

İlim Ve Edebiyat Eserleri Açısından 5846 Sayılı Fikir Ve Sanat Eserleri Kanunu Değişiklik Tasarısı ve Bazı Pratik Telif Sorunları¹

Av. Haluk İnanıcı

I. Telif Alanında Bazı Önemli Sorunlar

1. Genel

5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'muz (FSEK), zaman zaman geçirdiği tadillerden kaynaklanan eleştirilebilecek bazı yönler taşısa da bugüne kadar görevini layıkıyla yerine getirmiş, eser sahiplerinin ve mali hak sahiplerinin haklarının korunmasına hizmet etmiş önemli bir kanunumuzdur.

Kanunda yapılan değişiklikler ve ilaveler yapıldığı dönemin sorunlarına çözüm bulma, yeni eser türlerini kapsamına alma ve tabi olduğumuz BERN konvansiyonu değişikliklerine uyma amacıyla kaleme alınmaktadır.

Örneğin FSEK 8/2. maddesinde 1995 değişikliğinde bir düzenleme yapılmış, "Eser Sahibi" ibaresi yerine " Mali Hak Sahibi" denilmiş², ancak bir değişiklik yapıldığında değişiklikle ilgili olarak diğer yasa maddelerinin hepsinin gözden geçirilmesi gereği yerine getirilmemiştir. FSEK 27/4. fıkrasında "ilk eser sahibi tüzel kişi ise" denilmeye devam edilmiştir.

Bir eser kopyasını "şahsen kullanmayı" düzenleyen FSEK 38. maddesinde gereksiz biçimde "bilgisayar programlarının şahsen kullanılması", "bilgisayar programlarında tersine mühendislik" gibi konular çok ayrıntılı düzenlenmiştir. Ancak kendi içinde bile çelişkili hükümler içeren bu madde³; çeviri metinlerden yararlanılarak tadil edildiği için anlamının oldukça zor olduğu bir maddeye dönüşmüştür. Üstelik çeviri nedeniyle madde metninde hata olduğu da ifade edilmektedir.⁴

Daha genel bir eleştiri için "neşir mukavelesine" değinmek mümkündür. Neşir mukavelesi kendine özgü tipik bir akit olarak borçlar kanunu içinde düzenlenmiştir. FSEK'in ise telif hukukuna ait kendi terminolojisi vardır. İki kanunun birlikte uygulanması gerektiğinde anlam karışıklıkları olabilmektedir.

Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Ancak FSEK üzerinde böyle cımbızlama yöntemiyle bazı ifadelerin eleştirilmesi yerine, ilim ve edebiyat eserleri alanında, pratikte ciddi sorunlara yol açan birkaç önemli konuya değinmeye çalışacağım.

2. Neşir Mukavelesi/Yayın Sözleşmeleri

Bir yayınevinin faaliyetinin temelinde "yayın sözleşmesi" bulunur. Yayın sözleşmesi "eser sahibi/mali hak sahibi"nin ve "yayınlayan/yayıncı" haklarını karşılıklı olarak dengeleyen; bir eserin "yayımlanması" için edebi veya bir güzel sanat eser sahibi/mali hak sahibinin yayıncı ile yaptığı özel bir sözleşmedir. Uygulamada yayın sözleşmelerine gereken önemin

¹ TÜYAP Kitap Fuarında 9.11.1999 günü yapılan Sn.Dr.Gürsel Üstün, Sn. Alpay Kabacalı ile birlikte katıldığım panelde sunulan tebliğdir.

² Değişiklik Kara Avrupası hukukunda eser yaratıcısının gerçek kişi olacağı yaklaşımın bir sonucu olarak yapılmıştır.

³ Prof. Dr. Şafak Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, Ankara, 1998

⁴ Serhat Kaypakoglu, *Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunması*, İzmir, 1997, s.111,112

verildiğini söylememiz mümkün değildir. Yayın sözleşmelerinin düzenlenmesinde büyük hatalar yapılmaktadır.

Bir eser sahibi/mali hak sahibi eseri üzerindeki bir mali hak ile ilgili olarak ikinci bir şahısla "sınırlı bir mali hak devri sözleşmesi" yapabileceği gibi, bir mali haktan yararlanma anlamına gelen "ruhsat/lisans sözleşmesi" de yapabilir. Bir mali haktan geçici ve kısa bir süre yararlanmak için mali hak devir sözleşmesi yerine lisans (ruhsat) sözleşmesi yapılması daha doğrudur. Ancak "Yayın Sözleşmesinin" niteliğinin "bir mali hak devir sözleşmesi" olduğu şeklindeki görüş doktrinde ağır basmaktadır.

Yayın sözleşmesi konusunda farklı kanunlardan kaynaklanan terim farklılıkları problemi olduğunu söyleyebiliriz. (Borçlar Kanunu 373, Fikir ve Sanat Eserler Kanunu 21, 23, 48 maddeleri vb) Hatta FSEK içinde dahi bazı kavram farklılıkları olduğunu görebiliriz. FSEK m. 66, mali haklara tecavüz olduğunda ref davasını mali hak sahibine FSEK m. 68 mali haklara tecavüz ihtimali ya da tekrarlanma ihtimali olduğunda "eser sahibine", FSEK m. 69 Tecavüzün Men'i davasında "eser sahibine", FSEK m. 70 "mali hak sahibine" dava açma hakkı tanımış, keza FSEK 72 "Hak sahibine" cezai şikâyet hakkı tanımıştır.⁵⁶

Yayın sözleşmesinin ister⁷ bir mali hak üzerinde ruhsat/lisans olarak değerlendirelim, istersek⁸, mali hak devir sözleşmesi olarak değerlendirelim, yayın sözleşmesinden doğan hakların üçüncü şahıslara karşı ileri sürülmesi mümkündür. Fakat yukarıda belirttiğimiz kavram farklılıkları nedeniyle, "yayın sözleşmesinin" bir "sınırlı bir mali hak devri sözleşmesi" biçiminde yapılması durumunda, terim farklılıklarından doğan değerlendirme zorluklarını aşmak mümkündür. Yine bu mali hak devir sözleşmelerinin geçerli olduğu coğrafi alan, süre, kapsam hükümlerinin açık ve net olarak yazılması ihtilaf anında gereksiz tartışmaları önceden ortadan kaldıracaktır.

Pratikte; karşımıza çıkan yayın sözleşmelerinde "yayma haklarını devrettim" gibi ibareler yer alabiliyor. Böyle bir sözleşmenin geçersiz sayılacağı doktrinde tartışmasızdır. Devre konu veya ruhsata konu hakların tek tek gösterilmesi zorunludur.⁹

3. İsmarlama Eser Sözleşmeleri (İstisna Akdi)

Bir "eserin" siparişe yaratılması, geliştirilmesi mümkündür. Bu iki biçimde olabilir. Bir kişi çalıştıran veya tayin edenin isteği ile; "memur, hizmetli ve işçi" sıfatıyla bir eseri yaratmış, geliştirmiş olabilir. Bu takdirde FSEK 8/2. maddesine göre ayrıca bir mali hak devir sözleşmesine gerek olmaksızın, yaratılan, geliştirilen "eserin" mali hakkı çalıştıran veya tayin edene ait olur. Manevi haklar eseri yaratan, geliştirenlere ait olmaya devam eder.¹⁰ Eğer

⁵ Erel, age, s. 310 "ruhsat sahibine" de cezai şikâyet hakkı tanındığını kabul etmektedir.

⁶ Prof.Dr. İlhan Öztrak, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar*, Ankara, 1977, s.77; kavramsal karışıklığın mevcut olduğu, bu karışıklığın bir Yargıtay kararı ile aşıldığına ilişkin görüş.

⁷ Erel, age, s.260, 261; Ruhsat'ın bir tasarrufi işlem olduğu örneğin yayıncıya üçüncü şahıslara karşı hukuki hakları kullanma yetkisi verildiği düşünülmektedir.

⁸ Nuşin Ayiter, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri*, Ankara, 1981 s.230; Yayın sözleşmesi lisans/ruhsat sözleşmesinden ayrı, yayma ve çoğaltma haklarını devreden bir sözleşmedir. Ünal Tekinalp *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul 1999, s.236; Duygun Yarsuvat, *Eser Sahibi ve Hakları*, s.206

⁹ Tekinalp age, s. 209; Erel, age, , sy.277; Ayiter, age., sy.217

¹⁰ Ayiter, age, s.235, Kaypakoğlu age, s. 130

memur, hizmetli ve işçi mali hakları uhdesinde tutmak istiyorsa, bu hizmet akdinde düzenlemelidir.¹¹

Bir diğer biçimi yukarıda belirtilen türden bir iş ilişkisi olmadan bir kişi için eser yaratma, geliştirmede ise "istisna akdi" söz konusudur. Bazen istisna ve yayın sözleşmesi birlikte de bulunabilir. İstisna akdinin söz konusu olabilmesi için; sipariş verenin, eserin konusunu, içeriğini, şeklini ve hatta kullanılacak malzemeyi de belirlemesidir.¹²

FSEK m.48/3 ve m.50/1 hükmüne göre, ileride meydana getirilecek bir eser üzerinde önceden tasarruf işlemi yapılamayacağından sadece taahhüt sözleşmesi yapılabileceğinden konusu telif hukukuna ait bir "eser" olan "eser sözleşmesi"nde "eser" üzerindeki hakların ne zaman geçeceği konusu önemli bir konudur.

Eser taahhüt sözleşmelerinin sonunda, "müteahhit/eser sahibi" kendi taahhüdünü yerine getirmiş ise bence ikinci bir tasarruf sözleşmesi yapmaya gerek olmadan, taahhüt sözleşmesinde belirlenmiş mali haklar "ısmarlayana" geçmelidir.¹³ Ancak ağırlıklı olan görüş taahhüt aşamasından sonra ikinci bir tasarruf sözleşmesi yapılmasıdır.¹⁴

Eski FSEK 8/3. maddesinde, düzenlenen 1995 yılı değişikliği ile kaldırılan hüküm halen BK 385. madde hükmünde varlığını sürdürmektedir. Buna göre " *bir veya müteaddit müellif naşirin tayin eylediği plan dairesinde bir eser telif eylemeyi taahhüt ederlerse, ancak mukavele edilen bedele müstahak olurlar. Bu takdirde telif hakkı naşire ait olur*" FSEK'in belirttiğimiz 8/3. maddesinin kaldırılmasına rağmen BK 385. maddesinin hükmünün varlığını sürdürmesi uygulamada yanlış anlamalara imkân verebilecek niteliktedir.¹⁵

Bu nedenle uygulamada gereksiz tartışmaları önceden ortadan kaldırmak için, ısmarlama eser sözleşmelerinin taahhüt şeklinde düzenlenmesi ve eserin teslim alınma anında tasarruf sözleşmesinin yapılması uygun olacaktır.

4. Çeviri Eserler

İlim ve Edebiyat eserlerinin en yaygın işleme biçimlerinden birisi "tercümedir". Tercüme iki biçimde oluşabilir. Çevirmen/gerçek kişi "tercüme"¹⁶ amacıyla işleme hakkını aldığı eseri Türkçe'ye çevirip yayımlayabilir. Bunun bir benzeri de, bir tüzel kişi/yayınevi Türkçe'ye tercüme hakkını devraldığı bir eseri, bünyesinde çalışan bir çevirmene çevirebilir. Bu takdirde "işleme eserin" mali hakları FSEK 8/2. maddesine göre doğrudan o tüzel kişi/yayınevine ait olacaktır.

İkinci biçim ise bir gerçek kişi veya tüzel kişi sipariş suretiyle bir eserin Türkçe'ye çevrilmesini bir çevirmenden isteyebilir. Burada konuya yukarıda anlattığımız istisna akdi hükümleri veya vekâlet akdi hükümleri çerçevesinde bakılabilir. Ancak her hâlükârda

¹¹ Bu konuda da farklı düşünceye örnek Sn. Dr.Gürsel Üstün: Sn. Üstün, FSEK 52. maddesinin eser/hak sahibinin tapu dairesi olduğunu ifade ederek, 8/2. maddede belirtilen durumda dahi eser sahipleriyle, işveren arasında FSEK 52. maddeye uygun yazılı sözleşmenin olması gerektiğini belirtmektedir.

¹² Tekinalp; age, s.249

¹³ Nitekim, 3 Eylül 1999 günü Resmi Gazetede yayınlanan TRT Kurumu İstisna Sözleşmesi Yönetmeliği'nde TRT tek sözleşme ile sipariş verdiği eserlerin belirtilen "mali hakların" sahibi olmaktadır.

¹⁴ Ayiter, age, s. 235. Karşı görüş için Tekinalp age, s. 250. Tek sözleşmenin yeterli olacağı konusunda Dr. Mustafa Topaloğlu, *Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar Ve Bu Hakların Korunması*, s.44, 45

¹⁵ Yarsuvat, age, s.196

¹⁶ Tekinalp age, s.131; Erel, age, s.135. Tercüme (işleme) hakkını devralan aynı zamanda çoğalta ve yayma hakkını da devralmış sayılır.

yukarıda belirttiğimiz tartışmaların olmaması için sipariş/taahhüt sözleşmesinden sonra çeviri eser teslim alınırken ayrıca bir tasarruf sözleşmesi akdedilmesinde yarar vardır.

5. Elektronik-Sayısal Yayın Hakkı

Teknolojik gelişme bir yandan "eser türlerini" geliştirmekte çoğaltmaktayken diğer yandan da eserlerden yararlanma biçimlerini de çoğaltmakta, değiştirmektedir. En yeni eser türü "bilgisayar programlarıdır.(1995)¹⁷ Son iki-üç yıl içinde de "İnternet" adı altında yeni bir "yayın faaliyeti" ön plana çıkmaya başlamıştır. Bu yayın türüne "dijital/sayısal yayın" bu yayın türü üzerindeki hakka da sayısal yayın hakkı diyebiliriz.¹⁸

FSEK 52. madde hükmüne göre sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve sözleşmeye konu hakların tek tek gösterilmesi esastır. Yine FSEK 51. maddesine göre bir mevzuat değişikliği ile "eser sahibine" yeni haklar tanınabilir. Bu hakları önceden devretmek ya da bu haklardan vazgeçmek mümkün değildir.

Bu nedenle yeni ortaya çıkan "dijital/sayısal iletim" hakkı münhasıran "eser sahibi" veya mali hakların sahibi olan kişi/tüzel kişilere aittir.

Bir "eser sahibi/hak sahibi" dijital/sayısal iletim hakkını geçerli bir sözleşme ile devretmemiş veya bir ruhsat vermemiş ise o eseri "İnternette" yayınlamak mümkün değildir.

Örneğin bir "yazara ait makaleyi", bir fotoğrafçıya ait diayı veya bir grafikere ait grafik tasarımı "yazılı mali hak devir veya ruhsat sözleşmesi" ile hak sahibi olmadan İnternet'te yayınlamak mümkün değildir.

6. Meslek Örgütlenmeleri

FSEK m. 42 hükmüne göre, "*Eser Sahipleri ve Komşu Hak Sahipleri, üyelerinin ortak çıkarlarını korumak ve mevzuatın öngördüğü esas ve usuller içinde bu kanun ile tanınmış hakların takibi, alınacak ücretlerin tahsilini ve hak sahiplerine dağıtımını sağlamak üzere, Kültür Bakanlığı'nca hazırlanan ve Bakanlar Kurulu'nca onaylanan tüzük ve tip statülere uygun olarak meslek birlikleri*" kurabileceklerdir.

Kanun bu madde ile meslek birliklerini iki önemli konuda görevlendirmiştir. Birincisi üyelerinin ortak çıkarlarını korumak, diğeri ise hakların takibi ve alınacak ücretlerin tahsili. 1995 değişikliğine kadar, her alanda ancak bir "tek meslek birliği" kurulabiliyordu. İlk başvurular bir alanda meslek birliği kurulduktan sonra aynı alanda faaliyet gösterenler ancak bu meslek birliğine "yararlanan üye olarak" katılabiliyorlardı.¹⁹

Yapılan değişiklikle haksızlığa yol açan bu uygulamaya son verilmiş ve aynı alanda birden fazla meslek birliğinin kurulmasına imkân tanınmıştır. Bu madde değişikliğinden sonra çıkması gerekli "Tip Statü" yaklaşık 4 yıl gecikme ile 20 Mayıs 1999 tarihinde yayınlanmıştır. Tip statünün 13/a maddesi ile "*eseri meydana getirmeyen ancak miras ya da devren iktisap yoluyla veya doğrudan eserin mali haklarını kullanma yetkisine sahip olan kişiler*" de asıl üye olarak meslek birliği kuramayacaklar ancak "yararlanan üye" sıfatıyla üye olabileceklerdir.

¹⁷ 4110 Sayılı Yasa ile 6.7.1995 tarihinde yapılan değişiklikle bilgisayar programları "eser kategorisi" içine alınmıştır. Ancak bu tarihten önce de İki Yüksek mahkeme kararı ile bilgisayar programları "dil ile ifade olunan eserler" cümlesi kapsamında "eser" olarak kabul edilmişti.

¹⁸ 15.9.1999 tarihli FSEK Tadil Tasarında "Dijital İletim" aracılığıyla yaymak tabiri kullanılmıştır.

¹⁹ Bu konudaki tartışmalar için bkz: *Sanatçı Hakları*, Plastik Sanatlar Derneği Yayın Dizisi 3, İstanbul 1992 s. 84-94.

Tip Statünün 6. maddesinde "meslek birliğinin" sadece "üyelerinin haklarını takip edecek" kurumlar olarak algılandığını görüyoruz. Hâlbuki 42. maddenin ilk cümlesinde üyelerin ortak çıkarlarını korumak tabiri mevcuttur. Hatta bu tür meslek birliklerine "kamusal fonlar" tahsil edildiğine göre, faaliyet gösterdikleri alanın sorunlarının çözümüne ilişkin görev de verilmek zorundadır.

Yine de kurulacak mesleki birliklerde tip statüsünün 6/h bendi meslek birliğinin inisiyatifine bırakıldığı için belirttiğimiz "ortak çıkarları koruma"nın biraz daha geniş yorumlanarak bu bentte zikredilmesi mümkündür.

Örneğin İlim ve Edebiyat eserleri alanının en büyük düşmanı tıpkıbasım suretiyle yapılan "korsan yayın"dır. Meslek birlikleri gerek pay alacakları kamu fonlarını gerekse üyelerinden alacakları bir miktar kaynağı öncelikle bu konuyla genel mücadeleye, nihai tüketiciyi aydınlatmaya ayırmalıdır.

7. Bandrol Konusu

1995 FSEK değişikliğinde 81. maddeye "sürelisi olmayan yayınlara; Kültür Bakanlığı'ndan alınacak Bandrolün yapılandırılmasının zorunlu" olduğu hükmü eklenmiştir. 16 Kasım 1997 yılında çıkartılan; "Fikir ve Sanat Eserlerinin İşaretlenmesine İlişkin Yönetmelik"le de Bandrol'ün ne olduğu ve nasıl alınacağı düzenlenmiştir.

Yönetmelik çıkar çıkmaz yazarlar ve yayınevleri konuyu değerlendirmeye başlamışlardır. Ağırlıklı görüş olarak; "bakanlıktan alınacak bandrol"ün sansür vasıtası olarak kullanılabileceği, bu nedenle de bandrolü meslek birliklerinin dağıtması ve yazarın talebine göre ihtiyari olması gerektiğini ileri sürülmüştür.

Bu konuda açılan bir iptal davasında Danıştay 10. Dairesi; ilgili yönetmelik hükümlerinin sansür anlamına gelmeyeceği gerekçesi ile davayı reddetmiştir.²⁰

Ancak Türkiye'nin durumu düşünüldüğünde; aynı zamanda siyasi bir makam olan "Bakanlık"tan bandrol almanın pekala "bir sansür vasıtası" olarak kullanılabileceği açıktır. Bunu önlemenin bir yolu bandrolü meslek birlikleri vasıtası ile dağıtmaktır. Nitekim aşağıda bahsedeceğimiz yeni FSEK değişiklik taslağında bu yönde bir hüküm mevcuttur.

II. Fikir ve Sanat Eserleri Kanununu Tadil Eden 15.9.1999 Tarihli Kanun Tasarısı'nın Değerlendirilmesi²¹

1. Genel

TBMM'ye gönderilen FSEK'in bazı maddelerinin değiştirilmesine ilişkin Kanun Tasarısı'nın sadece "İlim ve Edebiyat Eserleri" ile ilgili önemli olarak gördüğümüz hükümlerine değineceğiz.

2. Tasarının 3. Maddesi Ya da Yayma Hakkının Tüketilmesi/Paralel İthalat

Tasarının 3. maddesiyle FSEK 23. maddesinde "*uygulamada karışıklığa*" neden olduğu gerekçesi ile değişiklik yapılmıştır. Tasarının belki de en önemli değişikliklerinden birisi budur. 23/1. maddesinde yer alan "yurt dışında çoğaltılmış" ibaresinin başına "eser sahibinin

²⁰ Danıştay 10. Dairesi'nin 1998/231 Esas ve 1999/3538 Karar sayılı kararı (Temyiz aşamasındadır)

²¹ Tasarı olarak 15 Eylül 1999 tarihinde TBMM'ye sevk edilen Bakanlar Kurulu tasarısını baz aldım. Daha sonra hatta bu yazıyı yazarken, komisyonlarda değişiklik olduğunu öğrenmeme rağmen, esası değiştirmedeği için okuru aydınlatmak için kaleme aldığım bu değerlendirmede değişiklik yapmayı gerekli görmedim.

izniyle" ibaresi eklenmiştir. Bu gereksiz ve anlamsızdır. Çünkü "eser sahibinin izni olmadan çoğaltılma fiili" başlı başına "haksız fiil ve aynı zamanda telif suçudur"

23/1. maddenin son cümlesi yani; "**Kendi İzni olmadan yapılan nüshaların ithalini yasaklama hakkı münhasıran eser sahibine aittir**" cümlesi çıkartılmıştır.

Kanunun bu maddesi ilk elde gereksiz gibi görülürse de aslında maddenin mefhumu muhalifi düşünüldüğünde; "**eser sahibinin izniyle piyasaya sürülen nüshaların**" **üçüncü şahıslar tarafından ithalinin serbest olduğu** şeklinde yorumlanmaya imkan tanıyordu. Özellikle "Rekabetin Korunması" yasası ile birlikte düşünüldüğünde bu madde; "eser sahibine" tanınan hakların hâkim durumun kötüye kullanılmasına veya haksız kazanç elde amacı doğrultusunda kullanılmaması için önemli bir maddeydi. Maddeyle ilgili İstanbul Basın Savcılığı'nın verdiği bir karar ile Ankara 5. İdare Mahkemesi'nce verilen bir karar örnek kararlar arasındadır.²² Yine değişiklik bu şekilde yorumlanırsa, Yüksek Mahkeme'nin bayi/distribütör dışında üçüncü şahısların orijinal ürün ticareti yapılmasının yasaklanamayacağı şeklindeki yerleşmiş kararları da "aşılmış" olmaktadır.²³

Yeni değişiklik; eser sahibi/hak sahibinin "bir eser kopyasının" mülkiyetini sattıktan sonra, yani telif bedelini aldıktan sonra, o eserin Türkiye'ye satılmasını (ihraç/ithalat) önlemeye yönelik hak vermektedir. Bir başka deyişle, eser sahibi/hak sahibinin; "*bu eserin Türkiye'de satılması ancak benim iznimle olabilir, buna müsaade etmiyorum*" demesinin önü açılmaktadır. Çok basit gibi görünen bu değişiklik aslında eser sahibi/hak sahipliği haklarının özellikle yaygın biçimde satılan "endüstri ürünü" haline gelmiş, müzik, ilim ve edebiyat eseri (yabancı dilde vb.), bilgisayar programı gibi eser türlerinin Türkiye'de yüksek fiyatla satılmasının, fahiş, haksız kazanç elde edilmesinin önünü açmaktadır.

Gayet açık olan bu durumun anlaşılması, bahsettiğim eser türlerinin özellikle yabancı bilgisayar program firmalarının yaygın lobisi ve aldatmasının sonucu ortaya çıktığını düşünüyorum.²⁴

Üstelik Kanun tasarısına dayanak Avrupa Konseyi 92/100/EEC sayılı direktifinde buna benzer hüküm yoktur. Tam tersine 91/250 AET sayılı Avrupa Yazılım Yönergesi'nin 4/c maddesi Kanunun bugünkü durumuna uygundur.

"Hakların tüketilmesi/paralel ithalat" konusunu FSEK'e paralel olarak düzenleyen Marka KHK'sinin 13/1'in yorumunu Prof. Sabih Arıkan, "*ürünün bir kere Türkiye'de piyasaya satılmasından sonra o eserin başka nüshalarının Türkiye' ye satışının mümkün*" olduğu şeklinde yapmaktadır.²⁵

²² İstanbul Basın Savcılığının 1.8.1997 tarihli ve 1997/26494 Hz sayılı hakkın tüketildiği gerekçesi ile verilen takipsizlik kararı, Ankara 5. İdare Mahkemesinin 1997/1042 Esas 1999/599 Karar sayılı kararı.

²³ Bu kararlar için bkz: Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Sy. X, s.24-77, Hakların Tüketilmesi konusuyula ilgili uluslar arası alanda ayrıntılı bir değerlendirme çalışması için bkz. Saadet Arıkan; İKV Dergisi, Mart-Nisan 1996 sayısı s.33-54

²⁴ İstanbul 2.Asliye Ticaret Mahkemesi'nde Derdest 1998/1176 sayılı dosyada; bir yerli firmanın yabancı bir yazılım firmasının yurt dışında piyasaya sunduğu orijinal nüshalarının ithal etmesi üzerine; Yabancı bilgisayar yazılım firmasının "*bu ancak benim iznimle olur, bu programı benim distribütörüm istediği fiyattan satar diyerek*" iddiası tartışılmaktadır. Bu dava derdesttir. Bu davanın önemini bilenler ilgili FSEK 23. Maddesi üzerinde zamansız-anlamsız değişiklik hükmünün yer almasını "ilginç bir tesadüf" olarak değerlendireceklerdir.

²⁵ Prof. Sabih Arıkan'ın da düzenleyicileri arasında bulunduğu bir bilirkişi raporu; yukarıda belirttiğim Ankara 5.İdare Mahkemesi'nin 1997/1042 Esas 1999/599 Karar sayılı kararına dayanak oluşturan rapordur. *Marka haklarının tüketilmesi*

Anlaşılan "tekelci kârı elde etmek isteyenler", ürünleri üzerinde yer alan Markaları, ürünlerin FSEK'e göre "eser" olmasından yararlanmak isteyenler; serbest ticaretten memnun değildirler. Bu madde önerildiği şekliyle kabul edilirse, "eser" kategorisindeki pahalı kitap (özellikle yabancı dil), CD, bilgisayar programını sahibi kaç liradan satarsa o fiyattan almak zorunda kalacağız.²⁶

Bu konuda bir hususu daha belirtmek istiyorum. Bu maddeye ilişkin FSEK değişiklik tasarısı yukarıda belirttiğim gibi AB direktiflerine aykırı olduğu gibi, GATT TRİP's metnine de aykırıdır. TRİP's metnini konuyla ilgili bazı hükümleri şunlardır.

- Fikri Hakların uluslararası ticareti engel oluşturmamasının sağlanması (Giriş bölümü)
- Taraf ülkeleri birbirlerinin vatandaşlarına eşit olarak davranacaktır (4.madde)
- Fikri hakların uygulanmasının ayrımcılık oluşturacak şekilde yapılamayacağı (4/d. maddesi)
- Fikri haklar kötüye kullanılamaz, ticareti kısıtlayacak şekilde kullanılamaz. (8/a.madde)
- Fikri hakların uygulanması tarafsız adil olmalıdır (41/2. madde)
- Hakkın korunmasını talep eden ciddi delil sunduğu takdirde karşı tarafın Gizli Bilgilerin korunması gereklidir. (43. madde)
- Ticari kanallar dışında satılan sahte markalı malların yok edilmesi istenebilecektir (46. madde)
- Hakkı kötüye kullanan ve suiistimal eden zararın tazmin edilmesini isteme hakkına sahip olacaktır (Md.48)
- Adli otoriteler hakkının korunmasını isteyen olayın ciddiyet boyutunu tespit için, ciddi delil göstermesini, teminat göstermesini isteme hakkına sahiptir. (50/3.madde)
- Telif korsanlığı ve sahte malların ithali durumunda gümrükte el koyma hakkı vardır (51.madde)

Şu halde "fikri haklara dayanarak" serbest ticareti engellemeye, bu haklar vasıtasıyla "hâkim durum yaratmaya", tekelci kârı elde etmeye çalışanlar, GATT TRİP's metninden de himaye gerekçesi bulamazlar.

Uluslararası sözleşmelerde tartışmasız kabul edilen tek husus "korsan-taklit" ürünlerin satışının yasaklanmasıdır. Bunun dışında getirilecek sınırlamalar serbest ticareti engelleyecek mahiyet taşırlar.

Telif hukuku açısından eser sahibine verilen en önemli hak; eserinin bir ülkede yayınlanma zamanını tayin etmektir. Bu çerçevede bir eser sahibi "ben eserimin bu ülkede

ilkesine ilişkin belirttiğimiz yorumu raporunda bilgisayar programları içeren nüshaların ithali için de aynı şekilde yapmıştır. Yine Sabih Arıkan'ın bu yorumu tartışan ve değerlendirme noktasında aynen katılan Yargıtay'ın ilk önemli kararı olan kararda (11. H.D. 1999/3243 E, 1999/5170 K. Sayılı, 14.6.1999 tarihli Karar (Yayınlanmamıştır) MarKHK'nin 13/1. maddesi mehz Avrupa Birliği yönergesine bakılarak yorumlanmakta ve ayrıntılı değerlendirmelerden sonra, Marka hakkının paralel ithalatı engellemediği belirtilmektedir. Böylece 11. H.D.'nin yerleşmiş Yargıtay tavrının sürdüreceği ve fikri hakları "Hakların Tüketilmesi İlkesi Uyarınca" serbest ticareti engelleyecek biçimde yorumlamayacağı ortaya çıkmış bulunmaktadır.

²⁶ Bazı nitelikli bilirkişi raporları telif haklarının ihlali durumunda talep edilecek telif ücretlerini, Yargıtay'ın emsal kararları doğrultusunda emsalleriyle mukayeseli olarak tespit etmekte ve mahkemeler bu doğrultuda karar vermektedir. Bu durum bile tek başına "hak sahibinin" telif bedeli adı altında haksız bedel taleplerinde bulunamayacağını göstermektedir. Örnek olarak zikretmek gerekirse bir bilirkişi raporu: Kadıköy 1.Asliye Ticaret Mahkemesine 1996/909 esas sayılı dosyasına sunulan 10.3.1998 tarihli Dr. Gürsel Üstün, Y.Müh.Kubilay Sönmez, Sinan Pulatsü tarafından hazırlanan bilirkişi raporu.

yayınlamak istemiyorum" düşüncesine saygı gösterilebilir. Ancak eserin nüshaları bir ülkede yayınlandı mı, artık eser sahibinin o eserin diğer nüshaları üzerinde (ki zaten telif bedelini peşin olarak almıştır) kontrol hakkı sona erer. Belirttiğimiz bu haktan " belirttiğimiz yoruma" aykırı "norm" çıkarmak isteyenler, bir koyundan iki post çıkarmayı düşünenlerdir. Ancak bir hukukçu olarak kıvanç duyduğum bir konu Türk savcılarının, Türk bilirkişilerinin, yargıçlarının konunun farkında olmalarıdır. Bu nedenle aşağıda Türk hukukunu aşağılamayacak, uluslararası yükümlülüklerimize de uygun yeni 23. madde önerimi sunuyorum.

Madde 23-

Bir eseri, onun aslından veya işlenmesinden çoğaltma ile elde edilmiş nüshalarını dağıtmak, kiralamak veya satışa çıkarmak ya da herhangi bir biçimde ticaret konusu yapmak ve bu yoldan faydalanma hakkı yalnızca eser sahibinindir. Yurt dışında çoğaltılmış kopyaların yurt içine getirilmesi durumunda, eseri yayma ve faydalanma hakkı eser sahibinindir. Kendi izni olmadan yapılan nüshaların ithalini yasaklama hakkı münhasıran eser sahibine aittir.

Belirli nüshaların hak sahibin yayma hakkını kullanması sonucu mülkiyeti devredilerek bir kere ülke sınırları içinde ilk satışı ya da dağıtımını yaptıktan sonra bunların yeniden satışı ya da eser sahibinin izniyle çoğaltılmış nüshaların paralel ithalat yoluyla ya da kiralanması biçiminde yayımı, kiralama ve kamuya ödünç verme hakkı saklı kalmak şartıyla eser sahibine tanınan yayma hakkını ihlal etmez.

3. Tasarının 4. maddesi/ Dijital Yayın Hakkı

Tasarının 4. maddesi FSEK 25. maddesini değiştirmekte ve "dijital iletim" hakkını düzenlemektedir. Yukarıda belirttiğimiz gibi son 2-3 yıl içinde özellikle "İnternet"in çok hızlı gelişmesi ile birlikte yeni bir "yayma biçimi" önem kazanmaya başlamıştır. FSEK 25. maddesinin bu yeni teknolojik gelişmeye uydurulması çok önemli ve yerinde bir değişikliktir. Bu hakkın kabulüyle birlikte artık "eser sahipleri" açıkça bir eserin dijital iletim vasıtalarıyla yayma hakkını birisine devretmemiş veya ruhsat vermemiş ise eserlerin izinsiz kullanılması mümkün olmayacaktır.

4. Tasarının 10. maddesi /Meslek Birlikleri

Tasarıyla FSEK'in 42. maddesinin 2. fıkrasında yapılan değişiklikle aynı alanda birden fazla federasyon kurulamayacağı hükmü getirilmiştir. İlk bakışta doğru gibi gözükse de bu değişiklik aslında, meslek birliklerine duyulan güvensizliğin bir sonucudur. Aynı alanda iki meslek birliği bir federasyon kurduğunda diğer meslek birliklerinin ikinci bir federasyon kurması mümkün olmayacaktır. Kanımca 1995 değişikliğinden önceki hâleti ruhiyeyi yansıtan bir değişikliktir.

5. Tasarının 13. maddesi/FSEK 68. m - Mali Haklara Tecavüz

FSEK 68. maddesinin birinci fıkrası değiştirilmektedir. Eski biçimde yer alan "rayiç bedel" tabirine açıklık getirilmekte ve eser sahibine belirtilen hak ihlalleri durumunda; "eğer mali hakkını ihlal eden mütecavizle bir sözleşme yapsaydı sözleşme bedeli ne olacak idiye" o bedelin 3 katı kadar bedel talep edebileceğini düzenlemektedir.

Ancak madde sonuna eklenen "Mahkemeler ödenecek bedeli takdire yetkilidir" ibaresini anlamak mümkün değildir. FSEK 68. maddesine göre açılacak tazminat davası doğal olarak bir mahkemede açılacak ve talebi bu mahkeme takdir edecektir. O halde bu cümleye ne gerek vardır?

6. Tasarının 14., 15. ve 16. maddeleri/Telif Suçlarında Ceza

FSEK 71., 72., 73. maddelerinin tatbikinde "müeyyideyi" ağırlaştırmaktadır. Yapılan değişiklikle, mevcut durumda 3 aydan 1 yıla kadar olan hapis cezası ve 300 Milyon liradan 600 milyon liraya kadar para cezası 1 yıldan 3 yıla kadar ve 1 milyar liradan 3 milyar liraya kadar artırılmaktadır.

Ancak madde çok ilginç bir hale getirilmekte; hapis cezası ile para cezası arasına veya ibaresi konulmakta alternatifli ceza getirilmekte ve takdir mahkemeye bırakılmaktadır.

Bu maddenin tatbiki için "salt hapis cezası verilmesi", "salt para cezası verilmesi" veya her ikisinin birlikte verilmesinde hiçbir ciddi kıstas getirilmemektedir.

Bu hâliyle maddenin suçun cezasını ağırlaştırdığını söylemek pek mümkün değildir. Uygulamada muhtemelen ilk defa telif suçu işleyenlere para cezası verilecek ve muhtemelen bu ceza tecil edilecektir.

7. Tasarının 17. maddesi /Kovuşturma ve Tekerrür

Maddede 3 ve 4. fıkraların önünde numara olmadığı için -eğer yanlış anlamıyorsam; maddenin 3 ve 4. fıkraları değiştirilmekte ve "1 yıl olarak gösterilen dava açma süresi" ifadesi değiştirilmekte ve "tecavüzün ve failin öğrenildiği tarihten itibaren 6 ay içinde" suç duyurusunda/şikâyette bulunulabileceği düzenlenmektedir. Kanımızca eski uygulamanın karışıklığa neden olan ifadesi ortadan kaldırılmıştır.²⁷

Maddeye eklenen "tekerrür hükmüyle" 2 yıl içinde aynı suçun bir daha işlenmesi halinde cezanın bir kat artırılması müeyyidesi getirilmiştir.

Ancak telif suçlarını "şahsi dava" olarak kovuşturulmasını düzenleyen CMUK 344/8. maddesi halen yürürlüktedir. Öte yandan 81/son hükmünde düzenlenen bandrol suçları doğrudan kamu davası olarak soruşturulmalıdır. Böylece uygulamadaki birçok pratik sorunun önü alınmış olacaktır. Bu nedenle telif suçlarını feragatle düşen şikâyete bağlı bir kamu davası olması ve bandrol suçlarının ise başlı başına kamu davası olması konuları düzenlenmelidir. Bu konudaki 75/1. maddede değişiklik önerimi ve ayrıca 75/2 fıkrası eklenmesi önerimi aşağıda sunuyorum. Ayrıca ek bir madde ile CMUK 344/8. fıkrasının kaldırılması gerektiğini düşünüyorum.

Madde 75-

71,72 ve 73. maddelerde sayılan suçlardan dolayı kovuşturma şikâyete bağlıdır. Bu maddelerde belirtilen suçlardan dolayı şikâyetten feragat edilmesi durumunda kamu davası düşer.

81/son maddesindeki suç savcılık tarafından şikâyete bağlı olmaksızın re'sen kovuşturulur.

8. Tasarının 19. Maddesi/ İhtiyati Tedbirler ve Gümrüklerde Geçici El Koyma

Marka KHK'ye²⁸ paralel bir düzenleme getirilmiştir. Ancak maddenin yukarıda belirttiğimiz FSEK 23. madde değişikliği ile birlikte yorumlandığında, bu maddelerin yasal olarak paralel ithalat yapan, aynı orijinal ürünü; ürün bir kere Türkiye'de piyasaya

²⁷ Bu maddede yazılı dava açma süresi ibaresi, Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin 1989/8393 Esas sayılı Kararında açıklandığı üzere şikâyet süresi olarak anlaşılırmaktaydı. (Yayınlanmamış karar Dr.Gürsel Üstün tarafından bir davada ibraz edilmiştir)

²⁸ Marka KHK, m.79

sunulduktan sonra ithal eden "ithalatçı" firmalara dâhi tatbik edilme imkânı vermektedir. Maddenin 3842/86 EEC sayılı "*Korsan Ürünlerin Serbest Dolayışını Önleyecek Önlemleri Saptayan Avrupa Konsey Yönergesi*"ne uygun olarak "korsan ve taklit" ürünlere uygulanacak şekilde geliştirilmesi ya da "hak ihlalinin" ne olduğu orijinal ürünlerin hangi durumlarda ithal edilemeyeceği hususunun biraz daha net olarak açıklanması gereklidir. Aksi halde yasal paralel ithalat olaylarında idari mercilere ve yargı organlarına çok geniş bir yorumlama alanı bırakılmış olmaktadır. Yukarıda FSEK 23. madde ile ilgili yorumlarımdan yola çıkarak, önerimi aşağıda sunuyorum.

II. İhtiyati tedbirler ve gümrüklerde geçici olarak el koyma

Eser üzerindeki haklara veya komşu haklara tecavüz oluşturması nedeni ile eser sahibi veya hak sahibinin izni ile çoğaltılmamış, taklit veya korsan ürün nüshalarına ithalat veya ihracat sırasında, hak sahiplerinin veya ilgili meslek birliklerinin talebi üzerine gümrük idareleri tarafından ihtiyati tedbir niteliğinde el konulur.

Gümrük idarelerindeki bu tedbir el koyma kararının tebliğinden itibaren on iş günü içinde esas hakkında dava açılmaz veya mahkemenin tedbir niteliğinde karar alınmazsa ortadan kalkar.

9. Tasarının 21. Maddesi/Fikri Haklara Tecavüzün Önlenmesi/Bandrol

81. maddenin ilk fıkrasındaki karışıklık bir nebze giderilmektedir.²⁹ Maddenin mevcut durumu karışıklığa neden olacak düzeydeydi. Getirilen değişikliğe rağmen "Eser Sahibi"nin kendi eserini kendisinin yayınlamak istemesi halinde yine çelişki devam etmektedir. Üstelik kendi eserinin yayınlamak eser sahibi "bandrol almak" için istenen belgeleri temin etmesi örneğin "mali hak sahibi ile sözleşme yapması" mümkün olmayacaktır. Çünkü mali hak sahibi kendisidir.

Bandrol konusunda yapılan mücadele semeresini vermiştir. Yapılan değişiklik ile bandrolün aynı zamanda meslek birliklerince dağıtılmasının önü açılmaktadır. Böylece kanunun sansür vasıtası olarak kullanılabilen iddia ve şüphesi ortadan kaldırılmaktadır. Yine bandrolsüz satılan ürünlerin cezalarının artırılması da olumlu bir adımdır.

10. Yeni Değişiklik Önerilerimiz

Fikir ve sanat eserlerinin nüshalarının işaretlenmesinde gereksiz düzenlemeler yapılmaktadır. Kitap nüshalarında bir yandan ISBN (Uluslararası Standart Kitap Numarası) yer almakta öte yandan da Bakanlığın tayin ettiği çeşitli rakam ve harften oluşan işaretler bulunmaktadır. Bu konuda tek bir standart benimsenmelidir. Madde önerim aşağıdadır.

Madde 44-

²⁹ 81/1. maddenin aşağıdaki şekilde olması kanımca daha doğru olacaktır. "*Bir eserin çoğaltılabilmesi için, eser veya hak sahibi ile eseri çoğaltmak isteyen gerçek veya tüzel kişiler arasında 48 ile 52. maddelere uygun ve çoğaltma hakkının devredildiğini veya bu hakkı kullanma yetkisi verildiğini gösteren bir sözleşmenin yapılması gerekir. Eseri çoğaltmak isteyen eser sahibi veya hak sahipleri Maliye Bakanlığı'ndan onaylı sipariş fişi doldurmak ve bunu basımevi, yapımevi, dolum tesisleri gibi eseri çoğaltanlara vermek ve çoğaltım miktarını sipariş foyünde açıkça belirtmek zorundadır*"

Sürelili olmayan yayınlarda, işaret ve seri numarası yerine geçmek üzere Kültür Bakanlığı tarafından tahsis edilen ISBN (Uluslararası Standart Kitap Numarası) kodu kullanılır.³⁰

Yine fonogram yapımcıları komşu hak sahibi olarak nitelendirilmekte ancak, yayınevi, yazılımevi gibi aynı faaliyeti yapan firmalar komşu hak sahibi olarak kabul edilmemektedir. Bu konuda eşitsizliği giderici mahiyette; FSEK 80/1. maddesinden sonra aşağıdaki maddeyi öneriyorum.

Bu kanunun 52. maddesine uygun biçimde düzenlenmiş sözleşmelerle, eser veya hak sahibinden mali hakları devralmış veya ruhsat iktisap etmiş basılı ilim ve edebiyat eseri yayıncıları devraldıkları mali hak ve ruhsat süreleri ile sınırlı olarak komşu hak sahibi sayılırlar.³¹

³⁰ Bütün dünyada süreli olmayan yayınlarda (kitaplarda) standart bir işaretleme sistemi kullanılmaktadır. Buna göre yayınlanmış herhangi bir eserin bütün dünyada geçerli tek ve benzersiz bir numarası vardır. Bu da ISBN kodu (Uluslararası Standart Kitap Numarası) olarak anılır. Ülkemizde de Kültür Bakanlığı Kütüphaneler Genel Müdürlüğü tarafından basılan kitaplara ISBN kodu tahsis edilmektedir. ISBN kodu alınırken kitabın yazarı, basım tarihi, basım yeri, yayıncısı vb. tüm bilgiler yer almaktadır. Bu nedenle ayrıca aynı bilgileri taşıyan bir kodlama sisteminin "işaretleme" adı altında yapılması gereksizdir.

³¹ Bugüne kadar yayıncıların "komşu hak sahibi" sayılmalarına, BERN Konvansiyonunda, WIPO metinlerinde ve AB direktiflerinde olmadığı gerekçesi ile karşı çıkmıştır. Ancak tabii olduğumuz uluslararası sözleşmeler ana sisteme uyulduktan sonra üstelik telif haklarının korunması ve geliştirilmesi için ilave düzenlemeler yapılmasına karşı çıkmamaktadır. Nitekim Bandrol düzenlenmesi de hiçbir uluslararası metinde olmamasına rağmen Türkiye özel koşullarında dolayı yerel mevzuatımıza girmiştir. Bu nedenle böyle bir düzenleme yapmak, korsan kopya ile mücadele eden yayınevlerinin meslek birlikleri içinde örgütlenmelerine, bu mücadele için kamu fonlarından pay almasına imkân tanıyacaktır. Bugüne kadar korsan yayınlara mücadele anlamında açılan davaların tamamına yakınının yayınevleri tarafından açıldığı; Eser sahiplerinin tek başlarına mücadele etmelerinin yeterli olmadığı açıkça görülmüştür. Değişiklik korsan yayının önlenmesi mücadelesini kurumsallaştıracaktır.