kimse tarafından emredilmiş ise,¹²⁴ bunlar “fail” gibi; temsilci veya müstahdem ise, ”yardımcı” gibi cezalandırılır (FSEK m.74/1. fıkra). Suç teşkil eden eylemi işleyen kişi işletmenin temsilcisi veya çalışanı ise, bunlar da yardımcı fail olarak cezalandırılacak, yani TCK 39. m. hükmü gereğince cezaları yarı oranında indirilecektir.

Bu suçları, madde metninden anlaşılacağı gibi, herkes işleyebilir, herkes tarafından eserden doğan haklara tecavüz edilmesi mümkündür. Eğer bir tüzel kişinin işlerinin yürütülmesi esnasında 71,72,73 ve 80. maddelerde sayılan suçlardan biri işlenirse; masraf ve para cezasından tüzel kişi de diğer suçlularla birlikte müteselsilen sorumlu tutulacaktır (FSEK m.74/3.f).¹²⁵ Ayrıca suça katılan tüzel kişi

¹²⁰ CMK.m.2 ;soruşturma evresinde,suç şüphesi altında bulunan kişiyi “şüpheli” olarak,kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar,suç şüphesi altında bulunan kişiyi ise “sanık” olarak adlandırmaktadır . Bizde genel ceza hukuku sistemimize uygun olarak “şüpheli” ve “sanık” terimlerini kullanacağız.

¹²¹ “Suça iştiraki mahfuz tutan” bir düzenlemede, hükümde yer alan “yardımcı” sözünün ceza hukukunda ne anlama geldiğini belirlemek pek kolay değildir. Ceza Hukukunda böyle bir müessese bulunmamaktadır. Bir an için diyelim ki, yardımcıdan maksat “fer’i faillik”tir. Bu halde fiili irtikap edenin hangi esasa dayalı olarak fer’i fail gibi cezalandırıldığını anlamak kolay olmamaktadır.Bu görüş için bkz. Hafizoğulları, a.g.e., s.4.

¹²² Doktrinde, bu hükümdeki “suçun işlenmesine engel olmayan” terimiyle yasa koyucunun kastın bulunması gerekliliğini belirtmek istediğinden söz edilmektedir. Bu görüş için bkz. Ayiter, a.g.e., s.267.

¹²³ Hafizoğulları, a.g.e., s.4

¹²⁴ Doktrinde, “Bu hükmün eleştiriyeye açık olduğu, bir defa Anayasa m.137, TCK’nun m.24 hükmü gereğince kimsenin suç oluşturan bir fiilin işlenmesini “emretmek” biçiminde bir erkinin bulunmadığı” gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bkz. Hafizoğulları, a.g.e., s.4.

¹²⁵ Doktrinde bu hüküm, “madde de yer verilen “müteselsil sorumluluk” müessesinin tamamen özel hukuk müessesesi olduğu ve cezanın şahsiliği esasına dayalı bir hukuk düzeninde para cezası sözkonusu olduğunda, bu özel hukuk müessesine bir yere oturtmanın mümkün olmadığı, burada

çalışanının ve işletmeyi idare eden gerçek kişilerin de - eylemlerinin niteliğine göre - cezai sorumluluklarının bulunacağı tartışmasızdır. FSEK m.74/son fıkra TCK'nun iştirak hükümlerinin saklı olduğunu belirtmiştir, bu nedenle TCK'nun iştiraki düzenleyen genel nitelikteki hükümleri (TCK 37-44. maddeler) FSEK'te düzenlenen suçlarda da uygulanır¹²⁶.

Yine FSEK m.74/2. fıkrada, temsil edilmesinin kanuna aykırılığını bildiği bir eserin umuma gösterilmesi için karşılıklı veya karşılıksız olarak bir mahalli tahsis eden veya böyle bir eserin temsilinde rol alan¹²⁷ kimsenin de "yardımcı" olarak cezalandırılacağı hususu düzenlenmiştir. Bu hüküm gereğince eserlerin temsil edildiği mahal, salon sahiplerinin yanında, eserin temsilinde rol alan kimselere dahi sorumluluk yüklenmiştir. Bu kişiler eser sahibinin hakkına tecavüz edildiğini bilmeleri durumunda cezai müeyyideye maruz kalacaklardır.

4.4.1.4. Maddi Unsur

Bir suçun sözkonusu olması için kanuni tarife uygun bir fiilin bulunması şartı, aynı zamanda maddi unsuru da ihtiva eder, yani ortada bir fiilin bulunması şartına, suçun maddi unsuru adı verilir.¹²⁸ FSEK'te suç olarak kabul edilen eylemlerde, her suç tipinde suç olarak tanımlanan fiil farklıdır. Dolayısıyla FSEK'te her suç tipi için farklı maddi unsurlar bulunmaktadır. Bu nedenle aşağıda her suç için ayrı ayrı maddi unsurlar incelenecektir. Suçla korunmak istenen hakkın niteliğine ve özelliğine göre maddi unsurları da farklılık göstermektedir. FSEK'te öngörülen suçlar, genel olarak serbest hareketli olarak düzenlenmiştir.

özen gösterilmeden kaleme alınmış bir kanun hükmüyle karşı karşıya bulunulduğu" gerekçeleriyle eleştirilmektedir. Bkz. Hafizoğulları, a.g.e., s.4.

¹²⁶ FSEK m.74'de hiçbir esasa dayanmayan kendine özgü faillik kalıpları dışında, "kanunda düzenlenen suçlara iştirak edilebileceği" şeklindeki muğlak düzenlemeyi anlamak hiç de kolay değildir. bu eleştiri için bkz. Hafizoğulları, a.g.e., s.5.

¹²⁷ Doktrinde, madde'de belirtilen "vazife ve rol alma"nın geniş anlam taşıyıp hem kanuna aykırı temsilin organizasyonunu yüklenmeyi veya buna katılmayı hem de temsilde oyuncu olarak rol almayı kapsadığı görüşü savunulmaktadır, bu görüş için bkz. Tekinalp, a.g.e., s.319.

¹²⁸ Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım Cilt I, 14. Bası, İstanbul 1997, s.366

4.4.1.5. Manevi Unsur

Çağdaş ceza hukuku'nda, bir kimsenin cezalandırılabilmesi için, Kanun'da tanımlanan tipe uygun ve hukuka aykırı bir hareketin bulunması yetmemekte, aynı zamanda o hareketin o kişiye şahsen isnad edilebilmesi, o kimsenin bu hareketi hakkında bir değer hükmünün verilebilmesi de aranmaktadır.¹²⁹ FSEK kural olarak "kusur sorumluluğu" ilkesini benimsemiştir. Kanun'da düzenlenen suçların manevi unsuru - kural olarak - kast'tır. Özellikle FSEK m.71,72,73'de düzenlenen suçların kasden işlenebileceği maddelerde açıkça zikredilmiştir.¹³⁰ Yine açıkça belirtilmese de m.80,81,83,84,85,86'da düzenlenen suçların da ancak kasten işlenebilmesi gerekir. Kast, kanunun suç olarak tanımlayarak aykırı davranışı cezai müeyyideye bağladığı fiilleri, failin bilerek ve isteyerek işlemesi iradesidir. İhmali nitelikteki davranışlar ile gerçekleştirilen fikri hakların ihlalini oluşturan fiiller, suç olarak cezalandırılmamalıdır. Kast unsuru yoksa failer hakkında ceza davaları değil, ancak hukuk davaları açılabilir.¹³¹

FSEK Ek m.10'da düzenlenen, idari para cezasını gerektiren suçların ise, kast yanında ihmali bir davranış ile de işlenebilmesi mümkün olmalıdır. Örneğin FSEK 44. madde gereğince alınmasını gerektiren sertifikaların alınmaması eyleminin ihmali bir davranış ile de işlenmesi mümkündür. Bu halde, fail Ek Madde 10/2. fıkraya gereğince idari para cezası ile cezalandırılacaktır.

FSEK bazı hükümlerinde ise, kusur sorumluluğu ilkesinden ayrılarak, bir tür objektif sorumluluk esasına yer vermiştir.¹³² FSEK m.74'de belirtilen ticari işletmenin sorumlularının "engel olmama" şeklindeki bir davranış ile de suç

¹²⁹ Dönmezer-Erman: Ceza Hukuku, Cilt II, s.143. Yazarlar ayrıca, manevi unsurun kendi içinde iki kısma ayrılabilirdiğini, birisinin, failin kusurlu bir şekilde hareket etmeye ehil olması yani "isnad yeteneği" olduğunu, diğerinin ise somut olayda kusurlu bir şekilde hareket etmiş bulunması yani "kusurluluk" olduğundan söz etmektedirler. Manevi Unsur hakkında geniş açıklama için bkz. a.g.e. s.143-338

¹³⁰ Dülger, a.g.e., s.303.

¹³¹ Erel, a.g.e., s.312, Tekinalp, a.g.e., s.320, Hafizoğulları, a.g.e., s.9

¹³² FSEK m.74'de düzenlenen "suçun işlenmesini engel olmayan işletme sahibi veya müdürü, yahut her hangi bir nam ve sıfatla olursa olsun, işletmeyi fiilen idare eden kimse"nin sorumluluğu Doktrin'de, başkasının fiilinden sorumlu olmak anlamında bir tür "objektif sorumluluk" olarak nitelendirilmektedir. Bu görüş için bkz. Hafizoğulları, a.g.e., s.4

işlemleri mümkün gözükmektedir.¹³³ Diğer taraftan FSEK m.73/1.bent'te belirtilen "... bildiği veya bilmesi icap ettiği" ifadesi ile de bu eylemlerin taksirle de işlenebileceği mümkün gözükmekte olup bu hüküm doktrin'de yoğun şekilde eleştirilmektedir.¹³⁴

4.4.1.6. Teşebbüs

"Tamamlanmamış suç" olarak adlandırılabilir teşebbüsün varlığı için; failin kastının bulunması, elverişli araçların kullanılması, icraya başlanılmış olması, icra hareketlerinin bitmemesine veya neticenin gerçekleşmemesine failin elinde olmayan engel sebeplerin yol açmış olması gereklidir.¹³⁵ Fikri haklar aleyhine işlenen suçlar'da genel olarak, hareketin yapılması ile neticenin gerçekleşmesi arasında bir zaman aralığı bulunmaması dolayısıyla, neticesi harekete bitişik suç özelliği gösterirler. Hareketin gerçekleştiği an ile neticenin meydana geldiği an arasında bir zaman dilimi genellikle bulunmaz. Neticesi harekete bitişik olan suçlar, teşebbüse elverişli olmayan suç grubunu oluşturmaktadır.¹³⁶ Ancak bazı suçlar'da, hareketin gerçekleşmesi ile neticenin meydana gelmesi aynı anda olmayabilir, örneğin çoğaltma hakkının basılı eserler yönünden ihlalinde olduğu gibi, eser filme alınmış, baskıya hazır hale getirilmiş ise, suç henüz tamamlanmamıştır. Bu durumda, çoğaltma hakkının ihlali suçuna teşebbüs edildiğinden bahsedebiliriz. Teşebbüs halinde ihlalde bulunana verilecek ceza TCK 35. m. hükmü gereğince indirilecektir.

Yine bir başka eser türünde örneğin bilgisayar programında, çoğaltma haklarının ihlaline teşebbüsün varlığından söz edebilmek oldukça güçtür. Bilgisayar programlarında hareketin yapılmasıyla birlikte netice peşinden gerçekleşir, bu

¹³³ FSEK 74 m. hükmüne göre; "71, 72, 73 ve 80. maddelerde sayılan suçlar, hizmetlerini ifa ettikleri sırada bir işletmenin temsilcisi veya müstahdemleri tarafından işlenmiş ise, suçun işlenmesine mani olmayan işletme sahibi veya müdür yahut herhangi bir nam ve sıfatla olursa olsun işletmeyi fiilen idare eden kimse de fail gibi cezalandırılır. Bu görüş için bkz. Dülger, a.g.e., s.302.

¹³⁴ Hafizoğulları;"Bu hükmün çok kötü kaleme alındığını, failin esaslı bir hataya düşmesinin kasdını kaldıracığını, taksirli bir davranışın sonucu olarak hataya düşme halinde de suçun taksirli biçimi olmadığından, sadece hukuki sorumluluğun sözkonusu olabileceğinden" söz etmektedir. Bu görüş için bkz. Hafizoğulları, a.g.e., s.12. Gerçekten de FSEK m. 73/1.bent, önce "kasten" ibaresine yer vermiş, daha sonra aynı bent içinde taksirli davranışlara yer vererek düzenleme kendi kendine çelişki oluşturmuştur.

¹³⁵ Dönmezer-Erman: Ceza Hukuku, Cilt I, s.416-443

¹³⁶ Dönmezer-Erman: Ceza Hukuku, Cilt I, s.454-455

nedenle bu eser türü yönünden ancak mağdurun elinde olmayan nedenlerden dolayı, çoğaltma işleminin yarıda kalması, elektrik kesilmesi, sistemin kapanması gibi durumlar da teşebbüsten söz edilebilir.¹³⁷ Tecavüz eylemine teşebbüsün sözkonusu olabilmesi için, icra hareketlerinin tamamlanamamış olması değil, suçun tamamlanamamış olması gereklidir.¹³⁸

4.4.2. FSEK’te Düzenlenen Hürriyeti Bağlayıcı Ceza ve/veya Adli Para Cezasını Gerektiren Suçlar

FSEK’te düzenlenerek cezai müeyyideye bağlanan eylemlerden büyük çoğunluğu, hürriyeti bağlayıcı ceza ve/veya adli para cezasını gerektiren eylemlerdir.¹³⁹ FSEK’te düzenlenmiş bu grup suçlarda mahkeme, ceza normunda belirtilen müeyyideler arasından birisine hükmedebilecek veya her iki müeyyideyi birlikte uygulayabilecektir. Yani mahkeme, suç olarak kabul edilen eylemin gerçekleştiği kanaatine ulaşırsa uygulanacak ceza hükmünde öngörülen hürriyeti bağlayıcı ceza veya adli para cezalarından birisini seçebilecektir¹⁴⁰ veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her iki cezaya birlikte hükmedebilecektir.¹⁴¹

4.4.2.1. Manevi Haklara Tecavüz Oluşturan Suçlar

FSEK m.71’de manevi haklara¹⁴² tecavüz olarak kabul edilen eylemler ve bunların müeyyidesi düzenlenmiştir.Maddenin düzenlemesinde,eser sahibinin

¹³⁷ Dülger s.303, Her ne kadar yazar, bu eylemin eksik teşebbüs olarak değerlendirileceğini belirtmekte ise de, 5237 sayılı TCK’nun 35. maddesi eksik teşebbüs tam teşebbüs ayrımını ortadan kaldırmakla, bunu “teşebbüs” olarak değerlendirmek gerekecektir.

¹³⁸ Arslan, Çetin / Azizağaoğlu, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004, s.162.

¹³⁹ FSEK’te düzenlenen suçların diğer grubunu ise, idari para cezasını gerektiren eylemler oluşturmaktadır (FSEK Ek m.10’daki düzenlenen eylemler) ki, bunlara 4.5.’de değineceğiz.

¹⁴⁰ Mahkemenin, ceza miktarını belirlerken TCK 61’de belirtilen cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi kurallarına uygun şekilde hareket etmesi gerektiği şüphesizdir ve bunun gerekçesi de hükümde yer almalıdır.

¹⁴¹ Türk ceza hukuku sisteminde, FSEK’teki suçlar için düzenlendiği şekilde, mahkemeye takdir hakkı tanıma yönünden, zararın ağırlığına göre hem hürriyeti bağlayıcı ceza hem adli para cezası verebilme imkanı tanıyan, ceza normu çok nadir görülmektedir. Kanun koyucunun cezalar arasında “veya” bağlacını kullandığı durumlarda, cezalardan birisinin verilmesi gerekmektedir.

¹⁴² **Tasarımın gerekçesinde**, manevi ve mali haklara tecavüz eylemlerinin aynı madde içinde,birlikte düzenlenmesi gerekliliği haklı olarak şöyle belirtilmektedir: “Kanunun mevcut metninde suçlar tanımlanırken, manevi haklara tecavüz ve malî haklara tecavüz ayrımını esas alınmıştır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu kanunun koruma altına aldığı malî ve manevi haklara tecavüz fiilleri içiçe bir mahiyet taşımaktadır. Bir fiille, bir kişinin sadece manevi hakkı veya malî hakkı ya da bunların her ikisi de ihlal edilmiş olabilir. Korunan haktan hareketle aynı fiilin iki ayrı suç olarak nitelendirilmesi yoluna gidilmesi, ceza hukukundaki suç tanımlamalarında esas alınan suç politikası ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.”

manevi haklarına paralel olarak , suç olarak kabul edilen eylemler düzenlenmiştir¹⁴³ el olarak düzenlenmiştir. FSEK m.71'in düzenlemesine göre:

“Bu kanun hükümlerine aykırı olarak kasden:

1. Alenileşmiş olsun veya olmasın, eser sahibinin veya halefinin yazılı izni olmadan, bir eseri umuma arz eden veya yayımlayan,
2. Sahip veya halefinin yazılı izni olmadan, bir esere veya çoğaltılmış nüshalarına ad koyan,
3. Başkasının eserini kendi eseri veya kendisinin eserini başkasının eseri olarak gösteren veya 15. maddenin 2 fıkrası¹⁴⁴ hükmüne aykırı hareket eden,
4. 32,33,34,35,36,37 ve 40'ncü maddelerdeki hallerde kaynak göstermeyen veya yanlış yahut kifayetsiz veya aldatıcı kaynak gösteren,
5. Eser sahibinin yazılı izni olmaksızın bir eseri değiştiren,

¹⁴³ **Tasarı**'da 71.madde “Manevi ve Mali Haklara Tecavüz” kenar başlığı adı altında manevi haklara ve mali haklara tecavüz oluşturan eylemleri bir arada düzenlemektedir.Tasarı'nın 71.m.hükmü şöyledir:

1. Manevî ve malî haklara tecavüz

MADDE 71- Bu Kanunda koruma altına alınan fikir ve sanat eserleriyle ilgili manevi ve malî hakları ihlal ederek:

1. Bir eseri hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın bir ticarî faaliyet çerçevesinde işleyen, çoğaltan, dağıtan, yayan, elektronik ortam da dahil olmak üzere yayımlayan ya da hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri satışa arz eden, satan, ticarî amaçla satın alan, ithal veya ihraç eden, elinde bulunduran ya da depolayan kişi hakkında bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adlî para cezasına hükmolunur.

2. Bir eserin, bu Kanun hükümlerine aykırı olarak, eğlence yeri niteliğindeki bir ticari işletme bünyesinde gösterime sunulması veya dinletilmesi hâlinde fail (1) numaralı bent hükmüne göre cezalandırılır.

3. Yazılı izin olmamasına rağmen, (1) ve (2) numaralı bentlerdeki fiillerin hak sahibinin izniyle gerçekleştirildiğinin anlaşılması hâlinde kişi, ceza hukuku bakımından sorumlu tutulmaz.

4. 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, “Bu maddede belirlenen hakların 71 inci maddede yer alan fiillerin işlenmesi suretiyle ihlâlî hâlinde, fail hakkında anılan maddeye göre cezaya hükmolunur.

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

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

¹⁴⁴ FSEK m.15/2.fıkırad,manevi haklardan olan ,adın belirtilmesi salahiyeti düzenlenmiştir.

kişiler hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis veya ellimilyar TL den yüzellimilyar TL ye kadar adli para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden hükmolunur”.

Manevi haklar eser sahibinin şahsına bağlı, mutlak haklardır. Manevi haklar, eser sahibinin maddi nitelikte olmayan ve ekonomik değer ifade etmeyen nitelikteki hakları olup, kanunda 14,15,16,17’nci madde’lerde bu haklar belirtilmiştir. Bu madde’lerde belirtilen hakları ihlal edenler 71’nci maddede belirtilen müeyyideler ile karşılaşacaktır. Yasa koyucu manevi hakka tecavüz teşkil eden tüm eylemler için kast unsurunun aranacağını açıkça belirtmiştir.

4.4.2.1.1. Alenileşmiş Olsun Veya Olmasın, Eser Sahibinin Veya Halefinin Yazılı İzni Olmadan, Bir Eseri Umuma Arz Etmek veya Yayımlamak Suçu

Eserin tanımı FSEK madde 1/B’de yapılmıştır. ¹⁴⁵ Eser sahibi ise m.1/B-b’ den anlaşılacağı üzere ancak bir gerçek kişi olabilir.

Umuma arz hakkı¹⁴⁶, bir manevi hak olup kanunun 14.üncü maddesinde belirtilmiştir. Bu hükme göre eseri umuma arz etmeye, yayınlanma zamanına ve tarzına münhasıran eser sahibi karar verebilecektir. FSEK m.71’deki cezai hükme göre, eser sahibinin bu hakkının ihlal edilerek eserin umuma arzı veya yayınlanması eylemleri cezai müeyyideye bağlanmıştır.Suçun oluşması için eserin alenileşmiş olması şartı aranmamıştır¹⁴⁷. Burada belirtilen “yayınlama” teriminin gerek yazılı, gerek sanal ortamda yayını kapsayacağı düşünülmelidir.Eser sahibinin rıza göstermesi,fiili suç olmaktan çıkaracaktır.¹⁴⁸

4.4.2.1.2. Sahip Veya Halefinin Yazılı İzni Olmadan, Bir Esere Veya Çoğaltılmış Nüshalarına Ad Koymak Suçu

Kanunun 15. maddesinde “adın belirtilmesi salahiyeti” başlığı altında “ad koyma hakkı” düzenlenmiştir. Bu hak eser sahibinin şahsına bağlı haklardandır, bu

¹⁴⁵ Bkz. 2.4.1.

¹⁴⁶ Bkz. 3.2.2.

¹⁴⁷ Hafizoğulları, a.g.e., s.5

¹⁴⁸ Hafizoğulları, a.g.e., s.6

hakka tecavüz halinde tecavüz edenler kanununun 71' nci maddesindeki müeyyide ile karşılaşılırlar.

Eser sahibinin ad koyma hakkını kullanmayarak isimsiz olarak yayımladığı bir esere, isim koyarak veya mevcut ismi değiştirerek ticaret mevkiine çıkarmak veya kullanmak FSEK m.15'de belirtilen manevi hakka tecavüz teşkil edecektir. Bu durumda tecavüzü gerçekleştirenler FSEK md.71'deki cezai müeyyidelerle karşılaşacaktır.Eser sahibinin rızasının bulunması fiili suç olmaktan çıkaracaktır.

4.4.2.1.3. Kasten, Başkasının Eserini Kendi Eseri Veya Kendisinin Eserini Başkasının Eseri Olarak Göstermek Veya 15. Maddenin 2. Fıkrasına Aykırı Hareket Etmek Suçu

FSEK 15. maddenin 2. fıkrasında eserden “çoğaltma yolu ile elde edilen kopyalarla bir işlenmenin aslı veya çoğaltılmış nüshaları üzerinde asıl eser sahibinin ad veya alametinin kararlaştırılan veya adet olan şekilde belirtilmesi ve vücuda getirilen eserin bir kopya veya işleme olduğunun açıkça gösterilmesinin şart olduğu” hükme bağlanmıştır. Anlaşılacağı üzere kasten bu mükellefiyete aykırı hareket edenler 71'nci madde gereğince cezalandırılırlar.

FSEK 71. maddenin 3. bent hükmüyle başkasının eserini kendi eseri olarak göstermek veya kendi eserini başkasının eseri olarak gösterme eylemleri de bir manevi hak ihlali olarak kabul edilmiş ve suç sayılmıştır. Burada, eserin bir bölümünün veya bazı fikirlerin değil, tamamının bir başkası tarafından kendi eseri gibi sahiplenilmesi durumu sözkonusudur. Yine, kendi eserini bir başkasının eseri olarak gösteren kişi de bu hükme göre cezai sorumluluk ile karşılaşacaktır .

4.4.2.1.4. Kaynak Göstermemek Veya Yanlış Yahut Kifayetsiz Veya Aldatıcı Kaynak Göstermek Suçu

FSEK, eser sahibinin haklarına bazı sınırlamalar getirmiştir. Ancak bu hallerde eserden yararlananlara “kaynak göstermek zorunluluğu” yüklenmiştir. Kaynak göstermemek, fikrin alındığı kaynağı hiç zikretmemek,tamamen

görmezlikten gelmektir. Yanlış veya yetersiz veya aldatıcı kaynak göstermek, kaynak göstermemeye eşit sayılmıştır¹⁴⁹. Bu kaynak gösterme, yeterli ve doğru olmak zorundadır, aksi hareket 71' nci madde uyarınca müeyyideyi gerektirmektedir.

FSEK'e göre bu sınırlamalar, genel menfaat düşüncesi ile ve özel menfaat düşüncesi ile getirilmiştir. Bu eylemleri oluşturabilecek sınırlama örnekleri ise;

- Nutuklar (m.32)
- Temsil Serbestisi (m.33),
- Eğitim ve Öğretim için seçme ve toplama eserler (m.34)
- İktibas serbestisi (m.35)
- Gazete münderecatı (m.36)
- Haber (m.37)
- Kopye ve teşhir (m.40) olarak sıralanabilir.

Yasa koyucunun kamusal yararlarla getirdiği bu hallerde, eser sahibinden izin almadan eserden yararlanmak mümkün hale gelmektedir. Ancak bu durumlarda FSEK, eser sahibinin manevi haklarının korunması düşüncesinden vazgeçmemiş ve bunun ihlali halinde yasal müeyyide öngörmüştür.

Hukukumuzda “intihal” olarak söz edilen müessese, FSEK m.35'te düzenlenen iktibas serbestisinin ihlali halinde sözkonusu olacaktır. FSEK ile tanınmış olan iktibas serbestisinin aşılması, bir başka kişinin eserinin tamamının veya bir bölümünün doğrudan veya dolaylı şekilde, kaynak gösterilmeksizin alınması ve kullanılması intihaldir.¹⁵⁰

4.4.2.1.5. Eser Sahibinin Yazılı İzni Olmaksızın Bir Eseri Değiştirmek Suçu

FSEK m.16'da, eser sahibinin izni olmadıkça eserde veya eser sahibinin adında kısaltmalar, ekleme ve başka değiştirmeler yapılamayacağı hususu

¹⁴⁹ Hafizoğulları, a.g.e., s.8

¹⁵⁰ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Tekinalp, a.g.e., s.146-148.

düzenlenmiştir. İşte eser sahibinden yazılı izin almaksızın¹⁵¹ eserde değişiklik yapılması halinde, bu değişikliği yapan kişi FSEK m.71/5. bent hükmü gereğince cezai sorumluluk ile karşılaşacaktır.

Bir eserin değiştirilmesi halinde hem eserin hususiyetinin bozulma tehlikesi gündeme gelebilecek, hem de eser sahibinin eserinin değişmeden korunması yönündeki iradesine aykırı hareket edilmiş olacaktır. İşte bu hallerde yazılı izin alınmamış ve eser sahibinin manevi hakkı ihlal edilmiş ise, anılan madde’de düzenlenen suç işlenmiş sayılacaktır.

4.4.2.2. Mali Haklara Tecavüz Oluşturan Suçlar

FSEK’in 72. maddesinde¹⁵² mali haklara tecavüz oluşturan suçlar ve bunların cezai müeyyideleri¹⁵³ düzenlenmiştir.¹⁵⁴ Yasa koyucu burada da, eser sahibinin mali haklarına paralel olarak, suç olarak kabul edilen eylemleri düzenlemiştir.

Mali haklar, kanunun 20’nci maddesinde düzenlenmiştir. Mali haklar devredilebilir nitelikteki, ekonomik değer içeren haklardır.

Mali haklar: FSEK madde 21’de belirtilen işleme hakkı, madde 22’de belirtilen çoğaltma hakkı, madde 23’de belirtilen yayma hakkı, madde 24’de

¹⁵¹ FSEK m.71/5’deki hükmünün koruduğu manevi hakkın düzenlendiği FSEK m.16’da iznin yazılı olması zorunluluğunu getirmediği halde, ceza hükmü ile yazılı izin olmayan durumlarda, cezai sorumluluk getirilmiştir. Bu iki hüküm yazılı şekil şartı yönünden birbiriyle çelişmektedir. FSEK m.71/5’deki düzenlemenin sanki şekli bir suç olduğu, eser sahibi eserinin değiştirilmesi konusunda sözlü izin vermiş olsa dahi, eserde değişiklik yapan kişinin - sırf şekil şartına uymadığı için - cezai müeyyideyle karşı karşıya kalması sonucunu doğurabilecek bir düzenleme getirilmiştir. Böylesi bir durum da, ceza adaleti ile bağdaşmayan sonuçlar doğurabilir. Diğer yönüyle bakacak olursak, “eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkı” bir manevi haktır, FSEK m.52’de sadece mali haklara ilişkin sözleşmelerin yazılı olması zorunluluğu getirilmiştir. Manevi haklar için getirilmeyen yazılı şekil şartının, sadece bir manevi hak yönünden, kanunun sistematığına aykırı şekilde bir ceza hükmüyle getirilmiş olması da tartışılması gerekli bir diğer husustur.

¹⁵² FSEK m.72’deki cezai hükümler, 03.03.2004 tarih ve 5101 sayılı kanunla değişikliğe uğratmıştır.

¹⁵³ Tekinalp’e göre, bu hükmün önemli yeniliği; hakime, hürriyeti bağlayıcı ceza ve adli para cezası tertibinde cezayı seçmekte takdir hakkı tanınmış olmasıdır, Tekinalp, a.g.e., s.316.

¹⁵⁴ **Tasarı** ile FSEK m.72’deki hükümler 71.m. içinde “manevi ve mali haklara tecavüz “başlığı altında yeniden düzenlenmektedir.Tasarı ile getirilmek istenen 72.m.ise “Koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri” başlığını taşıyan ,FSEK’te ilk kez düzenlenen bir suç tipidir.

belirtilen temsil hakkı, madde 25’ de belirtilen umuma iletim hakkından ibarettir. İşte eser sahibinin kanunda belirtilen bu haklarına tecavüz eylemleri FSEK m.72 ile suç olarak kabul edilmiş ve cezai müeyyide ile koruma altına alınmıştır. Yine Kanun koyucu, mali haklara tecavüz oluşturan tüm suçlar için de - manevi haklara tecavüz eylemlerinde olduğu gibi - kast unsurunun bulunması gerektiğini açıkça belirtmiştir. Bu nedenle FSEK m.72’de düzenlenen suçların taksirle işlenmeleri mümkün değildir¹⁵⁵.

4.4.2.2.1. Sözleşmeye Aykırı Olarak Bir Eseri veya İşlenmelerini Çoğaltarak Satma ve Dağıtma Suçu

FSEK m.72/1. fıkra 1. bent hükmüne göre “aralarında mevcut bir sözleşme olmasına rağmen, bu sözleşme hükümlerine aykırı olarak bir eser veya işlenmelerinin kendi tarafından çoğaltılmış nüshalarını satan ve dağıtan kişiler”in bu eylemi suç olarak düzenlenmiştir.

Kanunun anılan maddesinde düzenlenen bu eylem kısaca “sözleşmeye aykırılık” olarak tanımlanabilir.¹⁵⁶ Sözleşmeye aykırı olarak eser veya işlenmenin çoğaltılarak satılması veya dağıtılması eylemi suç olarak düzenlenmektedir.

FSEK m.72/1. fıkra 1. bent hükmüne aykırı hareket etmek; üç aydan iki yıla kadar hapis veya onmilyar’dan ellimilyar TL’ye kadar adli para cezasını gerektirmektedir. Ayrıca mahkeme, zararın ağırlığını dikkate alarak bu cezalardan her ikisine birlikte hükmedebilecektir.

FSEK m.51’e göre, mali haklara dair düzenlenecek yazılı sözleşmede, sözleşmede tasarruf konusu edilen haklar ayrı ayrı gösterilecektir. Eser sahibinin, mali haklarını ne ölçüde ve hangi koşullarda devrettiği de bu sözleşmede yazılacaktır. İşte bu sözleşme şartlarına aykırı olarak, sözleşme konusu eser veya işlenmeleri sözleşmeyi yapan (örneğin yayıncı, fonogram yapımcısı) tarafından

¹⁵⁵ Hafızoğulları, a.g.e., s.9

¹⁵⁶ Ceza Politikasında, “sözleşmeye aykırılık” eylemleri, genellikle suç olarak düzenlenmemektedir. Ancak, fikir ürünleri konusunda, hak sahiplerini ve özellikle eser sahibini koruma düşüncesiyle FSEK “sözleşmeye aykırılık halleri”ni suç olarak kabul etmiş, ancak diğer mali hak ihlallerine oranla daha hafif cezai müeyyidelere bağlamıştır.

çoğaltılarak satılıyor veya dağıtılıyorsa bu eylem suç sayılmaktadır. Bu suç, ancak eser sahibi ile bir sözleşmenin yapılmış olması halinde uygulanabilir. Eğer sözleşme olmaksızın eser çoğaltılmış ve satılmış ya da dağıtılmış ise bu kişiler FSEK m.72/1. fıkra, 1. bent hükmüyle cezalandırılmayacaklar, daha ağır cezai müeyyidelerle karşılaşacaklardır.¹⁵⁷

4.4.2.2.2. Hak Sahibinin İzni Olmaksızın Bir Eseri Ve Çoğaltılmış Nüshalarını, Bu Kanunun 81. Maddenin 7 Fıkrasında Belirtilen Yerlerde Satmak Suçu

Kanunun 81/7. maddesinde FSEK kapsamında korunan eserlerin yol, meydan, pazar, kaldırım, iskele, köprü ve benzeri yerlerde satışının yasak olduğunu hükme bağlanmıştır. Bu gibi yerlerde, kanun kapsamında korunan, yasal olarak çoğaltılmış bandrollü nüshalarının satışı dahi yasaklanmıştır.¹⁵⁸ Bu düzenlemeye aykırı hareket ederek bu gibi yerlerde satış yapmak kanunun m. 72/f. fıkra 2. bendi gereğince üç aydan iki yıla kadar hapis veya beşmilyar TL'den ellimilyar TL'ye kadar adli para cezasını gerektirmektedir.¹⁵⁹ Ayrıca mahkemece, zararın ağırlığı gözönüne alınarak her iki cezaya birlikte hükmedilebilecektir.

4.4.2.2.3. Hak Sahibinin İzni Olmaksızın Eseri İşleme, Çoğaltma, Yayma, Ülkeye Sokma ve Umuma İletim Suçu

FSEK m.72/1. fıkra 3. bent hükmüne göre;

“Hak Sahibinin İzni Olmaksızın

¹⁵⁷ Sözleşme olmaksızın, haksız olarak mali hakların ihlali halinde (aşağıda değineceğimiz) FSEK m.72/1. fıkra, 3. bent hükmünün uygulanması gerekecek ve ihlalde bulunan hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis ve ellimilyar liradan yüzellimilyar liraya kadar para cezası uygulanabilecek veya zararın ağırlığına göre her iki cezaya birlikte hükmedilebilecektir.

¹⁵⁸ Yasa koyucu, bu gibi yerlerde bandrollü nüshaların dahi satışını yasaklayarak, haksız şekilde çoğaltılmış nüshaların satışını da engellemeyi amaçlamıştır. Bu hükümlerle, yasal şekilde çoğaltılmış nüshaların ancak bu işe özgülenmiş, resmi kaydı bulunan işyerlerinde veya internet, telefonla satış gibi satış kanallarıyla satılmasına müsaade edilerek, haksız çoğaltılan nüshaların rahatça satılabileceği fiziki mekan bırakılmaması düşünülmektedir.

¹⁵⁹ Bu gibi yerlerde satılan eser nüshalarına, genel kolluk veya zabıta gördüğü yerde el koymak ve topladığı nüsha ve yayınları yetkili mercilere göndermek zorundadır (FSEK m.81/7. fıkra). Görüldüğü gibi bu hükümlerle yasa dışı çoğaltılmış nüshaların satışı ve dağıtımı ile mücadelede hem genel zabıtaya (polis ve jandarma) hem de yerel zabıta güçlerine görev yüklenmiş ve bu suçlarla etkin mücadele amaçlanmıştır.

- a. Bir eseri herhangi bir şekilde işlemek,
- b. Bir eseri herhangi bir şekilde çoğaltmak,
- c. Bir eseri herhangi bir şekilde yaymak,
- d. Bir eserin nüshalarının yasal veya yasal olmayan yollardan ülkeye sokmak ve her ne şekilde olursa olsun ticaret konusu yapmak,
- e. Bir eseri topluma açık yerlerde göstermek veya temsil etmek, bu gösterimi düzenleyen veya dijital iletim de dahil olmak üzere her nevi işaret, ses ve/veya görüntü iletimine yarayan araçlarla yaymak veya yayımına aracılık etmek”

fiilleri, suç olarak kabul edilmiştir. Bu fiilleri işleyenler hakkında aynı maddenin son fıkrası uyarınca iki yıldan dört yıla kadar hapis veya ellimilyar liradan yüzellimilyar liraya kadar adli para cezasına ya da zararın ağırlığı dikkate alınarak her iki cezaya birlikte hükümlenacaktır.

Bu hükümlerle korunan haklar, yine eser sahibinin mali haklarıdır. Ancak bu hüküm, daha önce incelediğimiz FSEK m.72/1. fıkra 1. bent hükmünden¹⁶⁰ ayıran unsur, burada belirtilen eylemlerde “hak sahibinin izninin bulunmama”sıdır. Eğer, hak sahibinin izni varsa, yani bir sözleşme sözkonusu ise, bu durumda FSEK m.72/1. fıkra, 3. bent hükmünün uygulanması gündeme gelmeyecektir.

Bilindiği üzere, eser sahibinin mali haklarından olan işleme hakkı FSEK m.21’de, çoğaltma hakkı m.22’de, yayma hakkı m.23’de, temsil hakkı m.24’de, umuma iletim hakkı m.25’de düzenlenmiş olup, bu haklar, münhasıran eser sahibine aittir. Mutlak nitelikteki bu haklara aykırı davranışlar cezai müeyyide ile karşılaşacaktır.¹⁶¹

FSEK m.21’de bir eserden, onu işlemek suretiyle faydalanma hakkının münhasıran eser sahibine ait olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle eser sahibinden izinsiz

¹⁶⁰ Bkz. 4.4.2.1.

¹⁶¹ Görüldüğü gibi “mali haklara tecavüz” niteliğindeki eylemleri düzenleyen, 5101 sayılı kanunla değişik FSEK 72. maddesinde üç ana grup altında, on üç ayrı suç tipi düzenlenmiştir. Bu üç suç grubu için de farklı müeyyideler öngörülmüştür. FSEK’in cezai hüküm içeren maddelerinden sadece bir tanesinde, belirttiğimiz gibi on üç ayrı suç tipine yer verilmesi, yasanın sistematikliğini ceza hükümleri yönü ile bozduğu gibi, uygulama için de birçok zorluğu beraberinde getirmektedir. Benzer şekilde FSEK m.73 ve 81’de de bir madde içinde çok sayıda suç tipi düzenlenmiştir.

olarak bir eserin işlenmesi halinde fail FSEK m.72/son fıkra'daki cezai müeyyide ile karşı karşıya kalacaktır. Fiziksel ortamda mevcut bir eserin, bir kitabın veya müzik parçasının sanal ortama aktarılmak üzere sayısal (dijital) biçime dönüştürülmesi, işleme anlamına gelir. Bir eserin sayısal biçime dönüştürülerek web sayfasına konulabilmesi için mutlaka eser sahibinden izin alınmalıdır.¹⁶²

FSEK m.22'de eserin aslının veya kopyalarının herhangi bir şekilde ve yöntemle¹⁶³, geçici veya dolaylı da olsa eser sahibinden izinsiz olarak çoğaltılamayacağı hususu düzenlenmiştir. Bilgisayar yazılımları yönünden haksız çoğaltmaya uygulamada çok sık rastlanmaktadır, çünkü kopya yazılımlar teknik imkanlar kullanılarak çok düşük emek ve masraf harcayarak gerçekleştirilebilmektedir.¹⁶⁴ Bu nedenlerle bilgisayar programları yönünden şahsi kullanım amacıyla çoğaltma istisnası (FSEK m.38) dahi yasa koyucu tarafından çok sıkı şartlara tabi tutulmuştur.¹⁶⁵ Hak sahibinin belirtilen çoğaltma hakkının ihlali halinde, yine FSEK m.72/son fıkradaki cezai müeyyidenin uygulanması gündeme gelecektir.¹⁶⁶

FSEK m.72/1. fıkra 3/c bendi hükmüne göre hak sahibinin izni olmaksızın bir eserin yayılması halinde de, maddenin son fıkrasında yazılı cezai müeyyidenin

¹⁶² Topaloğlu, İnternette Fikri Hak, www.turkhukuksitesi.com.

¹⁶³ Yargıtay 7. C.D. 11.06.2003 tarih ve 626/4619 sayılı kararında özetle, FSEK m.72'de hak sahibinin yazılı izni olmaksızın bu kanuna aykırı olarak kasten bir eserin herhangi bir şekilde çoğaltılmasının suç sayıldığını ve cezai müeyyide öngörüldüğünü, sanığın işyerinde yakalanan ve fotokopi yolu ile çoğaltıldığını bildirdiği kitapların orijinal nüshalarının da temin edilerek, ele geçen dava konusu kitaplarla orijinal nüshalar uzman bilirkişilere birlikte incelenerek, kitap fotokopilerinin orijinalinden çoğaltma olup olmadıkları ve nitelikleri ayrı ayrı tesbit edilmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir, bu karar için bkz. Albayrak Mustafa Fikir ve Sanat Ürünleri ile Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar, Ankara 2004, s.116.

¹⁶⁴ Bu durumun , yazılım endüstrisinde milyon dolarlarla ifade edilen kayıplara yol açtığından sözedilmektedir, bkz. Dülger, a.g.e., s.300.

¹⁶⁵ Bu konuya 2.5.3.1.'de kapsamlı olarak değinmiştik.

¹⁶⁶ Yargıtay 7. CD. bir kararında; “sanığın fotokopici işyerinde yakalanan ve fotokopi haline getirilen eserlerin kitap halinde mi yoksa öğrenciler tarafından öğrenim amacıyla hizmet karşılığı sanığa fotokopi olarak çoğaltılıp, spiral ciltlenmek suretiyle meydana getirilen bir şey mi olduğu, sanığında fotokopi hizmeti karşılığı eseri bu hale getirip getirmediği ve hizmet karşılığı bu hale getirdiği kitabı iade edip etmeyeceği, iade edecekse FSEK 72. m.7deki “çoğaltma” unsurunun gerçekleşmeyeceği, bu unsurun oluşması için eserin fotokopi yoluyla çoğaltılıp kitabın tümünün satılmasının gerekeceği, eğer fotokopi yoluyla kitap haline getirilip kitabın tümünü satacaksa, anılan suçun oluşturacağı hususları tartışılıp araştırılarak bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve soruşturma sonucu yazılı şekilde hüküm verilmesi bozmayı gerektirmiştir” demiştir, Yargıtay 7.CD.'nin 27.05.2003 tarihli ve 2002/21822 E. 2003/3600 K. sayılı bu kararı için bkz. www.kazanci.com.tr.

uygulanması sözkonusu olacaktır. Bir eserin her şekilde yayılması, eser sahibine ait bir münhasır haktır. Eğer kamuya ödünç verme veya kiralama eylemleri hak sahibinin çoğaltma hakkına zarar verecek şekilde ve yaygın olarak kullanılıyorsa bu durumda da suç oluşturacağı kabul edilmelidir. Yargıtay 7. C.D. bir kararında, bilgisayar işi ile uğraşan ve suça konu CD'lerin yasal olmadığını ve ikinci el olduğunu bildiği halde kiralayan sanığın eylemini suç olarak kabul etmiştir.¹⁶⁷

Yine 72. maddenin 1. fıkrası, 3/d bendi hükmüyle bir eserin nüshalarını yasal olmayan yollardan ülkeye sokmak veya her ne şekilde olursa olsun ticaret konusu yapmak da suç sayılmıştır. Bir eserin ithalatı ancak, hak sahibinin izniyle olabilir. İthal edilecek eserin yasal nüshalar olması ve gümrük vergisi, harç, resim vb. mali mükellefiyetlerin yerine getirilmiş olması, ithal edenin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Hak sahibinin izni olmaksızın bu ürünleri herhangi bir şekilde ticaret konusu yapmak, örneğin ithalatçının distribütörüne satması, pazarlanması vb. eylemler de suç kabul edilecektir.

Bir eseri, hak sahibinin izni olmaksızın umuma açık yerlerde göstermek veya temsil etmek, bu gösterisini dijital iletim de dahil olmak üzere her türlü araçlarla yaymak veya yayımına aracılık etmek de FSEK m.72/1. fıkrası 3/e bendi hükmüyle suç sayılmıştır. Burada, hak sahibinin FSEK m.24'de düzenlenen temsil hakkının ve m.25'de düzenlenen umuma iletme haklarının ihlali söz konusudur. Bir eseri veya o eserin temsilini herhangi bir şekilde yaymak veya umuma iletme bu madde ile suç kabul edilmektedir. Sanal ortamda eserin iletimi de bu bağlamda suç sayılacaktır. Yasa koyucu burada eseri haksız olarak yayan kişi ve yayımına aracılık eden kişiyi de cezai sorumluluk kapsamında tutmuştur.

Görüldüğü gibi, FSEK m.72/1. fıkrası 3. bentteki eylemler ancak "hak sahibinin izninin bulunmadığı durumlarda" suç olarak kabul edilmektedir. Bu

¹⁶⁷ Yargıtay 7.CD'nin 13.02.2002 tarih ve 2156/1559 sayılı bu kararı için bkz. Erdil, Engin, İçtihatlı ve Gerekeçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, İstanbul 2004, s.205. Yine aynı daire, 23.05.2002 tarihli ve 2002/20453 E. 2003/3339 K. sayılı kararında özetle. "seyyar tezgahta müzik CD'si satan sanığın elde edilen CD'leri bizzat çoğalttığına dair delil olmadığı cihette bandrolsüz müzik CD'si satmaktan ibaret eyleme 3257 sayılı yasanın 9.m.delaleti ile 12. maddesinin tatbikinin gerekip gerekmeyeceğinin düşünülmeden hüküm tesisi yasaya aykırıdır" görüşünden hareketle karar vermiştir, bu karar için bkz. www.kazanci.com.tr.

nedenle hak sahibinin rızasının bulunması halinde, eylem suç olarak değerlendirilmeyecek ve faile de ceza verilmeyecektir.

4.4.2.3. Bağlantılı Hak Sahiplerinin Haklarına Tecavüz Suçları

Eser sahibinin hakları ile bağlantılı haklar, FSEK m.80'de¹⁶⁸ düzenlenmiştir,¹⁶⁹ bu maddenin değişik son fıkrasında da bağlantılı hak sahiplerinin, yani icracı sanatçı, fonogram yapımcısı veya Radyo - TV kuruluşları ve film yapımcılarının haklarını ihlal edenler hakkında cezai hükümler öngörülmüştür¹⁷⁰.

FSEK m.80/son fıkra'nın (a) bendinde; bir icra, fonogram veya yapımın izinsiz çoğaltılmış nüshalarının, Kanun'un m.81/7. fıkrasında sayılan yerlerde satılmak suretiyle bağlantılı hak sahiplerinin haklarının ihlal edilmesi eylemi suç kabul edilmiştir. Bu halde üç aydan iki yıla kadar hapis veya beşmilyar liradan ellimilyar liraya kadar adli para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden hükmedilecektir.

Eğer izinsiz çoğaltılmış nüshalar FSEK m.81'de sayılan köprü, meydan, iskele gibi umumun gelip geçtiği yerlerde satılıyorsa bu durumda belirtilen suç ile cezalandırma gündeme gelecektir.

FSEK m.80/son fıkra (b) bendi hükmüne göre ;”bu madde ile belirlenen diğer bağlantılı hakların herhangi birinin ihlali halinde iki yıldan dört yıla kadar

¹⁶⁸ FSEK m.80, Kanunun “çeşitli hükümler” başlığını taşıyan altıncı bölümünde yer almaktadır. Maddenin son fıkrasında düzenlenen cezai hükümlerin yeri, sistematik olarak burası değil, hukuk ve ceza davalarının düzenlendiği beşinci bölüm olmalı idi.

¹⁶⁹ Bağlantılı Hak Sahiplerinin hakları hakkında bkz. 3.4.

¹⁶⁹ **Tasarı**'nın 43/f maddesi ile,FSEK 80.maddenin cezai hükümler içeren onuncu fıkrası değiştirilmektedir ve maddeye bu fıkradan sonra gelmek üzere yeni bir fıkra eklenmektedir,tasarı hükmü şöyledir: “Bu maddede belirlenen hakların 71 inci maddede yer alan fiillerin işlenmesi suretiyle ihlâli hâlinde, fail hakkında anılan maddeye göre cezaya hükmolunur.”

“Bu maddede belirlenen hakların kullanılması ile ilgili olarak icracı, fonogram yapımcısı, radyo televizyon yayıncısı veya film yapımcısının izninin varlığı hâlinde, cezaya hükmolunmaz” Tasarının getirdiği bu hükmün gerekçesinde :” maddenin onuncu fıkrasında yapılan değişiklikle, Kanunun değiştirilen 71 inci maddesine atıfda bulunulmuştur. Böylece 80 inci madde kapsamında koruma altına alınan manevi ve malî hakların ilişkin oldukları eserler açısından da aynı türden fiillerin işlenebileceği düşüncesiyle, ayrı bir suç tanımı yapılmaksızın 71 inci maddedeki bütün suç tanımlarının bu eserler bakımından da uygulanabileceği kabul edildiği”belirtilmiştir .

hapis veya ellimilyar liradan yüzellimilyar liraya kadar adli, para cezası veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden hükmedilecektir”. Görüldüğü gibi, yasa koyucu tüm bağlantılı hak sahiplerinin haklarının ihlal edilmesini aynı müeyyideye bağlamıştır. Yani bir başka anlamda, bağlantılı hak sahipleri arasında bir ayırım yapmamıştır¹⁷¹ ve aynı cezai korumayı sağlamıştır.

4.4.2.4. Bandrol ile İlgili Suçlar

“Haklara tecavüzün önlenmesi” başlığını taşıyan FSEK m.81¹⁷²’de musiki ve sinema eserleri ile süreli olmayan yayınlara bandrol yapıştırılması zorunluluğu getirilmiştir. Bu madde’de düzenlenen suçun konusunu; bandrol olmaksızın çoğaltma ve yayma fiiline konu edilen eserler, bandrol alınması zorunlu olan “sinema ve musiki eserleri ile süreli olmayan yayınlar” oluşturmaktadır.¹⁷³

Kanun koyucu, bandrol zorunluluğu getirmek suretiyle, korsan yayıncılık ile daha etkili bir mücadeleyi hedeflemiştir, böylelikle bandrol taşımayan nüshaların yasal olmayan nüshalar olduğu herkes tarafından fark edilebilecek ve denetim kolaylığı sağlanacaktır.

FSEK 81. maddenin 9. fıkrasında ise bandrollerle ilgili suç olarak kabul edilen eylemler düzenlenmiştir, anılan madde hükmüne göre¹⁷⁴.” Bu kanun hükümlerine aykırı olarak kasten:

1. Bu kanuna göre bandrol alınması gereken eser, icra ve yapımların tesbit edildiği kaset, CD, VCD, DVD gibi taşıyıcı materyaller ile süreli olmayan yayınları.

¹⁷¹ Yine FSEK m.81’de öngörülen cezai müeyyideler ile FSEK m.72/1. fıkra 2-3 bentlerdeki cezai müeyyideler birbirleriyle paralellik arz etmektedir. Bu bağlamda, olaya cezai müeyyideler yönünden bakıldığında, FSEK’in eser sahibi ile bağlantılı hak sahipleri arasında da bir ayırım gözetmeyerek, aynı nisbette koruma sağlandığından bahsedilebilir.

¹⁷² **Tasarı** ile FSEK m.81 tamamıyla değiştirilmektedir. Tasarı’da yer alan 81.madde,14 fıkradan oluşmakta olup, bu fıkralardan yedisi cezai hükümlere ilişkindir.

¹⁷³ Yargıtay CGK bir kararında, FSEK 81. maddedeki suçlar ancak, yasal olarak bandrol alabilecek kişiler, başka bir anlatımla eser üzerinde mali hak sahibi olanlar tarafından ya da gerçek dışı beyanla bandrol alıp kullananlar tarafından işlenebilir” şeklinde karar vermiştir, 19.07.2005 tarih ve 2005/7-67 E., 2005/97 sayılı bu karar için bkz. www.kazanci.com.tr.

¹⁷⁴ Kanunun 81. maddesi,2004 yılında 5101 sayılı kanunla tamamen değiştirilmiştir.

a. Bu maddenin yedinci fıkrasında sayılan yerlerde bandrol almaksızın satmak,

b. Bandrol almaksızın çoğaltmak ve yaymak veya eser sahibinin ve bağlantılı hak sahibinin haklarını ihlal edecek şekilde bedelsiz yaymak, bu Kanuna ve ilgili mevzuata uygun alınmış bandrolleri mevzuatta belirlenen şekilde yapıştırılmadan bedelli ve bedelsiz yaymak,

2. Bu kanun ve ilgili mevzuata göre bandrol alma hakkı olmadığı halde, sahte evrak veya dökümanlarla herhangi bir biçimde Bakanlık veya yetkilendirdiği kuruluşları yanıltarak bandrol almak, münhasıran bandrol alınması gereken eser, icra ve yapımların tesbit edildiği kaset, CD, VCD ve DVD gibi taşıyıcı materyaller ile süreli olmayan yayınlar için verilen bandrolleri amacı dışında kullanmak,

3. Sahte bandrol imal etmek, kullanmak ve/veya sahte bandrolden her ne şekilde olursa olsun ticari menfaat sağlamak.

Eylemleri suç olarak düzenlenmiş ve belirtilen madde'de bu eylemler hakkında, üç aydan altı yıla kadar hapis veya beşmilyar liradan ikiyüzellimilyar liraya kadar değişen, adli para cezalarına hükmedilebileceği kuralı bulunmaktadır. Yine, suçla meydana gelen zararın ağırlığı dikkate alınarak, her iki cezaya birlikte hükmedilebilecektir.

Bandrollerle ilgili suçların, anılan madde metninde görüldüğü üzere çok farklı hareketlerle işlenebilmesi mümkündür. Burada, yasa koyucu bandrol zorunluluğuna aykırılık teşkil eden eylemleri cezalandırdığı gibi, bandrolleri amacı dışında kullanmayı da cezalandırmıştır; yasal olarak elde edilen bir bandrolün, başka bir esere yapıştırılması durumunda olduğu gibi.

Yine bu hükümlerle, hem eser sahibinin hem de bağlantılı hak sahiplerinin hakları korunmak istenmiştir. Bandrol zorunluluğu bir taraftan da, hak sahiplerini yayıncı ve yapımcı kuruluşlara karşı koruma işlevine sahiptir.¹⁷⁵

FSEK m.80/9. fıkra, 3. bentte “sahte bandrol imal eden, kullanan ve/veya sahte bandrolden her ne şekilde olursa olsun ticari menfaat sağlayan kişiler” hakkında da cezai müeyyide öngörmektedir. Kanun koyucu, bandrolün bakanlıkça çıkarılan bir cisim olduğunu gözönünde bulundurarak, bu düzenlemeye aykırılık oluşturan sahtecilik eylemlerini, kamu güvenine karşı işlenmiş bir suç olarak değerlendirmiştir. Gerçekten de bandrol sahteciliği eylemleri için üç yıldan altı yıla kadar hapis cezaları öngörülmüştür.¹⁷⁶ Ayrıca, bandroller ile ilgili FSEK m.81/9. fıkrada düzenlenen suçlarda şikayet şartı aranmamıştır. Cumhuriyet Savcılıkları bu suçlarda, re’sen soruşturma yapacaklardır.

Kanun koyucu, bu suçların ancak kasten işlenebileceğini açıkça belirtmiştir. Bu nedenle, bu suçların taksirle işlenmesi mümkün değildir.

4.4.2.5. Hak Sahiplerinin Mali Haklarına Tecavüz Oluşturan “Diğer Suçlar”

Kanunun 73’ ncü maddesinde “diğer suçlar” başlığı altında;”bu kanunun 71, 72, 80 ve 81’ nci maddelerinde belirtilen suçlar dışında kalan diğer suçlar hakkında aşağıdaki hükümler uygulanır” demek suretiyle suç sayılan eylemler belirtilmiştir.¹⁷⁷

¹⁷⁵ Bandrol zorunluluğu sayesinde, bir eserden hangi sayıda çoğaltıldığı kesin olarak belirlenebilecek ve böylelikle eser sahibi ve bağlantılı hak sahipleri de yayıncı ve yapımcı kuruluşlar tarafından yapılabilecek,olası sözleşmeye aykırı olarak nüsha çoğaltma durumları ile daha az karşılaşacaklardır.Benzer görüş ve uygulamadan örneği için bkz.Çetin,Özcan:İlim ve Edebiyat Eserlerinde Çoğaltma ve Yayma Haklarının İhlali ile Kültür Bakanlığınca Yapılan Çalışmalar,İlim ve Edebiyat Eserlerinde Çoğaltma-Yayma Haklarının İhlali ve Bunun Sonuçları paneli,Ankara 2000,s.24

¹⁷⁶ Bu hükümde öngörülen cezai müeyyide, (üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası), TCK’nın “resmi belgede sahtecilik” eylemine ilişkin m.204/1. fıkrada öngörülen; iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasından daha ağır bir cezai müeyyidedir ki, anılan ceza hükmü de, kanun koyucunun bandrollerle ilgili eylemlerle koruduğu hukuki yararın önemini bir kez daha göstermektedir.

¹⁷⁷ Doktrinde “bu başlık altında yer alan suçların, mali haklar başlığı altında eritilmesinin mümkün olduğu, bu suçların kavramsal hiçbir nitelik taşımayan “diğer suçlar” başlığı altında düzenlenmiş olmasının isabetsiz olduğu” şeklinde haklı eleştiri getirilmektedir. Bu görüş için bkz. Hafizoğulları, a.g.e., s.11.

Bu madde de yer alan suçlar, FSEK'in değişik hükümlerinde düzenlenmiş bazı mali hakların ihlali ile ilgilidir. Kanun koyucu 71, 72, 80 ve 81. maddelere aykırılık oluşturmasa dahi, yine de bir mali hak ihlali olarak nitelendirdiği eylemleri, FSEK 73. m. gibi, özel bir maddeyle ayrıca düzenleme yolunu seçmiştir.¹⁷⁸ Bu madde'de düzenlenen suçun konusunu, FSEK kapsamındaki herhangi bir eser oluşturabilir.

FSEK m.73/1. f.-1.bent hükmünde, “kasten:

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

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

c. Yegane amacı bir bilgisayar programını korumak için uygulanan bir teknik aygıtın geçersiz kılınmasına veya izinsiz ortadan kaldırılmasına yarayan herhangi bir teknik aracı, ticari amaç için elinde bulunduran veya dağıtan¹⁷⁹

kişiler hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis veya ellimilyar liradan yüzellimilyar liraya kadar adli para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden hükmedilebilir” düzenlemesi mevcuttur.

Maddenin (a) bendinde, hukuka aykırı şekilde çoğaltılan bir eserin nüshalarını ticari amaç ile elde bulundurma eylemi suç olarak kabul edilmiştir. Şüphelinin, elinde bulundurduğu nüshaların, yasal olarak çoğaltılmamış nüshalar olduğunu bilmesi gereken hallerde dahi cezai sorumluluğu sözkonusu olacaktır.

¹⁷⁸ FSEK 73. m.2004 yılında 5101 sayılı kanun ile tamamen değiştirilmiştir.

¹⁷⁹ FSEK 73.maddenin 1/c bendinde yeralan bu eylem, Tasarı ile yeniden düzenlenerek,72.m.hükmü olarak yeniden düzenlenmiş ve tasarıda belirtildiği üzere “suç tanımı değiştirilerek yeniden tanımlanmış”tır.

Düzenleme’de yer alan “bilmesi icap ettiği” unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğine hangi ölçütler kullanılarak karar verileceği belirsizdir.¹⁸⁰

FSEK m.73’ün 1. fıkrası (b) bendinde suç olarak kabul edilen eylem; üzerinde tasarruf yetkisi olmadığını bildiği veya bilmesinin gerektiği mali hakkı veya ruhsatı bir başkasına devretmek veya bir tasarruf konusu yapmaktır. Burada, kötü niyetle hareket ederek hiçbir mali hakkı bulunmadığı halde, üçüncü kişilerle fikri haklara ilişkin hukuki işlem yapmak fiili cezalandırılmaktadır. Burada özel kast aranmaktadır; fail, eser üzerinde tasarruf yetkisi olmadığını bilmeli veya bilmesi gerekmektedir, ancak bu halde failin cezai sorumluluğundan söz edilebilecektir.

Madde’nin (c) bendinde ise, bilgisayar programlarını koruyan teknik aygıtların fonksiyonlarını etkisiz hale getirmeye yarayan teknik araçları ticari amaçla elinde bulundurma veya dağıtma eylemleri cezalandırılmaktadır.¹⁸¹ Burada bilgisayar programlarına ilişkin teknik korumaların bertaraf edilmesi durumu sözkonusudur.¹⁸² Maddede sadece bilgisayar programlarının teknik korumasından söz edildiği için şifreli bir TV yayınına koruma önlemlerini çözmek için kullanılan aletlerin bulundurulması bu madde kapsamında değerlendirilemeyecektir.¹⁸³

FSEK m.73/2. fıkrada ise;

“Kasten: bu kanunun hükümlerine uygun olarak çoğaltılmış ve yayılmış eser nüshalarının, yapımların ve fonogramların, çoğaltma veya yayma hakkı sahiplerinin ayırtedici unvan, marka ve künye bilgileri ile birlikte tıpkı basım ve yapım yoluyla, işaret, yazı, ses, hareketli veya hareketsiz görüntü yada veri tekrarına yarayan alet

¹⁸⁰ Hafizoğulları; “madde hükmünün söz dizimi bakımından da yanlış kaleme alındığını, burada failin hataya düşmesi hallerinin belirtildiğinden” söz etmektedir. Bu görüş için bkz. Hafizoğulları, a.g.e., s.12.

¹⁸¹ Ülkemizin, bilgisayar programları yönünden, bir çok ülkeden daha ileri bir koruma mevzuatına sahip olduğu ifade edilmektedir. Bu görüş için bkz. Gün, Mehmet Bilgisayar Programlarının Eser Olarak Korunması, Rekabet Kurumu Dergisi, Nisan 2001, s.98. Gerçekten, incelememiz konusu olan FSEK m.73/1. fıkrası c bendi hükmü de bu görüşü doğrulamaktadır.

¹⁸² Bu konuda bkz. Sert, Selin: Fikir ve Sanat Eserlerinin Teknolojik Önlemlerle Korunması ve Teknik Önlemlerin İhlal Edilmesinde Uygulanacak Yaptırımlar, e-akademik, Aylık İnternet Dergisi, Kasım 2005, sayı 45.

¹⁸³ Tekinalp, a.g.e., s.318, Yazar ayrıca bu hükmün mali hakkın ihlali ile hatta konu yönünden FSEK ile de ilgisi bulunmadığı görüşündedir, bkz. 318.

veya yöntemlerle çoğaltan veya bu şekilde çoğaltılmış nüshaları yayan, kişiler hakkında üç yıldan altı yıla kadar hapis veya yirmimilyar TL' den ikiyüzmilyar TL' ye kadar adli para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden hükümlenacağı” hususu düzenlenmiştir.

Burada taklit edilen eser, kanuna uygun olarak çoğaltılmış ve yayılmış orijinal eser nüshasının tıpkı basımı ve yapımı yoluyla çoğaltılma yoluyla gerçekleşmektedir. Uygulamada bu tür taklit eserler “korsan yayın” olarak da adlandırılmaktadır. Bu tür taklit eseri orijinalinden ayırt etmek çok güçtür, nitekim bu suç türüyle de, “tüketiciyi aldatacak şekilde orijinal ürüne ait işaret, marka ve diğer bilgileri kullanarak hukuka aykırı şekilde çoğaltma yapmak veya bu şekilde çoğaltılmış nüshaları yaymak fiilleri” yaptırımı bağlanmaktadır. Objektif bir tüketicinin bu korsan eseri, taklit eserden ayırabilmesi imkansızdır, tıpkı basım ve yapım yoluyla orijinal nüshanın aynısı hukuka aykırı şekilde üretilmiştir.

Bu FSEK m.73/2. fıkradaki eylemle eser nüshalarını, yapımlarının ve fonogramlarının çoğaltma ve yayma hakkı sahiplerine ait ayırd edici nitelikteki unvan, marka ve künye bilgileri, taklit edilen eserde kullanılmaktadır.¹⁸⁴ Yasa koyucu belirtilen bilgilerin kullanılarak, hukuka aykırı şekilde nüsha çoğaltma ve bunları yayma eylemini cezai müeyyideye bağlamıştır.

FSEK 73. madde’de düzenlenen eylemler, madde metninde açıkça ifade edildiği üzere, ancak kast ile işlenebilecek suçlardandır. Yani fail, işlediği suçun tüm unsurlarını bilecek ve eylemin sebebiyet verdiği neticeleri isteyecektir.¹⁸⁵ Bu suçların taksirli biçimi olmadığından, taksirli bir davranışının sonucu olarak failin hataya

¹⁸⁴ YCGK bir kararında özetle; “Bir kamyonette G.K. Yayıncılığa ait değişik kitaplarının ve aydınlar kalıplarının ve işyerinde ise yine G.K. yayıncılığa ait bir kitabı altı balya forma ve R. kitabevine ait kitapları balya forma olarak yakalandığı olayda, üç sanığın iştirak halinde yukarıda belirtilen yayınevleri tarafından yasal olarak çoğaltılıp yayımlanmış eserleri hak sahiplerinin bilgisi dışında ve mevcut bilirkişi raporuna göre, orijinalinden ayırdedilemeyecek şekilde tıpkı basım yöntemiyle çoğaltıp yayma şeklinde ortaya çıkan eylemlerinin, 5846 sayılı kanunun m.73/2. fıkrasında yer alan suç oluşturduğu düşüncesindedir. Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2005/7-67 E. 2005/97 K. ve 9.07.2005 tarihli kararı, www.kazanci.com.

¹⁸⁵ İnel Kayıhan, Sokullu (Akıncı) Füsün, Özgenç İzzet, Sözüer Adem, Mahmutoğlu Fatih S., Ünver Yener, Suç Teorisi, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3.Baskı, İstanbul 2004, s230-238.

düşmesi halinde, sadece hukuki sorumluluktan söz edilebilecektir.¹⁸⁶ Bu eylemlerin gerçekleşmesi için, belirtildiği üzere, kastın bulunması yeterli olup, ayrıca bir zararın da gerçekleşmiş olmasını kanun koyucu aramamıştır.¹⁸⁷

4.4.2.6. Eser Üzerindeki Bilgiler Aleyhine İşlenen Suçlar

FSEK Ek Madde 4/1. fıkra¹⁸⁸ hükmüne göre: “Eser ve eser sahibi ile, eser üzerindeki haklardan herhangi birinin sahibi veya eserin kullanımına ilişkin süreler ve şartlar ile ilgili olarak eser nüshaları üzerinde bulunan veya eserin topluma sunulması sırasında görülen bilgiler ve bu bilgileri temsil eden sayılar veya kodlar yetkisiz olarak ortadan kaldırılamaz veya değiştirilemez. Bilgileri ve bu bilgileri temsil eden sayıları veya kodları yetkisiz olarak değiştirilen veya ortadan kaldırılan eserlerin asılları veya kopyaları çoğaltılamaz, dağıtılmak üzere ithal edilemez, yayımlanamaz veya topluma iletilmez. Yukarıdaki fıkra hükümleri fonogramlar ve fonogramlarda tesbit edilmiş icralar bakımından da uygulanır.”

Yine aynı maddenin değişik dördüncü fıkrasında¹⁸⁹ bu fiilleri kasten ve yetkisiz olarak işleyenler hakkında 72. maddenin (2) numaralı bendi hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla bu eylemleri işleyenler hakkında üç aydan iki yıla kadar hapis veya beşmilyar liradan ellimilyar liraya kadar adli para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden hükmolunabilecektir.

Fikir ve Sanat Eserlerinin İşaretlenmesine İlişkin Yönetmelik¹⁹⁰ ve Milletlerarası Standart Kitap Numaralandırmasına İlişkin Tebliğ¹⁹¹ gibi düzenlemeler uyarınca eser üzerinde yer verilmiş bilgileri, kodları ortadan kaldırma, değiştirme veya bu şekilde ihlal edilmiş eser nüshalarını dağıtmak, dağıtmak üzere ithal etmek, yayınlamak ve topluma iletmek bu düzenlemeye göre suç olarak kabul edilmiştir.

¹⁸⁶ Doktrinde, “failin esaslı hataya düşmesi halinde, fiili hata sözkonusu olduğu dolayısıyla kast kalktığı için suç oluşmayacağı” belirtilmektedir. Bu görüş için Hafizoğulları, a.g.e., s.13.

¹⁸⁷ Dülger, a.g.e., s.302.

¹⁸⁸ 21.02.2001 tarihinde 4630 sayılı kanunla Ek Madde 4’ün 1. fıkrası değişikliğe uğramıştır.

¹⁸⁹ Ek Madde 4’ün 4. fıkrası 03.03.2004 tarihli, 5101 sayılı kanunla değişikliğe uğramıştır.

¹⁹⁰ Bkz. 16 Kasım 1997 tarih ve 23172 sayılı RG.

¹⁹¹ Kitaplara, ISBN (International Standart Book Numbering - Milletlerarası Standart Kitap Numarası) verilmesi hakkında tebliğ için bkz. 13.10.1987 tarih ve 19603 sayılı RG.

4.4.2.7. Veri Tabanları Aleyhine İşlenen Suçlar

FSEK ek madde 8’de 2004 yılında 5101 sayılı kanunla yapılan değişiklik ile veri tabanının kendisinin eser olarak korunması yanında, içeriği de FSEK koruması kapsamına alınmıştır. Kural olarak veri tabanı bilgileri tasnif ve sunuş tarzı itibarıyla hususiyet arz ettiğinden FSEK kapsamında korunmaktadır.¹⁹² Ayrıca, veri tabanlarının içindeki veriler de koruma kapsamına alınmıştır, bu kendine özgü bir düzenlemedir.¹⁹³

Anılan madde’nin düzenlemesine göre¹⁹⁴, “bir veri tabanının içeriğinin oluşturulmasına, doğrulanmasına veya sunumuna nitelik veya nicelik açısından esaslı bir nisbet dahilinde yatırım yapan veri tabanı yapımcısı, ayrıca¹⁹⁵, veri tabanının önemli bir kısmının veya tamamının;

a) Herhangi bir araç ile herhangi bir şekilde sürekli veya geçici olarak başka bir ortama aktarılması

b) Herhangi bir yolla dağıtılması, satılması, kiralanması veya topluma iletilmesi,

hususlarında bu kanunda sayılan istisnalar ile kamu güvenliği, idari ve yargı işlemlerinin gerektirdiği istisnalar dışında izin vermek veya yasaklamak hakkına sahiptir.”

Madde’nin son fıkrasında ise, bu madde ile tanınmış hakları ihlal edenler hakkında, bu kanun’un 72. maddesinin (3) numaralı bendi hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Yani, veri tabanı yapımcısının ek madde 8’de belirtilen haklarını ihlal edenler hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis veya ellimilyar

¹⁹² Veri tabanları konusunda açıklamalar için bkz. 2.4.2.6.11.

¹⁹³ Okutan, Nillson Gül: İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Dersi, Yayınlanmamış Ders Notları, İstanbul Mart 2005.

¹⁹⁴ Kanun koyucu, veri tabanı yapımcısının, yatırımının esaslı bir yatırım olduğu unsurundan yola çıkarak, ona özel ayrıcalıklı bir koruma sağlamayı amaçlamış ve bu şekilde kendine özgü bir koruma getirmiştir.

¹⁹⁵ Düzenlemedeki, “ayrıca” ifadesi, veri tabanının hususiyet taşıması itibarıyla “eser” olarak korunmasının devam ettiğini, ek madde 8 ile sağlanan korumanın ise; olağan dışı ayrıcalıklı bir koruma olduğuna işaret etmektedir.

liradan yüzellimilyar liraya kadar adli para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden hükmedilecektir.

FSEK ek madde 8’de getirilen düzenleme ile, hem hususiyet taşımayan veri tabanlarının dahi korunması hem de hususiyet taşıyan veri tabanlarının içeriklerinin de korunması mümkün olmuştur.¹⁹⁶ Bu hükümlerle veri tabanı yapımcısına sağlanan koruma, eser korumasından farklı olarak, aleniyet tarihinden itibaren onbeş yıldır.

Bu maddede yazılı suçun işlenebilmesi için, yapılan tecavüz veri tabanı içeriğinin tamamına veya önemli bir kısmına yönelik olmalıdır. Eğer veri tabanı içinde yer alan bilgilerin çok küçük bir parçası, başka bir kişi tarafından kullanılmış ise, burada veri tabanı yapımcısının hakkının ihlal edildiğinden bahsedemeyecektir.¹⁹⁷

4.4.2.8. Eser Benzeri Ürünler Aleyhine İşlenen Suçlar

FSEK’in 83, 84, 85 ve 86. maddelerinde eser niteliğinde olmayan, fakat “eser benzeri ürün” olarak adlandırdığımız,¹⁹⁸ bazı ürünlere ilişkin koruma sağlanmıştır. Kanun koyucu, bu ürünlerin eser niteliğinde olmamalarına rağmen, nisbi bir koruma ihtiyacının bulunduğundan hareketle bunlara FSEK kapsamında bir koruma sağlamıştır.¹⁹⁹ Eser benzeri olan bu fikir ve düşünce ürünlerinin korunacakları FSEK’te düzenlenmiş, ancak cezai yaptırımlar konusunda Türk Ticaret Kanunu, Borçlar Kanunu ve Türk Ceza Kanunu’nun ilgili hükümlerine atıf yapılmıştır.

¹⁹⁶ Suluk, a.g.e., s.196.

¹⁹⁷ Aksi durumun kabulü, yani veri tabanı içinde yer alan bilgilerin çok küçük bir kısmının, başka bir kişi tarafından kullanılması halinde dahi bu kişinin cezai müeyyide ile karşılaşması sonucunu doğurabilecektir ki, bu durumda veri tabanı yapımcısına, veri tabanı içinde yer alan bilgiler üzerinde tekel hakkı tanımak anlamına gelecektir. Oysa salt bilginin korunması, hiçbir zaman FSEK kapsamında düşünülemez.

¹⁹⁸ Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. 2.4.3.

¹⁹⁹ Yargıtay 11. HD. 29.11.1999 tarihli ve 1999/7948 E. 1999/9722 sayılı kararı; “Davacı şirkete ait eser niteliğinde olmayan kataloğun tanım cümlelerinin davalı tarafından aynen alınıp, kendi kataloğunda kullanılması, TTK’nun 56.v.d. maddelerinde düzenlenmiş olan haksız rekabettir. Davacı vekili, dava’da hem FSEK hem haksız rekabet hükümlerine dayanmıştır. Uyuşmazlığın, haksız rekabet hükümleri çerçevesinde değerlendirilip, davalıların sorumlulukları belirlenerek, sonucuna göre karar verilmesi gereklidir” şeklindedir, bu karar için bkz. www.kazanci.com.tr.

4.4.2.8.1. Ad ve Alametler Aleyhine İşlenen Suçlar

FSEK m.83/1.fıkra: ²⁰⁰ “Bir eserin ad ve alametleri ile çoğaltılmış nüshalarının şekilleri, iltibasa meydan verebilecek surette diğer bir eserde veya çoğaltılmış nüshalarında kullanılamaz” hükmünü taşımaktadır. ²⁰¹ Bu hüküm, umumen kullanılan ve ayırt edici bir vasfı bulunmayan ad, alamet ve dış şekiller hakkında uygulanmayacaktır. (FSEK m.83/2. fıkra)

Anlaşılabacağı üzere bu hükme göre korunacak ad ve alametler ayırt edici, özel, farklı nitelikte olanlardır. Bu hükme aykırı hareket edenler hakkında tacir olmasalar bile Türk Ticaret Kanunu’nun haksız rekabete ilişkin hükümleri (TTK m.56-64) uygulanacaktır. Kanun koyucu, ad ve alametler hakkındaki FSEK m.83 hükmüne aykırı hareket etmeyi, bir anlamda “haksız rekabet oluşturan bir eylem” olarak değerlendirmiştir.

TTK’nun 58. maddesi gereğince, haksız rekabet fiilini işleyenler aleyhine “hukuki mesuliyet” doğuran hukuk davaları da ²⁰² açılabilceği muhakkaktır. TTK’nun m.64/6. fıkrasında ise; “58. madde gereğince hukuk davasını açma hakkını haiz bulunanlardan birinin şikayeti üzerine ceza mahkemesince bir aydan bir yıla kadar hapis veya beşyüz liradan onbin liraya kadar²⁰³ adli para cezasıyla veya her ikisiyle birlikte cezalandırılacakları” düzenlenmiştir. Haksız rekabetin men’i hakkındaki kesinleşmiş ilama rağmen, haksız rekabet fiiline aynen veya tali değişikliklerle devam eden kimse ise, altı aydan aşağı olmamak üzere hapis ve beşbin liradan onbin liraya kadar adli para cezasına mahkum edilir ve suçlu re’sen

²⁰⁰ FSEK m.83 “Ad ve Alametler” başlığını taşımaktadır: FSEK m.83 ve 84’e yer veren bölümün başlığı ise “Haksız Rekabet”tir.

²⁰¹ Ad ve alametler hakkındaki açıklamalarımız için bkz. 2.4.3.1.

²⁰² TTK m.58 hükmüne göre; “Haksız rekabete uğrayan ve uğrama tehlikesi olan kimse;

a) Fiilin haksız olup olmadığının tesbitini

b) Haksız rekabetin men’ini

c) Haksız rekabetin neticesi olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, haksız rekabet, yanlış ve yanıltıcı beyanlarla yapılmış ise bu beyanların düzeltilmesini.

d) Kusur varsa, zarar ve ziyanın tazminini

e) Borçlar Kanununun 49. maddesinde gösterilen şartlar mevcutsa manevi tazminat verilmesini, isteyebilecektir.

²⁰³ TTK m.64/6. fıkrada düzenlenen para cezaları, 2005 yılında yapılan düzenlemeye göre 5252 sayılı Kanun’un 4. maddesi ile arttırıma tabi tutulmuştur.

takip olunur (TTK m.64/son f.) Bu hüküm de ad ve alamet'i ihlal fiiline, kesinleşmiş mahkeme ilamına rağmen devam edenler hakkında uygulanacaktır.

TTK hükümleri, haksız rekabeti modern anlamda yani; iyiniyet kurallarına aykırı olan hakkın kötüye kullanılmasını önlemek ve toplum içinde iktisadi hayatın rekabetin suistimali ile bozulmasına mani olmak gayelerine dayanır. Bu sebeple, rekabet olmadan da haksız rekabet hali bulunabilir²⁰⁴. Fikir ve sanat eserleri hukukunda da ad ve alametler söz konusu olduğunda, rekabet bulunmasa bile bahse konu suçlar işlenebilecektir. FSEK m.83'ün aradığı unsur "iltibasa mahal verme"dir. İltibas halinde, piyasada tutunan ve tanınan bir ürünün isminden, üreten firmanın tanınmışlığından, üretilen ürünün şeklinden, ambalajının renk ve kompozisyonundan yararlanılarak, bunun aynısının veya benzerinin kullanılması suretiyle, başkasının emeğinden haksız olarak yararlanma durumu sözkonusudur.²⁰⁵

Kuşkusuz, FSEK kapsamında korunan bir eserin ad ve alametleri ile çoğaltılmış nüshalarının şekilleri de, hak sahipleri dışında başka kişiler tarafından, başka bir eserde iltibasa karışıklığa meydan verecek şekilde kullanılması durumunda TTK. m.64 gereğince cezai sorumlulukları gündeme gelecektir. TTK m.64'deki düzenlenen haksız rekabet fiili ancak kasten işlenebilir, taksirle bu suçun işlenmesi mümkün değildir.

4.4.2.8.2. İşaret, Resim ve Ses Aleyhine İşlenen Suçlar

FSEK 84. m. hükmüyle eser niteliğinde olmayan işaret, resim ve seslerin bir maddi cisme tesbit edilmiş hali korunmaktadır.²⁰⁶ Yine , eser niteliğinde olmayan her nevi fotoğraflar, benzer usullerle tesbit edilen resimler ve sinema mahsulleri de aynı hükme göre korunacaktır.

Eser niteliğinde olmayan işaret, resim, ses, fotoğraf, resim ve sinema mahsullerine çoğaltmak veya yaymak suretiyle tecavüz eden üçüncü kişiler

²⁰⁴ Poroy Reha / Yasaman Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, genişletilmiş ve güncelleştirilmiş 9.Bası, İstanbul 2001, s.244.

²⁰⁵ Poroy / Yasaman, a.g.e., s.249.

²⁰⁶ İşaret, resim ve sesler ile ilgili açıklamalarımız için bkz. 2.4.3.2.

hakkında, tacir olmasalar bile, TTK'nun haksız rekabete ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Ad ve alametler hakkında yaptığımız açıklamalar kural olarak burada da geçerlidir.

Burada yaptırıma bağlanan eylem, eser niteliğinde olmayan bu ürünlerin ticari maksatlarla tesbit edilmesine rağmen, hak sahibinin menettiği üçüncü kişiler tarafından da aynı vasıttan yararlanarak aynı ürünlerin çoğaltılması veya yayılmasıdır. Bu haksız çoğaltma ve yayma eylemleri ticari amaçlı faaliyetler olarak nitelendirilmiş²⁰⁷ ve haksız rekabet hükümleri gereğince yaptırıma bağlanmıştır.

4.4.2.8.3. Mektup, Hatıra ve Buna Benzer Yazılar Aleyhine İşlenen Suçlar

FSEK m.85'de eser niteliğinde olmayan; mektup, hatıra ve buna benzer yazıların korunmasına dair hususlar düzenlenmiştir.²⁰⁸ Maddenin 3. fıkrası'nda ise, bunların korunmasına dair belirtilen hükümlere aykırı hareket edilmesi halinde Borçlar Kanununun, haksız fiile ilişkin 49. maddesi ve Türk Ceza Kanununun özel hayatın gizliliğini ihlale ilişkin hükümlerinin²⁰⁹ uygulanacağı düzenlenmiştir.

Mektup, hatıra ve buna benzer eser niteliğinde olmayan yazıların izinsiz olarak yayınlanması BK. m.49²¹⁰ gereğince, haksız fiil sorumluluğunu doğuracaktır. Yine aynı eylem, cezai sorumluluk açısından da TCK'nun "özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suç" hükümleri²¹¹ kapsamında değerlendirilebilecektir.

²⁰⁷ Arslanlı, a.g.e., s.55, Tekinalp, a.g.e., s.271.

²⁰⁸ Bu konuda açıklamalarımız için bkz. 2.4.3.3.

²⁰⁹ FSEK m.85/3. fıkra hükmünde TCK'nın 197 ve 199. m. hükümlerinden söz edilse de, 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nun 132-140. maddelerinin ,suç ile ihlal edilen hakkın konusu ve niteliğine göre, "özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar"a ilişkin hükümlerinin, sözkonusu ihlallerde uygulanması gerekir. **Tasarı** ile FSEK 85/3.m. değiştirilmekte ve "yukarıdaki hükümlere aykırılık halinde BK 49 ve TCK 132,134,139,140.m. hükümlerinin uygulanacağı" hususu belirtilmektedir.

²¹⁰ BK.m.49/1. fıkra hükmü şöyledir; "şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir".

²¹¹ TCK 132-140 m.'de düzenlenen özel hayatın gizliliğine karşı suçların işlenmesi halinde, eylemin gerçekleştirildiği harekete göre değişen iki aydan dört yıl altı aya kadar hapis ve adli para cezaları öngörülmektedir.

Madde de söz edilen “mektup, hatıra ve buna benzer yazıların yayınlanması” terimini geniş anlamda yorumlamak, hem yazılı ve görsel basın, hem de internet yoluyla²¹² yapılacak hukuka aykırı yayını FSEK m.85 kapsamında düşünmek gereklidir. Çünkü kanun koyucu burada eser niteliğinde olmayan fikir ve düşünce ürünü sahibinin kişilik haklarını korumayı amaçlamaktadır, bu nedenle her türlü yayın vasıtasıyla kişilik haklarının ihlal edilmesi mümkündür.

4.4.2.8.4. Resim ve Portreler Aleyhine İşlenen Suçlar

FSEK m.86, eser niteliğinde olmayan resim ve portreleri, MK’nun kişilik hakkı²¹³ hükümleri çerçevesinde korumaktadır.²¹⁴ Bu hükümlere aykırı hareket ederek, hukuka aykırı olarak resim ve portrelerin, hak sahiplerinin muvafakati alınmadan teşhir veya diğer suretlerle umuma arz edilmesi halinde, bu eylemi gerçekleştirenler sorumludurlar. Belirtilen hakları ihlal edenler BK’nun 49. m. gereğince haksız fiil sorumluluğu²¹⁵ ve TCK’nun “özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar” hükümleri gereğince eylemlerinden sorumlu

²¹² Bu konuda geniş bilgi için bkz. Sırabaşı, Volkan: İnternet ve Radyo-Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz, İnternet Rejimi, Ankara 2003, s.127-154.

²¹³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 17.10.2001 tarihli ve 2001/4-926 E., 2001/742 K. sayılı kararında özetle; “FSEK 86. maddesiyle korunan şey; resim, portre veya fotoğrafın “eser” niteliği değil, bunlarda tasvir olunan kimsenin kişilik hakkıdır. Dolayısıyla, bu yasaya aykırı nitelikteki eylemler, kişilik haklarına saldırı oluşturur ve BK’nun 49. m. çerçevesinde tazminat yükümlülüğü doğurur.

Açıklanan yasal durum ile, tarafların seçimlerde birbirlerine rakip durumunda bulunan iki ayrı partiye mensup olmaları, fotoğrafın bu seçimle ilgili broşürde kullanılması, böylece seçmenler üzerinde rakip partiye mensup olan davacının dahi davalıya seçimlerde destek vermekte olduğu görüntüsünün yaratılması, nihayet bu durumda davacının kendi partisinin yönetimi ve mensupları gözünde tepkiyle karşılanmasının doğal ve beklenebilir bulunması karşısında, somut olayda davacının kişilik haklarının saldırıya uğradığının ve o nedenle de BK’nun 43. m. çerçevesinde manevi tazminata hükmedilmesi için gereken koşulların gerçekleştiğinin kabulü zorunludur” şeklinde karar vermiştir. Bu karar için bkz. www.yargitay.gov.tr

²¹⁴ Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. 2.4.3.4.

²¹⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 03.10.1990 tarihi ve 1990/4-275 E. 1990/459 K. sayılı kararında özetle, “davacılar aیت ve Anıtkabir içinde çekilmiş resmin davalıya ait dergi reklamlarında, davalının iznini alınmadan kullanılması ile ilgili olayda, FSEK m.86’da resim ve portrelerin izinsiz yayınlanmasının açıkça yasaklandığı, sorumluluk için resim çekmenin amacının önemli olmadığını, davacıların görüntüsünün resmin ikinci planında kalıp kalmamasının da önemli olmadığını, kişinin dış görüntüsünün ayrıntı olarak da olsa içinde bulunduğu fotoğrafın ticari amaçlarla, reklam yoluyla izin alınmaksızın kamuya sunulması hukuka aykırılığı oluşturmaktadır, izin alınmadığını ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilemez. Bu nedenlerle davacılar aیت resmin ticari amaçlarla kamuya sunulması FSEK’nun 86/1. maddesine göre hukuka aykırı olduğu gibi, olayda BK’nun 49. maddesinde belirtilen tüm unsurlarda gerçekleşmiştir” şeklinde karar vermiştir.

tutulabileceklerdir²¹⁶. FSEK m.86'nın anılan hükmünün 85. m. hükmü ile aynı olması nedeniyle; işaret, resim ve sesler hakkında hukuki ve cezai sorumluluk konusunda yaptığımız açıklamalar resim ve portreler konusunda da geçerlidir.

4.4.2.9. Bilgi İçerik Sağlayıcılar Tarafından İşlenen Suçlar

FSEK ek madde 4'ün değişik dördüncü fıkrası hükmü; “bu kanunda tanınmış hakları ihlal etmeye devam eden bilgi içerik sağlayıcılar hakkında, bu kanunun 72. maddesinin (2) numaralı bendi hükümleri uygulanır²¹⁷” kuralını taşımaktadır.

İçerik sağlayıcılar, internetin temel sükelerinden birisidir.²¹⁸ İçerik sağlayıcının sunduğu içeriğin konusunu FSEK kapsamında korunan bir eser oluşturmakta ise, hak sahibinin iznini almış olması gerekmektedir. Ayrıca, içerik sağlayıcı, mali hakkı kullanma yetkisi devralmış olsa bile, içeriği sunma tarzı şekli itibarıyla eser sahibinin manevi haklarını da ihlal etmemelidir. Kanun koyucu bilgi içerik sağlayıcının cezai sorumluluğu yönünden, sadece hak ihlalinin yetmeyeceği, ”yapılacak uyarıya rağmen ihlale devam etmek” şeklinde bir hareketin gerektiği şeklinde bir düzenleme yapmıştır.²¹⁹ Ek 4. madde/son fıkra hükmünün uygulaması gereği, bilgi içerik sağlayıcı, internette sunduğu eser vasıtasıyla hak sahiplerinin bir hakkını “ihlale uyarıya rağmen devam ediyorsa”, FSEK m.72/2. bent hükmü gereğince cezai sorumluluk ile karşılaşacaktır. Anılan hükmün lafzı ile yorumlanması halinde, içerik sağlayıcıların gerçekleştirdikleri ihlal eylemlerinin; hak sahibince öğrenilinceye ve uyarı prosedürü tamamlanıncaya kadar olan dönemde yaptırımsız kalması sonucu doğabilecektir. Bu durumda sanki internet yoluyla gerçekleştirilebilecek ihlallere bir süre göz yumularak cezai yaptırımsız bırakılmak istendiği düşüncesi akla gelmektedir ki, kanun koyucunun böyle bir düşünce

²¹⁶ **Tasarı** ile FSEK 86/3-4. maddeler değiştirilmekte ve “Birinci fıkra hükmüne aykırı hareket edenler hakkında BK 49 ve TCK 134,139,140. maddeleri hükümlerinin uygulanacağı” kuralı getirilmektedir.

²¹⁷ Bilindiği üzere FSEK m.72/2. bent'te mali haklara tecavüz oluşturan eylemlerden olan, ”Hak sahibinin izni olmaksızın bir eseri ve çoğaltılmış nüshalarını, bu kanunun 81. maddesinin 7. fıkrasında sayılan yerlerde satan kişiler” hakkında cezai müeyyide öngören suç tipi yer almaktadır. Bilgi içerik sağlayıcılar hakkındaki ek 4. m./son fıkra hükmünün ,cezai müeyyide bakımından anılan hükmü yollama yapmasının nedenini anlayabilmek güçtür.

²¹⁸ İçerik sağlayıcı hakkındaki açıklamalarımız için bkz. 1.5.2.1.

²¹⁹ FSEK Ek 4. maddenin değişik 4. fıkrasına 2004 yılında eklenen bu hüküm, bilgi içerik sağlayıcının fonksiyonu ile bağdaşmamaktadır.

teşimayacağı da açıktır. Böyle bir olasılık , kanunla sağlanmak istenen cezai koruma sistemi ile bağdaşmayacaktır. Bizce ,içerik sağlayıcı tarafından internet yoluyla gerçekleştirilecek bir hak ihlali durumunda,ihlal edilen hak için FSEK’te öngörülen cezai yaptırımın yanında Ek madde 4/4.fıkıradaki öngörülen cezai müeyyidenin de ilave olarak uygulanması gereklidir.Ancak bu durumda, TCK m.44’de²²⁰ düzenlenen fikri içtima kuralları gereğince gerçekleşecek suçlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılması gereklidir. Gerçekten de söz konusu maddenin FSEK’te diğer hak ihlalleri dışında düzenlenmiş olması “bilgi içerik sağlayıcılar hakkında” ayrı bir suç olarak yaptırıma bağlanmış olduğu görüşünü doğrulamaktadır.

FSEK ek madde 4/4.fıkıradaki düzenlenen suçun maddi unsuru “FSEK’te tanınmış hakları ihlal etmeye devam etmek”tir. FSEK ek madde 4’ün değişik üçüncü fıkrasında, eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin haklarının ihlali halinde, hak sahiplerinin başvurusu üzerinde ihlale konu eserlerin içerikten çıkarılacağı düzenlenmiştir. Hakları ihlal edilen kişiler öncelikle bilgi içerik sağlayıcısına başvurarak üç gün içinde ihlalin durdurulmasını isteyeceklerdir.²²¹ İhlalin devamı halinde bu defa, Cumhuriyet Savcısına yapılan başvuru üzerine üç gün içinde servis sağlayıcıdan ihlale devam eden bilgi içerik sağlayıcısına verilen hizmetin durdurulması istenecektir. İhlalin durdurulması halinde bilgi içerik sağlayıcısına yeniden servis sağlanacaktır.

Kanun koyucu,bilgi içerik sağlayıcının hak ihlalinin bildirilmesine rağmen ihlale devam etmesi eylemini ceza yaptırımına bağlamıştır. Hakları ihlal etmeye devam eden bilgi içerik sağlayıcı FSEK 72. m.nin 2. bendi uyarınca üç aydan iki yıla kadar hapis veya beşmilyar liradan ellimilyar liraya kadar adli para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden çarptırılacaktır.

²²⁰ “Fikri İçtima” başlığını taşıyan TCK m.44 hükmü şöyledir: “işlediği bir fiil ile birden fazla suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır”.

²²¹ Bu şekildeki bilgi içerik sağlayıcıyı ihlalden haberdar etme ve içeriğinin kaldırılmasını isteme, Amerikan İnternet Hukuku’ndaki “Uyar ve Kaldır” (Notice and take down) sisteminin benzeridir.Ancak,Amerikan Hukukunda bu sistem İSS’lar hakkında uygulanmakta olup,bilgi içerik sağlayıcıların fonksiyonlarına ve bünyesine uygun olmayan bir sistem olduğunu düşünmekteyiz.

4.4.3. FSEK’te Düzenlenen İdari Para Cezasını Gerektiren Suçlar

5846 sayılı kanuna 5101 sayılı kanunla eklenen ek 10 madde ile idari para cezasını gerektiren suçlar düzenlenmiştir²²².Ek madde 10’a göre;

1. Bu kanun kapsamında korunan, yasal olarak çoğaltılmış, bandrollü nüshaların yol, meydan, pazar, kaldırım, iskele, köprü ve benzeri yerlerde satışını yapanlar hakkında üçmilyar TL.

2. 44.madde²²³ gereğince alınması zorunlu sertifikaları almaksızın faaliyet gösteren, 81. maddede belirtilen taahhünamenin²²⁴ bir kopyasını almaksızın bandrol alınması zorunlu fikir ve sanat eserlerini çoğaltan kişiler hakkında küçük işletmeler için onmilyar TL, orta büyüklükteki işletmeler için otuzmilyar TL, büyük işletmeler için yüzmilyar TL.

3. Ek 5.madde²²⁵ hükümlerine aykırı olarak derlenmesi gereken eserleri süresi içinde vermeyen kişiler hakkında beşmilyar TL idari para cezası uygulanacaktır.

İdari para cezaları gerekçesi belirtilmek suretiyle mülki idare amirlerince verilecektir. Bu madde’de düzenlenen suçların şimdiye kadar incelediğimiz

²²² **Tasarı** il e Ek madde 10 da değiştirilmektedir.Tasarı hükmü şöyledir: “EK MADDE 10- Aşağıda belirtilen hâllerde idarî para cezası uygulanır:

1. 44 üncü madde gereğince alınması zorunlu sertifikaları almaksızın faaliyet gösteren kişi mahallî mülkî amir tarafından onbin Türk Lirasından otuzbin Türk Lirasına kadar idarî para cezasıyla cezalandırılır. İlgili tüzel kişi hakkında verilecek idarî para cezasının üst sınırı ellibin Türk Lirasıdır.

2. Ek 5 inci madde hükümlerine aykırı olarak derlenmesi gereken eserleri süresi içinde vermeyen kişi Kültür ve Turizm Bakanlığının telif haklarının korunmasıyla ilgili biriminin amiri tarafından bin Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar idarî para cezasıyla cezalandırılır.

Bu madde hükümlerine göre verilen idarî para cezalarından tahsil edilen miktarın yüzde ellisi Kültür ve Turizm Bakanlığının hesabına aktarılır.”

²²³ FSEK m.44, fikir ve sanat eserlerinin işaretlenmesi hususunu düzenlemektedir. Bu düzenlemeye göre, eserlerin tesbit ve çoğaltılmasına ilişkin materyalleri üreten, ve/veya bu materyallerin dolun çoğaltım ve satışını yapan veya herhangi bir şekilde yayan ve umuma arzeden yerler, Bakanlıkça ücret karşılığında sertifikalandırılacaklardır.

²²⁴ FSEK m.81/2. fıkra hükmüne göre; bandrol almak isteyenlerin, yasal olarak hak sahibi olduğunu beyan eden bir taahhünameyi doldurmaları zorunludur.

²²⁵ FSEK Ek Madde 5 hükmü, bu kanun kapsamında korunan çoğaltılmış fikir ve sanat eserleri, kültür mirasının korunması ve devam ettirilmesi amacıyla Kültür Bakanlığı tarafından derlenmesini düzenlemektedir.

suçlardan temel farkı, bu cezaların adli sistemin dışındaki bir unsur yani idari makamlar tarafından verilecek cezalar olmasıdır.

Ek madde 10'da öngörülen para cezalarına hükmedilmesi halinde, tutanağın tebliğinden itibaren on gün içinde cezaların ödenmesi gerekir. On gün içinde ödenmeyen cezalar iki katına çıkar ve ödeme süresi on gün daha uzar, bu süre içinde de ödenmeyen cezalar üç katına çıkar.²²⁶ Cezanın ödenmiş olması, yükümlülükleri ortadan kaldırmaz (FSEK Ek Madde 10/3. fıkra)

İlgili, kendisine tebliğ edilen para cezasına karşı, tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde yetkili İdare Mahkemesi²²⁷ nezdinde itiraz edebilecektir. Ancak, itiraz üzerine işlemler durmaz ve Mahkemenin de itiraz üzerine verdiği kararlar kesindir. İtiraz, zorunlu görülmeyen hallerde evrak üzerinde inceleme yapılarak ve kısa sürede sonuçlandırılır.

4.4.4. FSEK'te Düzenlenen Suçlarda Tekerrür, İnfaz, Zamanaşımı Hükümleri ve Diğer Hükümler

FSEK m.75/son fıkra hükmüne göre, FSEK'te yazılı suçlardan dolayı hakkında kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı olan kişi, iki yıl içinde aynı suçu bir defa daha işler ise yeni suçtan dolayı verilecek ceza bir kat arttırılacaktır. Bu hüküm

²²⁶ Ek Madde 10'da öngörülen cezalar, "süresinde ödenmemesi üzerine - adeta trafik cezalarında olduğu gibi - üç katına kadar çıkması ve ceza miktarlarının yüksek olması nedeniyle uygulanamaz nitelikte olması ve vatandaşın savunması dahi alınmadan idare mahkemesince evrak üzerinden karar verilerek itirazın sonuçlandırılabilmesinin, uygulamada mağduriyetlere sebebiyet verebileceği" gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmektedir. Suluk,a.g.e., s.197., Nitekim, Ek Madde 10, tasarı ile değiştirilmekte ve yalnızca 44 ve Ek 5. madde hükümlerine aykırılık, idari para cezasını gerektiren suç olarak kabul edilmekte,cezaların üç katına çıkarılmasına ilişkin hüküm de kaldırılmaktadır.Tasarının getirmek istediği Ek m.10 hükmü için bkz.dn.209

²²⁷ FSEK Ek Madde 10'da düzenlenen idari para cezalarına itiraz - genel kuralın aksine - Sulh Ceza Mahkemesi nezdinde değil, idare mahkemesi nezdinde yapılmaktadır. Bu madde de düzenlenen eylemler, korunan hukuksal değer olarak 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile korunan eylemlerle aynı niteliği göstermesine rağmen, yasa koyucu bu eylemleri FSEK'te özel olarak düzenleme yoluna gitmiş ve idare tarafından verilecek FSEK m.10 kapsamındaki idari para cezaları yönünden de idare mahkemelerine gidilebileceğini düzenlemiştir. Ancak, genel nitelikteki Kabahatler Kanunu'nun, FSEK'teki idari para cezasını gerektiren eylemlere de, FSEK'te düzenleme bulunmayan hususlar itibarıyla uygulanabilmesi gerekir. Örneğin Kabahatler Kanununun m.17/7. fıkrasındaki "idari para cezaları her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için Vergi Usul Kanununun mükerrer 298. m. hükümleri uyarınca tesbit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında arttırılarak uygulanır" hükmü FSEK Ek Madde 10'da düzenlenen idari para cezaları hakkında da uygulanabilecektir. **Tasarı ile**, idare mahkemeleri nezdinde itiraz yolu kaldırılmış böylelikle sulh ceza mahkemesine itiraz yolu doğmuştur.

“suçta tekerrür” müesseseni düzenleyen TCK m.58’den oldukça farklı olan, özel bir hüküm niteliği taşımaktadır.²²⁸

Yine aynı düzenlemede tekerrür üzerine verilen hapis cezasının ertelenemeyeceği ve para cezasına veya tedbire çevrilemeyeceği de yer almaktadır. FSEK’te yer alan bir suçu işleyen sanık hakkında mahkemece hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmesi halinde, bu ceza sanığa aynen çektirilecek, yani para cezasına veya başka bir tedbire dönüştürülmesi mümkün olmayacaktır.²²⁹ Oysaki genel nitelikteki TCK’nun 50. maddesine göre bir yıl veya daha az süreli hapis cezaları adli para cezasına veya kanunda öngörülen başka bir tedbire çevrilebilmektedir. Yine TCK 51. madde düzenlemesine göre de, işlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkum edilen kişinin cezası ertelenebilmektedir. İşte, FSEK’te düzenlenen suçları işleyerek hakkında hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilen suçlu hakkında bu hükümler uygulanamayacaktır. Görüldüğü gibi, FSEK bu hükümle de, hürriyeti bağlayıcı cezaların etkin şekilde uygulanmasına yönelik hükümler taşımaktadır.

FSEK’te dava zamanaşımı ve ceza zamanaşımı hususunda özel bir hüküm bulunmaması nedeniyle, zamanaşımı konusunda TCK’nun genel hükümleri, FSEK’te düzenlenen suçlar hakkında da uygulanacaktır. TCK’nun 5. maddesi hükmüne göre, TCK’nun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır.²³⁰TCK m.66/1. fıkra hükmüne göre, FSEK’te düzenlenen

²²⁸ FSEK m.75’in tekerrürle ilgili bir hükmü, **Tasarı ile** yürürlükten kaldırılmaktadır. TCK 58.m. hükmüne göre tekerrür hükümleri önceden işlenen suçtan dolayı verilecek cezanın süresine göre, cezanın infaz tarihinden itibaren üç yıl veya beş yıl geçtikten sonra tekerrür hükümlerinin uygulanmayacağı düzenlemesini taşımaktadır. Ayrıca, mükerrirler hakkında yeni işledikleri suçtan dolayı verilecek cezanın arttırılması yönünde bir düzenleme, genel hüküm niteliğindeki TCK’nun anılan düzenlemesinde yer almamasına rağmen, FSEK’te yer almaktadır ki, bu özel düzenleme mükerrirler hakkında - iki kat artırım gibi - oldukça şiddetli bir yaptırım getirmiştir. Ancak mükerrirler için bu hükmün sadece iki yıl için geçerli kılınması yönünden düşünüldüğünde iki yıllık sürenin tekerrür hükümlerinin uygulanması bakımından kısa bir süre olduğu söylenebilir.

²²⁹ **Tasarı ile**, FSEK m.76/son fıkradaki bahse konu infaz hukuku hükmü de kaldırılmaktadır.

²³⁰ Türk Hukukunda, yasaya aykırı davranışların ve bunların cezalarının ne olduğunu gösteren temel kanun “Türk Ceza Kanunu”dur. Türk Ceza Kanunu dışında suç ve ceza içeren hükümlere yer veren kanunlarda vardır, bu kanunlardaki ceza hükümleri için “Tamamlayıcı Ceza Hukuku” denilmektedir. TCK’nun “Genel Hükümler” başlığını taşıyan 1. kitabında düzenlenen kurallar, özel ceza kanunları (veya bünyelerinde ceza hükümleri taşıyan kanunlar) hakkında da uygulanacak ve bu şekilde genel kural, özel kuralla tamamlanacaktır. Buna göre, örneğin bir

suçlarda öngörülen ceza miktarına göre sekiz yıl ve on beş yıllık dava zamanaşımı süreleri uygulanabilecektir.²³¹

TCK m.68/1. fıkra hükmüne göre de, FSEK’te düzenlenen suçlardan dolayı mahkemelerce hükmedilecek cezalar, cezanın türüne ve süresine göre on yıl ila yirmi yıllık sürelerin geçmesi halinde infaz edilmeyecektir.²³²

FSEK’te düzenlenen suçlara ilişkin davalarda, mahkemece müsadere konusunda verilecek kararlarda ise, zamanaşımı süresi, hükmün kesinleşmesinden itibaren yirmi yıldır (TCK. m.70).

FSEK m.75/6. ve 7. fıkroda, bu kanun kapsamındaki suçlar hakkında 3005 sayılı Meşhud Suçların Muhakeme Usulü Kanunu hükümlerinin ve 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiş ise de, bahse konu kanunlar 01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5320 sayılı Kanun²³³ ile yürürlükten kaldırılmış olmakla, artık bu hükümlerin FSEK yönünden uygulanma kabiliyeti de kalmamıştır.

4.5. Hukuk ve Ceza Davalarında “Çeşitli Hükümler”

FSEK’in “Hukuk ve Ceza Davaları” adlı beşinci bölümünün “Çeşitli Hükümler” alt başlığını taşıyan “c” alt bölümünde; görev ve ispat (m.76), ihtiyati tedbirler ve gümrüklerde geçici olarak el koyma (m.77), Hükmün İlanı (m.78), zabıt, müsadere ve imha (m.79) konuları düzenlenmiştir. Anlaşılacağı üzere bu alt bölümde FSEK’te düzenlenen hukuk ve ceza davaları yönünden,²³⁴ kanun koyucu genel

suçun cezası özel kanuna göre verilecek ancak cezai neticeleri genel yasadaki (TCK) normlara göre sonuç doğuracaktır. Bu görüş için bkz. Arslan-Azizağaoğlu, a.g.e., s.70-71

²³¹ TCK m.66/1. fıkra hükmüne göre;

d) Beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda on beş yıl

e) Beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl geçmesiyle kamu davası düşer.

²³² TCK. m.68/1. fıkra hükmüne göre;

Bu madde de yazılı cezalar aşağıdaki sürelerin geçmesiyle infaz edilmez;

d) Beş yıldan fazla hapis cezalarında yirmi yıl.

e) Beş yıla kadar hapis ve adli para cezalarında on yıl.

²³³ 5320 sayılı “CMK’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun” için bkz. 31.03.2005 tarihli ve 25772 sayılı Resmi Gazete.

²³⁴ Ayiter, “çeşitli hükümler” başlığı altında yer verilen hükümlerin, hem hukuk hem ceza davaları için geçerli olduğundan sözetmektedir. Bkz. Ayiter, a.g.e., s.259.

nitelikteki usul hukuku kurallarından ayrılarak, özel nitelikte bazı yargılama hukuku kuralları vazedmiştir. Böylelikle de FSEK kapsamındaki hakların, özel yargılama araçlarından yararlanarak en etkili şekilde korunması amaçlanmıştır.

4.5.1. Görevli Mahkeme ve İsbat Yükü

FSEK m.76/1. madde hükmüne göre “Bu kanunun düzenlediği hukuki ilişkilerden doğan davalarda, dava konusunun miktarına ve kanun’da gösterilen cezanın derecesine bakılmaksızın, görevli mahkeme Adalet Bakanlığı tarafından kurulacak ihtisas mahkemeleridir” Bu hükme uygun olarak İstanbul, Ankara ve İzmir’de “Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemeleri ile Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemeleri ” kurulmuş olup, bu mahkemelerin bulunmadığı yerlerde ise Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenecek²³⁵ Asliye Mahkemeleri FSEK’ten kaynaklanan davalara bakacaklardır.

Yetki konusunda ise HUMK’ndaki (m.9 vd.) ve CMK’ndaki genel hükümler (CMK m.12-21) uygulanmalıdır. CMK m.12’ye göre; davaya bakma yetkisi suçun işlendiği yer mahkemesine aittir.

FSEK m.76/2. fıkrada şahsi dava açılma haline ilişkin hükümler²³⁶ bulunmakta olup, 5271 sayılı CMK’nun “şahsi dava” müessesine yer vermediği düşünüldüğünde bu hükmün uygulama kabiliyeti kalmamıştır.

FSEK m.76’ya 2001 yılında 4630 sayılı kanunla eklenen üçüncü fıkra ile²³⁷, “isbat yükü”ne dair bir kural getirilmiştir. Bu düzenleme ile, ceza muhakemesindeki “resen araştırma ilkesi” dışında farklı bir düzenleme yapılmış ve tarafların haklılıklarını ispat bağlamında tüm belge ve delillerini mahkemeye sunmaları

²³⁵ HSYK’nun 26.03.2001 tarih ve 335 sayılı kararına göre birden fazla Asliye Mahkemesi bulunan yerlerde 3 numaralı Asliye Mahkemeleri, FSEK’ten kaynaklanan davalara bakacaktır.

²³⁶ Şahsi dava müessesesi ile ilgili eleştiriler için bkz. Beşiroğlu, a.g.e., s.1600.

²³⁷ 21.02.2001 tarih ve 4630 sayılı Kanun ile ayrıca, FSEK 76. maddenin “Görev” şeklinde olan başlığı “Görev ve İspat” olarak değiştirilmiştir. Ancak, **Tasarı** ile isbat yüküne ilişkin FSEK m.76/3. fıkra sadece “Bu kanun kapsamında açılacak hukuk davalarında “ uygulanabilecek bir hüküm olarak düzenlenmiştir. Bkz. Tasarı, m.43/d.

gerektiği hükme bağlanmıştır. Yargılama esnasında davacının (şikayetçinin)²³⁸ iddiasının doğruluğu hakkında kuvvetli kanaat oluşturmaya yeterli delil sunması halinde, mahkemece davalıdan (sanıktan), bu Kanunda öngörülen izin ve yetkileri aldıklarına dair belgeleri ve/veya yararlanılan tüm eser, fonogram, icra, film ve yayınların listesinin sunulması istenebilecektir. Sanığın bu belge ve/veya listeleri sunamaması tüm eser, fonogram, icra, film ve yayınların haksız kullanılmakta olduğuna “karine teşkil edecektir.”²³⁹

Görüldüğü üzere FSEK m.76/3. fıkra da hak sahibi lehine bir karine düzenlenmiştir. Bu karinenin getirilmiş olması, şikayetçi hak sahibini, hakkının hukuka aykırı olarak ihlal edildiği bağlamında isbat yükünden kurtaracağı gibi, yargılama sürecinin uzamasını da engelleyecek²⁴⁰ olan yerinde bir düzenlemedir.

4.5.2. İhtiyati Tedbirler ve Gümrüklerde Geçici Olarak El Koyma

FSEK kapsamında açılacak davalarda, ya da henüz dava açılmadan, fikri hakları ve eseri süratle güvenceye almak ve muhtemel bir tecavüz tehlikesini önlemek amacıyla mahkemece ihtiyati tedbire hükmedilebilir²⁴¹. İhtiyati tedbir talebi, ceza veya hukuk davası açılmadan önce veya sonra yapılabilir. FSEK ile ilgili ihlallerde, mahkemece verilebilecek ihtiyati tedbirler; bir işin yapılması veya yapılmamasının davalıya (şüpheliye) emredilmesi ya da çoğaltılmış nüshalarla çoğaltmaya yarayan kalıp ve benzerlerinin geçici olarak zaptıdır.²⁴² FSEK m.77’de ayrıca işin yapıldığı yerin kapatılması veya açılması da mahkemece ihtiyati tedbir ile emredilebileceği düzenlenmiştir.

²³⁸ “FSEK m.76/3. fıkra hükmü, hem hukuk hem ceza davalarında uygulanabilecek bir hükümdür. Hükümdeki “davacı” ceza davalarında müşteki ve gereğinde savcı şeklinde anlaşılmalıdır, görüşü için bkz. Tekinalp, a.g.e., s.323.

²³⁹ FSEK m.76/3. fıkra ile getirilen bu karine, “yasal hak karinesi” niteliğinde düşünülmelidir. İsbat yükü ve karineler konusunda geniş bilgi için bkz. Umar Bilge/ Yılmaz Ejder: İsbat Yükü, 2.Bası, İstanbul 1980, s.167 vd.

²⁴⁰ FSEK m.76/3. fıkra hükmünün yargılama süresini olumsuz etkileyen, gereksiz ve hatalı bir düzenleme olduğuna ilişkin karşı görüş için bkz. Beşiroğlu, a.g.e., s.841.

²⁴¹ Ayiter, a.g.e., s.258, Erel, a.g.e., s.315.

²⁴² Ayiter, a.g.e., s.258-259.

Görüldüğü üzere ihtiyati tedbirleri düzenleyen FSEK m.77 hükmü, bu konudaki genel hüküm olan HUMK m.101'den²⁴³ daha geniştir.²⁴⁴

Mahkemenin ihtiyati tedbir kararında, emre muhalefetin İcra ve İflas Kanunu'nun 343. maddesindeki neticeleri doğuracağı hususu da yazılacaktır. İİK. m.343 hükmü gereğince FSEK m.77/1. fıkra hükmüne göre verilmiş ihtiyati tedbir kararına muhalefet edenler hakkında, şikayet üzerine bir aydan üç aya kadar hapis cezasına hükmedilecektir.

İhtiyati tedbir kararının verilebilmesi için; “ileri sürülen iddialar kuvvetle muhtemel görülmeli”dir. Mahkeme ancak, FSEK kapsamında korunan haklara yönelmiş esaslı bir zararın veya ani bir tehlikenin veya emri vakilerin önlenmesi için veya diğer herhangi bir sebepten dolayı zaruri olan hallerde, iddiaları kuvvetle muhtemel görürse, hak sahiplerinin talebi üzerine ihtiyati tedbirlere karar verebilecektir.

FSEK 77. maddenin ikinci fıkrasında ise; “haklara tecavüz oluşturulması ihtimali halinde yaptırım gerektiren nüshaların ithalat veya ihracatı sırasında, 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 57. maddesi²⁴⁵ ile 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun ilgili hükümlerinin uygulanacağı” düzenlenmiştir. Bu hüküm ile, fikri

²⁴³ HUMK m.101 hükmüne göre şu dört halde ihtiyati tedbir kararı verilebilecektir;

- 1) Menkul ve gayrimenkul malların aynı münazaalı ise bunun haciz veya yedi adle tevdiine,
- 2) Münazaalı şeyin muhafazası için lazım gelen her türlü tedbirlerin ittihazına.
- 3) Türk Medeni Kanunu ile muayyen hallerde nafaka alınmasına.
- 4) Ayrılık veya boşanma davası üzerine MK mucibince icap eden muvakkat tedbirlerin ittihazına.

²⁴⁴ Tekinalp, a.g.e., s.323. **Tasarı**'nın 43/e maddesi ile FSEK m.77 şu şekilde değiştirilmektedir; “Bu Kanunun koruma altına aldığı hakların ihlal edildiği iddiasıyla yürütülen soruşturma veya koğuşturma işlemlerinin dışında, manevi ve mali hakların korunması ve tazmini amacına yönelik olarak hakkı ihlal edilen kişiler tarafından başvurulması halinde genel hükümlere göre ihtiyati tedbir kararı alınır”. Böylelikle ihtiyati tedbirler konusunda artık FSEK bakımından HUMK hükümleri uygulanacaktır.

²⁴⁵ Gümrük Kanununun 57/1. bendi; “Fikri ve sınai mülkiyet haklarının korunması mevzuatına göre, hak sahibinin yetkilerine tecavüz eden mahiyetteki eşyanın gümrük işlemleri; hak sahibinin veya temsilcisinin talebi üzerine veya sözkonusu eşyanın sahte markalı ya da telif hakkına tabi taklit mal tarifine uyduğuna ilişkin açık deliller olması halinde, resen gümrük idareleri tarafından durdurulur” hükmünü taşımakta, maddenin diğer bentlerinde de bu durumda izlenecek prosedür açıklanmaktadır.

mülkiyet haklarına tecavüz eylemlerine karşı, sınır aşırı mal ticaretinde önlem alma, yani gümrüklerde mallara el konulması imkanı getirilmiştir.²⁴⁶

4.5.3. Hükümün İlanı

FSEK m.78'de²⁴⁷; haklı olan tarafın, önemli bir sebep veya menfaati varsa, masrafı diğer tarafa ait olmak üzere, kesinleşmiş olan kararın gazete veya buna benzer vasıtalarla tamamen veya hüküm özeti olarak ilan edilmesini talep etmek hakkına sahip olduğu "hususu düzenlenmiştir. İlanın şekli ve içeriği, mahkeme kararında belirlenecektir. Kanun koyucu, ilan hakkının kullanılmasını üç aylık hak düşürücü süreye bağlamıştır. (FSEK m.78/son f.)

Hükümün ilanı ile ilgili FSEK m.78, Kanunun "Çeşitli Hükümler" başlıklı hem hukuk hem ceza davalarını kapsamına alan bölümünde yer almakla, hem hukuk hem ceza davaları sonucunda uygulanabilmelidir.²⁴⁸

4.5.4. Zabıt, Müsadere ve İmha

FSEK hükümlerine göre imali veya yayımı cezayı mucip olan çoğaltılmış nüshalarla bunları çoğaltmaya yarayan kalıp ve buna benzer vasıtaların zabıt, müsadere ve imhasında TCK²⁴⁹ ve CMK'nın genel hükümleri uygulanacaktır. (FSEK m.79)

TCK 54. m. hükmüne göre "eşya müsaderesi" yapılarak, FSEK kapsamında korunan hakkı ihlal etmekte kullanılan ya da ihlal sonucu meydana çıkan eşya

²⁴⁶ Bu imkan, TRIPS ile getirilen bir yeniliktir bu görüş için bkz, Tekinalp, a.g.e., s.324.

²⁴⁷ FSEK m.78'de, hükümün ilanı hususunda, m.67/2. fıkradaki hal hariç tutulmuştur. Ayiter, m.67/2'nin zaten ilanı açıkça hükme bağladığı için FSEK m.67/2. f. hükmünün, genel nitelikteki m.78'in kapsamı dışında bırakıldığından sözetmektedir, bkz. Ayiter, a.g.e., s.259.

²⁴⁸ Ayiter, a.g.e., s.259.

²⁴⁹ FSEK m.76'da 765 sayılı TCK. m.36'dan söz edilmekte ise de artık 5237 sayılı TCK'nun 54. ve 55. maddeleri uygulanacaktır. 5237 sayılı TCK 54 "eşya müsaderesi"ne ilişkin ilkeleri açıklamaktadır. TCK 54/1 m. hükmüne göre; "iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine müsaderesine hükümlenir. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı ve genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir".

müsadere edilecektir. Diğer taraftan TCK m.55 hükmü uygulanarak da, hakkı ihlal sonucu oluşan kazancın, faydanın müsadere edilmesi mümkündür.²⁵⁰

Müsadere konusunda da, FSEK m.79. hükmü gereğince, 5271 sayılı CMK'nın "müsadere usulü"nü düzenleyen 256, 257, 258, 259. maddeleri uygulanacaktır.²⁵¹

4.6. Fikri Mülkiyet Hakkı İhlallerine Uygulanacak Hukuk²⁵²

Fikri mülkiyet haklarına internet yoluyla tecavüz eylemleri, internetin sınırlar ötesi niteliği itibarıyla, birden fazla ülkede sonuçlar doğuracak olan ihlal eylemleridir. Bu nedenle internet yoluyla yapılacak fikri hak ihlallerinde hangi ülke hukukunun uygulanacağını belirlemek gereklidir.

Fikri mülkiyet hakları, nitelikleri itibarıyla doğdukları ülkeye sıkı sıkıya bağlıdır.²⁵³ Fikri mülkiyet haklarında hakkın doğumu, korunması ve diğer hususlar bakımından, Kanunlar ihtilafının hukuki temeli "ülkesellik" ilkesi²⁵⁴ olup, kural olarak, bir fikir ve sanat eseri üzerindeki haklar hangi ülke tarafından tanınmaktaysa o ülke tarafından korunabilir²⁵⁵. FSEK, eser sahipleri açısından, hem ülkesellik hem de kişiselilik ilkelerine 88. maddesinde yer vermiştir.²⁵⁶

²⁵⁰ 765 sayılı TCK 36'da yer almayan ve çağdaş ceza hukuku müesseselerinden birisi olan "kazanç müsadere" 5237 sayılı TCK m.55'de düzenlenmiştir. FSEK m.79'daki müsadereye ilişkin hükümlerin, 765 sayılı TCK'nun yürürlükten kalkmasıyla 5237 sayılı TCK'nun ilgili hükümlerini de kapsayacak şekilde yorumlanması gerekir.

²⁵¹ 1412 sayılı CMUK yürürlükten kalkmış olmakla, FSEK m.79'daki hallerde, 5271 sayılı CMK hükümleri uygulanmalıdır. CMK m.256/1. fıkraya göre; "müsadere kararı verilmesi gereken hallerde, kamu davası açılmamış veya kamu davası açılmış olup da esasla beraber bir karar verilmemişse; karar verilmesi için, Cumhuriyet Savcısı veya katılan, davayı görmeye yetkili mahkemeye başvurabilir" Yine CMK 257/1. madde de; "256'ncı maddeye göre verilmesi gereken kararların duruşmalı olarak verileceği" hususu düzenlenmiştir. CMK m.258'de ise, müsadereye ilişkin kararlara karşı kanun yolu olarak, istinaf mahkemelerine gidebilme hakkı hükme bağlanmıştır.

²⁵² Bu konuda geniş bilgi için bkz: Okutan Gül; "Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Fikir ve Sanat Eserleri", Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul 1999, s.199-250..

²⁵³ Erdem, B. Bahadır: Fikri Hukukta Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, İstanbul 2003, s.48.

²⁵⁴ Ülkesellik İlkesi hakkında geniş bilgi için bkz. Erdem, B. Bahadır, "Fikri Haklarda Ülkesellik Prensibi", Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul 1999, s.39-54.

²⁵⁵ Okutan, Türk Milletlerarası, s.211.

²⁵⁶ Tekinalp, Ünal: "Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Eser Sahipleri Açısından Yer ve Kişi İtibarıyla Uygulanması", Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul 1999, s.367.

FSEK'in "kanunlar ihtilafı" kenar başlığını taşıyan 88. maddesi, hangi hukukun uygulanacağını gösteren bir "devletler özel hukuku" kuralıdır.²⁵⁷ FSEK m.88'de, bu kanun hükümlerinin hangi eserler hakkında uygulanacağı hususu düzenlemektedir ve maddenin ilk fıkrasının düzenlenmesinde; "ya eserin ilk defa Türkiye'de umuma arzedilmesi, ya Türk vatandaşına ait bir eser olması" gibi unsurlardan söz etmektedir. FSEK m.88'in yabancı unsurlu fikri hak ihlallerinde uygulanabilecek yeterli bir kanunlar ihtilafı kuralı olmaması nedeniyle²⁵⁸, sorun MÖHUK hükümlerinin uyumsuzluğun niteliğine göre yorumlanması yoluyla çözümlenebilir.²⁵⁹

MÖHUK'ta ise, FSEK kapsamındaki haklarla ilgili tecavüz eylemlerine uygulanabilecek, özel nitelikte bir kanunlar ihtilafı kuralı bulunmamaktadır.²⁶⁰ MÖHUK hükümleri, fikri mülkiyet hakları yönünden yorumlanırken ve uygulanacak bağlama kuralı belirlenirken, fikri mülkiyet haklarının evrensel değil, ülkesel korumaya tabi olma özelliği göz önünde bulundurulmalıdır, çünkü hakkın korunması için öncelikle tanınması gerekli olduğuna göre, hakkı koruyacak olan ülke, aynı zamanda kendi hukukuna göre tanıyacak olan ülke olmalıdır.²⁶¹

Fikri mülkiyet hakları yönünden, ülkesellik özelliğinin sonucu olarak, en uygun bağlama kuralı "koruma ülkesi hukuku (lex loic protectionis)" olduğu belirtilmelidir.²⁶² Bu nedenle fikir ve sanat eserlerinden doğan haklara tecavüz

²⁵⁷ Doktrinde FSEK m.88'in niteliği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Tekinalp, Uluocak ve Kaplan, "bu kuralın, tek yanlı bağlama kuralı, yani sadece kendi maddi hukuk kurallarına atıf yapan bir kural olduğunu" savunurken, Okutan ise "bu kuralın tam bir kanunlar ihtilafı kuralı olmadığını, çünkü yabancı unsurlu uyumsuzluğa hangi hukukun uygulanacağını göstermediğini, sadece FSEK'in uygulama alanını gösteren bir kural olduğundan" söz etmektedir. Bu görüşler için bkz. Tekinalp Yer ve Kişi İtibarıyla Uygulama, s.368, Kaplan,a.g.e., s.232, Okutan,Türk Milletlerarası., s.200.

²⁵⁸ Kaplan, "eseri haksız olarak internet ağlarına koyma durumunda, fikri hak ihlali ve zarar çoğunlukla farklı bir devlette ortaya çıkacağı için, FSEK m.88/1'in burada uygulanma şansının bulunmadığından söz etmektedir", bu konuda geniş bilgi için bkz, Kaplan, s.167-228.

²⁵⁹ Okutan,Türk Milletlerarası, s.200, Kaplan ,a.g.e.,s.231-232.

²⁶⁰ MÖHUK m.25; sözleşmeden doğan borç ilişkilerini, MÖHUK m.26; Haksız fiilleri, MÖHUK m.27-33 ise Türk Mahkemelerinin Milletlerarası yetkisini düzenlemektedir.

²⁶¹ Okutan,Türk Milletlerarası, s.249.

²⁶² Okutan,Türk Milletlerarası, s.249-250, Kaplan,a.g.e. s.233, Kaplan, "internet ortamındaki fikri hak ihlallerine, MÖHUK m.25/II'den hareketle, zararın ortaya çıktığı yer hukukunun da uygulanabileceğini, ancak "koruma ülkesi hukuku" bağlama kuralının uygulanmasının daha geniş kapsamlı bir içerik ve koruma sağladığından tercihe şayan olduğunu" belirtmektedir, bkz. Kaplan,a.g.e. s.231-233.

halinde doğan haksız fiil niteliğindeki, yabancı unsurlu ihtilaflarda koruma istenen ülkenin hukukunun uygulanması, hak koruması için en elverişli bağlama kuralı olarak gözükmektedir. Bu bağlama kuralları eser sahibinin hakları yanında, uygun düştüğü ölçüde, eser sahibinin hakları ile bağlantılı haklar bakımından da geçerli olmalıdır.²⁶³

“Koruma ülkesi hukuku” ilkesinin uygulanması sonucu ortaya çıkacak fikri mülkiyet hukuku sisteminin, Türkiye açısından kabul edilemez sonuçlar ortaya çıkarması halinde - örneğin manevi hakları tanımayan hukuk sistemleri karşısında eser sahiplerinin mağdur olmasını önlemek bakımından - uygulanacak hukuka Türk kamu düzeninin (ordre public) müdahalesi ve iç maddi hukuk normlarının doğrudan uygulanması ihtimali de gözönünde bulundurulmalıdır.²⁶⁴

Açıklanan çözüm modellerinin doğurabileceği sakıncalar ve uygulamadaki zorlukların giderilebilmesi ise ancak milletlerarası yeknesaklaştırma ve iç hukuk düzenlerinin birbirleriyle paralel hale getirilmesiyle mümkün olacaktır, bu nedenle hakların ülkeler arasında karşılıklı olarak tanınmasını sağlamak amacıyla imzalanan uluslararası sözleşmelere²⁶⁵ daha fazla ülkenin taraf olmasının sağlanmasıdır.

4.7. Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı

01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu'nun geçici 1.maddesine göre²⁶⁶; “diğer kanunların, 5237 sayılı TCK'nun birinci kitabında yer alan²⁶⁷ düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapıncaya ve en geç 31 Aralık 2006 tarihine kadar uygulanacaktır”. Bu hüküm gereğince, FSEK'te bulunan ve TCK'nun birinci kitabındaki genel hükümlere aykırı

²⁶³ Okutan, Türk Milletlerarası, s.250.

²⁶⁴ Okutan, Türk Milletlerarası, s.250, Kaplan s.233.

²⁶⁵ Fikri Mülkiyet Hakları alanındaki uluslararası sözleşmeler hakkında geniş bilgi için bkz. Ateş Mustafa; “Fikri Haklar ve Bağlantılı Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeler ve Türkiye” FMRD, Cilt 6, Sayı 2006/1, s.15-54. Yazar, uluslararası hukuka uyum konusunda, yasal düzenlemeler açısından, Türkiye'nin pek fazla eksiğinin kalmadığını, ancak iç hukukumuzda aktarılan normların uygulanmasında aynı başarıyı gösterdiğimizizin söylenemeyeceğinden söz etmektedir. Bkz. s.50-51.

²⁶⁶ Geçici 1. madde, 5237 sayılı TCK'na 11.05.2005 tarihli ve 5349 sayılı kanunla eklenmiştir.

²⁶⁷ TCK'nun birinci kitabında “genel hükümler” yer almaktadır.

olan hükümleri, henüz gerekli değişikliğin yapılmadığı göz önünde bulundurulduğunda ancak 31 Aralık 2006 tarihine kadar uygulanabilecektir. 11.04.2006 tarihli, “Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı”nda²⁶⁸ FSEK ile ilgili hükümler de bulunmakta olup, bu tasarının 31 Aralık 2006 tarihinden önce yasalaşması beklenmektedir.

Anılan tasarının 43. maddesi ile, FSEK’in 68,71,72,75,76,77,80,81,85,86 ve ek 10. maddeleri esaslı şekilde değiştirilmektedir. Tasarının adından da anlaşılacağı üzere, 5237 sayılı TCK’nun ve 5320 sayılı CMK’nun 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte, FSEK’teki cezai hükümler ile bir uyum problemi ortaya çıkmıştır. Tasarının gerekçesinde belirtildiği üzere “TCK’nda ve CMK’nda düzenlenen bazı hususların FSEK’te de ayrıca düzenlenmesine gerek bulunmadığı” fikrinden yola çıkılarak²⁶⁹ suç konusu eşyaya el konulması, infaz ve tekerrür hükümleri ile bazı konulardaki FSEK’teki cezai hükümler kaldırılmış, böylelikle “temel ceza kanunları” olan TCK ve CMK’na uyum sağlanması amaçlanmıştır.

Tasarı ile yine FSEK kapsamındaki suçlar konusunda da yeni bir düzenlemeye gidilmiş ve bir sistematik sağlanmaya çalışılmıştır. Örneğin m.71 yeniden düzenlenerek “manevi ve mali haklara tecavüz” başlığı altında yedi ayrı bent halinde suç sayılan fiiller yeniden düzenlenmiştir.²⁷⁰ Yine tasarı ile, 72. madde de “koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri” olarak adlandırılan bilgisayar programını korumaya yönelik programları etkisiz kılmaya yönelik program veya teknik donanımlar ile ilgili bir suç düzenlenmiştir.

Bandroller ile ilgili FSEK m.81 hükmü de neredeyse tamamıyla yeniden düzenlenmektedir. Böylelikle bandroller ile ilgili suçlar konusundaki hükümler yeniden düzenlenmekte ancak yeni madde metninde de bandrollerle ilgili yedi farklı suç tipine yer verilmektedir. Yine bağlantılı hak sahiplerinin haklarına tecavüz

²⁶⁸ Anılan tasarı için bkz. www.basbakanlik.gov.tr.

²⁶⁹ Tasarının gerekçesi için bkz. www.basbakanlik.gov.tr.

²⁷⁰ **Tasarı**’nın gerekçesinde, FSEK kapsamındaki suçlarla salt manevi veya mali haklara tecavüz edilebileceği ayrımının esas alınmasının ceza hukukundaki suç tanımlamalarında esas alınan suç politikası ilkeleriyle bağdaşmaması nedeniyle, yeni düzenlemede manevi ve mali haklara tecavüz fiillerinin birlikte düzenlendiğinden sözedilmektedir.

fiillerini düzenleyen 80.maddenin onuncu fıkraya hükmü yeniden düzenlenmiş ve tasarı ile getirilmek istenen 71. madde hükmündeki tüm eylemlerin bağlantılı haklar aleyhine işlenmesi durumunda da suç olarak kabul edilerek aynı cezai müeyyideye tabi tutulmuştur.

Tasarı, idari para cezaları ile ilgili hükümler içeren ek Madde 10'u değiştirerek, suç sayılan fiilleri azaltmış ve idari para cezaları yönünden, ceza hukuku sistemimize uyum sağlamayan hükümleri kaldırmıştır.FSEK m.85 ve m.86'da düzenlenen mektuplar, resim ve portreler hakkındaki hükümlerde de yeniden düzenlemeye gidilerek TCK'na uyum sağlanmaya çalışılmıştır.

Tasarının adında her ne kadar “**temel ceza kanunları ile uyum**” “ibaresi yer almakta ise de, FSEK'in medeni usul hukuku ve tazminat hukukuna ilişkin bazı hükümleri de yine bu tasarı ile değiştirilmek ve HUMK'nun sistemine uyumlaştırılmaya çalışılmaktadır. Örneğin FSEK m.68'deki “mali haklara tecavüz halinde tecavüzün ref'i davası” hükmü yeniden düzenlenmekte, yine “görev ve isbat”a ilişkin m.76 ve “ihtiyati tedbirler”e ilişkin m.77 hükmü yeniden düzenlenmektedir. Tasarı böylelikle bir yandan da, FSEK'te yer alan medeni usul hukuku hükümlerinin HUMK. ile uyumlaştırılmasını hedeflemektedir.²⁷¹

Tasarı ile, açıkladığımız üzere FSEK'in özellikle cezai hükümlerinin büyük bir kısmı yeniden düzenlenmekte ve FSEK deyim yerindeyse dördüncü büyük değişikliğini geçirmek üzeredir. Tasarı genel olarak birçok olumlu, gerekli düzenleme taşımakta, temel ceza kanunları'yla ve HUMK ile uyumlaşma yolunda önemli adımlar atılmaktadır.Özellikle, suç sayılan fiillerin bir plan içinde düzenlenmesi ve sistematüğın sağlanmaya çalışılması açısından, uygulamadaki birçok problemi de ortadan kaldıracabilecek düzenlemeler içermektedir. Ancak, fikri hak ihlalleri yönünden önem taşıyan “**internet süjelerinin sorumlulukları**” konusu bu tasarıda hiçbir şekilde ele alınmamıştır.²⁷² Çağımızda fikri mülkiyet haklarının korunması

²⁷¹ **Tasarı'nın** gerekçesinde, HUMK'ndaki düzenlemeler ile ihtiyaca cevap verilebilecek konularda, FSEK'teki medeni usul hukuku hükümlerinin kaldırıldığından sözedilmektedir.

²⁷² İnternet süjelerinin sorumluluklarının düzenlenmesi hususu, her ne kadar bu tasarı'nın amacı ile örtüşmese de, yukarıda incelediğimiz değişikliğe konu edilen temel ceza kanunları ile ilgisi bulunmayan FSEK'in bazı hükümlerinin ve HUMK'na uyum amacı taşıyan hükümlerin dahi

bakımından hayati önem taşıyan, “internet süjelerinin sorumluluğu” na ilişkin düzenlemenin bir an önce yapılmasının önemini bir defa daha yinelemekte yarar görüyoruz.Yine bilgi içerik sağlayıcılar hakkındaki ek 4. maddenin son fıkrası hükmü de, internet süjelerinin fonksiyonları ve sorumluluğu ile baędaŐmamakta²⁷³ olup,tasarıda bu konuda da bir düzenleme bulunmamaktadır.

tasarıya raptedildiği d Őn ld ęinde, internet s jeleriyle ilgili hükümler de, pekala bu tasarı ile düzenlenebilir.

²⁷³ Bu konudaki görüş ve eleştiriler için bkz.4.4.2.9.

SONUÇ

1. Bir ülkenin gelişmesi için fikir ürünlerine, bu ürünleri oluşturan fikre saygı gösterilmelidir. Kanun koyucular da fikir ürünlerinin korunması amacına yönelik olarak yapacakları yasal düzenlemeleri, çağın gereklerine ve ihtiyaçlarına cevap verebilecek şekilde yapmak durumundadırlar.

2. İnternet teknolojisinin getirdiği imkanlar ve diğer çoğaltma - yayma, iletim teknolojilerinin sunduğu yenilikler dolayısıyla artık fikir ürünlerine saldırı daha donanımlı şekilde ve kolaylıkla yapılabilmektedir. Diğer taraftan çağımızın bilgi çağı - bilgilenme çağı olarak adlandırılması nedeniyle bilgiye yoğun bir talep sözkonusudur ve bilgiyi taşıyan fikir ürünleri, ihlaller bakımından neredeyse tek hedef haline gelmiştir. Fikir ürünlerinin maruz kaldığı saldırı, ihlal tehlikesi tarih boyunca hiçbir dönemde günümüzdeki kadar yoğun olmamıştır.

3. Ülkemizde yürürlükte bulunan 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, özellikle son yıllarda yoğun değişiklikler geçirmiş olup, halen mevcut bir tasarı ile yine değiştirilmek istenmektedir. Kanun'un bu denli fazla değişiklik geçirmiş olması, özellikle "cezai hükümler" in sürekli yeniden düzenlenmesi sonucu, özellikle bahse konu bölümün sistematigi neredeyse hiç kalmamıştır. Diğer yandan bu hükümlerin genel ceza hukuku sistemine de pek uyumlu olduğu söylenemeyecektir.

4. FSEK'te belirlenen haklara yönelik ihlallerin korunması açısından, Kanunun "hukuk ve ceza davaları"na ilişkin beşinci bölümünün yeniden düzenlenmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Suç tipleri, hak sahiplerinin kanun'da belirtilen haklarına uyumlu şekilde tanımlanmalıdır.

Yine, Kanunda tanımlanan her ihlal eylemine uyabilecek bir tek suç tipine yer verilmeli, dağınık ceza hükümleri taşımamalı, böylece Kanun'un uygulama kolaylığı sağlanmalıdır.

5. Fikri hak ihlallerinin önlenmesi için sadece yasal müeyyidelerin yeterli olmadığı, toplumu bilinçlendirme faaliyetlerinin de zorunlu olduğu göz önünde bulundurularak; toplumda bu alanda belirli bir bilinç düzeyi oluşturuluncaya kadar, uygulanması güç olan, yoğun cezai müeyyideler yeniden gözden geçirilmeli, bu

bağlamda hak sahipleri ve ilgili meslek kuruluşları ile ortak uyum içinde hareket edilmelidir. Yine internet alanındaki etik kurallarının geliştirilmesi ve topluma kabul ettirilmesi de bu anlamda önem taşımaktadır.

6. Uygulamada etkinliğin sağlanması, soruşturma ve yargılamaların süratli bir şekilde sonuçlandırılması için bu alanda görevli İhtisas Mahkemeleri'nin sayısı artırılmalı, ihtisas savcılıkları oluşturulmalı, Yine bu alanda uzmanlaşmak isteyen avukatlara yönelik olarak eğitim faaliyetleri yoğunlaştırılmalıdır.

7. İnternet alanını ve özellikle internet sùjelerinin sorumluluklarını düzenleyen kuralların ùlkemizde henüz bulunmamasının çok önemli bir ihtiyaç olduğu gözetilerek, bu alanı düzenleyen özel kuralların bir an önce getirilmesi gereklidir. İnternet sùjeleri'nin sorumluluklarını düzenleyen kuralların, hak ihlallerini hızlı, kolay ve etkin bir şekilde durdurmaya ve önleme amacına hizmet etmesi gerektiği unutulmamalıdır.

8. İnternet yoluyla gerçekleŖecek fikri hak ihlallerinin sınır ötesi yapısı itibarı ile, MÖHUK kurallarına göre bulunabilecek "koruma ùlkesi hukuku" gibi kanunlar ihtilafı kurallarının yeterli olamayabileceği durumlarda gözetilerek, milletlerarası yeknesaklaştırma sonucu iç hukuk düzenlerinin birbirleriyle paralel hale getirilmesi çalışmalarına önem verilmelidir. Bu anlamda ùlkemizin Avrupa Birliği'ne üyelik süreci göz önünde tutularak, bu alandaki yasal düzenlemeler AT direktiflerine uyumlu hale getirilmelidir.

9. Söz ettiğimiz tüm yasal düzenlemeler yapılırken bir taraftan hak sahiplerinin haklarının sıkı bir şekilde korunması hedeflenmeli ancak diğer taraftan da internetin, bilgiye ulaŖılmasındaki ve toplumların - insanlığın geliŖimindeki rolü toplumun tüm kesimlerine bilgiyi eŖit olarak ulaŖtırma iŖlevi hatırdan çıkarılmayarak internetin özgürlükçü yapısına da zarar verilmemelidir. Diğer taraftan hak ihlallerinin önlenmesi salt hukuk kurallarından beklenmek yerine, ulaŖtıđımız teknolojik seviye de mümkün olan teknik hak koruyucu imkanlarının uygulanma kabiliyetleri, bireylerin de hakları gözetilerek yoğunlaştırılmalıdır.

BİBLİYOGRAFYA

- AKGÜL, Mustafa;** İnternet Yönetişimi,Dünyadaki Tartışmalar ve Türkiye'deki Durum,Güncel Hukuk, Aylık Hukuk Dergisi, Eylül 2005, sayı 21 s.56-58.
- AKİPEK, Şebnem / DARDAĞAN , Esra ;**Sanal Ortamda Telif Hakları, Batider, 2001, c.21, s.47-77.
- ALBAYRAK, Mustafa;**Hakim Gözüyle Taklit Ürün ve Korsan Eserlere Karşı Mücadelede Başarısızlık Nedenleri, I.İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, 05-06 Mayıs 2005,İstanbul 2005,s.61-75.
- ARIKAN, Ayşe Saadet;** İnternetin Fikri ve Sinai Haklar Üzerindeki Etkisi,Uluslar arası İnternet Hukuku Sempozyumu,İZMİR 21-22 Mayıs 2001 DEÜ yayını,İzmir 2002 s.90.
- ARSLAN, Çetin / AĞAOĞLU, Aziz,**Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004, s.162.
- ARSLANLI,Halil;** Fikri Hukuk Dersleri, II;Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul 1954.
- ASLAN, Kaya;** Şehir Planları FSEK Kapsamında Eser midir?, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt 2, s.321-332.
- ATEŞ, Mustafa:** Fikri Haklar ve Bağlantılı Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeler ve Türkiye, FMRD Cilt 6, Sayı 2006-1, s.15-54.
- ATEŞ, Mustafa;** Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması Ankara 2003.
- AYDIN,Emin Doğan;** Bilişim ve Telekomünikasyon Terimler Sözlüğü, İstanbul 1999.
- AYİTER, Nuşin;** Hukuk'ta Fikir ve Sanat Ürünleri 2.Bası Ankara 1981.
- BELGESAY, Mustafa Reşit;** FSEK Şerhi, İstanbul 2001.
- BERZEK, Ayşe Nur;** Fikri ve Sinai Hukuk Mevzuatı, İstanbul, 2004.

- BEŞİROĞLU, Akın;** Düşünce Ürünleri Üzerindeki Haklar, 3.Baskı, İstanbul 2004.
- BOZBEL, Savaş;** Domain Names (İnternet Alanı Adları) ve I CANN-Tahkim Usulü, Ömer Teoman'a 55.Yaşgünü Armağanı Cilt 1 İstanbul 2002.
- CASTELLS, Manuel;** Enformasyon Çağı; Ekonomi, Toplum ve Kültür, Birinci Cilt, Ağ Toplumunun Yükselişi, Çeviren Ebru Kılıç, İstanbul 2005.
- ÇETİN, Özcan;** İlim ve Edebiyat Eserlerinde Çoğaltma ve Yayma Haklarının İhlali ile Kültür Bakanlığınca Yapılan Çalışmalar, İlim ve Edebiyat Eserlerinde Çoğaltma-Yayma Haklarının İhlali ve Bunun Sonuçları paneli, Ankara 2000, s.21-24.
- DEMİR, Önder;** İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumluluğu, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, İzmir 2001, DEÜ Yayını İzmir 2002 ,s.474.
- DOĞAN, Murat;** İnternette Şahsiyet Hakkının İhlali ve Korunması, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt 2, İstanbul 2003.
- DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir;** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt 1, 13. Tıpkı Bası, İstanbul, 1997.
- DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir;** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt 2, Yeniden Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul, 1999.
- DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir;** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt 3, Yeniden Gözden Geçirilmiş 12. Bası, İstanbul, 1997.
- DÖNMEZER, Sulhi;** Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Tıpkı 17. Bası, İstanbul 2004.
- DÜLGER, Murat Volkan;** Bilişim Suçları, Ankara 2004.
- ELDEN, Müge / ULUKÖK, Özkan / YEYGEL, Sinem;** Şimdi Reklamlar, İstanbul 2005.
- ERDEM, B. Bahadır;** Fikri Haklarda Ülkesellik Prensibi, Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul, 1999, s.39-54.

- ERDEM, B.Bahadır**; Fikri Hukukta Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, İstanbul, 2003.
- ERDİL, Engin**; Fikir ve Sanat Hukukunda İşlenme Eserler, İstanbul 2003.
- EREL, Şafak, N.:** “Fikri Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması, AÜSBFD, Cilt 49, sayı1-2, s.141-164.
- EREL, Şafak, N.;** “İlim ve Edebiyat Eserinde Çoğaltma ve Yayım Hakları ve Korunması”, İlim ve Edebiyat Eserlerinde Çoğaltma ve Yayma Haklarının İhlali ve Bunun Sonuçları Paneli, Ankara 2000.
- EREL, Şafak, N.;** Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 2.Baskı, Ankara 1998.
- EROĞLU, Sevilay**; İnternette “Aktif Linkler” Yoluyla Fikri Haklara Müdahale, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan Cilt II s.209-247, İstanbul 2003.
- GENÇ,Arzu**; Sinema ve Müzik Eserleri açısından 5846 sayılı kanun ile 3257 sayılı Sinema ve Eserleri Kanununun karşılaştırılması Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e armağan, İstanbul 2003, Cilt 2 s.249-288.
- GÜN, Mehmet**; Bilgisayar Programlarının Eser Olarak Korunması, Rekabet Kurumu Dergisi, Nisan 2001.
- GÜRAN, Sait / AKÜNAL, Teoman / BAYRAKTAR, Köksal / YURTCAN, Erdener / KENDİGELEN, Abuzer/BELLER, Önder / SEZER, Bülent**; İnternet ve Hukuk Temel Metni, İstanbul 2000, www.superonline.com.
- HİRSCH, Ernst E.:** Fikri ve Sınai Haklar, Ankara 1948.
- HİRSCH, Ernst E.:** Hukuki Bakımdan Fikri Say, 2.Cilt, Fikri Haklar (Telif Hukuku) İstanbul, 1943.
- İÇEL, Kayıhan / SOKULLU (AKINCI) Füsun / ÖZGENÇ, İzzet / SÖZÜER, Adem MAHMUTOĞLU, Fatih S / ÜNVER, Yener**; Suç Teorisi, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3.Baskı, İstanbul 2004 s.230-238.

- İÇEL, Kayhan;** Kitle Haberleşme Hukuku (Basın, Radyo-Televizyon, Sinema, Video, İnternet) 6.Baskı, İstanbul 2005.
- İLKİZ, Fikret;** İnternet Ortamında Yayınlar, İnternet ve Hukuk, Derleyen: Atamer, M.Yeşim, İstanbul 2004.
- KAPLAN, Yavuz;** İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk, Ankara 2004.
- KAYA, Aslan;** Reklamın Fikri Mülkiyet Hukuku İçindeki Yeri, Prof.Dr.Ömer Teoman'a 55.Yaşgünü Armağanı Cilt I, İstanbul 2002.
- KAYPAKOĞLU, Serhat;** Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunması, İzmir 1997.
- KENDİGELEN, Abuzer / Bozbel Savaş;** "Telif Hakları Açısından İnternette Veri Paylaşımı (Peer-to-Peer File Sharing), İnternet ve Hukuk, Derleyen: Atamer, M.Yeşim, İstanbul 2004.
- KINACIOĞLU, Naci;** "Ülkemizde Fikri Hakların Gelişimi", İlim ve Edebiyat Eserlerinde Yayma Haklarının İhlali ve Bunun Sonuçları Paneli, 30 Kasım 1999 Ankara, FİSAUM Yayını, Ankara 2000 s.10-15.
- KÖKSAL, Ahmet Turan / OKTAY, Dilek / ESER, Sarp;** Kim Korkar Bilgisayardan? İnternet, İstanbul 1999.
- MEMİŞ, Tekin;** Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu, Ankara 2002.
- NOMER, N. Füsün;** İnternet Alan Adının (Domain Name)Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Ünvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar, Hayri Domaniç'e 80.Yaşgünü Armağanı Cilt I İstanbul 2001 (s.395-418).
- OKUTAN NİLSSON, Gül;** Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Fikir ve Sanat Eserleri, Prof.Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul 1999, s.199-250.

- OKUTAN NİLSSON, Gül;** İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku (Yayınlanmamış) Ders Notları, İstanbul, Mart 2005.
- ORTAN, Ali Necip;** İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Patent ve Faydalı Model Hukuku (Yayınlanmamış) Ders Notları, İstanbul 2006.
- ORTAN, Ali Necip;** Avrupa Patent Sistemi Cilt I, Avrupa Patenti Antlaşması (Münih Antlaşması), Ankara 1991.
- ÖNDER, Demir;** İnternet Servis Sağlayıcıların Hukuki Sorumluluğu, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu İzmir 21-22 Mayıs 2001 DEÜ Yayını s.474-484.
- ÖZCAN, Mehmet;** Avrupa Birliğinde Fikri ve Sinai Haklar, Ankara 1999.
- ÖZDİLEK, Ali Osman;** İnternet ve Hukuk, İstanbul 2002.
- ÖZEL, Cevat;** 3257 sayılı SVMEK ile 5846 sayılı FSEK, üzerine bir inceleme.
- ÖZTAN, Fırat;** Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi Faruk Erem Armağanı Ankara 2000 s.231.
- ÖZTEK, Selçuk;** Yazılım, Telif Hakları ve Türk Hukukunda Fikir ve Sanat Eserleri Konusundaki Hukuki ve Cezai Koruma, Bilişim ve İletişim Teknolojilerinin Ceza Hukuku Açısından Doğurduğu Yeni Sorunlar Paneli, Bursa 24 Mart 2001, s.43-49.
- ÖZTRAK, İlhan,** Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, 2.Baskı, Ankara 1977.
- PEKŞİRİN, Hülya;** İnternet Alan Adları ve Markalar, Sinai Haklarda Son Gelişmeler Paneli, 4 Nisan 2001 Ankara, FİSAUM yayını Ankara 2002, s.97-107.
- POROY, Reha / YASAMAN Hamdi;** Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş, 9.Bası, İstanbul 2001 s.244.
- SANKUR, Bülent;** İngilizce-Türkçe Ansiklopedik Bilişim Sözlüğü 2005, İkinci Baskı, İstanbul Aralık 2004.

- SARMAŞIK, Jale;** Radyo-TV yayıncılığında eser hakları, [www.hukukcu .com](http://www.hukukcu.com).
- SERT, Selin;** Fikir ve Sanat Eserlerinin Teknolojik Önlemlerle Korunması ve Teknik Önlemlerin İhlal Edilmesinde Uygulanacak Yaptırımlar, e-akademi, Aylık İnternet Dergisi Kasım 2005, s.45.
- SINAR, Hasan;** İnternet ve Ceza Hukuku, İstanbul 2001.
- SIRABAŞI, Volkan;** İnternet ve Radyo-Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz, İnternet Rejimi, Ankara 2003.
- SULUK, Cahit;** Telif Hakları ve Korsanlıkla Mücadele, İstanbul 2004.
- TANŞU, Okan;** Bilişim Çağı, Yeni Tanımlamalar ve Hukuki Düzenlemeler, İnternet ve Hukuk, Derleyen: Atamer, M.Yeşim, İstanbul 2004.
- TEKİNALP, Ünal;** Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun Yer ve Kişi İtibarıyla Uygulanması, Prof.Dr.Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul 1999.
- TEKİNALP, Ünal;** Eser Sahipliği Haklarının Genişletilmesi Açısından Yasal Sistemimizin Değerlendirilmesi ve Bazı Öneriler, Yazar Hak ve Sorunları Sempozyumu, Ankara 6-7 Şubat 1978.
- TEKİNALP, Ünal;** Fikri ve Mülkiyet Hukuku, üçüncü bası, İstanbul 2004.
- TOPALOĞLU, Mustafa;** İnternette Fikri Hak Sorunları, www.turkhukuksitesi.com.
- TOPALOĞLU, Mustafa;** Bilişim Hukuku, Adana 2005.
- TÜRKEKUL, Erdem;** "İnternet Ortamında Fikir ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İnternet ve Hukuk, Derleyen: Atamer, M.Yeşim, İstanbul 2004.
- UÇKAN, Özgür / BECENİ, Yasin;** Bilişim-İletişim Teknolojileri ve Ceza Hukuku, İnternet ve Hukuk, Derleyen: Atamer, M.Yeşim, İstanbul 2004.
- UMAR, Bilge / YILMAZ Ejder;** İsbat Yüğü, 2. Baskı, Ankara 1980.
- USLU, Ramazan;** Türk Fikir ve Sanat Hukuk'nda "Eser" Kavramı, Ankara 2003.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet / ÖZDEMİR, Refet; Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1987.

YALÇIN, Alemdar; “Ceza Hukuku Açısından Bilişim Suçları” Bilişim ve İnternet Teknolojilerinin Ceza Hukuku Açısından Doğurduğu Yeni Sorunlar Paneli, 24 Mart 2001 Bursa.

YAVUZ, Levent; Telif Hakları ile İlgili Olarak Mahkemeler Tatbikatı-İlim ve Edebiyat Eserlerinde Çoğaltma – Yayma Haklarının İhlali ve Bunun Sonuçları Paneli, Ankara 2000.

YENİSEY, Feridun; “Bilgisayar ve Bilgisayar Şebekelerinin Ortaya Çıkardığı Yeni Suç İşleme Yöntemleri” Bilişim ve İnternet Teknolojilerinin Ceza Hukuku Açısından Doğurduğu Yeni Sorunlar Paneli 24 Mart 2001 Bursa.

YENİSEY, Feridun; “İnternet Suçlarının Yeni İşleniş Biçimleri” Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu İzmir 21-22 Mayıs 2001, İzmir 2002.

YILDIRIM AKKAYAN, Ayça; 4630 sayılı Kanun değişikliği ve gelişmeler ışığında “Sinema Eseri” ve “Sinema Eser Sahipliği” Prof.Domaniçe’e 80.Yaş Günü Armağanı Cilt 1 İstanbul 2001, s.3.

YILDIRIM, Mustafa Fadıl / MEMİŞ, Tekin; Elektronik Posta Kutusu Kullanımı ile İlgili Karşılaşılan Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri A.Ü.Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2005, Cilt IX, Sayı 3-4 Erzincan 2005 s.334.

YILDIZ, Burçak; Eserin Sahibinin Yayma Hakkının Tükenmesi, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt II, İstanbul 2003, s.579.

YILMAZ, Gökhan; Alan Adı Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Açık Sayfa Aylık Aktüel Hukuk Dergisi sayı 59, Kasım 2004-Ocak 2005.

YUSUFOĞLU, Fülürya; Eseri Meydana Getirenlerin Mali Hak Sahibi Sayılmadıkları Haller, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan İstanbul 2003 Cilt II S.397.

<http://www.adalet.gov.tr>.
<http://www.basbakanlik.gov.tr>.
<http://www.bsa.org>.
<http://www.conventions.coe.int>.
<http://www.dns.metu.edu.tr>.
<http://www.europa.eu.int>.
<http://www.hukukcu.com>.
<http://www.icann.org>.
<http://www.itu.int>.
<http://www.ivhp.org.tr>.
<http://www.ja.net>.
<http://www.kazanci.com>.
<http://www.kultur.gov.tr>.
<http://www.rfc.editor>.
<http://www.superonline.com>.
<http://www.tbmm.gov.tr>.
<http://www.turk.internet.com>.
<http://www.turkhukusitesi.com>.
<http://www.tur-net.nr.tr>.
<http://www.ubak.gov.tr>.
<http://www.w3c.org>.
<http://www.yargitay.gov.tr>.