

T.C.
FATİH SULTAN MEHMET VAKIF ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU PROGRAMI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

FİKİR ve SANAT ESERLERİNİN CEZA HUKUKU
KAPSAMINDA KORUNMASI

CÜNEYT ŞAMİL OĞURLU

160151005

DOÇ. DR. MURAT BALCI

İSTANBUL 2019

T.C.
FATİH SULTAN MEHMET VAKIF ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU PROGRAMI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

FİKİR ve SANAT ESERLERİNİN CEZA HUKUKU
KAPSAMINDA KORUNMASI

CÜNEYT ŞAMİL OĞURLU

160151005

DOÇ. DR. MURAT BALCI

İSTANBUL 2019

TEZ ONAY SAYFASI

FSMVÜ Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı yüksek lisans programı 160151005 numaralı öğrencisi Cüneyt Şamil OĞURLU'nun ilgili yönetmeliklerin belirlediği tüm şartları yerine getirdikten sonra hazırladığı **Fikir ve Sanat Eserlerinin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması** başlıklı tezi aşağıda imzaları olan jüri tarafından **10.06.2019** tarihinde oyçokluğu ile kabul edilmiştir.


Doç. Dr. Murat BALCI

(Jüri Başkanı-Danışman)

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi


Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin AYDIN

(Jüri Üyesi)

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi


Doç. Dr. Mehmet Emin ALŞAHİN

(Jüri Üyesi)

Marmara Üniversitesi

BEYAN

Bu tezin yazılmasında bilimsel ahlak kurallarına uyulduğunu, başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel normlara uygun olarak atıfta bulunulduğunu, kullanılan verilerde herhangi bir tahriyat yapılmadığını, tezin herhangi bir kısmının bağılı olduğum üniversite veya bir başka üniversitedeki başka bir çalışma olarak sunulmadığını beyan ederim.

CÜNEYT ŞAMİL OĞURLU

İmza

FİKİR ve SANAT ESERLERİNİN CEZA HUKUKU KAPSAMINDA KORUNMASI

ÖZET

Dünya çapında teknolojik ve kültürel gelişmeler, fikri mülkiyetin her zamankinden daha fazla korunması ihtiyacını doğurmuştur. Fikri mülkiyetin korunması, ülkelerin gelişmişlik düzeyi ile de ilgilidir. Bu nedenle Türkiye'de de özellikle sınai mülkiyet ve telif hakları alanındaki önceki düzenlemelere ek olarak Avrupa Birliği Müktesebatı uyum sürecinde yasal düzenlemeler yapılmıştır. Fikri haklar, Özel Hukuk ve Ceza Hukuku alanında hukuken korunmaktadır.

5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda düzenlenen cezai hükümler, eser sahibinin mali ve manevi haklarına tecavüzün önlenmesine ve bağlantılı hak sahiplerinin haklarına tecavüzün önlenmesine yönelik düzenlemelerdir. Korsan yayın yoluyla telif hakkı ihlalleri, bandrol alma yükümlülüğüne aykırılık fiilleri, veri tabanları aleyhine işlenen suçlar gibi eylemler ülkemizde bu kanuni korumaya rağmen tam olarak önlenememekte, fikri mülkiyet haklarının istenildiği şekilde korunması halen tam olarak sağlanamamaktadır. Mevzuatta birçok değişikliği içeren Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda yapılan değişiklikler halen Mecliste yasalaşmayı beklemektedir.

Bu çalışmada fikri mülkiyetin 5846 sayılı Kanun kapsamındaki korunması, Kanun Tasarısı, yargı kararlarıyla birlikte incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler:

Fikri Hak, Mali Haklara Tecavüz, Fikir ve Sanat Eseri, Manevi Haklara Tecavüz, Bağlantılı Hak, Bandrol Yükümlülüğü, Telif Hakkı İhlali, Korsan Yayın, Korsan Kitap.

PROTECTION OF ITELLECTUAL AND ARTISTIC WORKS WITHIN THE SCOPE OF CRIMINAL LAW

ABSTRACT

Worldwide technological and cultural developments have created the need to protect intellectual property more than ever. The protection of intellectual property is also related to the level of development of countries. Thus, beside the previous regulations in the field of industrial property and copyrights, legal arrangements have been made in order to harmonize with the European Union acquis. Intellectual property rights are legally protected in the field of private and criminal law.

These crimes in the Turkish Penal Code are: Violations of the Owner's Financial Rights, Violations of the Owner's Spiritual Rights, Violation of the Provisions for the Prevention of Violation of Rights, Violations of Rights of Linked Rights Holders, Copyright Infringements via Pirated Publications, Offenses against Bandrol Liability, Crimes Against Databases.

Despite this legal protection in Turkey, there are still difficulties in the full protection of intellectual property and the legislation is not sufficient to prevent pirated publications. A Law on Intellectual and Artistic Works covering many changes is waiting to be enacted in the Turkish National Assembly.

The penal clauses in the Law No. 5846 on Intellectual and Artistic Works are arrangements for the prevention of violations against financial and moral rights of the author and for the prevention of infringement of the related rights of the holders. The acts such as copyright violations, violations of the obligation to take a bandrol, and relevant crimes against databases are not precluded precisely in Turkey despite this wide legal protection. So, intellectual property rights are still not fully protected as intended.

In this study, the protection of intellectual property within the scope of Law No: 5846 was examined together with judicial decisions.

Keywords:

Intellectual property rights, Intellectual and Artistic Works, Crimes against intellectual property rights, Bandrol Liability, Copyright Infringement, Pirated publication, illegally printed book.

ÖNSÖZ

Fikri mülkiyetin korunması, düşünceye, sanata, emeğe ve bilime korunması anlamına gelir ve ülkelerin gelişme ve ilerlemeleri için önemlidir. Bu çalışma da, yüksek lisans tezi olarak fikri mülkiyet hakları konusunda dünyada yükselen bir koruma trendi dikkate çekiyor. Bu korumanın en önemli ayağını ceza yaptırımları oluşturuyor. Dünyada fikri mülkiyet haklarının ihlali için öngörülen suç ve cezalar, ceza kanunlarında veya özel kanunlarda düzenlenmiştir. Avrupa Birliği'nde de bu konu, gerek fikri mülkiyet hakları kültürü oluşturmak gerekse Birlik hukuku tarafından düzenlenen ceza yaptırımları ile koruma altına almıştır. Türkiye'de de AB Hukuku çerçevesinde önemli kanun değişiklikleri yapılmıştır. Yüksek Yargının konuyla ilgili sayısız kararı da güngçektikçe gelişen bir disiplinin varlığını göstermektedir. Bu çalışmada da hukuki düzenlemelerin yanında teorik ve uygulamadaki durum özetlenmeye çalışılmıştır.

Yüksek Lisans sırasında kendilerinden ders aldığım saygıdeğer hocalarıma; Dekanımız Prof. Dr. Naim DEMİREL'e; tez danışmanı hocam Doç. Dr. Murat BALCI'ya; aynı zamanda lisanstan da hocam olan Dr. Öğr. Üyesi Bünyamin GÜRPINAR'a verdikleri destek için teşekkürlerimi arz ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ	v
KISALTMALAR	ix
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	4
I. GENEL OLARAK ESER ve ESER SAHİPLİĞİ	4
A. ESER KAVRAMI	4
B. ESER TÜRLERİ	10
1. İlim ve Edebiyat Eserleri	11
2. Musiki Eserleri.....	15
3. Güzel Sanat Eserleri.....	16
4. Sinema Eserleri	17
5. İşlenme ve Derlemeler	17
C. ESER SAHİPLİĞİ KAVRAMI	19
1. Eser Sahibi	19
2. Birlikte Eser Sahipliği.....	21
3. Eser Sahipliği Karinesi	22
4. Eser Sahibinin Manevi Hakları.....	23
5. Eser Sahibinin Mali Hakları	26
6. Eser Sahibinin Hakları ile Bağlantılı Haklar	29
İKİNCİ BÖLÜM	33
II. FİKİR ve SANAT ESERLERİNİN ULUSLARARASI MEVZUATTAKİ DURUMU	33
A. BERN SÖZLEŞMESİ	34
B. TİCARETLE BAĞLANTILI FİKRİ MÜLKİYET ANLAŞMASI	35
C. ROMA SÖZLEŞMESİ	36
D. TELİF HAKLARI EVRENSEL SÖZLEŞMESİ	37
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	38

III. FİKİR ve SANAT ESERLERİNİN CEZA HUKUKU KAPSAMINDA KORUNMASI	38
A. FİKİR VE SANAT ESERLERİNİN KORUNMASI GEREKLİLİĞİ	38
B. FİKRİ MÜLKİYETİN KORUNMASINDA CEZAI DÜZENLEMELER	40
1. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 2008 Değişikliği	40
2. Kanun Tasarısındaki Yeni Düzenleme Önerileri.....	44
C. ESER SAHİBİNİN MANEVİ HAKLARINA TECAVÜZ SUÇLARI	50
1. Korunan Hukuksal Yarar	50
2. Fail ve Mağdur.....	51
3. Manevi Unsur	53
4. Maddi Unsur	56
5. Suçun Özel Görünüş Biçimleri	72
D. ESER SAHİBİNİN MALİ HAKLARI ile BAĞLANTILI HAK SAHİPLERİNİN HAKLARINA TECAVÜZ SUÇLARI	73
1. Korunan Hukuksal Yarar	73
2. Fail ve Mağdur.....	76
3. Manevi Unsur	76
4. Maddi Unsur	79
5. Suçun Özel Görünüş Biçimleri	86
E. BANDROL YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRILIK SUÇLARI.....	88
1. Genel Olarak	88
2. Korunan Hukuksal Değer	92
3. Fail ve Mağdur.....	93
4. Maddi Unsur	94
5. Manevi Unsur	96
6. Hukuka Aykırılık Unsuru	96
7. Suçun Özel Görünüş Biçimleri	97
8. Yaptırım.....	99
9. Kovuşturma Usulü	99
F. BİLGİ TEKNOLOJİLERİ VASITASIYLA İŞLENEN SUÇLAR	100
1. Genel Olarak	100

2. Korunan Hukuksal Yarar	101
3. Fail ve Mağdur	102
4. Manevi Unsur	103
5. Maddi Unsur	103
6. Suçun Özel Görünüş Biçimleri	104
7. Yaptırım ve Kovuşturma Usulü	105
G. ESER SAHİBİ VE BAĞLANTILI HAK SAHİPLERİNİN MALİ VE MANEVİ HAKLARINA TECAVÜZ SUÇLARININ ORTAK UNSURLARI.....	107
1. Hukuka Aykırılık Unsuru	107
2. Zamanaşımı Konusu	111
3. İştirak	114
4. Kovuşturma Usulü ve Yaptırım	115
5. Görevli ve Yekili Mahkeme	119
SONUÇ.....	121
KAYNAKÇA	125
ÖZGEÇMİŞ.....	133

KISALTMALAR

Age.:	Adıgeçen eser
agm.:	Adıgeçen makale
AÜHFD:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz.:	Bakınız
C.:	Cilt
C.D.:	Ceza Dairesi
CHKD:	Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi
CMK:	5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
E.:	Esas
E.T:	Erişim Tarihi
FSEK:	5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
H.D.:	Hukuk Dairesi
İÜHFD:	İstanbul Üniversiteis Hukuk Fakültesi Dergisi
K.:	Karar
m.:	Madde
RG.:	Resmi Gazete
s.:	Sayfa
S.:	Sayı
SMK:	6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu
T:	Tarih
TBB:	Türkiye Barolar Birliği
TCK:	5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TRIPS:	1994 Tarihli Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (Agreement on Trade-Relate Aspects of Intellectual Property Rights)
TTK:	6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.:	ve devamı
WIPO :	Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (World Intellectual Property Organization)
Y. :	Yıl
YHGK :	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

GİRİŞ

İnsanoğlunun gayret, emek ve çalışmalarının sonucunda kendisi ve çevresi için bir fayda ve çıkar bekler. İnsanlar doğal olan mülkiyet hakkı, adalet arayışı ve diğerlerinden farklı ve avantajlı olmak gibi insani gerekçelerle diğerlerinden daha fazla çalışabilir ve üretebilirler. Çalışmaları sonucu ortaya çıkan ürünlerin önemli bir bölümünün de fikri mülkiyet hakları kapsamında korunması gerekir. Emek verip üreten kişi, bir inovasyon (yenilik), üretim ya da tasarımı çalışma sonucu üretir ve bunun karşılığında bir yarar beklemesi son derece doğaldır¹.

Fikri mülkiyet insan zekâsının ve emeğinin ürünü olan her tür eseri içerir. Bu eserler, edebi ve sanatsal eserler olabileceği gibi, patent ve endüstriyel tasarımlar gibi sınai alanları ve coğrafi işaretler, marka ve logo gibi temsil edici işaretleri ve son olarak bilgisayar programları, yazılım ve oyunlar gibi daha teknik yönü olan çalışmalar olabileceği gibi bu eserler fikri mülkiyetin büyük bir bölümünü kapsama altına almaktadır.

Fikri Mülkiyet kavramı; bir kişi veya kuruluşun emekleri ile ortaya çıkan “fikri ürünleri”nin maddi, manevi ve onlarla ilişkili haklarını ve hukuk düzenince korunan bir sahayı ifade etmektedir. Sınai mülkiyet hakları da aslen geniş manada tanımlanan fikri mülkiyet kavramının içerisinde yer almaktadır.

Bu durumda fikri mülkiyet hakları denildiğinde öncelikle telif hakları gelse de patent, marka, faydalı model ve tasarımlar da sınai mülkiyet hakları kapsamında oldukça geniş bir yer tutar. Bu ürünleri, üreten ve tasarlayanların diğerlerine göre daha fazla

¹ Teknoloji Transfer Ofisi(TTO), Düzce Üniversitesi, “Fikri Mülkiyet Nedir?”, <http://tto.duzce.edu.tr/Sayfa/7012/fikri-mulkiyet-nedir>, Erişim Tarihi: 12.3.2018.

Fayda edinmeleri gelişmenin de tetikleyicisidir. Teknoloji geliştikçe kaçınılmaz olarak kavramın kapsamı da genişleyecektir.

Fikri mülkiyet hakları Fransız Devriminden sonra hukuk düzenince daha ciddi araçlarla korunmaya layık bir hak olarak görülmeye başlanmıştır. Böylece, insan türünün entelektüel gelişimi ve medeniyet düzeyinin gelişmesine katkı sağlanmaya çalışılmaktadır. Toplumda, adil bir rekabetin sürdürülmesi, yaygın kaliteli ürünlerin ortaya çıkması, hizmet üretiminin teşvik edilmesi; gelişme, yenilik ve üretkenliğin teşviki, teknolojik ilerlemenin, kültürel gelişmenin desteklenmesi ve sonuç olarak toplumun bilgi, teknoloji, ekonomik ve kültür açılarından ilerlemesi sağlanmış olur².

Fikri ürünlerin, dış dünya ile paylaşılması ve ticarete konu edilmeleri halinde hukuken korunma ihtiyacı daha fazla ortaya çıkmaktadır³.

Fikri Mülkiyet Hukukunun başlangıç ve köşe taşları sayılan sözleşmelere göz atarsak: 1883 tarihli Paris Sözleşmesi bu konuda bilinen ilk metindir ve hemen kısa bir süre sonra 1886 tarihli Bern Sözleşmesi imzalanmıştır.

Yaklaşık bir asır sonra imzalanan 1961 Tarihli İcracı Sanatçılar, Fonogram Yapımcıları ve Yayın Kuruluşlarının Korunması Hakkındaki Roma Sözleşmesi ve bugüne yaklaştığımızda 1995 yılında Dünya Ticaret Örgütünün metinlerinden olan Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Hakları Sözleşmesi (TRIPS) alana dair önemli düzenlemeler yapmıştır⁴. TRIPS, fikrî ve sınaî hakların hiç olmazsa asgari düzeyde korunabilmesi uluslararası standartlarla korunabilmesi için bir önemli kurallar getirmiştir. Sözleşmede bu hakların korunması amacıyla idari ve hukuki tedbirlere yer

² TTO Düzce Üniversitesi, **agm.**

³ T.C. Dışişleri Bakanlığı, “**Fikri Mülkiyet Haklarının Uluslararası Düzeyde Korunması**”, Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO).

⁴ Tarihsel gelişim hakkında geniş bilgi için bkz. Özgür SEMİZ, “**Batı’da ve Türkiye’de Fikri Hakların Gelişim Süreci ve Günümüzdeki Durumu**”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2004 s.29-116

verilmiştir. Bu sözleşme, uluslararası sözleşmelerin öngördüğü korumayı genişletecek şekilde Fikri Mülkiyet Hukukunun uygulama alanlarını güçlendirmiştir⁵.

Adı geçen uluslararası sözleşmeler ülkelerin mevzuatlarında Fikri Mülkiyet Hukukuyla ilgili hangi düzenlemelerin yapılması gerektiği noktasında referans adres olmuştur. Bu haklar tanımlandıktan sonra hukuki çerçevesi çizilmiş, sonra da koruma kapsamı genişletilmiştir. Böylece, özel hukuk ve kamu hukuku yönlerinden iki ayrı koruma düzenlenmiştir.

Türkiye’de de fikri mülkiyet hakları uzun süreden beri az ya da çok korunmaya çalışılmıştır. Fikri mülkiyet hakkının ülkemizde resmi olarak düzenleme alanı bulduğu tarihlerden, önemli bir adım, İbrahim Müteferika’nın matbaayı kurması ve kitapların yazma yerine matbaa basımına başlamasıdır. Daha sonra, bu konudaki ilk hukuki belge ve eser sahiplerinin telif hakkı konusunda başlangıç sayılan 1850 tarihli Encümen-i Daniş Nizamnamesi çıkarılmıştır⁶. 8 Mayıs 1910 tarihli “Hakk-ı Telif Kanunu” başlıklı öncelikle telif haklarını düzenleyen kanun metni 1 Ocak 1952 tarihine kadar yürürlükte kalmıştır. Kanun kitap, yazı, resim, levha, heykel, plan, mimari, coğrafi, topografi ve sair fenni satıh ve cisim, musiki bestesi ve nota gibi telif hakkı kapsamında eserleri düzenlemiştir⁷.

1951 tarihli 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile benzer bir koruma sağlanmaya çalışılmıştır⁸. Genel olarak bakıldığında, fikir ve sanat eserini emek vererek üreten kişi yani eser sahibi, hukukun koruduğu ve kanunla belirlenen mali ve manevi haklara sahiptir. Üreten kişinin hakları eser üzerinde ekonomik haklara sahip olmak,

⁵ Yılmaz YAZICIOĞLU, “Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar”, XII Levha Yayınları., 1. Baskı, İstanbul 2009, s. 33; Mustafa ATEŞ: **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003 s. 49.

⁶ Metin TURAN; Bülent YILMAZ; “Türkiye’de Telif Hakları İhlalleri”, Bilgi Dünyası, 2014, 15 (1), s.58-59.

⁷ Fethi MERDİVAN, “Manevi Hakların Eser Sahibinin Ölümünden Sonra Kullanılması ve Yakınların Dava Hakkı (Konuyla İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi)”, 2014, S.1 FMR, s.95.

⁸ RG: T. 13.12.1951, S. 7981.

gerek duyduğunda eseri uyarlamak ya da eseri yeniden oluşturmak, dağıtmak, iletmek, yayınlamak veya diğer tasarlama haklarıdır.

Çalışma konumuzun sınırlandırılmasında fikri mülkiyete konu eserler, eser sahipleri ve eser üzerindeki haklar özetlendikten sonra asıl konumuz olan fikir ve sanat eserlerinin Kamu Hukuku-Ceza Hukuku kapsamında korunması ele alınacaktır. Fikri mülkiyet haklarının Ceza Hukuku kapsamında Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun (FSEK) 71inci, 72inci ve 81inci maddeleri incelenmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) genel hükümleri çerçevesinde değerlendirme ve Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 68'inci maddesine de atıf yapılacaktır. TCK'nın genel hükümleri fikri mülkiyetin koruma kapsamındaki bütün suçlar için dikkate alınarak değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır.

Tez çalışmasında incelenecek suçlar, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu içerisinde düzenlenmekle, ceza hukuku özel hükümlerinin belirlendiği TCK sistematüğinden farklı özel bir kanun içinde değerlendirilmiştir. Çünkü, kanun koyucu bu konudaki yaptırımlar için aynı sistematüğün tercih edilmesinin yeterli olmayacağını, eser üzerindeki hakların korunması için özel hükümlerin düzenlenmesinin yerinde olacağına kanaat getirmiştir⁹.

BİRİNCİ BÖLÜM

I. GENEL OLARAK ESER ve ESER SAHİPLİĞİ

A. ESER KAVRAMI

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 1 inci maddesinde kanunun amacı; *“fikir ve sanat eserlerini meydana getiren eser sahipleri ile bu eserleri icra eden veya yorumlayan icracı sanatçılarının, seslerin ilk tespitini yapan fonogram yapımcıları*

⁹ Ramazan USLU, “**Türk Fikir ve Sanat Hukuku’nda Eser Sahipliği**”, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008, s.263.

ile filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren yapımcıların ve radyo-televizyon kuruluşlarının ürünleri üzerindeki manevi ve mali haklarını belirlemek, korumak, bu ürünlerden yararlanma şartlarını düzenlemek, öngörülen esas ve usullere aykırı yararlanma halinde yaptırımları tespit etmek” olarak belirtilmiştir.

Kanun 91 madde, ek 12 madde ve geçici 8 maddeden oluşmuş, zaman zaman Anayasa mahkemesince iptal edilen ve değiştirilen maddelerin yanı sıra değişiklikler yapılmak suretiyle de Kanun’a günün şartlarına, Yargıtay’ın uygulamalarına ve uluslararası hukuk ile uyumlu hale getirilmek üzere değişiklikler yapılmıştır. Ancak özel bir Kanun ile yapılan bu korumada eserin tanımında herhangi bir değişiklik olmamıştır.

Kanun ile sağlanan koruma 66-71inci maddelerinde hukuk davaları, 71-75inci maddeleri ile 81inci madde ile de ceza davaları aracılığıyla sağlanmaktadır. Bu aşamada TCK’nın ceza hükümlerinden de yararlanılmaktadır. Nitekim iştirak, içtima, teşebbüs gibi kurumlara dair FSEK hükümlerinde düzenleme bulunmamaktadır.

FSEK’de özel hukuk davaları ile ceza davaları bakımından düzenlemeler bulunmakla beraber, dava yolu dışında gümrüklerde geçici olarak el koyma, zapt, müsadere, imha, hükmün ilanı gibi hükümler de düzenlenmektedir¹⁰. Zira tez çalışmamızda ceza gerektiren suç tanımları aynı zamanda özel hukuk bakımından sonuçlar da doğurduğundan yüksek mahkeme kararlarından hukuk dairelerinin kararlarına da atıfta bulunulacaktır.

FSEK 1/B-a maddesinde eser kavramı *“sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri”* olarak düzenlenmektedir. Buna göre, eserin tanımında doktrinde de kabul edilen iki unsur barınmaktadır. Bunlar; objektif unsur ve sübjektif unsurlardır. Bu iki unsuru taşımayan fikri ürünler eser vasfını taşımaz¹¹. Koruma ancak hususiyetin

¹⁰ Canan KÜÇÜKALİ, **“Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası”**, Seçkin Yayınevi, 1. Bası, s. 24-25

¹¹ Savaş BOZBEL; **“Fikri Mülkiyet Hukuku”**; XII Levha Yayınevi; 2015; s. 27; Ünal TEKİNALP, **“Fikri Mülkiyet Hukuku”**, Seçkin Yayıncılık; 2012, s. 103-105. Şafak N. EREL, **“Türk Fikir ve Sanat Hukuku”**, Yetkin yayınları, 3. Bası, Ankara 2009 s. 69-70; Çilem BAHADIR, **“Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet”**, Terazi Hukuk Dergisi, C. 14, S. 152, Nisan 2019, s. 746; Caner YENİDÜNYA, **“5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda**

bulunması, eserin bu özgünlüğü yansıtacak şekilde şekillenmiş olması, fikri ürünün 5846 sayılı Kanun'da sayılan eser türlerinden birine girmesi ve son olarak da eser sahibinin fikri bir çabasının, gayretinin, emeğinin ürünü olması gerekmektedir¹².

Bu itibarla fikri hakkın konusunu oluşturan fikir ürünleri; insan zekâsının meydana getirdiği, edebi veya sanat değeri taşıyan eserler, bilgisayar programları, yazılımlar, veri tabanları gibi ürünlerdir. Bu eserler; TV yahut online gösterime sunulan film, show yahut videolar, Musiki eserleri beste ve güfteleri buna ilişkin düzenlenen ses kayıtları, kitap, dergi, makale benzerleri ürünler akademik eserler, Resim, poster, cıngıllar, reklam, videolar, bilgisayar oyunları ile bilgisayar yazılımları, Tiyatro oyunları ve müzikaller şeklinde olabilmektedir¹³.

Sübjektif şart dediğimiz unsura göre herkes tarafından meydana getirilemeyecek, farklı, özgün, sıradan olmayan, fikri ürünler korunacaktır. Bu unsuru taşımayan ürünlere eser vasfı verildiği takdirde hususiyet taşımayan bu ürünlerin korunmasında toplumun hiçbir menfaati söz konusu olmayacaktır. Eser ancak sahibinin yaratıcı ürünü, çalışmasının gayretinin bir mahsulü olmalı, bu çalışma sonucu sahibinin kişiliğinden kaynaklanan bir hususiyet taşımalıdır¹⁴.

Objektif şarta göre ise; fikri ürünü meydana getirenin hususiyetini taşıyan bu eserin dış dünyada vücut bulması, somutlaşması, şekillenmesi gerekmekte ve sahibinin ekonomik olarak ondan faydalanmasını sağlayacak, tasarruf edilmeye elverişli hale getirilmek suretiyle dış dünyaya yansıtılması gerekmektedir. Sadece fikir olarak sahibinin kafasında kalan, ifade edilmeyen, somutlaştırılmamış fikri ürünlerin eser

Düzenlenen Manevi ve Mali Haklara Tecavüz Suçları", Yıl: 2006, Cilt: X Sayı: 3-4., <http://hukukdergi.erkincan.edu.tr/5846-sayili-fikir-ve-sanat-eserleri-kanununda-duzenlenen-manevi-ve-mali-haklara-tecavuz-suclari-yrd-doc-dr-ahmet-caner-yenidunya>, Erişim Tarihi:22.02.2019, s.246.

¹² TEKİNALP, **age.**, s. 103.

¹³ TTO Yıldız, <https://www.yildiztto.com/pdf/fikri-haklar.pdf>, s. 24; TEKİNALP, **age.**, s. 109.

¹⁴ Hüseyin Cem ÇÖL; "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na Göre Eser Dışında Koruma Konuları"; AÜHFD, C: 52 S. 4; Ankara 2003, s. 366; benzer görüş için; H. Selcen TURAN; **Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi**; Seçkin Yayınları; Şubat 2012; s.27-28

niteliği yoktur. Ancak bu iki unsuru taşıyan ürünler Kanun korumasından yararlanabilecektir¹⁵.

FSEK’de eser türleri “ilim ve edebiyat eserleri”, “musiki eserleri”, “güzel sanat eserleri” ve son olarak da, “*sinema eserleri*” olarak dört ana başlık altında toplanmaktadır. Bu sayılan türler, kanunda “*numerus clausus*” denilen sınırlı sayılı olarak düzenlenmektedir. Bu eser türleri arasına girmeyen fikri ürünler fikir eseri olarak sayılamaz ve bunun sonucu olarak da korumadan faydalanamazlar¹⁶. Telif hakkı kapsamında korunan bir eser, onun ilk kez ortaya çıkaran ve üreticisi olan eser sahibinin özelliklerini taşır¹⁷.

Eserin korunması için aranan bu şartların mahkeme tarafından re’sen araştırılmakta olan şartlardandır. Bu şartların sağlanmaması halinde uyuşmazlık konusu ürün, “eser” olarak değerlendirilip de FSEK kapsamında koruma altına alınmayacaktır. Nitekim Yargıtay 7. Ceza Dairesi bir kararında bu tarif kapsamına girmesi gerektiğini, “5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Yasası’nın 1. maddesinde ‘bu yasaya göre koruma altına alınan eseri sahibinin hususiyetini taşıyan ... ilim ve edebiyat, musiki ve güzel sanatlar veya sinema eserleri sayılan her nevi fikri ve sanat mahsulleri” biçiminde tanımlanmıştır. Devamla şunları ifade etmiştir: “Davaya konu, sanık tarafından fotokopi yoluyla izinsiz olarak çoğaltılıp satılan Yeni Puanlı Koşu Bülteninin yukarıda yapılan tarif kapsamında bulunmadığı gözetilerek ... anılan Yasa kapsamına girmediği ... dikkate alınmadan yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır” şeklinde ifade edilmiştir¹⁸.

¹⁵ ARSLANLI, s. 4; TEKİNALP, 103. Benzer görüş için TURAN; **age.**; s.30-31

¹⁶ ARSLANLI, s. 11-12; AYİTER, s. 45; EREL, s. 36; BELGESAY Reşit, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1955, s.14; ÖZTRAK İlhan, **Fikir ve Sanat Üzerindeki Haklar**, Ankara 1971, s. 17; TEKİNALP, s. 106; ATEŞ, s. 61.

¹⁸ TTO, Yıldız Teknik Üniversitesi Teknoloji Transfer Ofisi; **Fikri Mülkiyet Hakları**; 2015, <https://www.yildiztto.com/pdf/fikri-haklar.pdf>, s.24. Erişim Tarihi: 20.10.2018.

Fikri ürünün eser mahiyeti taşıması sonucu sahibinin mali ve manevi hakları doğmaktadır. Kanunun üçüncü bölümünde 14-17 maddeleri arasında manevi haklar, 20-25 maddeleri arasında mali haklar sayılmaktadır. Kanunun 1-79'uncu maddeleri fikir ve sanat eserlerine ilişkin düzenlemeleri, 81 ve 82. maddelerinde eser ile bağlantılı haklar ve 83-87 maddeleri arasında kanunda Ceza Kanunundan ayrı olarak düzenlenmiş diğer koruma şekillerine konu olan ürünler sayılmaktadır¹⁹.

Telif kavramı yazarın hakkı, bir kimsenin her türlü fikri emeği ve yaratımları sonucu oluşturduğu ürünler hakkında yasal olarak sahip olduğu haklar, şeklinde tanımlanır²⁰. Telif kavramı uluslararası düzeyde korunurken de evrensel olarak aynı unsurlar tüm hukuk sistemlerinde aranan unsurlardır.

Eserin yaratıcı niteliğinin tespitinde bir düşünce yapısına şekil verilmesi ve yaratıcı faaliyet sonucunda yapılan tasvirin neyi tasvir ettiği değil nasıl tasvir edildiği önemlidir.

Uluslararası düzeydeki hususiyete ilişkin yakın zamandaki bir tartışmada da gündeme gelen, telif hakkı kapsamında aranan, "orijinallik ölçütü" fikri ürünün eser olarak değerlendirilip, korunmasında aranan bir unsur olduğunu kabul etmektedir. Eserin orijinallik kıstası tüm dünyada aranan bir kıstas olup ABD Telif Hakları Ofisinin yapmış olduğu bir değerlendirmede, eser sahibinin, orijinal eserini, somut bir ortamda değiştirmeden sunması, sabitleyebilmesi durumunda, eserin telif hakkıyla korunabileceği sonucuna varılmaktadır. Ofisin değerlendirmesinde orijinal teriminin temel iki unsurdan oluştuğu, bunların ilkinin bağımsız yaratım, diğerinin ise yeteri derecede yaratıcılık olduğu belirtilmektedir. A.B.D. Telif Hakları Ofisi Yeniden İnceleme Kurulu, inceleme konusu eseri telif hakkıyla korunabilecek yaratıcılık eşliğini

¹⁹ KÜÇÜKALİ Canan, **Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası**, Seçkin Yayınevi, 1. Bası, s. 24.

²⁰ Metin TURAN, "**Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Eser Çeşitleri: Karşılaştırmalı Bir Analiz**", Y. 2014, 15 (1) s. 130, (125-158) ; KÜÇÜKALİ Canan, "5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanun Tasarısı Üzerine Bir Değerlendirme" Terazi Hukuk Dergisi, <https://jurix.com.tr/article/9754>

geçmiş bir şekil olarak değerlendirmemiş ve esere ilişkin telif hakkı talebinin reddedilmesi kararını yerinde bulmuştur.

ABD Telif Hakları Ofisi değerlendirmesinde eserin öncelikle eser sahibi tarafından bağımsız biçimde yaratılması, daha doğrusu başkasının eserinden kopyalanmamasını vurgulamış, bunun yanısıra az miktarda yaratıcılığın da ikincil olarak aranan şart olduğunu belirtmiştir. Anayasal bir husus olarak telif hakları ile önemsiz derecede yaratıcılığın ötesine geçen unsurları taşıyan ürünleri koruyacaktır. Yaratıcılıktan yoksun veya yok sayılacak derecede az yaratıcılık içeren eserler telif hakkıyla korunamayacağı belirtilmektedir²¹. Görüldüğü gibi tüm dünyada aranan az dahi olsa eser sahibinin yaratıcılığı aranmaktadır.

Telif Hakları Ofisi, orijinalliğin aranmasında Kanunun belirttiği ilkeleri saymıştır. Buna göre; kelimeler, isimler, başlıklar, sloganlar gibi kısa ifadelerin; herkes tarafından bilinen sembol ve şekillerin, tipografik süsleme, harf veya renklendirmeler yalın halde telif koruması sağlamaz. Basit veya standart şekil unsurlarının kombinasyonları bazen yeterli bir yaratıcılık ortaya koyabilir. Burada aranan koruma kıstası, standart şekillerden oluşan kombinasyonun nasıl seçilerek koordine edildiği, düzenlendiği ve bu şekilde telif hakkıyla korunabilen bir eser sahipliğinin meydana çıkıp çıkmadığına dayanacaktır. Tek başına korunamayan şekillerin sadece basit bir şekilde bir araya getirilmesi durumunda da korunabilecek bir yaratıcılığın bulunmadığı, sadece geometrik şekillerden oluşturulmuş bir eserin tescilinin, eser sahibinin bu unsurları kullanarak ortaya çıkarttığı eserin bütünüyle yeterli yaratıcılığının olması gerektiği belirtilmiştir²².

Telif Hakları Ofisi Yeniden İnceleme Kurulu, Vodafone'un "bir daire içerisindeki tırnak işareti" konuşma markası logosunu bu ilkeler ışığında incelemiş ve

²¹ Önder Erol ÜNSAL; ABD Telif Hakları Ofisi; **Vodafone Kararı: Şekillerde Telif Hakkıyla Korunabilecek Derecede Yaratıcılık Ölçütü-A.B.D. Telif Hakları Ofisi Vodafone Logosu Kararı**, <https://iprgyzini.org/tag/a-b-d-telif-haklari-ofisi/> ayrıca <https://www.eforpatent.com.tr/vodafone-telif-hakki/>, (Çevrimiçi) Erişim Tarihi:15.04.2019.

²² ABD Telif Hakları Ofisi; **Vodafone Kararı**, <https://www.eforpatent.com.tr/vodafone-telif-hakki/> Erişim Tarihi: 01.04.2019

incelenen eserde yer alan bağımsız unsurların tek başlarına telif hakkıyla korunamayacağını, bu unsurların, bilindik sembollerin, şekillerin ve harciâlem geometrik şekillerin korunamayacağı hükmünü içeren düzenlemeler kapsamına girdiğini belirtmiştir. Yaygın şekilde kullanılan yazım işareti olan tırnak işaretinin, Vodafone'un tescilini talep ettiği “balon gibi şişirilmiş damlacık” şekliyle benzediği, işaretin ilk bakışta tırnak işareti şekli olarak algılandığı, işaretin içine yerleştirilen daire ve bu iki unsuru da içerisinde bulunduran kare şeklinin, harciâlem geometrik şekiller olduğu ve bu nedenle tescil edilmelerinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Ayrıca eserde yer alan gölgelendirme ve renklendirme konusunda da her ne kadar renklerin orijinal kombinasyonu veya aranjmanı tescil edilebilir olsa da salt renklendirmenin eseri telif hakkıyla korunabilecek hale getirmediği, bu nedenle üç farklı şekli birbirlerinden ayırt etmek için iki rengin (kırmızı ve beyaz) kullanımının, renklerin önemsiz biçimde kullanımı olduğu, küçük düzeydeki gölgelendirme ve aydınlatmanın esere yaratıcılık katmadığı, eseri oluşturan sembol ve şekillerin kombinasyonunun yeteri derecede yaratıcılık içermediği ve renklendirme varyasyonlarının önemsizliği, eser olarak aranan en alt düzeydeki yaratıcılığı sağlamadığını belirtmiştir²³. Kanaatimize göre yaratıcılığın minimum seviyede olması yeterli olduğundan Vodafonun kırmızı damla logosunun yaratıcılık taşıması, şekil ve renk kombinasyonları ile oluşturulan bu damla şeklinin koruma sağlanabilecek bir düzeyde oluşturulmuştur.

B. ESER TÜRLERİ

kanun koyucu eser türlerini sınırlı bir şekilde saymaktadır.

5846 sayılı FSEK dört ana başlık altında eser türlerini saymaktadır. Bunlar, ana başlıklar “ilim ve edebiyat eserleri” (FSEK m. 2), “musiki eserleri” (FSEK m. 3), “güzel

²³ Önder Erol ÜNSAL; ABD Telif Hakları Ofisi; Vodafone Kararı; Şekillerde Telif Hakkıyla Korunabilecek Derecede Yaratıcılık Ölçütü-A.B.D. Telif Hakları Ofisi Vodafone Logosu Kararı, <https://iprgezgini.org/tag/a-b-d-telif-haklari-ofisi/> ayrıca bkz.<https://www.eforpatent.com.tr/vodafone-telif-hakki/>, Erişim Tarihi:15.04.2019.

sanat eserleri” (FSEK m. 4), “sinema eserleri” (FSEK m. 5) ve “işlenme ve derlemeler” (FSEK m. 6) olarak belirtilmiştir.

1. İlim ve Edebiyat Eserleri

İlim ve edebiyat eserleri FSEK m.2’de düzenleme alanı bulmuş olup, Kanunda, ilim ve edebiyat eserleri, herhangi şekilde dil ve yazı ile ifade edilen eserler ve her biçimde ifade edilmiş bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucu doğurması şartıyla bunların hazırlık tasarımları, her çeşit rakıslar, yazılı koreografi eserleri, Pandomimalar ve buna benzer sözsüz sahne eserleri, bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleriyle, her nevi haritalar, planlar, projeler, krokiler, resimler, coğrafya ve topoğrafyaya ait maket ve benzerleri, her çeşit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri, mimari maketler, endüstri, çevre ve sahne tasarım ve projeleri” olarak sayılmaktadır²⁴. Ancak mevzuat hükümleri incelendiğinde görülmektedir ki *“arayüzüne temel oluşturan düşünce ve ilkeleri de içine almak üzere, bir bilgisayar programının herhangi bir ögesine temel oluşturan düşünce ve ilkeler”* ayrıca kanun koyucu tarafından belirtmek suretiyle ilim ve edebiyat eserlerinden hariç tutulmuştur.

a. Dil ve Yazı ile ifade olunan Eserler

FSEK’un 2. maddesinde belirtilen dil ve yazı ile ifade olunan eserler, en çok karşılaşılan eser tiplerindedir. Bunlar; roman, dergi, hikâye, şiir, deneme, bilimsel eser ve makaleler şeklinde yazılı eserler; yahut, konferans, seminer, müzakerelerdeki sözlü eserler; matematik, fizik ve kimyada kullanılan rakam, şekil ve formüller; ilmi eser ve bilgisayar programlarında ise yazılı ve formüller farklı şekiller kullanılarak oluşturulan eserler bu kapsamda kapsamında değerlendirilir²⁵.

²⁴ TEKİNALP, *age.*, s. 114, 115.

²⁵ Celal ÜLGEN; *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu*, Beta Yayınları; İstanbul 2015, s. 3; Savaş BOZBEL, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, XII Levha Yayınevi, 2015, s. 33. Ünal TEKİNALP, *Fikri Mülkiyet Hukuku*; Seçkin Yayıncılık; 2012, s. 111,120 vd.

Ancak bilimsel eserlere yönelik TEKİNALP, bilimsel eserler yönünden hususiyetin varlığının eserin tek başına şeklinde olmadığını, bilimsel eser üzerinde kullanılan bilimsel yöntem ve bilgi birikiminde bulunduğu yönünde görüş belirtmektedir²⁶. Bizce de bu görüş, eser niteliğinin sübjektif unsurundan destek almakta olup, özellikle bilimsel eserlerde ortaya konan bilimsel sonuca ulaşılması için kullanılan materyallerin konu hakkında yetkin herkesçe bilinebilmesi sebebiyle önem arz etmemelidir. Nitekim bilimsel eserlerin orta çıkış amacı, herkesçe bilinebilecek olanların tekrar edilmesi değil, bu materyaller üzerinden yapılacak değerlendirme ile bilimsel bir sonuç elde edilebilmesidir. Bu gerekçe ile herkes tarafından ileri sürülebilecek görüşlerin FSEK kapsamında korunmayacağı²⁷ görüşüne katılmaktayız.

5846 sayılı Kanunda, dil ve yazı ile ifade edilme koşulu kişinin yaratıcı zekasının ürünü olarak dış dünyaya dil ve yazıları kullanarak farklı şekillerde fikri ürününü şekillendirerek aktardığını ifade eder. Bu bağlamda, bir hikaye yazarının eserlerinde iletişim yolu olarak “yazı”yı, bilim insanının kimyada formülleri, yazılım mühendisinin bilgisayar programlarında farklı formül ve yazılar kullanması hususu kişilerin kendilerini emek sarf ettikleri alanlarda en iyi şekilde ifade edebilecekleri dili seçmeleriyle mümkün olmaktadır. Fikri eserin yaratıcısının şahsiyetinden kaynaklanan özgünlük altında onun bir konferansı, Televizyon programı, bir avukatın dilekçesi, broşürler, reklamlar ve kataloglar da dil ve yazı ile ifade olunan eserler olarak değerlendirilmekte ve FSEK tarafından korunmaktadır²⁸.

Yargıtay da Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 1inci maddesinde tanımı yapılan eser türlerine ilişkin “...*Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 1.maddesinde "eser" tanımı* yapılmış olup, buna göre eser; "sahibinin hususiyetini taşıyan, ilim ve edebiyat musiki güzel sanatlar veya sinema eserleri sayılan her nevi fikir ve sanat eserlerinin çeşitleri düzenlenmiş olup, herhangi bir şekilde dil ile ifade olunan eserler, fikri ürünün söz, yazı,

²⁶ H. Selcen TURAN; *age*; s.33

²⁷ H. Selcen TURAN; *age*; s.33

²⁸ ÖZDERYOL; *age*; s.18; Savaş BOZBEL: **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, XII Levha Yayınları, 2015, s.40.

formül, rakam veya şekillerle ortaya konulduğu eserler olarak ilim ve edebiyat eserleri arasında yer almıştır.” şeklinde tanımdan yola çıkarak katalogların da eser olarak kabul edilebilmesi için somut olaya göre değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmiştir. Kararda mahkemenin bilirkişi incelemesi yaptırmak marifetiyle dava konusu olan kataloğun eser niteliğinde olmadığını tespit edildiğini, ancak, davacının kataloğundaki tanım cümlelerinin davalı şirket tarafından aynen alınarak kendi kataloğunda kullanılmasının Türk Ticaret Kanunu’nun 56 ve devamı maddelerinde düzenlenen haksız rekabet oluşturduğu belirtilmiş ve davanın reddini doğru bulunmamıştır²⁹. Söz konusu karardan da anlaşılacağı açılan bir tecavüz davasında öncelikle fikri ürünün eser olup olmadığı mahkemece resen araştırılması gerekmekte, bunun için de eser niteliğinin yapılacak bilirkişi incelemesi sonucu alınacak bilirkişi raporuyla tespit edilmesi gerekir. Alınan bilirkişi raporlarında da alanda uzman bilirkişinin eserin dış dünyada etki doğurup doğurmadığı ve sahibinin hususiyetini taşıyıp taşımadığı, yahut eser bir sanat eseri ise onun estetik değerinin bulunup bulunmadığını tespit etmesi gerekir.

b. Bilgisayar Programı, Arayüzler ve Hazırlık Tasarımları

FSEK m.1/B-g bendinde bilgisayar programı tanımlanmıştır. Madde tanımında *“Bir bilgisayar sisteminin özel bir işlem veya görev yapmasını sağlayacak bir şekilde düzene konulmuş bilgisayar emir dizgesini ve bu emir dizgesinin oluşum ve gelişimini sağlayacak hazırlık çalışmaları”* olarak belirtilmiştir. Maddenin 1/B-h bendinde de arayüz tanımlanmakta olup, *“Bilgisayarın donanım ve yazılım unsurları arasında karşılıklı etkilenme ve bağlantıyı oluşturan program bölümleri”* olarak tanımlanmış aynı maddenin (1) bendinde de Araişlerlik, *“Bilgisayar program bölümlerinin fonksiyonel olarak birlikte çalışması ve karşılıklı etkilenmesi ve alışverişi yapılan bilginin karşılıklı kullanım yeteneği”* olarak tanımlanmıştır. Korunmaya konu bilgisayar programları hakkında yapılan düzenlemelerin kaynağı aslen 14.05.1991 tarihli Avrupa Konseyinin direktifini kaynak almaktadır. Belirli bir işlevi veya görevi yerine getirmek için

²⁹

11. HD, E. 1999/7948, K. 1999/9722 T. 29. 11. 1999, www.kazanci.com.tr.

kullanılan ve verilen komutlar, bunların herhangi bir şekil, dil, kod veya notasyonla ifade edilmek suretiyle bilgisayar programları oluşturulur³⁰.

4110 sayılı Kanunla değişik FSEK m. 2/1. fıkrasında ilim ve edebiyat eseri olarak sayılan bilgisayar programları “*Herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserler ve her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları ilim ve edebiyat eseri olarak sayılmıştır*”³¹.

Madde her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucu doğuran hazırlık çalışmaları denilmek suretiyle eser niteliğinin sınırlarını genişletmiştir³².

4110 sayılı Kanunla 1995 yılında eklenen FSEK m. 2’ye eklenen “*Arayüzüne temel oluşturan düşünce ve ilkeleri de içine almak üzere, bir bilgisayar programının herhangi bir ögesine temel oluşturan düşünce ve ilkeler eser sayılmazlar.*” hükmü ile bir istisna getirilmiştir. 4630 sayılı yasa ile değişik FSEK 1/B maddesi (h) bendinde arayüz tanımı yapılmıştır. Arayüz bilgisayarın donanım ve yazılım unsurları arasındaki karşılıklı etkilenme ve bağlantıyı oluşturan program bölümleri, bilgisayarın ana biriminin yan birimlerle bağlantısının sağlayan elektronik aksamlar, ana işlem birimiyle çevre birimler arasındaki ilişkiyi sağlayan kanallardır³³.

c. Sözsüz Sahne Eserleri

FSEK’in 2 nci maddesinin 2 nci bendinde ilim ve edebiyat eserleri arasında, “her nevi rakslar, yazılı koreografi eserleri, pandomimalar ve buna benzer sözsüz sahne eserleri ilim ve edebiyat eserlerinin bir alt grubu olarak sayılmıştır.

³⁰ TEKİNALP, age., s. 118. Avrupa Konseyi; **Council Directive**; 14.05.1991; No I 122/43; <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/1991/250/oj>; Erişim Tarihi; 27.04.2019

³¹ TURAN; age; s.35

³² TEKİNALP, age., s. 117.

³³ DALYAN Şener; “**Bilgisayar Programlarının Fikri Hukukta Korunması**”; Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara 2008, s. 9-18.

Maddede sayılan eserlerin hepsinde ortak nokta; duygu, düşünce ve fikirlerin söz veya yazıyla değil, kişinin yüz ve vücut hareketleriyle anlatılmasıdır. Bu tür eserlerde önemli olan seyircinin özellikle görme duyusuna hitap etmesi gerekir. Sanatçının ortaya çıkarttığı eserin muhakkak temsil edilmek üzere sahne gibi bir yerde ortaya konması gerekmez. Aynı zamanda bu tür eserlerin teknik bir vasıta ile tespitinin de yapılması da aranan bir şart değildir³⁴. Bu tip eserlerin illaki insan bedeniyle meydana getirilmesi de şart olmamakla beraber, kukla veya gölge oyunlarının da sahibinin hususiyetini taşıması şartıyla bu kategoride değerlendirileceği kabul edilmelidir³⁵.

d. Sanatsal Özelliği Olmayan Her Nevi Teknik ve İlmi Nitelikteki Eserler

5846 sayılı Kanununun 2. maddesinin 3 üncü bendinde sınırlı sayılı şekilde sayılan bu eserlerin ortak vasfı bedii niteliklerinin olmamasıdır. Bedii vasfının olmaması ile eserin estetik bir yönünün bulunmaması ifade edilir. Bu eserler güzel sanat eserlerinden ayrılmakla güzel sanat eseri olarak korunamazlar, yalnızca ilim ve edebiyat eseri olarak korunurlar. Bunların arasına çizim ile ifade edilen teknik ve bilimsel nitelikteki sıradan olmayan fotoğraflar, harita, proje, plan, kroki ve resimler, mimari maketler, her türlü şehircilik tasarımları, çevre ve sahne tasarımları girmektedir. Bilgisayar çizimleri de hususiyet taşımak şartıyla bu grupta değerlendirilirler³⁶.

2. Musiki Eserleri

Musiki eserleri FSEK m. 3'de "*her nevi sözlü ve sözsüz besteler*" olarak tanımlanmıştır. Buna maddeye göre musiki eserleri tam olarak tanımlanmamış saymak suretiyle de açıklamamış ve her nevi sözlü veya sözsüz bestenin musiki eseri olarak değerlendirileceği belirtilmiştir³⁷.

³⁴ ÖZDERYOL, "**Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Düzenlenen Suçlar**", Vedat Yayıncılık, İstanbul 2006 s. 22; EREL; **age**; s. 42.

³⁵ EREL; **age**; s.60

³⁶ ARSLANLI, **age.**, s. 19; TEKİNALP, **age.**, s. 122.

³⁷ TEKİNALP, **age.**, s. 123.

Musiki eserleri ses sanatında insanoğlunun yaratıcılık sonucu ortaya çıkardığı ürünler olup kişinin ruhundan gelen bu ürünler, sesler yoluyla dış dünyaya aktarılmaktadır.

Müzik aletleri dışında, insanın çıkardığı sesler, elektronik olarak üretilen sesler, doğadan kaynaklanan seslerden de yararlanılmak suretiyle beste ortaya çıkarılabilir. Yani belli bir melodi, armoni veya ritm kuralı aranmaz³⁸.

Musiki eserleri yaratıcı insan ruhunun bir ürünü olması gerekmektedir. Bu fikir ve sanat eserleri tanımlamasında aranan öncelikli şarttır. Bunun ayrıca zikredilme zarureti, kanun koyucunun musiki eserlerin tanımlanmasında bu denli geniş bir tanımlama yapmasından kaynaklanmaktadır.

3. Güzel Sanat Eserleri

5846 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinde Güzel Sanat eserleri 8 bent halinde alt başlıklarla sayılmaktadır. 4110 sayılı Kanunun 2 nci maddesi ile değiştirilen madde ile güzel sanat eserlerinde, estetik değerinin bulunması şartı aranmaktadır. Maddeye göre; Yağlı ve suluboya tablolar; her türlü resimler, desenler, pasteller, gravürler, güzel yazılar ve tezhipler, kazıma, oyma, kakma veya benzeri usullerle maden, taş, ağaç veya diğer maddelerle çizilen veya tespit edilen eserler, kaligrafi, serigrafî, heykeller, kabartmalar ve oymalar, Mimarlık eserleri, el işleri ve küçük sanat eserleri, minyatürler ve süsleme sanatı ürünleri ile tekstil, moda tasarımları, fotografik eserler ve slaytlar, grafik eserler, karikatür eserleri, her türlü tipler sayılmaktadır. Madde 4110 sayılı Kanun ile gelişmeler sonucu genişletilmiş el işleri ve küçük sanat eserleri, fotoğraf eserleri ve slaytlar, grafik eserler, karikatür eserler, her türlü tipler de bu kapsama katılmıştır. Krokiler, resimler, maketler, tasarımlar ve benzeri eserlerin endüstriyel tasarım olması halinde kümülatif koruma kapsamına girmekte ve bu eser her iki şekilde de korunabilmektedir³⁹.

³⁸ ÖZTAN, *age*, s. 128.

³⁹ TEKİNALP, *age.*, s. 125.

4. Sinema Eserleri

FSEK 2001 tarihli 4630 sayılı Kanun ile değiştirilen 5 nci maddesinde sinema eserleri, *“her nevi bedii, ilmi, öğretici veya teknik mahiyette olan veya günlük olayları tespit eden filmler veya sinema filmleri gibi, tespit edildiği materyale bakılmaksızın, elektronik veya mekanik veya benzeri araçlarla gösterilebilen, sesli veya sessiz, birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisidir.”* olarak tanımlamıştır.

Kanunun 4110 sayılı kanunla 5846 sayılı Kanununun 8. maddesinde değişiklik yapılmış ve sonrasında 4630 sayılı kanunla 2001 yılında yapılan değişiklik ile film yapımcısı, eser sahibi olmaktan çıkartılmıştır. 4110 sayılı Kanun sinema eseri sahibini, *“yönetmen, özgün müzik bestecisi ve senaryo yazarı eserin birlikte sahibi”* olarak tanımlamıştır⁴⁰. 4110 sayılı Kanun ile *kanunun sinema eseri sahipliğine ilişkin hükümlerinin, bu kanunun yürürlüğe girmesinden sonra yapımına başlanan sinema eserlerine uygulanacağı belirtilmiştir.* Bu düzenlemeyle yapımcının eser sahipliği ortadan kalkmış ancak *eserin birlikte sahiplerinin mali hakları yapacakları bir sözleşmeyle ve uygun bir bedelle yapımcıya devredebilecekleri, ayrıca “sinematografik eserin birlikte sahiplerinin, mali hakları devrettikten sonra, aksine ya da özel bir hüküm bulunmadığı takdirde yapımcı tarafından eserin çoğaltımına, dağıtımına, kamuya arzına, kablolu iletimine, televizyon ya da başka araçlarla yayımına alt yazı yazılmasına ya da dublajına itiraz edemezler”* şeklinde yeni bir fıkra eklenmek suretiyle eser üzerinde yapımcıya çok geniş bir tasarruf imkânı tanınmıştır. Birlikte eser sahiplerinin mali hakları devrettikten sonra bu tasarruflara karşı koyma olanağı ortadan kaldırılmıştır⁴¹.

5. İşlenme ve Derlemeler

FSEK m. 6’da düzenlenmiş olan eserler diğer bir eserden istifade suretiyle meydana getirilip de bu esere nispetle bağımsız olmayan fikir ve sanat ürünlerini de işleyenin hususiyetini (özelliğini) taşımak şartıyla *“işlenmeler ve derlemeler”* başlığı

⁴⁰ KÜÇÜKALİ, *age.*, s. 234; TEKİNALP, *age.*, s. 128.

⁴¹ Mustafa ATEŞ; *“Fikir ve Sanat Hukukunda Sinema Eseri ve Eser Sahipliği”*, Fikri Mülkiyet Yıllığı, 2009, s. 98 vd.

altında eser saymıştır⁴². Bu işleme ve derlemeler başlığının ayrıca değerlendirilmesinin sebebi eser sahiplerinin niteliklerinin farklı oluşu dolayısıyladır.

FSEK m. 6 hükmünde belirtilen eserler, diğer bir eserden yararlanmak suretiyle ortaya çıkarılan ve ilk esere nispetle bağımsız olmayan fikir ve sanat ürünlerini de işleyen özelliğini taşımak şartıyla “işlenmeler” başlığı altında düzenlemiştir. İşlemede özellik asıl esere bağımlı olmaktır. Madde gereği diğer bir eserden yararlanarak meydana çıkarılan ilk eserden bağımsız olmayan ve yazılı fikir ve sanat ürünleri işlenmez ve sayılmıştır: Kanunda sayılan işleme eserler sırasıyla; çeviriler, roman, hikaye, şiir ve tiyatro piyesi gibi eserlerden birinin bu sayılan türlerden bir başkasına çevrilmesi, müzik, güzel sanatlar, bilim ve edebiyat eserlerinin film haline sokulması veya filime alınmaya ve radyo ve televizyon ile yayıma müsait bir şekle sokulması, müzik aranjman ve düzenlemeleri, güzel sanat eserlerinin bir şekilden diğer şekillere sokulması, bir eser sahibinin bütün veya aynı cinsten olan eserlerinin külliyat haline konulması, belli bir amaca göre ve özel bir plana göre seçme ve toplama eserlerin düzenlenmesi, henüz yayımlanmamış olan bir eserin ilmi araştırma ve çalışma sonucunda yayımlanmaya elverişli hale getirilmesi gibi durumlardır. Akademik bir araştırma ve çalışma ürünü olmayan sıradan transkripsiyonlar ve faksimileler bunun dışında tutulmuştur.

Kanun maddesinde bundan başka başkasına ait bir eserin açıklanması ya da şerhi veya kısaltılması da “işleme eser” olarak sayılmıştır⁴³.

Kanuna 4110 sayılı Kanun ile FSEK m.6’ya 1995 yılında eklenen 10. fıkra ile “*Bir bilgisayar programının uyarlanması, düzenlenmesi veya herhangi bir değişim yapılması*” ve maddeye eklenen 11 nci fıkra ile “*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 (Ancak, burada sağlanan*

⁴² ÖZDERYOL; *age*; s. 17; TEKİNALP, *age.*, s. 133.

⁴³ TEKİNALP, *age.*, s. 138.

koruma, veri tabanı içinde bulunan veri ve materyalin korunması için genişletilemez)” düzenlemesiyle işleme ve derleme eserlerin kapsamı genişletilmiştir.

FSEK m.6/2’de “*İstifade edilen eserin sahibinin haklarına zarar getirmemek şartıyla oluşturulan ve işleyenin hususiyetini taşıyan işlenmeler*” denilerek bu ürünlerin de 5846 sayılı Kanuna göre eser sayılacağını düzenlemiştir. kanun koyucu işleme eserlerin de eser sayıldığını ve dolayısıyla koruma kapsamında olduğunu anlatmaktadır.

C. ESER SAHİPLİĞİ KAVRAMI

kanun koyucu, eser sahipliği kavramını 5846 sayılı Kanunun ikinci bölümünde düzenlemiş ve eser sahipliğinin niteliği ve çeşitlerini ve fikri ürünü yaratanın haklarının hangi nispette kullanılacağını açıklamıştır. Kanun eser sahipliğinin tek başına eser sahipliği veya birlikte eser sahipliği şeklinde olabileceğini düzenlemektedir. kanun koyucu eser sahibinin belli olmadığı durumlarda eser sahipliğinin tespitine yarayan 11 ve 12. maddelerde karineler getirilmiştir.

1. Eser Sahibi

FSEK m.8 vd. hükümlerinde eser sahipliği düzenlenmiştir. Maddede “eser sahibi, onu meydana getirendir” denilerek eser sahibinin gerçek kişi olduğunu açıklamıştır. Buna göre yayıncılar, yapımcılar ve tüzel kişilerin eser sahibi olamayacağı anlaşılmaktadır⁴⁴.

Eser üzerindeki hakların doğması ve dolayısıyla meydana getirme yoluyla eser sahibi sayılabilmek için ayrıca hiçbir hukuki işleme gerek yoktur. Nitekim eserin meydana getirilmesi maddi bir işlem olduğundan, eserin sahibi sıfatının alınması için bir hukuki işleme gerek duyulmuyor olması son derece normaldir⁴⁵.

⁴⁴ TEKİNALP, *age.*, s. 143.

⁴⁵ TURAN; *age*; s.54

Doktrinde bazı yazarlar eser sahipliği için eser sahibi olabilme yolunda bir iradenin varlığına dahi gerek duyulmadığını söylemektedirler⁴⁶. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre küçükler ve mümeyyiz olmayanların bile fikri hukuk kapsamında korunmaya değer bir eser ortaya çıkarmaları durumunda bu kimselerin de eser sahibi sayılacağı kabul edilmelidir.

Eserde, “yaratma gerçeği ilkesi” başta Alman, İsviçre ve Fransız hukuklarında benimsenen bir ilke olmakla aslında kıta Avrupası hukuk sisteminde genel kabul görmüş bir ilkedir. Bu eser sahiplerinin yalnızca gerçek kişi olmasının doğal sonucudur. Tüzel kişilerin eser sahibi olamaması da bu ilkedeki kaynaklanmaktadır. Çünkü, tüzel kişilerin fikri faaliyetleri olamayacağı için fikri ürün de ortaya koyamazlar⁴⁷.

Tek başına eser sahibi kanundaki basit tanımla “*onu meydana getiren*” tek kişidir. FSEK m.1/B-b fıkrasından eser sahipliği tanımından 03.03.2004 tarihinde “gerçek” ibaresinin çıkartılmasıyla kanun koyucunun tüzel kişilerin de fikri eser sahibi olabilmelerinin yolunu açtığı düşünülebilir. Ancak kanaatimce FSEK 4630 sayılı Kanun ile 2001 yılında değiştirilen 8inci maddesinde ise açıkça “*bir eserin sahibi onu meydana getirendir.*” hükmü ile gerçek kişilerin dışında eser sahipliğinin olamayacağı, sadece gerçek kişinin eser sahibi olacağı anlaşılmalıdır. Kanun koyucu, yaratma gerçeğinin eski haliyle dar şekilde yorumlandığından bahisle bu düzenlemeyi yapmış olabilir, şeklinde düşünülse de 8inci madde bu düşünceyi çürütmektedir. Nitekim kanaatimizce de Kanunun eski halinde de belirtildiği gibi eser sahibi yalnızca gerçek kişiler olabilir. Yalnızca dikkat edilmesi gereken manevi ve mali haklar bakımından gidilecek ayırım konusunda ön plana çıkmaktadır. İlgili konu başlığında da işleneceği üzere, tüzel kişiler devir yoluyla mali hak sahibi olabilmekte iken, tüzel kişiler manevi haklara sahip olamayacaklardır.

⁴⁶ ÖZDERYOL, *age.*, s. 43.

⁴⁷ ERDİL, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi*; Beta Yayınları; İstanbul 2005, s. 16; EREL, *age.*, s. 69.

Eser sahipliğinde dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise; eserin sipariş üzere meydana getirilmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Bu konuda doktrinde fikir birliğinin olmadığı görülmekle beraber, eserin sipariş üzere üretilmesi halinde eser üzerindeki hakların doğrudan ısmarlayana geçmeyeceği, ancak ısmarlayan kimsenin eser üzerindeki fikri hakların ise sözleşme amacına uygun şekillerde kullanılmasının da engellenemeyeceği kabul edilmelidir⁴⁸.

2. Birlikte Eser Sahipliği

FSEK m.9 hükmü, birlikte eser sahipliği kavramını “*Birden fazla kimselerin birlikte vücuda getirdikleri eserin kısımlara ayrılması mümkünse, bunlardan her biri vücuda getirdiği kısmın sahibi sayılır.*” şeklinde düzenlemektedir.

Bu tür eserler birbirlerinden bağımsız farklı birden fazla fikri üründen oluşmakla birlikte iki farklı eser sahibinin tasarrufuyla tek bir eser olarak ortaya konulan eserlerdir. Bu şekilde her iki eser tek çatı altında birleşerek yeni bir farklı eseri oluşturur⁴⁹. Müşterek eserlerde her eser sahibi, meydana gelen yeni eser üzerinde ortak bir paya sahip olur.

Müşterek eser sahipleri, eser üzerinde kendi kısmıyla ilgili olarak mali ve manevi haklarını diğerlerinden bağımsız olarak kullanabilecektir. Nitekim FSEK m. 9 hükmü gereği her bir eser sahibi vücuda getirdiği kısmın sahibi sayılır.

Aksi kararlaştırılmamışsa birlikte eseri meydana getirenlerin herbiri eserin tümünde değişiklik veya eserin yayımlanması için diğer eser sahiplerinin katılımını isteyebilir. Diğer taraf haklı bir sebebi olmaksızın bu karara katılmazsa kanun hükmü gereği mahkemeye başvurulmak suretiyle izin alınabilir. Aynı hüküm mali hakların kullanılmasında da uygulanır.

⁴⁸ BAYGIN; **age**; s.168; TURAN; **age**; s.55.

⁴⁹ EREL, s.76; ÖZDERYOL, s. 45

Birlikte eser sahipliği iki şekilde olur. Bu ya FSEK m. 9 düzenlendiği şekilde müşterek eser sahipliği dediğimiz “eserlerin birlikteliği” şeklinde ya da “*eser sahiplerinin birlikteliği*” olarak FSEK m.10’da düzenlenen elbirliği eser sahipliği şeklinde olur. Elbirliği eser sahipliğinde, ortada tek eser ve ayrılmaz bir bütün halinde eser mevcuttur⁵⁰. Eser sahiplerinin bu birlikteliğinde eser sahipleri arasında adi şirket hakkındaki hükümler uygulanacaktır.

3. Eser Sahipliği Karinesi

kanun koyucu eser sahipliği karinesini FSEK m. 11 ve m. 12 de düzenlemiş ve eser sahibinin tespitine yönelik yol gösterici hükümler getirmiştir. 5846 sayılı Kanun m. 11 hükmünde de eser sahibinin adının bilinmesi hali için karine olarak aksi ispat oluncaya kadar eserde adı belirtilen kişiyi eser sahibi saymıştır⁵¹.

Eser sahibinin toplumda eser sahipliğinin tespit edilebilecek şekilde fikri ürün üzerinde iz bırakması sonucu eser sahipliğinin tespiti mümkündür. Bu iz, işaret, sembol veya rumuzların kullanılması⁵² gibi farklı şekillerde olabilir. Nitekim kanun koyucunun FSEK 11. maddesinde müstear adının kullanılmasını da aynı amaçla aradığı düşünülmektedir.

Eser sahibinin adının bilinmemesi hali ise FSEK 12nci maddede düzenlenmiş olup; eser sahibinin adının bilinmemesi halinde yayımlayan, yayımlayan kişinin bilinmemesi halinde ise eseri çoğaltanın, eser üzerinde eser sahibinin haklarını kullanabileceğini kural altına almıştır.

FSEK m. 12/f. 2’de umumi yerlerde veya radyo-televizyon aracılığı ile verilen konferans ve temsillerde eser sahibine ait haklar konferansı verene veya temsili icra ettirene aittir⁵³.

⁵⁰ TEKİNALP, *age.*, s. 151; KÜÇÜKALİ, *age.*, s.222.

⁵¹ KÜÇÜKALİ, *age.*, s. 327.

⁵² ARSLANLI, *age.*, s. 74; AYİTER, *age.*, s. 104; BELGESAY, *age.*, s. 45; EREL, *age.*, s. 84; ÖZTRAK, *age.*, s. 52.

⁵³ KÜÇÜKALİ, *age.*, s. 327.

4. Eser Sahibinin Manevi Hakları

Manevi haklar, eser sahibinin eserin sahibi olması dolayısıyla kişiliğine bağlı olan yetkileri içerir. Bu haklar kişi ile eser arasında doğan manevi bir bağ sonucu ortaya çıkan ve mali niteliği olmayan haklardır⁵⁴.

Eser sahibinin manevi hakları Kanunda, FSEK m.14 vd. hükümlerinde; umuma arz salahiyeti (m.14), adın belirlenmesi salahiyeti (m.15), eserde değişiklik yapılmasını menetmek (m.16) olarak sıralanmış ayrıca bunlara ek olarak madde 17’de eser sahibinin zilyed ve malike karşı ileri sürebileceği haklar da yine FSEK üçüncü bölümde manevi hakları düzenleyen maddelerin arasında düzenlenmiştir⁵⁵.

Ayrıca eser üzerinde gösterilen bu haklar anayasal güvence altında olan “sanatın ve sanatçının korunması” (AYm.64), “düşünce ve kanaat hürriyeti” (AY m.25), “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” (AY m.26), “bilim ve sanat hürriyeti” (AY m.27) ile de bağlantılıdır.

Kanunda sayılan bu manevi haklardan birisi umuma arz salahiyetidir. Eser sahibinin eseri umuma arz edip etmemesi, yayımlama zamanı ve tarzını seçme hakkı bulunmaktadır. Diğer bir manevi hak olan adın belirtilmesi salahiyeti, eser sahibinin adının veya temsili kabil diğer ibarelerinin umuma arz etme veya yayımlama hususunda karar verme hakkını; eserde değişiklik yapılmasını menetmek ise eser üzerindeki değişiklik yapılması için eser sahibinin izninin aranması gerektiğine ilişkin düzenlemelerdir.

Umuma arz salahiyeti, eserin ülkenin bir bölümü veya tümünde herhangi bir şekilde tanıtılması ya da ifşa edilmesi, toplumun bilgisine sunulmak suretiyle alenileşmesidir. Umuma arz yalnızca bir kez olur. Eser sahibinin, eserini ilk defa aleniye kavuşturması ile umuma arz gerçekleşir. Yargıtay da eser sahibinin mali ve

⁵⁴ TEKİNALP, Ünal; “**Fikri Mülkiyet Hukuku**”; 2012, s. 111, 120 vd.; Seçkin Yayıncılık; ALBAYRAK, Mustafa, “**Fikir ve Sanat Eserleri ile Markalar Aleyhine İşlenen Suçlar**”, Ankara 2003, s. 17; YENİDÜNYA , **agm**, s.240.

⁵⁵ TEKİNALP, **age.**, s. 160.

manevi haklarının birbirine bağılı olduğunu, mali haklarda daima manevi bir yön mevcut bulunduğunu ve her ikisinin birbirini tamamladığını belirtmiştir⁵⁶.

Umuma arz etme hakkının kapsamı; eseri umuma arz edip etmeme yetkisini, eserin umuma arz zamanını ve tarzını belirleme yetkisini, eserin muhtevası hakkında malumat verme yetkisini, eserin umuma sunulmasını menetme yetkisini kapsamaktadır.

Umuma arz fiili bir kez gerçekleşebileceğinden, umuma arz sonrası gerçekleştirilen tecavüz eylemleri umuma arz salahiyetinin ihlalini oluşturmaz. Umuma arzedilen eser alenileşmemiş olma vasfından çıkar. FSEK m.7 hükmüne göre hak sahibinin rızası sonucu eserin umuma arzı ile alenileşme olur. Umuma arz yoluyla eserin alenileşmesi için umuma arz iradesi ve fiili birlikte bulunmalıdır. Bu iki unsurdan birinin dahi eksikliğinde, eser sahibinin manevi haklarına tecavüz oluşur. Umum arzın gerçekleşmesi için eserin çoğaltılması, yayımlanması veya temsil edilmesi gerekmez eserin herhangi bir şekilde belirli bir topluluğun bilgisine sunulması yeterlidir. Ancak eser sahibinin eserini dost, akraba, arkadaşlar arasında okuması, göstermesi, dinletmesi hallerinde de eser umuma arz edilmiş sayılmaz. Aynı şekilde bir yazarın yazdığı bir kitabının müsveddelerini, bir müzisyenin yaptığı müzik notalarını, bir yapımcı ve yönetmenin hazırladığı sinema filmini, görüş ve önerilerini almak amacıyla sadece belli ve sınırlı sayıda kişilere göndermesi halinde umuma arz iradesinin bulunduğu söylenemez⁵⁷.

Hak sahibi, terimi eser sahibinin yanısıra onun yetkilendirdiği veya sözleşme ile mali haklarını devrettiği kimseleri de içine alır. Ayrıca FSEK m.19/1 gereğince eser sahibi bir eserin umuma arz edilip edilmemesini yayımlanma zamanını ve tarzını tayin etmemişse kendisine tanınan salahiyetlerin kullanılış tarzlarını tespit etmemişse yahut bu hususu herhangi bir kimseye bırakmamışsa bu salahiyetlerin ölümünden sonra

⁵⁶ 11. HD, 2006/3297 E., 2007/6264, K., T. 16.06.2005. YAVUZ; ALICA ; MERDİVAN, **age.**, s. 338-339'dan naklen. Aynı Dairenin 1.03.2011 gün ve E. 2009/10711, K. 2011/3624 sayılı kararı **age.**, s. 337'den naklen.

⁵⁷ ERDİL; **age**; s.432

kullanılması, vaziyeti tenfiz memuruna, bu tayin edilmemişse sırayla sağ kalan eşi ile çocuklarına ve mensup mirasçılara, ana-babasına, kardeşlerine aittir⁵⁸.

Adın belirtilmesi salahiyeti FSEK m. 15 ile düzenlenmiş olup; umuma arz ve yayımlama yetkisinin bir neticesi olarak ortaya çıkmaktadır. Bu hak eser sahibinin eser sahibi olarak, eserin umuma arzı sırasında kendisini de topluma tanıtır ve tanıtmak istemediğini, tanıtırken ne tarzda tanıtmak istediğini ifade etmektedir. “Bu hak bünyesinde, eser sahibinin kendisini, eseri meydana getiren kişi olarak topluma sunma yetkisini, üçüncü kişilerin de kendisini eser sahibi olarak kabul etmeleri ve topluma bu şekilde sunmalarını isteme yetkisini ve eseri başka bir kişi tarafından meydana getirilmiş gibi göstermelerine engel olma yetkisini içerir. Bu hak ile eser sahibi eseri üzerinde eser sahibi olarak belirtilmesini, üçüncü kişilerin eser sahibi olduğunu her hal ve durumda belirtilmelerini ve eserin haksız şekilde sahiplenilmesi halinde hukuki himaye istemeyi talep hakkını haizdir. Eser sahipliğinin tanınmasını isteme hakkı, eser sahibinin adının sadece eser üzerinde değil, eserini kullanıldığı her yerde belirtilmesi yetkisini kapsar.”⁵⁹

FSEK m.16 hükmü ile eserde değişiklik yapılmasını men hakkı düzenlenmektedir. Söz konusu bu hak ile, eser sahibinin adı ile eserin üzerinde değişiklik yapılmasının yalnızca eser sahibine ait olduğu hüküm altına alınmıştır. FSEK m.16/f. 2’de gösterilen “işleme”, “umuma arz etme”, “çoğaltma” “yayımlama”, “temsil etme” veya başka bir şekilde eseri yayma fiillerini gerçekleştiren kimse tekniğin gerektirdiği zorunlu olan değişiklikleri eser sahibinin rızasını almaksızın gerçekleştirebilmektedir. İşleme yapan kimsenin zorunlu olarak orijinal eser üzerinde bu hakkı kullanmak suretiyle değişiklikler yapması zorunludur.

İşleme eser asıl orijinal bir fikir ve sanat eserinden faydalanmak suretiyle ortaya çıkartılan ancak tamamıyla asıl eserden bağımsız olamayan ancak işleyen de özgün bir şekilde hususiyetini taşıyan asıl üründen farklı bir fikir ve sanat eseri olarak değerlendirilmektedir. FSEK m.16/f. 3’de ise eser sahibinin değişiklik yapılmasını her

⁵⁸ TURAN, *age*; s.69 11. H.D, 2004/14950, E., 2005/12769, K. 22.12.2005 T.
⁵⁹ ERDİL; *age*; s.473

halükarda menedebileceği ve herhangi kısıtlamaya tabi olmayacak şekilde eser sahibinin “şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değıştirmelerin“ men edebileceği hüküm altına alınmıştır⁶⁰.

Kanunda eser sahibinin koruma şartlarının yerine getirilmesi kaydıyla, zilyed ve malikin eser üzerindeki tasarruflarının sınırları belirlenmekle eser sahibinin eser üzerinde kullanım hakları belirtilmiştir.

5. Eser Sahibinin Mali Hakları

5846 sayılı Kanunda düzenlenmekte olan eser sahibinin mali hakları eserden ekonomik olarak yararlanma ve bunun şeklini belirleme imkânını münhasıran sahibine veren mutlak nitelikteki ve ona eserden üçüncü kişilerin bu tür faydalanmalarına engel olma yetkilerini tanıyan devredilebilen haklardır⁶¹. Mali haklar FSEK m. 20 vd. hükümlerinde; işleme hakkı (m. 21), çoğaltma hakkı (m. 22), yayma hakkı (m. 23), temsil hakkı (m. 24), işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı (m. 25) şeklinde tahdidi olarak sayılmıştır.

Kanun’un 20nci maddesinde eser sahibinin haklarının birbirinden bağımsız mutlak ve kanunda sayılı olan haklardan ibaret olduğunu belirtilmektedir⁶².

Eser üzerinde eser sahibinin manevi haklarının devri mümkün olmamasına karşın mali hakların devri mümkündür⁶³. Bu durum eser sahibinin ekonomik olarak eserinden faydalanabilmesinin bir sonucudur. Eser sahibi mali haklarından çoğaltma hakkını bir kimseye devrederken diğer yandan başka bir kimseye işleme hakkı için izin

⁶⁰ 15. HD, 1992/490E, 1992/1984, K., 15.04.1992.

⁶¹ TEKİNALP; *age*; s.160

⁶² ERDİL, *age*, s.619

⁶³ Yargıtayın bir kararında “ davaya konu olan fotoğrafların alelade fotoğraflar olmayıp, estetik değeri haiz ve dolayısıyla güzel sanat eseri niteliğinde olduğu, davaya konu fotoğrafların mali hak sahipliğinin ... devredilmiş olduğu konusunda bir sözleşme bulunmadığı dolayısıyla davalı şirketin, söz konusu fotoğrafları FSEK 52. maddesi kapsamında geçerli bir sözleşmeye dayalı olmaksızın dergide bastığı, davalının bu eyleminin davacının Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile teminat altına alınan çoğaltma, yayma ve kamuya sunma şeklindeki fikri haklarını ihlal ettiği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Daire tarafından yerel mahkeme kararı davacı yararına bozulmuştur. 11. HD, E. 2017/31 K. 2018/6192 T. 10.10.2018

verebilir. Yahut bir roman sahibi bir yayınevi ile anlaşarak kitabının çoğaltma ve yayma haklarını devrettiği gibi öte yandan eserinden film yahut televizyon dizisi yapılması için başka bir yapımcı ile de anlaşarak işlenme hakkını da başkasına devredebilmektedir. Hakların tamamı yahut biri veya birkaç tanesi değişik kimselere devredebilir, kiralanabilir, ödünç verilir yahut bunun benzeri tasarruflarda bulunulabilir⁶⁴. Bu mali hakların birbirinden bağımsız olmasının bir sonucudur.

Mali haklar birbirinden bağımsızdır.⁶⁵ Dolayısıyla mali hakların her biri için eser sahibi ayrı ayrı tasarrufta bulunabilecektir. Çünkü mali hakların bütünlük arz etmesi halinde uygulamada zorluklarla karşılaşılacaktır. Bu sebeple mali hakların birbirinden bağımsız oluşu teorinin uygulamaya örneğin; eser sahibinin meydana getirdiği eserin çoğaltma hakkının matbaalarca, yayma hakkının ise yayınevleri ve dolayısıyla kitapçılar aracılığıyla yapıldığı düşünüldüğünde durumun daha net anlaşılacağı kanaatindeyim.

Eser sahibinin mali haklarının devredilebilen haklardan olmasının doğurduğu bir diğer sonuç da, hak sahibinin mali haklarının mirasçılara intikal edebiliyor oluşudur. Devir konusunda miras hukuku hükümleri devreye girmekle hak sahibinin ölümü ile birlikte bu haklar mirasçılara intikal edecektir.

⁶⁴ ERDİL, *age.*,s.619; KÜÇÜKALİ, *age.*, s. 155; TEKİNALP, *age.*, s. 181; “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun eser sahiplerine tanıdığı mali hakların devredilmiş olması halinde ve devrin şümulüne göre, mali hakkı devralan kimse o mali hak bakımından devreden hukuki halefi olacağından, devreden istifade edecek olduğu bütün kanuni salahiyetlerden devralanın dahi istifade etmesi, devrin kanuni neticesidir. Bu itibarla devralanın, devraldığı mali hak bakımından eser sahibi sayılması kanuna uygundur.”; YHGK, 2003/4-260 E., 2003/271 K., 02.04.2003 T. “*Davalı eylemi, davacının bilimsel eserinden, onun izni olmadan işleme eser meydana getirmedi. Burada davacıya ait bilim eseri işlenerek "sinema eseri" haline dönüştürülmüştür. Oysa FSEK 21. maddeye göre bir eserin "işleme hakkı" münhasıran esas eser sahibine aittir. Başkaları tarafından bu hakkın kullanılması, davacıya ait işleme hakkının FSEK 52. madde uyarınca yazılı sözleşme ile davalılara devredilmesidir. Buradaki yazılı olma kuralı geçerlilik şartıdır.*”

⁶⁵ 5846 sayılı FSEK m. hükmü ile bu bağımsızlık kanunda açıkça düzenlenmektedir. Haklardan birinin tasarrufu ve kullanılması diğerine tesir etmez. İşlenme eser sahibi de bu sıfatla tanınan mali hakları, işleme hususunun serbest olduğu haller dışında, asıl eser sahibinin izni ile kullanabilir.

Mali haklar ayrıca rehin ve hapis hakkına konu olabilecekleri gibi icra yoluyla haczedilebilmelerinde de bir engel bulunmamaktadır. Nitekim FSEK m.62/f. 4 mali haklara dair hukuki muamelelerden doğan para alacaklarında rehin hakkının, hapis hakkının ve cebri icranın kullanılabilmesi düzenlenmektedir. Madde alenilemiş bir eserin müsveddesi veya aslı yahut yayımlanmış bir eserin çoğaltılmış nüshalarının eser sahibinin manevi menfaatlerini ihlal etmemek şartı ile alenilemiş bir eser üzerindeki mali haklarının, mali haklara ilişkin hukuki işlemlerden kaynaklanan para alacakları, oluşturabileceğini, sayılan konularla ilgili rehin sözleşmesinin rehin verilenlerin tek tek gösterilmek suretiyle yazılı yapılmasının geçerlilik şartı olduğunu belirtir⁶⁶.

Eser sahibinin mali ve manevi hakları kanunda sınırlı olarak sayılmış olduğundan bu hakların kapsamı herhangi bir yorum yöntemi ile genişletilemeyecektir.

Kanunda sayılan eser sahibinin haklarından olan işleme hakkı, orijinal bir eserin farklı bir eser türüne dönüştürülmesini; çoğaltma hakkı, bir eserin aslı olmaksızın eserden yararlanmanın devamının sağlanabilmesi için eserden farklı kopyalar edilmek suretiyle çoğaltabilme hakkını; yayma hakkı, eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kira, ödünç, satışa çıkartmak veya diğer yollarla dağıtabilme hakkını belirtir.

Temsil hakkı ise eserin yayım dışında kalan yollardan duyulara hitap edecek şekilde umuma arzından faydalanma hakkını, umuma iletim hakkı, eser aslını veya çoğaltılmış nüshalarını radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim de dâhil 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 hakkını ifade eder.

⁶⁶ Maddenin devamında güzel sanat eserlerine ait kalıplar ve sair çoğaltma vasıtaları hakkında mali haklar üzerinde cebri icra uygulanması için gerektiği oranda zilyed olan kimselerden geçici alınabileceği, güzel sanat eserlerinin mimarlık eserleri haricindeki asılları ve eser sahibine yahut mirasçılara ait musiki, ilim ve edebiyat eserlerinin müsveddelerinin de aynı şekilde zilyeden geçici olarak alınabileceğini düzenlemektedir.

Eserde koruma süresi FSEK m. 26 ve m. 27 hükümleri gereği sınırlı süreli olup bu süre eser sahibinin yaşamı boyunca ve ölümünden sonra da 70 yıllık bir süreye bağlanmıştır. Bu bağlamda eser sahibinin korunan bu mali hakları sınırlı süreli olup bağlantılı hak sahiplerinin hakları da aynı süre ile korunmaktadır⁶⁷.

Kanunda sayılan istisnalar kapsamında FSEK 38Ninci maddesi hükmü gereğince kişisel ihtiyaçların karşılanması amacıyla kar amacı gütmeyen kullanımlar gibi istisnalar dışında koruma süresi içerisinde eser sahibinin eseri üzerindeki mali haklarının üçüncü kişiler tarafından kullanılabilmesi eser sahibinin yazılı iznini gerektirir⁶⁸.

6. Eser Sahibinin Hakları ile Bağlantılı Haklar

5846 sayılı FSEK m.1/B-j bendinde bağlantılı haklar tanımlanmaktadır. Madde “eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla komşu hak sahipleri ile filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcılarının sahip oldukları hakları” şeklinde bağlantılı hak sahiplerine işaret etmiştir.

Kanaatimizce bağlantılı hak sahiplerinin bu fikri çabası olmadığı takdirde kültürel alanda bu eserlerin toplumda geniş kitlelere ulaşımı ve tanıtımı olmayacaktır. Bağlantılı hak sahipleri olarak adlandırdığımız, icracı sanatçıların, yapımcıların, radyo-televizyon kuruluşlarının faaliyetleri sonucu ortaya çıkan ürünler eser sayılmamakla birlikte harcanan fikri çabanın mevcut bir esere bağlı olarak sarfi nedeniyle orijinal eserden tümüyle bağımsız olduğunu söyleyemeyiz.

Bağlantılı hak sahiplerinin ortaya koydukları ürünler, fikri eser sayılmasa da asıl esere bağımlı oldukları için kanun koyucu bu kimselere belli başlı haklar tanımıştır. Bu haklar da aynen eser sahibinin hakları gibi mutlak haklardır⁶⁹.

⁶⁷ TEKİNALP, age., s. 163; ARSLANLI, age., s. 53; KÜÇÜKALİ, age., s. 92; EREL, age., s. 111.

⁶⁸ Mustafa ATEŞ; “Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırması”, s.406-407

⁶⁹ ÖZDERYOL, s.71; TEKİNALP, age., s. 269- 271.

Eser sahibinin haklarıyla bağlantılı hak sahipleri eser sahiplerinin yaratmış bulunduğu bir fikri ürünü farklı bir ifade şekline taşımakta, sanatkarlığını ortaya koyarak bir performans sergilenmesi veya bir sesin tespitinin yapılması gibi bir icra ortaya koymaktadırlar. Bu emeğin de bir şekilde korunması gerekmektedir⁷⁰.

Bağlantılı hak sahiplerinin ortaya koydukları ve Kanun'da icra kavramıyla ifade edilen bu ürün, yalnız başına bir fikri eser olmasa da, fikri ürün olması dolayısıyla gösterilen çaba eser sahipleriyle toplum arasında gerekli köprülerin kurulabilmesini sağlamaktadır.

kanun koyucu FSEK m.80'de bağlantılı hakları iki ana başlığa ayırmış ve "*komşu haklar*" ile "*film yapımcılarının hakları*" başlıklarına ayırmıştır. Komşu haklar da "*icracı sanatçılar*", "*fonogram yapımcıları*" ve " *radyo ve televizyon kuruluşları*" olarak kanunda ayrı ayrı düzenlenmiştir⁷¹.

Eser sahibinin haklarıyla bağlantılı haklardan en önemli grup film yapımcılarından oluşur. Büyük masraf ve emek sarfı sonucu ortaya çıkarılan filmler, diziler yapımcılar sayesinde ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle Kanun onların da FSEK kapsamında korunmasını düzenlemiştir⁷².

İracı sanatçılar eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla ve eser sahibinin izniyle bir eseri özgün bir biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden sanatçılar olarak tanımlanabilir. İcralar eser olmasa bile esere benzer bir şekilde Kanun koruması altına alınmıştır. Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliği'nin 4/b maddesinde de icracı sanatçılar "*sanat eserlerini özgün biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden oy'uncular, ses sanatçıları, müzisyenler, dansçılar ve diğer kişiler*" şeklinde tanımlanmıştır.

⁷⁰ ÖZTAN; **age**. s.706.

⁷¹ TEKİNALP, 270.

⁷² ÖZTAN; **age**; s.707.

İcracı sanatkârların faaliyetlerinin FSEK m.24’de betimlenen “*temsil hakkı*”yla olan benzerliği kafa karışıklığına yol açmaktaysa da, kanunun lafzi yorumundan anlaşılacağı üzere FSEK m.80/1’de kamuya doğrudan icra yanında sadece kamuya dolaylı icranın da kanunun himayesinden yararlanacağı görülecektir.

İcracı sanatçıların da manevi mali hakları bir bütün arz edecek nitelikte mutlak hak niteliğini haiz biçimde vardır. Nitekim kanun koyucu FSEK m.80/1-A’da icracı sanatçıların haklarını sınırlı olarak saymaktadır. Buna göre icracı sanatçıların da, eser üzerinde icralarının sahibi olarak tanıtılmalarını ve icralarının kendi itibarlarını zedeleyebilecek şekilde tahrif edilmesi ve bozulmasının önlenmesini talep etme hakkı vardır. Diğer bir ifadeyle, icracı sanatçının eser üzerinde değişiklik yapılmasını önleme hakkının; icrasının tespitini izleyen icralarının çoğaltılmasına, satılmasına, dağıtılmasına, kiralamasına ve ödünç verilmesine, umuma iletilmesine, temsil edilmesine ilişkin mali haklarının bulunduğu gibi umuma arz yetkisine ilişkin manevi haklara sahip olduğu görülür.

Fonogram yapımcısı icra olunan müziği yapılan konuşmanın metnini, gürültüleri veya diğer sesleri, ilk defa kaydeden kimsedir⁷³.

Bir icra ürünü olan veya sair sesleri ilk defa tespit eden fonogram yapımcıları eser sahibinden ve icracı sanatçıdan mali hakları kullanma yetkisini devraldıktan sonra verilen izin ile yapılan tespit, doğrudan veya dolaylı olarak çoğaltılması, dağıtılması, satılması, kiralanması ve kamuya ödünç verilmesi hususlarında izin verme veya yasaklama haklarına; aynı şekilde, tespitlerinin işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletimine ve yeniden iletimine izin verme hususunda münhasıran hak sahibidir.

Maddeye göre fonogram yapımcıları yurt içinde henüz satışa çıkmamış veya başka yollarla dağıtılmamış tespitlerinin aslının veya çoğaltılmış nüshalarının satış yoluyla veya diğer yollarla dağıtılması hususunda izin verme ve yasaklama hakkına

⁷³ TEKİNALP, *age.*, s. 280.

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

Fonogram yapımıcısı, gerçek veya tüzel kişi olabilir. Fonogram yapımıcısı külfetli mali yönü ile pahalı bir faaliyetin sonucu icradan faydalanmayı sağlamaktadır.

Fonogram yapımıcılarının hakları milletlerarası anlaşmalarla da korunmaktadır. Nitekim Roma Anlaşması m.10, Cenevre Anlaşması m. 2, TRIPS m. 3 ve m.14'üncü maddeleri fonogram yapımıcılarını koruyan haklar getirilmiştir.

Radyo-televizyon kuruluşları yayın yapan özel veya kamu hukuku tüzel kişileridirler. 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları hakkındaki Kanuna tabidirler⁷⁴. Gerçekleştirdikleri yayınlar üzerinde; Yayınlarının tespiti, diğer yayın kuruluşlarıyla eş zamanlı, gecikmeli veya yeniden iletim, uydu veya kablo ile dağıtımına izin verme veya yasaklama, özel kullanımlar dışında yayınlarının herhangi bir teknik veya yöntemle, doğrudan veya dolaylı bir şekilde çoğaltılmasına ve dağıtımına izin verme veya yasaklama, yayınlarının umuma açık yerlerde iletiminin sağlanmasına izin verme veya yasaklama, gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda yayınlarına ulaşılmasını sağlamak suretiyle umuma iletimine izin verme, haberleşme uyduları üzerindeki veya kendilerine yöneltilmiş olan yayın sinyallerinin diğer bir yayın kuruluşu veya kablo operatörü veya diğer üçüncü kişiler tarafından umuma iletilmesi ve şifreli yayınlarının çözülmesine ilişkin izin verme veya yasaklama konularında tek yetki sahibi kuruluşlardır.

⁷⁴ TEKİNALP, *age.*, s. 281.

İKİNCİ BÖLÜM

II. FİKRİ ve SANAT ESERLERİNİN ULUSLARARASI MEVZUATTAKİ DURUMU

Fikri bir ürün olan eserlerin korunması konusunda ulusal ve uluslararası ölçekte birtakım düzenlemeler yer almaktadır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 27/f. 1 de ve Anayasa'nın 25 inci maddesindeki düşünce ve kanaat hürriyeti, 26 ncı maddesindeki düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti, 27 nci maddesindeki bilim ve sanat hürriyeti ve 64üncü maddesindeki sanatın ve sanatçının korunması hükümleri bu suç tipi ile teminat altına alınmaktadır⁷⁵.

Fikri mülkiyet hukukunun ceza alanında uygulanması Avrupa'da gün geçtikçe etkinleşmektedir. Bu etkinliğin korumasını ve devamını sağlamak için birtakım ceza yaptırımlarının olması gerekir. Diğer bir ifade ile ihlali gerçekleştiren kişilerin ağır cezalarla karşılaşacaklarını bilmeleri caydırıcı olacaktır. Bu husus dikkate alınarak, Avrupa Komisyonu fikri mülkiyet ihlallerinin cezalandırılmasını planlamış ve ilk uygulama direktifinde üç katı tazminat sunmuştur.

Ceza tedbirlerine ilişkin direktif öneri, fikri mülkiyet haklarının uygulanmasının daha çok sağlanmasını ve hem uygulama direktifine hem de Gümrük Yönetmeliklerine duyulan ihtiyacın karşılanmasını hedef almıştır. Komisyon, Ceza Uygulaması Direktifini yürürlüğe koyma girişiminde bulunmuş ve 2005 yılında 2004/48/AT sayılı direktife ek olarak Ceza Tedbirleri Hakkında bir direktif (COM(2005) 276/1) önerisi sunmuştur. Avrupa Parlamentosunun onayına rağmen, Hollanda Parlamentosu “mevcut önerinin topluluk yetkilileri kapsamında çıktığı ve yerindelik ve

⁷⁵ Yılmaz YAZICIOĞLU, “Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar”, XII Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2009, s. 186.

orantılılık ilkesine uygun olmadığı” konusunda Komisyonu bilgilendirmiştir. Bu tepkinin sonucunda Komisyon 2010 yılında ceza uygulaması direktifi önerisini geri çekmiştir.

Böylece bu reddin ardından ceza hukuku ile usulün uyumlu hale getirilmesinin AB hukuku kapsamında hala emekleme aşamasında olduğunu ve ceza uygulamasının sorunlu bir ergenlik döneminden geçtiğini söylemek mümkündür. Ancak, Komisyonun gelecekte ceza tedbirlerine ilişkin yeni bir öneride bulunmayı amaçladığı açıktır; çünkü bu husus eylem planında belirtilmiştir. Yeni öneri geri çekilen öneriden farklı olabilir ve Sahtecilikle Mücadele Ticaret Sözleşmesinde (ACTA) uzlaşılan ilgili yükümlülüklerin dâhil edilmesi mümkündür. Bu durum ceza uygulamasının farklı yönlerinin birbiriyle çelişmesi durumunun büyük ihtimalle devam edeceği anlamına gelmekte ancak ACTA ile ilgili endişelerin gelecek tartışmaların konusu olacağı görülmektedir⁷⁶.

A. BERN SÖZLEŞMESİ

Bern Sözleşmesi Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına ilişkin 1886 tarihli sözleşme bu alanda ilk yapılan uluslararası sözleşmedir. 1896 tarihinden itibaren birçok kez değişikliğe uğramıştır. Sözleşmenin Gelişmekte olan ülkelere ilişkin özel hükümleri içeren eki bulunmaktadır.

Sözleşme ile asgari haklar ilkesi getirilmiş birlik ülkelerinin bu asgari haklar dışında daha fazla koruma yapmakta serbest olmaktadır. Sözleşme ile merkezi Cenevre'de bulunan bir birlik de kurulmuştur. Sözleşme ile Milletlerarası Birlik Bürosu adlı bir büro kurulmuştur. Sözleşme ile üye ülkelerinin kendi vatandaşlarına tanıdığı hakları karşılıklılık ilkesi gereği birlik üyelerine de tanımaktadırlar. Buna vatandaşla eşit işlem ilkesi denilmektedir⁷⁷.

⁷⁶ Ayşe Saadet ARIKAN; “Avrupa Topluluğu’nda Fikri-Sınai Mülkiyet Hakları ve Son Gelişmeler”; Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi C:7, No:1 Güz 2007 s.172

⁷⁷ TEKİNALP, *age.*, s. 67-68

Eser sahibinin asgari hakları sözleşmede belirtilmiş ve 50 yıllık koruma getirilmiştir. Sözleşmenin 6bis maddesinde manevi hakları olarak belirtilmiş, 8. maddesinde çeviri hakkı, 9. maddesi çoğaltma hakkını, 11, 11bis ve 11 ikinci mükerrer maddesinde yayın, temsil, radyo ile yayın ve temsil hakkı ve 12, 14. maddeleri işlenme hakkıdır⁷⁸.

Türkiye 1951 yılında hükümete kanunla verilen yetki sonucu sözleşmenin 1948 tarihli metnine katılmış 1995 tarihinde de 1979 tarihli Paris metnini kabul edilmiştir⁷⁹.

Bern Sözleşmesinin 20. maddesine dayanan WIPO Telif Hakları Sözleşmesi ile dijital alanlar, kablolu kablosuz iletişime ilişkin kurallar düzenlenmiş bu düzenleme AB Bilgi Toplumu Yönergesi ne de yansıtılmıştır.

B. TİCARETLE BAĞLANTILI FİKRİ MÜLKİYET ANLAŞMASI⁸⁰

Dünya Ticaret Örgütünün kurucu anlaşmasına ek olarak kabul edilen TRIPS ticaretle bağlantılı fikri mülkiyet haklarını düzenleyen bir anlaşma olarak uluslararası ticaret sistemine 1995 yılında eklenmiştir. TRIPS, fikri mülkiyet alanında uluslararası alandaki en kapsamlı anlaşmadır. Anlaşma Paris ve Bern Anlaşmalarına atıf yapmakta ve boş bırakılan alanları da dolduran yaptırım açısından daha kapsamlıdır. Anlaşmanın amacı; uluslararası ticaretteki engelleri ve düzensizlikleri azaltmak, fikri mülkiyet haklarının uygulanmasına ilişkin usul ve önlemlerin ticaret için bir engel teşkil etmemesini sağlamaktır. Bu amaca yönelik olarak, fikri mülkiyet haklarının tanınması, gerekli korumanın sağlanması, üye ülkelerin ulusal planda ve birbirlerine ait fikri mülkiyet haklarını korumaları bağlamında asgari standartların belirlenmesi gibi hususlara anlaşma kapsamında yer verilmiştir. TRIPS bir çerçeve anlaşma olup, üye ülkeler ulusal mevzuatlarını hazırlarken kabul edilen asgari standartlara uymak

⁷⁸ TEKİNALP, *age.*, s. 69.

⁷⁹ RG. 12.07.1997, No. 22341, 4117 sayılı Kanun.

⁸⁰ Mustafa ATEŞ; “**Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması**”, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003 s. 49; YAZICIOĞLU Yılmaz, “**Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar**”, XII Levha Yayınları., 1. Baskı, İstanbul 2009, s. 33.

zorundadır. Örgüt bünyesinde Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Konseyi kurulmuştur. Konsey, üye ülkelerin ulusal mevzuatlarını gözden geçirme ve belirlenen standartlara uyumu denetlemektedir. Türkiye, TRIPS Anlaşması'na DTÖ kurulurken taraf olmuş, gelişmekte olan ülkeler için geçiş sürecinden de faydalanarak DTÖ kurulduktan 5 yıl sonra 2000 yılında anlaşma hükümlerini uygulamaya başlamıştır. Türkiye ile ilgili ilk gözden geçirme 2000-2001 döneminde tamamlanmış olup mevzuatımız anlaşma hükümleri ile büyük ölçüde uyumludur⁸¹.

C. ROMA SÖZLEŞMESİ

5846 sayılı Kanun'un 80. maddesinin dayanağı olan bu Sözleşme Roma'da 1961 yılında "İcracı Sanatçıların, Fonogram Yapımcılarının ve Yayın Kuruluşlarının Korunmasına Dair Sözleşme" adıyla imzalanmıştır. Bu sözleşmede de vatandaş ile yabancıya eşit işlem ve asgari haklar ilkeleri bulunmaktadır. Ülkemiz sözleşmeyi 2003/6170 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kabul etmiştir⁸².

Sözleşme ile "Kaynak Ülke İlkesi" getirilmiştir. Bu ibare yayını gerçekleştiren radyo ve televizyon kuruluşunun yönetim merkezinin bulunduğu ülkeyi tanımlamaktadır.

Bu ilke sözleşme ile kabul edilen hakların nitelik ve süresi yönünden bir standardını tanımlar. Yayınlanan program üzerindeki hakların korunması istenilen ülke ile yayının yapıldığı kaynak ülke arasında fikri hakların korunmasına ilişkin anlaşma bulunduğu takdirde bu ilke uygulanır⁸³.

⁸¹ www.telifhaklari.gov.tr/Ticaretle-Baglantili-Fikri-Mulkiyet-Anlasmasi-TRIPS

⁸² RG. 21.10.2003, No. 25266, 4116 Sayılı Kanun.

⁸³ KARAKUZU BAYTAN Dilek, "Fikir Mülkiyeti Hukuku Kavramlar", s. 161-162, Beta Basım, 1. Bası, İstanbul. Mart 2005.

D. TELİF HAKLARI EVRENSEL SÖZLEŞMESİ

1952 yılında imzalanan bu sözleşme (universal Copyright Convention) Bern sözleşmesi ve 1910 tarihli eser sahiplerine eserleri üzerinde inhisari hak sağlayan Buanos Aires sözleşmesi arasında köprü mahiyetindedir. Bu sözleşme Bern Sözleşmesi gibi karşılıklılık ilkesine yer vermemektedir. Koruma sözleşmede belirtilen şartları taşıma halinde mümkündür. Sözleşmeye üye ülkeler, eser sahibine kendi ülkesinde tanınan korumadan daha fazla koruma sağlamaya mecbur değildirler⁸⁴.Türkiye bu sözleşmeye taraf değildir.

Eser sahibinin yayma hakkına konu olan eser, sahibinin izni ile ticaret mevkiine konulduktan sonra eser sahibinin haklarını kötüye kullanılmasını, ticarete kısıtlama getirilmesini önleme, serbest rekabet uygulamasını düzenlemek, pazarda bütünlüğün sağlanması için daha sonra eserin pazarlanması alanında yapılan tasarruflara müdahale edememesine "ilk satış kuramı", denilir. Eser sahibinin yayılmasına izin verdiği eserin bir ülkeye ithal edilmesi, pazarlanması sonrası eser üzerindeki yayma hakkının son bulmasıdır. Avrupa Topluluğunda 1957 tarihli Avrupa Ekonomi Anlaşması ile topluluk ülkelerinin mal ve hizmetlerin serbestçe dolaşımı ve önleyici ticareti engellemek amacıyla ve ticari üstünlüğün kötüye kullanımı engellemek amacıyla ilkeler kabul edilmiştir. Eser sahibinin de eser üzerindeki inhisari yayma hakkını katı bir şekilde kullanımının malların serbest dolaşımı ilkesine uygun olmadığı düşünülerek bazı şartlarda bu hakka kısıtlama getirilmesi uygun görülmüştür⁸⁵.

Hakkın tükenmesi, ülkesel tükenme, bölgesel tükenme ve uluslararası tükenme şeklinde üç şekilde olabilir.

Korsanla mücadele hakkında; fikir ürünleri üzerinde kanunla korunan haklardan yetkisiz yararlanma korsanlık, (Piracy, counterfeiting) olarak tanımlanır. Günümüzde korsanlık, kitaplar dışında ses görüntü kayıtları, bilgisayar programlarının

⁸⁴ TEKİNALP, *age.*, s. 70.

⁸⁵ KARAKUZU BAYTAN, *age.*, s. 60.

yetkisiz kullanılması şeklinde de olmaktadır. Fikri mülkiyet alanında korsanlıkla mücadele için birçok uluslararası kuruluş korsanlıkla mücadele konusunda epey yol almışlardır. Örneğin İngiltere'de Fikir Hakları Hırsızlığına Karşı Federasyon kurulmuştur. Hollanda'da Video Güvenlik Vakfı, İrlanda'da Fikir Hakları Hırsızlığına Karşı Ulusal İrlanda Federasyonu, Belçika'da Belçika Korsanlığına Karşı Federasyon, Almanya'da Fikir Hakları Saldırılarını İzleme Kurulu korsanlıkla mücadele eden kuruluşlardır⁸⁶.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

III. FİKİR ve SANAT ESERLERİNİN CEZA HUKUKU KAPSAMINDA KORUNMASI

A. FİKİR VE SANAT ESERLERİNİN KORUNMASI GEREKLİLİĞİ

Bir medeniyetin kurulabilmesi için insan kimliğini bir parçası olan üretimin ve ürünlerinin değerinin bilinmesi ve korunması gerekir. İnsanoğlunun mirasının korunması fikir ve sanat eserlerinin korunmasını gerektirir⁸⁷. Kültürel gelişme, toplumlar arasındaki bilgi alışverişi ortaya çıkartılan bu fikri ürünler sayesinde gelişmektedir.

Fikri hakların korunmasını düzenleyen ana metin olarak 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK), uluslararası düzenlemelere uygunluk, fikri hak

⁸⁶ KARAKUZU BAYTAN, *age.*, s. 140.

⁸⁷ EREL, *age.* 111; YENİDÜNYA *agm.*, s.237.

ihlallerinin zamanla farklı türlerle karşımıza çıkması, tecavüzlerin artması dolayısıyla öngörülen cezalar da farklılaştırılmış ve değiştirilmiştir⁸⁸.

5846 sayılı FSEK gerekçesinde fikri mülkiyet sistemini güçlendirerek bu alanda yerli ve yabancı yatırımcıların önündeki engellerin kaldırılması ve yatırım ortamının iyileştirilmesi ile ülkemizin gerçek anlamda bilgi toplumu olmasının amaçlandığı belirtilir. Bilgi toplumu da bilginin gerçek sermaye ve zenginlik yaratan başlıca kaynak olması ülkemiz açısından da iyi sonuçlar doğuracaktır. Bu sayede gelişmiş devletler seviyesine ulaşmak ve hatta geçmek ancak toplumun bilgi toplumuna dönüşebilmesiyle mümkün olabilecektir.

Günümüzde fikir ve sanat eserlerine yönelik korumanın aynı zamanda ceza hukukuyla da sağlanması da fikri eserlere ne denli önem verildiğinin bir göstergesidir. Ceza hukuku kapsamında koruma alanında yapılan çalışmalar ihtiyaca binaen her geçen gün yoğunlaşmaya başlamış ve 5846 sayılı kanunda bugüne kadar bir dizi değişiklikler yapılmıştır. Söz konusu değişikliklerin en kapsamlısı 2004 yılında yapılmış olup bu değişiklikler ile korsanlığın önlenmesi ve daha etkin ve caydırıcı cezai düzenlemeler alanında olmuştur.

Fikri mülkiyet kavramı iki ana başlık altında toplanabilir: Bunlar, sınai mülkiyet hakları ve telif haklarıdır. Sınai mülkiyet hakları denildiğinde akla gelenler teknolojik buluşlar, modeller, mal ve hizmetlerin ticari markaları, endüstriyel tasarımlar ve coğrafi işaretlerdir. Telif hakları denildiğinde ise edebiyat, müzik, sanat ürünleri ve görsel-işitsel ürünler, filmler, bilgisayar program ve yazılımları gibi ürünlerin ilk kez ortaya çıkaran kişilerinin kendi ürünleri üzerindeki hakları akla gelir. Bunun yanında, asıl üretici kişi

⁸⁸ GÜNER Uğur, “**Hak Sahibinin İzni Olmaksızın Eserin Umuma İletilmesi Suçu**”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 65 (4), 2016, s.1927.

olmamakla birlikte icracı, yapımıcı ve yayıncıların, komşu haklar olarak bilinen ikincil haklarını içermektedir⁸⁹.

Fikri ürünler kişinin insanoğlunun yaratıcı zekâsının ürünü olup bunların korunması gerekir. Kişi eserinden ekonomik olarak yararlanabildiği gibi manevi olarak da eseri ile arasında bir bağ kurulmakta ve eserin sahibi olarak tanınma hakkına sahip olabilmektedir. Kanun ile tanınan belirli bir süre zarfında sağlanan bu koruma ile kişi eserinden ve bunun semerelerinden istifade edecektir. Bu koruma sağlanmadığı takdirde insanoğlu bu üretiminden vazgeçecek bu durum da sosyal, kültürel, teknolojik gelişmeyi sekteye uğratacaktır.

Telif Hakkının Koruma süresi, eser sahibi yaşadığı sürece ve ölümünden itibaren 70 yıldır. Eser sahibi tüzel kişiyse, koruma süresi aleniyet tarihinden itibaren 70 yıldır. Sahibinin ölümünden sonra alenileşen eserlerde koruma süresi ölüm tarihinden sonra 70 yıldır. Eser sahibi belli değilse, koruma süresi eserin aleniyet kazanmasından itibaren 70 yıldır.

B. FİKRİ MÜLKİYETİN KORUNMASINDA CEZAI DÜZENLEMELER

1. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 2008 Değişikliği

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda (FSEK) her türden fikri ürün korunmadığını vurgulamak gerekir. Onun yerine, Kanun tarafından eser olarak kabul edilen fikri ürünler ile bunlarla ilişkili bağlantılı haklar bakımından bir cezai koruma söz konusudur. Yukarıda belirttiğimiz üzere, fikir ve sanat eserlerinin korunması amacıyla 5846 sayılı ve 1951 tarihli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) yürürlüğe girmiştir. Bu kanun, 1983, 1995, 2001, 2004 ve 2008 yıllarında önemli değişikliklere uğramış ve özellikle

⁸⁹ Yüksel YÜCEKAL, T.C. Dışişleri Bakanlığı, Fikri Mülkiyet Haklarının Uluslararası Düzeyde Korunması - Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO), http://www.mfa.gov.tr/fikri-mulkiyet-haklarinin-uluslararasi-duzeyde-korunmasi--dunya-fikri-mulkiyet-orgutu-_wipo_.tr.mfa

2001, 2004 ve 2008 değişiklikleri ile cezai hüküm içeren maddelerde kapsamlı düzenlemelere gidilmiştir.

Belirtmek gerekir ki 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı “*Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*” ile 5846 sayılı FSEK’in beşinci bölümünde düzenlenen “*Ceza Davalarına*” ilişkin kısım tamamen değişikliğe uğramıştır. Bu değişiklikten önceki düzenlemede Kanun’un 71’inci maddesinde “manevi haklara tecavüz”, 72’nci maddesinde “*mali haklara tecavüz*”, 73’üncü maddesinde “*diğer suçlar*”, 74’üncü maddesinde “*fail*”, 75 inci maddesinde “*kovuşturma ve tekerrür*” hususları düzenlenmekte iken, bu maddeler 5728 sayılı Kanun’un getirdiği değişiklikle birlikte artık FSEK’in 71 inci maddesinde “*manevi, mali veya bağlantılı haklara tecavüz*”, 72 nci maddesinde “koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri” ve 75 inci maddesinde “*soruşturma ve kovuşturma*” şekline dönüştürülmüş ve 73 ve 74 üncü maddeler de ilga edilmiştir.

2008 değişikliğinden önceki metinlerde, suçun konusu olarak, sadece eser kelimesine yer verilmişken, değişiklikten sonraki metinlerde bu hususta genişletme yapılmış, eser ibaresinin yanına icra fonogram ve yapım ibareleri eklenmiştir.

2008 yılında 5728 sayılı Kanun ile cezai yaptırım öngören hükümlerde de değişikliğe gidilmiştir. Bu düzenleme ile manevi, mali ve bağlantılı haklara ilişkin suçlar birleştirilerek 71’inci maddede düzenlenmiştir. Bu yöndeki değişikliğin isabetli olduğu kanaatindeyiz. Gerçekten de eser üzerinde sahip olunan manevi hakkın ihlali halinde mali hakkın da ihlal olduğu ya da mali hakkın ihlal edilmesiyle manevi hakkın da ihlal olduğu durumlar o kadar çoktur ki bu iki hakkın birbirinden ayrı tutulması düşünülmemelidir. Bu değişikliğin, fikri hakların manevi – mali hak şeklinde ayrıma tutulmasını yapay bir bölünme olarak kabul eden görüşe uygun ve isabetli olduğunu ifade etmek gerekir⁹⁰.

⁹⁰ BAŞLAR; *age*; s.1928.

2008 tarih 5728 sayılı kanun değişikliklerinde özellikle göz önünde bulundurulması gereken hususlar ise aşağıda konularına göre sınıflandırılmıştır..

Eski FSEK sistematideinde m.71, m.72, m.73 maddelerinde açıkça kasıt suçun manevi unsuru olarak öngörölmüş iken, yeni düzenlemede suç tanımında “kast”tan açıkça bahsedilmemiştir. Bunun nedeni 5728 sayılı kanunun amacından anlaşılmaktadır. Çünkü 5728 sayılı kanunun amacı, TCK, CMK ve Kabahatler Kanunu hükümlerini dikkate alınmak suretiyle ceza hükmü içeren kanunlarda yer alan hükümlerin, bu kanunlarla uyumlu hale getirilmesi olduğundan ve 5237 sayılı TCK m.22/1’de “taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır” hüküm düzenlenmiş olduğundan, Kanun koyucu gereksiz olduğu düşüncesiyle “*kasten*” ibaresini FSEK’deki suçlarla ilgili madde hükümlerinden çıkartmıştır. Bu durumda FSEK’de işlenen suçlarda manevi unsur kasttır.

5728 sayılı kanunla yapılan değişikliklerde, eser sahipleri, hak sahipleri, icracı sanatçı, fonogram yapımcısı ve film yapımcıları aleyhine olarak bazı suçların cezaları indirilmiştir. Bunun haricinde diğer yeni düzenlemelerde de genel olarak suçların cezalarının azaltılması kanaatimizce uygun olmamıştır.

Yeni FSEK 71 inci maddesi ’deki başka bir farklı düzenleme, cezai korumadan yararlanacak sűjelerle ilgilidir. Çünkü yeni düzenlemede, eser sahibinin yanında, bağlantılı hak sahiplerinden icracı sanatçılar, fonogram yapımcıları ve film yapımcıları FSEK 71 inci maddesi ve m.72’deki cezai himayeden faydalanabilecektir. Bağlantılı hak sahiplerinden TV-Radyo yayıncılarına ise cezai himayeden faydalanma hakkı verilmemiřtir⁹¹.

5728 sayılı Kanun 2008 değişikliğinden önce FSEK m.72/1 de düzenlenen “*aralarında mevcut bir sözleşme olmasına rağmen bu sözleşme hükümlerine aykırı*

⁹¹ İlhami GÜNEŞ; “Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku”, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 142-143; USLU, Ramazan: “Türk Fikir ve Sanat Hukukunda Ceza Düzenlemeleri” TAAD, Yıl:3, Sayı:10 Temmuz 2012; <http://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423934871.pdf>, s.508.

olarak bir eser veya işlenmelerinin kendi tarafından çoğaltılmış nüshalarını satan veya dağıtan kişiler hakkında, üç aydan iki yıla kadar hapis veya on milyar liradan elli milyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden hükmolunur” şeklindeki suç, 5728 sayılı kanun değişiklikleri ile FSEK’den çıkarılmıştır. Kanunun yasalaşmadan önce, adalet komisyonuna gelmeden önceki gerekçesinde, anayasamızın 38/8. Maddesindeki “ hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz” hükmü nedeniyle bu suçun FSEK’den çıkartıldığını belirtmiştir Kanaatimizce bu suç tipinin bu gerekçeyle FSEK’den çıkarılması uygun olmamıştır Çünkü fıkroda anılan eylem, sözleşmeye aykırılık olduğu gibi aynı zamanda haksız bir fiildir. Bu nedenle Anayasanın anılan hükmünün ihlali söz konusu değildir. Ancak bu hüküm FSEK’den çıkarılsa bile kanaatimizce anılan eylem yeni FSEK 71 inci maddesi /1’deki düzenleme kapsamında cezalandırılabilir.

Manevi haklara tecavüz başlıklı eski FSEK 71/5’deki “eser sahibinn yazılı izni olmaksızın bir eseri değiştiren kişiler hakkında, iki yıldan dört yıla kadar hapis veya elli milyar liradan yüzelli milyaer liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden hükmolunur” şeklindeki “eseri izinsiz değiştirmek suçu” 5728 sayılı Kanunla FSEK 71 inci maddesi /1’deki “eser üzerindeki mali hakların izinsiz kullanılması suçu” içerisine dahil edilmiştir.

Maddede 5728 sayılı kanunun amacı olan; TCK, CMK ve Kabahatler Kanunu hükümleri dikkate alınmak suretiyle ceza hükmü içeren kanunlarda yer alan hükümlerin, bu kanunlarla uyumlu hale getirilmesi düşüncesiyle, etkin pişmanlık hükmüne de yer verilmiştir. FSEK 71 inci maddesi /son hükmüne göre; “hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı satışa arz eden, satan veya satın alan kişi, kovuşturma evresinden önce bunları kimden temin ettiğini bildirerek yakalanmalarını sağladığı takdirde, hakkında verilecek cezadan indirim yapılabileceği gibi ceza vermekten de vazgeçilebilir.”

2. Kanun Tasarısındaki Yeni Düzenleme Önerileri

Kanun Tasarısı kamuoyunda telif bilincinin artırılması, ülke kültür ve endüstrisinin güçlendirilmesi, adil ve işler bir telif hakları sistemi oluşturulması, nitelikli eser üretiminin artırılması gerekçesiyle yapılmaktadır⁹².

5846 sayılı Kanunun Manevi ve Mali veya bağlantılı Haklara Tecavüz başlıklı 71 inci maddesi ilk fıkrası 2008 tarihli 5728 sayılı Kanun ile değiştirilmiş idi. TBMM de kanunlaşmayı bekleyen Kanun Tasarısında 71 inci maddenin ilk ve son fıkralarında değişiklik planlanmaktadır. Maddenin (1) numaralı bendi altında seçimlik hareketli bir suç tanımı yapılmıştır. Söz konusu suçu oluşturan fiiller, bir eseri hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın bir ticari faaliyet çerçevesinde işlemek, çoğaltmak, dağıtmak, yaymak, elektronik ortam da dahil olmak üzere yayımlamak ya da hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri satışa arz etmek, satmak, ticari amaçla satın almak, ithal veya ihraç etmek, elinde bulundurmak ya da depolamak olarak gösterilmiştir. Suçun konusu bu kanunla koruma altına alınan manevi veya mali hakların ilişkin olduğu fikri eserdir. Bu suçun oluşabilmesi için, söz konusu seçimlik hareketlerden birinin, hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın gerçekleştirilmesi gerekmektedir⁹³.

FSEK 71 inci maddesinin son fıkrasında yapılan değişiklikle manevi hakların ihlali halinde cezalar yeniden düzenlenmiştir. Değişiklik ile hakime takdir hakkı veren ve hürriyeti bağlayıcı ceza ve para cezasını olayın özellikleri ve suçun ağırlığının değerlendirilerek şahsileştirilebilmesi sağlanmıştır. TTK m. 64üncü maddesi benzeri bir düzenleme ile terditli ceza ve yaptırımlar düzenlenmiştir⁹⁴.

Kanunun 71 nci maddesinin 2 nci fıkrasında *“Bu Kanunun ek 4 üncü maddesinin birinci fıkrasında bahsi geçen fiilleri yetkisiz olarak işleyenler ile bu Kanunda tanınmış hakları ihlâl etmeye devam eden bilgi içerik sağlayıcılar hakkında, fiilleri daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına*

⁹² Canan KÜÇÜKALİ; “5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanun Tasarısı Üzerine Bir Değerlendirme”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 12, S. 135, Kasım 2017, (s. 82-86).

⁹³ www.telifhaklari.gov.tr/kanuntasarisi/index

⁹⁴ Kanun Tasarısı Gerekçe www.telifhaklari.gov.tr/kanuntasarisi/index.

hükmolunur.” düzenlemesi bulunmaktadır.

Kanun Tasarısında 23. maddesinde, aynı Kanunun 71 inci maddesinin birinci fıkrasının birinci bendinin ilk cümlesi ile son fıkrasının ilk cümlesinde yer alan “*fonogramı*” kelimesinden sonra gelmek üzere “*yayını*” ifadesi eklenmiş, ikinci fıkrasında yer alan “*bilgi içerik sağlayıcılar*” ifadesi “*içerik sağlayıcılar*” olarak değiştirilmiştir.

Kanun Tasarısında 72 nci maddeye ilişkin de değişiklik öngörülmektedir. Tasarının 24 üncü maddesi ile 5846 sayılı Kanunun 72 nci maddesi başlığıyla birlikte değiştirilerek “*Koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri*” madde başlığı “*Teknolojik önlemleri etkisiz kılmaya yönelik eylemler*” olarak değiştirilmek istenmektedir. Ayrıca 72 nci maddede korumaya yönelik yapılan düzenleme ile eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların kullanımının kontrolünü sağlamak üzere erişim kontrolü veya şifreleme, karıştırma, dönüştürme gibi koruma yöntemi ya da çoğaltım kontrol mekanizması uygulamaları ile sağlanan etkili teknolojik önlemleri etkisiz kılmaya yönelik; a) Ürün ve araçları imal eden veya ithal eden, dağıtan, satan, kiraya veren veya ticari amaçla elinde bulunduranlar, b) Reklam, pazarlama, tasarım veya uygulama hizmetlerini sunanlar altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.” şeklinde değiştirilmek istenilmektedir⁹⁵.

5846 sayılı Kanunun 2008 tarihli 5728 sayılı Kanununun 140. maddesi ile değişik 75 inci maddesinde “Soruşturma ve kovuşturma” başlığı ile madde “71 ve 72 nci maddelerde sayılan suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması şikâyete bağlıdır. Yapılan şikâyetin geçerli kabul edilebilmesi için hak sahiplerinin veya üyesi oldukları meslek birliklerinin haklarını kanıtlayan belge ve sair delilleri Cumhuriyet başsavcılığına vermeleri gerekir. Bu belge ve sair delillerin şikâyet süresi içinde Cumhuriyet başsavcılığına verilmemesi hâlinde kovuşturmaya yer olmadığı kararı

⁹⁵

Kanun Tasarısı Gerekçe www.telifhaklari.gov.tr/kanuntasarisi/index.

verilir⁹⁶.

“Bu Kanunda yer alan soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı suçlar dolayısıyla başta Millî Eğitim Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı yetkilileri olmak üzere ilgili gerçek ve tüzel kişiler tarafından, eser üzerinde manevi ve malî hak sahibi kişiler şikâyet haklarını kullanabilmelerini sağlamak amacıyla durumdan haberdar edilirler.

Şikâyetin varlığı halinde Cumhuriyet savcısı suç konusu eşya ile ilgili olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre elkoyma koruma tedbirinin alınmasına ilişkin gerekli işlemleri yapar. Cumhuriyet savcısı ayrıca, gerek görmesi hâlinde, hukuka aykırı olarak çoğaltıldığı iddia edilen eserlerin çoğaltulmasıyla sınırlı olarak faaliyetin durdurulmasına karar verebilir. Ancak, bu karar yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunulur. Hâkim tarafından yirmidört saat içinde onaylanmayan karar hükümsüz kalır.” hükmü düzenlenmiştir.

Tasarının 25 inci maddesi ile 75 inci maddede değişiklik yapılmak istenilmektedir. Maddede aynı şekilde bu suçların şikayete bağlı olduğunu ve şikayetin geçerliliği için *“hak sahiplerinin veya yetkili meslek birliklerinin bu Kanunun 11 ve 12 nci maddelerinde düzenlenen karinelere esas nüsha ve belgeleri yahut haklarını kanıtlayan diğer bilgi, belge ve sair delilleri”* Cumhuriyet savcılığına vermeleri gerekir. Meslek birlikleri arasında akdedilen karşılıklı temsil ve işbirliği anlaşmalarına dayanılarak yapılan şikayetlerde, anlaşmaya taraf yurtdışındaki aynı amaçlı kurum ve kuruluşların veri tabanından elde edilen bilgi veya belgelerin sunulması yeterlidir. Bu belge ve sair delillerin şikâyet süresi içinde Cumhuriyet savcılığına verilmemesi hâlinde kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilir. “ denilmekte ve kanundaki karinelere yararlanılacağı belirtilmektedir.

Yargılama süreçlerinin uzunluğu ve elkonulan suç eşyalarının adliyelerde emanete alınarak yıllarca beklemesi, yedieminde elkonulan sahte veya korsan ürünlerin

⁹⁶

Kanun Tasarısı Gerekçe www.telifhaklari.gov.tr/kanuntasarisi/index.

kalması, şikayetçilerin yüklü miktarlarda yediemin paraları ödemesi ve ürün çöplüğü haline gelen bu depoların boşaltılabilmesi ve düzenlenmesinin gereği olarak Tasarı maddesi “Maddenin devamında “*Bu Kanun kapsamında işlenen suçlar sebebiyle el konulan veya muhafaza altına alınan nüsha ve materyallerin sayısı, boyutu veya niteliği gibi nedenlerle emanet bürosunda muhafaza edilemeyecek olması hâlinde, Cumhuriyet savcısının talimatı doğrultusunda numune alınması mümkün olan nüsha ve materyallerden yeteri kadar numune alınarak geri kalanı mahallin maliye teşkilatına gönderilir. Numunelerle birlikte el konulan nüsha ve materyallerin miktarı, cinsi, boyutu gibi tüm bilgilerini içeren tutanak Cumhuriyet savcılığına teslim edilir. Emanet bürosuna veya mahallin maliye teşkilatına teslim edilen nüsha ve materyallerin; zarara uğraması veya değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesinin varlığı ya da muhafazasının ciddi külfet oluşturması halinde bilirkişi incelemesi yaptırıldıktan sonra, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının talebi üzerine hâkim, kovuşturma aşamasında hükümden önce mahkeme tarafından niteliği bozularak hammadde olarak satışına veya imhasına karar verilir. İmha işlemleri Cumhuriyet savcısının başkanlığında maliye teşkilatınca oluşturulan üç kişilik komisyon huzurunda yapılır ve buna dair bir tutanak tanzim olunur.*” hükmü getirilmektedir⁹⁷.

TBMM Başkanlığı’na sunulan Tasarıda, Fikri mülkiyet alanındaki yaptırımlarda paralelliği sağlamak ve uluslararası sözleşmelere özellikle de TRIPS metninin 61 inci maddesindeki fikri hak ihlallerinde uygulanacak cezaların caydırıcılığının sağlanmasına ilişkin yükümlülüğümüzü yerine getirmek amacıyla, mevcut Kanunun manevi haklara tecavüz ile ilgili hükümlerini düzenleyen 71 inci maddesinin son fıkrasında yapılan düzenlemeyle cezalarda caydırıcılık sağlanması amacıyla mevcut Kanunun 71 inci maddesindeki hapis ve para cezalarının artırımına gidilmiştir. Ayrıca birinci fıkranın sonuna bir bent daha eklenmiştir. Bu şekilde bir eseri

⁹⁷

Kanun Tasarısı Gerekçe www.telifhaklari.gov.tr/kanuntasarisi/index.

sahibinin yazılı izni olmaksızın değiştiren ve bu nedenle eser sahibinin manevi haklarına tecavüz eden kişilerin de cezalandırılması hükme bağlanmıştır⁹⁸.

Kanunun koruma altına aldığı mali ve manevi haklara tecavüz fiilleri iç içe niteliktedir. Bir fiille, bir kişinin sadece manevi hakkı veya mali hakkı ya da bunların her ikisi de ihlal edilmiş olabilir. Korunan haktan hareketle aynı fiilin iki ayrı suç olarak tanınması ceza hukukundaki suç tanımlamalarında esas alınan suç politikası ilkeleriyle uyuşmaz. Maddede beş bent halinde sayılan fiiller, söz konusu fıkra kapsamında birer seçimlik hareketler değillerdir. Her ne kadar aynı cezai yaptırım öngörölmüş ise de, bu beş bentten her birinde yer alan hareketler ayrı ayrı suç oluşturmaktadır. Çünkü her bir bent kapsamına giren fiillerin konusu birbirinden farklıdır. Halbuki seçimlik hareketli suçtan söz edebilmek için konunun aynı olması gerekmektedir

72. maddede suç tanımı yapılırken manevi ve mali haklar ayırımı yapılmamış olsa da Kanunun benimsediği manevi ve mali hak ayırımı kaldırılmamıştır. Maddede manevi ve mali hak ihlallerini içeren fiillere ilişkin birden fazla suç tanımları yapılmıştır.

Tasarı 71 nci maddesinin 2 nci fıkrasında bir eserin bu Kanun hükümlerine aykırı olarak gösterime sunulması veya dinletilmesidir. Eserin gösterime sunulduğu veya dinletildiği yer, eğlence hizmetinin verildiği bir ticari işletme olmalıdır. Bu maddede düzenlenen suçun cezasına dair maddenin birinci bendine atıf yapılmıştır.

Hak sahibinin izni hukuka uygunluk oluşturur Bu izin yazılı olarak yapılması gerekir. Ancak bu koşulun, maddi gerçeğin araştırılması gereğinden hareket eden ceza muhakemesi hukukuna uygun olarak yumuşatılması amacıyla, maddenin (3) numaralı bendi formüle edilmiştir. Maddenin 4 ve 5 numaralı bentlerinde intihal fiilleri bilimsel etik kurallara aykırı olarak bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunma fiili ceza yaptırımı altına alınmıştır. Maddenin 6. bendinde de bağımsız bir suç tanımına yer verilmiştir⁹⁹.

⁹⁸ Kanun Tasarısı Gerekçe www.telifhaklari.gov.tr/kanuntasarisi/index.

⁹⁹ Kanun Gerekçesi, www.telifhaklari.gov.tr/kanuntasarisi/index

(7) numaralı bent altında, bu Kanunla koruma altına alınan manevi mali haklara tecavüz teşkil eden ve sözleşmeye aykırılık oluşturan belirli fiiller suç olarak tanımlanmıştır. Ancak bu suç tanımlaması yapılırken, yaptırım bakımından Anayasanın 38. Maddesinin sekizinci fıkrasındaki *“hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz”* ilkesine riayet edilmiştir¹⁰⁰.

Fikir ve sanat eserleri yalnızca insanın ürünü değil insanlığın ürünüdür. Medeniyet/uygarlık, varlığını her zaman fikri eserlere borçludur.

Fikir ve Sanat eserleri Kanunu’nda düzenlenen cezai hükümler FSEK 71 ile 81 inci maddeleri ile Ek-4 ve Ek-8 maddelerinde tanzim olunmuştur.

Bu çalışmada FSEK’de düzenlenen ve eser sahipleri aleyhine işlenen suçları unsurlarına ayırmak suretiyle teker teker incelenmeye çalışılacaktır.

FSEK eski Kanun döneminde mali, manevi ve bağlantılı haklara tecavüz suçlarını ayrı ayrı incelerken, yeni Kanun döneminde m.71 başlığı *“manevi, mali veya bağlantılı haklara tecavüz”* olarak düzenleme altına alınarak ceza davalarına ilişkin madde metinleri bir bütün arz etmektedir. Ancak konu yine de ayrı ayrı değerlendirilecektir. Nitekim yukarıda işlendiği şekliyle manevi, mali ve bağlantılı haklar bir ayrıma tabi tutularak açıklanmış olup, ceza davaları yönünden de ayırımın yapılmasının daha yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

¹⁰⁰

Kanun Gerekçesi, www.telifhaklari.gov.tr/kanuntasarisi/index

C. ESER SAHİBİNİN MANEVİ HAKLARINA TECAVÜZ SUÇLARI

1. Korunan Hukuksal Yarar

FSEK 71'nci maddesinin gerekçesi, başlığı ve metniyle birlikte ele alındığında maddenin eser sahibinin haklarını korumayı amaçladığı görülmektedir. Madde metni incelendiğinde de eser sahibinin manevi haklarını koruyan cezai hükümlerin ayrıca belirtilmediği anlaşılmakta olduğundan, eser üzerinde manevi hakları düzenleyen fıkraları konularına göre tasnif etme gereği duyulmaktadır.

Eser sahibinin manevi hakları FSEK m.14 vd. hükümlerinde düzenlenmiş olup bunlar “umuma arz salahiyeti”, “adın belirlenmesi salahiyeti” ve “eserde değişiklik yapılmasını men etmek” olarak sayılmaktadır. Aynı zamanda FSEK m.17’de düzenlenen “eser sahibinin zilyed ve malike karşı hakları” olarak sayılan, eser sahibinin talep ve yararlanma haklarına ilişkin haklar da manevi hakları kapsamakta olduğundan başlık altında korunan hukuksal yarara konu manevi haklardan sayılmaktadır.

Diğer bir deyişle madde metninde korunan hukuksal yarar, mali ve manevi haklarla beraber bağlantılı ve komşu hakları da korumak olduğundan, madde bu başlık altında incelenirken yalnızca manevi haklara ilişkin bölümü yorumlanacaktır. Dolayısıyla öncelikle söylemek gerekir ki bu madde ile korunan hukuksal yarar, eser sahibinin manevi haklarıdır. Bu açıdan bakıldığında, konu başlığı altında gösterilen suç tipi, kişilere karşı işlenen suçlar arasında düşünülmelidir.

Gerçekten de madde metninin yapısı incelendiğinde eser üzerinde sahip olunan manevi hakkın ihlali ile mali hakkın ihlalinin de çoğu kez iç içe olduğu ve ayrılmasının güç olduğu, bu ayrımın aslında suni (yapay) bir ayrım olduğu doktrinde kabul edilen bir görüştür¹⁰¹. Bizim de katıldığımız bu görüş ile beraber kanun koyucunun madde metninde mali veya manevi hakları ayrı ayrı düzenlemesinin gerekçesi daha iyi anlaşılabilir.

¹⁰¹ GÜNER, *agm*, s.1928; YENİDÜNYA, *agm*, s. 238

2. Fail ve Mağdur

Manevi haklara tecavüz suçlarında mağdur, hakkı ihlal edilen fikri eserin sahibidir. Bununla birlikte, mağduriyetin türleri ve etkileri de eser sahipliğinin her bir tütü bakımından ayrıca incelenmelidir.

Mağdurun belirlenmesi, “tek başına eser sahipliği” söz konusu olduğunda kolayken, “birlikte eser sahipliği”nde daha farklı ve güçtür. Bu durumda farklı alternatifler ortaya çıkmaktadır. Yukarıda açıklandığı üzere birden çok kişinin fikri emeğinin esere katkı sağlaması halinde “birlikte eser sahipliği” oluşur¹⁰².

FSEK’in 9 ‘uncu maddesinde düzenlenen “müşterek eser sahipliği: Birbirinden bağımsız olarak eserlerin oluşturulması sırasında veya tamamlanmasından sonra “tek ve yeni bir eser” olarak eser sahiplerinin iradesi ile birleştirilebilir.

FSEK’in 10 ‘uncu maddesinde düzenlenen “iştirak halinde eser sahipliği: Eser başından beri birbirinden ayrılmaz bir bütün oluşturmak üzere meydana çıkarılmış olabilir.

Birden çok eserin toplanarak yeni bir fikri eser oluşturmasında, mağdurun tespiti kolay olmayacaktır.

Birlikte eser sahipliğinde, konu fikri eser üzerinden bir suçun oluşması halinde iki farklı ihtimal vardır¹⁰³:

İlk ihtimal; fikri eser ortaklarından yalnızca birinin “manevi haklarına tecavüz”, İkincisi ise ortaklardan her ikisinin birden “manevi haklarına” tecavüz halidir. İlk örnekte “birlikte eser sahipliğine konu olan fikri eserin diğer ortaklarını ilgilendiren bir hal olmadığından mağdur, tek başına eser sahibi gibi yalnız hareket eder.

¹⁰² Birlikte Eser Sahipliği konusunda tartışmalar ve geniş bilgi için bkz ATASOY Evrim. “Birlikte Eser Sahipliği Kavramı, Türlerinin Birbirleri ile Olan Benzerlikleri ve Farklılıkları”, FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, Sayı 2, Yıl 2013 Güz, s.30.

¹⁰³ FSEK’in 27’nci maddesinde 4630 Sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle iştirak halinde eser sahipliği ve müşterek eser sahipliği arasında herhangi bir fark olmaksızın koruma süresi, “*hayatta kalan son eser sahibinin ölümünden itibaren yetmiş yıl geçmekle*” hakların sona ermesidir. EREL, *age.*, s. 111.

İkinci ihtimalde birkaç ortağın aynı anda manevi hakkına tecavüz olduğundan ortaklardan her birinin bütün ortaklarla birlikte veya tek başına ortaklar adına hareket etmesi mümkündür. Diğer ortakların rızasının olmasına rağmen bu birliğin üyelerinden olan eser sahibinin tek başına fiilin cezalandırılmasını ceza mahkemesinden talep etmesinde de bir beis yoktur. Zira FSEK m.10'da gösterildiği üzere eser üzerindeki muameleye birlik üyelerinden birinin rıza göstermemesi halinde müsaade mahkeme tarafından sağlanmalıdır.

Mağdur, benzeri birçok uyuşmazlıkta ve özellikle tazminat davalarında da olduğu gibi ceza yargılaması ve hüküm tesisinden sonra maddi ve manevi için hukuk mahkemelerine gidebilecektir. Mahkemeler ortaklar arasında mağduriyeti dikkate alarak oranı her bir somut olayın özelliklerine bakarak belirleyeceklerdir.

Manevi haklara tecavüz suçunda “suçun faili” belirsiz bir şekilde “kişi” olarak gösterilir. Bunun anlamı, somut olayda suçun maddi ve manevi unsurları sağlanmış olmakla kaydıyla bu tip suçlarda fail bakımından bir özelliğin olmamasıdır.

“Suçun kanuni unsur, suçun kanunda yazılı olması yanında suçun tanımlanmış olmasını da gerektirir. Suç tanımı açık ve kesin olmalı, esnek ve belirsiz kavramlar içermemelidir. Kıyas yoluyla suç yaratma riski olmaması için bu netlik gereklidir. Bir fiilin suç oluşturması için ilk unsur, işlenen fiilin, ceza kanununun tanımına diğer bir ifadeyle “tip”e uygun olması şarttır. Tipe uygunluk yoksa suçun kanuni unsuru olmadığından işlenen fiil ve hareketler de sonucu da suç olarak nitelendirilemez. Ayrıca, suçun maddi unsurunun gerçekleşmesi için failin Müspet veya menfi yani olumlu/olumsuz bir davranışı olmalı, bu davranış dış dünyada bir değişiklik ortaya çıkarmalı ve bu davranış ile ortaya çıkan değişiklik arasında bir illiyet bağı (nedensellik ilişkisi) bulunmalıdır¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Sulhi DÖNMEZER, Sahir ERMAN; “**Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku –Genel Kısım- C.1**”, Yeniden Gözden Geçirilmiş 12. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 1997. C.I, s.370; CENTEL Nur-Hamide ZAFER-Özlem ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınları, İstanbul 2005, s.234. ÖZDERYOL , Teknail, “**Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Düzenlenen Suçlar**”, Yüksek Lisans Tezi , İstanbul, 2006, s.95.

Eser sahibinin manevi haklarına tecavüz suçlarında fail, kanunun yasakladığı suç teşkil eden hareketi, fiili yapan kişi olur. Suçun faili yalnızca gerçek kişilerdir. Tüzel kişilerin cezai sorumluluğu olmadığından fail olarak nitelendirilemezler. Kanun koyucunun belirli bir kişi, kısıtlama ya da özellik belirtmemesi halinde eser sahibinin manevi haklarına tecavüz suçlarının faili herkes olabilir. Örneğin, maddede belirtilen “*bir eserden kaynak göstermeksizin ıktibasta bulunan*” ifadesi dolayısıyla bu tür bir suçta herhangi bir kimse suçun faili olabilir. Burada, suçu işleyecek kişinin niteliği konusunda bir sınırlandırma yapılmadığından eser sahibinin manevi haklarına tecavüz suçlarının “genel suç” olarak nitelendirilmesi mümkündür. Bununla birlikte, eser sahibi, manevi haklara tecavüz suçlarında fail olamaz¹⁰⁵.

3. Manevi Unsur

Konu suç bakımından kast suçun manevi unsurunu oluşturur. TCK’nun 21. maddesinde kast, “*suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi*” şeklinde tanımlanmıştır. TCK’nın 21inci maddesinin gerekçesinde de kast “*kişi ile işlediği suçun maddi unsurları arasındaki psikolojik bağı ifade etmektedir. Suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi, kastın varlığı için zorunludur. Suç tanımında yer almakla birlikte, fiilin ifade ettiği haksızlık üzerinde etkil olmayan koşulların gerçekleştiğinin bilinip bilinmemesi, kastın varlığı açısından önem taşımamaktadır. Örneğin objektif cezalandırılabilme koşulunun arandığı suçlarda bu koşulun veya şahsi cezasızlık sebebinin fail tarafından bilinmesi gerekmez*” şeklinde tarif edilmektedir¹⁰⁶. TCK md. 30/1 nci fıkrasında da, hata halinde kastın ortadan kalkabileceğine yönelik olarak düzenlenen, “*fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz*” hüküm ayrıca vurgulanmaktadır.

¹⁰⁵ YAZICIOĞLU, s. 186-187; YAMAN Dilara, “**Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Düzenlenen Bir Eserden Kaynak Göstermeksizin İktibasta Bulunma Suçu (M. 71/1-III)**”; Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.12. Özel Sayı, 2010.

¹⁰⁶ Murat BALCI, “**Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri**”, Adalet Yayınevi, Eylül 2012, s.255

“Kusurluluk” ve “manevi unsur” farklı kavramlardır. Çünkü, “kusurluluk” denildiğinde, kişinin işlediği suçtan dolayı “kınanabilmesi” (muaheze edilebilmesi) anlamına gelir. Böyle değerlendirildiğinde “kusurluluk”, kişinin işlediği fiille arasında bağlantıyı dikkate alarak değerlendirme yapılması anlaşılır. Suçun manevi unsuru gerçekleşmemişse, ortada suç oluşturacak bir eylem de olmayacaktır. Fiilin suç oluşturması halinde, bu fiilin bir haksızlık doğurması ile failin o suç dolayısıyla “kınıp kınanamayacağı” ayrı konulardır. Bir akıl hastasının, bir kişiyi yaralaması eyleminde (m.32/1), ortada bir haksızlık olsa da failin “kusur yeteneği” olmadığından “kusurlu bir davranış” olduğu söylenemez. Ceza uygulanamayacağından, olsa olsa faile karşı güvenlik tedbiri uygulanabilir (m.32/1)¹⁰⁷.

Eser sahibinin manevi haklarına tecavüz suçlarında hakların ihlali ancak failin kasti bir hareketiyle oluşur. Eser sahibinin manevi haklarına tecavüz suçunun taksirle işlenebilmesi mümkün değildir. Çünkü, örneğin başkasının eserinden izin olmaksızın iktibasta bulunulması halinde suç, yalnızca kasten gerçekleştirilebilecektir. Fail, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak suç taksirli bir şekilde işlediğini iddia edemez¹⁰⁸. Nitekim taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı şekilde, dolayısıyla suça konu hareketin suçun kanuni tanımında belirtilen şekline uygun olarak ancak öngörülmeyerek gerçekleştirilmesi halidir¹⁰⁹.

Taksirli fiilin cezalandırılabilmesi kanunda açık bir düzenleme olması gerekir. FSEK eser sahibinin manevi haklarına tecavüz suçlarında taksirli fiilin cezalandırılacağına dair bir hükme yer vermemiştir. TCK’da taksirli hareketin cezalandırılması failin istemeyerek de olsa bir hareketin sonucunda suç işleme ihtimalidir. Dolayısıyla, sözü geçen suçlar, kanunda düzenlenmediğinden taksirle gerçekleştirilememesi mümkün değildir. kanun koyucu, böyle fiilin taksirli olarak

¹⁰⁷ Ahmet GÖKÇEN; Murat BALCI, “**Kasten Öldürme Suçu (TCK. M.81)**”, MÜHF–HAD, C. 17, S. 1-2, s.125; İzzet ÖZGENÇ, “**Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**”, 4. Bası, Ankara 2009, s.223 vd.

¹⁰⁸ YAMAN, **agm**, s.1562.

¹⁰⁹ Murat BALCI, “Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri”, Adalet Yayınevi, Eylül 2012, s.257

hayatın olağan akışı içerisinde ortaya çıkma ihtimali bulunmadığı düşüncesindedir ve bu sebeple söz konusu suçlar ancak kasıt halinde ortaya çıkmış sayılır.

Bu suçların manevi unsuru olan “kast” olmaksızın suç oluşamayacaktır. Yargıtay 19. Ceza Dairesi bir kararında¹¹⁰ “*Radyo-TV kuruluşlarıyla yapılan sözleşmelerde; ilgili kuruluşların yayın alanı ve şekli ile dinleyici/izleyici kitlesinin taraflarca bilinmediğinin kabulü mümkün değildir. Dolayısı ile normal şartlarda sözleşme koşulları ve bedelinin de belirtilen ölçütlere göre saptanması gerektiği nazara alındığında, şifresiz ve abonelik esasına bağlı olmadan yapılan ulusal ve/veya bölgesel yayınların kapsama alanındaki herkesi ve her yeri dinleyici/izleyici hedef kitlesi olarak belirlediğinde şüphe bulunmamaktadır. Kişilerin cezai yönden sorumlu tutulmaları için “bilme ve isteme” kastının olması gerekmektedir. Kastın oluşabilmesi için kişi, gerçekleştireceği eylemin bütün bileşenlerini bilmeli ve sonucunu istemelidir. Bu unsurun olmaması ceza hukuku açısından kasıtlı suçlar yönünden cezalandıramama sonucunu doğurmaktadır. Yayın akışı ve koşulları hususunda hiçbir tasarruf yetkisi bulunmaksızın, bir müzik eserini televizyondan/radyodan yapılan yayın aracılığıyla ilgili işletmede müşterilerine dinletmekten/izletmekten ibaret eylemin hukuki ihtilaf niteliğinde olduğu nazara alındığında sanığın tazmini anlamda sorumluluğundan bahsedilebilir ise de, cezai yönden suç kastı bulunmadığı gözetilmeden beraati yerine mahkûmiyetine karar verilmesi kanuna aykırıdır.*” şeklinde karar vermiştir.

Esere sahibinin manevi haklarına tecavüz suçunun “olası kast” ile işlenmesi konusu tartışmalıdır. Bazı hallerde bu suç bakımından olası kastın uygulama alanı bulabileceği kabul edilmelidir. “Olası kast”ın hangi halde gerçekleşebileceği, TCK düzenlemesinde açık şekilde belirtilmektedir. TCK’nın 21 inci maddesinin 2’nci fıkrasında olası kast “*Kişinin, suçun kanunî tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi hâlinde olası kast vardır*” ifadeleriyle tanımlanmıştır. Olası kast her bir olayın somut vakıaları üzerinden durumun özelliklerine bakılarak incelenmelidir. Somut olaylar üzerinden değerlendirmede bulunmanın daha yerinde

¹¹⁰ 2015/15697E. 2018/7671K. 25.06.2018 gün.

olacağı düşüncesiyle, manevi haklara tecavüz suçlarının maddi unsurları incelenirken olası kast kurumunun uygulanması yönünden özellik arz eden hallerde ayrıca değinilecektir.

Eser sahibinin manevi haklarına tecavüz suçlarında kanuni tanımlamalarda belirlenen örneğin “*kaynak göstermeksizin iktibasta bulunmak*”; “*alenileşmiş bir eserin muhtevası hakkında kamuya açıklamada bulunmak*”; “*hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı satışı arz etmek*”¹¹¹ ve bunları satan¹¹² veya satın alan kişinin “*olası kast*” ile bu fiilleri işleyebilmesi mümkündür. İşledikleri fiillerin sonucu olarak suçun gerçekleşebileceğini öngörebilecek durumda olan failin “*olası kast*” ile suçu işlediği söylenebilir.

Yine bir diğer örnek üzerinde gidersek, “*Yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak gösterme*” suçunun olası kast ile işlenebilmesi için failin alıntı yaptığı kısımlar hakkında yapılan atıfların gerçeğe aykırılığını bilerek ve bunu isteyerek işlemesi gerekir. Diğer bir ifadeyle bu halde olası kast mümkündür¹¹³. Bu durumda ta kasten fiili işlemiş değilse ve sonuçlarını öngörebilecek haldeyse bu suç olası kast ile işlenmiş olur.

4. Maddi Unsur

Bir suçun ortaya çıkması için, yalnızca belirli fiillerin varlığı yeterli değildir. Kanunun o suç ve cezayı açıkça belirlemesi gerekir. Anayasanın 38’nci maddesi ve TCK’nın 2’nci maddesi suç ve cezada kanuniliği düzenlemiştir. Anayasa’nın 38. maddesinde “*Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar*” başlığı altında ve 5237 sayılı TCK’nın 2. maddesine göre suç ve cezanın kanuniliği ile belirliliği ilkeleri düzenlenmiş ve istisnasının olmadığı ve ceza içerene bütün düzenlemeleri kapsadığı 5’nci maddede belirtilmiştir. Bu düzenlemelere toplu olarak bakıldığında, kanunsuz suç ve ceza olamayacağı (Nullum crimen, nulla poena sine lege) ilkesi; suçun mahkemece sabit olana

¹¹¹ YARGITAY 7. Ceza Dairesi, 2002/3416E. 2002/3759K., 19.03.2002 gün.

¹¹² YARGITAY 7. Ceza Dairesi, 2002/3416E. 2002/3759K., 19.03.2002 gün.

¹¹³ Büşra DEMİRAL BAKIRMAN, “*İntihal Suçları*”, CHKD, Cilt: 3, Sayı: 2, 2015, s.71.

kadar kimsenin suçlu sayılamayacağı ilkesi; cezanın şahsiliği ilkesi; hiç kimsenin, işlendiği zaman yürürlükteki kanunlara göre açıkça suç sayılmayan bir fiil dolayısıyla cezalandırılmayacağı ve bir güvenlik tedbiri uygulanamayacağı; kimsenin suçu işlediği zamanda kanunun o suç için belirlediğinden daha ağır bir ceza verilemeyeceği şeklinde temel ilke ve kurallar görülür. Bu ilke ve kurallarla kişisel özgürlüğü ve dokunulmazlığının böylece sağlanmasına çalışılmıştır¹¹⁴.

Eser sahibinin manevi haklarına tecavüz suçunda da diğer bütün suçlar gibi ceza hukukunun temel prensiplerinden olan “kanunilik ilkesi” ve bahsi geçen diğer ilke ve kurallar geçerlidir. Kanunilik ilkesi bu suçların da kanunda açıkça ve karışıklığa izin vermeyecek şekilde tanımlanması gerektiğini içerir.

Suç ve ceza hükümleri kanunla tasarlanırken suçun maddi unsurlarının kanun metninde açıklanmış olması ve hangi fiillerin suçun oluşması için şart olduğu açıkça ve ayrı ayrı belirlenmiş olmalıdır. İcrai veya ihmali olarak ortaya çıkabilecek “hareket”, suç tanımında belirlenmiş olan ya da tanımında belirtilen “netice”yi gerçekleştirmek üzere yapılan “iradi” bir davranışı ifade eder. Suç, “bağlı hareketli suç”¹¹⁵, veya “serbest hareketli suç”¹¹⁶ olarak nitelendirilebilir. “Seçimlik hareketli suçlar”da fiil birden çok olsa sonuçta bile tek bir suç oluşacağı için fail, tek bir suçtan dolayı hüküm giyecektir¹¹⁷.

Örneğin, hak sahibinin yazılı izni alınmaksızın “eserin umuma iletilmesi suçu” icrai bir suçtur. Aynı zamanda “seçimlik hareketli bir suç” oluşturur¹¹⁸. Suçun

¹¹⁴ Hüsamettin UĞUR, “Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Karşısında Yaptırımsız Kalan Bazı Suçlar”, TBB Dergisi 2010 (91), s. 303 vd.

¹¹⁵ Madde metninde belirli hareketlerin yapılmasıyla suçun oluşacağı düzenlenmiş ise “bağlı hareketli suç” oluşur.

¹¹⁶ Kanun, hareketin varlığından çok hareket devamında oluşabilecek bir sonucun gösterilmesini öne alarak bir düzenleme yapmışsa burada “serbest hareketli suç” ortaya çıkmış olur.

¹¹⁷ DÖNMEZER; ERMAN, C.I, s.362-373; Nurullah KUNTER, , “Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi”, İstanbul 1954, s.14-15; CENTEL, ZAFER, ÇAKMUT, s.258; ALACAKAPTAN, s.42; ARTUK, GÖKÇEN, YENİDÜNYA, s.440; İÇEL, Kayıhan, “Suçların İctimar”, Sermet Matbaası, İstanbul 1972, s.198.

¹¹⁸ İÇEL, Kayıhan, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, İstanbul, 2016, s. 268 vd.; Yazıcıoğlu, age, s. 211-212. Tehlike suçu kavramı için bkz. ÖZGENÇ, İzzet , “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, Ankara, 2015, s. 212; GÜNER, agm, s.1940.

oluşabilmesi için ayrıca bir sonucun meydana çıkması gerekmediğinden “neticesi harekete bitişik bir suç” görünümündedir.

FSEK’de düzenlenen suçların tamamı için doktrinde “neticesi hareketle bitişik suç” nitelemesi kullanılmıştır.¹¹⁹. Ayrıca hak sahibinin halinde bu suç gerçekleşmiş olacağından hak sahibinin yazılı izni olmaksızın eserin umuma iletilmesi suçunda yazılı izni olmaksızın eserin umuma iletilmesinin gerçekleşmesiyle suç ortaya çıkacağından “soyut tehlike suçu” olur. Kanundaki fiilin işlenmesi yeterlidir ve suç konusu üzerinde ayrıca bir tehlikenin oluşup oluşmadığına bakılmaz¹²⁰.

FSEK kapsamında, eser sahibinin manevi haklarına tecavüz suçunun maddi unsurlarına dönecek olursak:

Manevi haklar FSEK’in 14’üncü maddesi ve devamında “umuma arz salahiyeti” (14 ncü md.), “adın belirlenmesi salahiyeti” (15 inci madde), “eserde değişiklik yapılmasını menetmek” (16’ncı md) başlıkları olarak düzenlenmiştir. Hak sahibinin zilyed ve malike karşı ileri sürebileceği haklar kanunun üçüncü bölümünde manevi hakları düzenleyen maddeleri arasında yer almıştır

FSEK 71 inci maddesinin 1. fıkrasının 2., 3., 4., 5., 6., bentleri, eser sahibinin manevi haklarını korumak üzere, eser sahibinin manevi haklarına tecavüz suçunun maddi unsurlarına yer vermiştir:

a. Başkasının eserine kendi eseri olarak ad koyma

FSEK 71 nci maddesinin 2 nci fıkrasında kanun koyucu, “*Başkasına ait esere, kendi eseri olarak ad koyan kişi altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılır.*

¹¹⁹ KUNTER, “Suçun Maddi Unsurları”, s.107; DÖNMEZER; ERMAN, C.I, s.381-382; CENTEL; ZAFER; ÇAKMUT, s.259-260

¹²⁰ GÜNER, *agm*, s.1940.

Bu fiilin dağıtmak veya yayımlamak suretiyle işlenmesi hâlinde, hapis cezasının üst sınırı beş yıl olup, adli para cezasına hükmolunamaz.” kanuni güvencesini tanıyarak eser sahibinin manevi haklarını koruma altına almıştır.

Bir eserin ortaya çıkarıcı üreticisi eserine ad koyma hakkına sahiptir. Bu manevi hak, eser sahibine kendi hususiyetini taşıma yoluyla eser adını da belirlemek ve böylece eserin nasıl tanınması gerektiği konusunda tercihini dışa vurur. Eser sahibi, eserin tanınması, yayılması ve tanıtılması için hedef kitle için ilgi çekici bir isim koymak hakkına sahiptir. Eser sahibi, eserini diğerlerinden ayırmak üzere “ad koyma” hakkını kullanarak dilediği bir ismi belirleyebilir. Bu hak eser sahibinindir ve kanun koyucu tarafından özel olarak ayrıca düzenlenmiştir.

kanun koyucunun amacı eser sahibinin manevi haklarını korumak olduğundan, “ad koyma yetisi” manevi hakkı, eser sahibinin manevi haklarına tecavüz suçları içerisindedir.

Burada suç olarak düzenlenen unsur, intihalin sadece bir türü olan “eserin tümünün aşırılmasına” münhasır olup, eser kısmen aktarılmışsa 3 üncü bentteki suç oluşur¹²¹.

Örneğin, kanunda, başkasına ait bir müzik eserine kendi eseri gibi ad koyan kişinin durumu belirlenmediğinden failin bu fiili, “serbest hareketli suç” olur. Fiilin dağıtmak veya yayımlamak yoluyla işlenmesi arandığı için burada suçun nitelikli hali bağlı hareketli olmaktadır. Kanundaki fiillerin icrasıyla suç gerçekleşmiş olur ve “sırf hareketli suç” olur. Suçun aynı zamanda, zararlı bir sonucu ortaya çıkarması şartı arandığı için bir zarar suçudur¹²².

¹²¹ BOZBEL, *age*, s.586; bkz. TEKİNALP, *age*, S. 112; İntihal Suçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Büşra DEMİRAL BAKIRMAN,; “**İntihal Suçları**”; Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi; C. 3, S. 2, İstanbul 2015; İntihal kavramı için bkz. Yücel OĞURLU, , “**Akademik kalitesizliğe “dur” denmezse sonuçları vahim olacak (I)**”, Diriliş Postası, 23.02.2019; Yücel OĞURLU, “**İntihal, Türk Akademik Hayatını Kısırlastıran Bir Derttir**”, 7.11.2015 <https://yucelogurlu.wordpress.com/2015/11/07/intihal-turk-akademik-hayatini-kisirlastiran-bir-derttir/> (Çevrimiçi)

¹²² Tülay KİTAPÇIOĞLU: “**Müzik Eserlerinde İntihal Suçları**”, www.insanihakuk.com/files/articles/tulay-kitapcioglu--muzik-eserlerinde-intihal-suclari.pdf_1357819339.pdf, s.7.

“Bir esere kendi eseri olarak ad koymak” suçu tek başına cezalandırılabilir. Fiilin sonucunda eser sahibinin manevi hakları zedelenir. Neticesi harekete bitişik suç olduğundan failin kasıt ile işlediği hareketi tamamlandığında suç tamamlanmış olur. Bu suçlar, ancak kasıtle işlenebilirler ve taksir ya da olası kast ile gerçekleştirilemezler.

FSEK 71 inci maddesinin 2’nci bendinde failin başkasına ait bir esere kendi eseriymişçesine ad koyması suç olarak belirlenmiştir. Bunun yanında, başkasına ait bir eseri dağıtmak ya da yayımlamak yoluyla kendi eseriymişçesine ad koyma fiilleri cezalandırılmaktadır.

Eseri yayma hakkı, ise öncelikle mali haklardan olup, FSEK’de 23’üncü maddede düzenlenmiştir. Maddeye göre, “bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak hakkı münhasıran eser sahibine aittir” (FSEK’in 23/1.). Bununla eser sahibinin tekelinde olan, diğer bir ifadeyle münhasıran ona ait olan haklar eserin aslı ya da çoğaltılmış nüshalarının kiralanması, ödünç verilmesi, satışa çıkarılması ve diğer yollarla dağıtılması haklarıdır¹²³.

Suçun temel hali “başkasına ait esere kendi eseri olarak ad koyma” olduğundan dağıtmak ve yayımlamak yoluyla bu suçun işlenmesi eser sahibinin manevi haklarına tecavüz suçlarındandır. Madde, dağıtma hakkının eser sahibine ait olduğunu ve bu hakkı hakıyla kiralama, ödünç verme, satışa çıkarma ya da diğer yollarla kullanılabileceği metinde sıralanmıştır.

5187 sayılı Basın Kanunu’nun 2’nci maddesinde “yayım” ifadesi “*Basılmış eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulması*” şeklinde bir tanım yapılmıştır.

Yayımlamak fiili FSEK 7’nci maddesine göre “*Bir eserin aslından çoğaltma ile elde edilen nüshaları hak sahibinin rızasıyla satışa çıkarılma veya dağıtılma yahut*

¹²³ Mustafa AKSU, “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Yayma Hakkının Tükenmesi ve Avrupa Adalet Divanının 3 Temmuz 2012 Tarihli Usedsoft/Oracle Kararının Hukukumuzda Bu Açıdan Etkisi Bağlamında Değerlendirilmesi”, TFM 2015/1, s.1.

diğer bir şekilde ticaret mevkiine konulma suretiyle umuma arz edilirse o eser yayımlanmış sayılır.”

“Eserin hak sahibinin rızası ile satışa çıkarılma, dağıtılma veya herhangi bir şekilde ticaret amaçlı kullanıma sunulması suretiyle umuma arz edilmesi”yle eser yayımlanmış sayılır.

Örneğin, bir ilaç laboratuvarında yeni bulunan bir ilacın çoğaltılması ve dağıtımının için bir dağıtımçı şirket ile anlaşılmış eser sahibi formüle uygun üretilen ilaca bir ad vermeden, dağıtımçı şirket ilaca bir ad vererek piyasaya sürmüş olsa dağıtmak suretiyle başkasına ait esere kendi eseri gibi ad koyma suçu bütün unsurlarıyla oluşmuş olacaktır.

b. Bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunma ve eserle ilgili olarak yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak gösterme

FSEK “iktibas” kavramının, eser sahiplerinin haklarının sıklıkla ihlal edildiği alan “iktibas”tır. “Eserle ilgili olarak yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak gösterme” suçları iktibasla ilgilidir ve manevi haklara tecavüz suçunun maddi unsuru içerisindedir. İktibas¹²⁴ Osmanlıca-Türkçe Lügatte “bir kelimeyi, bir cümleyi veya bunların manalarını olduğu gibi alma, aktarma” olarak tanımlanır. TDK ise kavramı, ödünç almak ve alıntılanmak¹²⁵ olarak tanımlamıştır.

“Bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunma ve eserle ilgili olarak yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak gösterme” suçu bütün diğer manevi haklara tecavüz suçları gibi ancak kasten işlenebilen bir suç türüdür. Maddede belirli bir amaca yönelik hareket aranmadığından kasıt, genel kast olarak kabul edilir. Bu suçun “olası kast” ile işlenmesi mümkün değildir¹²⁶. Olası kastta, fail bir amacı gerçekleştirmek

¹²⁴ Özge ÖNCÜ; “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İktibas Serbestisi ve Sınırları”; Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi; 2009.

¹²⁵ TDK, Türk Dil Kurumu Sözlüğü (Çevrimiçi) http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts&kategori=veritbn&kelimesec=166822.

¹²⁶ ÖZGENÇ, age, s.33.

üzere hareketleri icra ederken, sonuca ulaşmak için muhtemelen oluşabilecek yan neticeleri de öngörmüştür. Ancak, “yan neticeler”in ortaya çıkma ihtimaline karşı kayıtsız ve umursamazdır. Bunun anlamı doğabilecek bu sonuçları kabullenmektir¹²⁷.

İktibas ile ilgili tanımlamalar, FSEK’in 30, m.31, m.32, m.33, m.34, m.35, m.36, m.37, m.38, m.40, m.41 hükümlerinde yer almaktadır. FSEK 35’nci maddede iktibasın nasıl olacağı ve bu fiilin 3 üncü bentte gösterilen şekilde suç sayılabilmesi için kaynağın hiçbir şekilde gösterilmemiş olması aranır.

Eser sahibinin çoğaltma ve yayma hakkının ihlalinde bir istisna olarak hukuka uygunluk sebeplerinden birisi olan FSEK’in 30’uncu maddesinde kamu düzeni (amme intizamı) gösterilmiştir. Maddeye göre, eserin ispatı amacıyla mahkeme ve diğer resmi makamlarda kullanılabilmesine; fotoğraflarının adli amaçlar ve güvenlik amacıyla resmi makamlar ve onların emriyle her şekilde çoğaltılabileceği, yayılabileceği ve bunun için de eser sahibinin rızasına gerek olmadığı düzenlenmiştir. Aslında suç oluşturan bu haller, maddedeki amaçlarla ve usullerle yapıldığında hukuka aykırılık ortadan kalkacağından suç oluşmayacaktır.

FSEK’in 31’inci maddeyle kanun koyucu, kendi iradesi ile “genel menfaati sağlamak” üzere vazgeçmiştir. Maddeye göre, resmen yayımlanan ya da ilan edilen kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, yönetmelik, tebliğ, genelge ve kazai kararların çoğaltılması, yayılması, işlenmesi ya da her hangi bir şekilde bunlardan yararlanılması herkese serbest kılınmıştır. Düzenlemenin amacı, toplumun genel menfaati yani kamu yararadır.

FSEK’in 32’nci maddesine göre TBMM ve diğer resmi meclis ve kongrelerde, mahkemelerde, halka açık toplantılarda söylenen sözlerin ve nutukların, haber mahiyetinde ve bilgilendirme amacıyla çoğaltılması ve yayımına izin verilmiştir. Olayın

¹²⁷ Yusuf YAŞAR: Nil M. G DİKEN.: “**Karar İncelemesi-Bilinçli Taksir ve Olası Kast (Dolus Eventualis) Farkının Değerlendirilmesi**”, Social Sciences Research Journal, Volume 7, Issue 1, 97-113 March 2018, s. 97.

niteliğine ve halin gerektirdiği durumlarda söz ve nutuk sahiplerinin isimlerinin belirtilmesi gerekir. Haber ve bilgilendirme amacı dışında maddede belirtilen söz ve nutukların çoğaltılması ya da yayılması hakkı eser sahibininindir. kanun koyucu düzenlemede 31 nci maddedeki gibi “genel menfaati sağlamak” amacını belirlemiştir. Bu tür yerlerde söylenen söz ve nutukların toplumun genelini ilgilendirmesi dolayısıyla “genel menfaat”e yöneldiği düşünülmektedir.

Bu suç, yukarıda verilen kapsamdaki söz ve nutukların haber ve bilgilendirme amacını taşımadan ya da olayın niteliği ve durumun gerektirdiği haller dışında, söz ve nutuk sahiplerinin isimlerini “kasten” anmamak ile oluşur. Ancak olayın mahiyeti ve durumun gerektirdiği haller hakkında kanuni bir tanım bulunmamasıyla madde metninin uygulama alanı genişlemekte ve hem hakkı ihlal edilen hem de hakkı ihlal eden bakımından uygulama yoruma açık hale gelmektedir.

Eğitim ve öğretim için seçme ve toplama eserler örneği: FSEK’te telif hakkı istisnalarından ikisi eğitim konusu ile ilgilidir. Bunlar, temsil serbestisi hakkındaki ilişkin FSEK 33’üncü madde ile seçme ve toplama eserler oluşturulması hakkındaki FSEK 34 üncü madde düzenlemeleridir¹²⁸.

FSEK’in 33’üncü maddesine göre¹²⁹ eser sahibinin önceden yayımlanmış olduğu eser, kâr amacı güdülmeksizin eser sahibinin ve eserin adının açıkça belirtilmesi kaydıyla kullanılabilir. Eser sahibi ve eser adının açıkça belirtilmemesi durumunda kaynak göstermeden iktibasta bulunmak suçu ortaya çıkmış olur.

FSEK 34’üncü maddesinin 3 üncü fıkrasında düzenlenen eğitim ve öğretim amacı dışında seçme ve toplama eserlerin oluşturulması eser sahibinin rızasına bağlıdır. Onun rızası olmadan iktibas yapılırsa, kaynak göstermeksizin iktibasta bulunma suçu oluşmuş olur.

¹²⁸ Hayri BOZGEYİK: “**Telif Hukukunda Eğitim İstisnası**”, TFM, 2015/2, s.25.

¹²⁹ “Yayımlanmış bir eserin; tüm eğitim ve öğretim kurumlarında, yüzyüze eğitim ve öğretim maksadıyla doğrudan veya dolaylı kâr amacı gütmeksizin temsili, eser sahibinin ve eserin adının mutlak şekilde açıklanması şartıyla serbesttir.”

FSEK 34'üncü maddesinde¹³⁰ “eğitim ve öğretim için seçme ve toplama eserler” başlığı altında, eğitim ve öğretim için bir eserden iktibas yapılması suretiyle “seçme ve toplama eserlerin” oluşturulabilmesine izin vermektedir. 2001 değişikliğiyle eser sahibinin rızası olmak kaydıyla eğitim ve öğretim amacı dışında iktibas yoluyla seçme ve toplama eserler oluşturulması sınırlı türde bazı eserler için¹³¹ geçerli sayılmıştır.

FSEK 6'ncı maddesinde bahsi geçen derlemeler FSEK 34'üncü maddede yer alan derlemeler arasında fark vardır: Bu ikisi, derlemenin amacı ve derleme konusu olan eser sahiplerinden izin alma gerekliliği bakımından farklıdır. Çünkü derleme eser sahibinin malî haklarından olduğundan 6 ncı maddedeki derlemelerde bir izin gerekli değildir. FSEK 34 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasına göre eser sahibinin izni olmak kaydıyla “yayımlanmış musikî, ilim ve edebiyat eserleri”yle artık “alenileşmiş güzel sanat eserleri”nden, iktibaslar yapılarak eğitim ve öğretim amacı dışında seçme ve toplama eserler oluşturulabileceği düzenlenmiştir¹³².

FSEK'in 32 inci maddesinde yer verilen genel menfaat amacıyla, 33 üncü maddedeki eğitim öğretim amaçlı fiiller; FSEK'in 34 üncü maddesinde düzenlenen eğitim ve öğretim amacıyla seçme ve toplama eserlerin oluşturulması; FSEK'in 35 inci maddesinde düzenlenen “eser sahibinin ismi belirtilmek suretiyle gerçekleştirilen

¹³⁰ FSEK'in 34 “Yayımlanmış musiki, ilim ve edebiyat eserlerinden ve alenileşmiş güzel sanat eserlerinden, maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde iktibaslar yapılmak suretiyle, hal ve vaziyetinden eğitim ve öğretim gayesine tahsis edildiği anlaşılan seçme ve toplama eserler vücuda getirilmesi serbesttir. 2 nci maddenin üçüncü bendinde ve 4 üncü maddenin birinci fıkrasının birinci ve beşinci bentlerinde gösterilen neviden eserler, ancak seçme ve toplama eserin münderecatını aydınlatmak üzere iktibas edilebilir. Ancak bu serbestlik, hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar verir veya eserden normal yararlanma ile çelişir şekilde kullanılamaz. Münhasıran okullara mahsus olarak hazırlanan ve Milli Eğitim Bakanlığı tarafından onanan (okul-radyo) yayımları için de birinci fıkra hükümleri uygulanır. (Ek: 21/2/2001 - 4630/18 md.) Yayımlanmış musiki, ilim ve edebiyat eserlerinden ve alenileşmiş güzel sanat eserlerinden, iktibaslar yapılmak suretiyle eğitim ve öğretim gayesi dışında seçme ve toplama eserler vücuda getirilmesi ancak eser sahibinin izniyle mümkündür.”

¹³¹ Yayımlanmış musiki, ilim ve edebiyat eserleri ve alenileşmiş güzel sanat eserleri

¹³² BOZGEYİK, **agm**, s.30.

fiiller”, bu suç bakımından niteliği bağdaştığı hallerde bir “hukuka uygunluk sebebi” oluştururlar¹³³.

Kaynak Göstermeden İktibas Suçu Örneği: 34 üncü maddeden anlaşılacağı eser sahibinin rızası ile eğitim ve öğretim amacıyla seçme ve toplama eserlerin oluşturulması gerçekleşmişse bu “manevi haklara tecavüz suçu” için bir hukuka uygunluk sebebi ortaya çıkmış sayılır. Maddede belirli eser türleri tahdidi olarak sayılmıştır. Maddede zikredilmeyen eser türleri bakımından ise eser sahibinin izni olmadan iktibasa izin verildiği anlaşılmaktadır.

FSEK 34 üncü maddesinin son fıkrasında maddede sayılan hallerin hepsi için eser ve eser sahibinin adının belirtilmesi şarttır. Aksi halde, *kaynak göstermeksizin iktibasta bulunma suçu* ortaya çıkar. Eser sahibinin rızası olmasa da eserin ve eser sahibinin adının mutlaka belirtilmesi gerekir. Aksi halde, “kaynak göstermeksizin iktibas suçu” oluşmuş olur.

FSEK’nin 35 inci maddesinde¹³⁴, de “iktibas serbestisi” başlığı ile hangi hallerde iktibas yapılabileceği tahdidi surette düzenlenmiştir. Maddede düzenlenen “alenileşmiş bir eser”den iktibas yapılabilme gibi belirli durumlarda iktibasa izin verilmiştir. Madde metnine sadık kalarak yorumlarsak şu hallerin açıkça düzenlenerek istisna tutulduğu görülür:

- *Bir ilim ve edebiyat eserine alenileşmiş bir eserin bazı cümle ve fıkralarının bağımsız olarak alınması;*

¹³³ BAYINDIR, **agm**, s.327.

¹³⁴ “Madde 35 – Bir eserden aşağıdaki hallerde iktibas yapılması caizdir: 1. Alenileşmiş bir eserin bazı cümle ve fıkralarının müstakil bir ilim ve edebiyat eserine alınması; 2. Yayımlanmış bir bestenin en çok tema, motif, pasaj ve fikir nevinden parçalarının müstakil bir musiki eserine alınması; 3. Alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ve yayımlanmış diğer eserlerin, maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde ve münderacatını aydınlatmak maksadiyle bir ilim eserine konulması; 4. Alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ilmi konferans veya derslerde, konuyu aydınlatmak için projeksiyon ve buna benzer vasıtalarla gösterilmesi. İktibasın belli olacak şekilde yapılması lazımdır. İlim eserlerinde, iktibas hususunda kullanılan eserin ve eser sahibinin adından başka bu kısmın alındığı yer belirtilir.”

- *Yayımlanmış bir bestenin tema, motif, pasaj ve fikri türünden bazı parçalarının bağımsız bir müzik eserine alınması*

- *Alenileşmiş güzel sanat eserleri ve yayımlanmış diğer eserlerin, amacın haklı göstereceği bir oranda ve içeriğini aydınlatmak amacıyla bir ilim eserine konulması;*

- *Alenileşmiş güzel sanat eserlerinin bilimsel konferans ya da derslerde, konuyu aydınlatmak üzere projeksiyon ve benzeri araçlarla yansıtılarak gösterilmesi.*

Maddede sayılan her halde iktibasın belirli olacak şekilde yapılması aranmaktadır. Eser sahibinin, eser adının ya da iktibas edilen kısmın belirtilmemiş olması durumunda iktibas suçu ortaya çıkmış olur. Hak sahibinin rızası göstermesi halinde ve eser sahibi ile eser adının belirtilmesi durumunda hukuka uygunluk sebebi doğmuş olacaktır. FSEK 35 inci maddenin son fıkrasında, ilim eserlerinde için kullanılan eserin ve sahibinin isimleri yanında iktibas edilen kısmın gösterilmesi gerektiğini aramaktadır.

FSEK'in 36 ncı maddesinde¹³⁵ basın ve radyo aracılığıyla kamuya yayılmış günlük haberlerin serbestçe iktibas edilebileceğini düzenlemiştir. Bunun için iktibas haklarının saklı tutulmamış olması gerekir. Ya da diğer bir kaynaktan alıntı yapılmışsa kaynağın adı, tarihi, sayısı ve makale yazarlarının adının (veya müstear adı) belirtilmiş olması gerekir.

FSEK'in 36 ncı maddesinde sayılan durumlarda kaynak adı, tarihi ve sayısı, makale sahibi veya sahiplerinin ad, müstear ad ve alamatlerinin gösterilmesi beklenir.

¹³⁵ “Madde 36 – Basın Kanununun 15'inci maddesi hükmü mahfuz kalmak üzere basın veya radyo tarafından umuma yayılmış bulunan günlük havadisler ve haberler serbestçe iktibas olunabilir. Gazete veya dergilerde çıkan içtimai, siyasi veya iktisadi günlük meselelere mütaallik makale ve fıkraların iktibas hakkı sarahaten mahfuz tutulmamışsa aynen veya işlenmiş şekilde diğer gazete ve dergiler tarafından alınması ve radyo vasıtasıyla veya diğer bir suretle yayılması serbesttir. İktibas hakkı mahfuz tutulsa bile sözü geçen makale ve fıkraların kısaltılarak basın özetleri şeklinde alınması, radyo vasıtasıyla veya diğer bir suretle yayılması caizdir. Bütün bu hallerde, iktibas edilen gazete, dergi ve ajansın ve eğer bunlar da başka bir kaynaktan alınmışlarsa o kaynağın adı, tarih ve sayısından başka makale sahiplerinin adı, müstear adı veya alamatleri zikredilmek icab eder.”

Bu şarta uyulmazsa “kaynak göstermeksizin iktibasta bulunmak suçu” ortaya çıkmış olur.

FSEK’in 37 nci maddesinde fikir ve sanat eserlerinin bilgilendirme amacıyla haber niteliği taşımak kaydıyla kayıt altına alınması ve bazı parçalarının çoğaltılma, yayılma, temsil edilme ve yayınlanması belirli şartlarla hukuka uygun kabul edilmiştir. Hak sahibinin eser üzerindeki hukuki mali ve manevi çıkarlarına zarar vermemek ve eserden normal şekilde yararlanmaya aykırı olmamak üzere yararlanmak serbesttir. Eser sahibinin menfaatlerine verilecek zarar ve normal yararlanma gibi kavramlar her bir somut olayın özelliklerine bakılarak tespit edilmelidir.

FSEK’in 38 inci maddesinde¹³⁶ fikir ve sanat eserlerinin kişisel kullanımına konusunda “*Bütün fikir ve sanat eserlerinin, kâr amacı güdülmeksizin şahsen kullanmaya mahsus çoğaltılması mümkündür. Ancak, bu çoğaltma hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar veremez ya da eserden normal yararlanmaya aykırı olamaz.*” denilerek bir sınır çizilmiştir.

Kar amacı olmaksızın, fikir ve sanat eserlerinin sadece kişisel kullanıma has olmak üzere çoğaltılması halinde hak sahibinin çıkarlarına zarar verilmiyor ve normal yararlanma sınırları içinde yararlanılıyorsa bu yararlanma makul görülmektedir.

FSEK’in 40 ıncı maddesinde kanun koyucu, kopyalanan ve umuma sergilenen eserler hakkında düzenlemeler getirmiştir. Maddede “*umumi yollar, caddeler ve meydanlara, temelli kalmak üzere konulan güzel sanat eserlerini; resim, grafik, fotoğraf ve saire ile çoğaltma, yayma, umumi mahallerde projeksiyonla gösterme, radyo ve benzeri vasıtalarla yayımlama caizdir. Bu salahiyet mimarlık eserlerinde yalnız dış şekle münhasırdır.*” denilmiştir.

FSEK’in 40 ıncı maddesinde eser sahibine bir yükümlülük yüklemektedir. Eserinin üzerinde açıkça diğerlerini bu kullanımdan yasaklayan bir kayıt koyması gerektiği madde metninde ifade edilmiştir. Eğer böyle bir kayıt konulmamışsa, güzel

¹³⁶

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 6932E.,1977K. 23.02.1973T.

sanat eserleri, malikleri ya da onların muvafakat göstermeleriyle diğer insanlar tarafından halka açık yerlerde teşhir edilebilecekleri belirtilmiştir.

FSEK'in 40 ıncı maddesinde düzenlenen ve son bentte açık artırma ile satılacak fikir ve sanat eserlerinden satılacak eserler halka açık olarak ilgililere teşhir edilebilirler. Eserin satışının sağlanması amacıyla sergi açık artırmayı düzenleyenler katalog, kılavuz ya da benzeri basılı eserler ile eseri çoğaltabilir ve yayabilirler.

Kaynak göstermeksizin iktibasta bulunmak suçunun oluşumunda mağdurun ayrıca zarara uğraması gerekli değildir ve suç tehlike suçu olarak kabul edilmelidir. Bu suçun 30 'uncu madde ve vd. düzenlemelere bakıldığında suç konusunun sınırlandırıldığı görülür. Bu düzenlemeler, kanun koyucunun iktibasa izin verdiği hallere aykırı iktibas, cezalandırılacaktır. Kaynak gösterilmiş olsa da yetersiz, aldatıcı veya yanlışsa bu durumda "kaynak göstermeksizin iktibasta bulunmak suçu" oluşmaz. Oluşan suçun, FSEK 71 inci maddesinin 5 inci fıkrası kapsamında olduğu değerlendirilmelidir.

FSEK'in 30 maddesi ve devamı maddelerinde "*kaynak göstermeksizin iktibasta bulunma suçu*" yanında "*eserle ilgili olarak yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak gösterme*" suçu da dikkate alınmalıdır. kanun koyucunun bu iki suçu birbirinden ayırmıştır. Ancak 2008 yılı kanun değişikliği gerekçesine bakıldığında: "*İntihal bakımından bir eserin tamamının sahiplenilmesi ile bir kısmının sahiplenilmesi arasında fark yoktur. Bir eserden kaynak göstermeksizin yapılan alıntılar da intihal kavramı içerisinde telakki olunmaktadır.*¹³⁷" FSEK 71'inci maddesinin 3'üncü fıkrası ile 71 inci maddesinin 5 inci fıkrasında eser sahibinin manevi haklarına tecavüz suçlarının somut olayda uygulanabileceği durumlar 30 'uncu madde vd. maddelerinde, belirtilen iki durumda da uygulanabilecektir.

Bu suçta da eser sahibinin yazılı ya da sözlü muvafakatı suçun oluşmasına engeldir. Suçun işlenmesinden sonra rıza gösterilmesi ise olsa olsa şikayetten vazgeçme kapsamında düşünülmelidir.

¹³⁷

TEKİNALP; s.153

İntihal, genel olarak eser hırsızlığı anlamında kaynak göstermeksizin başkalarının eserlerinden aşımak anlamına gelir¹³⁸. İntihal kavramı, hukuken “*failin bir başkasının eserine kendi eseriymiş gibi yani kendisi eser sahibiymiş gibi ismini vermesine veya bir eserden kaynak göstermeden alıntılar yapmasına yahut bir eseren yaptığı alıntılara ilişkin olarak yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak göstermek*” anlamına gelir¹³⁹. Yükseköğretim Kurulu Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi’nin 8. maddesine göre intihal “*Başkalarının fikirlerini, metotlarını, verilerini, uygulamalarını, yazılarını, şekillerini veya eserlerini sahiplerine bilimsel kurallara uygun biçimde atıf yapmadan kısmen veya tamamen kendi eseriymiş gibi sunmak*” olarak tanımlanmıştır. .

FSEK’de kanun koyucunun döneminin şartları için öngörülebiyecek bütün durumları içerecek kazuistik metoda benzer bir yol izlemiştir. FSEK’de kanunun düzenlemediği özel hukuka ilişkin konularda kıyas yöntemi uygulanabilir; ancak ceza konularında kanunda düzenlenmeyen bir suç ve ceza boşluk doldurma yoluyla ihdas edilemez.

c. Hak sahibi kişilerin izni olmaksızın alenileşmemiş eserin muhtevası hakkında kamuya açıklamada bulunma

Bu suçun ortaya çıkabilmesi için üç unsurun bir arada bulunması gerekir. Bunlardan ilk unsur, eser bakımından alenileşmemiş olmasıdır. İkinci unsur eser sahibinin izninin olmamasıdır. Üçüncü unsur ise eserin içeriğine dair kamuya açıklamada bulunma unsurudur.

Eserin, “*alenileşmemiş*” sayılabilmesi için, FSEK’in 7 nci maddesi düzenlemesini incelemek gerekir. Eserin alenileşmesi için “*hak sahibinin rızası*”, diğer bir ifadeyle eser sahibinin muvafakati ve kamuya açma anlamında “*umuma arz*”

¹³⁸ İntihal türleri için bkz. Yücel OĞURLU; “**İntihal, Türk Akademik Hayatını Kısırlastıran Bir Derttir**”, 7.11.2015, <https://yucelogurlu.wordpress.com/2015/11/07/intihal-turk-akademik-hayatini-kisirlastiran-bir-derttir/> (Çevrimiçi)

¹³⁹ R. Yılmaz YAZICIOĞLU; “**Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar**”, On İki Levha Yayıncılık, Temmuz 2009, s.233.

olmalıdır. Eserin içeriğini (muhtevası) kamuya sunmak eser sahibinin eseri hakkında halka duyurmak istediği bütün bilgiler anlamına gelir. Nitekim eserin içeriği hakkında açıklamada bulunmak, eserin halk içerisinde duyurulmasında ve bilinmesinde önemlidir.

Eserin içeriği hakkında kamuya açıklamada bulunacak kişi, eser sahibinin eseri üzerindeki manevi haklarından “umuma arz salahiyeti”ne diğer bir deyişle kamuya sunma yetkisine saygı göstermelidir. Onun rızası alınmaksızın açıklama yapılması bu yetkinin ihlali olarak suçtur.

Manevi hakların ihlalinde eser sahibinin rıza göstermesinin hukuka uygunluk sebebi olduğu ve eser sahibinin, eser içeriğini kamuya açıklamak üzere bir kişiyi yetkilendirmiş olması halinde de sadece o kişi yetkili olacaktır. Eser sahibinin rızası yoksa FSEK 14 üncü maddede belirlenen yetki sınırı aşılabacak ve suç ortaya çıkacaktır. Eserin içeriğini açıklama ile yetkilendirilen kişi verilen yetki ile sınırlıdır. Eser sahibi, kanunun kendisine verdiği yetkiyi üçüncü kişiye devrederken her iki taraf da bu yetkinin hayatın olağan akışındaki sınırlarla sınırlı olacağını bilir. Bu kişi verilen yetkisinin sınırlarını aştığında bu suç ortaya çıkar.

İfade etmek gerekir ki eseri kamuya açıklama yetkisi, eseri umuma sunmaya veya sunmamaya karar karar verme yetkisini, ne zaman sunulacağını ve sunulma tarzını belirleme, eserin içeriği hakkında bilgi verebilme yetkilerini içermektedir. Eserin içeriği hakkında bilgi verme hakkı, her eser için geçerli değildir: Bütünü veya esaslı bir kısmı alenileşmemiş olan eserler veya ana hatları henüz kamuoyuna sunulmayan eserleri kapsar¹⁴⁰.

Örneğin eserin, sosyal bir meseleye ilişkin çözüm önerileri çözüm önerileri önermesi halinde eser sahibinin çözüm önerilerini açıklaması beklemek hayatın olağan akışına terstir. Bununla birlikte, eser sahibinin eserin içeriğini kamuya sunmaya rıza göstererek bir kişiyi yetkilendirmesinde bile, bu önerileri izinsiz açıklaması halinde suç oluşmuş olur.

¹⁴⁰

ARSLANLI, s.81; EREL, s.118

Buna göre hak sahibi kimselerin izni olmaksızın, alenileşmemiş bir eserin muhtevası hakkında kamuya açıklamada bulunan kişi, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu bent bir manevi hakkın ihlalini düzenlemektedir. Suçun maddi unsurları FSEK'in 14'üncü maddesi kapsamında değerlendirilmelidir. Eserin alenileşmiş olup olmadığı FSEK'in 7 nci maddesine göre değerlendirilmelidir.¹⁴¹

d. İcrayı, fonogramı veya yapımı tanınmış bir başkasının adını kullanarak çoğaltılması, dağıtılması veya yayımlanması

2008 değişikliklerinden önce FSEK 71 inci maddesinin b-3 fıkrasında suç olarak gösterilen “başkasının eserini kendi eseri veya kendisinin eserini başkasının eseri olarak göstermek” FSEK’de yine eser sahibinin manevi haklarına tecavüz suçu başlıklarından “İcrayı, fonogramı veya yapımı tanınmış bir başkasının adını kullanarak çoğaltılması, dağıtılması veya yayımlanması” suçu “bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunma” suçları kapsamında değerlendirilebilir. 2008 değişikliklerinden önce tanımlaması yapılan bu suç ile “İcrayı, fonogramı veya yapımı tanınmış bir başkasının adını kullanarak çoğaltılması, dağıtılması veya yayımlanması” ve “iktibasta bulunma” suçlarının unsurlarının içerikleri birbirine benzerdir.

Tanınmış bir kişinin adını kullanarak bir eseri, icrayı, fonogram ya da yapımı çoğaltmak, dağıtmak, yaymak veya yayınlamak suçtur. Bunun yalnızca fikri hakla ilgili bir suç olduğu düşünülmemelidir. Aynı zamanda, eser sahibi ünlü kişinin kişilik haklarına bir saldırı olduğu düşünülerek bu suç için ceza öngörülmüştür. Ünlü bir kişinin adının kullanılarak onun ününden haksız yere yararlanmayı engellemek üzere bu suç düzenlenmiştir¹⁴².

Tanıtmı, eser, yapım, icra vs.nin ünlü kişiye aitmiş gibi tanıtılmasında da ortaya çıkacaktır. İsmi kullanılan kimse tanınmış biri olmalıdır. Tanınmış değilse suç

¹⁴¹ BOZBEL, age, s. 587.

¹⁴² BOZBEL, age., s.588.

oluşmayacaktır. Ayrıca, tanınmış bir başkasının adının kullanıldığı eser, icra veya yapımların çoğaltılması, dağıtılması yayılması ya da dağıtımının yapılmış olmasıdır.¹⁴³

FSEK'in ceza düzenlemelerinin özel hukuk düzenlemelerinden ayrı unsurları ve uslûbu olsa da içiçe geçmiş oldukları görülmektedir.

5. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

a. Teşebbüs

Manevi haklara tecavüz suçuna dair FSEK 71 nci maddesinde “eseri değiştirmek”, “ad koymak”, “kaynak göstermemek veya yanlış, yetersiz veya aldatıcı kaynak göstermek” ve “başkasının eserini kendi eseri, kendi eserini başkasının eseri gibi göstermek gibi” seçimlik hareketler sayılmıştır. Kanunda suçun gerçekleşebilmesi için hareketten ayrı bir netice aranmaması dolayısıyla bu suç sırf hareket suçudur¹⁴⁴.

Failin suçta belirtilen hareketleri gerçekleştirmek kastıyla harekete geçmesine rağmen icra hareketlerinin tamamlanamaması veya suç işlenmesiyle ortaya çıkması istenen neticeye ulaşılamaması durumunda “teşebbüs” sözkonusu olur¹⁴⁵. Tamamlanmış suça göre suçun maddi unsuru eksiktir, dolayısıyla suçun tanımlanması bakımından tipik değildir¹⁴⁶. TCK m.35’de “Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.” şeklinde düzenlenmiştir. Teşebbüs aşamasında kalan suça uygulanacak ceza, eylemin sebep olduğu zarar ve tehlikenin ağırlığına göre belirlenir.

Suçta “icra hareketleri” ile neticenin birbirinden ayrılabilir olması halinde “teşebbüs kurumu”na başvurulabilir için gereklidir. Neticesi hareketle bitişik suçlar

¹⁴³ BOZBEL, **age.**, s.588

¹⁴⁴ YENİDÜNYA, **agm.**, 254.

¹⁴⁵ Teşebbüs hakkında geniş bilgi için bkz. BONCUK, İsmail, “**Türk Ceza Hukukunda Teşebbüs**”, Yüksek Lisans Tezi, Haziran 2018.

¹⁴⁶ Hamide ZAFER, “**Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**”, Beta Yayınevi, İstanbul 2010, s. 362.

bakımından uygulama alanı bulamayan teşebbüsün ancak hareket kısmı parçalara ayrılabilirse uygulama alanı bulabileceği ifade edilmiştir.¹⁴⁷ Bu durumda TCK'nun 35 inci maddesinin 2 nci fıkrasına göre, ortaya çıkan zarar ya da tehlikenin ağırlığına göre cezaya karar verilir.

“Eser sahibinin manevi haklarına tecavüz suçları”na dahil olan bu suçlar “neticesi harekete bitişik suçlar”dır. Bunun anlamı, bu suçlarda “teşebbüs” hükümlerinin uygulanamamasıdır. Yukarıdaki düzenlemeleri buraya uyarlayacak olursak ETCK'nun “eksik teşebbüs” kurumu mevcut TCK'da yer almadığından, TCK m.35/2 hükmü uygulanarak hareketin neden olduğu zarar ya da tehlike ölçüsünde cezaya karar verilmelidir.

b. İçtima

“Eser sahibinin manevi hakları” kapsamındaki bu suçlar birbirinden bağımsızdır ve kendi içlerinde “seçimlik hareketli suçlar” olarak tasarlanmıştır. Bunlar birbirinden bağımsız olduklarından her bir suçun içtimaı mümkündür. Bu durumda, TCK'nun “suçların içtimaı”nı düzenleyen.42 nci madde ve devamındaki maddelere göre karar verilmelidir. İçtima durumu bu suçlarda ayrı bir özellik göstermez ve her bir somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılır.

D. ESER SAHİBİNİN MALİ HAKLARI İLE BAĞLANTILI HAK SAHİPLERİNİN HAKLARINA TECAVÜZ SUÇLARI

1. Korunan Hukuksal Yarar

Başlık konusu eser sahibinin mali haklarına tecavüz suçları ile korunan hukuksal yarar eser sahibinin mali haklarıdır. Bunun yanında eser sahibinin mali haklarına tecavüz suçlarında korunmak istenen hukuksal yarar ile eser sahibinin manevi haklarına tecavüz suçları ile korunmak istenen hukuksal yararın ilişkili olduğu görülmektedir. Nitekim yukarıda bahsedildiği üzere eser sahibinin manevi haklarına tecavüz suçlarında korunan hukuksal yarar eserin manevi haklarıdır, ancak suça konu eserler aynıdır. Eser sahibinin

¹⁴⁷

DÖNMEZER; ERMAN, C.I; s.455; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s.472; ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, s.796

mali haklarına tecavüz suçunun vuku bulması halinde eser sahibinin mali haklarının yanında manevi haklarının da zarar gördüğü anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun FSEK’de 2008 yılı değişiklikleriyle tez konumuz suçları tek başlık altına almasının bir sebebinin de bu olduğu düşünülmektedir. Nitekim eser sahibinin mali hakları korunmaya çalışılırken aynı zamanda dolaylı olarak eser sahibinin manevi hakları da korunma altına alınmaktadır¹⁴⁸. Örnek vermek gerekirse, eser ve hak sahibinin yazılı izni olmaksızın alenileşmemiş bir eserin ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletilmesi halinde; eser sahibinin hem FSEK m.71/1’de sayılan mali haklarına tecavüz fiili, hem de eser sahibinin umuma arz salahiyeti zedelenmektedir. Bu sebeple rahatlıkla söylenebilir ki, eser sahibinin mali haklarına tecavüz suçlarının koruduğu hukuki yarar aynı zamanda eser sahibinin manevi haklarını da dolaylı olarak korumaktadır¹⁴⁹.

Ancak örneğimizde kullanılan alenileşmemiş eser hakkında vuku bulan suç, umuma arz salahiyeti manevi hakkı üzerinden tekrar incelendiğinde, suçun daha önce alenileşmiş¹⁵⁰ bir eser bakımından eserin umuma iletilmesi suçunun oluşamayacağı iddiasında bulunulması mümkündür. Ancak eser ve hak sahibi izniyle üçüncü kimseler tarafından eserin umuma arz edilmesi halinde, mali hak sahibi olmayan kimsenin gerçekleştirebileceği FSEK m.71/1’de gösterilen umuma arz suçunun varlığı halinde, eser sahibinin manevi haklarının doğrudan zarara uğratacak bir durum olmasa dahi, eser sahibinin manevi haklarından umuma arz salahiyeti manevi hakkı zedelendiğinden, manevi tazminat isteminde bulunulabileceği kabul edilmektedir¹⁵¹.

Eser sahibinin mali haklarına tecavüz suçları işlenirken maddi unsurun konusu fiiller esas alınarak suç dört ana başlık altında incelenecektir. Suçun bu şekilde tasnif edilmesiyle aslında FSEK 71’inci maddesinin 1’inci fıkrasındaki suçun

¹⁴⁸ Caner YENİDÜNYA; “**5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Düzenlenen Manevi ve Mali Haklara Tecavüz Suçları**”, Yıl: 2006, Cilt: X Sayı: 3 – 4 (22), s.238.

¹⁴⁹ Yargıtay 11. HD. 2007/576E. 2008/2292K. T.28.02.2008

¹⁵⁰ Zira eserin alenileştirilmesi yalnızca bir defa yapılabilmektedir. Dolayısıyla umuma arz salahiyeti hakkı bir defa kullanılmakla tükenmektedir.

¹⁵¹ Fethi MERDİVAN; “**Manevi Hakların Eser Sahibinin Ölümünden Sonra Kullanılması ve Yakınların Dava Hakkı**”; FMR Dergisi S.2014/1, Ankara 2014; s.; BAYINDIR; **agm.**; s.310-313 Yargıtay 11. HD. 2007/576 E., 2008/2292 K. T: 28.02.2008

gerçekleştirilişinde failin durumuna göre dört ana bölüme ayırmaktayız. Madde metninde düzenlendiği şekliyle ilk halde, eser ilk hali ele alınarak eser üzerinde işleme, temsil etme, çoğaltma, değiştirme, dağıtma, umuma iletme ve yayımlama fiilleri gözlemlenmektedir. Bu ilk grupta söz konusu eylemlerin gerçekleşmesinde fail, doğrudan eser üzerinde bu fiilleri gerçekleştirmektedir. Yani fail, eser ve hak sahibinin izni olmaksızın eser üzerinde üçüncü kimse olarak doğrudan tasarrufta bulunmakta, diğer grup hallerindeki gibi, eserin hukuka aykırı olarak işlenmiş veya çoğaltılmış olması¹⁵² gibi bir şart aranmamaktadır.

FSEK 71'inci maddesinin 1'inci fıkrasında gösterilecek suçlardan ikinci grubu ise; hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri satışa arz eden, satan, kiralayan, ödünç veren ve benzeri şekillerde yayan kimse ele alınmaktadır. Görüleceği üzere ikinci grupta gösterilen hareketlerin asıl bağlandığı nokta failin “yayma” eylemidir. Ancak bu yayma eyleminin ne şekilde gerçekleşebileceği kanun koyucu tarafından tahdidi olarak sayılmamakta, yalnızca örnekleri gösterilmektedir. Failin bu yayma eylemini ise hukuka aykırı şekilde işlenmiş veya çoğaltılmış eser üzerinde, eser ve hak sahibinin yazılı izni dışında gerçekleştirmesi aranmaktadır. Dolayısıyla fail halihazırda hukuka aykırı şekilde işlenen ve çoğaltılmış eserler üzerinde, yayma eylemini gerçekleştirmekle eserde doğrudan eser ve hak sahibinin haklarını ihlal eden ilk kişi değil, ikinci kimsedir.

FSEK 71'inci maddesinin 1'inci fıkrasında düzenleme alanı bulan suçlardan üçüncü grubu ise; ticari amaçla satın alan, ithal veya ihraç eden kimsenin cezalandırılması durumu söz konusudur. Buna göre fail ikinci grupta olduğu gibi eserde doğrudan eser ve hak sahiplerinin haklarını ihlal eden ilk kişi değil, ikinci kimse olmakla beraber, bundan

152

Belirtmek gerekir ki; kanunun yorumu konusunda doktrinde ayrılıklar görülmektedir. Bizim de katıldığımız görüş olan ALICA; YAVUZ; MERDİVAN'ın görüşüne göre “...yasa koyucu, bir eseri izinsiz olarak bizzat çoğaltıp yaymış olmamakla beraber, üçüncü bir kimsenin hukuka aykırı olarak işlediği veya çoğalttığı eser nüshalarını, bilerek satışa arz etmek, satmak kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yaymak veya ticari amaçla satın almak, ithal veya ihraç etmek, kişisel kullanım amacı dışında elinde bulundurmamak ya da depoalamak eylemlerini de ceza yaptırımına bağlamak amacındadır. Bu nedenle hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan ibaresi takip eden tüm seçimlik hareketleri kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır. Aksine bir yorum, hukuka uygun çoğaltılmış nüshaların dahi, hak sahibinin yazılı izni olmaksızın, ticari amaçla satın alınması, bulundurulmasının suç teşkil edeceği gibi, FSEK sistemi ve yayma hakkının tükenmesi ilkesi ile çelişen bir sonuca yol açmaktadır.” ALICA; YAVUZ; MERDİVAN; **age**; s.2165; Aksi yönde YAZICIOĞLU; **age**; s.345-452

başkaca failin ticari saikle hareket etmesi aranmaktadır. Dolayısıyla kanun koyucu failin bu gruptaki hareketini öncelikle, hukuka aykırı olarak işlenmiş veya çoğaltılmış eserleri ticarete konu ettiği için cezalandırmaktadır. Bu grup, özellikle suçun manevi unsuru olan kastın, özel kast biçiminde ele alınmasını gerektiren sebep olarak karşımıza çıkmaktadır.

Son grubumuz olan dördüncü grupta ise kanun koyucu failin, hukuka aykırı şekilde işlenen veya çoğaltılan eserleri kişisel kullanım amacı dışında elinde bulundurması ya da depolamasını cezalandırmaktadır.

2. Fail ve Mağdur

Eser ve hak sahibinin mali haklarına tecavüz suçları, fail ve mağdur bakımından özellik arz etmemektedir.

Eser ve hak sahiplerinin mali haklarına tecavüz suçları bakımından mağdur her zaman hakkı ihlal edilen herhangi özellik arz etmeyen eser sahibi olacaktır. Ancak manevi haklara tecavüz suçlarında olduğu gibi, eser sahipliği türleri bakımından mağduriyetin boyutunun somut olayda incelenmesinin önemli olduğu kanaatindeyim. Bu bakımdan eser sahipliği türlerine ilişkin manevi haklara tecavüz suçları başlığı altında yapılan açıklamalar mali haklara tecavüz suçları bakımından da geçerli olacaktır.

Fail bakımından özellik arz etmez niteliğe nitelikte olan konu suç faili belirsiz biçimde, kanun metninde “kişi” olarak betimlenmektedir. Fail TCK hükümlerine göre gerçek kişi olacağı gibi, suçun tüzel kişinin faaliyetleri çerçevesinde işlenmesi halinde ise tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerine hükmedilecektir.

3. Manevi Unsur

Eser sahibinin mali haklarına tecavüz suçlarına ilişkin manevi unsur araştırılırken, yukarıda FSEK 71’inci maddesinin 1inci maddesinin parçalarına ayrılması yoluyla yapılan tasnif biçimine göre suç fiillerinin özelliklerine göre ayrı ayrı manevi unsurun araştırılması gerekmektedir.

Bu sebeple suça konu fiillerin tasnifine göre; birinci, ikinci ve dördüncü gruplardaki suç fiillerinin gerçekleştirilmesi halinde manevi unsur kast şeklinde karşımıza

çıkacaktır. Zira kanun koyucu suçun taksirle işlenebileceğine dair hüküm getirmemekte, eser ve hak sahiplerini yazılı izni olmaksızın “işleme, temsil etme, çoğaltma, değiştirme, dağıtma, umuma iletme ve yayımlama”, “hukuka aykırı olarak işlenmiş veya çoğaltılmış eserler, sair şekillerde topluma yayma” ve “hukuka aykırı olarak işlenmiş veya çoğaltılmış eserlerin kişisel kullanım amacı dışında elinde bulundurma ya da depolama” suç fiillerinin taksirle gerçekleştirilemeyeceği görülmektedir. 2008 değişiklikleriyle beraber kanun metninden “kast” ifadesinin çıkarılmış olması, daha önce açıklandığı üzere 5237 sayılı TCK ile uyumlaştırılmak istenen FSEK’deki cezai hükümler için gerekli görülen bir değişikliktir. Buna göre “eserin izinsiz işlenmesi” fiili neticesinde failin cezalandırılabilmesi için; TCK m.22/1’in “*taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır*” hükmü gereği kasten işlenmiş olması gerekmektedir. Taksirle işlenebilmesi mümkün değildir.

İlk başlık fiiller bakımından manevi unsur açıkça kast olup, özellik arz etmemesi sebebiyle incelenmesine gerek yoktur. Ancak ikinci başlık için özel olarak kanun koyucu eserlerde, eserlerin daha öncesinde “hukuka aykırı olarak işlenmiş veya çoğaltılmış” özelliğini aradığından, failin bu özelliği bilmesi veya bilmemesi yönünden manevi unsur araştırılması yapılması gerekmektedir.

Konu suçlar zaten TCK m.22 hükmü yorumu gereğince taksirle işlenmesi halinde cezalandırılmamaktadır. Ancak bu ikinci halimiz için yapılacak araştırmayı derinleştirdiğimizde, suça konu eserlerin “hukuka aykırı olarak işlenmiş veya çoğaltılmış olabileceğini fail nereden bilebilecektir?” sorusu gündeme gelmektedir. Bu sebeple özellikle bu başlığın değerlendirilmesinde “bandrol yükümlülüğü” de önem arz etmektedir. Çünkü bandrol yükümlülüğü eser ve hak sahiplerinin haklarının takip edilmesini sağlamak ve mali haklara tecavüzü önlemek amacıyla getirilen bir yükümlülük olup, “ihtiyari (isteğe bağlı)” ile “zorunlu” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bununla beraber bu grup suç fiilleri ele alındığında kısaca, zorunlu bandrol uygulaması gerektiren suça konu eserlerin, tasnifimizin ikinci başlığı kapsamındaki suç bakımından değerlendirilmesi ancak ve ancak kastın varlığına bağlıdır. Ancak ihtiyari bandrol uygulamasında eser sahibi ihtiyari olarak bandrol kullanmak zarureti hissetmemişse,

dolayısıyla üçüncü kişiler tarafından hukuka aykırı olarak işlendiği veya çoğaltılmaya konu olduğunun şüpheli tarafından bilinemeyecek durumda olması halinde şüphelinin cezalandırılmayacağı açıktır. Bu sebeple bu başlık altında manevi unsur araştırılması neticesinde failin gerçekleştirdiği yasma eyleminin, hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eser üzerinde gerçekleştirdiğini her şekilde bilmesi gerektiği yorumu ortaya çıkmakta olup, bu sebeple bu başlık altında gerçekleştirilen eylemin de ancak kasten işlenebileceği gerçeği açığa çıkmaktadır. Bu grupta bahsi geçen bandrol yükümlülüğü ile mali haklara tecavüz suçlarının manevi unsuru bakımından kurulan ilişki madde metninde hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserlerin hakkında gerçekleştirilen ikinci, üçüncü ve dördüncü grup bakımından da geçerliliğini koruyacaktır. Ancak her halükarda suçun taksirle gerçekleştirilebilmesi mümkün değildir.

Üçüncü grup fiiller bakımından ise kanun koyucu, failin “ticari amaçlar”la hareket etmesi gereğini açıkça göstermekle, bu gruptaki fiillerin suç olarak gerçekleştirilebilmesi ve cezalandırılabilmesi için failin “özel kast”a sahip olması gerektiği görülmektedir. Nitekim Yargıtay kararlarında ticari amacın, kazanç elde etmek amacı olarak tanımlandığı¹⁵³ bu yolla failin ticari amaç gütmeksizin suça tanımlı satın alma, ithal ve ihraç etme hareketlerini gerçekleştirmesi halinde failin bu hükümden kaynaklı şekilde cezalandırılmayacağı görülmektedir.

Her dört hal için de geçerliliğini koruyan, kanun koyucunun eser ve hak sahiplerinin yazılı izni olması şartını aramasıyla beraber, suçun olası kastla işlenebilmesi mümkün gözükmemektedir. Nitekim eser sahibinin rızasının yazılı şekilde varlığı hali ya vardır ya da yoktur. Buna göre failin suçun unsurlarının gerçekleştirilebileceğine yönelik öngörüsünün hali söz konusu olamamaktadır.

¹⁵³

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2013/649 E. 2016/54 K. T.09.02.2016

4. Maddi Unsur

Eser sahibinin mali haklarına tecavüz suçlarının kanunda olduğu şekliyle maddi unsurları incelenecek olduğunda; maddi unsurları yukarıda izah edilen dört ana başlık altında incelenmesinin yerinde olacaktır.

Mali haklara tecavüz suçları FSEK 71 inci maddesinin 1inci fıkrasına göre; bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın; işleyen, temsil eden, çoğaltan, dağıtan, her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma ileten, yayımlayan ya da hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri satışa arz eden, satan, kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yayan, ticari amaçla satın alan, ithal veya ihraç eden, kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran ya da depolayan kişiler cezalandırılır. Suçun konusunu madde metninde gösterilen FSEK kapsamında korunan eser, icra, fonogram veya yapımlar oluşturmaktadır. Suçun konusunu oluşturan bu fikri eserlere yönelik, gerçekleştirilecek tecavüz fiillerinden mali haklara yönelik hareketlerin gerçekleştirilmesinde, kanun koyucu madde metninde ayrıma gitmektedir. Eser kavramı madde özelinde geniş anlamıyla yorumlanarak, kanuni tipe uygun hareketlerin eser, icra, fonogram veya yapıma karşı gerçekleştirilen hareketler olarak değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁵⁴.

Bu haliyle bağlantılı hak sahiplerinin haklarına tecavüz suçlarının da hüküm altına alındığı görülmektedir. Bağlantılı hak sahiplerinin Bağlantılı hak; FSEK m.1/B’de “eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla komşu hak sahipleri ile filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcılarının sahip oldukları haklar” olarak tanımlanmıştır.

Bağlantılı hak tanımı içerisinde bahsedilen komşu haklar ise yine FSEK m.1/B’de “*Eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla ve eser sahibinin izniyle bir eseri özgün bir biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden sanatçıların, bir icra ürünü olan veya sair sesleri ilk defa*

¹⁵⁴

ALICA; YAVUZ; MERDİVAN; age; s.2167

tespit eden fonogram yapımcıları ile radyo-televizyon kuruluşlarının sahip oldukları haklar” olarak tanımlandığından, bağlantılı haklara yönelik suçlara ilişkin hükümlerin başlıca FSEK 71/6 ve FSEK m.80’de düzenlendiği görülmektedir. Kanun koyucunun FSEK’in 71inci maddesinin 1inci fıkrasında eserle beraber, icrayı, fonogramı veya yapımı da koruma altına almasıyla beraber bağlantılı haklara tecavüz suçları bakımından da uygulama alanı bulacağı görülmektedir. Ancak kanun koyucunun maddenin birinci fıkrasında düzenlediği seçimlik hareketlerin, bağlantılı hak sahiplerinin hakları tanımlamasına bazı durumlar bakımından uymadığı, bu nedenle bağlantılı hak sahiplerine yönelik düzenlemeler de yapılmaya çalışılırken yeterli özenin gösterilmediği anlaşılmaktadır. Örnek verecek olursak icracı sanatçıların haklarından olan icralarının sahibi olarak tanıtılmalarını ve icralarının kendi itibarlarını zedeleyebilecek şekilde tahrif edilmesi ve bozulmasının önlenmesini talep etme hakkına¹⁵⁵ sahip olmaları bakımından FSEK’in 71inci maddesinin birinci fıkrasında herhangi bir düzenleme bulunmamakta dolayısıyla bu haklarına yönelik tecavüz halleri seçimlik hareketler arasında sayılmadığından suç oluşamayacaktır¹⁵⁶. Bu sebeple kanun koyucu tarafından, örneğimizde gösterildiği gibi bağlantılı hak sahiplerinin haklarına yönelik ihlallere yönelik ayrı düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

Eser sahibinin mali haklara tecavüz suçlarının maddi unsuru anlatılırken öncelikle basit şekilleriyle incelenmesi gereken fiiller; işleme, temsil etme, çoğaltma, değiştirme¹⁵⁷, dağıtma, umuma iletme, yayımlamadır.

¹⁵⁵ FSEK m.80/1-A-(1) “*İcracı sanatçılar, mali haklardan bağımsız olarak ve bu hakları devretmelerinden sonra dahi, tespit edilmiş icraları ile ilgili olarak uygulama şartlarının gerektirdiği durumlar hariç, icralarının sahibi olarak tanıtılmalarını ve icralarının kendi itibarlarını zedeleyebilecek şekilde tahrif edilmesi ve bozulmasının önlenmesini talep etme hakkına sahiptirler.*”

¹⁵⁶ YAVUZ; ALICA;MERDİVAN; **age**; s.2174

¹⁵⁷ FSEK m.16’da eser sahibinin manevi hakları üst başlığı altında tanımlanan haklardan olup, kanun koyucu FSEK m.71/1’de yalnızca eser üzerinde“değiştirme” bakımından manevi haklara atıfta bulunduğundan, FSEK m.71/1 öncelikle eser sahibinin mali ve bağlantılı haklarına yönelik tecavüz suçlarının düzenlendiği cezai hükümler olarak değerlendirilmektedir.

Daha sonra ise bu eserlerin hukuka aykırı olarak işlenmiş olan ve çoğaltılmış olan eserlerin; satışa arzı, satışının yapılması, kiralanması, ödünç vermek suretiyle veya benzer şekilde “yayma” fiilleridir.

Daha da sonra ise “ticari amaçla” hukuka aykırı olarak işlenmiş olan ve çoğaltılmış olan eserleri, satın alan, ithal veya ihraç etme fiilleri ve son olarak kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran ya da depolayan kişinin fiilleri incelenecektir.

Bu şekilde tasnifi yapılan, dış dünyada etki doğurmak üzere gerçekleşen hareketlerden herhangi birinin gerçekleştirilmesi halinde suç oluşmaktadır. Yani suç bir bütün olarak ele alındığında seçimlik hareketli bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak gruplandırma özelinde bu seçimlik hareketler ayrı ayrı değerlendirildiğinde, örneğin işleme, temsil etme, çoğaltma, değiştirme, dağıtma, umuma iletme, yayımlama bakımından bu hareketlerin ne şekilde gerçekleştirilmesi gerektiği düzenlenmediğinden bu hareketler özelinde suçun gerçekleşmesi serbest hareketlidir. Ayrıca bir zararın meydana gelmesi aranmamaktadır. Tehlike suçu olmasının doğurduğu ikincil bir sonuç da suçun “*neticesi harekete bitişik suç*” olarak nitelendirilmesidir.

Eserin işlenmesi FSEK m.21’de, temsili FSEK m.24’de, çoğaltılması FSEK m.22’de, değiştirilmesi FSEK m.16’da, umuma iletilmesi FSEK m.25’de, düzenlenmektedir.

FSEK m.16’da eser sahibinin, eserde değişiklik yapılması menetme başlığı altında düzenleme alanı bulan, eserin değiştirilmesi hakkı, eser üzerinde ve eser sahibinin adında yapılabilecek kısaltmalar ve eklemelerden başka eserin muhtevasının da eser sahibinin izni olmaksızın değiştirilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Ancak tez çalışmamızın, eser sahibinin mali ve manevi hakları ayırımına gidilen başlık altında gösterildiği üzere eserde değişiklik yapılmasını menetmek hakkı, eser sahibinin manevi haklarından olup, bu yönüyle FSEK m.71/1’de tanımlı suçların yalnızca eser sahibinin mali hakları ile bağlantılı hak sahipleri haklarına yönelik tecavüz fiillerin cezalandırılmasını düzenlemediği, aynı zamanda eser sahibinin yalnızca bu seçimlik hareketle manevi haklarına tecavüz fiillerini de suç saydığı görülmektedir. Eser üzerinde

değişiklik yapılmasını menetmek hakkının eser sahibinin manevi haklarından olmasıyla beraber bu hakkın devrinin yazılı şekilde yapılması, FSEK m.71/1 hükmü gereği eser, icra, fonogram veya yapıım üzerindeki hak sahibinin yazılı izninin aranması karşısında hükümsüz kalacağından, eserin değiştirilmesi hareketinin suç olarak değerlendirilmemesi için yine de eser, fonogram veya yapıım üzerindeki hak sahibinin yazılı izninin alınması gerekmektedir.

FSEK m.21’de tanımlanan işleme hakkı madde hükmüne göre münhasıran eser sahibine aittir. Ancak işleme hususunun kanuni olarak serbest kılındığı haller saklıdır. Serbesti halleri eser sahibinin mali haklarına tecavüz suçlarının, hukuka uygunluk unsuru başlığı altında incelenecektir. FSEK m.20/4, mali haklar başlıklı hüküm gereğince de bir işlenme eserin sahibi; eser ve hak sahibinin, işleme konusunda kanuni serbestinin tanıdığı haller haricinde, kendisine ait diğer mali haklarını eser sahibinin müsaade etmesi halinde kullanabilecektir¹⁵⁸. İşleme hakkının kullanılmasıyla ortaya çıkarılan “işlenme eser”, asıl eserden ayrı olarak değerlendirilmekte olup, işlenme eserin sahibi, eser üzerinde ayrıca mali ve manevi hakları da kullanabilmektedir. İşlenme hakkının ihlali hali bakımından suçun meydana gelebilmesi için, eser sahibinin yazılı izni bulunmaksızın, eserden işlenmek suretiyle yararlanmak gerekmektedir. İşleme hakkının ihlaline örnek olarak, eser sahibinin yazılı izninin bulunmaması şartıyla, mimari nitelikli bir projenin başka bir mimari projeden yararlanılmak suretiyle meydana getirilmesi¹⁵⁹, bilimsel bir

¹⁵⁸ “Edebiyat veya sanat eseri sahipleri, eserlerinin işlenmesi, düzenlenmesi ve diğer değişikliklerine izin verme konusunda inhisari hak sahibi olacaklardır.” Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi m.12

¹⁵⁹ Yargıtay 4. H.D.; E.1999/6241E., 1999/10212, K., 23.11.1999 T. “Somut olayda, davacı tarafından çizilen iki projenin halen yapılmış olan iş merkezindeki binada kullanılıp kullanılmadığı, kullanılmışsa ne ölçüde kullanıldığı, diğer bir anlatımla iş merkezinin ortaya çıkmasındaki görünüm ve sonucun özgün olup olmadığı, bu bağlamda FSEK 6. Maddesinde tanımını bulan işlenme olarak kabul edilip edilmeyeceği hususu üzerinde durulmamıştır. Şu durumda mahkemece yapılacak iş, halen yapılmış bulunan iş merkezindeki projenin uygulanarak davacının çizdiği projelerin özelliğini taşıyıp taşımadığı, taşımışsa ölçüsü ve böylece davacının maddi ve manevi değerlerine bir saldırıp olup olmadığı hususu incelenmelidir.”

eserden çeşitli alıntılar, uyarlamalar ve değişikliklerle belgesel meydana getirilmesi¹⁶⁰ benzeri haller gösterilebilecektir.

FSEK m.22’de düzenlenen çoğaltma hakkı eser sahibinin mali haklarından en çok karşılaşılan haklarından olup, çoğaltma¹⁶¹ hareketi, kopyalama, kalıbı üzerinden orijinaline uygun yeniden basma, tekrarını oluşturma gibi tanımlamalara uygun olabilecektir. FSEK’in 22inci maddesinde kanun koyucu çoğaltma hakkını düzenlerken, bu hakkın kapsamına giren örneklemeler de yapmak suretiyle maddenin ikinci fıkrasındaki durumların tahdidi olmadığını¹⁶² göstermektedir.¹⁶³ Dolayısıyla çoğaltma hakkının kullanılmasının, somut olayda ne şekilde vuku bulduğunun önemi olmadığından bahisle suçun serbest hareketli suç olduğunu kabul etmek gerekir. Kanun koyucu bu örneklemeyi yaparak, yalnızca uygulamada karşılaşılabilecek durumlar bakımından yol göstermek iradesiyle bu düzenlemeyi yapmaktadır. O halde, çoğaltma hakkının eser ve hak sahiplerinden yazılı izin alınmaksızın üçüncü kişiler tarafından kullanılması halinde kanuni tanımına uygun şekilde suç tamamlanacaktır.

FSEK m.23’de tanımlanan yayma hakkının kullanılması kanunda gösterildiği şekliyle “eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya sair yollarla dağıtmak hakkının eser sahibine ait” olduğundan, bu şekilde serbest hareketli suç tanımına giren hareketlerin, eser sahibinin yazılı rızası alınmaksızın gerçekleştirilmesi halinde yayma hakkının ihlali uygulama alanı bulacaktır. Yayma hakkının kullanılması yargı kararlarında karşılaşılan somut olaylarda özellikle çoğaltma hakkının kullanılması ya da ihlali ile birlikte gündeme gelmektedir. Ancak tekrar etmek gerekir ki eser sahibinin mali haklarının birbirinden bağımsız olmasıyla çoğaltma hakkı ve yayma hakkı birbirinden ayrı haklar olarak değerlendirilmelidir. “Nitekim Yargıtay bir

¹⁶⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2003/4-260E., 2003/271, K. 02.04.2003 T.

¹⁶¹ Tanım için bkz. TDK “Bir eserin aslına uygun olarak yapılan taklidi, reproduksiyon”

¹⁶² ERDİL, **age.**, s.651

¹⁶³ FSEK m.22/2 “Eserlerin aslından ikinci bir kopyasının çıkarılması ya da eserin işaret, ses ve görüntü nakil ve tekrarına yarayan, bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca kayıt edilmesi, her türlü ses ve müzik kayıtları ile mimarlık eserlerine ait plan, proje ve krokilerin uygulanması da çoğaltma sayılır. Aynı kural, kabartma ve delikli kalıplar hakkında da geçerlidir”

kararında bu hususu “FSEK’nun 23. Maddesinde düzenlenen yayma hakkının, çoğu kez çoğaltmayı izleyen bir aşama olup, çoğaltılmış eserin dağıtım, satış, kiralama gibi ticarete sunulması hakkı olması, FSEK’deki düzenlenmiş sistematiği de nazara alındığında çoğaltma ve yayma haklarının ayrı haklar olduğunun açık olması ve dolayısıyla yayma hakkı ve çoğaltma haklarının ihlali nedeniyle ayrı ayrı tazminat hesaplanmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır” şeklinde hüküm altına almıştır¹⁶⁴. Yayma hakkının kullanılmasında dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da FSEK’in 23üncü maddesinin ikinci fıkrasında karşımıza çıkmaktadır. Madde metninde, yurt dışında çoğaltılmış eser nüshalarının yurt içine getirilmesi halinde yayma hakkının eser sahibinde olduğu hüküm altına alınmakla, eser sahibinin yazılı rızasının bilahare alınması gerekliliği düzenlenmiştir.

FSEK m.24’de betimlenen temsil hakkı bir fikri eserin üçüncü kişilerin takdirlerine sunulmasını ifade etmektedir. Temsil hakkının kullanılması ile yayma hakkının arasındaki nüans ise temsili gerçekleştiren kimsenin bir aracı olarak kullanılarak temsil hakkının kullanılması ancak yayma hakkında ise doğrudan, temsil aracı kullanılmaksızın takdire sunma söz konusu olabilecektir. Temsil hakkının teorik olarak tanımının anlaşılmasında güçlükler olması sebebiyle örnekler üzerinden gitmek konuyu anlaşılır kılacaktır. Örneğin “bir tiyatro piyesi insan veya kuklalar tarafından ister sahnede ister beyaz perde üzerinde oynanmış, isterse okunmak suretiyle halka arz edilmiş olsun, bir tiyatro piyesinin seyirci karşısında oynanması, bir tablonun sergilenmesi, bir romanın ses kaydının başka bazı kişilere dinlettirilmesi¹⁶⁵” vb. durumlarda Yargıtay kararları incelendiğinde de temsil hakkının varlığı kabul edilmektedir¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Yargıtay 11. H.D.; 2000/7797, 2000/9773, 07.12.2000 T

¹⁶⁵ ERDİL, **age.**, s.730

¹⁶⁶ Yargıtay 11. H.D., 2005/6599E., 2006/7041, K., 16.06.2006 T.; Yargıtay 11. H.D.1998/5761E., 1998/7299K., 02.11.1998T; YARGITAY 19. C.D. 2018/3806E. 2018/8514, K. 11.07.2018 T. “eser, icra veya yapımları içeren bir yayının otel, kafe, restoran, eğlence yerleri vb. umuma açık mahallerde veya müzik yayını yapılmasının işletmeye ek bir yarar sağladığı, müşterilerin tercihleri üzerinde etkili olabileceği ticari işletmelerde izlenmesi veya dinlenmesinin sağlanması suretiyle yeni bir dinleyici veya izleyici kitlesine (yeni bir umuma) sunulması yayın yönünden “doğrudan temsil” olmasına karşın; yayın içeriğinde yer alan eser veya icra yönünden “vasıtalı temsil” niteliğindedir. Doğrudan temsil ve vasıtalı temsil hakkı 5846 Sayılı Fikir ve Sanat

FSEK m.25'e konu, umuma iletim hakkı, fikir ve sanat eserlerinin radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayınlanması ve yayınlanan eserlerin bu kuruluşların yayınlarından alınarak başka yayın kuruluşları tarafından yeniden yayınlanması suretiyle umuma iletilmesi hakkını eser sahibine tanıyarak eser sahibinin bu hakkı, mali hakların tanınmasındaki amaca uygun şekilde ekonomik bir menfaat elde etmek üzere kullanabilmesi de eser sahibine tanınmıştır. Umuma iletim hakkı ile yayımlama hakkı birbiriyle karıştırılmakta ise de aralarındaki fark kullanım yöntemleri bakımından çıkmaktadır.¹⁶⁷ Yargı kararlarında da bir güzel sanat eserinin canlandırılması suretiyle televizyon kanalında yayınlanmasını müteakip davacının hak eser sahibi olarak mali haklarına yönelik tecavüzün kabul edildiği ve eser sahibinin lehine olacak şekilde tazminata yönelik hüküm kurulduğu görülmektedir¹⁶⁸. Yargıtay 7 nci Ceza Dairesi'nin 17.02.2011 tarih, 2011/634E. ve 2011/1736K. sayılı kararın da da, "otelde hak sahibinin izni olmaksızın CD'den müzik eseri yayınlama" fiilinin umuma iletim hakkının ihlalini oluşturduğu bu sebeple de cezalandırılması gerektiğine hükmedildiği görülmektedir. "80/B-1 uyarınca hak sahibi olan fonogram yapımcılarından izin alınmamıştır" şeklinde karar verilmiş ve hüküm FSEK m.71'e göre kurulmuştur. Ancak aynı kararda yer alan karşı oy gerekçesinde ise; "işyerinde doğrudan müzik yayını yapılması ile ilgili olarak; herhangi bir maddi kazanç sağlanmasının amaçlanmadığı, otel lobisinin umuma açık mahal sayılmayacağı, kendisinin ve çalışanların ihtiyacı için yayın yapıldığı nedenleriyle suç oluşmaz." şeklinde yer bulan ifadelerde karşı oy kullanılmış olup, karşı oyda dikkat edilmesi gereken asıl

Eserleri Kanunu'nun (FSEK) sırasıyla 24/f. 1'inci ve 24/f. 2 nci maddesinde eser sahibinin mali hakları arasında güvenceye alınmıştır. Bu düzenlemeye göre; FSEK madde 24: "Bir eserden, (...) doğrudan doğruya yahut işaret, ses veya resim nakline yarayan aletlerle umumi mahallerde okumak, çalmak, oynamak ve göstermek gibi temsil suretiyle faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Temsilin umuma arz edilmek üzere vuku bulduğu mahalden başka bir yere herhangi bir teknik vasıta ile nakli de eser sahibine aittir"

¹⁶⁷

ERDİL, age, s.742-744

¹⁶⁸

Yargıtay HGK, 2002/11-176E., 2002/214K., 20.03.2002T

nokta failin maddi kazanç sağlamak ya da kendi ihtiyaçları için kullanılıp kullanılmadığının suçun oluşup oluşmadığı noktasında önem arz ettiği görülmektedir.

5. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

a. Teşebbüs

Eser sahibinin mali haklarına tecavüz suçları olarak işlediğimiz suç, neticesi harekete bitişik suç olduğundan bahisle, bu suçlarda teşebbüs uygulama alanı bulamayacaktır. Nitekim madde metninde gösterilen ve bizim üç ana başlık altında değerlendirdiğimiz suç konusu eylemlerden birinin gerçekleştirilmesi halinde suç tamamlanacağından bu suçta teşebbüsün mümkün olamayacağı kabul edilmelidir. Teşebbüsün mümkün sayılabilmesi için hazırlık eylemleriyle suçun dış dünyada doğurduğu sonucun birbirinden ayrılabilir olması gerekmekte olup, işlediğimiz suçların tehlike suçu olarak değerlendiriliyor olması, suçun hareket bitişik suçlardan olmasıyla beraber değerlendirildiğinde, teşebbüs halinin teorik olarak uygulanamayacağı görülmektedir. Ancak yine de teorik olarak mümkün gözükmeyen teşebbüsün her somut olay için ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Söz gelimi; hukuka aykırı olarak işlendiği veya çoğaltıldığı bilinen eserin internet aracılığıyla “yayma”ya çalışıldığı, durumun tespit edilmesi üzerine, hareketin tamamlanmasının engellendiği varsayımında bu hareketin teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılması yine de yerinde olmayacaktır mıdır? Dolayısıyla her somut olayın kendi içerisinde tutarlılığının sağlanarak, kendine özel şekilde yorumlanması gerekmektedir. Verilen örnekle anlatılmaya çalışıldığı gibi, suça konu hareketin bölünebiliyor olması teşebbüs halinin varlığını tartışmada önemli olduğundan, teşebbüs hükümlerinin doğrudan uygulanamayacağının söylenmesi yerinde olmayacaktır.

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

bakımından yaptığımız tasnifteki ikinci ve üçüncü hallerde sözü geçen faillerin cezalandırılmasında “*etkin pişmanlık*” benzeri bir düzenlemeye gidilmiştir. “Etkin pişmanlık benzeri”, ifadesinin kullanılmasının sebebi görüleceği üzere, fail hakkında belirlenecek ceza oranının, hala hâkimin takdirinde bırakılıyor olmasıdır. Ancak kanaatimce TCK’da örneklerini¹⁶⁹ gördüğümüz halindeki gibi bir etkin pişmanlık hükmünün düzenlenmesi daha yerinde olacaktır. Nitekim FSEK 71/son’da düzenlenen hüküm kanunun emredici hükümleri arasında değerlendirilmemektedir.

b. İçtima

Konu suçların içtima için Yargıtay kararları üzerinde yapılacak incelemeler önem arz etmektedir. Nitekim bu suçların seçimlik hareketli oluşu ve kanun koyucunun manevi ve mali haklara tecavüz eylemlerini FSEK’in 71 inci maddesinde toplamasıyla ve her bir fıkranın ayrı suç gibi nitelendirilmesiyle hâlihazırdaki düzenlemeler suçların içtima yönünden kafa karışıklığı yaratmaktadır.

Yine de TCK m.42 vd. hükümlerinde birleşik suç, zincirleme suç ve fikri içtima şeklinde düzenleme alanı bulan içtima hükümleri, işlenen göre suçun içtima yönden değerlendirmesinde kısaca yorumlayacak olursak, konu suçların seçimlik hareketli

¹⁶⁹ 5237 sayılı TCK m.93” Organ veya dokularını satan kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını kolaylaştırırsa, hakkında cezaya hükmolunmaz.”, m.110 ”kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işleyen kişi, bu suç nedeniyle soruşturmaya başlanmadan önce mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, onu kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakacak olursa cezanın üçte ikisine kadarı indirilir.”, m.168” Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, taksirli iflâs (...)1) suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadarı indirilir”, m. 192” Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarına iştirak etmiş olan kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce, diğer suç ortaklarını ve uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin saklandığı veya imal edildiği yerleri merciine haber verirse, verilen bilginin suç ortaklarının yakalanmasını veya uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ele geçirilmesini sağlaması halinde, hakkında cezaya hükmolunmaz.”, m.201” Sahte olarak para veya kıymetli damga üreten, ülkeye sokan, nakleden, muhafaza eden veya kabul eden kişi, bu para veya kıymetli damgaları tedavüle koymadan ve resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce, diğer suç ortaklarını ve sahte olarak üretilen para veya kıymetli damgaların üretildiği veya saklandığı yerleri merciine haber verirse, verilen bilginin suç ortaklarının yakalanmasını ve sahte olarak üretilen para veya kıymetli damgaların ele geçirilmesini sağlaması halinde, hakkında cezaya hükmolunmaz.” vb.

olmasıyla fikri içtimanın bu suç bakımından uygulama alanı bulamayacağı kabul edilmelidir.

Failin kasti olarak, madde metninde gösterilen seçimlik eylemlerden birden fazlasını farklı zamanlarda gerçekleştirmesi durumunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

71 inci maddenin 1 inci fıkrasında birbirinden farklı altı suç tipi düzenlenmiştir. Bunların her birisi birbirinden bağımsızdır, aralarında daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli unsur ilişkisi yoktur. Somut olayda, aynı fiil, birden fazla bendin ihlaline yol açmışsa, farklı neviden fikri içtima hükmüne göre (TCK.m.44) bir sonuca ulaşmak gerekir. Buna karşılık, farklı fiillerle, aynı eserle ilgili de olsa, farklı ihlaller söz konusu ise, gerçek içtima kurallarına göre, fail ihlal ettiği her bir bent kapsamında ayrı ayrı cezalandırılır. Konuyla ilgili bir diğer ihtimal, aynı eserle bağlantılı olarak, bir den fazla eser sahipliği yahut hak sahipliğinin mevcut olması durumu, suçun tekliğini etkilemeyecektir. Keza çoğaltma gibi, eylemler yönünden her ne kadar, bir eserin aslına nazaran birden fazla kopyası piyasaya sürülmüş olsa da eyleme özelliğini veren bu husus, suçun tekliğini etkilemeyecektir.¹⁷⁰

E. BANDROL YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRILIK SUÇLARI

1. Genel Olarak

Korsan yayın olarak nitelendirilen ve tez konumuzda öncelikle bandrol yükümlülüğüne aykırılık suçları işlenirken karşımıza çıkan bu durum, eserin bandrolsüz olması, eserin üzerindeki bandrolün sahte olması gibi şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Bu şekilde karşımıza çıkan korsan yayınlar ülkemiz fikri mülkiyet hayatını doğrudan kötü yönden etkilemekle beraber yalnızca ülkemiz açısından değil tüm dünya için büyük tehlike arz etmektedir. Her ne kadar hukuki düzenlemelerle yaygın olan bu suçun yarattığı durumun etkileri indirgenmeye çalışılıyor olsa da tüm çabalara rağmen yetersiz kalmaktadır. Ancak

¹⁷⁰

YENİDÜNYA, **agm.**; Erişim Tarihi: 15.03.2019

bandrol uygulamasıyla beraber tüketici-üretici arasındaki ilişkide tüketicinin, eseri daha ucuza temin edebilmesi için korsan eserlere yönelmesi de bu yolla engellenememektir. Nitekim ülkemiz açısından yapılacak bir özeleştiride denetim mekanizmalarının yetersizliği, fikri mülkiyet kültürünün oturamamasına sebebiyet vermektedir¹⁷¹.

FSEK 71 inci maddesi ve m.72’de düzenlenen suç tipleri harici, FSEK m.81¹⁷²,’de bandrol yükümlülüğünün ihlalden kaynaklanan bazı suçlara yer verilmiştir.

¹⁷¹ AYTEMİZ, Levent; GEMRİK, Sevil: “Fikri Mülkiyet Hakları ve Korsan Yayıncılık; *International Journal of Business, Economics and Management Perspectives*”; Y. 1, S. 2 , Mart 2016., s. 23

¹⁷² FSEK m.81 “Musiki ve sinema eserlerinin çoğaltılmış nüshaları ile süreli olmayan yayınlara bandrol yapıştırılması zorunludur. Ayrıca, kolay kopyalanmaya müsait diğer eserlerin çoğaltılmış nüshalarına da eser veya hak sahibinin talebi üzerine bandrol yapıştırılması zorunludur. Bandroller, Bakanlıkça bastırılır ve satılır. Bakanlıkça belirlenen satış fiyatı üzerinden meslek birlikleri aracılığı ile de bandrol satışı yapılabilir.

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

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

Bandrol yükümlülüğüne aykırı ya da bandrolsüz olarak bir eseri çoğaltıp satışı arz eden, satan, dağıtan veya ticarî amaçla satın alan ya da kabul eden kişi bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

Bakanlık ile mülki idare amirleri bandrollenmesi zorunlu olan nüshaların ve süreli olmayan yayınlara, bandrollü olup olmadıklarını her zaman denetleyebilir. Gerekli görüldüğünde, mülki idare amirleri re’sen veya Bakanlığın talebi ile bu denetimi gerçekleştirmek üzere illerde denetim komisyonu oluşturabilir. İhtiyaç hâlinde, bu komisyonlarda Bakanlık ve ilgili alan meslek birlikleri temsilcileri de görev alabilirler.

Bu denetimler sırasında bu Kanunda koruma altına alınan hakların ihlal edildiğinin tespiti hâlinde 75’inci maddenin üçüncü fıkrası uyarınca işlem yapılır.

Bu Kanun kapsamında korunan, yasal olarak çoğaltılmış, bandrollü nüshaların da yol, meydan, pazar, kaldırım, iskele, köprü ve benzeri yerlerde satışı yasaktır. Bu yasağa aykırı hareket edenler, Kabahatler Kanununun 38’inci maddesinin birinci fıkrasına göre cezalandırılır.

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

Sahte bandrol üreten, satışı arz eden, satan, dağıtan, satın alan, kabul eden veya kullanan kişi üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

Bir eserle ilgili olarak usulüne uygun biçimde temin edilmiş bandrolleri başka bir eser üzerinde tatbik eden kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis ve binbeşyüz güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

Yetkisi olmadığı hâlde, hileli davranışlarla bandrol temin eden kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

FSEK’de “*haklara tecavüzün önlenmesi*” başlığı altında düzenleme alanı bulan bandrol yükümlülüğü ve bandrol yükümlülüğüne aykırılığa ilişkin düzenlemeler, ayrıca Bandrol Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik ile de düzenlenerek, uygulama alanı özelleştirilmiştir.

Bandrol Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik FSEK m.81 ile FSEK Geçici 7 nci maddesine dayanılarak hazırlanmıştır.

Yönetmelikte bandrol “*Fikir ve sanat eserlerinin izinsiz çoğaltılmalarının ve taklit edilmelerinin önlenmesi amacıyla; fikir ve sanat eserlerinin çoğaltılmış nüshaları ile süreli olmayan yayınların üzerine yapıştırılan, sökülmesi halinde parçalanan ve yapıştırıldığı malzemenin özelliğini kaybettiren nitelikte güvenlik şeridi içeren holografik özellikli bir güvenlik etiketini veya dijital olarak üretilen güvenlik etiketini*” şeklinde tanımlanmış olup, Yönetmeliğin 5 inci Maddesinde bandrol kullanımının zorunlu ve isteğe bağlı olduğu haller gösterilmiştir.

Yönetmeliğin amacı Yönetmeliğin 1. maddesinde “*eser ve hak sahiplerinin haklarının takip edilmesini sağlamak ve fikri hak ihlalleriyle mücadele etmek amacıyla musiki ve sinema eseri nüshaları ile süreli olmayan yayınlarda zorunlu, kolay kopyalanmaya müsait diğer eser gruplarında ise isteğe bağlı olarak kullanılacak bandrolün temini, kullanımı, uygulamanın denetlenmesi ve bandrol gelirlerinin kullanılması hakkında usul ve esasları belirlemektir*” olarak anlatılmıştır.

Kanun ve yönetmelikle düzenleme alanı bulan bandrol uygulaması korsan eserlerin asıllarından ayırt edilebilmesi ve eser sahibinin haklarını korumakla, fikri mülkiyet bilincinin geliştirilmesinde uygulamanın önemli bir bölümünü oluşturmaktadır.

Yetkisi olmayan kişilere bandrol temin eden kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

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

Bu Kanunda tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, ilgili tüzel kişi hakkında Türk Ceza Kanununun tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.”

Zira FSEK m.71’de düzenlenen suçların uygulanmasına yönelik yapılan eleştirilerin, özellikle eser ve hak sahiplerinin haklarına tecavüzlerin varlığını tespit etmekte zorlandığı noktasında toplandığı, ancak bandrol yükümlülüğüne aykırılık suçları bakımından ise halihazırda sistemin ihlallerin varlığını tespit ve takip etmekte sağladığı kolaylıklarla eser sahiplerinin haklarını daha etkili biçimde koruduğu görülmektedir. Çünkü eser ve hak sahiplerinin kendilerinden izin alınmaksızın haklarının ihlal edildiğinin tespiti uygulamada sıkça rastlanan bir durum olarak gözükmemektedir¹⁷³.

Kanun koyucu bu sebeple FSEK m.81 ve dayanağını bu maddeden alan Yönetmelik ile zorunlu bandrol uygulaması ve isteğe bağlı bandrol uygulamasını düzenlemiştir. FSEK m.81’deki “musiki ve sinema eserlerinin çoğaltılmış nüshaları ile süreli olmayan yayınlara bandrol yapıştırılması zorunludur. Ayrıca, kolay kopyalanmaya müsait diğer eserlerin çoğaltılmış nüshalarına da eser veya hak sahibinin talebi üzerine bandrol yapıştırılması zorunludur.” hükmüyle karşımıza çıkan zorunluluk, uygulamada bandrol alınabilmesi için bandrol talebinde bulunanın yasal hak sahibi olduğunu beyan eden bir taahhütname doldurulmasıyla sağlanmaktadır¹⁷⁴. Konu bandroller Kültür ve Turizm Bakanlığınca eser ve hak sahiplerine sağlanmaktadır. Bakanlığa yapılan başvuruyu müteakip Bakanlık tespit ettiği diğer evrak ve belgelerle birlikte başvuruyu işleme koyarak, eser veya hak sahibince yapılacak başkaca bir işleme gerek kalmaksızın on iş günü içerisinde bandrol vermektedir. Ancak “beyana müstenit yapılan bu işlemlerden Bakanlık sorumlu tutulamaz” hükmünün düzenlenmesi kanaatimce yerinde olmamıştır. Nitekim ilgili hükmünün Anayasa’nın 125’inci maddesine aykırılığı tartışılabilir. Ancak konunun idare hukuku içerisinde incelenmesi gerekliliğiyle değerlendirme yapılması uygun görülmemektedir.

FSEK 71 inci maddesi ve m.72’de düzenlenen cezai hükümlerin şikâyete bağlı oluşuna karşın, FSEK m.81’de yer alan suçlar şikayet tabi değildir. Bandrol

¹⁷³ TÜRAY, Aras; “**Bandrol Yükümlülüğüne Aykırılık Suçu**”; Ceza Hukuku Dergisi S:34 Ağustos 2017 s. 121

¹⁷⁴ YENİDÜNYA, **agm**. Erişim Tarihi: 15.03.2019

yükümlülüğüne aykırılık suçları re'sen soruşturulmaktadır. Eser ve hak sahiplerinin şikayetleri aranmamaktadır.

2. Korunan Hukuksal Değer

Korunan hukuksal yarar bakımından yapılan değerlendirmede kanunla yapılan düzenlemenin amacı ile suçun kovuşturulabilmesi usulü önemli rol oynamakta olup, doktrinde konu hakkında iki farklı görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre bandrol yükümlülüğüne aykırılık suçlarının koruduğu hukuksal yarar, fikri mülkiyet kurumunun amacına da uygun şekilde bandrol uygulamasının sağlanmasıyla hem toplumu hem de bu yol ile doğrudan eser ve hak sahiplerinin haklarını korumaktadır¹⁷⁵. Diğer bir görüşte ise bandrol yükümlülüğüyle elde edilen gelirden pay sahibi olan devlet ve dolaylı olarak eser nüshalarının bandrol uygulamasına uygun şekilde piyasada dolaşımı ile ticari hayat ve hak sahiplerinin haklarını korumak olarak değerlendirilmektedir¹⁷⁶. Bizim de katıldığımız görüş olan birinci görüşün açıklamasının daha tutarlı oluşu, kanun koyucunun bandrol yükümlülüğünün, gelir elde etme amacıyla mı yoksa eser ve hak sahiplerinin haklarını korumak amacıyla mı yapılan bir düzenleme olduğunun değerlendirilmesinde rahatlıkla anlaşılabilir.

Bu arada, 2005 yılında çıkarılan Kabahatler Kanununda da, “Madde 38- (1) *“Yetkili makamların açık ve yazılı izni olmaksızın meydan, cadde, sokak veya yayaların gelip geçtiği kaldırımları işgal eden veya buralarda mal satışı arz eden kişiye, belediye zabıta görevlileri tarafından elli Türk Lirası idarî para cezası verilir...”*. düzenlemesi aslında korsan yayımla mücadeleden çok, dirlik ve esenlik gibi kamu düzeni unsurlarını sağlamaya yöneliktir.

¹⁷⁵ YAVUZ;ALICA;MERDİVAN; s.2864

¹⁷⁶ Kerim ÇAKIR, “Bandrol Yükümlülüğüne Aykırılık Suçları (FSEK m.81)”; Ceza Hukuku Dergisi Yıl:6 S:16 Ağustos 2011 s.154

3. Fail ve Mağdur

FSEK m.81’de düzenlenen suçun failinin herkes olabileceği kabul edilmelidir. Bununla beraber fail bakımından özel nitelik arz etmeyen faillik durumunun konu suç bakımından uygulanabilirliğinin doktrindeki açıklanmalarına değinmek gerekmektedir. Açıklama yapılırken doktrinde, konunun bandrol almaya hakkı olmayanların bu suçun faili olup olamayacakları bakımından değerlendirildiği görülmektedir. Yükümlülüğün eser ve hak sahiplerine getirildiğinden bahisle konuya ilişkin doktrinde iki görüş bulunmaktadır. BOZBEL’e göre herhangi bir eseri için eser ve hak sahiplerinin yasadan kaynaklanan bir zorunluluğa tabi olduğuna dikkat çekilerek, eser ve hak sahibi olmayan kimselerin hukuka aykırı biçimde eseri bandrol uygulamasına da aykırı şekilde çoğaltması FSEK m.81’e aykırılık oluşturmayacaktır. Nitekim bu görüşe göre bandrol yükümlülüğü eser ve hak sahiplerine getirilmiş bir yükümlülük olduğundan, eser ve hak sahiplerinin iradesine bağlı olmaksızın üçüncü bir kimsenin, suça konu eseri, çoğaltması ve yayması yalnızca FSEK m.71’e aykırılık olarak değerlendirebilecektir. YAZICIOĞLU’na göre; bandrol yükümlülüğüne aykırılık suçunda bandrol uygulamasına tabi tutulacak eser bakımından yükümlülük yalnızca eser ve hak sahibi kişi olabileceği için suç yalnızca eser ve hak sahibi kişi tarafından işlenebilecek bir suç olabilmektedir. Ancak suçun yalnızca bu şekilde gerçekleştirilebildiği ihtimalinde eser ve hak sahibinin izni olmaksızın çoğaltılan ve satışa arz edilen bandrolsüz eserlerde FSEK m.81 uygulama alanı bulamayacaktır¹⁷⁷. Ancak kanaatimce faillik durumu için yapılan bu değerlendirme, kanun koyucunun düzenlemedeki amacıyla örtüşmemektedir.

Suçun mağduru yönünden incelemede ise korunan hukuksal değer ile suçun konusunu oluşturan maddi unsur ile kovuşturma usulü beraberce değerlendirildiğinde incelendiğinde anlaşılacaktır. Buna göre suça konu fikri eserlerin ve hak sahiplerin olan kişiler aynı zamanda suçun ikincil mağdurudur. Eğer suça konu eserler üzerinde herhangi bir eser ve hak sahipliğinin bulunmadığı bir durum söz konusu ise suçun mağdurunun

¹⁷⁷

Aras TÜRAY, “Bandrol Yükümlülüğüne Aykırılık Suçu”; Ceza Hukuku Dergisi S:34 Ağustos 2017 s.129

kamu olacağı kabul edilmelidir. Ancak korunan hukuksal değerin incelenmesiyle beraber yapılabilecek mağdur değerlendirmesinde korunan hukuksal yararın öncelikli olarak toplumun fikri hayatı olduğuna dikkat edildiğinde suçun mağdurunun da kamu olduğu ortaya çıkmaktadır. Nitekim suçun mağduru ihlal edilen hakkın sahibidir¹⁷⁸.

4. Maddi Unsur

Suçun konusunu FSEK m.81/1’de gösterilen musiki eserler, sinema eserleri, süreli olmayan yayınlar ve 24577 sayılı Resmi Gazetede 8 Kasım 2001 tarihli Bandrol Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikle düzenlenen isteğe bağlı olarak bandrol uygulamasına tabi kılınabilecek eserler ve bilgisayar oyunları oluşturmaktadır.

Suçun konusu musiki eserler FSEK m.3 ve sinema eserleri FSEK m.5’de tanımlanmaktayken, süreli veya süreli olmayan yayınlar hakkında FSEK’de yapılan bir tanımlama bulunmamaktadır. Bu kavramlar 5187 sayılı Basın Kanunu m.2’de tanımlanmaktadır. Buna göre süreli yayın “belli aralıklarla yayımlanan gazete, dergi gibi basılmış eserler ile haber ajansları yayınları”, süresiz yayın ise “belli aralıklarla yayımlanmayan kitap, armağan gibi basılmış eserler” şeklinde tanımlanmaktadır. Burada eserin süreli yayın mı süresiz yayın mı olduğunun değerlendirilmesinde “eserlerin belirli aralıkla ve birbirini izleyen değişik sayılar halinde yayımlanmasıdır”¹⁷⁹. Dolayısıyla düzenliliğin önem arz ettiği görülmektedir.

İsteğe bağlı olarak bandrol uygulamasına tabi tutulabilecek eserler kavramı ise dayanağını FSEK m.81/1’de “kolay kopyalanmaya müsait diğer eserlerin çoğaltılmış nüshalarına da eser veya hak sahibinin talebi üzerine bandrol yapıştırılması zorunludur” düzenlemesinden almaktadır. Buna göre tahdidi olarak gösterilmemiş olan kolay kopyalanmaya müsait diğer eserler bakımından verilebilecek örnek çeşitleri, günümüz teknolojik gelişmeleri karşısında çok geniş bir anlam ifade etmektedir. Doktrinde tartışma

¹⁷⁸ YAVUZ; ALICA; MERDİVAN; *age*, s.2866

¹⁷⁹ Kayıhan İÇEL; “**Kitle İletişim Hukuku**”; İstanbul 2017, s.172

konusu olan bilgisayar oyunları hakkında da isteğe bağlı olarak bandrol uygulanabileceği kabul edilmelidir.¹⁸⁰ Nitekim kanun isteğe bağlı bandrol uygulamasının sınırını yalnızca kolay kopyalamaya müsait eserler şeklinde belirtmiştir. Her ne kadar bilgisayar oyunlarının bu kapsamda değerlendirilemeyeceğine dair görüşler bulunsa da¹⁸¹ desteğini Bandrol Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 7. maddesinde bu tarz eserlerin zorunlu bandrol uygulamasına tabi olduğu, bu zorunluluğun da kanunla değil yönetmelikle sağlanıyor oluşuyla bu tip eylemlerin FSEK m.81'in uygulama alanına girmeyeceği belirtilmekte ise de bu uygulanamazlığın yalnızca doktrinsel tartışma konusu olabileceği cezaların uygulanması bakımından sorun yaratmayacağı, lex superior olarak önümüzde duran kanun hükmünün göz ardı edilemeyeceği düşünüldüğünde bilgisayar oyunlarının da bu korumadan rahatlıkla yararlanması gerektiği kanaatindeyim.

Buna göre suça konu olabilecek eserler hakkında yapılan kısa tanımlamaların ardından suçun maddi unsuru olan fail olarak betimlenen kimsenin gerçekleştirmesi beklenen eylemler bakımından bu suç çok hareketli bir suçtur. Fail “bandrol yükümlülüğüne aykırı ya da bandrolsüz olarak bir eseri çoğaltıp satışı arz eden, satan, dağıtan veya ticarî amaçla satın alan ya da kabul eden kişi”¹⁸² olduğundan, failin öncelikli olarak bandrol yükümlülüğüne aykırı ya da bandrolsüz eseri çoğaltması gerekmektedir. Çoğaltma eyleminin tamamlanmasını müteakip ise fail bu eserleri satmalı, dağıtmalı, satışı arz etmeli veya ticari amaçla satın almalı, kabul etmelidir. Ancak Bandrol Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin m.5/1'de “çoğaltmayı takiben sevkiyattan önce” durum betimlemesiyle failin eseri yalnızca çoğaltması FSEK m.81'e göre cezalandırılmasını gerektirmeyecektir. Durumun şartları gereği çoğaltma hareketi bu durumda yalnızca FSEK 71 inci maddesi 'e göre cezalandırılabilir.

¹⁸⁰ YAVUZ; ALICA; MERDİVAN; **age**; s.2858

¹⁸¹ Aras TÜRAY, **agm**; s. 135

¹⁸² 5846 sayılı FSEK m.81/4; “Bandrol yükümlülüğüne aykırı ya da bandrolsüz olarak bir eseri çoğaltıp satışı arz eden, satan, dağıtan veya ticarî amaçla satın alan ya da kabul eden kişi bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.”

Çoğaltma hareketini müteakip suçun tamamlanabilmesi için gerçekleştirilebilecek olan hareketler ise; satışa arz etme, dağıtma, satma ve ticari amaçla satın alma ve kabul etmektir. Yani suçun tamamlanabilmesi için failin çoğaltma hareketinin devamında kanunda sayılı hareketleri de gerçekleştirmesi aranmaktadır.

5. Manevi Unsur

Bandrol yükümlülüğüne aykırılık suçu ancak kasten işlenebilecek bir suçtur. Fail bilerek ve isteyerek çoğaltma ve müteakibinde satışa arz etme, satmak, dağıtmak, fiillerinden birini bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi kastın varlığı bakımından yeterli olacaktır.

Ticari amaçla satın alma ve kabul etme fiili bakımından ise suçun oluşumu için özel kastın varlığı aranmaktadır. Çünkü söz konusu fiilin suç sayılabilmesi için “ticari amaçla” hareket ediliyor olması gerekmektedir. Bu fiil bakımından dolayısıyla olası kastın varlığı mümkün değildir. Ancak konu suçun oluşması için gerekli çoğaltmayı müteakip satışa arz etme, satma, dağıtma fiilleri bakımından ise teorik olarak olası kastın uygulama alanı bulabileceği kabul edilmelidir.

Her halükarda suçun taksirle gerçekleştirilebilmesi için ayrıca düzenlenmesi gerektiği ve kanun koyucunun konu suç bakımından taksirle işlenmesinin mümkün olmadığı yönünde iradesiyle, suçun taksirle işlenebilmesi ise mümkün gözükmemektedir.

6. Hukuka Aykırılık Unsuru

Suçla korunmak istenen hukuksal yararın kamu olmasıyla birlikte buraya kadar işlediğimiz diğer suçlarda karşılaştığımız hak sahibinin rızasının bu başlığa konu suç bakımından uygulama alanı bulamayacağı aşikârdır. Zira korunmak istenen yarar kamu olunca fikri hayatın işlerliğinin korunmaya çalışıldığı ve bu yol ile eser ve hak sahiplerinin rıza göstermesinin konu suç bakımından önem arz etmediği anlaşılacaktır. Dolayısıyla söz konusu fiile öncelikli olarak eser sahibinin hakları değil fikri hayatın toplum açısından önemi korunmaktadır. Söz konusu rıza faktörü yalnızca eser ve hak sahiplerinin haklarına

tecavüz suçunu oluşturabilecek FSEK m.71 bakımından söz konusu olabileceğinden konu suç bakımından eser ve hak sahibinin rızası hukuka uygunluk durumu doğuramayacaktır.

7. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

a. Teşebbüs

Konu suçun maddi unsurlarının işlendiği bölümden görüleceği üzere, teşebbüs hakkında FSEK m.81’de düzenlenen suçun oluşabilmesi için farklı değerlendirmeler yapılması gerekmektedir. Buna göre teşebbüs halinin değerlendirilmesinde ilk hal, failin çoğaltma hareketi bakımından, ikinci hal çoğaltılan eserin satışa arz edilmesi, satılması, dağıtılması halleridir.

Konu suçun çok hareketli bir suç¹⁸³ olmasının sonucu olarak teşebbüsün olaya uygulanabilirliği için her halükarda iki ihtimal söz konusu olacaktır. Yaptırım bakımından ikisi arasında bir fark bulunmamakta ise de; ilk halde sonucun doğması için şart koşulan hareketin teşebbüs aşamasında kalması, ikinci halde ise sonucu doğuracak hareketin icrasına başlanmamış olması söz konusudur. Bu iki ihtimalde de teşebbüsün cezalandırılabilmesi için sonucu doğurması için şart koşulan hareketin tek başına suç teşkil etmemesi halinde teşebbüsün varlığı halinde hareketin cezalandırılmayacağı, ikinci olasılık için ise TCK m.35 uyarınca zarar ve tehlikenin ağırlığına teşebbüs hükmünün uygulanabileceği kabul edilmelidir.

Teşebbüsün uygulanabilirliğinin değerlendirilmesinde, çoğaltma hareketinin yarıda kalması hali için failin m.71’e göre cezalandırılabilmesi mümkün ise de m.81’e göre cezalandırılabilmesi ve dolayısıyla teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkün gözükmemektedir. Nitekim konu suçun çok hareketli bir suç olması dolayısıyla m.81/4 hükmü gereği suçu tamamlayacak satışa arz, satma ve dağıtma hareketlerinin icrasına başlanamamıştır. Ancak ikinci grupta sayılan bu hareketlerin icrasına başlanması halinde teşebbüs uygulama alanı bulabilecektir.

¹⁸³ Uğur ALACAKAPTAN; “Suçun Unsurları”; AÜHF Yayınları No.372; Ankara 1975; s.45 “Yasanın, suçun işlenmiş sayılması için bir tek hareketin yapılmış olmasını yeterli görmeyip, aynı cins hareketin tekrar edilmiş olmasını şart koşması halinde oluşan suç”

Ticari amaçla satın alma veya kabul etme hareketi bakımından, suç kabul edilip teşebbüsün uygulama alanı bulabilmesi için, eserin ticari amaçla faile satışının gerçekleştirilmesi veya kabul edebilmesi gerekmekte olup satışın tamamlanması ve kabul etme işleminin tamamlanması borçlar hukuku ve eşya hukuku bakımından değerlendirilmedi. O halde zilyedliğin devrinin sağlanması ve failin suça konu eserin üzerinde fiili hakimiyeti sağlamasıyla bu suç tamamlanacağına göre, devir işleminin tamamlanmasına yönelik icra hareketlerine başlanması ancak failin elinde olmayan nedenlerden ötürü devrin gerçekleşemediği durumlarda diğer şartların da sağlanmasıyla fail teşebbüsten dolayı sorumlu olacaktır.

b. İştirak

Bandrol yükümlülüğüne aykırılık suçu iştirak bakımından herhangi bir özellik arz etmemektedir. Dolayısıyla TCK m.37 vd. hükümlerine göre failin özelliklerine göre iştirak durumu değerlendirilecektir.

c. İçtima

FSEK m.81/13 “*Bandrol yükümlülüğüne aykırılığın aynı eserle ilgili olarak 71 inci maddenin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde tanımlanan suçla birlikte işlenmesi hâlinde, fail hakkında sadece 71 inci maddeye göre cezaya hükmolunur. Ancak, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır*” şeklindeki düzenlemesi konu suç bakımından içtimanın özel hükmü niteliğinde olup öncelikli uygulama alanı bulacaktır. Buna göre bandrol yükümlülüğüne aykırılık suçu ile FSEK m.71/1’de sayılan eser sahibinin mali haklarına tecavüz suçu arasında fikri içtima hükümlerinin uygulama alanı bulacağı düzenlenmiştir.

Bu sebeple failin bandrol yükümlülüğüne aykırılık suçuyla beraber FSEK m.71/1’de düzenlenen eser sahibinin mali haklarına tecavüz suçunun bir fiil ile birden fazla suça sebebiyet vermesiyle m.71’den dolayı hüküm kurulacak ancak ceza üçte bir oranında artırılabilecektir. TCK m.44 hükmüne göre failin “en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacağına” dair hükmüne aykırılık teşkil eden bu durum lex specialis ilkesi gereği öncelikle uygulama alanı bulacaktır. Zira FSEK m.71/1’e aykırılık hali için

öngörülen ceza bir ila beş yıl arası hapis veya adli para cezası iken FSEK m.81/4'de düzenlenen ceza miktarı ise bir ila beş yıl arası hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıdır.

Bandrol yükümlülüğüne aykırılık suçları TCK m.43'de düzenleme alanı bulan zincirleme suç bakımından ise özellik arz etmemektedir, konu suç bakımından uygulanması mümkündür. Konu suçun işlenmesi kapsamında değişik zamanlarda bir kişiye karşı suçun işlenmesi halinde ceza oranı dörtte birden dörtte üçe kadar arttırılarak cezaya hükmedilecektir¹⁸⁴.

8. Yaptırım

Bandrol yükümlülüğüne aykırılık suçunun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde TCK'daki tüzel kişiler hakkında uygulanması öngörülen güvenlik tedbirlerine de hükmolunacaktır. Söz konusu güvenlik tedbirleri TCK m.60'da iznin iptali, eşya ve kazanç müsadereleri olarak öngörülmüştür.

Konu suç olan bandrol yükümlülüğüne aykırılık suçunun tüzel kişilerin faaliyetleri çerçevesinde işlenmesi halinde ise TCK'da belirtilen tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı hükmüyle, tüzel kişiler hakkında TCK m.60 kapsamında güvenlik tedbirlerine hükmedileceği düzenlenmektedir.

9. Kovuşturma Usulü

Kanun hükmünde şikâyet şartının aranmıyor oluşuyla bandrol yükümlülüğüne aykırılık re'sen kovuşturulabilir bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun sebebi ise kanunla korunmaya çalışılan hukuksal yararın kamuyla ilişkili olmasından kaynaklanmaktadır. FSEK m.71'de düzenlenen suçlarla karşılaştırma yapıldığında bu durum daha net anlaşılabilir olup, tez konusu suçlar bakımından bu durum eleştiri konusu yapılmaktadır. Zira bandrol yükümlülüğüne aykırılık suçlarının re'sen kovuşturulmasına dair düzenlemenin getiriliş amacında eser ve hak sahiplerinin hak

¹⁸⁴ Yargıtay CGK 2013/7-591 E. 2014/171 K. T:08.04.2014; Yargıtay 19. CD. 2015/13907 E. 2015/4390 K. T:15.09.2015; Yargıtay 19 CD. 2015/33784 E. 2016/17193 K. T: 03.05.2016

ihlallerinin takibinde zorlanacağından bahisle böyle bir düzenleme yapılmakta iken FSEK m.71’de düzenlenen suçlarda eser ve hak sahiplerinin haklarının ihlallerini takip için nasıl bir kolaylık sağlanmış oluşu şaibelidir. FSEK m.75’deki hak sahiplerine getirilen belge ve sair dellillerin getirilmesi yükümlülüğü şikâyetin kabulü için zorunlu tutulmakla bu eleştirinin yerinde olduğu değerlendirilmektedir.

F. BİLGİ TEKNOLOJİLERİ VASITASIYLA İŞLENEN SUÇLAR

1. Genel Olarak

Konu başlık, iki suç başlığını içinde barındırmakta olup, ilk halde FSEK m.72’de düzenlenen koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri, ikinci halde ise FSEK m.71/2’nin yönlendirmesiyle FSEK ek 4. maddesinin birinci fıkrasında bahsi geçen bilgi içerik sağlayıcılarının FSEK’de tanınmış hakları ihlal durumu için tanımlanmış olan suçlar oluşturmaktadır.

Bu iki başlığın birleştirilmesindeki faktör ise; dijitalleşen dünyada konu suçların uygulanabilmesi için kullanılacak tekniklerin bilgi teknolojileri vasıtasıyla kullanılmasıdır. İlk suçumuz olan FSEK m.72’ye göre *“bir bilgisayar programının hukuka aykırı olarak çoğaltılmasının önüne geçmek amacıyla oluşturulmuş ilave programları etkisi kılmaya yönelik program veya teknik donanımları üreten, satışı arz eden, satan veya kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran kişi altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.”* Bu düzenlemede bahsedilen koruyucu programlar, hukuki yollara başvurma halinde eser ve hak sahibinin uzun bir uğraş gerektirmesi sebebiyle başvurduğu, etkin bir önleyici koruma tekniği olan koruyucu programla, eser niteliğini haiz bilgisayar programının hukuka aykırı şekilde çoğaltılmasını engellemek üzere oluşturulan ilave programı ifade etmektedir. Bu yol ile teknik bir önleyici koruma sağlayan programlara örnek vermek gerekirse, müzik eserlerini korumak için geliştirilmiş olan “elektronik fikri haklar yönetim sistemi” uygulamanın güzel bir örneğini oluşturmaktadır. Bu sistemde eser öncelikle şifrelenmekte daha sonra ise eser sahibi, eser ismi ve lisans sözleşmesi gibi ilave bilgiler eklenerek, eserin çoğaltılması için üçüncü

kişinin lisans sertifikası sahibi olması gerekmektedir¹⁸⁵. Lisans sertifikası olmayan kimseler ise bu çoğaltmayı yapamayacağı için halihazırdaki kopyaların korsan olup olmadığının tespiti kolaylaşmaktadır.

Bu yöndeki diğer bir düzenlemeye ise WIPO Fonogramlar ve İcracı Sanatçılar Anlaşması'nın 18. maddesinde rastlanmaktadır. Bu anlaşmalardan WIPO Fonogramlar ve İcracı Sanatçılar Anlaşması'nın 18. maddesine göre “Akit Taraflar, ilgili icracı sanatçılar ya da fonogram yapımcılarına yetki veya kanunla izin verilmeyen fiillerin gerçekleştirilmesini kısıtlayan ve bu Andlaşma ile kendilerine tanınan haklar çerçevesinde icracı sanatçılar ve fonogram yapımcılarınca kullanılan etkin teknolojik yöntemlerin etkisiz hale getirilmesine karşı uygun yasal koruma ve etkin yasal yaptırımlar öngörecektir.”¹⁸⁶ Görüleceği üzere FSEK m.72’de düzenlenen suçla aynı nitelikte olan, yalnızca suça konu eserler bakımından farklılık arz eden düzenlemede, FSEK m.72’deki şekliyle yalnızca bilgisayar programları değil icracı sanatçılar ve fonogram yapımcıları tarafından kullanılan teknolojik yöntemler söz konusu olmakla suça konu eser kapsamı geniş tutulmuştur.

Aynı zamanda Avrupa Topluluğu, Topluluk Direktiflerinden 2001/29/EC sayılı direktifin 6. maddesinde de buna benzer bir düzenleme öngörülmüş olup, eserlerin korunması için alınan teknik önlemlerin aşılması yaptırıma tabi kılınmıştır¹⁸⁷.

Ancak FSEK m.72’de düzenleme alanı bulan bu düzenlemenin uluslararası anlaşmalardaki amaçlarına tamamen uygun olduğu söylenemeyecek olup, hukukumuzda yer bulan bu düzenleme öncelikle “bilgisayar programları”nı konu edinmektedir. Dolayısıyla hüküm konusunun genişletilmesi yerinde olacaktır.

2. Korunan Hukuksal Yarar

Koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketlerine konu, korunmaya değer görülen eser mahiyetinde sayılanlar, program ya da teknik donanımlar

¹⁸⁵ BOZBEL, *age*, s.591

¹⁸⁶ BOZBEL, *age*, s.592

¹⁸⁷ BOZBEL, *age*, s.591

değil, hukuka aykırı olarak çoğaltılmanın önüne geçmek amacıyla oluşturulmuş ilave programlar ya da donanımlardır. Bununla kanun koyucu eser mahiyetindeki bilgisayar programlarının korunmasını sağlayan tedbirleri koruma altına almaktadır.

Korunan hukuksal yarar ise dolaylı yoldan anlaşılabilir. Kanun metninde gösterildiği şekliyle bilgisayar programının hukuka aykırı olarak çoğaltılmasının önüne geçmek amacıyla oluşturulan program veya teknik donanımlar başlı başına eser sahibinin çoğaltma hakkını ve dolayısıyla mali hakları etkilemekte olduğundan, söz konusu suçla korunmak istenen hukuksal yarar da eser sahibinin mali haklarıdır¹⁸⁸.

3. Fail ve Mağdur

Koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri başlığı altında düzenlenen, bu tip program veya teknik donanımları üreten, satışa arz eden, satan veya kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran kimselerin, kasdi hareketleriyle gerçekleştirdikleri bu fiiller yoluyla, aslında eser sahibinin haklarına doğrudan bir zarar gelmemektedir. Ancak kanun koyucu fiilin zarar meydana getirme tehlikesini içermesi nedeniyle, tanımlı suç, tehlike suçu olarak ele almaktadır. Nitekim eylemin cezalandırılabilmesi için bir zararın meydana gelmesi aranmamıştır.

Kanunun 72'inci maddesinde gösterilen suç bakımından fail ve mağdur özellik arz etmemekte olup, sayılı hareketlerin kasten gerçekleştirilmesi halinde suçun herkes tarafından işlenebileceği kabul edilmektedir. Yalnızca suça konu üretme fiili bakımından uygulama yönünde tartışılması gerekli görülen bu suçun teknik yeterliliğe sahip bir kimse tarafından işlenmesi gerekliliği kabul edilmelidir. Bu da suç bakımından hareketin fail bakımından elverişli olup olamayacağı yönünden özellik arz etmekte olup her şüpheli bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

Suç faili yalnızca gerçek kişi olabileceken, suçun tüzel kişilerin faaliyetleri çerçevesinde gerçekleştirilmesi halinde TCK'da gösterilen tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilebilecektir. Özellikle suça konu fiillerden üretme fiili bakımından

¹⁸⁸

TURAN, age; s.246

yine elverişli hareketle işleme gereği bakımından önemli görülen bu suçun, program veya teknik donanımların kişisel olarak üretilmesinin zorluğu da gözönüne alındığında tüzel kişiler bakımından uygulama alanının daha geniş olabileceği kabul edilmelidir.

4. Manevi Unsur

FSEK m.71/II ve m.72’de düzenlenen suçlar kasten işlenebilecek bir suçlar olarak karşımıza çıkar. Failin koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri suçunun gerçekleşmesi için bu amaca yönelik program veya teknik donanımı kasten üretmesi, satışa arz etmesi, satması veya kişisel kullanım amacı dışında elinde bulundurması gerekmektedir.

5278 sayılı kanunla yapılan değişikliklerden evvel failin ayrıca ticari amaçla hareket ediyor olması aranırken, değişiklikle beraber ticari amaçla hareket etmesi şartı metinden çıkartılmıştır.

5. Maddi Unsur

Konu suçun oluşabilmesi için failin gerçekleştirilmesi beklenen hareketler kanunda üretme, satışa arz etme, satma veya kişisel kullanım amacı dışında elinde bulundurmaktır. Ancak FSEK m.71’de sayıldığı gibi başlık suçta konu program veya teknik donanımların dağıtılmasının da korunmak istenen hukuki yararı zedeleyeceği görülmekte olup, madde metninde düzenleniyor olması bir eksiklik olarak görülmelidir.

Kişisel kullanım amacı ise FSEK m.38 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre eser ve hak sahiplerinin haklarına tecavüz suçlarını içeren 71’inci madde kapsamında, durumun özelliklerine göre, hukuka uygunluk sebebi oluşturan kişisel kullanım amacı, başlık suç bakımından da hukuka uygunluk sebebi olarak gösterilecektir. Nitekim kanun koyucu suç tanımında kişisel kullanım amacını özel olarak belirtmekte olup, bazı yazarlarca¹⁸⁹ kişisel kullanım amacının bu suç bakımından hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilemeyeceği görüşüne katılmamaktayım. Zira yazarın görüşüne dayanak olan suç ile korunmak istenen hukuksal yararın konusunun etkisiz kılmaya yönelik program veya

¹⁸⁹ TURAN, *age.* s.248

teknik donanım olmayışından bahisle varılan sonuç, aynı gerekçe ile kanaatimce kabul görmemektedir. Nitekim teorik olarak tartışılan konuda, şahsen kullanım amacına konu program veya teknik donanımın yine koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri olması sebebiyle, hukuka aykırı olduğu kabul edilebilecekken, kanun koyucunun kişisel kullanım amacını özel olarak göstermiş olmasıyla, yazarın bu görüşü kabul göremeyecektir.

6. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

a. Teşebbüs

Koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri, tehlike suçu olmanın verdiği özelliklerden kaynaklı neticesi hareket bitişik suç olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle başlık konu suçun teşebbüs ile işlenebilmesi mümkün gözükmemektedir.

Yeter ki failin hareketleri tamamlanmaksızın, yani hareketlerin ayrılabilmesinin mümkün olmasın. Zira hareketler bölümlerine ayrılabilirken ve fail elinde olmayan sebeplerle suçu tamamlayamamışsa bu suç bakımından da teşebbüsten bahsedilebilecektir.

Başlık konusu suçların ancak kasten işlenebildiği de göz önünde bulundurulduğunda, suçun teşebbüsle işlenebilmesi uygulama itibarıyla mümkün gözükmemektedir. Zira bu suçların tespit edilebilmesi için denetim mekanizmalarının yeterli olmayışı, suçun fail olabilecek kimselerin özel hayatlarının bir parçası olan kişisel bilgisayar, telefon gibi aletler vasıtasıyla gerçekleştiriliyor oluşuyla sabittir. Ancak teorik olarak teşebbüsün uygulanmasında herhangi bir beis bulunmamaktadır.

b. İştirak

Başlık konusu suç iştirak yönünden özellik arz etmemektedir. Yani faillerin kanuni tanımda yer alan fiili birlikte gerçekleştirmeleri halinde iştirak eden her fail müşterek fail olarak sorumlu olacaktır. Dolayısıyla konu suç bakımından, iştirak hükümleri uygulanırken TCK m.37vd. hükümleri uygulanacaktır.

c. İçtima

Koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasını konu alan bu suçun gerçekleştirilmesi başlı başına cezalandırılabilmeyle beraber, bu program veya teknik donanımın kullanılması halinde, bilgisayar programının hukuka aykırı olarak çoğaltılmasının da yolu açılacaktır. Dolayısıyla failin hem başlık suçu, hem de FSEK 71'inci maddede tanımlanan çoğaltma suçunu kolaylıkla işleyebileceği bir olay gündeme gelmektedir. Failin hakkında bu durumda gerçek içtimanın uygulanması gerekmektedir.

7. Yaptırım ve Kovuşturma Usulü

kanun koyucu FSEK m.72'de suçu; "Bir bilgisayar programının hukuka aykırı olarak çoğaltılmasının önüne geçmek amacıyla oluşturulmuş ilave programları etkisiz kılmaya yönelik program veya teknik donanımları üreten, satışa arz eden, satan veya kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran kişi altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır." şeklinde düzenlemekle, suçun oluşması halinde failin altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır.

Başlık altında işlenmesi gereken diğer bir suç ise FSEK 71/II'de "*bu Kanunun ek 4 üncü maddesinin birinci fıkrasında bahsi geçen fiilleri yetkisiz olarak işleyenler ile bu Kanunda tanınmış hakları ihlâl etmeye devam eden bilgi içerik sağlayıcılar hakkında, fiilleri daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*" şeklinde düzenleme alanı bulan, bilgi içerik sağlayıcılarının FSEK'de tanınmış hakları ihlâl etmeye devam etmeleri hakkında cezaya hükmedileceği düzenlenmiştir.

FSEK ek 4'üncü maddeye göre "*Dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla servis ve bilgi içerik sağlayıcılar tarafından eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin bu Kanunda tanınmış haklarının ihlâli halinde, hak sahiplerinin başvuruları üzerine ihlâle konu eserler içerikten çıkarılır. Bunun için hakları haleldar olan gerçek veya tüzel kişi öncelikle bilgi içerik sağlayıcısına başvurarak üç gün içinde ihlâlin durdurulmasını ister. İhlâlin devamı halinde bu defa,*

Cumhuriyet savcısına yapılan başvuru üzerine, üç gün içinde servis sağlayıcıdan ihlâlâ devam eden bilgi içerik sağlayıcısına verilen hizmetin durdurulması istenir. İhlâlâin durdurulması halinde bilgi içerik sağlayıcısına yeniden servis sağlanır. Servis sağlayıcılar, bilgi içerik sağlayıcılarının isimlerini gösterir listeyi her ayın ilk iş günü Bakanlığa bildirir. Servis sağlayıcılar ile bilgi içerik sağlayıcıları, Bakanlıkça istendiği takdirde her türlü bilgi ve belgeyi vermekle yükümlüdür. Bu maddede belirtilen hususların uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir.”

Dolayısıyla madde hükmüne göre internete bir şarkıyı bir internet sitesine yüklemek suretiyle başkalarının erişimine sunan kimse FSEK ek m.4'e göre yapılan uyarıya rağmen ihlâlâ devam ederse FSEK 71/II uyarınca üç aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılabilir.

Başlık konu suç bakımından fail herhangi bir özellik arz etmemektedir. Kanun koyucunun fail başlıklı FSEK m.74'de özellikle iştirak hükümlerini düzenleyen hükmü mülga etmesinin sebebi de aslında bundandır. Suç insan¹⁹⁰ tarafından işlenmekle beraber cezalandırılacaktır. Konunun fail ve mağdur açısından düzenleniş biçiminde TCK genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

FSEK m.75 uyarınca soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlanmış olan bu suçlarda korunan hukuksal yarar bandrol yükümlülüğüne aykırılık suçunda olduğu gibi öncelikle kamudur. Zira bu suçlar şikayete tabi olmalarına rağmen suçun işlenmesinde önleyici bir rol oynamaktadır. Dolayısıyla korunan hukuksal yarar öncelikle toplumun fikri hayatı olup, buna bağlı olarak eser ve hak sahiplerinin haklarıdır.

¹⁹⁰ 5237 sayılı TCK m.20/2“Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamaz. Ancak suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğinde yaptırımlar saklıdır” ile 5237 sayılı TCK m.60'da düzenlenen “tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri” başlıklı hükmünün uygulanması saklıdır.

G. ESER SAHİBİ VE BAĞLANTILI HAK SAHİPLERİNİN MALİ VE MANEVİ HAKLARINA TECAVÜZ SUÇLARININ ORTAK UNSURLARI

1. Hukuka Aykırılık Unsuru

Cezai müeyyidesi olan çalışma konumuz olan suçlar hukuka uygunluk unsuru bakımından incelendiğinde FSEK m. 26, 27, 31, 32, 33, 37, 38 ve 40 hükümlerinin kanun koyucu tarafından hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlendiği görülmektedir. Bu hükümlerin muhtevası daha önce eser sahibinin manevi haklarına tecavüz suçları işlenirken açıklanmakla beraber, ceza hukuku bakımından somut olayın özelliklerine göre her zaman uygulama alanı bulabilecek ilgilinin rızası, kanuni bir hakkın veya yetkinin kullanılması gibi hukuka uygunluk sebeplerinden başkaca, eser sahibinin haklarına tecavüz suçları değerlendirilirken ilk hukuka uygunluk sebebi olarak daima hatırlamamız gereken, hak sahibinin rızası faktörünün¹⁹¹ yanında kanun koyucu, eser sahibinin mali haklarına tecavüz suçları için ayrıca FSEK m.26 vd. hükümlerinde belirli haller için “serbesti” hallerini de düzenlemiştir.

Bununla birlikte kısaca hatırlamak gerekirse; FSEK m.26 ve m.27’de belirtilen koruma sürelerinin geçmesi halinde eserin temsilinin mümkün olduğunu, eser veya hak sahiplerinden izin alınmasına gerek olmadığını, FSEK m.31 resmen yayımlanan veya ilan olunan, kanun, tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge, kazai kararlardan herhangi bir suretle bundan faydalanma serbestisini, FSEK m.32 TBMM’de ve diğer meclis ve kongrelerde mahkemelerde, umumi toplantılarda söylenen söz ve nutukların haber veya malumat verme maksadıyla umumi mahallerde okunmasının serbestliğini, FSEK m.33 yayımlanmış bir eserin tüm eğitim ve öğretim kurumlarında yüz yüze eğitim ve öğretim maksadıyla doğrudan veya dolaylı kar amacı gütmeksizin temsilinin eser sahibinin adının açıklanması suretiyle serbestliğini, FSEK m.37 haber mahiyetinde olmak ve bilgilendirme kapsamını aşmamak kaydıyla, günlük hadiselerle ilgili olarak fikir ve sanat eserlerinden bazı parçaların işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan vasıtalara alınması ve alınmış

¹⁹¹ BOZBEL, *age*, s.586

parçaların temsil edilmesi serbestliğini, FSEK m.38 kişisel ihtiyacın karşılanması amacıyla, bir eserin umuma açık olmayan yerlerde kişisel çevre kapsamında olmak ve ticari amaç gütmeksizin temsil edilme serbestliğini, FSEK m.40 umumi yollar, caddeler, meydanlara, temelli kalmak üzere koyulan güzel sanat eserlerini, resim, grafik, fotoğraf vesaire ile çoğaltma, yayma, umumi mahallerde projeksiyonla gösterme, radyo ve benzeri vasıtalarla yayımlama serbestisini, düzenlemektedir.

FSEK'in 52'nci maddesinde "*Mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır.*" düzenlemesiyle bir şekil şartı olarak "yazılılık" esası konulmuştur. Manevi hakların geneli için kanun herhangi bir şekil şartı belirlememiştir. Düzenlemede rızanın şekli hakkında bir düzenleme yer almasa da eser sahibinin rızasının yazılı şekle tabi olması daha makul bir çözümdür¹⁹². Düzenlenmiş maddenin 71/1'inci fıkrasında "yazılı izin" ifadesi varken, maddenin 4'üncü fıkrasında yalnızca "izin" sözüne yer verilmiştir. Bunun haricinde diğer manevi haklar bakımından ise izin sözüne dahi yer verilmemiştir.

Kanunun açıkça yazılılık şartı aramadığı hallerde hak sahibinin yazılı veya sözlü rızasının alınması yeterli görülmelidir. Çünkü ceza hukukunda amaç maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olduğundan rızanın yazılı veya sözlü olması farklılık arz etmemelidir. Bununla birlikte uygulamada mahkemeler, daha emin bir usul olarak gördükleri eser sahibinin yazılı rızasını kanunda yazılmayan haller için de aramaktadırlar. Bir hukuka uygunluk sebebi olan ilgilinin rızası, fiilin gerçekleşmesinden önce alınmalıdır. Fiilin gerçekleşip tamamlanmasından sonra gösterilen rıza bir hukuka uygunluk sebebi olmamaktadır.

¹⁹² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu , 2003/4-260E., 2003/271K., 02.04.2003T. "Davalı eylemi, davacının bilimsel eserinden, onun izni olmadan işleme eser meydana getirmedir. Burada davacıya ait bilim eseri işlenerek "sinema eseri" haline dönüştürülmüştür. Oysa FSEK 21. maddeye göre bir eserin "işleme hakkı" münhasıran esas eser sahibine aittir. Başkaları tarafından bu hakkın kullanılması, davacıya ait işleme hakkının FSEK 52. madde uyarınca yazılı sözleşme ile davalılara devredilmesidir. Buradaki yazılı olma kuralı geçerlilik şartıdır."

Hukuka aykırılık, işlenen ve kanundaki tarife uygun bulunan fiile hukuk düzenince cevaz verilmemesi, bu fiilin mubah sayılmaması, yalnız ceza hukuku ile değil, bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması demektir¹⁹³. Konu başlığında düzenlenen haklara tecavüz suçlarına ilişkin hukuka aykırılık için ise değerlendirilmesi gereken kısım kanunun açıkça her suç bakımından gösterdiği “hak sahibi kişilerin yazılı izni”dir. Bu sebeple hak sahibi kişilerin yazılı izninin bulunması hukuka uygunluk¹⁹⁴ sebebi olarak karşımıza çıkacak ve fiilin suç olarak nitelendirilmesi ve müteakibinde cezalandırılmasına engel olacaktır. Daha önce bahsedildiği üzere hukuka uygunluk sebebi olarak hak sahibinin yazılı rızasının alınmasının zamanı, uygulama açısından önem arz etmektedir. Çünkü hak sahibinin rızasının fiilden önce alınması halinde hukuka aykırı bir eylem, fiille karşılaşılmamaktayken, soruşturma/kovuşturma aşamasında hak sahibinin rızasının olması halinde bu rıza aynı zamanda şikâyetten vazgeçme olarak da nitelendirilecektir.

Yine bu sebeple zaten FSEK 71 inci maddesinin son hükmünde “*Hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı satışa arz eden, satan veya satın alan kişi, kovuşturma evresinden önce bunları kimden temin ettiğini bildirerek yakalanmalarını sağladığı takdirde, hakkında verilecek cezadan indirim yapılabileceği gibi ceza vermekten de vazgeçilebilir*” demekle; fail bakımından yaptığımız tasnifteki ikinci ve üçüncü hallerde sözü geçen faillerin cezalandırılmasında “*etkin pişmanlık*” benzeri bir düzenlemeye gidilmiştir. “Etkin pişmanlık benzeri”, ifadesinin kullanılmasının sebebi görüleceği üzere, fail hakkında belirlenecek ceza oranının, hala hâkimin takdirinde bırakılıyor olmasıdır. Ancak kanaatimce TCK’da örneklerini¹⁹⁵ gördüğümüz halindeki gibi bir etkin pişmanlık

¹⁹³ DÖNMEZER/ERMAN; “**Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım**”, C.II. 12. Bası, İstanbul 1999, s.1-2

¹⁹⁴ “ceza normunun yasakladığı bir fiilin işlenmesine izin vererek, onun hukuka aykırı olmasını önleyen kural” DÖNMEZER/ERMAN, **age**; C.II, s.10; hukuka uygunluk olarak karşılaşılan bu “ilgilinin rızası” hali ise TCK m.26/2’de düzenleme alanı bulmaktadır. Murat BALCI, “**Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri**”, Adalet Yayınevi, Eylül 2012, s.263.

¹⁹⁵ 5237 sayılı TCK m.93” Organ veya dokularını satan kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını kolaylaştırırsa,

hükümünün düzenlenmesi daha yerinde olacaktır. Nitekim FSEK 71/3'de düzenlenen hüküm kanunun emredici hükümleri arasında değerlendirilmemektedir.

Manevi haklara tecavüz suçlarında hukuka aykırılık bakımından eser sahibinin rıza göstermesi korumayı kaldırır. Çünkü bu suçlar kişinin rıza göstermesi durumunda kişinin manevi haklarının ihlali hukuksal koruma kapsamında kalması anlamsız kalır.

Çalışma konumuz olan eser ve bağlantılı hak sahiplerinin haklarına tecavüz suçları hukuka uygunluk unsuru bakımından incelendiğinde FSEK m. 26, 27, 31, 32, 33, 37, 38 ve 40 hükümlerinin kanun koyucu tarafından hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlendiği görülmektedir. Bu hükümler TCK m.26/1'de düzenlenen hukuka uygunluk sebeplerinin FSEK'de düzenlenen suçlar bakımından uygulanması halidir. Hukuka uygunluk sebebi olarak yer alan "hakkını kullanan kimseye ceza verilemez" hükmü TCK m.26'da düzenlenmekte olup; madde gerekçesinde hakkın "kanun, tüzük, yönetmelik, genelge gibi nizamlara dayanılabilir ve hukuken tanınmış ve düzenlenmiş olmak kaydıyla, bir mesleğin icrasından da doğabilir"¹⁹⁶ demekle yukarıda sayılı hukuka uygunluk sebepleri TCK m.26/1 kapsamında değerlendirilen hukuka uygunluk sebeplerindedir.

hakkında cezaya hükmolunmaz.", m.110 "kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işleyen kişi, bu suç nedeniyle soruşturmaya başlanmadan önce mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, onu kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakacak olursa cezanın üçte ikisine kadarı indirilir.", m.168" Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, taksirli iflâs (...) (1) suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadarı indirilir", m. 192" Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarına iştirak etmiş olan kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce, diğer suç ortaklarını ve uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin saklandığı veya imal edildiği yerleri merciiine haber verirse, verilen bilginin suç ortaklarının yakalanmasını veya uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ele geçirilmesini sağlaması halinde, hakkında cezaya hükmolunmaz.", m.201" Sahte olarak para veya kıymetli damga üreten, ülkeye sokan, nakleden, muhafaza eden veya kabul eden kişi, bu para veya kıymetli damgaları tedavüle koymadan ve resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce, diğer suç ortaklarını ve sahte olarak üretilen para veya kıymetli damgaların üretildiği veya saklandığı yerleri merciiine haber verirse, verilen bilginin suç ortaklarının yakalanmasını ve sahte olarak üretilen para veya kıymetli damgaların ele geçirilmesini sağlaması halinde, hakkında cezaya hükmolunmaz." vb.

¹⁹⁶ Murat BALCI, "Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri", Adalet Yayınevi, Eylül 2012, s.263

FSEK m.26 ve m.27’de belirtilen koruma sürelerinin geçmesi halinde eserin temsilinin mümkün olduğunu, eser veya hak sahiplerinden izin alınmasına gerek olmadığını, FSEK m.31 resmen yayımlanan veya ilan olunan, kanun, tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge, kazai kararlardan herhangi bir suretle bundan faydalanma serbestisini, FSEK m.32 TBMM’de ve diğer meclis ve kongrelerde mahkemelerde, umumi toplantılarda söylenen söz ve nutukların haber veya malumat verme maksadıyla umumi mahallerde okunmasının serbestliğini, FSEK m.33 yayımlanmış bir eserin tüm eğitim ve öğretim kurumlarında yüz yüze eğitim ve öğretim maksadıyla doğrudan veya dolaylı kar amacı gütmeksizin temsilinin eser sahibinin adının açıklanması suretiyle serbestliğini, FSEK m.37 haber mahiyetinde olmak ve bilgilendirme kapsamını aşmamak kaydıyla, günlük hadiselerle ilgili olarak fikir ve sanat eserlerinden bazı parçaların işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan vasıtalarla alınması ve alınmış parçaların temsil edilmesi serbestliğini, FSEK m.38 kişisel ihtiyacın karşılanması amacıyla, bir eserin umuma açık olmayan yerlerde kişisel çevre kapsamında olmak ve ticari amaç gütmeksizin temsil edilme serbestliğini, FSEK m.40 umumi yollar, caddeler, meydanlara, temelli kalmak üzere koyulan güzel sanat eserlerini, resim, grafik, fotoğraf vesaire ile çoğaltma, yayma, umumi mahallerde projeksiyonla gösterme, radyo ve benzeri vasıtalarla yayımlama serbestisini, düzenlemektedir.

2. Zamanaşımı Konusu

Ceza hukukunda zamanaşımı, hak sahibinin veya kamu adına bir suç oldukları öngörülen eylemlerde hakka tecavüz eden kişiye karşı hukuki takipte bulunulamayacağı anlamına gelir. Ayrıca, zamanaşımı dolmuşsa bu kişilere karşı dava açılmayacağı ve tazminat istenemeyeceği anlaşılır¹⁹⁷.

Yukarıda belirtildiği üzere, kanunun 75’nci maddesinde, 71, 72, 81’inci maddelerinde sayılan suçlara karşı kovuşturma başlatılabilmesi “şikâyete bağlı”dır. Hak sahipleri haklarını ispatlayan belgeleri tecavüzü ve faili öğrendikleri tarihten itibaren

¹⁹⁷ KARAKUZU BAYTAN, *age.*, s. 142.

şikayet süresi olan 6 ay içinde Cumhuriyet Başsavcılığına vererek başvurmalıdırlar.

Soruşturma evresinde teori ve uygulama arasında çokça farklılıklar görülmektedir:

Nitekim Yargıtay 19. Ceza Dairesinin oldukça yeni tarihli bir kararında¹⁹⁸:
“Şikayetçi vekilinin sunmuş olduğu fonogramlara ilişkin kayıt tescil belgesine göre yapımçı şirketin, 5846 Sayılı Kanun'da belirtilen mali haklardan hangisine sahip olduğu, temsil hakkına sahip olup olmadığı ve hak sahipliği süresi belirtilmediği gibi şikayetçi MÜYAP Meslek Birliği ile yapımçı Pasaj Film Reklam Prod. San. Tic. Ltd. Şti. arasında "üyelik ve yetki belgesi" imzalandığı ancak suça konu eserin hak sahibi olan gerçek veya tüzel kişilerin, temsil haklarını adı geçen şirkete devrettiğine dair hukuken geçerli ve yeterli belgeleri kanuni süresi içinde dosyaya sunmadığı anlaşılınca, davaya katılma ve temyiz hakkı bulunmayan şikayetçi vekilinin temyiz inceleme isteminin, 5320 Sayılı Kanun'un 8/1 inci maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 Sayılı CMUK'nun 317.maddesi gereğince tebliğnameye uygun olarak REDDİNE” karar verilmiştir.

Ancak bu kararın karşı oyunda suça konu fiil ve korunan hakların açıklanması devamında *“Bir icra ürünü olan veya sair sesleri, ilk defa tespit eden fonogram yapımçıların eser sahibinden ve icracı sanatçıdan mali hakları kullanma yetkisini sözleşme ile devraldıktan sonra kanun gereği (sözleşmede tek tek ve sarih olarak belirtilmesine gerek kalmaksızın) aslen iktisap ettikleri mali haklar arasında “temsil hakkı” ve “umuma iletim” hakkı da olduğundan, katılan meslek birliğinin şikayet hakkı mevcut bulunduğu kanaatiyle hukuka aykırı olan ilk derece mahkemesi kararının bozulması istemiyle çoğunluğu oluşturan Daire kararına katılmıyorum.”* diyerek üyesi olunan Meslek Birliğinin de şikayet hakkının olduğu düşüncesiyle kararın bozulması talep edilmektedir.

¹⁹⁸

YCD, 2015/32422E. 2018/6730K. 04.06.2018 gün.

Kanaatimce Yargıtay kararındaki gibi ilgili Meslek Birliğinin şikâyet hakkının korunması gerekir. Bununla birlikte, Meslek Birliğinin şikâyet hakkının kullanılması, Birliğin suçtan zarar görmüş olmasına bağlı değildir ve buradaki şikâyetinin üyesinin hakkını korumak üzere kanundan kaynaklanan bir hak ve “ihbar” görevi olduğu düşünülmelidir.

Burada incelenen suçlarda, kanun koyucunun belge ve diğer delillerin şikâyet eden tarafından sağlanması yükümlülüğünü getirmiş olmasıyla, bu suçlarda kamu yararını sağlamayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Soruşturmaya başlandığında, hakkında şikâyet olan kişi, zan altında bırakılmış olur ve ifade vermek, uzlaşma görüşmelerine katılmak gibi¹⁹⁹ belirli yükümlülükler altına girer.

Şikâyetçi kendi imkanlarıyla belge ve diğer delillere ulaşamamışsa, araştırma yapılmaksızın kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi isabetli olmamalıdır. Nitekim ceza hukukunun temel ilkelerinden olan “*maddi gerçeği ortaya çıkarmak*” yükümlülüğü vardır. Ayrıca, hukuka aykırılık sadece bu örnekteki gibi karşımıza çıkmaz. Bazen, hakkın yerine getirilmesinin geciktirilmesi de hukuka aykırılık oluşturur. Gerekli araştırma yapılmaksızın verilen kovuşturmaya karar verilmesi de bunun en güzel örnekleri arasındadır. Bu kararlara karşı itiraz yolu açıktır. Her bir somut olayın özellikleri dikkate alınarak karar verilir. Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararların verilmesi, Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurular ile haklara erişmeye çalışılması dolayısıyla sonuç alma süreci uzamaktadır.

Bu durumun önüne geçmek için kanun koyucu, FSEK’in 75’nci maddesinde Milli Eğitim Bakanlığı ile Kültür ve Turizm Bakanlığı dâhil gerçek ve tüzel kişilerin bilgilendirilmesini düzenlemiştir. Buna ek olarak, hak sahibinin şikâyet hakkını kullanabilmesini sağlamak için Savcılık makamınca sağlanacağı hükmü yer almaktadır. Yine de 71’nci maddede 4’üncü fıkrada düzenlenen “*alenileşmemiş eserin muhtevası*

¹⁹⁹ Çalışma konusunu oluşturan suçlardan şikâyete tabi olanlar CMK m.253/1-a ve CMK m.253/2 hükmü sebebiyle uzlaşmaya tabi suçlardandır.

hakkında kamuya açıklamada bulunma” suçunda eser sahibi tarafından gerekli belge ve diğer delillerin sağlanmasının ne denli güç olduğu açıktır.

3. İştirak

74’üncü madde “fail”i düzenleyen maddede “özel iştirak” halleri varken 2008 yılı değişikliğiyle özel iştirak durumları düzenlemeden kaldırılmıştır. Bu halde, bu suçlarda TCK’nın m.37 ve devamında düzenlenen iştirak hükümleri uygulanır.

Tez çalışmamıza konu tecavüz suçları, iştirak bakımından özellik arz etmemektedir. Manevi haklara tecavüz suçlarının işlendiği bir önceki bölümdeki açıklamalar bu başlıkta işlenen suçlar bakımından da geçerliliğini korumaktadır. 2008 yılında FSEK’de yapılan değişiklikler ile FSEK m.74²⁰⁰’ün mülga edilmesiyle konu suçlar iştirak bakımından özellik arz etmemektedir.

FSEK mülga 74’üncü madde hükmünün ilga edilmesiyle beraber kanunda sayılan suçlar bakımından iştirak hükümlerinin uygulanmayacağı anlamına gelmemektedir. Zira hükmün ilga edilmiş olmasının sebebi konu suçların ceza kanunlarıyla uyumlu hale getirilmesi olunca, iştirak hali için TCK hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Yeter ki; iştirakin şartları olan, birden fazla fail tarafından gerçekleştirilmiş olması, bu hareketlerin arasında nedensellik bağının bulunması, iştirak edenler arasında birliktelik iradesinin bulunması ve icra hareketlerinin her iştirak eden fail tarafından icra hareketlerine başlanmış olsun.

²⁰⁰

FSEK m.74(mülga) “71, 72, 73 ve 80’inci maddelerde sayılan suçlar, hizmetlerini ifa ettikleri sırada bir işletmenin temsilcisi veya müstahdemleri tarafından işlenmiş ise, suçun işlenmesine mani olmayan işletme sahibi veya müdürü yahut her hangi bir nam ve sıfatla olursa olsun işletmeyi fiilen idare eden kimse de fail gibi cezalandırılır. Cezayi mucip fiil işletme sahibi veya müdürü yahut işletmeyi fiilen idare eden kimse tarafından emredilmiş ise bunlar fail gibi; temsilci veya müstahdem ise, yardımcı gibi cezalandırılır.(1) Temsil edilmesinin kanuna aykırılığını bildiği bir eserin umuma gösterilmesi için karşılıklı veya karşılıksız olarak bir mahalli tahsis eden veya böyle bir eserin temsilinde vazife veya rol alan kimse, yardımcı olarak cezalandırılır. Bir tüzelkişinin işleri çevrilirken 71, 72, 73 ve 80’inci maddelerde sayılan suçlardan biri işlenirse; masraf ve para cezasından tüzelkişi diğer suçlularla birlikte müteselsilen mesuldür.(1) Ceza Kanununun 64, 65, 66 ve 67 nci maddelerinin hükümleri mahfuzdur.”

4. Kovuşturma Usulü ve Yaptırım

FSEK'in 71'inci maddesinde ve 72'nci maddesinde gösterilen suçların soruşturulması ve kovuşturmasına ilişkin düzenlemeler FSEK'in 75'inci maddesinde düzenlenmiştir. Madde, söz konusu suçların kovuşturulma ve soruşturulmasını şikâyete bağlamıştır. Şikâyetin geçerli sayılabilmesi için hak sahipleri ya da onların üye oldukları meslek birliklerinin, bu kişilerin haklarını ispatlayan belge ve diğer delillerle Cumhuriyet Başsavcılığına başvurmaları gerekir. Genellikle, şikâyete bağlı suçlarda Cumhuriyet Başsavcılıkları kovuşturmaya yer olmadığına dair²⁰¹ karar verme eğilimdedirler. Savcılık makamlarına söz konusu belge ve diğer deliller iletilmezse “kovuşturmaya yer olmadığına dair karar” verilecektir.

FSEK'nin 75'inci maddesine göre Kanun'un 71'nci maddesinde belirlenen suçların şikâyete tabi olduklarından soruşturulma ve kovuşturulmalarının şikâyet şartına bağlı oldukları konusu akla gelir. Bu durumda, bütün şikâyete bağlı suçlarda olduğu gibi sonradan “rıza” gösterilmesi, hukuka uygunluk sebebi olarak değil, “şikâyetten vazgeçme” olarak düşünülmelidir.

Yine FSEK'nin 75'inci maddesine göre şikâyetin geçerliliği için hak sahiplerinin bizzat ya da üyesi oldukları meslek birliklerinin hakkı ispatlayan belgeleri ve diğer delilleri şikâyet süresi içinde Cumhuriyet başsavcılığına vermeleri şarttır. Süresi içinde verilmezse kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilecektir. Savcı şikâyet üzerine, suç konusu eşya hakkında 5271 sayılı CMK hükümleri çerçevesinde “el koyma” koruma tedbiri kararı için gereken işlemleri yapar²⁰². Gerek görmesi halinde Savcı hukuka aykırı şekilde çoğaltılmış eserlerin çoğaltılması faaliyetinin durdurulması kararı verebilir. Faaliyetin durdurulması kararı yirmi dört saat içinde hâkimin onayına sunulmamış veya sunulup onaylanmamış faaliyetinin durdurulması kararı hükümsüz kalır.

201 Mustafa ALBAYRAK; “Fikri ve Sınai Haklar Aleyhine İşlenen Suçların Kovuşturulması ve Yargılama Sorunları ve Çözüm Yolları”, s. 334.

202 Deliller konusunda geniş bilgi için bkz. Murat BALCI; “Delillerin, Suçun İşlendiği Hususunda Yeterli Şüphe Sebebi Oluşturması (CMK m. 170/2)”, Terazi Hukuk Dergisi/ Yit: 7/Sayı: 72/Ağustos 2012, s.10-15

Şikâyet bildirimine üzerine kolluk makamı delilleri toplamak zorundadır. Uygulamada karşılaşılan temel sorunlar: Suçüstü haline rağmen ilgililerin harekete geçmemesi ve mahkemeden arama kararı istenildiğinde yeterli delil olmadığı gerekçesiyle bu kararın alınmaması²⁰³ olarak ifade edilmiştir.

Bu suçların kovuşturulabilmesinin şartı FSEK m.75’de “71 ve 72 nci maddelerde sayılan suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması şikâyete bağlıdır.” şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan bu suçta şikâyetçinin rolü önemli olup, şikâyetin geçerli olabilmesi için, hak sahiplerinin veya üyesi oldukları meslek birliklerinin haklarını kanıtlayan belge ve sair delilleri Cumhuriyet Başsavcılığı’na vermeleri gerekmektedir. Aksi takdirde kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın verileceği yine FSEK m.75’de açıkça hüküm altına alınmaktadır.

Manevi haklara tecavüz suçları başlığı altında nispi olarak eleştirmiş olduğumuz bu uygulamanın mali haklara tecavüz suçları bakımından eleştirilmesinde yer olmadığı kanaatindeyim. Nitekim manevi haklar muhtevası itibariyle, hak sahiplerinin fikri hayatlarına daha yakın gözükmekteyken mali haklara tecavüz suçlarında eser sahibinin ekonomik kaygısı daha çok ön plana çıkmaktadır. Zaten bu sebeple eser sahibinin manevi hakları daha soyut bulgularla desteklenmekteyken, eser sahibinin mali hakları daha somut olgularda kendine yer bulmaktadır. Dolayısıyla manevi haklara tecavüz suçlarının varlığı halinde eser sahipleri her zaman “*kanıtlayan belge ve sair delilleri*” kendi başına savcılığa sunamayabilir. Bu sebeple savcılığın da soruşturma evresine yaraşır biçimde eksik soruşturma benzeri bir yaklaşımla değil savcılığın da failin lehine ve aleyhine delilleri re’sen toplaması gerekliliğine inanmaktayım. Manevi hakların kovuşturma usulü başlığı altında yapılan bu nispi eleştirinin mali haklarda geçerli olmayışı, mali haklara tecavüz suçlarında hak sahibinin haklarını kanıtlayabileceği belge ve sair delillere ulaşımının manevi haklara nispeten daha kolay olmasıdır.

²⁰³

ALBAYRAK, “Fikri ve Smaî Haklar Aleyhine İşlenen Suçların Kovuşturulması ve Yargılamasında Sorunlar ve Çözüm Yolları”, s.335.

Kanunun 71'inci maddesinin 1'inci fıkrasının 2'inci bendinde düzenlenen *“başkasına ait esere, kendi eseri olarak ad koyma”* suçunu işleyen kimse altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezasına mahkûm edilir. Bu eylem, dağıtmak ya da yayımlamak yoluyla işlenmiş ise, hapis cezasının üst sınırı beş yıldır ve adlî para cezasına da hükmedilemez.

Kanunun 71'inci maddesinin 1'inci fıkrasının 3'üncü bendinde düzenlenen *“bir eserden kaynak göstermeksizin ıktibasta bulunma”* suçunu işleyen kişiler hakkında altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezasına hükmedilir.

Kanunun 71'inci maddesinin 1'inci fıkrasının 5'inci bendinde düzenlenen” bir *eserle ilgili olarak yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak gösterme”* suçunun kanunda öngörülen cezası, “altı aya kadar hapis cezası”dır.

2008 değişiklikleri ile md. 71/3 ve md. 71/5'deki suçlarda farklılık oluşturulmuş ve *“kaynak göstermeksizin ıktibasta bulunma”* suçuna öngörülen ceza lafzen daha ağır bir ceza olarak belirlemiştir. 71/3'deki suç tipi için mahkemenin takdir yetkisini genişletilmiştir. Böylece mahkemelerin suçun ağırlığını dikkate alarak ve cezayı kişisel bazda değerlendirme ile somut olayın özelliklerine göre adil şekilde ceza verilmesini sağlamıştır.

Ancak FSEK 71 inci maddesinin son bendinde “hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı satışa arz eden, satan veya satın alan kişi, kovuşturma evresinden önce bunları kimden temin ettiğini bildirerek yakalanmalarını sağladığı takdirde, hakkında verilecek cezadan indirim yapılabileceği gibi ceza vermektan de vazgeçilebilir.” demekle, oluşturduğum tasnifin ikinci eylem grubundaki faillerin hakkında “etkin pişmanlık” benzeri bir yaptırım uygulamasının mahkeme kanaatine bırakılması, kanun koyucu tarafından uygun görülmüştür.

FSEK.'in 71 inci maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık hali de bu türdendir. Fıkarda; *“Hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı satışa arz eden, satan veya satın*

alan kişi, kovuşturma evresinden önce bunları kimden temin ettiğini bildirerek yakalanmalarını sağladığı takdirde, hakkında verilecek cezadan indirim yapılabileceği gibi ceza vermekten de vazgeçilebilir” denilmektedir. Öncelikle belirtelim ki, bu etkin pişmanlık hali, 71 inci maddedeki tüm suçları kapsayacak tarzda düzenlenmemiştir. Hükümden, bizatihi 71/1’de yer alan suç tipini ve buradaki eylemlerden de sadece “satışa arz etmek, satmak veya satın almak” davranışlarını gerçekleştirenler yararlanabilir. İkincisi kovuşturma evresinden önce pişmanlık gerçekleşmelidir. İddianamenin mahkemece kabulünden sonra, bu hükümden istifade edilemez. Etkin pişmanlığın nasıl gerçekleşeceği konusu da sınırlandırılmıştır. Mağdurun zararının karşılanması önemli değildir, önemli olan mali, manevi ve bağlantılı haklara tecavüz edilerek meydana gelmiş bu ürünü failin kimden temin ettiğini bildirmesidir. Kanun koyucunun hedefi, başkasına ait eseri hukuka aykırı olarak üreten, işleyen, çoğaltan, dağıtan, yayımlayan kimselerin yakalanabilmesini sağlamaktır. Bu açıdan bildirim de tek başına yeterli değildir, önemli olan bir ismin, adresin verilmesi olmayıp, bu kişi veya kişilerin yakalanmasının sağlanmasıdır. Bu özellikleri itibariyle sınırlı bir etkin pişmanlık halinin öngörülmüş olduğunu söylememiz gerekir.²⁰⁴

Yine manevi haklara tecavüz suçlarının işlendiği başlıkta bahsedilen “etkin pişmanlık benzeri” tabirinin kullanılma sebebine göre, kanun koyucunun cezai yaptırım öngörülen bir suçta mahkeme takdirini bu denli geniş tutması kanaatimce yerinde olmamıştır.

1983 yılında 2936 sayılı Kanun ile Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda diğer değişikliklerle birlikte, manevi haklara tecavüz başlıklı md. 71/1’nci fıkrasındaki “umuma arz ve yayımlama” fiillerinde “eser sahibinin veya halefinin yazılı izni olmadan” ifadesi eklenmiştir. Daha önce metinde öngörülen “alenileşmemiş olma” şartı kaldırılarak “para veya hapis cezası” ifadesi de “para, hapis cezası” ifadesi olarak

204

YENİDÜNYA, agm. Erişim Tarihi: 15.03.2019

değiştirilmiştir. 1995 yılında 4110 sayılı Kanun değişikliği ile de bu suç için öngörülen yaptırım artırılmıştı²⁰⁵.

Kaynak göstermeksizin iktibasta bulunmak suçu için öngörülen ceza, eserle ilgili olarak yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak gösterme suçundan daha ağır bir cezayı gerektirmesi, failin hareketiyle beraber yarattığı tehlikenin varlığıyla beraber incelendiğinde anlaşılabilir. Kaynak göstermeksizin iktibasta bulunma suçunda adli para cezasının seçimlik bir hak gibi düşünülmesi yerinde olmamıştır. Bu suçların cezalandırılmasında hapis cezasının ağır olduğu düşünülse de uygulamada adli para cezalarının caydırıcı olmaması bir paradoks oluşturmaktadır.

Toplumda şu anda parası veya tanıdığı olanın ceza almayacağı gibi bir önyargının yaygın olması, mahkemelerin cezaya hükmederken, özel durumlar dışında²⁰⁶ en az cezaya hükmettiği de diğer bir algıdır. Mahkemelerce hapis cezalarının verilmesinden elden geldiğince kaçınılması düşüncesi ile suçlunun yeniden topluma kazandırılması yönündeki ceza politikaları, yanlış algı oluşturmakta ve adalet duygusunu ciddi şekilde zedelemektedir.

FSEK 71 inci maddesinin 4 üncü fıkrasında düzenlenen “*hak sahibi kişilerin izni olmaksızın, alenileşmemiş bir eserin muhtevası hakkında kamuya açıklamada bulunma*” suçunu işleyen kişi, “altı aya kadar hapis cezası” yaptırımına çarptırılır.

5. Görevli ve Yekili Mahkeme

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 76. maddesinde görev ve ispat düzenlenmektedir. Madde 23/1/2008 tarihli 5728 sayılı Kanunun 141’inci maddesi ile değiştirilmiştir. Maddenin ilk fıkrası da 22/12/2016 tarihli 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu 189 maddesi ile düzenlenmiştir. Maddede “*Bu Kanunun düzenlediği hukuki ilişkilerden doğan dava ve işler ile bu Kanundan kaynaklanan ceza davalarında görevli*

103
206

GÜNER, **agm.**, s.1927.
Gündemde yankı uyandıran terör suçları, cinsel istismar suçları vb.

mahkeme, Sınai Mülkiyet Kanununun 156 ncı maddesinin birinci fıkrasında belirtilen mahkemelerdir.” düzenlemesi yapılmıştır. 6769 sayılı SMK’nın “Görevli ve yetkili mahkeme” başlıklı 156ncı maddesi” (1). Bu Kanunda öngörülen davalarda görevli mahkeme, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi ile fikri ve sınai haklar ceza mahkemesidir. Bu mahkemeler, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak, tek hâkimli ve asliye mahkemesi derecesinde Adalet Bakanlığınca lüzum görülen yerlerde kurulur. Bu mahkemelerin yargı çevresi, 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun hükümlerine göre belirlenir. Fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi kurulmamış olan yerlerde bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, o yerdeki asliye hukuk mahkemesince; fikri ve sınai haklar ceza mahkemesi kurulmamış olan yerlerde bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, o yerdeki asliye ceza mahkemesince bakılır.” şeklinde düzenlenmiştir.

5846 sayılı Kanunda da buna ilişkin Tasarıda 26ncı maddesi ile 5846 sayılı Kanun’un 76 ncı maddesinin birinci fıkrasının sonuna aşağıdaki cümle eklenmiş ve ikinci fıkrası değiştirilmiştir. Maddenin ilk fıkrasında, “*Fikri ve sınai haklar hukuk ve ceza mahkemeleri ile bu mahkemelerin görev alanına giren dava ve işlere bakmakla görevlendirilen mahkemelerin yargı çevresi Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca, birden fazla ili kapsayacak şekilde belirlenebilir.*” hükmü ile birden fazla ili kapsayan yetkilendirme yapılabileceği düzenlenmektedir. Bu durumda bir İstanbul Adliyesindeki ihtisas mahkemesinin yetki alanı İzmit, Yalova veya Tekirdağ iline kadar genişleyebilecektir.

Dolayısıyla Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi’nin görevli olduğu konu suçların varlığının tespiti halinde mahkeme; FSEK 71 inci maddesinin 1’inci fıkrası hükmü uyarınca bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmedecektir. Mevcut düzenleme hükmünün 5728 sayılı Kanun değişiklikleriyle yaptırım oranının azaltılmış olması kanaatimce yerinde olmamıştır. Nitekim değişiklikten evvel suçun cezası iki yıldan dört yıla kadar hapis veya elli milyar liradan yüzeli milyar liraya kadar

ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden h kmedilebilmekteydi.

SONUÇ

Fikri mülkiyet denildiğinde öncelikle telif hukuku akla gelse de sınai mülkiyeti de kapsadığı ortadadır. İnsanoğlunun  retici-yaratıcı zekâsının ortaya çıkardığı her üretim kişinin özelliklerinden parçalar taşımak kaydıyla hukuken korumaya layık görülür.

Türkiye’de fikri mülkiyetin korunması, genel anlamda mülkiyet kapsamında öteden beri korunmaya çalıŐılsa da asıl düzenleme 1951 tarihli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunudur ve bu kanundan sonra fikri mülkiyet hukukunun geliŐmesi ivme kazanmıŐtır. Fikri mülkiyet haklarının dünyadaki gelişmesine paralel olarak Türkiye’nin de bu fırsatı değerlendirebilmesi amacıyla fikir ve sanat eserlerinin korunmasını sağlamak üzere 1951 tarihli FSEK’in yeniden güncellenerek yorumlanmasıyla yeni bir Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na ihtiyaç dođmuŐtur.

Bununla birlikte asıl hareketlilik, 1995 yılında Avrupa Birliği  yeliği yolunda yaŐanan müktesebata uyum çalışmaları sürecinde yürürlüğe konulan Kanun Hükmünde Kararnameler ile başlamıştır. Söz konusu KHK’ların bir kısmı Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. İptal kararları, Kararnamelerdeki eksiklikler ile bütün temel hak ve  zg l klerde olduğu gibi mülkiyeti sınırlayan düzenlemelerin de ancak kanun ile yapılabileceği gerek leriyle alınmıştır.

Fikri mülkiyet konusundaki KHK'lar dönemi, 2017 yılında çıkarılan 6769 sayılı Kanun ile son bulmuştur. 5846 sayılı FSEK'in değiştirilmesi veya yepyeni bir kanuna ihtiyaç her zaman dile getirilmiştir.

Mecliste yapılan ve bundan sonra yapılacak kanun çalışmaları önem arz etmektedir nitekim mevcut durumda, FSEK günümüz fikri mülkiyet hukukunun ruhuna ve üslubuna uymamaktadır. Konuyla ilgili mevzuatımızda uyumsuzluklarının olduğu ve dünya çapında fikri mülkiyet üzerine çalışmalarda ivmeyi yakalayamadığını söylemek gerekir.

Suç ve cezada kanunilik yanında onun bir sonucu olan suç ve cezada belirliliği gerekli görür. Bu nedenle, yeni değişiklikler yapılırken kanunun suç saydığı fiillerin kuşatıcı, net ve anlaşılır şekilde sınırlarının belirlenmesi gereklidir. Yine yeni düzenlemeler yapılırken AB mevzuatına uyum kadar, değişikliklerin pratik şekilde uygulanabilir, güncel, sade ve etkin korunma sağlaması beklenir.

Eser ve hak sahiplerinin haklarının kanun koyucu tarafından gerek özel hukuk gerekse kamu hukuku yönüyle bu denli geniş kapsamlı koruma altına alınmış olması, kanun koyucunun fikri mülkiyet alanında etkili korumayı sağlama konusundaki duyarlılığını gösteriyor. Bu amaçla kanun koyucu, konuyu cezai yaptırımlar ile düzenleme yolunu seçmiştir. Konuyla ilgili düzenlemeler, FSEK 71'nci madde, 72'nci madde ve 81'nci maddelerde düzenlenmiştir. FSEK 71'nci madde ile eser sahibinin mali ve manevi hakları ile bağlantılı haklara tecavüz suçları ve FSEK 72'nci maddedeki koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketlerini düzenlenmiştir. Böylece akdi (sözleşmesel) ya da kişisel bazda hak sahiplerinin haklarına tecavüz fiillerinin cezalandırılması yoluna gidilmiştir.

FSEK 81'nci maddede, bandrol yükümlülüğü düzenlenmiştir. Çünkü, eser ve hak sahiplerinin haklarının takibinin sağlanması önemlidir. Bandrol yükümlülüğünün takibi, eser sahiplerinin haklarına tecavüzün önlenmesinde en etkin yollardan birisidir. Böylece eser ve hak sahiplerinin haklarına tecavüzü engellemek amacıyla failler cezai hükümlerle caydırılmak istenmiştir. Bununla birlikte, ülkemizde denetim

mekanizmalarının mevzuatın net düzenlemelerine rağmen fiilen ağır işleme, fikri mülkiyet haklarının korunmasında istenen sonuçlara ulaşılmasını engellemektedir. Bandrol yükümlülüğüne aykırılık suçları bakımından kanun koyucunun tercihini değerlendirirsek: İşlenen suçun re'sen kovuşturmasıyla suçlu fikri mülkiyet haklarına tecavüz dolayısıyla değil, bandrol yükümlülüğüne aykırılığı sebebiyle cezalandırılmaktadır. Bu yönüyle, FSEK 71'nci maddede belirlenen diğer suçlar için de etkin bir kontrol mekanizmasının kurulmalıdır. Kanun değişiklikleriyle bu suçların da re'sen kovuşturulması düzenlenirse halinde, FSEK 71'nci maddede belirlenen suçların akdi (sözleşmesel) ve kişisel etki doğuracağı için fikri mülkiyetin bu tarz cezai hükümlerle daha güçlü şekilde korunması mümkün olacaktır.

Ayrıca, FSEK'in 71'inci maddesinde düzenlenen suçların uygulama alanının olarak öncelikle mali haklara tecavüz suçları ile iktibas suçları olduğu ortadadır. Diğer suçların tespitinde eser ve hak sahiplerinin lehine denetim mekanizmalarının etkisiz kaldığını ve Ceza Hukuku uygulaması bakımından uygulayıcıları daha somut ve kestirme gördükleri bandrol yükümlülüğüne aykırılık suçları üzerine gittikleri görülmektedir. FSEK'in 81'nci maddesinin 13'ncü fıkrasında bandrol yükümlülüğüne aykırılık suçları için içtima hükümleriyle birlikte FSEK'in 71'inci maddesine atıf yapılmıştır. Bunun nedeni, bandrol yükümlülüğüne aykırılık suçu yanında FSEK 71'inci maddesine aykırılığın tespit edilmesidir.

Suçların kovuşturulması ve soruşturulmasını düzenleyen FSEK 75'inci maddesi ile beraber eser ve hak sahiplerine getirilen, şikâyetle beraber hak sahiplerinin ya da üye oldukları meslek birlikleri onların bu konudaki haklarını ispatlayan belge ve diğer delilleri sunma zorunluluğunun olması hak sahiplerinin şikâyette bulunmaları ve dolayısıyla hak arama özgürlükleri üzerinde baskı kurmaktadır.

5101 sayılı Kanun ile 12.03.2004 tarihinde yürürlüğe giren değişikliklerle 75'nci ve 81'inci maddelerin uygulaması bakımından hak sahiplerinin ürünleri eğer umuma açık alanlarda bandrolsüz olarak satılıyorsa bu kişilerin ispat zorunluluğu

ortadan kaldırılmıştır²⁰⁷. İspat yükünün ortadan kalkması son derecede isabetli olmuştur, çünkü suç aleni bir mekânda umuma açık bir yerde işlenmektedir. Şikâyetçinin aleni bir suça karşı ayrıca ispat yükünün olması mantıklı değildir.

²⁰⁷ Mustafa ALBAYRAK,: “Fikri ve Sınai Haklar Aleyhine İşlenen Suçların Kovuşturulması ve Yargılamasında Sorunlar ve Çözüm Yolları”, TBB Dergisi, Sayı 57, (Çevrimiçi) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2005-57-130>, s.354.

KAYNAKÇA

AKSU, Mustafa, “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Yayma Hakkının Tükenmesi ve Avrupa Adalet Divanınının 3 Temmuz 2012 Tarihli Usedsoft/Oracle Kararının Hukukumuzda Bu Açıdan Etkisi Bağlamında Değerlendirilmesi”, TFM 2015/1.

ALBAYRAK, Mustafa; “Fikir ve Sanat Eserleri ile Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar”, Adil Yayınevi, Ankara 2004.

ALBAYRAK, Mustafa; “Fikri ve Sınai Haklar Aleyhine İşlenen Suçların Kovuşturulması ve Yargılamasında Sorunlar ve Çözüm Yolları”, TBB Dergisi, Sayı 57, (Çevrimiçi) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2005-57-130>.

ARIKAN, Ayşe Saadet; “Avrupa Topluluğu’nda Fikri-Sınai Mülkiyet Hakları ve Son Gelişmeler”; Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi C:7, No:1 Güz 2007

ATASOY, Evrim; “Birlikte Eser Sahipliği Kavramı, Türlerinin Birbirleri İle Olan Benzerlikleri ve Farklılıkları”, FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, Sayı 2, Yıl 2013 Güz.

ATEŞ, Mustafa; “Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması”, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

ATEŞ, Mustafa; “Fikir ve Sanat Hukukunda Sinema Eseri ve Eser Sahipliği”, Fikri Mülkiyet Yıllığı, 2009.

AYTEMİZ, Levent; **GEMRİK**, Sevil; “Fikri Mülkiyet Hakları ve Korsan Yayıncılık”; International Journal of Business, Economics and Management Perspectives; Y. 1, S. 2 , Mart 2016.

BALCI Murat, “Delillerin, Suçun İşlendiği Hususunda Yeterli Şüphe Sebebi Oluşturması (CMK m. 170/2)”, Terazi Hukuk Dergisi/ Yit: 7/Sayı: 72/Ağustos 2012.

- BALCI**, Murat; “Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri”; Adalet Yayınevi; Ankara Eylül 2012
- BAŞBÜYÜK** İsa; “Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk”; Adalet Yayınevi; Aralık 2017
- BAŞLAR**, Yusuf; “Fikir ve Sanat Eserleri Kapsamında Bandrol Suçları”; Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi S.7.
- BAYINDIR**, Sinan; “Eser Sahibinin İzni Olmaksızın Eseri Umuma İletim Suçu”; TBB Dergisi 2014 S.113
- BELGESAY**, Reşit; “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi”, İstanbul 1955.
<http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v10/10HarvJLTech047.pdf>; Erişim Tarihi: 22.04.2019
- BONCUK**, İsmail; “Türk Ceza Hukukunda Teşebbüs”, Yüksek Lisans Tezi, Haziran 2018.
- BOZBEL**, Savaş; “Fikri Mülkiyet Hukuku”; XII Levha Yayınevi; Eylül 2015.
- BOZGEYİK** Hayri; “Telif Hukukunda Eğitim İstisnası”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 2015/2.
- BOZGEYİK** Hayri; “Görüşler ve Kararlar Telif Hukuku”; Adalet Yayınevi; Ocak 2018.
- CENTEL** Nur; Hamide **ZAFER**; **ÇAKMUT** Özlem, “Türk Ceza Hukukuna Giriş”, Beta Yayınları, İstanbul 2005.
- ÇAKIR** Kerim; “Bandrol Yükümlülüğüne Aykırılık Suçları (FSEK’in 81)”; Ceza Hukuku Dergisi Yıl:6 S:16 Ağustos 2011
- ÇELİK**, Abdullah; Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Çoğaltma ve Yayma Haklarının İhlali- ihlalin Sonuçları, Seçkin Yayınları, Ankara 2011
- ÇÖL**, Hüseyin Cem; “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na Göre Eser Dışında Koruma Konuları”; AÜHFD C: 52, S.4; Ankara 2003

- DEMİRAL BAKIRMAN**, Büşra; “İntihal Suçları; Ceza Hukuku ve Kriminoloji” Dergisi; C. 3, S. 2, İstanbul 2015
- DEMİRBAŞ**, Ali; “Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Mali Hakların Tecavüzünde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma”; Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2014
- DERİCİOĞLU**, M.Kaan; “Fikri Haklar Kılavuzu”; İstanbul Sanayi Odası Kalite ve Teknoloji İhtisas Kurulu Hazırlayan.; İSO KATEK-Ankara Patent Bürosu; İstanbul Sanayi Odası; İstanbul 2011
- DÖNMEZER** Sulhi; **ERMAN** Sahir; “Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku –Genel Kısım–“ C.1, Yeniden Gözden Geçirilmiş 12. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 1997. C.I.
- EGE**, Önder; “Marka Hakkına Tecavüz ve Hukuksal Korunma Yolları”; Seçkin Yayıncılık; Nisan 2018
- ERDEM**, Murat; “Sınai Mülkiyet Hukukunda Uzlaşma”; Journal of Current Researches on Social Sciences, Volume:7 Issue:4 Y. 2017
- ERDİL**, Engin; “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi (2 Cilt) İctihatlı ve Gerekçeli”; Vedat Yayınevi, İstanbul, Ocak 2009.
- EREL**, Şafak N.; “Türk Fikir ve Sanat Hukuku”, Yetkin yayınları, 3. Bası, Ankara 2009.
- Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Gerekçesi,
<http://www.msg.org.tr/UserFiles/files/GENEL%20GEREKCE%20VE%20MADDE%20GEREKCELERI.pdf>
- GÖKCEN** Ahmet; **BALCI** Murat, “Kasten Öldürme Suçu (TCK. M.81)”, MÜHF–HAD, C. 17, S. 1-2 İstanbul 2011
- GÖKCEN** Ahmet; **YENİDÜNYA** A. Caner; **ARTUK** Mehmet Emin, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, Adalet Yayınevi, İstanbul 2014
- GÜNER** Uğur; “Hak Sahibinin İzni Olmaksızın Eserin Umuma İletilmesi Suçu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 65 (4), 2016

- GÜNEŞ**, İlhami; “Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku”, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008
- HAFIZOĞULLARI** Zeki: “Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:48 Yıl:1999 Sayı:1-4
- İÇEL** Kayıhan: “Telif Ceza Hukuku Açısından Eser Kavramı ve Bu Bağlamda Avukat Dilekçelerinin Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 5, S. 10, Güz 2006/2.
- İÇEL**, Kayıhan; “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, İstanbul, 2016
- İÇEL**, Kayıhan; “Suçların İctimai”, Sermet Matbaası, İstanbul 1972
- İNCE**, Zeliha; “Fikri Mülkiyet Haklarının Uygulanması Hakkında 2004/48/AT Sayılı Direktif Sahtecilikle Mücadele Yeterince Etkili Midir? Direktife İlişkin Birleşik Krallık ve Türkiye Uygulamalarını Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”; Kingston Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi; 7 Nisan 2017
- KARAKUZU BAYTAN**, Dilek; “Fikir Mülkiyeti Hukuku Kavramlar”, Beta Basım, 1. Bası, İstanbul Mart 2005
- KESKİN**, Serap; “Fikri (Düşünsel) Mülkiyet Haklarında Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması”; Seçkin Yayınevi, Ankara 2003
- KİTAPÇIOĞLU** Tülay; “Müzik Eserlerinde İntihal Suçları”, www.insanihakuk.com/files/articles/tulay-kitapcioglu--muzik-eserlerinde-intihal-suclari.pdf_1357819339.pdf , s.7
- KUNTER**, Nurullah, “Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi”, İstanbul 1954
- KÜÇÜKALİ**, Canan, “5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanun Tasarısı Üzerine Bir Değerlendirme” Terazi Hukuk Dergisi, C. 12, S. 135, Kasım 2017
- KÜÇÜKALİ**, Canan; “Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017

- MERDİVAN** Fethi; “Manevi Hakların Eser Sahibinin Ölümünden Sonra Kullanılması ve Yakınların Dava Hakkı (Konuyla İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi)”, FMR 2014, S.1.
- NİLSSON**, Gül Okutan; “İleride Meydana Getirilecek Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Devri”; Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi; S.15 2008
- NİLSSON**, Gül Okutan; **ÇELİK**, Feyzan Hayal Şehirali; “Law on Intellectual and Artistic Works”; Çeviri; Annales de la Faculte de Droit D’Istanbul 2006, C.38;
- OĞURLU**, Yücel; “Akademik kalitesizliğe “dur” denmezse sonuçları vahim olacak (I)”, Diriliş Postası, 23.02.2019
- OĞURLU**, Yücel; “İntihal, Türk Akademik Hayatını Kısırlaştıran Bir Derttir”, 7.11.2015 <https://yucelogurlu.wordpress.com/2015/11/07/intihal-turk-akademik-hayatini-kisirlastiran-bir-derttir/> (Çevrimiçi)
- ÖNCÜ**, Özge; “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İktibas Serbestisi ve Sınırları”; Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi; 2009
- ÖZDERYOL**, Teknail; “Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Düzenlenen Suçlar”, Yüksek Lisans Tezi , İstanbul, 2006
- ÖZEN**, Mustafa; “Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar ve Yaptırımları”, Ankara Barosu Dergisi, C. 9 S. 2009/2, Ankara 2009
- ÖZGENÇ** İzzet; “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 4. Bası, Ankara 2009
- ÖZKAN**, Aytül; **ÖZKAN**, Ahmet Fatih; “Fikir ve Sanat Eserleri Bağlamında Tecavüzün Ref'i Davası ve Üç Kat Bedel Sorunu”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi,, C. 6 S. 1, Ankara 2016
- ÖZKEPİR**, Ramazan, **HÜRMÜZ**, Peyman; “Özel Ceza Kanunları”; Adalet Yayınevi, Ankara Ağustos 2017
- ÖZTAN** Fırat; “Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku”; Turhan Kitabevi Ankara, Kasım 2008

- ÖZTRAK**, İlhan; “Fikir ve Sanat Üzerindeki Haklar”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi S.312; Ankara 1971
- PARLAKYILDIZ**, F. Merve; **GÜVEL**, E. Alper; “Fikri Mülkiyet Hakları ve Bu Hakları Korumanın Ekonomik Önemi”; Niğde Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi; C: 8, S: 4 Y: 2015
<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/185190> E.T. 20.01.2019
- PATEL**, Atul; **PANDA**, Aurobinda; **DEO**, Akshay; **KHETTRY**, Siddhartha; **MATHEW**, Sujith **PHILIP**; “Intellectual Property Law & Competition Law; Journal of International Commercial Law and Technology”; Vol:6 Issue:2; 2011
- SEMİZ**, Özgür; “Batı’da ve Türkiye’de Fikri Hakların Gelişim Süreci ve Günümüzdeki Durumu”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2004
- TEKİNALP**, Ünal; “Fikri Mülkiyet Hukuku”; Seçkin Yayıncılık; 2012
- TOPÇU ÇELİK**, Deniz; “Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar”; Seçkin Yayınevi; Temmuz 2007
- TTO**, Yıldız Teknik Üniversitesi Teknoloji Transfer Ofisi; “Fikri Mülkiyet Hakları”; 2015, <https://www.yildiztto.com/pdf/fikri-haklar.pdf>, Erişim Tarihi: 20.10.2018
- TURAN** Metin; “Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Eser Çeşitleri: Karşılaştırmalı Bir Analiz” Y. 2014, 15 (1) s. 130, (125-158), <https://jurix.com.tr/article/9754>
- TURAN** Metin; **YILMAZ** Bülent; “Türkiye’de Telif hakları İhlalleri: Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme”; Bilgi Dünyası Yıl: 2014 Sayı: 15 (1).
- TURAN** H. Selcen; “Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi”, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012
- UĞUR** Hüsamettin, “Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Karşısında Yaptırımsız Kalan Bazı Suçlar” , TBB Dergisi 2010 (91)

- USLU**, Ramazan; “Türk Fikir ve Sanat Hukuku’nda Eser Sahipliği”, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008, s.263
- USLU**, Ramazan; “Türk Fikir ve Sanat Hukukunda Ceza Düzenlemeleri” TAAD, Yıl:3, Sayı:10 Temmuz 2012; <http://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423934871.pdf>
- YAMAN**, Dilara; “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Düzenlenen Bir Eserden Kaynak Göstermeksizin İktibasta Bulunma Suçu (M. 71/1-III)”; Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi dergisi C.12. Özel Sayı, 2010, (Geç Basım 2012)
- YAŞAR** Yusuf; **DİKEN** Nil M. G.; “Karar İncelemesi-Bilinçli Taksir ve Olası Kast (Dolus Eventualis) Farkının Değerlendirilmesi”, Social Sciences Research Journal, Volume 7, Issue 1, 97-113 March 2018
- YAVUZ**, Levent; **ALICA**, Türkay; **MERDİVAN**, Fethi; “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu”, I. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara Şubat 2013
- YAVUZ**, Levent; **ALICA**, Türkay; **MERDİVAN**, Fethi: “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu”; 2. Cilt, Seçkin Yayınevi, 2014
- YAZICIOĞLU** Yılmaz; “Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar”, XII Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2009
- YENİDÜNYA** Caner; “5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Düzenlenen Manevi ve Mali Haklara Tecavüz Suçları”, Yıl: 2006, Cilt: X Sayı: 3-4. (Çevrimiçi), <http://hukukdergi.erkincan.edu.tr/5846-sayili-fikir-ve-sanat-eserleri-kanununda-duzenlenen-manevi-ve-mali-haklara-tecavuz-suclari-yrd-doc-dr-ahmet-caner-yenidunya/>
- YÜCEKAL**, Yüksel; T.C. Dışişleri Bakanlığı; “Fikri Mülkiyet Haklarının Uluslararası Düzeyde Korunması - Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO)”; http://www.mfa.gov.tr/fikri-mulkiyet-haklarinin-uluslararasi-duzeyde-korunmasi--dunya-fikri-mulkiyet-orgutu-_wipo_.tr.mfa

ZAFER Hamide; “Ceza Hukuku Genel Hükümler-TCK md 1-75”, Beta Yayınevi,
İstanbul/2010