

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
DOKTORA TEZİ

**FİKİR VE SANAT ESERLERİ HUKUKUNDA İKTİBAS
SERBESTİSİ VE SINIRLARI**

Özge ÖNCÜ

Danışman
Prof. Dr. Şeref ERTAŞ

2009

Yemin Metni

Doktora Tezi olarak sunduğum “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İktibas Serbestîsi ve Sınırları” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı dűşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden olduğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

.../.../.....

Adı SOYADI

İmza

DOKTORA TEZ SINAV TUTANAĞI

Öğrencinin

Adı ve Soyadı : Özge ÖNCÜ
Anabilim Dalı : Özel Hukuk
Programı : Özel Hukuk
Tez Konusu : Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İktibas Serbestisi ve Sınırları
Sınav Tarihi ve Saati :

Yukarıda kimlik bilgileri belirtilen öğrenci Sosyal Bilimler Enstitüsü'nün tarih ve Sayılı toplantısında oluşturulan jürimiz tarafından Lisansüstü Yönetmeliğinin 30.maddesi gereğince doktora tez sınavına alınmıştır.

Adayın kişisel çalışmaya dayanan tezini dakikalık süre içinde savunmasından sonra jüri üyelerince gerek tez konusu gerekse tezin dayanağı olan Anabilim dallarından sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin,

BAŞARILI OLDUĞUNA O OY BİRLİĞİ O
DÜZELTİLMESİNE O* OY ÇOKLUĞU O
REDDİNE O**

ile karar verilmiştir.

Jüri teşkil edilmediği için sınav yapılamamıştır. O***
Öğrenci sınava gelmemiştir. O**

* Bu halde adaya 3 ay süre verilir.
** Bu halde adayın kaydı silinir.
*** Bu halde sınav için yeni bir tarih belirlenir.

Tez, burs, ödül veya teşvik programlarına (Tüba, Fulbright vb.) aday olabilir. Evet
Tez, mevcut hali ile basılabilir. O
Tez, gözden geçirildikten sonra basılabilir. O
Tezin, basımı gerekliliği yoktur. O

JÜRİ ÜYELERİ

..... Başarılı Düzeltme Red İMZA
..... Başarılı Düzeltme Red
..... Başarılı Düzeltme Red
..... Başarılı Düzeltme Red
..... Başarılı Düzeltme Red

ÖZET

Doktora Tezi

Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İktibas Serbestîsi ve Sınırları

Özge ÖNCÜ

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Özel Hukuk Programı

Fikir ve sanat eserlerinin hemen hepsi, kendilerinden önce yaratılmış eserler üzerine kurulmaktadır. Bir eserin, başka eser sahiplerine ait eserlerden yararlanılmaksızın ortaya çıkartılması çok ender rastlanacak bir durumdur. Bu nedenle toplumun kültür hayatının, yeni eserlerle zenginleştirilmesi ve gelişiminin sağlanması için, yeni eserlerin yaratılması sırasında başka eserlerden yararlanmak, vazgeçilmez bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Yeni yaratılan eserlerde, bazı koşullarla, başka eserlerden yararlanılabilmesine izin veren “iktibas serbestîsi” de, bu gerekliliği göz önüne alarak düzenlenmiş bir kurumdur. Nitekim daha önce yaratılan eserler ile fikri ve sanatsal tartışma ortamının yaratılabilmesi, bu eserlerden belirli oranda iktibas yapılmasına izin verilmesine bağlıdır. Bu noktada eser sahibinin eseri üzerindeki mutlak nitelikteki hakları ile toplumun ve üçüncü kişilerin bu eserden yararlanmada bulunan menfaatlerinin dengelenmesi gerekliliği ortaya çıkar.

Bu araştırmada, kanun koyucunun iktibas serbestîsine ilişkin mevcut düzenleme kapsamında, eser sahibinin eseri üzerindeki menfaatleri ile toplumun ve üçüncü kişilerin o eserden yararlanmada bulunan menfaatleri arasında bulunan çatışmayı ne şekilde dengelenmeye çalıştığı incelenmiştir. Bu kapsamda başka eserlerden yapılacak iktibasların hangi durumlarda hukuka uygun olacağı tespit edilmeye çalışılmıştır. Bununla birlikte iktibas serbestîsinin, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda, eser türleri arasında ayırım yapılarak düzenlenmiş olması, bu düzenleme kapsamında sayılmayan diğer eserlere de iktibas yapılması bakımından problemlere yol açmaktadır. Yine Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden beri hiçbir değişikliğe uğramamış ender hükümlerinden biri olan iktibas serbestîsine ilişkin

düzenlemenin, fikri iletişim yöntemlerinde meydana gelen yeni gelişmelere de uyum sağladığından bahsetmek oldukça güçtür. Bu nedenle Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda yer alan İktibas serbestisine ilişkin düzenlemede, köklü bir değişiklik yapılması önemli bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmaktadır. Bu doğrultuda özellikle başka eserlerle yapılacak fikri ve sanatsal tartışmanın belirli bir eser zümresi ile sınırlandırılmaması için İktibas serbestisine ilişkin mevcut düzenlemenin katı niteliğinden vazgeçilmesi ve daha genel nitelikte bir düzenlemenin yapılması gerekmektedir.

Anahtar kelimeler : İktibas – İktibas Serbestisi – Eser Sahibi – Fikir ve Sanat Eseri – Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu

ABSTRACT

Doctoral Thesis

The Quotation Freedom and Its Boundaries in Copyright Law

Özge ÖNCÜ

**Dokuz Eylül University
Institute of Social Sciences
Department Private Law
Private Law Program**

Almost all of the intellectual and artistic works are based on the works which have been created before. It is very rare to meet a condition such that a work which has been created without utilizing from a previous work. For that reason it is an inevitable requirement to utilize from other works for the enrichment of the culture life of a community with new works and providing the improvement. “The freedom of quotation” which permits the utilization of the other works in order to create new works under some conditions is an institution organized by taking that point into consideration. Nevertheless the creation of intellectual and artistic discussion environment based on the previously created intellectual and artistic works and getting the permission of quotation from this works to a certain degree. At that point the requirement of balancing the interest of the community and the third parties in the utilization from that work and the rights of the owner of the work which is considered to be absolute is created.

In that study it has been researched that how the conflict between the interest of the owner of the work over his work and the interest of the third parties and the community on the utilization of that work is tried to be balanced in the scope of the existing regulations. In that scope it has been tried to be determined under which conditions it will be legitimate by excepting from other works. However the freedom of quotation in the Copyright Act has created problems by being issued permitting the exception to the works with making discrimination between the types of the works which are not considered in the scope of that arrangement. It is very difficult to mention about that the freedom of quotation which is one of the conditions of Copyright Act has not been

changed since coming into force enables the adaptation to the new developments created in the intellectual communication processes. For that reason making substantial changes in the freedom of quotation in the Copyright Act is an important need. In other to prevent the limitation of certain work types by the intellectual and artistic discussions with the other works in that direction will require the giving up the solid property of the existing regulations related with the freedom of Intellectual and Artistic quotation and making a more general type of arrangement.

Key words: Quotation – Freedom Of Quotation – Owner Of The Work - Intellectual And Artistic Work – Copyright Act

İÇİNDEKİLER

YEMİN METNİ.....	ii
TUTANAK	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT.....	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xviii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İKTİBAS SERBESTİSİ KAVRAMI, İKTİBAS SERBESTİSİNİN HUKUKUMUZDA ve KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DÜZENLENİŞ ŞEKLİ

I. İKTİBAS SERBESTİSİ KAVRAMI, KANUNDA DÜZENLENİŞ ŞEKLİ ve NİTELİKLERİ	5
A. İktibas Serbestisi Kavramı	5
B. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda İktibas Kavramına Yer Veren Düzenlemelerin Değerlendirilmesi	8
1. Genel Olarak	8
2. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda İktibas Kavramına Yer Veren Düzenlemeler	8
3. Değerlendirme.....	12
C. İktibas Serbestisinin Kanunda Düzenleniş Şekli ve Nitelikleri	13
1. İktibas Serbestisinin Kanunda Düzenleniş Şekli	13
2. Eser Sahibinin Haklarına İktibas Serbestisi İle Getirilen Sınırlandırmanın Nitelikleri	18
a. İktibas Serbestisi Eser Sahibinin Mali Haklarına Getirilmiş Bir Sınırlandırmadır	18
(1) Genel Olarak	18

(2) İktibas Serbestîsi Eser Sahibinin Manevi Haklarına Getirilmiş Bir Sınırlandırma Değildir	20
b. İktibas Serbestîsine İlişkin Kuralların Uygulanması, Eserinden İktibas Yapılacak Eser Sahibinin İznine veya Ona Bir Karşılık Ödenmesine Bağlı Değildir.....	22
c. İktibas Serbestîsi Genel Menfaat Yararına Getirilmiş Bir Sınırlandırmadır	23
d. İktibas Serbestîsi Temelinde Çatışan Farklı Anayasal Hakları Barındırmaktadır	28
II. İKTİBAS SERBESTİSİNE İLİŞKİN DİĞER BAZI HUKUK SİSTEMLERİNDE YER ALAN DÜZENLEMELER	30
A. Alman Hukukundaki Düzenleme	30
B. İsviçre Hukukundaki Düzenleme	34
C. İngiliz Hukukundaki Düzenleme.....	36
D. Amerikan Hukukundaki Düzenleme.....	39
III. İKTİBAS SERBESTİSİ İLE İLGİLİ ULUSLARARASI DÜZENLEMELERDE VE İLGİLİ AVRUPA BİRLİĞİ DİREKTİFİNDE YER ALAN DÜZENLEMELER	41
A. Bern Sözleşmesinde Yer Alan Düzenlemeler	41
B. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşmasında Yer Alan Düzenlemeler	47
C. Wipo Telif Hakları Anlaşmasında Yer Alan Düzenlemeler	50
D. 2001/29 Sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nde Yer Alan Düzenlemeler.....	51
1. Genel Olarak	51
2. Üç Basamak Testi	54
a. Birinci Basamak: Belirli Özel Durumlar	54
b. İkinci Basamak: Normal Yararlanmayı Zedelememe.....	56
c. Üçüncü Basamak: Hak Sahibinin Haklı Yararlarına Beklenemez Ölçüde Zarar Vermeme	57
IV. İKTİBAS SERBESTİSİNE İLİŞKİN HÜKMÜN YORUMUNDA GÖZETİLECEK ESASLAR.....	58
A. Yorum Kavramı.....	58

B. Eser Sahibinin Haklarına Getirilen Sınırlandırmaların Dar Yorumlanması Gerektiği Yönündeki Görüşler	62
C. Eser Sahibinin Haklarına Getirilen Sınırlandırmaların Dar Yorumlanmasına Karşı Çıkan Görüşler	66
D. Değerlendirme	68

İKİNCİ BÖLÜM

İKTİBAS SERBESTİSİNİN ESASA İLİŞKİN KOŞULLARI

I. BÜTÜN İKTİBAS TÜRLERİ İÇİN ORTAK OLAN KOŞULLAR.....	75
A. Genel Olarak	75
B. Kendisinden İktibas Yapılacak Ürünler Bakımından Ortak Koşullar	77
1. Kendisinden İktibas Yapılacak Ürün Eser Niteliği Taşımalıdır	77
a. Genel Olarak.....	77
b. Eser Kavramı.....	82
(1) Genel Olarak.....	82
(2) Eser Sayılmanın Koşulları	84
(i) Eser Sahibinin Hususiyetini Taşımalıdır	84
(ii) Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Eser Türlerinden Birine Dâhil Olmalıdır	87
c. Kendisinden İktibas Yapılabilecek Eser Türleri	87
(1) Genel Olarak.....	87
(2) İşlenme ve Derleme Eserlerden İktibas	88
d. Eser Olarak Korunmayan Bazı Ürünlerden İktibas	93
(1) Bağlantılı Haklar Kapsamında Korunan Ürünlerden İktibas	93
(2) Derleme Eser Niteliğine Sahip Olmayan Veri Tabanlarından İktibas.....	95
(3) Haksız Rekabet ve Kişilik Hakları Kapsamında Korunan Ürünlerden İktibas.....	98

(i) Haksız Rekabete İlişkin Hükümler Kapsamında Korunan Ürünlerden İktibas.....	98
(ii) Kişilik Haklarına İlişkin Hükümler Kapsamında Korunan Ürünlerden İktibas.....	102
e. Fikirler, Teoriler ve Öğretilerden İktibas Serbest midir?	106
2. Kendisinden İktibas Yapılacak Eser En Azından Alenileşmiş Olmalıdır	109
a. Genel Olarak.....	109
b. Alenileşme Kavramı.....	110
c. Alenileşmemiş Bir Eserden İktibas Yapılması Mümkün müdür?.....	116
C. Kendisine İktibas Yapılacak Ürün Bakımından Ortak Koşullar.....	125
1. Kendisine İktibas Yapılacak Ürün Eser Niteliği Taşınmalıdır	125
2. Kendisine İktibas Yapılacak Eser Bağımsız Nitelikte Olmalıdır.....	128
II. BİLİMSEL (İLMİ) ESERLERE YAPILACAK BÜYÜK İKTİBASIN KOŞULLARI(FSEK madde 35/f.1-b.3)	136
A. Genel Olarak	136
B. Kendisinden İktibas Yapılacak Eser Bakımından Koşullar	137
1. Genel Olarak	137
2. Güzel Sanat Eserleri Bakımından Alenileşmiş; Diğer Eserler Bakımından Yayımlanmış Olma Koşulu	138
a. Güzel Sanat Eserlerinin Alenileşmiş Olması Yeterlidir.....	138
b. Güzel Sanat Eseri Dışındaki Eserlerin Yayımlanmış Olması Gerekir.....	138
C. Kendisine İktibas Yapılacak Eser Bakımından Koşullar	145
1. Kendisine İktibas Yapılacak Eser Bilimsel Nitelik Taşınmalıdır	145
a. Bilimsel Eser Kavramı	145
b. Popüler Bilim Eserlerinin Durumu	150
2. Kendisine İktibas Yapılacak Bilimsel Eser Bağımsız Nitelikte Olmalıdır	153
D. İktibas Amacı (İçeriği Aydınlatma)	153
E. İktibasın Amacın Haklı Göstereceği Oranda Olması	160

III. GÜZEL SANAT ESERLERİNİN BİLİMSEL (İLMİ) KONFERANS veya DERSLERDE PROJEKSİYON ve BUNA BENZER VASITALARLA GÖSTERİLMESİ (FSEK madde35/f.1-b.4).....	166
IV. İLİM ve EDEBİYAT ESERLERİNE YAPILACAK KÜÇÜK İKTİBASIN KOŞULLARI (FSEK madde 35/f.1-b.1)	169
A. Genel Olarak	169
B. Kendisinden İktibas Yapılacak Eser Bakımından Koşullar	170
1. Kendisinden İktibas Yapılabilecek Eser Türleri	170
2. Kendisinden İktibas Yapılacak Eserin Alenileşmiş Olması.....	178
C. Kendisine İktibas Yapılacak Eser Bakımından Koşullar	179
1. Kendisine İktibas Yapılacak Eser İlim ve Edebiyat Eseri Niteliği Taşımalıdır	179
2. Kendisine İktibas Yapılacak İlim ve Edebiyat Eseri Bağımsız Nitelikte Olmalıdır	181
3. İlim ve Edebiyat Eserleri Dışındaki Eser Türlerine FSEK madde 35/f.1-b.1 Kapsamında İktibas Mümkün müdür?	181
D. İktibasın Kapsamı.....	182
1. Ana Kural: İktibas Bazı “Cümle ve Fıkralar(Bazı Parçalar)” ile Sınırlıdır	182
2. Bir Eserin Tamamının ya da Önemli Bir Kısımının FSEK madde 35/f.1-b.1 kapsamında İktibası Mümkün müdür?	189
a. Alman Öğretisinde İleri Sürülen Görüşler	190
b. Alman Yargı Kararlarında Getirilen Çözüm.....	192
c. Değerlendirme	194
(1) Resim ve Metinlerden Oluşan Bir Eserden Yapılacak Resim İktibasları Bakımından Değerlendirme.....	195
(2) Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 36/f. 2 ’nin Uygulama Alanı Bakımından Değerlendirme.....	197
(3) Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 37’nin Uygulama Alanı Bakımından Değerlendirme	201
(4) Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b. 1’in Uygulanabilmesi Bakımından Değerlendirme.....	203

(5) FSEK madde 35/f.1-b. 3'ün Uygulanabilmesi Bakımından Değerlendirme	208
E. İktibas Amacı.....	213
1. Genel İktibas Amacı: İçeriği Aydınlatma	213
2. Sanatsal Amaçlarla İktibas ve Alman Anayasa Mahkemesi'nin “ <i>Brecht</i> ” Kararı	216
3. FSEK madde 35/f.1-b.1 Kapsamında Geçerli Olabilecek İktibas Amaçlarının Değerlendirilmesi.....	219
4. Parodisel Amaçlarla İktibas	224
a. Parodi Kavramı.....	224
b. Parodilerin Hukuki Durumu.....	225
(1) Genel Olarak.....	225
(2) Parodilerin “Esinlenme” Kapsamında Değerlendirilmesi.....	229
(i) Esinlenme Kavramı	229
aa. Soluklaşma Kıstası	230
bb. İç Mesafe Kıstası.....	235
(ii) Parodilerin Esinlenme Kapsamında Değerlendirilmesi Mümkün müdür?.....	237
(3) Parodilerin İktibas Serbestisine İlişkin Hükümler Kapsamında Değerlendirilmesi.....	238
(i) İktibas ve Esinlenme Arasındaki Fark.....	238
(ii) Parodilerin İktibas Serbestisi Kapsamında Değerlendirilmesi Mümkün müdür?.....	239
F. İktibasın Amacın Haklı Göstereceği Oranda Olması.....	246
V. MÜZİK İKTİBASLARININ KOŞULLARI (FSEK madde 35/f.1-b.2).....	246
A. Genel Olarak	246
B. Kendisinden İktibas Yapılacak Eser Bakımından Koşullar	247
1. Kendisinden İktibas Yapılacak Eser Beste Niteliğine Sahip Olmalıdır	247
2. Kendisinden İktibas Yapılacak Beste Yayımlanmış Olmalıdır	249
C. Kendisine İktibas Yapılacak Eser Bakımından Koşullar	251

1. Kendisine İktibas Yapılacak Eser Müzik Eseri Olmalıdır	251
2. Kendisine İktibas Yapılacak Müzik Eseri Bağımsız Nitelikte Olmalıdır	253
D. İktibasın Kapsamı.....	256
1. İktibas Bir Bestenin Parçaları İle Sınırlıdır	256
2. Motif, Tema, Pasaj, Fikir Kavramları	257
3. Melodilerden FSEK madde 35/f.1-b.2Kapsamında İktibas Mümkün müdür?	259
a. Melodi Kavramı	259
b. Melodilerin İktibası.....	262
4. İktibasın Kapsamının Belirlenmesinde Dikkate Alınacak Hususlar	267
E. İktibas Amacı.....	270
F. İktibasın Amacın Haklı Göstereceği Oranda Olması.....	274

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

FİKİR ve SANAT ESERLERİ KANUNU'NDA DÜZENLENMEYEN İKTİBAS TÜRLERİ

I. GÜZEL SANAT ESERLERİNE İKTİBAS	275
A. Güzel Sanat Eseri Kavramı	275
B. Güzel Sanat Eserlerine İktibas	276
1. Genel Olarak	276
2. Güzel Sanat Eserlerine İktibas İmkânını Kabul Eden Görüşler.....	279
3. Güzel Sanat Eserlerine İktibas İmkânını Kabul Etmeyen Görüşler.....	280
4. Değerlendirme.....	282
5. Güzel Sanat Eserlerine İktibasın Koşulları	285
a. Genel Olarak.....	285
b. Kendisine İktibas Yapılacak Güzel Sanat Eserinin Bağımsız Nitelikte Olması	286

c. İktibas Amacı	288
II. BİLİMSEL NİTELİK TAŞIMAYAN SİNEMA ESERLERİNE İKTİBAS	291
A. Sinema Eseri Kavramı.....	291
B. Sinema Eserlerine İktibas	296
1. Bilimsel Nitelikteki Sinema Eserlerine İktibas	296
2. Bilimsel Nitelik Taşımayan Sinema Eserlerine İktibas	297
a. Öğretide İleri Sürülen Görüşler	298
b. Değerlendirme.....	302
c. FSEK madde 35/f.1-b. 1 Hükümünün Sinema Eserlerine Yapılacak İktibaslarda Kıyas Yoluyla Uygulanabilmesi	312
C. Sinema Eserlerine İktibasın Koşulları	317
III. MULTİMEDYA ESERLERDE İKTİBAS	319
A. “Multimedya” Eser Kavramı.....	319
B. Multimedya Eserlerin Hangi Eser Türü Kapsamında Korunabileceği Sorunu	321
C. Multimedya Eserlerine İktibas	328
D. Multimedya Eserlerden İktibas	330
E. Multimedya Eserlerde İktibasın Koşulları.....	331
1. Genel Olarak	331
2. Yayımlanmış Olma Koşulunun İnternet Yoluyla Umuma Sunulan Eserler Bakımından Değerlendirilmesi	333
3. Bilimsel Eserlere Yapılacak Büyük İktibasta Kendisinden İktibas Yapılacak Eserin Yayımlanmış Olmasının Aranması Doğru mudur?.....	338
F. Aktif Linkler	342

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İKTİBAS SERBESTİSİNİN ŞEKLE İLİŞKİN KOŞULLARI ve İKTİBAS YOLUYLA ESERDE DEĞİŞİKLİK YAPILAMAMASI

I. İKTİBAS SERBESTİSİNİN ŞEKLE İLİŞKİN KOŞULLARI.....	344
A.İktibasın Belli Olacak Şekilde Yapılması Gerekir	344
B.İktibasın Kaynağının Gösterilmesi Gerekir.....	349
1.Genel Olarak	349
2.Kaynak Göstermenin Kapsamı	351
a.Genel Olarak.....	351
b.Eser Sahibinin Adı	353
c. Eserin Adı.....	354
(1) Genel Olarak.....	354
(2) Eserin Adı Dışındaki Diğer Bilgilerinin Kaynak Bilgisinde Gösterilmesi Zorunlu mudur?.....	355
d. Bilimsel Eserlere Yapılacak İktibasta İktibasın Alındığı Yer.....	358
3. Kaynak Bilgisinin Yeri ve Şekli	358
4. Kaynak Gösterme Zorunluluğunun Bulunmadığı Durumlar	364
a. Genel Olarak.....	364
b. Koruma Süresi Dolmuş Eserler Bakımından	369
c. Kaynak Göstermenin İmkânsız Olması	372
5. İntihal Kavramı ve Kaynak Gösterme Zorunluluğu İle İlişkisi	375
II. İKTİBAS YOLUYLA ESER SAHİBİNİN ESERDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINI ÖNLEME HUSUSUNDAKİ MANEVİ HAKKININ İHLAL EDİLEMESİ.....	380
SONUÇ	384
KAYNAKÇA.....	391

KISALTMALAR

AD	:Adalet Dergisi
AfP	:Archiv für Pressrecht
ATRG	:Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi
AÜHFD	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	:bent
BATIDER	:Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	:Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	:Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)
BGHZ	:Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
BVerfG	:Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	:Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
c.	:cümle
C.	:Cilt
CA	:Copyright Act (Amerikan)
CDPA	: Copyright, Designs and Patent Acts 1988 (İngiliz)
DEÜHFD	:Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	:Esas
f.	:fıkra
FMR	:Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
GG	:Grundgesetz (Alman Anayasası)
GRUR	: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int	:Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht- Internationaler Teil
HD	:Hukuk Dairesi
HGK	:Hukuk Genel Kurulu
İKİD	:İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi

K.	:Karar
Karş.	:Karşılaştırınız
KG	:Kammergericht (Berlin Yüksek Eyalet Mahkemesi)
KUG	: Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie vom 9 Januar 1907 (9 Ocak 1907 tarihli Güzel Sanat ve Fotoğraf Eserlerinde Eser Sahibi Hakkı Kanunu- Alman)
LG	:Landgericht (Eyalet Mahkemesi)
LUG	:Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst vom 19 Juni 1901 (19 Haziran 1901 tarihli Edebiyat ve Müzik Eserlerinde Eser Sahibi Hakkı Kanunu- Alman)
MMR	:Multimedia und Recht
NJW	:Neue Juristische Wochenschrift
nr.	:numara
OLG	:Oberlandesgericht (Yüksek Eyalet Mahkemesi)
RG	:Resmi Gazete
RGZ	:Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
S.	:Sayı
s.	:sayfa
Schulze	:Erich Schulze, Rechtsprechung zum Urheberrecht
T.	:tarih
TMK	:4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TRIPS	:The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, including Trade in Counterfeit Goods (Sahte Mal Ticareti Dahil Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması)
UFİTA	:Archiv für Urheber-, Film-, Funk-, und Theaterrecht
URG	:Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9 Oktober 1992(9 Ekim 1992 tarihli İsviçre Eser Sahibi Hakkı ve Akıba Haklar Kanunu)
UrHG	:Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte

vom 9. September 1965 (9 Eylül 1965 tarihli Alman
Eser Sahibi Haklari ve Akraba Haklar Kanunu)

vd.

:ve devamı

vs.

:ve saire

Wipo

:World Intellectual Property Organization (Dünya
Fikri Mülkiyet Hakları Örgütü)

WLR

:Weekly Law Reports

Y.

:Yıl

YD

:Yargıtay Dergisi

YKD

:Yargıtay Kararları Dergisi

ZUM

:Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

GİRİŞ

Fikri haklar mutlak haklardır. Mutlak haklar, hak sahibine hakkın konusu üzerinde doğrudan egemenlik sağlayan ve herkes tarafından ihlali mümkün olup, bundan dolayı da hak sahibinin hakkını ihlal eden herkese karşı ileri sürebileceği, hakkına riayet edilmesini isteyebileceği haklardır¹. Eser sahibinin, eseri üzerindeki fikri hakları, mutlak nitelikte haklar olduğundan, eser sahibine eseri üzerinde doğrudan bir egemenlik sağlar². Fikri hak, sahibine başkalarının eserden yararlanmasını yasaklama da dâhil olmak üzere inhisari yetkiler verir³.

Bununla birlikte, eser sahibinin söz konusu mutlak hakkı sınırsız nitelikte değildir. Eser sahibinin hakları da, eşya mülkiyeti gibi, sınırlarını toplumun ağır basan gereksinimlerinde bulması gereken sosyal bağlantılı haklardır⁴. Nitekim 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun (FSEK)⁵'in 30-47'nci maddeleri arasında da eser sahibinin haklarına getirilecek sınırlandırmalar düzenlenmiştir. İktibas serbestisi de, esasen eser sahibinin haklarına getirilmiş sınırlandırmalardan birisidir ve FSEK'in "İktibas Serbestisi" başlıklı 35'nci maddesinde düzenlenmiştir.

FSEK'in eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmalara ilişkin 30-47'nci maddeleri arasında yer alan düzenlemeler içerisinde birden çok madde altında "İktibas" kavramından bahsedildiği görülmektedir. FSEK'in "İktibas Serbestisi" başlıklı 35'nci maddesi dışında, "Eğitim ve Öğretim İçin Seçme ve Toplama Eserler" başlıklı 34'ncü ve "Gazete Münderecatı" başlıklı 36'ncı maddelerinde de iktibas kavramının kullanıldığı görülmektedir. Ancak belirtilen bu maddelerdeki düzenlemeler, daha sonra da ifade edileceği gibi amaç ve koşulları bakımından FSEK madde 35'de yer alan düzenlemeden farklıdır. Bu açıdan çalışmada geçen "İktibas serbestisi" kavramı ile FSEK madde 35'de düzenlenen iktibas serbestisine ilişkin düzenleme ifade edilmektedir.

¹ **Ertay, Şeref**, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Ankara, 2008, s. 51, nr. 12.

² **Erel, Şafak N.**, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bası, Ankara, 2009, s. 24, (amış: Fikir ve Sanat Hukuku).

³ **Tekinalp, Ünal**, Fikri Mülkiyet Hukuku, Dördüncü Bası, İstanbul, 2005, s. 7, nr.19.

⁴ **Melichar, Ferdinand, (Schriker, Gerhard**, Urheberrecht, München, 2006), Vor §§ 44aff., s. 945, nr.1; **Nordemann, Wilhelm, (Nordemann, Wilhelm/Nordemann, Axel/Nordemann, Jan Bernd**, Urheberrecht, 10. Auflage, Stuttgart, 2008), Vor §§ 44aff., s. 939, nr.1

⁵ RG. 13.12.1951, S. 7981.

FSEK madde 35’de yer alan düzenleme kazuistik bir nitelik göstermektedir. Zira FSEK’de, iktibas serbestisine ilişkin sınırlandırmanın uygulanabilmesi, esasen kendisine iktibas yapılacak eserin niteliğine göre, farklı bentler içerisinde, birbirinden kısmen farklı koşullara bağlamıştır. Bu açıdan farklı eser türlerine yapılacak iktibaslar bakımından, hukuka uygun bir iktibasın koşulları da birbirinden farklılık göstermektedir. Çalışmamızda da, FSEK’in iktibas türleri arasında yaptığı ayrımaya uygun olarak, farklı iktibas türlerinin hukuka uygunluk koşulları ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bunun dışında ileride çoğu yerde ifade edileceği üzere, söz konusu düzenlemenin kazuistik niteliği, özellikle FSEK madde 35’de açıkça düzenlenmeyen eser türlerine iktibas yapılması bakımından önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Bu açıdan çalışmamızda, FSEK’de kendisine iktibas yapılacak bir eser olarak düzenlenmeyen eser türlerine de iktibasın mümkün olup olmadığı ve mümkünse bu eser türleri bakımından hukuka uygun bir iktibasın koşulları da, aydınlatılmaya çalışılmıştır.

Belirtmek gerekir ki, her bir eser türüne yapılacak iktibasın hukuka uygunluk koşullarının belirlenmesi, kendisine iktibas yapılacak eserlerin nitelikleri birbirinden oldukça farklı olduğundan, ayrı ayrı çalışma konusu olabilecek kapsamdadır. Bununla birlikte çalışma konumuz sadece bir eser türü bakımından yapılacak iktibaslar(örneğin ilim ve edebiyat eserlerine iktibas, müzik eserlerine iktibas ya da sinema eserlerine iktibas gibi) sınırlandırılmamış olup, FSEK madde 35’de düzenlenen iktibas serbestisi bakımından hali hazırda geniş kapsamlı bir çalışma bulunmadığı da gözetilerek, maddede düzenlenen ve düzenlenmeyen iktibas türleri birlikte incelenerek, maddenin içeriği, farklı iktibas türlerinin birbiri ile ilişkisi ve özellikle maddenin eksik noktaları genel bir bakış açısı ile ele alınmıştır.

Çalışmamız, iktibas serbestisine ilişkin 35’nci madde kapsamında hangi hallerde hukuka uygun bir iktibastan bahsedilebileceği hususu ile sınırlanmış olup, bu koşullara uyulmadan yapılan hukuka aykırı bir iktibasın sonuçları ele alınmamıştır. Esasen eser sahibinin FSEK’de düzenlenen mali ve/veya manevi haklarının hukuka aykırı bir iktibas yoluyla ihlal edilmesi hakkında da bu hakların

diğer yollarla ihlal edilmesi hakkında geçerli olan FSEK madde 66–70 arasında düzenlenen hükümler uygulama alanı bulacaktır⁶.

Çalışmanın birinci bölümünde, genel olarak iktibas serbestîsi kavramı ve FSEK’de düzenleniş şekli aydınlatılmaya çalışılmış; iktibas serbestîsinin diğer hukuk sistemlerinde ve uluslararası düzenlemelerdeki düzenleniş tarzına değinilmiştir. Son olarak iktibas serbestîsine ilişkin FSEK madde 35 hükmünün yorumlanmasında, öğretide genel olarak kabul edilen “eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmaların dar yorumlanması” gerekeceği yönündeki ilkenin uygulanıp uygulanamayacağı hususu, özellikle söz konusu ilkeyi savunan ve buna karşı çıkan görüşlere de değinilmek suretiyle açıklanmaya çalışılmıştır.

İkinci bölüm ise çalışmanın ana kısmını oluşturmaktadır. Bu bölümde, iktibas türlerinin esasa ilişkin hukuka uygunluk koşulları irdelenmiştir. Bu kapsamda

⁶HGK, 18.12.1981 gün ve 1980/1 ve 1981/2 sayılı kararında, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda gösterilen haller dışında iktibas yapılmış olsa dahi, iktibas hususunda kullanılan eser sahibinin ve eserin adı belirtilse bile eser sahibinin, haksız rekabet hükümlerine dayanarak BK’nun 49’ncü maddesindeki koşulların gerçekleşmesi halinde manevi tazminat isteyebileceğine karar vermiştir” (YKD, Mayıs 1981, C.7, s. 533–537). Belirtmek gerekir ki, söz konusu kararda iktibas yoluyla eser sahibinin mali haklarının ihlali halinde uygulama alanı bulacak FSEK madde 70/f.2’ye dayanılmayıp, konuyla ilişkisi olmayan FSEK madde 83 aracılığıyla haksız rekabete ilişkin hükümler dolayısıyla BK madde 49 hükmüne dayanılması doğru değildir. Nitekim yapılan bir iktibasta eser sahibinin ve eserin adı gösterilmiş olsa bile, hukuka uygun bir iktibasın tek koşulu, yapılan iktibasta eser sahibinin ve eserin adının gösterilmesi olmayıp, FSEK madde 35’de düzenlenen diğer bir takım hukuka uygunluk koşulları da bulunmaktadır. Söz konusu koşullara uyulmadan yapılan iktibas ise hukuka aykırı bir iktibas olup, aynı zamanda eser sahibinin mali haklarını da zedeler. Zira iktibas serbestîsi, eser sahibinin mali haklarına getirilmiş bir sınırlandırmadır. Esasen iktibas şekline göre, iktibas edilen eser ya da eser parçasının çoğaltılması, yayılması veya temsili gibi yollarla eser sahibinin mali haklarını sınırlandırdığından, hukuka aykırı bir iktibasta eser sahibinin mali haklarının ihlali anlamına gelir ve bu durumda doğrudan FSEK madde 70/f.2 hükmüne dayalı olarak tazminat talebinde bulunulabilir. Söz konusu düzenlemede ise: “Mali hakları haleldar edilen kimsenin, tecavüz edenin kusuru varsa haksız fiillere müteallik hükümler dairesinde tazminat talep edebileceği” düzenlenmiştir. Buna göre hukuka aykırı bir iktibas yoluyla mali hakları ihlal edilen eser sahibi BK madde 41–60 arasında düzenlenen haksız fiil hükümlerine göre tazminat talep edebilecektir. Buna göre mali hakkı ihlal edilen kişi BK madde 41’de yer alan koşullar mevcutsa maddi tazminat; BK madde 49’da yer alan koşullar mevcutsa manevi tazminat talep edebilecektir (Bkz. **Kılıçoğlu, Ahmet M.**, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara, 2006, s. 415). Bu açıdan eser sahibinin mali haklarını ihlal eden hukuka aykırı bir iktibas bulunması durumunda, iktibas, FSEK’de düzenlenen manevi hakları ihlal etmese bile, doğrudan FSEK madde 70/f.2’nin yollaması ile BK madde 49’da düzenlenen koşulların oluşması durumunda manevi tazminat talep edilebilir.

Hukuka aykırı iktibasın kişilik haklarını ihlal etmesi durumunda BK madde 49 gereğince manevi tazminat talep edilebilmesi için bu ihlalin aynı zamanda haksız rekabet oluşturmasına gerek olmadığı yönünde, **Erel, Şafak N.**, Fikri Hukukta İktibas Serbestisi, Sınırları ve Yargıtay’ın 18.2.1981 günlü, Esas 1980/1, Karar 1981/2 Sayılı İçtihadı Birleştirme Hukuk Bölümü Kararının İncelenmesi ve Tenkidi, YD 1989, C.XV, S.1-4, s. 345,(anılış:İktibas Serbestisi); BK madde 49’un uygulanması için haksız rekabet koşullarının aranmasına gerek olmadığı yolunda, **Karınca, Eray**, İktibas ve İntihal, AD, Ocak 2002, Y.93, S. 10, s. 94.

hukuka uygun bir iktibasın sınırlarının nerede başlayıp, nerede son bulacağı hususu, iktibas türleri bakımından ayrı ayrı açıklanmaya çalışılmıştır.

FSEK'in iktibas serbestîsini düzenleyen 35'inci maddesi, iktibas imkânlarını, kendisine iktibas yapılabilecek eser türlerine göre bir ayrıma giderek düzenlemiştir. Bu şekildeki bir düzenlemenin sonucu olarak da, söz konusu maddede sayılmayan eser türlerine iktibas imkânının bulunup bulunmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır. Nitekim FSEK madde 35'de bilimsel nitelik taşımayan sinema eserleri ve güzel sanat eserleri, kendisine iktibas yapılacak eserler kapsamında sayılmamıştır. Bu kapsamda örneğin, bir sinema eserinden bilimsel nitelikte olmayan diğer bir sinema eserine iktibas yapılabilecek midir? Ya da bir sanatçının, başka bir güzel sanat eserinden kendi güzel sanat eserine iktibas yapması mümkün müdür? Yoksa başka eserlerle fikri ya da sanatsal tartışma imkânı sadece FSEK madde 35'in açıkça izin verdiği eserler bağlamında mı kabul edilmek gerekecektir? Çalışmamızın üçüncü bölümünde bu sorular aydınlatılmaya çalışılmıştır.

Çalışmanın dördüncü ve son bölümünde ise, hukuka uygun bir iktibasın şekli koşullarına değinilmiştir. Bu kapsamda özellikle başka eserlerden yararlanırken, ne şekilde kaynak gösterilmesi gerektiği ve kaynak gösterme zorunluluğunun bulunmadığı hallerin mevcut olup olmadığı konularına temas edilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

İKTİBAS SERBESTİSİ KAVRAMI, İKTİBAS SERBESTİSİNİN HUKUKUMUZDA ve KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DÜZENLENİŞ ŞEKLİ

I. İKTİBAS SERBESTİSİ KAVRAMI, KANUNDA DÜZENLENİŞ ŞEKLİ ve NİTELİKLERİ

A. İktibas Serbestisi Kavramı

Arapçadan gelen “iktibas” kelimesi, Osmanlıca-Türkçe Lügatte, *bir kelimeyi, bir cümleyi veya bunların manâlarını olduğu gibi alma, aktarma* şeklinde tanımlanmıştır⁷. “İktibas” kelimesinin Türkçe karşılığı “alıntıdır”. “Alıntı” ise Türk Dil Kurumu-Türkçe Sözlüğü’nde, *“bir yazıya başka bir yazarın yazısından alınmış parça, aktarma, iktibas”* şeklinde tanımlanmıştır⁸. İktibas etmek karşılığı olarak kullanılan “alıntılamak” kavramı ise, bir yazıya başka bir yazarın yazısından cümle veya cümleler almak, aktarmak, alıntı yapmaktır⁹.

Arapçadan gelen “iktibas” kelimesinin Türkçe karşılığı “alıntı” olmakla beraber FSEK’de “iktibas” kelimesi kullanılmaktadır. Çalışmamızda Kanunda kullanılması ve çok daha yerleşmiş olması nedeniyle “iktibas” kelimesi kullanılacak olmakla birlikte, yapılacak bir Kanun değişikliğinde bu kavramın “alıntı” olarak kullanılmasının yerinde olacağı düşüncesindeyiz¹⁰.

⁷ Develliöglu, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara, 2003, s. 424.

⁸ Türk Dil Kurumu -Türkçe Sözlük (1), 9. Baskı, Ankara, 1998, s. 1063.

⁹ Türk Dil Kurumu- Türkçe Sözlük, s. 83. İktibas(alıntı), bir yazıya başka bir yazıdan alınan küçük parçalar olarak tanımlanmıştır.(Püsküllüöglu, Ali, Türkçe Sözlük, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul, 1999, s. 795); Alıntı yapmak- alıntılama ise, konu gereği, bir yazıdan başka bir yazıya kısa ya da uzunca parçalar almak şeklinde tanımlanmıştır. (Püsküllüöglu, s. 85).

¹⁰ İktibas kavramı almanca “zitat”; ingilizcede ise “quotation” kelimeleri ile ifade edilmektedir. “İktibas etmek” kavramının karşılığı olarak almanca kullanılan “zitieren” fiili, latince “citare-çağırma” fiilinden gelmektedir. “Zitieren” fiili, almanca sözlükte, yazılı veya sözlü bir metin parçasının kaynak gösterilerek aynen alınması, olarak tanımlanmıştır. **Duden**, Deutsches Universal-Wörterbuch, 4. Auflage, Mannheim-Leipzig-Wien-Zürich.

s. 1860. İktibas kelimesinin Almanca karşılığı olarak kullanılan “zitat” kelimesi ise aynen iktibas edilen metin parçası olarak tanımlanmaktadır. **Duden**, s. 1860.

“İktibas serbestîsi”, FSEK’in “İktibas Serbestîsi” başlıklı 35’nci maddesinde düzenlenmiştir. Buna karşılık, “İktibas” kavramı, gerek yürürlükten kalkan Hakkı Telif Kanunu’nda, gerekse şu anda yürürlükte bulunan 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 35’nci maddesinde açıkça tanımlanmamıştır. Bununla birlikte “İktibas” kelimesinin yukarıda belirttiğimiz sözlük anlamları, fikir ve sanat eserleri hukuku anlamında İktibas kavramı ile hemen hemen örtüşmektedir. Fikir ve sanat eserleri hukukunda İktibas, en genel olarak bir eserin parçalarının başka bir eser içinde kullanılması olarak tanımlanmıştır¹¹. Bununla birlikte FSEK’de belirli koşulların varlığı halinde, bir eserin sadece parçalarının değil, tamamının da İktibas edilmesine izin verildiğinden (Bkz. FSEK madde 35f.1-/bent 3–4), İktibas kavramının sadece bir eser parçasının başka bir esere alınması şeklinde anlaşılması gerekir¹².

Bu açıdan İktibas kavramı genel olarak bir eser ya da eser parçasının başka bir eser içerisinde kullanılmasıdır. İktibas serbestîsi ise bu şekilde bir kullanımın Kanunun belirttiği bazı koşullar altında serbest olmasıdır. Buna göre İktibas serbestîsi kavramını daha detaylı olarak, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun koruması altında bulunan bir eser ya da eser parçasının, başka bir bağımsız eserde, FSEK madde 35’de yer alan koşullara uyularak, değiştirilmeden kullanılması, şeklinde tanımlamak mümkündür¹³.

Buna karşılık, bir eserde, başka bir esere sadece işaret edilmesi İktibas sayılmaz¹⁴. Başka bir eser ya da eser parçasının kullanılmayıp, bu eserin başlığının, bulunduğu yerin verilmesi yoluyla, sadece bu esere işaret edilmesi, İktibas olarak nitelendirilmeyecektir. Burada kullanılan bibliyografya ile ilgili bilgiler koruma

¹¹ Ayiter, Nûşin, Hukukta Fikir ve San’at Ürünleri, Ankara, 1981, s. 132.

¹² Nitekim FSEK’in “İktibas serbestîsini” düzenleyen 35’nci maddesinin birinci fıkrasının, ilim ve edebiyat eserlerine yapılabilecek İktibas düzenleyen birinci bendinde “bir eserin bazı cümle ve fıkralarının” ve müzik eserlerine yapılabilecek İktibas düzenleyen ikinci bendinde ise “yayımlanmış bir bestenin en çok tema, motif, pasaj ve fikir nevinden parçalarının”, “alınmasından” söz edilmişken; bilimsel eserlere yapılabilecek İktibas düzenleyen üçüncü bendinde ise, eserlerin bilimsel bir esere “konulmasından” söz edilerek, bir eserin bu bent kapsamında tamamının da bilimsel bir esere İktibas edilebileceği ifade edilmiştir.

¹³ Bkz. **Oekonomidis, Demetrius**, Die Zitierfreiheit im Recht Deutschlands, Frankreichs, Großbritanniens und der Vereinigten Staaten, Berlin und Frankfurt A.M., 1970, s. 86; **Schlingloff, Jochen**, Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit bei urheberrechtlich geschützten Werken der Musik, Frankfurt am Main, 1990, s. 105; **Dustmann, Andreas, (Nordemann, Wilhelm/Nordemann, Axel/Nordemann, Jan Bernd**, Urheberrecht, 10. Auflage, Stuttgart, 2008), § 51, s. 965, nr. 10.

¹⁴ **Lüft, Stefan, (Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried**, Praxiskommentar zum Urheberrecht, München, 2009), § 51, s. 754, nr.1.

konusu değildir ve bunların alınması serbesttir¹⁵. Örneğin, bir kitapta veya makalede geçen belli bir konu hakkında, özellikle okurun daha geniş bilgi edinmesini sağlamak amacıyla, bu konudaki başka bir eserden yararlanılabileceğinin bildirilmesi ve bu esere ilişkin kaynak bilgilerinin verilmesi iktibas olarak nitelendirilmeyecektir.

İktibasta, tamamen ya da kısmen alınan yabancı eser unsuru, her iki esere ait unsurları birbirinden ayıran sınırları ortadan kaldıracak şekilde *kaynaşmaksızın*, kendisine iktibas yapılan esere entegre olur¹⁶. Yani iktibas edilen eser parçası veya eser, kendisine iktibas yapılan eserde yabancı bir eser unsuru olarak tanınabilir kalmalıdır¹⁷. Nitekim FSEK'in 35'nci maddesinin ikinci fıkrasında, iktibasın "belli olacak şekilde yapılması" gerektiği açıkça düzenlenmiştir. "Yabancı bir unsur olarak tanınabilme" hususu, iktibasın en önemli özelliğidir. Zira iktibasın, kendisine iktibas yapılan eserde, başkasına ait bir yabancı unsur olarak ortaya çıkmaması durumunda, "intihal" durumunun söz konusu olduğundan söz edilebilecektir.

Yine iktibasta, başka bir eser ya da eser parçasının sadece değiştirilmeden, kendisine iktibas yapılan esere alınması değil, gerçekten, kendisine iktibas yapılan eserin kontekstine yerleştirilmesi söz konusu olmalıdır¹⁸. İktibasta bulunanın, kendisine ait hiçbir faaliyette bulunmaksızın, başka bir eserden iktibas yapması söz konusu olmayıp, iktibasa konu olan eser ya da eser parçasının fikri olarak işlenmesi gerekmektedir. İktibasın, kendisine iktibas yapılan eserdeki düşünceler için bir ispat vasıtası olması, ya da sadece kendisine iktibas yapılan eserde belirtilen ifadenin ikna gücünü vurgulamak için kullanılması buna örnek olarak verilebilir¹⁹. Zira bu özelliği ile FSEK madde 35'de düzenlenen iktibas kavramı, FSEK'de geçen ve içerisinde iktibas kavramı kullanılan diğer düzenlemelerden farklı bir nitelik gösterir.

¹⁵**Schricker, Gerhard, (Schricker, Gerhard, Urheberrecht, 3. neubearbeitete Auflage, München, 2006), § 51, s. 1024, nr.7; Bkz. Waldenberger, Arthur, (Nicolini, Käte/ Ahlberg, Hartwig, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz, 2. Auflage, München, 2000), § 51, s. 500, nr. 1.**

¹⁶**Brauns, Christian, Die Entlehnungsfreiheit im Urheberrechtsgesetz, Baden-Baden, 2001, s. 29; Morant, Marc O., Das Zitat aus urheberrechtlicher Sicht, Basel-Genf-München, 2006, s. 111.**

¹⁷**Oekonomidis, s. 85; Dreyer, Gunda, (Dreyer, Gunda/Kotthoff, Jost/Meckel, Astrid, Urheberrecht, Heidelberg, 2009), § 51, s. 727, nr. 15; Morant, s. 111.**

¹⁸**Morant, s. 111.**

¹⁹**Ekrutt, Joachim W., Urheberrechtliche Probleme Beim Zitat von Filmen und Fernsehsendungen, Hamburg, 1973, s. 3.**

B. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda İktibas Kavramına Yer Veren Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak

“İktibas serbestisi” FSEK’in 35’nci maddesinde düzenlenmiştir. Bununla birlikte, FSEK’de yer alan diğer bazı düzenlemelerde de iktibas kavramına yer verildiği görülmektedir. FSEK’in eser sahibinin mali haklarına genel menfaat gerekçesi ile getirdiği sınırlandırmalar içerisinde yer alan, “Eğitim ve Öğretim İçin Seçme ve Toplama Eserler” başlıklı 34’ncü maddesi ve yine aynı şekilde “Gazete Münderecatı” başlıklı 36’ncı maddesinde de “iktibas” kavramlarına yer verilmiştir. Bununla birlikte, söz konusu düzenlemeler yukarıda belirtilen iktibas serbestisi kavramından farklı nitelikler taşımaktadırlar.

2. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda İktibas Kavramına Yer Veren Düzenlemeler

İktibas serbestisi FSEK’in 35’nci maddesinde düzenlenmiştir. Bununla birlikte FSEK madde 34 ve 36’da yer alan düzenlemelerde de “iktibas” kavramına yer verilmektedir.

Söz konusu düzenlemelerden biri olan FSEK madde 36 “Gazete Münderecatı” başlığını taşımaktadır. Bu madde kapsamında, başka eserlerden yararlanma imkânı tanınmasındaki amaç, toplumun haber ve bilgi alma ihtiyacını karşılamaktır. Hâlbuki FSEK madde 35 kapsamında yapılacak iktibaslarda amaç, *esasen*, bir eserin ya da eser parçasının yeni ve bağımsız bir eser yaratmada kullanılmasının sağlanmasıdır²⁰. FSEK madde 36/f.1’de, Basın Kanunu’nun 15’nci maddesi hükmü saklı kalmak üzere²¹, basın veya radyo tarafından umuma yayılmış bulunan günlük havadisler ve haberlerin serbestçe *iktibas* olunabileceği

²⁰ Erel,(Fikir ve Sanat Hukuku), s. 262.

²¹ Yürürlükten kalkan 5680 sayılı Basın Kanununun 15’nci maddesinin birinci fıkrasında, bir mevkutenin hususi fedakârlık ihtiyariyle elde edip yayınladığı haber yazı ve resimlerin mevkute sahibinden müsaade alınmadıkça neşirlerinden 24 saat geçmeden başka mevkuteler tarafından yayınlanamayacağı; hususi fedakârlık ihtiyariyle elde edilen yazı ve resimler için mevkute sahibinden izin almak zorunlu olduğu düzenlenmişti. 2004 tarihli 5187 sayılı Basın Kanunu’nda(RG, 26.6.2004, S.25504) ise bu şekilde bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

düzenlenmiştir. Bu madde ile her ne kadar basın veya radyo tarafından kamuya yayılmış bulunan günlük havadisler ve haberlerin serbestçe iktibas edilebileceğinden bahsedilmişse de, günlük haber ve havadisler nitelikleri itibarıyla zaten çoğunlukla “eser” niteliğine sahip olmayacaklarından, basın veya radyo ile kamuya sunulmuş bulunan bir günlük havadis veya haber zaten serbest olacaktır²². Havadis ve haberler üzerinde bunları nakleden veya yayınlayanın bir fikri hakkı söz konusu olmayacağından, bunun iktibas serbestisi ile sınırlanması da söz konusu olamayacaktır. Bu açıdan FSEK’in haber ve havadisler için kabul ettiği iktibas serbestisinin, fikri hukuktaki anlamıyla iktibas serbestisi niteliği göstermeyeceği öğretide haklı olarak ifade edilmiştir²³.

Bazı durumlarda, haberlerin hususiyet taşıyan bir faaliyet kapsamında da verilmesi mümkündür. Örneğin, bir röportajın eser niteliği taşıması ya da yazılı basın kapsamında sunulan ve olay açıklaması niteliğinde olan bir fotoğraf veya resmin FSEK madde 4 anlamında bir güzel sanat eseri olması mümkündür. Bu gibi durumların ise, FSEK madde 36/f.1 kapsamında serbest yararlanmaya engel oluşturmayacağı öğretide ifade edilmiştir²⁴. Kanımızca da esas bu durumda, yani günlük havadis veya olayın eser niteliğine sahip bir tarzda ifade edilmiş olması halinde, FSEK madde 36/f.1 hükmü önem kazanacaktır. Zira eser niteliği taşımayan günlük haber ve havadisler, zaten FSEK açısından eser niteliğine sahip olmadıklarından kullanılmalrı, FSEK kapsamına girmez.

FSEK’in “Gazete Münderecatı” başlıklı 36’ncı maddesinin ikinci fıkrasında, gazete veya dergilerde çıkan içtimai, siyasi veya iktisadi günlük meselelere ilişkin 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 yayılmasının serbest olduğu(cümle 1);*iktibas* hakkı mahfuz tutulsa bile sözü geçen makale ve fıkraların kısaltılarak basın özetleri şeklinde alınması, radyo vasıtasıyla veya diğer bir suretle yayılmasının geçerli olduğu(cümle 2) düzenlenmiştir.

²² Erel, (Fikir ve Sanat Hukuku), s. 263; Gökyayla, K. Emre, Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, Ankara, 2000, s. 288; Ateş, Mustafa, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara, 2003, (anılış: Sınırlandırma), s. 324.

²³ Erel, (Fikir ve Sanat Hukuku), s. 263.

²⁴ Ateş, (Sınırlandırma), s. 325.

Bu maddede getirilen düzenlemenin amacı, daha önce de ifade edildiği üzere esasen FSEK madde 35’de düzenlenen iktibas serbestisine ilişkin düzenlemeden farklı olarak, gazete ve dergilerde çıkan ve FSEK madde 36/f. 2’de belirtilen nitelikteki eserlerin, yeni ve bağımsız eserler yaratılması amacıyla kullanılması değil, toplumun haber ve bilgi alma ihtiyacını sağlamak amacıyla kullanılmasıdır²⁵.

Belirtmek gerekir ki, FSEK madde 36/f. 2’de yer alan düzenleme de, “iktibas” kavramını içermesine rağmen, FSEK’in iktibas serbestisine ilişkin 35’nci maddesindeki düzenlemeden önemli bir temel farklılık göstermektedir. Zira FSEK madde 36/f.2 kapsamında başka bir eserden yararlanılmasında, FSEK madde 35’de yer alan düzenlemenin aksine, yararlanılan eser ya da eser parçalarının bağımsız bir nitelik taşıyan yeni bir eser içerisinde kullanılması gerekli değildir²⁶. Nitekim FSEK madde 36/f. 2 kapsamında, gazete veya dergilerde çıkan içtimai, siyasi veya iktisadi günlük meselelere ilişkin makale ve fıkraların diğer gazete veya dergiler tarafından alınabilmesi ve radyo aracılığıyla veya *diğer bir surette* yayılmasının da serbest olduğu düzenlenerek, bu makale ve fıkraların mutlaka başka bir bağımsız eser içerisinde kullanılması koşulu getirilmemiştir. Bu açıdan bir gazete veya dergide çıkan ve eser niteliğine sahip olan çıkan bir makale veya fıkra, başka bir eser içerisinde kullanılmaksızın, örneğin sadece radyoda okunarak veya başka bir şekilde kullanılabilir. Hâlbuki iktibas serbestisinde, bir eserin başka bağımsız bir *eserde* kullanılması gerekmektedir. Gerçi gazete veya dergilerde çıkan bir makale veya fıkranın, başka bir dergi ya da gazetede çıkan ve eser niteliğine sahip bir makalede kullanılması da söz konusu olabilir. Ancak bu FSEK madde 36 hükmünün

²⁵ **Erel**, (Fikir ve Sanat Hukuku), s. 262; **Öztañ, Fırat**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2008, s. 467, (anılış:Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku). Benzer bir düzenleme de UrHG’de yer almaktadır. UrHG madde 49/f.1’de, bazı radyo-televizyon yorumlarının ve gazete ve sadece günlük yararlı hizmet eden diğer haber kâğıtlarındaki bazı makalelerin ve bunlarla bağlantılı olarak alenileşen resimlerin, bu nitelikteki diğer gazetelerde ve bilgi kâğıtlarında çoğaltılması, yayılması ve umuma iletilmesinin, politik, ekonomik ya da dini güncel konulara ilişkin oldukları ve hak sahibinin hakkını saklı tutmadığı sürece mümkün olacağı düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, çoğaltma, yayma veya umuma iletim birden fazla makale ve yorumdan kısa özetler alınarak toplu bir bakış şeklinde olmadığı sürece, çoğaltma, yayma ve umuma iletim için eser sahibine uygun bir tazminat ödeneceği düzenlenmiştir(cümle 2). FSEK’de yer alan düzenlemenin UrHG’deki düzenlemeden en önemli farkı, UrHG’de gazete makalelerin başka gazetelerde çoğaltılmasının, yayılmasının veya umuma iletilmesinin eser sahibine ödenecek bir tazminat karşılığında serbest olmasıdır. Bu tazminat ancak, bu makaleler kısa basın özetleri şeklinde kullanılırsa söz konusu olmayacaktır. FSEK’de ise, gazete ve dergilerde çıkan ve siyasi, içtimai ve iktisadi meselelere ilişkin makalelerin başka dergi veya gazeteler tarafından aynen kullanılması karşılığında eser sahibine herhangi bir tazminat ödenmesi kabul edilmemiştir.

²⁶ Bkz. **Erel**, (Fikir ve Sanat Hukuku), s. 262.

uygulanması açısından bir koşul değildir. Yine gazete veya dergide çıkan bir makale veya fıkranın başka bir dergi ya da gazete içeriğinde kullanılması durumunda, gazete ya da derginin derleme eser niteliği gösterebileceğinden söz edilebilirse de, burada bağımsız nitelikte bir eser söz konusu olmayacaktır.

FSEK madde 35’de düzenlenen iktibas serbestisi, başka bir bağımsız eser yaratmada söz konusudur ve eser sahibinin mali haklarının sınırlandırılmasına, iktibas edilen eser ya da eser parçalarının, başka bir bağımsız eserin yaratılmasında kullanma şeklinde ortaya çıkan belirli nitelikte bir faaliyetle, yararlanan esere entegre edilmesi durumunda izin verilmektedir. FSEK madde 36/f.2 kapsamında, başka bir eserden yararlanmada ise bu nitelikte bir koşul aranmamakta, yararlanan eserin başka bir bağımsız eser içerisine entegre edilmeksizin kullanılmasına, belirli koşullarla izin verilmektedir. Burada basit bir çoğaltma, yayma veya temsil vs. söz konusu olup, yararlanan eserin başka bir bağımsız esere entegre edilerek, o eserde fikri olarak işlenmesi söz konusu değildir. Bu açıdan gazete ve dergilerde çıkan ve FSEK madde 36/f. 2’de belirtilen nitelikteki makale ve fıkraların, kısaltılarak basın özetleri şeklinde kullanılması söz konusu olmadığı sürece, bu eserlerin sahiplerinin haklarını saklı tutması mümkündür. FSEK madde 35 kapsamındaki iktibas hakkında ise, eser sahibinin eserinden iktibas yapılması hakkını saklı tutması, bu eserden FSEK madde 35 kapsamında iktibas yapılmasına engel olmaz²⁷.(İki düzenleme arasındaki diğer farklılıklar bakımından ayrıca Bkz. İkinci Bölüm, IV. D. 2. c.(2)’de yer alan açıklamalar).

FSEK’in “Eğitim Ve Öğretim İçin Seçme ve Toplama Eserler” meydana getirilmesini düzenleyen 34’ncü maddesinde ise, yayımlanmış musiki, ilim ve edebiyat eserlerinden ve alenileşmiş güzel sanat eserlerinden, maksadın haklı göstereceği bir nispet dâhilinde *iktibaslar* yapılmak suretiyle, hal ve vaziyetinden eğitim ve öğretim gayesine tahsis edildiği anlaşılan seçme ve toplama eserler vücuda getirilmesinin serbest olacağı düzenlenmiştir (FSEK madde 34/f.1-c. 1). Bu düzenlemenin, FSEK madde 35’de düzenlenen “iktibas serbestîsi”ne ilişkin düzenlemeden en önemli farkı, burada iktibaslar yapılmak yoluyla meydana getirilen eserin, “seçme ve toplama” eser(FSEK madde 6/f.1-b.7) niteliği taşıması, yani

²⁷ FSEK madde 35 kapsamında, “iktibas yasaktır” veya “kısmen dahi olsa iktibas edilemez” veya “kaynak gösterilse bile iktibas olunamaz” şeklindeki ibarelerin hükmü olmadığı yönünde, **Erel**, (Fikir ve Sanat Hukuku), s. 256.

derleme eser niteliğinde olması ve böylelikle kendisinden önceki eserlere *bağımlı* bir nitelik göstermesidir. Buna karşılık FSEK madde 35 kapsamında iktibas yapılabilmesi için, kendisine iktibas yapılacak eserin *bağımsız(müstakil)* bir eser olması gerekmektedir²⁸.

Nitekim FSEK madde 34/f.3’de, yayımlanmış müzik, ilim ve edebiyat eserlerinden ve alenileşmiş güzel sanat eserlerinden, iktibaslar yapılmak suretiyle eğitim ve öğretim gayesi dışında seçme ve toplama eserler vücuda getirilmesinin ancak eser sahibinin izniyle mümkün olacağı düzenlenmiştir. FSEK madde 35’de ise bağımsız nitelikteki eserlere iktibas düzenlendiğinden, eğitim ve öğretim amacı dışında da olsa, bu maddede yer alan eser türlerine yapılacak iktibaslarda kanuni koşullar çerçevesinde kaldığı sürece eser sahibinin iznine gerek olmayacaktır. Daha sonrada ifade edileceği üzere, kendisine iktibas yapılacak eserin “bağımsız” bir eser olması koşulu, o eserin seçme ve toplama bir eser niteliğini taşımasını gerektirmektedir. Yani FSEK madde 35’e göre, hukuka uygun bir iktibastan bahsedebilmek için, kendisine iktibas yapılacak eserin, iktibaslardan oluşan bir seçme ve toplama eser niteliğinde olmaması gerekmektedir. Seçme ve toplama eser niteliğindeki derleme eserlerde ise, sadece var olan eserlerin yani iktibas edilen eser ya da eser parçalarının seçilmesi, toplanması ve düzenlenmesinde bulunan hususiyetin korunması söz konusudur. Bu açıdan FSEK madde 34 kapsamında başka eserlerden yararlanmada, FSEK madde 35’de olduğu gibi, başka eserlerin ya da eser parçalarının yeni yaratılan bağımsız bir esere, iktibası yapan tarafından, fikri açıdan işlenerek, entegre edilmesi söz konusu değildir.

3.Değerlendirme

Sonuç olarak FSEK madde 34 ve 36’da “iktibas” kavramına yer verilmişse de, burada geçen iktibas kavramları, bir eserin ya da eser parçasının bağımsız bir eser içerisinde fikri anlamda işlenerek o eser ile bütünleşmesi, o esere entegre olması

²⁸ Bu husus FSEK’in 35’nci maddesinin birinci fıkrasının, ilim ve edebiyat eserlerine küçük iktibas düzenleyen birinci bendinde ve yine müzik eserlerine iktibası düzenleyen ikinci bendinde açıkça ifade edilmiştir. Bilimsel eserlere büyük iktibası düzenleyen üçüncü bent ve güzel sanat eserlerinin bilimsel konferans ve derslerde gösterilmesi ile ilgili dördüncü bentte, açıkça bir “bağımsızlık” unsurundan söz edilme de, ileride belirteceğimiz üzere, bu bentlerde de, kendisine iktibas yapılan bilimsel eserin bağımsız niteliğe sahip olması gerekmektedir.

anlamına gelen iktibas kavramından farklıdır. Zira gerek FSEK madde 34, gerekse FSEK madde 36'da yer alan düzenlemelerde bu şekilde bir kullanım söz konusu değildir. Bu açıdan fikir ve sanat eserleri hukuku anlamında "iktibas serbestîsi" kavramı da FSEK madde 35'de düzenlenen "iktibas serbestîsi" kavramı ile sınırlı olarak anlaşılmalıdır. Çalışmamızda kullanılan "iktibas serbestîsi" kavramı da FSEK madde 35'de düzenlenen iktibas serbestisidir. Belirtmek gerekir ki, Alman hukukunda da, iktibas(zitat) kavramına sadece, bir eser ya da eser parçasının bağımsız bir eser içerisinde, ona entegre edilerek kullanılmasını düzenleyen Alman Eser Sahibi Hakları ve Akraba Hakları Kanunu(UrHG) madde 51'de yer verilmiştir²⁹.

C. İktibas Serbestîsinin Kanunda Düzenleniş Şekli ve Nitelikleri

1. İktibas Serbestîsinin Kanunda Düzenleniş Şekli

İktibas serbestîsi, 5846 sayılı FSEK'in "Tahditler" başlığı altında, "Genel Menfaat Mülahazasıyla" getirilen sınırlandırmalar içerisinde, "İktibas Serbestîsi" başlıklı 35'nci maddede düzenlenmiştir. FSEK'in, kabul edildiği 1951 yılından beri üzerinde hiçbir değişiklik yapılmamış olan "İktibas Serbestîsi" başlıklı 35'nci maddesi şu şekildedir:

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 maksadıyla bir ilim eserine konulması;

²⁹ Buna karşılık Alman hukukunda UrHG'nin FSEK madde 36'da yer alan düzenleme ile benzer nitelikteki "Gazete Makaleleri ve Radyo-televizyon yorumları" başlıklı 49'ncü maddede iktibas(zitat) kavramına yer verilmemiştir. Yine FSEK madde 34'de yer alan düzenlemeye benzer nitelikte bir düzenleme olan ve eserlerden, kilise, okul ve derslerde kullanım için meydana gelen toplama eserlerde yararlanılması koşullarını düzenleyen 46'ncü maddede de iktibas(zitat) kavramına yer verilmemiştir.

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 belirtilir³⁰.

FSEK'in 39'ncü maddesinin ilk metninde ise, müzik eseri sahiplerinin, yayımlanmış bir edebiyat eserinin ufak parçalarının, sahibinin izni olmaksın, besteleriyle birlikte çoğaltmak, yaymak, umumi mahallerde temsil etmek ve radyo vasıtasıyla yaymak yetkisine sahip olduğu düzenlenmişti(f.1). Bu düzenleme ilk olarak 7.6.1995 tarihli ve 4110 sayılı Kanunla³¹ değişikliğe uğramış ve bir edebiyat eserinin ancak eser sahibinin yazılı izni ile müzik eserlerinde kullanılabilirdiği düzenlenmişti. 2001 yılında 4630 sayılı Kanunla³² bu düzenleme de yürürlükte kaldırılmıştır.

FSEK madde 35'in şu an yürürlükte olan düzenlemesi gereğince, bir edebiyat eserinden bir müzik eserine, eser sahibinin izni olmaksızın iktibas yapılması mümkün değildir. Zira FSEK madde 35'in müzik eserlerine iktibası düzenleyen birinci fıkrasının ikinci bendinde, “yayımlanmış bir bestenin en çok tema, motif, pasaj ve fikir nevinden parçalarının müstakil bir musiki eserine alınması”ndan söz edilerek, müzik eserlerine yapılacak iktibasların, sadece başka beste parçaları ile

³⁰ 5846 sayılı FSEK'in kabulü ile yürürlükten kalkan 8 Mayıs 1326(1910) tarihli Hakkı Telif Kanunu'nda, “iktibas” kavramı açıkça tanımlanmamakla birlikte, iktibas serbestisine ilişkin bir takım düzenlemeler yer almakta idi. Hakkı Telif Kanunu'nun 12'nci maddesinde, bir eserin bazı parçalarının, sahibinin adının bildirilmesi ve yapılan iktibasın amacın zorunlu kıldığı çerçeveyi aşmaması koşulu ile ilmi ve edebi eserlere, okul kitaplarına, tenkitlere alınabileceği düzenlenmişti. Şu anda yürürlükte olan 5846 sayılı FSEK'den önce yürürlükte bulunan Hakkı Telif Kanunu'na göre, iktibas, sadece bazı parçalar, cümleler veya fıkralar için söz konusu olabilecekti. Yine bir iktibasın hukuka uygun olabilmesi için, amaca ulaşmak için zorunlu olan miktardan daha geniş kısımların alınmaması gerekmekte idi. Hakkı Telif Kanunu'nda, kendisine iktibas yapılabilecek eserler bakımından bir sınırlamaya gidilmiş ve bu eserlerin ilmi ve edebi eserler, okul kitapları veya tenkidler olabileceği ifade edilmiştir. Bu açıdan, bir müzik eserinden başka bir müzik eserine iktibas geçerli görülmemiştir, **Hırş, Ernst E.**, Fikri ve Sınai Haklar, Ankara, 1948, s. 199. Hırş, kanunun metninde resim ve illüstrasyonlardan iktibas yapılabilemesinden bahsedilmemesi karşısında, resim ve illüstrasyonlardan iktibas yapıp yapılamayacağı ile ilgili olarak, kanun metninde bunlardan bahsedilmemekle birlikte, sadece resimlerden oluşan bir eserden bazı resim ve illüstrasyonların ilmi veya edebi esere ya da tenkit veya okul kitaplarına alınabileceğini, zira bu durumda bir eserin yalnız küçük bir kısmının alınmasının söz konusu olduğunu; buna karşılık münferit resim ve gravürün eser niteliğini taşıması durumunda, resim ve gravürün ancak küçük bir parçasının ulaşmak istenen amacın haklı gösterdiği oranda ilmi bir esere alınabileceğini, buna karşılık resmin veya gravürün tamamının olduğu gibi alınmayacağını ifade etmiş ve bu hususun coğrafi ve diğer haritalar bakımından da geçerli olduğunu belirtmiştir, **Hırş**, s. 199–200.

³¹ RG, 12.6.1995, S. 22311.

³² RG, 3.3.2001, S.24335-Mükerrer

sınırlı olduğu düzenlenmiştir. Buna karşılık bir edebiyat eserinden, bir müzik eserinin yine dil ile ifade edilen bir ilim ve edebiyat eseri(FSEK madde 2/f.1-b.1) olarak nitelendirilebilecek güftesine FSEK madde 35/f.1-b.1 kapsamında iktibas yapılması mümkündür. Buna karşılık güftesiz bir müzik eserine, başka bir dil ile ifade edilen eserden iktibas yapılması mümkün değildir.

FSEK madde 35’de yer alan düzenleme kazuistik bir nitelik taşımaktadır. Bu düzenleme ile hukuka uygun bir iktibasın koşulları, kendisine iktibas yapılabilecek eser türlerine bağılı olarak farklı şekillerde düzenlenmiş, Anglosakson hukukundaki düzenlemelerin³³ aksine olarak tüm eser türleri için tek bir genel düzenleme yapılmamıştır. İktibas serbestisine ilişkin düzenlemeler, eser türlerine göre değişiklik gösterdiği gibi, izin verilen iktibasların kapsamı da, kendisinden iktibas yapılacak eserin alenileşmiş ya da yayımlanmış olmasına göre de farklı şekillerde düzenlenmiştir. Buna göre, alenileşmiş güzel sanat eserlerinden, bilimsel(ilim) eserlere yapılacak iktibaslar(FSEK madde 35/f.1-b.3-4) dışında, alenileşmiş eserlerden, ilim ve edebiyat eserlerine sadece bazı parçaların iktibasına yani “küçük iktibas”(FSEK madde 35/f.1-b.1) yapılabilmesine imkân tanınmıştır. Buna karşılık müzik eserlerine yapılacak iktibasta(FSEK madde 35/f.1-b.2), kendisinden iktibas yapılacak bestenin parçalarının iktibası için dahi, söz konusu bestenin yayımlanmış olması koşulu aranmıştır. Yayımlanmış eserlerin tamamının iktibas edilebilmesine, yani büyük iktibasa ise *sadece bilimsel eserlere* iktibasta izin verilmiştir.

FSEK’de, daha önce yürürlükte bulunan Hakkı Telif Kanunu’ndan farklı olarak, iktibas serbestisi sadece başka bir eserin parçaları ile sınırlandırılmamış, bir eserin tamamının iktibasına da –yani büyük iktibas- imkân tanınmıştır. Ancak, bu imkân sadece bilimsel eserlerle sınırlı olarak kabul edilmiştir. FSEK madde 35’e göre, büyük iktibas, ancak alenileşmiş güzel sanat eserlerinden veya yayımlanmış diğer eserlerden bilimsel eserlere yapılacak iktibaslarda mümkün olabilecektir. Buna göre güzel sanat eserleri dışındaki diğer eserlerin, sadece alenileşmiş olması durumunda, bunlardan bilimsel eserlere yapılabilecek iktibaslar eser parçaları ile sınırlı olarak, ancak FSEK madde 35/f.1-b. 1 kapsamında küçük iktibasın konusu olabilecektir. FSEK madde 35/f.1-b. 3’de, bilimsel eserlere büyük iktibas

³³ Daha sonra da belirtildiği üzere İngiliz Hukukunda “fair dealing”; Amerikan Hukukunda ise “fair use” olarak ifade edilen “dürüst kullanım” eser sahibinin haklarına sınırlama getiren genel nitelikte bir düzenlemedir.

düzenlenirken, “*konulma*”; küçük iktibas düzenleyen FSEK madde 35/f.1-b.1’de ise “*alınma*” kavramları kullanılmıştır. Kanun koyucunun, burada farklı kavramları kullanmak suretiyle, büyük ve küçük iktibas arasındaki ayrıma işaret ettiği sonucuna varılabilir.

Daha önce yürürlükte bulunan Hakkı Telif Kanunu’ndan farklı olarak, müzik eserlerine iktibas yapılması imkânı da FSEK madde 35/f.1-b. 2’de belirli koşullarla kabul edilmiştir.

FSEK’in “bilimsel eserlere” yapılacak iktibasın koşullarını belirleyen 35’nci maddesinin birinci fıkrasının üçüncü bendinde, “iktibasın maksadın haklı göstereceği bir nispet dâhilinde yapılması” gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Bilimsel eserlere yapılacak iktibasın amacı da, kendisine iktibas yapılacak eserin içeriğini(münderecatını) aydınlatmak olarak düzenlenmiştir. Yine alenileşmiş güzel sanat eserlerinin bilimsel konferans veya derslerde gösterilmesine ilişkin olarak FSEK madde 35/f.1-b. 4’ de yer alan düzenlemede de, iktibasın, konuyu aydınlatmak için yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Bununla birlikte, ilim ve edebiyat eserlerine (FSEK madde 35/f.1-b. 1) ve müzik eserlerine yapılacak (FSEK madde 35/f.1-b. 2) küçük iktibasa ilişkin düzenlemelerde, açık bir “iktibas amacı” ve “iktibasın amacın haklı kılacağı oranı aşmaması” gerekeceği koşullarından bahsedilmemiştir. İktibasların bir amaca sahip olması gerekip gerekmediği ve dolayısıyla iktibasın amacın haklı kıldığı oranda yapılması koşulunun, bu iktibas türleri açısından geçerli olup olmadığı da incelenmesi gerekli bir konudur.

FSEK madde 35’de, Kanunda sayılan tüm eser türleri, kendisine iktibas yapılabilecek eser türü olarak gösterilmemiştir. Örneğin FSEK madde 5’de düzenlenen sinema eserlerinin bilimsel nitelikte olmayanlarına iktibas yapılmasına; yine FSEK madde 4’de düzenlenen “güzel sanat eserlerine” iktibas yapılabilmesine ilişkin bir düzenleme, FSEK madde 35’de yer almamaktadır. FSEK’in 35’nci maddesinin metni karşısında, kendisine iktibas yapılabilecek eserler, sadece ilim(bilimsel eserler) ve edebiyat eserleri(FSEK madde 2) ve müzik eserleri (FSEK madde 3) ile sınırlıdır. FSEK madde 35/f.1-b.3 kapsamında kendisine iktibas yapılacak bilimsel eserlerin türü bakımından bir sınırlandırmaya gidilmediğinden, bilimsel nitelik taşıyan sinema eserleri de bu kapsamda kabul edilebilecektir. Buna karşılık, örneğin bir eserden –özellikle bir sinema eserinden- bilimsel nitelik

taşımayan diğer bir sinema eserine, ya da bir eserden, güzel sanat eseri türüne giren bir esere iktibas yapıp yapılamayacağı hususunda Kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Aslında bu problemler maddenin kazuistik düzenlemesinden doğmaktadır. Bu açıdan söz konusu problemler çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde inceleme konusu yapılacaktır.

Bunun dışında FSEK madde 35’de bilimsel eserlere yapılacak büyük iktibaslar bakımından, kendisinden iktibas yapılabilecek eser türleri bakımından bir sınırlandırma yapılmamıştır. Buna karşılık müzik eserlerine, ancak başka bir beste parçasının iktibas edilebileceği düzenlenmiştir. Yine 35’nci maddenin birinci fıkrasının birinci bendinde, alenileşmiş bir eserin bazı cümle ve fıkralarının bağımsız bir ilim ve edebiyat eserine alınmasından bahsedildiğinden, bu bent kapsamında yapılacak bir iktibasta kendisinden iktibas yapılacak eserin mutlaka dil ile ifade edilen bir eser olması gerekip gerekmeyeceği de tartışmalı bir nokta olarak ortaya çıkacaktır. Örneğin –FSEK madde 35/f.1-b. 1’de, sadece bir eserin bazı cümle ve fıkralarının iktibasından bahsedilmesine rağmen- bir müzik eseri ya da bir dans eserinin parçası, FSEK madde 35/f.1-b. 1 kapsamında bir ilim ve edebiyat eserine alınabilecek midir? Maddenin kazuistik düzenlemesinden doğan bu sorunlar çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ele alınacaktır.

FSEK’in 35’nci maddesinin birinci fıkrasında dört bent halinde düzenlenen hükümlerde, başka bir eserden diğer bir esere iktibas yapılabilmesinin esasa ilişkin koşulları belirtilmiştir. Buna karşılık, FSEK’in 35’nci maddesinin ikinci fıkrasında ise, bu madde kapsamında yapılacak bir iktibasın geçerli olması için gereken şekli koşullar düzenlenmiştir. Bu koşullar, iktibasın belli olacak şekilde yapılması ve kaynak gösterme zorunluluğuna uyulmasıdır. Belirtmek gerekir ki, geçerli bir iktibasta bulunması gereken esasa ilişkin ve şekli koşullar bir bütün arz eder ve bu koşullardan birinin yokluğu iktibası hukuka aykırı hale getirir.

2. Eser Sahibinin Haklarına İktibas Serbestîsi İle Getirilen Sınırlandırmanın Nitelikleri

a. İktibas Serbestîsi Eser Sahibinin Mali Haklarına Getirilmiş Bir Sınırlandırmadır

(1) Genel Olarak

İktibas aracılığıyla, yararlanılan fikri ürün, kendisine iktibas yapılan eserin bir parçası haline gelir ve onun gelecekteki kaderini paylaşarak, onunla birlikte değerlendirilir. Bu açıdan iktibas imkânı, eser sahibinin kendisine ait fikri ürünün kaderini belirleme ve onu değerlendirme hakkı bakımından bir kısıtlama oluşturur³⁴.

FSEK madde 18/f.1 hükmüne göre, bir eser üzerindeki mali hakları kullanma yetkisi münhasıran eser sahibine aittir. FSEK bu noktada, alenileşmiş ve henüz alenileşmemiş eserlerden doğan mali hakları birbirinden ayırmıştır³⁵. Henüz alenileşmemiş bir eserden her ne şekilde ve tarzda olursa olsun faydalanma hakkı eser sahibine aittir (FSEK madde 20/f.1-c. 1). Alenileşmiş bir eserden ise faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine ait olmakla birlikte, bu hak, FSEK’de mali hak olarak gösterilenlerden ibarettir. (FSEK madde 20/f.1-c. 2). Alenileşen eserler üzerindeki mali haklar, kanunda sınırlı olarak sayılmış mali haklardan ibarettir. Bu mali haklar FSEK madde 21 ve 25 arasında sayılmıştır³⁶. Bu haklar işleme hakkı(FSEK madde 21), çoğaltma hakkı(FSEK madde 22), yayma hakkı (FSEK madde 23), temsil hakkı(FSEK madde 24) ve işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkıdır (FSEK madde 25). Buna göre, bir eser veya bir eser parçasının, işlenmesi, çoğaltılması, yayılması, temsili ve işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletilmesi hakkı münhasıran eser sahibine aittir.

³⁴ **Ekrutt**, s. 1.

³⁵ Öğretide, bu ayırımın yapılmasının gereksiz olduğu, zira alenileşmemiş bir eserin zaten sahibinin gizli çevresinden çıkmadığı ve eser sahibinin bunlar üzerinde egemenliğinin tam olduğu ifade edilmiştir. **Ayiter**, s. 126.

³⁶ Öğretide FSEK madde 45 de yer alan “pay ve takip hakkı”nın da mali haklardan olduğu belirtilmektedir, **Ateş**, (Sınırlandırma), s. 194 vd.; Bazı yazarlar ise pay ve takip hakkını “diğer haklar” kapsamında açıklamışlardır(**Karahan, Sami/Suluk, Cahit/Saraç, Tahir/Nal, Temel**, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara, 2007, s.80).

FSEK madde 35’de iktibas serbestîsine ilişkin olarak getirilen düzenleme ise esasen, eser sahibinin mali haklarına getirilen bir sınırlandırma niteliğindedir. Zira iktibas yoluyla, kendisinden iktibas yapılan eser ya da parçaları, iktibas yapan eserle birlikte çoğaltılabilir, yayılabilir, temsil edilebilir veya işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletilebilir³⁷. Kullanılan eser ya da eser parçaları, başka bir eser içerisinde çoğaltıldığında, iktibas serbestîsi eser sahibinin çoğaltma hakkına(FSEK madde 22) getirilen bir sınırlandırma niteliği taşır³⁸. Koruma konusu olan bir eser parçasının kopyalanması çoğaltma niteliğinden olacağından³⁹, bir eser parçasının da iktibas edilmesi eser sahibinin çoğaltma hakkının sınırlandırılması niteliğinde olacaktır. Nitekim eser sahibinin hakları, eserin bütününde olduğu kadar parçaları hakkında da geçerlidir(FSEK madde 13/f.2).

Bir eser ya da eser parçası, kendisine iktibas edilen eser aracılığıyla yayılabilir. FSEK’e göre bir eserin aslını ya da çoğaltılmış nüshalarını kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak hakkı münhasıran eser sahibine aittir(FSEK madde 23/f.1). İktibas edilen eser ya da eser parçalarının, iktibas yapan eser kapsamında dağıtılması durumunda da, eser sahibinin yayma hakkına getirilmiş bir sınırlandırmanın bulunduğundan söz edilecektir.

Bir eserden iktibas yapılmak suretiyle münhasıran eser sahibine ait olan temsil hakkı da sınırlamaya uğrayabilir. Örneğin bir tiyatro oyununa, başka bir şairin şiirinin birkaç dizesinin iktibas edilerek, oyunda okunması durumunda da, eser sahibine ait olan temsil hakkı sınırlandırılmaktadır. Yine iktibas yolu ile eser sahibine ait olan işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkının da sınırlandırılması niteliğini taşıyabilir.

³⁷ **Erel**, (İktibas Serbestîsi), s. 340: iktibas olunan eser parçaları içinde yer aldıkları eser vasıtasıyla çoğaltılıp, yayımlanıp veya temsil olunduklarından, iktibas serbestîsinin eser sahibinin mali haklarına getirilmiş bir sınırlandırma olduğunu ifade etmiştir; Belirtmek gerekir ki, bir eserden, onu işlemek suretiyle faydalanma hakkı da münhasıran eser sahibine aittir(FSEK madde 21). Bir eserin işlenmesinden amaç bağımsız bir eser yaratmak değil, fakat mevcut bir eseri başka bir biçime dönüştürerek ifade etmektir (**Erel**, Fikir ve Sanat Hukuku, s. 76). İşlenme eserler, asıl esere bağımlı bir nitelik gösteren eserlerdir(FSEK madde 6/f.1). Buna karşılık FSEK madde 35 kapsamında kendisine iktibas yapılabilecek eserler, bağımsız nitelik taşımaktadır. Bu kapsamda örneğin, yabancı dildeki bir eser ya da eser parçasının, bağımsız nitelikteki bir bilimsel esere tercüme edilerek iktibasında, bir işlenme eserden değil, bağımsız bir esere iktibas yapılabilmesi için kendisinden iktibas yapılan eser ya da eser parçasında FSEK madde 16/f.2 gereğince yapılan bir değişiklikten söz edilebilir.

³⁸ Bkz. **Ayiter**, s. 132.

³⁹ **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s. 72.

(2) İktibas Serbestîsi Eser Sahibinin Manevi Haklarına Getirilmiş Bir Sınırlandırma Değildir

İktibas serbestîsi, esasen yararlanılan eser üzerindeki mali hakların sınırlanması niteliğinde olup, manevi haklara getirilen bir sınırlandırma niteliği taşımaz. Zira eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmalar mali haklara getirilmiş olup, kural olarak manevi hakları kapsamazlar⁴⁰. Eser sahibinin mali haklarına sınırlama getirilmesi, kural olarak manevi hakların sınırlandırılması sonucunu doğurmaz. FSEK’de eser sahibine tanınan manevi haklar 14 ile 17’nci maddeler arasında sayılmıştır. Bu haklar, eseri umuma arz (madde 14); eser sahibi olarak tanıtılma (madde15); eserde değişiklik yapılmasını önleme (madde 16) ve eser sahibinin malik ve zilyede karşı sahip olduğu haklardır (madde 17).

FSEK’in “Umuma Arz Salahiyeti” başlıklı 14’ncü maddesinin birinci fıkrasında, bir eserin umuma arz edilip edilmemesini, yayımlanma zamanını⁴¹ ve tarzını münhasıran eser sahibinin belirleyeceği düzenlenmiştir. Bütünü veya esaslı bir kısmı alenileşmemiş olan yahut ana hatları her hangi bir suretle henüz umuma tanıtılmayan bir eserin içeriği hakkında ancak o eserin sahibi malumat verebilir(FSEK madde 14/f.2). Kamuya sunma ya da umuma arz hakkı ile korunan, *ilk sunumdur*⁴².

İktibas serbestîsine ilişkin kurallar, eser sahibinin eserini umuma arz yetkisini sınırlandırmaz. Zira FSEK madde 35’de düzenlenen iktibas serbestîsinin söz konusu olabilmesi, kendisinden iktibas yapılacak eserin en azından alenileşmiş, bazı durumlarda ise yayımlanmış olmasına(yani nitelikli alenileşmeye) bağlıdır. FSEK’in 7’nci maddesinin birinci fıkrasında hak sahibinin rızasıyla umuma arz edilmiş eserin, alenileşmiş olacağı belirtilmiştir. Yayımlanma ise alenileşmeden daha dar bir anlam taşır ve bir eserin aslından çoğaltma ile elde edilen nüshaları, hak sahibinin rızasıyla

⁴⁰ **Arslanlı, Halil**, Fikri Hukuk Dersleri II, İstanbul, 1954, s. 144; **Melichar, (Schriker, Urheberrecht)**, Vor §§44aff., s. 951, nr.12. Bununla birlikte FSEK’in sınırlandırmalara ilişkin bazı maddelerinde, eser sahibinin manevi haklarına da sınırlandırma getiren bazı düzenlemelere yer verilmiştir. Bkz. FSEK madde 32/f.2;40/f.4; Kamu düzeni düşüncesi ile getirilen FSEK madde 30’da düzenlenen sınırlandırmanın, eser sahibinin manevi haklarına getirilmiş bir sınırlandırma olduğu yolunda görüş için Bkz. **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s. 67.

⁴¹ Kanunda sadece “yayımlanmadan” söz edilmekte ise de, bu kavramı yayımlama dışındaki “alenileştirme” yöntemlerini de kapsayacak şekilde anlamak gerekmektedir.(**Erel**, Fikir ve Sanat Hukuku, s.139).

⁴² **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s. 67.

satışa çıkarılma veya dağıtılma yahut diğer bir şekilde ticaret mevkiine konulma suretiyle umuma arz edilirse, o eser yayımlanmış sayıldığından söz edilebilir(FSEK madde 7/f. 2). Bir eser alenileşmeden, doğrudan yayımlanma yolu ile de umuma arz edilebilir.

FSEK madde 35'in uygulanabilmesi için de, daha önce de ifade edildiği üzere, kendisinden iktibas yapılacak eserin en azından alenileşmiş, yani hak sahibinin rızası ile ilk kez umuma arz edilmiş olması gerekecektir. Henüz alenileşmeyen bir eserden iktibas yapılması geçerli olmayacaktır. Başka bir deyişle, bir eser sahibinin eseri üzerindeki mali haklarının iktibas serbestisi yolu ile sınırlanabilmesi, ancak alenileşme, yani eserin eser sahibinin rızası ile ilk kez umuma arz anından itibaren söz konusu olabilecektir.(Alenileşmemiş bir eserden istisnai bazı hallerde iktibas yapılıp yapılamayacağı hususu bakımından, İkinci Bölüm, I., B. 2-c).

FSEK'in 15'nci maddesinde ise, eseri, sahibinin adı veya müstear adı ile yahut adsız olarak, umuma arz etme veya yayımlama hususunda karar vermek yetkisinin münhasıran eser sahibine ait olacağı düzenlenmiştir(FSEK madde 15/f.1).

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 15'nci maddesinin başlığı "Adın Belirtilmesi Salahiyeti" başlığını taşımaktadır. *Tekinalp*, FSEK madde 15'deki düzenlemenin yetersiz olduğunu; burada anlatılmak istenenin eser sahibinin, eser sahibi olduğunun, belirtilmesi olduğunu, yoksa bu hükümle sadece eser sahibinin adının, eserinde zikredilmesinin ifade edilmek istenmediğini ifade etmiştir. Eser sahibi olarak tanıtılma hakkı, eser sahibinin adının, eserinin üstüne konulmasının yanında, eser sahibinin "eser sahipliğinin" eserin kullanıldığı her yer ve halde yeteri açıklıkla beyanını kapsamaktadır⁴³.

FSEK'in 35'nci maddesinin ikinci fıkrasında, iktibasın belli olacak şekilde yapılması gerekeceği(FSEK madde 35/f.2-c.1); bilimsel eserlerde kullanılan eserin ve sahibinin adından başka, bu kısmın alındığı yerin de belirtileceği(FSEK madde 35/f.1-c.2) düzenlenerek, başka bir eserden iktibas yapılması durumunda, tüm iktibas türlerinde, iktibasa konu olan eser ya da eser parçasının sahibinin adının da kendisine iktibas yapılan eserde gösterilmesi gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Bu bakımdan

⁴³ **Tekinalp**, s. 158, nr.24; Başka bir deyişle, bu hakkın kapsamı, eser sahibinin eserde bu sıfatını belirtme yetkisinden, üçüncü kişilerin onun bu sıfatını her yer ve halde anma ve açıklama mecburiyetinden ve kendi eserinin haksız yere sahiplenilmesini engelleme yetkilerinden oluşur. **Ateş**, (Sınırlandırma), s. 141.

İktibas serbestisine ilişkin kurallar, eser sahibinin eser sahibi olarak tanıtılma hususundaki manevi hakkına(FSEK madde 15) da bir sınırlandırma getirmemektedir.

FSEK 16'da belirtilen ve eser sahibinin eserde değişiklik yapılmasını önlemesine ilişkin manevi hakkı da, İktibas serbestisi yoluyla ihlal edilemeyecektir. FSEK madde 16/f.1'de, eser sahibinin izni olmadıkça eserde veya eser sahibinin adında kısaltma, ekleme ve başka değiştirmelerin yapılamayacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte Kanunun veya eser sahibinin izniyle bir eseri işleyen, umuma arz eden, çoğaltan, yayımlayan, temsil eden veya başka bir suretle yayan kimsenin, işleme, çoğaltma, temsil ya da yayım tekniği icabı zaruri görülen değiştirmeleri eser sahibinin hususi bir izni olmaksızın yapabileceği düzenlenmiştir(FSEK madde 16/f.2). İktibas serbestisine ilişkin FSEK madde 35'de yer alan düzenleme ile eser sahibi dışındaki üçüncü bir kişiye, Kanunen İktibasa konu eser ya da eser parçasını İktibas yoluyla çoğaltma, yayma vs. haklarının verilmesi söz konusu olduğundan, FSEK madde 16/f.2 anlamında Kanundan kaynaklanan bir durum olarak bu düzenlemenin kapsamında yer alacaktır.

Sonuç olarak, henüz umuma arz edilmemiş, yani alenileşmemiş bir eser ya da eser parçasından, başka bir esere İktibas yapılamayacak; alenileşmiş ya da yayımlanmış bir eser, eser sahibinin adı belirtilmeden İktibas edilemeyecek; İktibas yoluyla kural olarak eserde değişiklik de yapılamayacaktır.

b. İktibas Serbestisine İlişkin Kuralların Uygulanması, Eserinden İktibas Yapılacak Eser Sahibinin İznine veya Ona Bir Karşılık Ödenmesine Bağlı Değildir

İktibas serbestisinin eser sahibinin mali haklarına getirilen bir sınırlandırma olduğuna yukarıda değinilmişti. Mali haklar, eserden, ekonomik olarak yararlanma ve bunun şeklini tayin etme imkânını münhasıran eser sahibine veren ve ona eserden üçüncü kişilerin bu tarzda faydalanmalarına engel olma yetkilerini bahşeden mutlak haklardandır⁴⁴. Mali hakların pozitif ve negatif olmak üzere iki yönü bulunmaktadır. Mali hakların pozitif yönü, eser sahibine, meydana getirdiği fikri üründen İktisaden yararlanma konusunda tanınan münhasır yetkileri, negatif yönü ise, üçüncü kişilerin

⁴⁴ Tekinalp, s. 169, nr. 76.

eser üzerindeki bir takım tasarruflarını engelleme konusundaki yetkileri ifade eder. Üçüncü kişiler, eser sahibinin izni olmaksızın eserden yararlanma yetkisine sahip değildirler⁴⁵.

Bununla birlikte FSEK’de, aynı zamanda eser sahibinin söz konusu mali haklarına bazı düşüncelerle bir takım sınırlamalar getirilmiştir. İşte iktibas serbestisine ilişkin düzenlemeler de bu sınırlandırmalardan birisidir. Zira iktibas yolu ile bir eser veya eser parçasının başka bir eser içerisinde kullanılması, iktibas edilen eserin sahibinin mali haklarından çoğaltma hakkı, yayma hakkı ve temsil hakkı ve işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkının üçüncü kişilerce kullanılması sonucunu doğurabilir. İktibas serbestisi ile de FSEK madde 35’de sayılan belirli koşulların gerçekleşmesi durumunda, bir eser ya da eser parçasının, başka bir eser içerisinde kullanılması ve bu suretle kural olarak münhasıran eser sahibine ait olan bir takım mali hakların kullanılması, eser sahibinin iznine veya ona bir karşılık ödenmesine gerek olmadan mümkün olmaktadır. Bu açıdan kural olarak, FSEK madde 35’de belirtilen koşulların gerçekleşmesi durumunda, başkasına ait bir eserden iktibas için, eser sahibinin izninin alınmasına gerek olmadığı gibi, ona bir karşılık ödenmesini de gerek bulunmamaktadır.

c. İktibas Serbestisi Genel Menfaat Yararına Getirilmiş Bir Sınırlandırmadır

FSEK’de eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmalar genel olarak dört ana başlık altında düzenlenmiştir. Bu sınırlandırmalar, amme intizamı yani kamu düzeni⁴⁶(FSEK madde 30), genel menfaat(FSEK madde 31–37), özel menfaat(FSEK madde 38–41) ve hükümete tanınan yetkiler(FSEK madde 42–47)⁴⁷ yönünden getirilen sınırlandırmalar şeklindedir. Bunların dışında, eser sahibinin mali haklarına

⁴⁵ Ateş, (Sınırlandırma), s. 157.

⁴⁶ Ateş, “Kamu düzeni” kavramının toplumun sağlık ve güvenliği bakımından “esenlik” içerisinde olmasını; “genel menfaatin” ise, toplumun menfaatini, yani kamu yararını ifade ettiğini söyleyerek, toplumun güvenlik ve esenlik içerisinde olması da aynı zamanda kamunun yararına bir durum olduğundan, “kamu yararı” kavramının “kamu düzeni” kavramına göre daha geniş ve onu da içine alacak kapsamda olduğunu ifade etmiştir, Ateş, (Sınırlandırma) s. 270.

⁴⁷ Bununla birlikte “hükümete tanınan yetkiler” başlığı altında yer alan düzenlemelerden bazılarının(madde 42’de düzenlenen meslek birlikleri ve madde 45’de düzenlenen pay ve takip hakkı) teknik anlamda eser sahibinin haklarına getirilen bir sınırlandırma olarak kabul edilmesinin mümkün olmayacağı yolunda Bkz. Ateş, (Sınırlandırma), s. 240.

getirilen ve FSEK madde 26’da düzenlenen zamanla ilgili sınırlandırma⁴⁸ ve diğer bazı maddelerde getirilen bir takım sınırlandırmaların da bulunduğu ifade edilmelidir⁴⁹. İktibas serbestisine ilişkin düzenleme ise, FSEK’de *genel menfaat gerekçesi ile getirilen sınırlandırmalar* başlığı altında düzenlenmiştir. “*Genel menfaat*” kavramı, toplumun menfaatini yani kamu yararını ifade eder⁵⁰.

Eser sahibinin eseri üzerindeki hakları, mutlak nitelikte olmakla birlikte, sınırsız değildir. Zira eser sahibinin hakları da, eşya mülkiyeti gibi, sınırlarını toplumun ağır basan gereksinimlerinde bulması gereken sosyal bağlantılı haklardır⁵¹. Toplumun, bir eserden yararlanmada haklı yararları var olduğu ve eser sahibinin yasaklama yetkisi, karşıt üretkenliği tehdit ettiği sürece, eser sahibinin mutlak hakkı sınırlanır⁵².

İktibas serbestisine ilişkin kuralların kabul edilmesinin temelinde, karşılıklı fikri tartışmada, diyalogda, kritik ve en geniş anlamda kültürel gelişimde bulunan toplum yararı yatmaktadır⁵³. Zira başkalarına ait eserlerden iktibas yapılmaksızın, serbest bir fikri tartışma ortamının yaratılması mümkün değildir. Yani iktibas özgür fikri tartışmanın zorunlu bir koşuludur.

Her eser, varlığını içinde yaratıldığı topluma borçludur. Eser sahibi, eserini meydana getirirken yaşadığı toplumun kültür birikiminden ve kendisine sağladığı manevi atmosferden istifade eder. İnsanlığın kültür hayatına ait olan eserlerin büyük

⁴⁸ Süreler bakımından getirilen sınırlandırma, FSEK’de “Tahditler” başlığı altında değil, “Mali Haklar” başlığı altında arasında FSEK’in 26’ncı maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme bazı yazarlarca, eser sahibinin haklarına kamu yararı bakımından getirilen sınırlandırmalar başlığı altında ele almaktadır. Bkz. **Ayiter**, s. 148–149.

⁴⁹ Belirtmek gerekir ki, eser sahibinin mali haklarına getirilen sınırlandırmalar sadece FSEK’in “Tahditler” başlıklı 30–47. maddelerinde yer alan düzenlemelerden ibaret olmayıp FSEK’ in bazı maddelerinde bir takım başka sınırlandırmalara yer verilmiştir. Eser üzerindeki koruma sürelerinin(FSEK madde 26) dışında, madde 23’de yer alan “yayma hakkının tüketimi” kuralı da bir sınırlandırma niteliği taşıyacaktır. Bu konuda daha geniş bilgi için Bkz. **Üstün, Gürsel**, Küreselleşmeden Kaynaklanan Eser Sahibi Aleyhine Eğilimler ile Mali Haklardaki Tahditler ve Tahditlerin İstisnaları, Hukuk ve Adalet, Y.1, S.4, Ekim-Aralık 2004, s. 139 vd. , (anılış: Tahditler).

⁵⁰ **Ateş**, (Sınırlandırma), s.270.

⁵¹ **Melichar, (Schricke)**, Urheberrecht.), Vor §§ 44aff., s. 945, nr.1 ; **Nordemann, Wilhelm**, (Nordemann /Nordemann /Nordemann, Urheberrecht), Vor §§44aff, s. 939, nr.1.

⁵² **Seydel, Thomas**, Die Zittierfreiheit als Urheberrechtsschranke, Köln-Berlin-Bonn-München, 2002, s. 9; **Schack, Haimo**, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 4. neue bearbeitete Auflage, Tübingen, 2007, s. 250, nr. 482, (anılış : Urheberrecht).

⁵³ **Hertin, Paul W.**, (Hertin, Paul W./Schulze, Marcel/Walter, Michel, Kommentar zum deutschen Urheberrecht, Band 1.1, München, 2008), § 51, s. 3, nr. 2; **Dreier, Thomas**, (Dreier, Thomas/Schulze, Gernot, Urheberrechtsgesetz, München, 2008), § 51, s. 815, nr.1; **Götting, Horst-Peter**, (Loewenheim, Ulrich, Handbuch des Urheberrechts, München, 2003), s. 456, nr.124.

bir kısmı, kendilerinden önce yaratılmış bulunan eserlere dayanırlar⁵⁴. İktibas, başka eser sahiplerine ait eserler ile bu eserlerden yeni ve bağımsız bir eser kapsamında kısmen veya tamamen iktibas yapılmak suretiyle bir ilişki kurulması anlamına gelir⁵⁵. Nitekim iktibas serbestisine ilişkin kuralların tanınmasındaki amaç, daha önceden var olan eseri tekrar etmek olmayıp, yeni eserler yaratılmasında kaynak olarak kullanmaktır. İktibas serbestisi daha önceden var olan eserlerin tekrarlanarak bu eserlere olan ihtiyacın ortadan kaldırılması değil, yeni eserler yaratılmasının sağlanmasıdır⁵⁶. Belirtmek gerekir ki, iktibas serbestisine ilişkin kural, başka yaratımlarla sanatsal tartışma yapılabilmesine de hizmet etmektedir⁵⁷.

Eser sahibinin mali haklarının toplum yararı için sınırlandırılması, aslında Anayasal bir temele dayanmaktadır. Anayasasının 35'nci maddesinin birinci fıkrasında: *Herkesin, mülkiyet ve miras haklarına sahip olacağı düzenlenmiş*; ikinci fıkrada ise: *Bu hakların, ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği*, ifade edilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında ise: *Mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı*, düzenlenmiştir. Fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakların da, Anayasa'nın mülkiyet hakkını güvence altına alan 35'nci maddesinin kapsamına girdiklerinin kabul edilmesi gerekir⁵⁸. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde, "1967" yılında verdiği bir kararında, fikri hakların, Anayasada düzenlenen mülkiyet hakkının korumasının kapsamına girmeyeceğini kabul etmişti⁵⁹.

⁵⁴ **Erel**, (İktibas Serbestisi), s. 339.

⁵⁵ **Schricker**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 51, s. 1024, nr.6.

⁵⁶ **Kılıçoğlu**, s. 333.

⁵⁷ Bkz. **Hertin**, (**Hertin/Schulze/Walter**, Kommentar zum deutschen Urheberrecht), § 51, s. 3, nr.2.

⁵⁸ Bkz. **Ayiter**, s. 148.

⁵⁹ 28.12.1967T., E. 1967/10, K.1967/49, RG., 30.1.1969, S. 13114. Anayasa Mahkemesi, ihtira beratı verilmesini yasaklayan 10 Mart 1296 tarihli İhtira Beratı Kanununun 3. maddesinde yer alan düzenlemenin, Anayasanın mülkiyet hakkını garanti alan düzenlemesine aykırı olup olmadığını incelediği bu kararda, kısaca, Medenî Kanuna göre, mülkiyet hakkının konusunu maddî şeylerin oluşturduğunu; mamelek içindeki diğer hakların mülkiyet hakkı sayılmayıp, Kanunlarda bunlardan, haklar ve alacaklar diye bahsedildiğini; Hattâ maddî eşya üzerinde kurulan ve bu itibarla mülkiyet hakkını etkileyen ve böylece (1961)Anayasası'nın 36. maddesinin kapsamı içinde bulunan bir kısım hakların bile doğrudan doğruya "mülkiyet" hakkı sayılmayarak, "mülkiyetin gayri aynı haklar" adı ile nitelendirildiğini; Nazarî hukuk alanında da mülkiyet hakkının konusunun maddî şey ve mal olan bir eşya hakkı olup, ihtira hakkının ise, mameleke girmekle birlikte aynı hakların ve böylece mülkiyet hakkının dışında kaldığı ve (1961)Anayasası'nın 36. maddesinin açık metni, maddede yer alan "mülkiyet hakkı" teriminin bütün mamelek haklarını kapsadığı yolunda yorumlanmasına ve ihtira hakkının da bir mülkiyet hakkı olduğunun kabulüne elverişli olmadığını ifade etmiştir; Kararda ayrıca (1961)Anayasası'nın 21. maddesinin ilk fıkrasından "Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir" hükmüyle, bilim ve sanat alanında serbestçe açıklama, yayma ve her türlü araştırmayı bir temel hak olarak belirten

Buna karşılık, Alman Hukukunda, yaratılan eser ve bu eserde ortaya çıkan fikri faaliyet, malvarlığına ilişkin haklar bakımından Alman Anayasası madde 14 kapsamında mülkiyet hakkı olarak kabul edilmektedir⁶⁰. İngiliz Hukukunda da, eser sahibinin eseri üzerindeki hakları mülkiyet hakkı olarak kabul edilmektedir⁶¹. Belirtmek gerekir ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de “fikri hakları” mülkiyet hakkı kapsamında kabul etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uygulamasında mülkiyet, özerk bir kavram olarak yorumlanmakta, fiziki bir varlığa sahip her türlü taşınır ve taşınmaz mal yanında, malvarlığına dâhil her türlü ekonomik değeri de içeren bir anlam verilmektedir⁶².

Öğretide de, Anayasa'nın mülkiyet hakkını düzenleyen 35'nci maddesinin sadece maddi, cismani malları kapsayacak şekilde dar yorumlanmaması gerektiği ifade edilerek, eser sahibinin eseri üzerindeki haklarını, Anayasanın mülkiyet hakkının güvencesini teşkil eden 35'nci maddesi kapsamında düşünmek gerekeceği ifade edilmiştir⁶³. *Atalay'da* sanat özgürlüğü bağlamında, sanatsal faaliyeti gerçekleştiren sanatçının bu faaliyeti sonucunda ürettiği eser üzerindeki maddi ve fikri haklarının mülkiyet hakkı ile koruma altına alındığını; burada mülkiyet hakkının, sanat özgürlüğü temel hakkının kullanımı sonucu ortaya çıkan ürün üzerinde, o eserin ekonomik değeri ile ilgili olarak tek başına etkili olup, sanat özgürlüğünün önüne geçtiğini, zira sanat özgürlüğünü düzenleyen Anayasa

Anayasa'nın bu faaliyetler sonucu meydana gelen fikir ürünleri üzerinde hiç bir hak tanımamış olduğunu söylemenin mümkün olmadığı; aksine, söz konusu 21. madde hükmünün bu maddede belirtilen hakların kullanılması sonucunda meydana gelen fikir ürünleri üzerinde, sahiplerinin ilişkilerini ve haklarını, bir "temel hak" niteliğinde olmamakla birlikte, dolaylı olarak teminat altında bulundurduğundan kabul olunması, madde hükmünün tabii bir sonucu olduğu ifade edilmiştir.

⁶⁰ **Melicher, (Schricker/Urheberrecht)**, Vor§§ 44aff., s. 948, nr.7; BVerfG(BVerfGE 31, 229–239), “Kirchen und Schulgebrauch”.

⁶¹ CDPA(Copyright, Designs and Patent Acts 1988) madde 1'de, copyright hakkının mülkiyet hakkı olduğu ifade edilmiştir: “Copyright is a property right...”

⁶² **Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara, 2004, s. 528; **Dinç, Güney**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları, Ankara, 2007, s.8 vd.

⁶³ **Ayiter**, s. 14; Erel'de, eser sahibinin eseri üzerindeki hakkını, Anayasanın mülkiyet hakkını güvenceye bağlayan 35'nci maddesi çerçevesinde saymanın doğru olacağını; Anayasa'nın bilim ve sanat özgürlüğünü düzenleyen 27'nci maddesi ise, fikri ürünün yaratılması ve kamuya sunulması safhalarını da güvence altına alınacağını, ifade etmiştir, **Erel**, (Fikir ve Sanat Hukuku), s. 29. Tekinalp de, fikri mülkiyet haklarının kazandığı yeni anlam ve içerik karşısında bu görüşe katıldığını belirtmektedir, **Tekinalp**, s. 37, nr.11; Yine fikri mülkiyet korumasının temellerini anayasal ilkelere aldığını ve Anayasanın 35'nci maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı ve 27'nci maddesinde düzenlenen bilim ve sanat özgürlüğüne dayandığı ifade edilmiştir, **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s. 26.

maddesinden⁶⁴, sanat eseri üzerindeki maddi ve fikri mülkiyet haklarını koruyan bir garantinin çıkartılması mümkün olmadığını ifade etmiştir⁶⁵.

Kanımızca da, eser sahibinin, eseri üzerinde sahip olduğu *mali haklar*, Medeni Hukuk bakımından sadece maddi bir varlığı olan mallar üzerinde kurulabilen mülkiyet hakkından farklı nitelikler gösterse de⁶⁶, çok önemli bir mali değere sahip olan fikri hakların, *Anayasal açıdan, “mali haklara ilişkin yönleri ile”*, Anayasanın mülkiyet hakkının kapsamına girdiğinin kabul edilmesi gerekir. Belirtmek gerekir ki, 1982 Anayasasının mülkiyet hakkını düzenleyen 35’nci maddesinin gerekçesinde de: “Mülkiyet Anayasal güvence altına alınması tek tek menkul ve taşınmaz malları, *para ile değerlendirilebilen hakları ve mal varlığını toplu olarak ve tabii olarak üretim araçlarını içeren bir teminattır...*”⁶⁷ denilerek, açıkça “para ile değerlendirilebilen hakların” da Anayasanın mülkiyet hakkı güvencesinde olduğu ifade edilmiştir. Eser sahibinin mali haklarının da para ile değerlendirilebilen haklar kapsamına gireceğinden kuşku yoktur.

Esasen para ile değerlendirilebilen hakların ve bu arada eser sahibinin mali haklarının, anayasal olarak mülkiyet hakkının kapsamında değerlendirilmesinin temeli, Anayasanın 35’nci maddesinin gerekçesinde de ifadesini bulan, insan kişiliğinin bir parçası olan “ekonomik kişiliğe” dayanmaktadır. Zira kişinin kişiliğinin geliştirilmesinde, mülkiyetin Anayasa güvencesi altına alınmasının, azımsanmayacak bir etkisi vardır⁶⁸. Mülkiyet hakkı güvencesinin görevlerinden biri de, anayasal hakkın sahibine, hâkimiyet, yararlanma ve tasarruf hakları tanımak ve bu hakları garanti altına almak suretiyle, malvarlığı alanında bir özgürlük alanı sağlayarak, hak sahibinin, yaşamını geliştirmesini ve kendi sorumluluğu altında şekillendirmesini mümkün kılmaktır⁶⁹. Bu açıdan mülkiyet hakkı güvencesi özellikle Anayasanın, “herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme

⁶⁴ Anayasa madde 27/fıkra 1 gereğince, herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir.

⁶⁵ **Atalay, Esra**, Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Temel Hak ve Özgürlüklerle İlişkisi, DEÜHFD, C.6, S. 2, 2004, s. 21.

⁶⁶ Eşya hukuku anlamında mülkiyet hakkının konusu, maddi bir varlığı olan, üzerinde kişilerin hâkimiyet kurması mümkün olan ve iktisadi bir değeri olan, her türlü taşınır ve taşınmaz eşyalardır, **Ertaş**, s. 238, nr.990; Bu kapsamda eser sahibinin eseri üzerindeki hakları, eşya hukuku anlamında mülkiyet hakkı kapsamına giremez.

⁶⁷ **İzgi, Ömer/Gören, Zafer**, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, C. I, Ankara, 2002, s. 372.

⁶⁸ Anayasa madde 35 gerekçesi, **İzgi/Gören**, s. 371.

⁶⁹ BVerfG, (BVerfGE, 31, s. 229), “Kirchen und Schulgebrauch”.

özgürlüğüne sahip olduğunu” düzenleyen 16’ncı maddesinin birinci fıkrası ile de yakından ilişkilidir.

Böylelikle eser sahibinin mali haklarına getirilen sınırlandırmaların da temelini Anayasal bir hükümde bulduklarından söz edilecektir. Zira Anayasanın 35’nci maddesinin birinci fıkrasında, herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu ifade edildikten sonra; ikinci fıkrada, mülkiyet hakkının ancak *kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği*” ifade edilmiştir. Böylelikle FSEK’in iktibas serbestisine ilişkin 35’nci maddesi, eser sahibinin anayasal olarak mülkiyet hakkı kapsamında korunan mali haklarına, kamu yararı amacıyla getirilmiş bir sınırlandırma niteliği taşımaktadır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, eser sahibinin mali haklarının anayasal anlamda mülkiyet hakkı güvencesinde olmasından dolayı, bu haklarına getirilecek sınırlandırmaların da belirli bazı sınırları olacaktır. Nitekim Anayasanın 13’nci maddesinde, “ Temel hak ve hürriyetler, *özlerine* dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. *Bu sınırlandırmalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*” denilmektedir. Buna göre temel hak ve hürriyetlere ve bu arada mülkiyet hakkı kapsamında eser sahibinin mali haklarına getirilecek sınırlandırmaların da, ancak bu sınırlar kapsamında yapılabileceği kabul edilecektir⁷⁰.

d. İktibas Serbestisi Temelinde Çatışan Farklı Anayasal Hakları Barındırmaktadır

Esasen, eser sahibinin mali haklarına iktibas serbestisi ile getirilen sınırlandırmaların temelinde, çatışan farklı Anayasal hakların dengelenmeye çalışılması söz konusudur. Zira bir başka eserden iktibas yapılması temelinde, birbiri ile çatışan farklı Anayasal haklar karşılıklı bir çatışma haline girmektedir. Burada, eser sahibinin *mali hakları bakımından* Anayasanın 35’nci maddesindeki mülkiyet

⁷⁰ Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında uyulacak kurallar ve çerçeve, yani sınırlandırmanın sınırları şu şekilde sıralanmıştır: Kanunla sınırlama; Anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk; Demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gerekleri; öze dokunmama; ölçülülük ve dokunulmaz alanlar (**Tanör, Bülent/ Yüzbaşıoğlu, Necmi**, 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, 8. Bası, İstanbul , 2006, s. 133).

hakkı ile üçüncü kişilerin düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti(Anayasa madde 26)⁷¹;bilim ve sanat hürriyeti(Anayasa madde 27)⁷²; basın ve yayın hürriyeti⁷³ gibi anayasal hakları karşı karşıya gelmektedir⁷⁴. Zira çoğu kez başka düşüncelerle serbest bir şekilde fikri tartışma ortaya konabilmesi için, başka eserlerden iktibas yapılması gereği ortaya çıkar.

İktibas serbestisinin, Anayasanın 27'nci maddesinde düzenlenen bilim özgürlüğü ile olan sıkı ilişkisi ise izaha gerek olmayacak kadar açık bir durum olup, bilimsel eserlerde başka eserlere dayanak kurularak iktibas yapılması, bilimin ve bilim özgürlüğünün vazgeçilmez bir koşuludur.

Yine sanat özgürlüğüne ilişkin anayasal haktan(Anayasa madde 27), kanun koyucunun sanat özgürlüğünün sağlanması için gereken çerçeve koşulları gerçekleştirmek⁷⁵ ve sanatsal tartışmanın işlerliğini sağlamakla yükümlü olduğu sonucu çıkmaktadır⁷⁶. Sanat özgürlüğü temel hakkı, öncelikle sanat eserinin oluşum aşamasındaki sanatsal faaliyeti korumaktadır⁷⁷. Belirtmek gerekir ki, sanatsal diyalog ve yaratım sürecinde daha önce yaratılmış bulunan eserlerden yararlanılması ve bu eserlerle sanatsal tartışma imkânının sağlanması da, sanat özgürlüğünün

⁷¹ Anayasa madde 26/fıkra 1 gereğince, herkes, düşünce ve kanaatlerini, söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir(cümle 1). Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar(cümle 2).

⁷² Anayasa madde 27/fıkra 1 gereğince, herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir.

⁷³ Basın ve yayın hürriyetinin kapsamına da, haber alma, haber verme, basın yoluyla düşünceleri açıklama eylemleri girer. **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 163. Basın hürriyeti esasen Anayasa madde 28'de düzenlenmiştir.

⁷⁴ **Hertin, (Hertin/Schulze/Walter**, Kommentar zum deutschen Urheberrecht), § 51, s. 3, nr. 3,4.

⁷⁵ **Fechner, Frank**, Geistiges Eigentum und Verfassung, Tübingen, 1999, s. 296.

⁷⁶ **Pahud, Eric**, Die Sozialbindung des Urheberrechts, Bern, 2000, s. 94; Sanatın öğrenilmesi ve öğretilmesinden önce sanatsal faaliyette bulunulmasını garanti altına alması gerekirken, Anayasanın sadece sanatın öğrenilmesi ve öğretilmesini düzenlemesinin, anayasa koyucunun daha çok bilim özgürlüğünü göze alarak bu hükmü oluşturduğu zannını uyandırdığı ve bu düzenlemenin sanat özgürlüğü temel hakkının kapsamı konusunda yeterli derecede açıklığa sahip olmadığı yönünde, Bkz. **Atalay**, s. 1, 9. Belirtmek gerekir ki, sanat özgürlüğü temel hakkı, sadece sanatçıları değil, sanatçı ile toplum arasında ilişki kurulması bakımından gerekli olduğu ölçüde örneğin yayımcı, müzik prodüktörleri veya şarkıcı, müzisyenler gibi aracılık faaliyetinde bulunan kişileri de kapsar. **Atalay**, s. 6.

⁷⁷ **Atalay**, s. 10, Sanatsal faaliyeti gerçekleştiren sanatçının bu faaliyeti sonucunda ürettiği eser üzerindeki maddi ve fikri haklar mülkiyet hakkı ile koruma altına alınmıştır. Burada mülkiyet hakkı, sanat özgürlüğü temel hakkının kullanımı sonucu ortaya çıkan ürün üzerinde o eserin ekonomik değeri ile ilgili olarak tek başına etkili olur ve sanat özgürlüğünün önüne geçer, zira sanat özgürlüğünü düzenleyen anayasa maddesinden, sanat eseri üzerindeki maddi ve fikri mülkiyet haklarını koruyan bir garantinin çıkartılması mümkün değildir, **Atalay**, s. 21.

sağlanması bir gereği olarak ortaya çıkar⁷⁸. Bu doğrultuda iktibas serbestisine ilişkin düzenlemeler çerçevesinde, eser sahibinin anayasal olarak korunan mülkiyet hakkı ile bu eserden yararlananların sanat özgürlüğü bağlamında ortaya çıkan ve serbest sanatsal şekillendirmede bulunan anayasal sanat özgürlüğü hakları arasında bir çatışma ortaya çıkmaktadır⁷⁹.

Bu noktada karşı karşıya gelen, eser sahibinin Anayasal mülkiyet hakkı(Anayasa madde 35) kapsamında korunan mali hakları ile üçüncü kişilerin düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti(Anayasa madde 26);bilim ve sanat hürriyeti(Anayasa madde 27); basın ve yayın hürriyeti(Anayasa madde 28) gibi anayasal hakları arasında bir çatışma bulunduğu gibi, çatışan bu haklar arasında aynı zamanda karşılıklı bir etkileşim de bulunmaktadır. Zira eser sahibinin mali hakları bir taraftan mülkiyet hakkı kapsamında anayasal korumadan yararlanmakta ve eser sahibinin mali haklarına ilişkin olarak getirilen düzenlemeler de düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti(Anayasa madde 26);bilim ve sanat hürriyeti(Anayasa madde 27); basın ve yayın hürriyeti(Anayasa madde 28) gibi temel haklara Kanunla getirilen bir sınırlandırma olarak ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte Anayasal hakları sınırlandıran Kanunların da, sınırlandırma getirdikleri Anayasal hakların ışığı altında yorumlanması ve böylelikle tekrar kendi içinde sınırlandırılması mümkündür⁸⁰.

II. İKTİBAS SERBESTİSİNE İLİŞKİN DİĞER BAZI HUKUK SİSTEMLERİNDE YER ALAN DÜZENLEMELER

A. Alman Hukukundaki Düzenleme

9 Eylül 1965 tarihli Alman UrHG'nin 11'nci maddesinde genel nitelikli bir düzenleme ile eser sahibi haklarının, eser sahibini, eseri ile olan fikri ve kişisel ilişkisinde ve ondan yararlanmasında koruduğu ve aynı zamanda eserden yararlanma için uygun bir tazminatı garanti altına almaya hizmet ettiği düzenlenmiştir. UrHG'nin 12-14'ncü maddeleri arasında eser sahibinin manevi

⁷⁸ Bkz. BVerfG, GRUR 2001, Heft 2, s. 149 vd., "Brecht".

⁷⁹ Bkz, **Schulz, Wolfgang**, Das Zitat in Film – und Multimediawerken, ZUM 1998/3, s. 222: (UrHG madde 51'de, bilimsel ve müzikal- sanatsal tartışma bakımından karşılıklı çatışan yararların denkleştirildiği yönünde).

⁸⁰ BVerfG, (BVerfGE 7, s. 198, 208), "Lüth".

hakları(urheberpersönlichkeitsrechte);15-24'ncü maddesinde, eser sahibine tanınan mali haklar ve 25-27'nci maddeleri arasında ise diğer haklar düzenlenmiştir. Eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmalar ise, UrHG madde 44a–63 arasında düzenlenmiştir. İktibas serbestîsi de bu sınırlandırmalar içerisinde “Zitat-İktibas” başlıklı 51'nci maddede yer almaktadır.

Belirtmek gerekir ki Alman hukukunda da, eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmalar kural olarak sadece mali haklar bakımından söz konusu olmakta ve esasen eser sahibinin manevi haklarına bir sınırlandırma getirmemektedir⁸¹. İktibas serbestîsine ilişkin düzenleme ile de eser sahibinin sadece mali hakları sınırlanılmakta, manevi haklarına bir sınırlandırma getirilmemektedir. Alman Hukukunda da, Türk hukukunda olduğu gibi başka bir eserden iktibasa izin verilmesi için, kanuni koşulların gerçekleşmesi kaydıyla, eser sahibinin izninin alınmasına ya da ona bir tazminat ödenmesine gerek yoktur.

İktibas serbestîsine ilişkin olarak, UrHG madde 51'de yer alan düzenleme, 26 Ekim 2007 tarihli “Bilgi Toplumunda Eser Sahibi Haklarını Düzenlemeye İlişkin İkinci Kanun-Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft- ile değişikliğe uğramıştır.

UrHG'nin iktibas serbestîsini düzenleyen 51'nci maddesinin 1.1.2008 tarihinde yürürlüğe giren söz konusu değişiklikten önceki metninde:*1-Bazı eserlerin yayımlandıktan sonra, bağımsız bir bilimsel esere, içeriğini aydınlatmak için konulmasının; 2-Bir eserin parçalarının alenileştikten sonra bağımsız bir dil ile ifade edilen esere alınmasının; 3-Yayımlanmış bir müzik eserinin bazı parçalarının, bağımsız bir müzik eserine alınmasının, amaçla belirlenen çerçevede olduğu süreç, eser sahibinin çoğaltma, yayma ve umuma iletim haklarının ihlaline yol açmayacağı düzenlenmişti.*

UrHG'nin 51'nci maddesinde yer alan bu düzenlemenin de, FSEK' madde 35'de yer alan düzenlemeye benzer şekilde, kazuistik olarak şekillendirildiği görülmektedir. Zira Alman kanun koyucusu izin verilen iktibas türlerini “bilimsel eserlere büyük iktibas(UrHG madde 51/b.1; dil ile ifade edilen eserlere küçük iktibas(UrHG madde 51/b.2) ve müzik iktibasları(UrHG madde 51/b.3) olmak üzere sınırlayıcı bir şekilde saymıştı. Bu düzenleme ile hukuka uygun bir iktibastan söz

⁸¹ Melichar, (Schricke, Urheberrecht), Vor §§ 44aff., s. 951, nr.12.

edilebilmesi, kendisine iktibas yapılacak eserin türüne göre farklı koşullara bağlanmış ve iktibas hukukumuzda olduğu gibi büyük ve küçük iktibas şeklinde bir ayrıma tabi tutulmuştur.

UrHG madde 51'de yer alan iktibas serbestisine ilişkin düzenlemenin kazuistik yapısı, Alman öğretisinde, özellikle düzenlemenin çok katı olduğu ve bu nedenle de önemli boşluklar gösterdiği ve birçok açıdan geniş bir yoruma tabi tutulması gerektiği belirtilerek eleştirilere uğramış⁸², özellikle büyük ve küçük iktibas arasında yapılan keskin ayrımın çok anlamlı olmadığı ifade edilmiştir⁸³.

Zira madde metnine göre, kısa bir şiirin(tamamının) bilimsel nitelikteki bir eser dışındaki bağımsız bir dil ile ifade edilen esere iktibası imkânı ortadan kalktığı gibi, yine esasen parça olarak iktibas edilmesi mümkün olmayan güzel sanat eserlerinin de, bilimsel nitelikteki eserler dışındaki eserlere iktibası imkânı bulunmamaktadır⁸⁴. Yine UrHG madde 51/b. 2'de, kendisine iktibas yapılabilecek eserlerin dil ile ifade edilen eserlerle (*sprachwerke*) sınırlanması da, öğretilerde çok dar nitelikte görülmüştür⁸⁵. Bu kapsamda özellikle sinema eserlerine iktibas yapıp yapılamayacağı hususu da tartışma konusu olmuştur.

Maddenin kazuistik düzenlemesinden doğan söz konusu problemler uygulamada da alman mahkemelerini oldukça meşgul etmiştir. Özellikle UrHG madde 51/b.2 kapsamında sinema eserlerine iktibas yapıp yapılamayacağı ve yine bir resim veya fotoğraf eserinin tamamının, aynı madde kapsamında bilimsel nitelikte olmayan dil ile ifade edilen bir esere iktibas edilip edilemeyeceği noktalarında alman mahkemeleri söz konusu maddenin katı düzenlemesini yumuşatan bir takım içtihatlarla bulunmuşlardır. Daha sonrada ifade edileceği gibi,

⁸²**Schricker, (Schricker, Urheberrecht), § 51, s. 1023, nr.5; Bkz. Ulmer, Eugen, Urheber-und Verlagsrecht, Berlin-Heidelberg-New York, 1980, (anılış: Urheberrecht), s. 314; Löffler de, hükmün kazuistik düzenlemesi karşısında eleştirel tartışma imkânının tatmin edici bir şekilde sağlanmadığını ifade ederek, madde 51/2'de iktibasın eser parçaları ile sınırlandırılmış olmasından dolayı, özellikle karikatürlerin ve şiirlerin iktibasının, mümkün olmamasını eleştirmiştir. Löffler, Martin, Das Grundrecht auf Informationsfreiheit als Schranke des Urheberrechts, NJW, 1980, Heft 5, s. 203.**

⁸³**Schricker, (Schricker, Urheberrecht), § 51, s. 1023, nr.5; Buna karşılık Ulmer, bağımsız nitelikteki bilimsel eserlere yapılabilecek büyük iktibas ve bağımsız dil ile ifade edilen eserlere yapılabilecek küçük iktibas arasında yapılan temel ayrımın doğru bir düşünceye dayandığını, ancak münferit olaylarda kanundaki düzenlemenin çok dar kaldığını ifade etmiştir Ulmer, (Urheberrecht), s. 314.**

⁸⁴ **Ulmer, (Urheberrecht), s. 314, Bu tür uyumsuzlukların ise, var olan kazuistik düzenlemeden vazgeçilerek, alenilemiş bir eserden dürüst kullanıma uygun olarak ve amaçla belirlenen çerçevede iktibas yapılmasını düzenleyen genel bir hükümlerle önlenilebileceğini ifade etmiştir. Buna göre münferit olaylarda değerlendirme ise mahkemelere bırakılacaktır. Ulmer, (Urheberrecht), s. 314.**

⁸⁵ **Waldenberger,(Nicolini/Ahlberg, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz), § 51, s. 507, nr.21.**

BGH(Bundesgerichtshof-Alman Federal Mahkemesi), sinema eserlerine UrHG madde 51/b.2 kapsamında iktibas yapılmasını kıyas yoluyla geçerli görmüştür⁸⁶.

Söz konusu eleştiriler ve uygulamada mahkemelerin verdikleri kararlar da göz önüne alınarak, 1 Ocak 2008 tarihinden itibaren yürürlüğe giren 26 Ekim 2007 tarihli “Bilgi Toplumunda Eser Sahibinin Haklarının Düzenlenmesine İlişkin İkinci Kanun” ile iktibas serbestisine ilişkin 51’nci maddede bir takım değişiklikler yapılmıştır.

UrHG’nin “İktibas” başlıklı 51’nci maddesinin yeni metni söz konusu düzenleme ile şu hali almıştır: *Alenileşmiş bir eserin iktibas amacı için çoğaltılması, yayılması ve umuma iletimi, yararlanma özel amacın haklı kıldığı çerçevede olduğu sürece geçerlidir. Özellikle,*

1-Bazı eserlerin alenileştikten sonra bağımsız bir bilimsel esere, içeriğini aydınlatmak amacıyla konulması,

2-Bir eserin parçalarının alenileştikten sonra bağımsız bir dil ile ifade edilen esere alınması,

3-Yayımlanmış bir müzik eserinin bazı parçalarının bağımsız bir müzik eserine alınması, geçerlidir.

Yeni düzenleme ile iktibas serbestisine ilişkin 51’nci maddenin ilk fıkrasına, genel nitelikte bir hüküm ilave edilmiştir. Değişiklikten önceki düzenlemenin, üç bent halinde sınırlı olarak saydığı iktibas kategorileri, yeni düzenleme ile örnekseyici olarak sayılmıştır⁸⁷. Bu üç bentte sırasıyla bilimsel eserlere yapılabilecek büyük iktibas; dil ile ifade edilen eserlere yapılacak küçük iktibas ve son olarak ise müzik iktibasları düzenlenmiştir.

Kanun değişikliğinden önce bilimsel eserlere yapılacak büyük iktibasta, kendisinden iktibas yapılacak eserin yayımlanmış olması koşulu aranırken, yeni düzenleme ile bu eserlerin alenileşmiş olması yeterli görülmüştür. Buna karşılık müzik iktibasları bakımından, kendisinden iktibas yapılacak müzik eserinin parçasının yayımlanmış olması koşulu kanun koyucu tarafından müzik iktibaslarının özelliği dikkate alınarak bilinçli olarak aynen korunmuştur⁸⁸.

⁸⁶ BGH, GRUR 1987/Heft 6, s. 362 vd., “Filmzitat”.

⁸⁷ Lettl, Tobias, Urheberrecht, München, 2008, s. 179.

⁸⁸ Dustman, (Nordemann/Nordemann/Nordemann, Urheberrecht), §51, s. 965, nr.6.

Belirtmek gerekir ki, UrHG'nin iktibas serbestisine ilişkin 51'nci maddesinin birinci fıkrasına eklenen hükümlerle, bu kurum, temelinde bir genişletilmeye uğratılmamış, sadece eski düzenlemenin katı niteliğinden ortaya çıkan bazı boşluklar doldurulmuştur⁸⁹. Yeni düzenleme ile Bilgi Toplumunda Eser Sahibi Hakları ve Bağlantılı Haklara İlişkin Bazı Hususların Uyumlaştırılmasına İlişkin 22.5.2001 tarih ve 2001/29 sayılı Avrupa Birliği Direktifinde⁹⁰ yer alan düzenlemeye(madde 5/f.3-d) uyum sağlanmaya çalışılmıştır⁹¹.

B. İsviçre Hukukundaki Düzenleme

9 Ekim 1992 tarihli URG (Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte), eser sahibine, genel olarak eserinin ne zaman ve nasıl kullanılacağını veya kullanılıp kullanılmayacağını inhisari olarak belirleme hakkı vermiştir(URG madde 10/f.1). Eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmalar ise esas olarak, URG'nin "Eser Sahibinin Haklarının Sınırlandırılması" başlıklı beşinci bölümünde 19-28'nci maddeler arasında düzenlenmiştir. İktibas serbestisine ilişkin düzenleme ise URG'nin "İktibas-Zitate" başlıklı 25'nci maddesinde yer almaktadır. İsviçre hukukunda da, iktibas serbestisi, eser sahibinin mali haklarının, ondan izin alınmasına ve ona bir karşılık ödenmesine gerek olmaksızın sınırlandırılması niteliği taşımaktadır.

URG madde 25/f.1'de iktibasın, açıklamaya, işaret olarak⁹² veya anlaşılabilir kılmaya hizmet etmesi ve iktibasın çerçevesinin bu amaç doğrultusunda haklı olduğu hallerde, alenilemiş bir eserin iktibas edilebileceği düzenlenmiştir. URG madde 25/f.2'de ise, iktibasın bu şekilde yani iktibas olarak belli edilmesinin yanında kaynağının da gösterilmesi gerektiği düzenlenmiştir(c. 1). İkinci fıkranın ikinci cümlesinde ise, kaynakta eser sahibi de gösteriliyorsa, aynı şekilde onun da gösterilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

⁸⁹ Lüft, (Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht), §51, s. 754, nr. 1; Dreyer, (Dreyer/Kotthoff/Meckel, Urheberrecht), §51, s. 737, nr. 52.

⁹⁰ ATRG, L 167/10-19, 22.6.2001.

⁹¹ Lüft, (Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht), §51, s. 754, nr. 1

⁹² İktibasın işaret olarak hizmet etmesinin, aydınlatma amacıyla ortaya çıkan eleştirel dayanak ve başka eserlerle fikri tartışma anlamına gelip, sadece eser sahibini işaret eden bir anlam taşımadığı yolunda, Morant, s. 172.

URG'nin 25'nci maddesinde yer alan iktibas serbestisine ilişkin düzenlemenin, FSEK madde 35'de yer alan düzenlemeye nazaran daha genel bir nitelik taşıdığı görülmektedir. Nitekim URG'nin iktibas serbestisini düzenleyen 25'nci maddesinde, kendisine iktibas yapılacak eser türleri bakımından bir ayırım yapılmamış ve büyük- küçük iktibas ayırımına gidilmemiş; onun yerine genel nitelikte bir düzenleme getirilmiştir. Yine kendisinden iktibas yapılabilecek eserlerin sadece alenileşmiş olması yeterli görülmüş, ayrıca “yayımlanmış olma” koşulu getirilmemiştir. Zaten 1992 tarihli URG'de sadece alenileşme kavramı düzenlenmiş olup(URG madde 9/f.3) , yayımlanma kavramına yer verilmemiştir. Yani URG'de alenileşme ile yayımlanma şeklinde farklı kavramlar bulunmamaktadır.

1992 tarihli URG'den önce 7 Aralık 1922 tarihli Edebiyat ve Sanat Eserlerinde Eser Sahibi Hakları İle İlgili Kanun(Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst vom 7. Dezember 1922) yürürlükte bulunmaktaydı. Şu anda yürürlükte bulunan 1992 tarihli URG'den farklı olarak, 1922 tarihli URG iktibas serbestisi kavramını bu şekilde açıkça belirtmeksizin, daha detaylı bir şekilde düzenlemiştir⁹³.

Şu an yürürlükte bulunan 1992 tarihli URG'de ise, önceki Kanunda farklı hükümlere bölünmüş düzenlemeler kısaltılmış; yine birbiri ile tamamen örtüşmeyen yararlanma koşulları basitleştirilerek, tek bir maddede toplanarak birleştirilmiştir⁹⁴. Öğretide genellikle, URG madde 25 gereğince alenileşmiş tüm eser türlerinden iktibas yapılabileceği ve esasen tüm eser türlerine iktibas yapılabileceği kabul edilmekle birlikte, güzel sanat eserlerinden iktibas yapılması hususunda tartışmalar da bulunmaktadır⁹⁵.

⁹³ **Morant**, s. 12.

⁹⁴ **Morant**, s. 57.

⁹⁵ İktibas serbestisine ilişkin yeni düzenlemeden, esasen bütün eser türlerine iktibas yapılabileceği ve alenileşmiş tüm eser türlerinin de iktibasa konu olabileceği sonucu çıktığı yönünde, **Barrelet, Denis/Egloff, Willi**, Das Neue Urheberrecht, Bern, 2000, s. 149, nr.2. Bununla birlikte yazarlar güzel sanat eserlerinin tek istisna olduğunu ifade etmişlerdir; Kanun metninin güzel sanat eserlerinden iktibas istisna etmediği yönünde, **Cherpillod, Ivan, (Von Büren, Roland/David, Lucas**, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechte, Basel-Genf-München, 2006), s. 296; esasen alenileşmiş tüm eserlerin iktibasa konu olabileceği ve güzel sanat eserleri ve fotoğrafların da iktibasa konu olması gerektiği yönünde, **Macciaccini, Sandro**, Urheberrecht und Meinungsfreiheit, Bern, 2000, s.184,189.

C. İngiliz Hukukundaki Düzenleme

Fikir ve sanat eserleri üzerinde eser sahibinin sahip olduğu haklar, kara Avrupası hukukunda eser sahibi hakları-urheberrecht kavramı ile ifade edilirken, anglo-sakson hukukunda bu haklar için “copyright” kavramı kullanılmaktadır. İngiliz hukukunda da fikri hak kavramı “copyright” kavramı ile ifade edilmektedir⁹⁶. Burada kullanılan “copyright” kavramının, eser sahibinin mali haklarında biri olan “çoğaltma hakkı” kavramından daha geniş bir anlamı vardır. 1988 tarihli CDPA’nın (Copyright, Designs and Patent Acts) birinci maddesinde, “copyright”, bu Kanunda belirtilen eserler üzerinde var olan bir mülkiyet hakkı(property right) olarak tanımlanmıştır⁹⁷.

İngiliz hukukunda da “copyright” sahibinin hakları, inhisari nitelikte olarak düzenlenmiştir(CDPA madde 16/f.1). Bununla birlikte bu hakka, çoğunluğu CDPA’nın, “Acts Permitted in Relation to Copyright Works” başlığı altında, 28-76’ncı maddeler arasında yer alan bazı sınırlandırmalar getirilmiştir. Bu sınırlandırmaların belki de en önemlisi İngiliz yargı organları tarafından *common law* ilkelerinden hareketle geliştirilen ve 1988 tarihli Kanununun 29 ve 30’ncü maddelerde ifadesini bulan “fair dealing⁹⁸”-dürüst kullanımdır. İktibas serbestisi İngiliz hukukunda, “dürüst kullanım-fair dealing” çerçevesinde mümkün olmaktadır. Buna göre hukuka uygun bir iktibastan söz edebilmek için, iktibasın dürüst kullanım çerçevesinde gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bununla birlikte iktibas serbestisine ilişkin olarak da uygulama alanı bulacak “dürüst kullanım” kuralı, sadece hukukumuzda düzenlenen anlamda iktibas serbestisini kapsamayıp, aksine daha genel bir hüküm niteliği göstermektedir.

⁹⁶ Bu farklı terminolojinin arkasında temel bir içeriksel ayrılık yatmaktadır. Zira eser sahibi hakları(urheberrecht), eseri ile manevi ilişkilerinde ve eserinden yararlanmada korunan(UrHG madde 11) eseri yaratan kişi ile ilgilidir. Bir eserin sahibi sadece onu yaratan gerçek kişi olabilir ve onun yaratıcı faaliyeti eser sahibi hakları ile tanınır ve ödüllendirilir. Buna karşılık “copyright” hukuku, ekonomik bakış açısını daha öne koymaktadır. Burada üretilen ürünlerin, kopyaların korunması söz konusudur. “Copyright”, ekonomik yatırımı koruyup, eseri yaratımı ödüllendirmez. **Schack**,(Urheberrecht), s. 12, nr. 24–25.

⁹⁷ Bkz. **Bainbridge, David I**, Intellectual Property, Fifth Edition, 2002, s. 27.

⁹⁸ Burada kullanılan “dealing” kavramı ticari iş ya da ilişki anlamında değil, kullanım(use) anlamındadır. Bkz. **Bainbridge**, s. 166.

CDPA'nın "Araştırma ve Kişisel Öğrenim(Research and Private Study)" başlıklı 29'ncü maddesinin birinci fıkrasında, edebi, dram türünde, müzikal ya da sanatsal eserlerin ticari olmayan amaçlarla araştırma amacıyla dürüst kullanımının yeterli derecede kaynak gösterilmesi koşuluyla "copyright" ihlali oluşturmayacağı düzenlenmiştir. Aynı maddenin (1C) fıkrasında ise, edebi, dram türünde, müzikal ya da sanatsal eserlerin kişisel öğrenim amacıyla dürüst kullanımının "copyright" ihlali oluşturmayacağı düzenlenmiştir⁹⁹. CDPA'nın "Kritik(Criticism), Eleştiri(Review) ve Haber Verme" başlıklı 30'ncü maddesinin birinci fıkrasında ise, bir eserin, bu ya da başka bir eserin veya bir eserin gösteriminin kritiği(criticism) ya da eleştirisi(review) amacıyla, kaynağın yeterli derecede gösterilmesi ve eserin kamunun erişimine sunulmuş olması koşuluyla dürüst kullanımının fikri hak ihlali oluşturmayacağı düzenlenmiştir¹⁰⁰. CDPA'nın 30'ncü maddesinin ikinci fıkrasında ise, güncel olayların bildirilmesi(reporting) amacıyla bir eserin dürüst kullanımı düzenlenmiştir. Buna göre güncel olayların bildirilmesi için bir eserin(fotoğraf eserleri dışında) dürüst kullanımı kaynak göstermek koşuluyla fikri hak ihlali oluşturmayacaktır¹⁰¹.

Belirtmek gerekir ki CDPA'da, "dürüst kullanım" kavramı tanımlanmamıştır. Münferit olaylarda, başka bir eserden yararlanmanın dürüst kullanım oluşturup oluşturmayacağı ise mahkemeler tarafından common law'a dayanılarak geliştirilen kıstaslara göre belirlenmektedir¹⁰².

Dürüst kullanımdan anlaşılması gerekenin ne olduğu hakkında özellikle 1956 tarihli "Copyright Act" zamanında İngiliz Temyiz Mahkemesi Court of Appeal tarafından verilen *Hubbard v. Vosper*¹⁰³ kararına değinmekte fayda vardır. *Hubbard v. Vosper* davasında, Scientology kilisesinin kurucuları tarafından yazılan eserlerden

⁹⁹ Madde 29/1: Fair dealing with a literary, dramatic, musical or artistic work for the purposes of research for a non-commercial purpose does not infringe any copyright in the work provided that it is accompanied by a sufficient acknowledgement. Madde 29/(1C): Fair dealing with a literary, dramatic, musical or artistic work for the purposes of private study does not infringe any copyright in the work. Maddenin ikinci fıkrasında alenileşmiş eserlerin basılı düzenlemelerinin araştırma ve kişisel öğrenim amacıyla dürüst kullanımı düzenlenmiş; maddenin dördüncü fıkrasında ise bilgisayar programları ile ilgili bazı düzenlemeler getirilmiştir.

¹⁰⁰ Madde 30/1: Fair dealing with a work for the purpose of criticism or review, of that or another work or of a performance of a work, does not infringe any copyright in the work provided that it is accompanied by a sufficient acknowledgement and provided that the work has been made available to the public.

¹⁰¹ Madde 30/2: Fair dealing with a work (other than a photograph) for the purpose of reporting current events does not infringe any copyright in the work provided that (subject to subsection (3)) it is accompanied by a sufficient acknowledgement.

¹⁰² **Krüger, Tatjana**, Die Freiheit des Zitats im Multimedia- Zeitalter, Berlin, 2004, s.16.

¹⁰³ Court of Appeal, *Hubbard v. Vosper*, WLR (1972), s. 389 vd.

önemli parçaların, bu eserler ve Scientology kilisesinin ilkeleri ile tartışma ortaya koyan bir yayına alınmasının dürüst kullanım oluşturup oluşturmayacağı irdelenmiştir. Olayda, davalı tarafça Scientology kilisesi hakkında yazılan kitaba, davacıların Scientology hakkındaki kitaplarından, bildirimlerinden ve mektuplarından iktibaslar yapılmıştır. Olayda önemli ölçüde iktibaslar yapılmış olmasına rağmen, Mahkemece, iktibas yapan eserin takip ettiği eleştirel amaç çerçevesinde bunun dürüst kullanım çerçevesinde değerlendirilebileceği belirtilmiştir. Hakim *Lord Denning*, öncelikle “dürüst kullanım” kavramını tarif etmenin imkansız olduğunu ifade ettikten sonra, dürüst kullanımın çerçevesini çizerken öncelikle, iktibas edilen kısımların sayı ve uzunluğunun/kapsamının dikkate alınacağını ifade etmiş; sonrasında ise bu iktibasların kullanımlarının incelenmesi gerektiği belirtmiştir. Buna göre, iktibaslar yorum, kritik, eleştiri için kullanılmışsa, bu dürüst kullanım olabilir. Bu parçalar sadece yazarla aynı bilgileri nakletmek, onunla rekabet etmek amacıyla kullanılırsa, bu durum dürüst olmayan kullanım oluşturabilir. Bundan sonra ise iktibasların eklenen yorumlara olan oranının göz önüne alınması gerekmektedir. Uzun parçalar alınıp kısa yorumlar eklenmişse, bu dürüst olmayan kullanım oluşturabilir. Fakat kısa iktibaslar yapıp, uzun yorumlar eklenmişse dürüst kullanım teşkil edebilir¹⁰⁴. Sonuç olarak mahkeme, başka bir eserden iktibas yapmanın dürüst kullanım oluşturup oluşturmayacağını belirlemede, iktibasın miktarına ve çerçevesine ve iktibas edilen kısımların kendisine iktibas yapılan eserde yer alan açıklamalara oranına ve yine iktibas yapılmasında geçerli bir amacın olup olmadığına bakılması gerektiğini ifade etmiştir.

Burada önemli olan, olayın bütünü değerlendirilerek, mahkemenin serbest takdirine göre dürüst kullanım oluşup oluşmadığına karar verilmesi olup, bu açıdan kullanılan kriterler sadece bir çıkış noktası oluşturmakta ve dürüst kullanımın bulunması için ne mutlak ne de zorunlu koşullar niteliğinde olmamaktadırlar¹⁰⁵. Belirtmek gerekir ki, CDPA’da tanımlanmayan dürüst kullanımının var olup olmadığına belirlenmesinde genel olarak: -kullanımda, kullanılan eser ile ticari bir rekabet içerisine girme amacı olup olmadığı¹⁰⁶; -iktibasın oranı; -kullanım amacı;

¹⁰⁴ Court of Appeal, *Hubbard v. Vosper*, WLR (1972), s. 394.

¹⁰⁵ **Krüger**, s. 16; Court of Appeal, *Hubbard v. Vosper*, WLR (1972), s. 394.

¹⁰⁶ Court of Appeal, *Telegraph Grup Ltd v. Ashdown* kararında, dürüst kullanımın ne olduğu hakkında kesin bir tanım verilmemekle birlikte, başka bir eserden yararlanmanın dürüst kullanım çerçevesinde kalıp kalmadığını belirlemede dikkate alınacak en önemli faktörlerden birinin, yararlanılan eserle

yararlanılan eserin hali hazırda alenileşip alenileşmediği kıstasları kullanılmaktadır¹⁰⁷.

D. Amerikan Hukukundaki Düzenleme

Amerikan hukukunda da, İngiliz Hukukunda olduğu gibi, dürüst kullanım “fair use” ilkesi, eser sahibinin haklarına getirilen en önemli sınırlandırmalardan birisidir. Dürüst kullanım ilkesi Amerikan Hukukunda da ilk kez yargı kararlarında “common law” ile ortaya çıkmıştır. Dürüst kullanım ilkesinin temelleri ilk kez 1841 tarihli *Folsom v. Marsh* kararında atılmıştır. Söz konusu dava, davalıların George Washington’un hayatı ve yazılarına ilişkin iki ciltlik eserinin, davacıların daha önce yayımlanan 12 ciltlik eserinde yer alan mektupları içerdiğinden bahisle, davacıların fikri hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle açılmıştı. *Hakim Story* kararında, her ne kadar dürüst kullanımın ne olduğu sorusunun, kolayca cevap verilemeyecek ve bütün olaylara uygulanacak genel bir prensibe izin veremeyecek derecede zor bir soru olduğunu ifade etse de, dürüst kullanım ilkesinin temellerini ortaya atmış ve bu konuda gözetilecek esasları açıklamıştır. Buna göre, somut olayda bir fikri hak ihlalinin olup olmadığına karar verebilmek için, davalının kullanımının niteliği/doğası, iktibas edilen unsurların miktarı ve değeri ile kullanımın, kullanılan esere satışta verebileceği zararlar, kazanç azalması veya orijinal eserin yerine geçmesi gibi etkilerinin araştırılması gerekecektir¹⁰⁸. *Falsom v. Marsh* kararı ve özellikle kararda dürüst kullanımın belirlenmesinde dikkate alınacak yukarıda sayılan kıstaslar, Amerikan Mahkemelerinde dürüst kullanım hakkında verilen kararlara bir temel oluşturmuş ve dürüst kullanım ilkesi 1976 tarihli CA (Copyright

ticari rekabet yaratılması, yararlanan eserin yararlanılan eserin muhtemel satış imkânlarının yerini alması olduğunu ve bu gibi durumlarda dürüst kullanımın varlığından hemen hemen kesinlikle söz edilemeyeceğini ifade etmiştir, [http://www.ipsofactoj.com/international/2001/Part10/int2001\(10\)-013.htm](http://www.ipsofactoj.com/international/2001/Part10/int2001(10)-013.htm) (erişim 4.5.2009) ; “copyright” sahibinin bu hakkını kullanması ile rekabet oluşturacak kullanımın, dürüst kullanımın varlığının belirlenmesinde önemli bir faktör olmakla birlikte, tek faktör olmadığı yolunda, Court of Appeal, Pro Sieben Media A.G. v. Carlton U.K. Television Ltd, WLR 1999, Volume 1, s. 613.

¹⁰⁷ **Bainbridge**, s. 168; Bkz. **Hart, Tina/Fazzani Linda**, Intellectual Property Law, Third Edition, 2004, s.181–182.

¹⁰⁸ (Folsom v. Marsh, 9. F. Cas 342, 348 ,C.C.D. Mass. 1841, No:4,901) **Deutsch, Sarah**, Fair Use in Copyright Law and the Nonprofit Organization: A Proposal for Reform, The American University Law Review(Heinonline), 1985, Vol.34, 1329-1330, 1330-dipnot 20’den **naklen**.

Act) ile kanunlaştırılmasına rağmen, bugüne kadar hissedilir bir öneme sahip olmaya devam etmiştir¹⁰⁹.

“Common law” tarafından geliştirilen “dürüst kullanım” ilkesi, 1 Ocak 1978 tarihinde yürürlüğe giren, 1976 tarihli CA’nın 107’nci maddesinde kanuni bir düzenlemeye kavuşmuştur. CA madde 107’de, üzerinde “copyright” bulunan bir eserin, eleştiri, yorum, haber verme, çoğaltmış kopyaların derslerde kullanımı da dâhil olmak üzere öğretim, bilimsel ya da araştırma gibi amaçlarla dürüst kullanımının copyright ihlali oluşturmayacağı düzenlendikten sonra, dürüst kullanımın belirlenmesinde göz anına alınacak faktörler: 1)Bu kullanımın ticari nitelikte mi yoksa kar amacı gütmeyen eğitim amacıyla mı olduğu da dahil olmak üzere, kullanımın amacı ve karakteri; 2)Kullanılan eserin niteliği;3) kullanılan parçanın kullanılan eserin bütününe oranla miktar ve önemi; ve 4) Kullanımın kullanılan eserin potansiyel piyasasına ve değerine etkisi olarak, dört bent halinde düzenlenmiştir¹¹⁰. Bununla birlikte Amerikan Kongresi, maddede sayılan kullanım amaçlarını ve faktörleri örnekseyici olarak saymayı amaçlamıştır¹¹¹. Zira Amerikan Kongresi CA madde 107’de dürüst kullanım ilkesi ile ilgili olarak var olan yargısal anlayışı muhafaza etmeyi amaçlamış ve bundan dolayı da, dürüst kullanım ilkesinin tanımını tekrar yapmayı ya da bu kavramı yeniden şekillendirmeyi denememiştir. Kongre, mahkemeleri münferit davalarda kendi ilkelerini(ana prensiplerini) çizmekte özgür bırakmıştır. Kanun koyucu, fikri haklara ilişkin davalarda ortaya çıkan somut uyuşmazlıklar sonsuz çeşitlilikte olacağından, neyin dürüst kullanım oluşturacağını belirleyen kesin kuralların konulmasının imkânsız olduğunu ifade etmiştir¹¹². Kanun koyucu bilinçli olarak mahkemeler tarafından *Folsom v. Marsch* kararı temelinde

¹⁰⁹ Förster, Achim, Fair Use, Tübingen, 2008, s. 18.

¹¹⁰ CA madde 107: Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as a criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include (1.) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes (2.) the nature of the copyrighted work; (3.) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; (4.) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work. The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.

¹¹¹ Maddede geçen “including”, “such as” ifadeleri de bu sayımın sınırlayıcı olmadığını göstermektedir. **Deutsch**, s. 1331.

¹¹² **Deutsch**, s. 1330.

geliştirilen temel ilkelere yönelmiş ve tabiri caizse bunları damıtarak madde 107’de sayılan dürüst kullanımın belirlenmesine ilişkin dört faktörü ortaya çıkarmıştır. Bu düzenleme ile kanunlaştırmaya kadar hali hazırda mahkemeler tarafından geliştirilmiş söz konusu *common law* ilkesi içeriksel olarak değiştirilmeksizin ve mahkemelerin hareket alanı önemli ölçüde sınırlanmaksızın, yazılı hukuktaki(*statutory law*) yerini almıştır¹¹³.

Belirtmek gerekir ki, kullanılan terminoloji benzer olsa da Amerikan hukukundaki dürüst kullanım(*fair use*) ile İngiliz hukukundaki dürüst kullanım (*fair dealing*) arasında içeriksel olarak açık farklılıklar vardır. Zira İngiliz dürüst kullanım(*fair dealing*) modeli, ilk önce yararlanmanın CDPA madde 29-30’da açıkça izin verilen faaliyetler arasında olup olmadığının incelendiği ve ancak yararlanma bu maddelerde izin verilen faaliyetler kapsamında kalıyorsa, bu kez yararlanmanın dürüst kullanım(*fair dealing*)oluşturup oluşturmadığının araştırıldığı iki aşamalı bir inceleme gerektirmektedir. İngiliz hukukunda dürüst kullanıma ilişkin esnek kıstaslar ilk olarak incelemenin ikinci aşamasında söz konusu olmakta ve örneğin kullanım gerekçesi ve çerçevesi veya iktibasın zorunluluğu bu aşamada incelenmektedir¹¹⁴. Bu açıdan İngiliz hukukundaki dürüst kullanım ilkesi, Amerikan hukuku ile karşılaştırılabilir nitelikte genel bir hüküm getirmemekte ve mahkemelere, Kanun koyucu tarafından açıkça anılan yararlanma faaliyetleri ötesinde, bir sınırlandırma meydana getirme hususunda neredeyse hiç oynama alanı bırakmamaktadır. İngiliz hukukunda dürüst kullanım ilkesi, sadece CDPA’da açıkça anılan yararlanma faaliyetleri kapsamında bir fonksiyona sahip olmaktadır¹¹⁵.

III. İKTİBAS SERBESTİSİ İLE İLGİLİ ULUSLARARASI DÜZENLEMELERDE VE İLGİLİ AVRUPA BİRLİĞİ DİREKTİFİNDE YER ALAN DÜZENLEMELER

A.Bern Sözleşmesinde Yer Alan Düzenlemeler

Ulusal düzenlemelerde olduğu gibi, uluslararası sözleşmelerde de, eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmalara ilişkin bir takım düzenlemeler yer

¹¹³ Förster, s. 19.

¹¹⁴ Förster, s. 36.

¹¹⁵ Förster, s.37.

almaktadır. Bu uluslararası sözleşmelerden biri de, fikir ve sanat eserleri hukuku alanındaki ilk uluslararası sözleşme olma niteliği taşıyan 9 Eylül 1886 tarihli Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesidir¹¹⁶.

Türkiye, Bern Sözleşmesi'nin 1948 tarihli Brüksel metnine 1 Ocak 1952 tarihinde FSEK ile birlikte yürürlüğe giren 5777 sayılı Kanunla¹¹⁷ katılmış; 1995 yılında da Bern Sözleşmesi'nin 1979 tarihli Paris metnini kabul etmiştir. 7.7.1995 tarihli ve 4117 sayılı “Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesinde Değişiklik Yapan ve 1979’da Tadil Edilen Paris Metnine Katılmamızın Onaylanmasının Uygun Bulunmasına İlişkin” Kanunla¹¹⁸ katılmamız uygun bulunan Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi’nde değişiklik yapan ve 1979’da tadil edilen ekli Paris metnine, Bakanlar Kurulunun 3.6.2003 tarihli ve 2003/6170 sayılı kararı ile (33.maddenin 1 numaralı paragrafına çekince konulmak suretiyle) katılmamız kabul edilmiştir¹¹⁹.

Bern Sözleşmesi ile üye ülkeler için ortak sayılabilecek milli düzenlemeler öngörülmemişse de, bu sözleşme, tüm eser sahiplerine asgari haklar sağlamaktadır. Ancak üye ülkeler, eser sahiplerine Sözleşme ile öngörülenden daha iyi düzeyde hak tanıma hususunda serbesttirler¹²⁰.

Fikir ve sanat eserleri hukukuna ilişkin uluslararası sözleşmelerin en eski ve aynı zamanda en önemlisi olan Bern Sözleşmesinde uluslararası koruma bazı temel prensiplere dayanmaktadır. Bern Sözleşmesi madde 5/f. 1’de, “Eser sahipleri, bu sözleşme ile korunan eserleri ile ilgili olarak, bu sözleşme ile özel olarak verilen haklar yanında kaynak ülkeden başka Birlik ülkelerinde kendi uyruklarına tanıdıkları veya daha sonra tanıyabilecekleri haklardan yararlanırlar” hükmü yer almaktadır. Bu sözleşme ile sözleşmeye üye ülkelerin ulusal kanunlarında eser sahiplerine tanıdıkları korumayı, karşılıklı olarak birbirlerinin vatandaşlarına da tanımaları gerektiği

¹¹⁶ Bern Sözleşmesi, kabul edilmesinden bu yana bir takım değişikliklere uğramıştır. Sözleşme ilk kez 4.5.1896’da Paris’te değiştirildikten sonra, sırasıyla 13.11.1908 de Berlin’de, 20.3.1914’de Bern’de; 2.6.1928’de Roma’da, 26.6.1948’de Brüksel’de, 14.7.1967’de Stockholm’de ve 24.7.1971 ve 28.9.1979’da Paris’te değiştirilmiştir.

¹¹⁷ 28.5.1951 tarih ve 5777 sayılı “Edebiyat ve Sanat Eserlerini Koruma İçin Kurulan Bern Birliğine Katılma Hususunda Hükümete Yetki Verilmesine Dair Kanun”, RG, 2.6.1951, S. 7824. Katılma ile ilgili olarak 21.8.1951 tarih ve 3/13589 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, Düstur, III. Tertip, C.32, s. 1452–1467.

¹¹⁸ RG, 12.7.1995, S.22341

¹¹⁹ RG, 21 Ekim 2003, S.25266.

¹²⁰ **Ateş, Mustafa**, Fikri Haklar ve Bağlantılı Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeler ve Türkiye, FMR, Y.6, C.6, S. 2006/1, s. 20–21. (anılış:Uluslararası Sözleşmeler)

“karşılıklılık” ilkesinin yanında¹²¹, eser sahiplerine “*asgari haklar*” olarak adlandırılan bazı haklar da tanımıştır.

Karşılıklılık ilkesi dolayısıyla eser ve eser sahibi tüm Birlik ülkelerinde korunur. Bu ilke yabancı eser sahibinin, vatandaş olan eser sahibinin yararlandığı haklardan aynen yararlanması ilkesi ile tamamlanır. Buna yabancıya vatandaşla(yerliyle) eşit işlem ilkesi denilmektedir¹²².

Bern Sözleşmesi aynı zamanda eşit işlem ilkesinin asgari bir korumayı sağlayamaması halinde uygulanan asgari hakları da içermektedir¹²³. Bern Sözleşmesinin beşinci maddesinin birinci fıkrasında sözü geçen bu sözleşme ile verilen “özel haklar” ibaresi, genel olarak “asgari hak” olarak nitelendirilir ve eser sahibi her durumda en azından bu hakları kullanabilir¹²⁴.

Bern Sözleşmesinde düzenlenen asgari haklara da Sözleşmede sistematik olmayan bir düzenleme altında, bir takım sınırlandırmalar getirilmiştir. Bu sınırlandırmalar, ya doğrudan doğruya sözleşmesinin kendisinden doğmakta(örneğin iktibas serbestisine ilişkin madde 10/f. 1) ya da düzenlenmeleri üye ülkelerin hukuklarına bırakılmaktadır¹²⁵.

İktibas serbestisine ilişkin olarak madde 10/f. 1’de yer alan düzenleme ilk kez sözleşmenin 1948 tarihli Brüksel metninde açıkça düzenlenmiştir. Bununla birlikte bu düzenleme sadece basın iktibasları ile ilgili olarak yapılmıştı. Söz konusu düzenleme, iktibasın edebiyat ve sanat alanlarında da akla gelebilecek olmasına rağmen, bu imkânının sadece gazete veya dergi makalelerinden iktibaslarla sınırlı olarak kabul edilmesi; yine iktibas imkânının sadece kısa iktibaslarla sınırlı tutulması

¹²¹ **Tekinalp**, s. 68, nr.3.

¹²² **Tekinalp**, s. 68, nr. 3.

¹²³ **Tekinalp**, s. 68, nr. 3.

¹²⁴ **Nordemann, Wilhelm/Vinck, Kai/Hertin, Paul W.**, Internationales Urheberrecht und Leistungsschutzrecht, Düsseldorf, 1977, s. 57.

¹²⁵ Örneğin, resmi metinlerle ilgili olarak madde 2/fıkra 4; siyasal konuşmalar ve yargılama sırasında yapılan konuşmalara ilişkin madde 2(Tekrar)/fıkra 1; dersler, konuşmalar ve topluma sunulan benzer nitelikteki diğer eserlerin basın ve radyo tarafından yeniden üretilmesi, kamuya medya ile iletilmesine ilişkin madde 2(Tekrar)/fıkra 2; eğitim amacıyla yararlanmaya ilişkin madde 10/fıkra 2; gazeteler veya ekonomik, siyasal ve dini konulardaki dergilerde yayınlanan makalelerin ve aynı nitelikte radyo ve televizyonda yayınlanan eserlerin basın radyo ve televizyon ile çoğaltılmasına ilişkin madde 10(Tekrar)/fıkra 1;günlük olaylar hakkında haber verme amacıyla getirilen sınırlandırmaya ilişkin madde 10/fıkra 2.

gibi açılardan oldukça dar görülerek, Sözleşmenin Stockholm metninde önemli ölçüde genişletilmiştir¹²⁶.

İktibas serbestisine ilişkin olarak Bern Sözleşmesi madde 10/f. 1 da yer alan düzenleme dışında, çoğaltma hakkının sınırlandırılmasına ilişkin madde 9/f.2 de iktibas serbestisi bakımından bir anlam ifade etmektedir. 1967 tarihinde Bern Sözleşmesi metnine dâhil edilen madde 9/f. 2, Bern Sözleşmesinden sonra da diğer bazı uluslararası düzenlemelerde ve Avrupa Birliği Direktiflerinde düzenlenen “*üç basamak testinin*” ilk defa uluslar arası bir sözleşmede yer alması bakımından önemlidir.

Bern Sözleşmesinin 10’ncu maddesinin birinci fıkrası, Resmi Gazetede yayımlanan metinde, “*Hukuken umuma arz edilmiş bir eserden mutad uygulamaya uygun bulunmak ve amacın haklı göstereceği ölçüyü aşmamak kaydıyla, gazete makaleleri ve basın özetleri biçimindeki dergilerden iktibasları da dâhil olmak üzere kısa alıntılar yapılmasına izin verilebilir*” şeklindedir. Madde metninde “*kısa alıntılar*” yapılmasından bahsedilmektedir. Bununla birlikte Bern Sözleşmesinin 1979 tarihli İngilizce orijinal metninde¹²⁷ “kısa” alıntı ifadesi yer almamaktadır. “Kısa alıntı” ibaresi esasen daha önce de ifade ettiğimiz üzere Bern Sözleşmesi’nin Türkiye’nin de katıldığı 1948 tarihli Brüksel metninde geçmektedir ve bu ibare 1967 tarihli Stockholm metninde kaldırılmış ve bu değişiklik 1979 tarihli Paris metninde de muhafaza edilmiştir.

Bern Sözleşmesi madde 10/f. 1’e göre bir iktibasın hukuka uygun olabilmesi için dört koşul aranmaktadır. Buna göre hukuka uygun bir iktibastan söz edebilmek için öncelikle kendisinden iktibas yapılacak eserin “hukuken umuma arz edilmiş olması” gerekmektedir. “Umuma arz edilmiş olma” ile kastedilen ise, kendisinden iktibas yapılacak eserin “*alenileşmiş*” olmasıdır¹²⁸. FSEK madde 7/f.1’de hak sahibinin rızasıyla umuma arz edilen bir eserin alenileşmiş sayılacağı düzenlenmiştir.

¹²⁶ **Reimer, Dietrich/Ulmer, Eugen**, Die Reform der Materiellrechtlichen Bestimmungen der Berner Übereinkunft, GRUR Int 1967, Heft 12, s. 445.

¹²⁷ Madde 10/ fıkra 1: “It shall be permissible to make quotations from a work which has already been lawfully made available to the public, provided that their making is compatible with fair practice, and their extent does not exceed that justified by the purpose, including quotations from newspaper articles and periodicals in the form of press summaries.”

¹²⁸ **Nordemann/Vinck /Hertin**, s. 83.

Bern Sözleşmesi madde 10/f. 1'e göre hukuka uygun bir iktibastan söz edebilmek için gereken ikinci koşul ise iktibasın “*mutad uygulamaya*” uygun olmasıdır. Bu kavram maddenin İngilizce metninde “*compatible with fair practice-dürüst uygulamaya uygun olma*” şeklindedir. Almanca metinde ise, “*anstaendigen gepflogenheiten- dürüst teamüller*” kavramı kullanılmıştır.

Sözleşmenin Türkçe metninde kullanılan “mutat uygulama” kavramında geçen “mutad” kavramı ise kanımızca yerinde kullanılmamıştır. Zira bugüne kadar mutad hale gelmiş bir kullanım da, bir kötüye kullanma oluşturabilir¹²⁹. Masouyé, sözleşmenin almanca metninde geçen “*dürüst teamüller-anständigen gepflogenheiten*” kavramını, normal olarak haklı sayılabilen, devamlı olarak kabul edilen ve genel görüşlere aykırılık oluşturmayan olarak sayılan” şeklinde tanımlamıştır¹³⁰. Öğretide bu konuda, Bern Sözleşmesinin 9’ncü maddesinin ikinci fıkrasındaki, “eserden normal yararlanmayı zedelememe” ve “eser sahibinin haklı yararlarına beklenemez ölçüde zarar vermeme” ilkelerine de dayanılabileceği ifade edilmektedir¹³¹. Bu açıdan bu kavram, üye ülkelerin yargı makamları tarafından doldurulacak, geniş bir yorum alanı bırakmaktadır¹³².

Bern Sözleşmesinin 10’ncü maddesinin birinci fıkrası gereğince, hukuka uygun bir iktibasın varlığından söz edebilmek için gereken bir diğer koşul ise iktibasın, amacın haklı kıldığı ölçüyü aşmamasıdır. Maddede geçerli iktibas amaçlarının neler olabileceği açıkça sayılmamıştır. Sözleşme metninin hazırlık aşamasında, her ne kadar, iktibas haklı kılacak amaçların münferit olarak sayılması denemeleri olsa da, bu durum uluslararası alanda uygulanabilir olarak görülmediğinden böyle bir yöntemden vazgeçilmek zorunda kalınmıştır¹³³. Öğretide, iktibasın amacın haklı kıldığı ölçüyü aşmaması koşulunun, aslında dürüst uygulama(fair practice) ilkesi altında yer aldığı, zira zorunlu olandan daha fazla iktibasın zaten bu ilkeye uygun olmayacağı ifade edilmiştir¹³⁴. Böylelikle, bu

¹²⁹ Nitekim Almanca metin için önerilen, “yerleşmiş uygulama- bewährten Übung” kavramı da, şimdiye kadar yerleşmiş olan kullanımın da bir kötüye kullanma oluşturabileceğinden bahisle uygun bulunmamıştır. Nordemann/Vinck /Hertin, s. 83.

¹³⁰ Masouyé, Claude, Kommentar zur Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst, München, Köln, 1971, Anm. 10.4, Seydel, s. 99’den naklen.

¹³¹ Nordemann/Vinck /Hertin, s. 84.

¹³² Nordemann/Vinck /Hertin, s. 83; Reimer/Ulmer, s. 445; Seydel, s. 99.

¹³³ Reimer/Ulmer, s. 445; Seydel, s. 99.

¹³⁴ Nordemann/Vinck /Hertin, s. 84.

koşulun tam içeriği, münferit olaylarda mahkemeler tarafından belirlenmek zorundadır¹³⁵.

Hukuka uygun bir iktibasın dördüncü koşulu ise Sözleşmenin 10'ncu maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, mevcut olduğu durumda eser sahibinin adı ve kaynaktan söz edilmesi gerekmektedir.

Bern Sözleşmesinde yer alan ve iktibas serbestisi ile ilgili olan diğer bir hüküm de, Sözleşmenin dokuzuncu maddesinin ikinci fıkrasında çoğaltma hakkına ilişkin olarak getirilmiş bulunan sınırlandırmadır. Maddenin birinci fıkrasında, bu sözleşme ile korunan edebiyat ve sanat eserlerinin sahiplerinin, hangi biçim ve yöntemle olursa olsun, eserlerinin çoğaltılmasına izin vermek hususunda inhisari hak sahibi oldukları düzenlendikten sonra; ikinci fıkrada, bu eserlerin, eser sahibinin çıkarlarına zarar vermemek ve eserden yararlanılmasına engel olmamak kaydıyla, bazı özel durumlarda çoğaltılmasına verilecek izin, Birlik ülkelerinin mevzuatları ile düzenleneceği hükme bağlanmıştır. Maddenin İngilizce¹³⁶ ve Almanca¹³⁷ metinleri incelendiğinde, burada, “eserden normal yararlanmayı zedelememe” ve “eser sahibinin haklı yararlarına beklenemez ölçüde zarar vermememe” ifadelerinin geçtiği görülmektedir. Fıkranın Türkçe metninde ise, “eserden *normal* yararlanmayı zedelememe” yerine, “eserden yararlanılmasına engel olmama”; “eser sahibinin haklı yararlarına beklenemez ölçüde zarar vermememe” yerine de “eser sahibinin çıkarlarına zarar vermememe” ibarelerinin kullanıldığı görülmektedir. Eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmalar, işin doğası gereği, zaten onun çıkarlarına zarar verecektir. Bu açıdan madde 9/f. 2’de yer alan ifadenin, eser sahibinin haklı yararlarına *beklenemez ölçüde* zarar verilmemesi gerektiği şeklinde anlaşılması gerekir.

Bern Sözleşmesi madde 9/f.2’de yer alan düzenleme ile daha sonraki uluslararası sözleşmelerde ve Avrupa Birliği Direktiflerinde yer alan sınırlandırmalara ilişkin hükümlere de kaynak oluşturan, “üç basamak testi” ilk kez ortaya çıkmıştır.

¹³⁵ Seydel, s. 100.

¹³⁶ Madde 9/f. 2’nin İngilizce metni: “It shall be a matter for legislation in the countries of the Union to permit the reproduction of such works in certain special cases, provided that such reproduction does not conflict with a normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.” şeklindedir.

¹³⁷ Madde 9/f. 2’nin Almanca metni şu şekildedir: “Der Gesetzgebung der Verbandsländer bleibt vorbehalten, die Vervielfältigung in gewissen Sonderfällen unter der Voraussetzung zu gestatten, dass eine solche Vervielfältigung weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigt noch die berechtigten Interessen des Urhebers unzumutbar verletzt”.

Bern Sözleşmesi'nin çoğaltma hakkının genel olarak sınırlanmasına ilişkin madde 9/f.2 hükmü, Sözleşmenin 10'ncu maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen iktibasa ilişkin kuralı tamamlayıcı niteliktedir¹³⁸.

B.Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşmasında Yer Alan Düzenlemeler

Dünya ülkeleri arasındaki ticaretin hızla artması sonucunda, fikri hakların da ticari yönü ön plana çıkmıştır. Teknolojik gelişmeler sayesinde ulaşım ve iletişimin hızlanması, ulusal sınırlar içerisindeki ticareti kolaylaştırdığı gibi, uluslararası ticaretin de gelişimine büyük katkı sağlamıştır¹³⁹. Bununla birlikte, ülkeler arasında fikri ve sınaî haklara ilişkin koruma ve müeyyideler bakımından önemli farklılıklar bulunduğundan, bu farklılıklar uluslararası ticaretin hızla gelişmesine paralel olarak ülkeler arasındaki ekonomik ilişkilerde ciddi gerginliklere yol açmaya başlamıştır. İşte bu nedenle, fikri mülkiyete ilişkin kuralları da içerecek olan yeni uluslararası ticari anlaşmaların daha düzenli, öngörülebilir ve anlaşmazlıkları daha sistematik şekilde çözmesi gerektiği gerçeği açık bir şekilde ortaya çıkmıştır¹⁴⁰.

Bu kapsamda dünya ticaretini düzenleme amacıyla olan Dünya Ticaret Örgütü(DTÖ)nün kuruluş anlaşmasına¹⁴¹ ek olarak Sahte Mal Ticareti Dâhil Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (The Agreement on Trade Related Intellectual Property Rights, Including Trade in Conterfeit Goods-TRIPS) imzalanmıştır. Türkiye bu anlaşmayı 1995 yılında kabul etmiştir¹⁴². Bu anlaşmanın ana amacı, fikri mülkiyetin korunmasını dünya çapında güçlendirmek ve uyumlu hale getirmektir¹⁴³. TRIPS, sadece eser sahibinin haklarını değil, sınaî mülkiyeti de kapsayacak şekilde geniş anlamda fikri mülkiyet hukukunu düzenleyen bir

¹³⁸ **Ulmer**, (Urheberrecht), s. 311; **Schricker**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 51, s. 1023, nr.4. Buna karşılık, Bern Sözleşmesinin üç basamak testine ilişkin düzenlemesi(madde 9/f.2) ile özel olarak düzenlenen sınırlandırmalar arasındaki ilişki, Stockholm Konferansında esasen lex specialis derogat legi generali-özel kanun genel kanunu değiştirir ilkesine gönderme yapılarak düzenlendiğinden, "üç basamak testi"nin sadece Bern Sözleşmesinde özel bir düzenleme bulunmadığında uygulama bulabileceği yönünde, **Senftleben**, **Martin**, Grundprobleme des Urheberrechtlichen Dreistufentests, GRUR Int. 2004, Heft 3, s. 203.

¹³⁹ **Ateş**, (Sınırlandırma), s. 47; **Ateş**, (Uluslararası Sözleşmeler), s. 24.

¹⁴⁰ **Kılıçoğlu**, s. 24.

¹⁴¹ Türkiye Dünya Ticaret Örgütü Sözleşmesini(WTO) 1995 yılında 4067 sayılı Kanunla uygun bularak, Dünya Ticaret Örgütüne üye olmuştur.

¹⁴² RG, 25.02.1995, S. 22213.

¹⁴³ **Seydel**, s. 110.

sözleşmedir. “TRIPS”, eser sahibinin ve komşu hak sahiplerinin haklarını kapsadığı gibi, markaları, coğrafi işaretleri, sınai tasarımları, patentleri, entegre devrelerinin tasarımlarını, açıklanmamış bilgilerin korunmasını, sözleşmeye bağlı lisanslarda rekabete karşı uygulamaların denetimini de kapsamaktadır.

TRIPS, Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmasının 11’nci maddesi uyarınca örgütün tüm üyeleri için bağlayıcı bir anlaşmadır. TRIPS günümüzde fikri mülkiyete ilişkin alanda asgari standartları belirleyen bir anlaşma haline gelmiştir. TRIPS ile belirlenen standartlara uyulup uyulmadığı TRIPS Konseyi tarafından denetlenmektedir. Standartları ihlal eden ülkeler, gerçek ve tüzel kişilerin mahkemelerde yargılanmasına benzer şekilde Dünya Ticaret Örgütü bünyesinde oluşturulan panellerde yargılanmakta ve tazminata mahkûm edilmektedirler¹⁴⁴.

TRIPS’in “Sınırlamalar ve İstisnalar” başlıklı madde 13’ncü maddesinde ise daha önce Bern Sözleşmesi madde 9/f.2’de çoğaltma hakkına getirilecek sınırlandırmalara ilişkin olarak düzenlenen “üç basamak testi- bu kez sadece çoğaltma hakkı için değil daha geniş olarak diğer mali haklar için de düzenlenmiştir. TRIPS madde 13’e göre, “*üyeler münhasır haklara getirilecek sınırlamaları veya istisnaları, eserden normal olarak yararlanma durumu ile çelişmeyen ve hak sahibinin meşru menfaatlerine makul ölçüler dışında zarar veren belirli özel hallerle kısıtlayacaklardır*”¹⁴⁵. Düzenlemede, “hak sahibinin meşru menfaatlerine makul ölçüler dışında zarar veren” belirli özel hallerle eser sahibinin haklarının sınırlanabileceği ifade edilmiştir. Buradaki ifade metnin İngilizce ve Almanca metnine uygun olarak, hak sahibinin haklı yararlarına beklenemez ölçüde zarar vermeyen belirli özel hallerde eser sahibinin haklarının sınırlanabileceği şeklinde anlaşılması gerekir.

Burada TRIPS Anlaşmasında yer alan düzenlemelerin Bern Sözleşmesinde yer alan düzenlemelerle olan ilişkisine değinmek gerekir. TRIPS madde 13’ün yorumlanmasında, özellikle, bu maddenin Bern Sözleşmesinde şimdiye kadar yer alan sınırlandırmalarla ve bu sınırlandırmalara uygun ulusal düzenlemelerle ilişkisi

¹⁴⁴ Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s. 20.

¹⁴⁵ Maddenin İngilizce metni şu şekildedir: Members shall confine limitations and exceptions to exclusive rights to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder. Almanca metin ise, “Die Mitglieder begrenzen Beschränkungen und Ausnahmen von ausschliesslichen Rechten auf bestimmte Sonderfaelle, die weder die normale Auswertung des Werks beeinträchtigen, noch die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers unzumutbar verletzen”, şeklindedir.

açısından nasıl değerlendirileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Nitekim TRIPS madde 13' de düzenlenen üç basamak testine ilişkin düzenlemenin Bern Sözleşmesinde yer alan sınırlandırmalardan bağımsız, ona alternatif esaslar getirdiği kabul edilecek olursa, eser sahibinin haklarına ulusal düzenlemelerde getirilen sınırlandırmaların doğrudan doğruya üç basamak testine dayandırılması ve Bern Sözleşmesinin özel düzenlemelerinin atlanması mümkün olacaktır¹⁴⁶. Bununla birlikte TRIPS madde 2/f. 2'de yer alan düzenleme dikkate alındığında, Bern Sözleşmesinde yer alan düzenlemelerin, TRIPS aracılığıyla ihlal edilemeyeceği ortaya çıkmaktadır. Nitekim TRIPS madde 2/f. 2'de, *“Bu Anlaşmanın I'den IV'e kadar Bölümlerinde yer alan hiçbir husus, Üyelerin birbirlerine karşı Paris Sözleşmesi, Bern Sözleşmesi, Roma Sözleşmesi ve Entegre Devrelere İlişkin Fikri Mülkiyet Anlaşması dâhilinde taşıdıkları yükümlülükleri ihlal etmez”* hükmü yer almaktadır.

Yine TRIPS madde 9/f.1'de, Bern Sözleşmesinin(1971 tarihli) manevi haklara ilişkin 6'ncı mükerrer maddesi haricinde, bu sözleşmenin 1-21'nci maddeleri arasında¹⁴⁷ yer alan hükümlere ve sözleşme ekine riayet edileceği de düzenlenmiştir. Bununla birlikte anlaşmaya üye ülkeler sadece Bern Sözleşmesinin asgari haklara ilişkin kurallarını da içeren maddi düzenlemelerine uymakla kalmayıp, aksine bu konuda daha fazla garanti getirmekle yükümlü olacaklardır¹⁴⁸. Buna göre TRIPS, Bern Sözleşmesinin koruma standartları ile yetinmeyip, aksine buna ek koruma unsurları sunmaktadır¹⁴⁹. TRIPS madde 13'de düzenlenen hüküm de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bu açıdan TRIPS madde 13'de düzenlenen üç basamak testinin de bağımsız bir istisna olmayıp, aksine daha çok Bern Sözleşmesinde yer alan tüm sınırlandırmalar için ek bir koşul getiren Bern-Artı(*Bern Plus*) bir düzenleme olarak kabul edilerek, TRIPS'de yer alan bu hükmün Bern Sözleşmesindeki hükümlere artı bir hüküm olarak uygulanması gerekir¹⁵⁰.

Bern Sözleşmesinde özel olarak düzenlenen sınırlandırmaların uygulanmasında, Bern-artı bir düzenleme olan TRIPS madde 13'de düzenlenen üç

¹⁴⁶ Senftleben, s. 203.

¹⁴⁷ Bern Sözleşmesinin 1-21'nci maddeleri maddi koruma hükümleri içermektedir. Sözleşmenin eki ise gelişmekte olan ülkelerle ilgilidir.

¹⁴⁸ Bornkamm, Joachim, Der Dreistufentest als urheberrechtliche Schrankenbestimmung, Festschrift für Willi Erdmann, Köln-Berlin-Bonn-München, 2002, s. 39.(anılış:Dreistufentest)

¹⁴⁹ Katzenberger, Paul, TRIPS und das Urheberrecht, GRUR Int 1995/Heft 6, s. 456.

¹⁵⁰ Katzenberger, s. 456; Jehoram, Herman Cohen, Einige Grundsätze zu den Ausnahmen im Urheberrecht, GRUR Int 2001, Heft 10, s. 808; Bornkamm, (Dreistufentest), s. 39.

basamak testine, sadece, ilaveten başvurulacaktır. Böylelikle ilk aşamada sınırlandırmaya ilişkin ulusal bir düzenlemenin Bern Sözleşmesi ile uyumlu olup olmadığı incelenecektir. TRIPS madde 13 ise ilk olarak ikinci aşamada gündeme gelecektir. Bern Sözleşmesinin hükümlerine uygun olan ulusal bir düzenleme, buna ilaveten üç basamak testinin gereklerine de uygun olmak zorundadır. Sınırlandırmaya ilişkin bir düzenlemenin Bern Sözleşmesi ile uyumlu olmaması durumunda, alternatif olarak TRIPS madde 13'e göre bir değerlendirmeye dayanılmayacaktır¹⁵¹.

C.Wipo Telif Hakları Anlaşmasında Yer Alan Düzenlemeler

Wipo-Telif Hakları Andlaşması 20 Aralık 1996 yılında Cenevre'de imzalanmıştır. 5647 sayılı Wipo Telif Hakları Andlaşmasına Katılmamızın Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun¹⁵² ve Bakanlar Kurulu'nun 2008/13597 sayılı Kararı¹⁵³ ile Türkiye'de bu anlaşmaya katılmıştır. Bu anlaşma büyük ölçüde, dijital teknolojiler nedeniyle ortaya çıkan fikri haklarla ilgili olarak, dijital teknolojiler nedeniyle ortaya çıkan sorunlara çözüm getirmek amacıyla hazırlanmıştır¹⁵⁴.

Anlaşmanın "Sınırlamalar ve İstisnalar" başlıklı 10/f.1'nci maddesinde, "Akit Taraflar, ulusal mevzuatlarında, bu Andlaşma ile edebiyat ve sanat eserleri sahiplerine tanınan haklarda, eserin olağan kullanımını engellemeyecek ve eser sahibinin meşru haklarına zarar vermeyecek bazı özel durumlarda, sınırlamalar ya da istisnalar sağlayabilir" hükmü yer almaktadır¹⁵⁵.

Belirtmek gerekir ki, her ne kadar maddenin Resmi Gazetede yayımlanan metninde, "eser sahibinin meşru yararlarına zarar vermeyecek" bazı özel durumlarda eser sahibinin haklarına sınırlandırma ya da istisna getirilebileceği ifade edilse de, maddenin İngilizce metni dikkate alındığında, burada eser sahibinin haklı yararlarına *beklenemez ölçüde* zarar verecek sınırlandırma ya da istisna getirilemeyeceğinden

¹⁵¹ Senftleben, s. 203.

¹⁵² RG, 8.5.2007, S. 26516.

¹⁵³ RG., 14.5.2008, S. 26876.

¹⁵⁴ Ateş, (Sınırlandırma), s. 47.

¹⁵⁵ Maddenin İngilizce metni şu şekildedir: Contracting Parties may, in their national legislation, provide for limitations of or exceptions to the rights granted to authors of literary and artistic works under this Treaty in certain special cases that do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.

söz etmek için doğrusu olacaktır. Zira eser sahibinin haklarına getirilecek sınırlandırmalar, zaten tabiatı gereği onun haklarına ihlal edecektir. Bu açıdan metnin bu şekilde anlaşılması durumunda bu düzenlemenin bir anlamı kalmayacaktır. Burada önemli olan eser sahibinin haklarının beklenemez ölçüde ihlal edilmemesidir.

Wipo Telif Hakları Anlaşmasının 10'ncu maddesinde düzenlenen üç basamak testi de TRIPS Anlaşmasında olduğu gibi, Bern Sözleşmesinde yer alan özel düzenlemelere ilaveten uygulanacaktır. Wipo Telif Hakları Anlaşması madde 10'da yer alan üç basamak testine ilişkin düzenleme, Bern Sözleşmesinde yer alan özel bir düzenlemeye ilaveten uygulanacağından, eser sahibinin hakkına sınırlandırma getiren bir düzenlemenin, Bern Sözleşmesinde yer alan koşulları karşılamaması durumunda artık eser sahibinin haklarına getirilecek sınırlandırmalarının Wipo Telif Hakları Anlaşması madde 10 aracılığıyla genişletilmesi söz konusu olmayacaktır¹⁵⁶.

D. 2001/29 Sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nde Yer Alan Düzenlemeler

1. Genel Olarak

Bilgi Toplumunda Eser Sahibi Hakları ve Bağlantılı Haklara İlişkin Bazı Hususların Uyumlaştırılmasına İlişkin 22.5.2001 tarih ve 2001/29 sayılı Avrupa Birliği Direktifi (Bilgi Toplumu Direktifi), Avrupa Konseyi tarafından oldukça uzun süren tartışmalardan sonra, 22 Mayıs 2001'de, kabul edilmiş ve 22 Haziran 2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bilgi Toplumu Direktifi -başlığında da ifade edildiği gibi esasen bilgi toplumunda eser sahibi haklarının özellikleri, yani dijitalleşme ve iletişim ağları kurulması ile eser sahibi haklarında ortaya çıkan sorunlara ilişkin olmakla birlikte¹⁵⁷, amacı sadece bununla sınırlı değildir. Zira söz konusu direktifle aynı zamanda, mali haklar ve bunların sınırları tespit edilmek suretiyle eser sahibi haklarının temel alanı ilk kez düzenlenmiştir¹⁵⁸.

Bilgi Toplumu Direktifinin "Sınırlandırmalar ve İstisnalar" başlıklı beşinci maddesinde eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırma ve istisnalar

¹⁵⁶ Senftleben, s. 204.

¹⁵⁷ Dreier, Thomas, Die Umsetzung der Urheberrechtsrichtlinie 2001/29/EG in deutsches Recht, ZUM 2002/1, s. 28.

¹⁵⁸ Spindler, Gerald, Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR 2002, Heft 2, s. 105

düzenlenmiştir. Direktifin beşinci maddesinin yapısı incelendiğinde, sınırlandırma ve istisnaların maddenin ilk dört fıkrasında kara Avrupası hukuk sistemlerindeki kazuistik düzenlemelere benzer bir şekilde ayrıntılı bir liste ile tek tek sayıldığı; bununla birlikte maddenin beşinci fıkrasında, ilk dört fıkrada ayrıntılı olarak sayılan sınırlandırma ve istisnaların hukuka uygun olabilmesi için gereken ve “üç basamak testi” olarak adlandırılan genel bir düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Maddenin birinci ve ikinci fıkralarında çoğaltma hakkında ilişkin olarak; üçüncü fıkrasında çoğaltma hakkı yanında umuma iletim ve kamunun erişimine kılma haklarına getirilen sınırlandırma ve istisnalar düzenlenmiştir. İktibas serbestisine ilişkin düzenleme de, beşinci maddenin üçüncü fıkrasının “d” bendinde yer almaktadır. Buna karşılık Direktifte yayma hakkına ilişkin olarak açık bir istisna veya sınırlandırma öngörülmemekle birlikte, çoğaltma hakkına istisna veya sınırlandırma öngören üye ülkelere, izin verilen çoğaltma amacı haklı kıldığı sürece yayma hakkı için de istisna ve sınırlandırma getirmeleri için izin verilmiştir(Direktif madde 5/f. 4).

Bilgi Toplumu Direktifi'nin beşinci maddesinde sayılan istisna ve sınırlandırmalar mutlak ve sınırlı olarak düzenlenmiştir. Yani üye ülkeler ulusal hukuklarında, burada belirtilenler dışında istisna ve sınırlandırmalar öngöremezler¹⁵⁹. Bununla birlikte direktifin beşinci maddesinin, ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarında düzenlenen istisna ve sınırlandırmalar zorunlu olmayıp ihtiyari nitelikte düzenlemelerdir. Böylelikle üye ülkelere Direktifle öngörülen üst sınırlar dâhilinde, sınırlandırma ve istisnalara ilişkin kataloğu ulusal düzenlemelerine geçirmek isteyip istemedikleri ya da ne kapsamda geçirmeyi istedikleri hususunda serbestçe karar verme imkânı tanınmıştır¹⁶⁰. Bu kapsamda iktibas serbestisine ilişkin olarak beşinci maddenin üçüncü fıkrasının “d” bendinde yer alan düzenleme de zorunlu nitelikte değildir.

Bilgi Toplumu Direktifinin beşinci maddesinin beşinci fıkrası ise daha önce de belirtildiği üzere ilk olarak Bern Sözleşmesi'nin Stockholm metninde sadece çoğaltma hakkına getirilecek sınırlandırmalar bakımından öngörülen üç basamak testini içermektedir. Buna göre, sınırlandırmalara sadece eserden ya da diğer koruma

¹⁵⁹ **Reinbothe, Jörg**, Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR Int 2001, Heft 8-9, s. 737; **Bayreuther, Frank**, Beschränkungen des Urheberrechts nach der neuen EU-Urheberrechtsrichtlinie, ZUM 2001/11, s. 829.

¹⁶⁰ **Reinbothe**, s. 737; **Bayreuther**, s. 829.

konularından normal yararlanmayı zedelemeyen ve hak sahibinin yararlarına beklenemez ölçüde zarar vermeyen belirli özel durumlarda izin verilir(Direktif madde 5/f. 5) Bilgi Toplumu Direktifinde düzenlenen üç basamak testi Bern Sözleşmesinin dokuzuncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenlemeden farklı olarak, sadece çoğaltma hakkına ilişkin sınırlandırmalar bakımından değil, Direktifin istisna ve sınırlandırmalara ilişkin beşinci maddesinin ilk dört bendinde düzenlenen genel olarak eser sahibinin mali haklarına getirilecek sınırlandırmaların geçerli olabilmesi için gereken bir üst koşul olarak düzenlenmiştir. Direktifin beşinci maddesinin beşinci fıkrasında düzenlenen “üç basamak testi” eser sahibinin beşinci maddede sayılan tüm istisna ve sınırlandırmalar açısından uygulama alanı bulur¹⁶¹.

İktibas serbestisine ilişkin düzenleme ise daha önce ifade edildiği üzere Direktifin beşinci maddesinin üçüncü fıkrasının “d” bendinde yer almaktadır¹⁶². Buna göre, hali hazırda hukuka uygun olarak kamunun erişimine kılınmış bir eser ya da diğer bir koruma konusundan, kritik ya da eleştiri gibi amaçlar¹⁶³ için iktibas yapılabilmesi, -imkânsız olmadıkça- eser sahibinin ismi de dâhil olmak üzere kaynağın gösterilmesine ve kullanımın dürüst uygulamaya uygun bulunması ve özel amaçla haklı kılınan çerçevede olmasına bağlıdır.

¹⁶¹ Bununla birlikte, Direktifin beşinci maddesinin ilk dört fıkrasında detaylı bir şekilde düzenlenen sınırlandırmaya ilişkin hükümlerin hali hazırda eser sahibinin yararlarını ayrıntılı bir şekilde göz ettiği ve buna uygun olarak sadece bir eserin eser sahibi tarafından normal değerlendirilmesini beklenemez ölçüde engellenmeyen istisnalara izin verildiği ifade edilerek, Direktifte ayrıca üç basamak testine ilişkin bir düzenleme getirilmesinin gereksiz olduğu yolunda görüşler de bulunmaktadır. **Bayreuther**, s. 839.

¹⁶² Maddenin ingilizce metni: “quotations for purposes such as criticism or review, provided that they relate to a work or other subject-matter which has already been lawfully made available to the public, that, unless this turns out to be impossible, the source, including the author's name, is indicated, and that their use is in accordance with fair practice, and to the extent required by the specific purpose” şeklindedir. Almanca metin ise, “für Zitate zu Zwecken wie Kritik oder Rezensionen, sofern sie ein Werk oder einen sonstigen Schutzgegenstand betreffen, das bzw. der der Öffentlichkeit bereits rechtmäßig zugänglich gemacht wurde, sofern - außer in Fällen, in denen sich dies als unmöglich erweist - die Quelle, einschließlich des Namens des Urhebers, angegeben wird und sofern die Nutzung den anständigen Gepflogenheiten entspricht und in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt ist” şeklindedir.

¹⁶³ İktibas amacının sadece kritik ve eleştiri ile sınırlı olmadığı, zira madde metninde de, kritik ve eleştiri -gibi- amaçlardan söz edildiği yönünde, **Schricker**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 51, s. 1031, nr.19a.

2. Üç Basamak Testi

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere ilk olarak sadece çoğaltma hakkının sınırlandırılmasına ilişkin olarak Bern Sözleşmesinin 1967 tarihli Stockholm metninde ortaya çıkan(Bern Sözleşmesi madde 9/f. 2) üç basamak testi, daha sonraki uluslararası sözleşmelere de(TRIPS madde 13'de; Wipo Telif Hakları Sözleşmesi (madde 10/f. 1) ve 2001/29 sayılı Bilgi Toplumu Direktifine(madde 5/f.5)¹⁶⁴ alınmış ve bu kez sadece çoğaltma hakkına ilişkin olarak değil, eser sahibinin¹⁶⁵ diğer haklarına da getirilecek sınırlandırmalara ilişkin olarak düzenlenmiştir. Üç basamak testi, adından da anlaşılacağı üzere üç basamak içermektedir. Buna göre eser sahibinin ve diğer hak sahiplerinin¹⁶⁶ haklarına getirilecek sınırlandırmaların: a)Belirli özel durumlara ilişkin olması (*birinci basamak*); b)eserden ya da diğer koruma konularından normal yararlanmayı zedelememesi(*ikinci basamak*); c)hak sahibinin haklı yararlarına beklenemez ölçüde zarar vermemesi(*üçüncü basamak*) gerekir.

Üç basamak testi, fonksiyonel bakımdan eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmalara da sınırlandırma getiren bir düzenleme(“*Schrankschranke*”) olarak görülebilir¹⁶⁷.

a. Birinci Basamak: Belirli Özel Durumlar

Üç basamak testinin bu basamağına göre, eser sahibinin haklarına getirilecek sınırlandırmalar “belirli özel durumlarla” sınırlı olacaktır. Burada geçen “*özel durumlar(sonderfälle)*” ibaresinin, eser sahibinin haklarına getirilen

¹⁶⁴ Ayrıca 91/250 sayılı Bilgisayar Programlarının Korunmasına İlişkin Avrupa Birliği Direktifi madde 6/3 ve 96/9 sayılı Veri Tabanlarının Korunmasına İlişkin Avrupa Birliği Direktifi (madde 6/3)'nde de bu konuda düzenleme yer almaktadır.

¹⁶⁵ Belirtmek gerekir ki, üç basamak testi ayrıca 1996 tarihli Wipo İcralar ve Fonogramlar Anlaşmasının 16'ncı maddesinin ikinci fıkrasında da, icracı sanatçılar ve fonogram yapımcılarının haklarına getirilecek sınırlandırmalar bakımından da kabul edilmiştir. Bu maddeye göre, akit Taraflar, bir icra veya fonogramın normal kullanımıyla çelişmeyen ve icracı sanatçı veya fonogram yapımcısının yasal çıkarlarına hâle getirmeyen bu Andlaşmadaki özel durumlar için sağlanan hakların sınırlanması veya istisnaların getirilmesini kısıtlayabilirler. Türkiye 1996 tarihli Wipo İcralar ve Fonogramlar Anlaşmasına da 5646 sayılı Kanun(RG, 8.5.2007, S. 26516) ve Bakanlar Kurulu'nun 2008/13597 sayılı Kararı(RG., 14.5.2008, S. 26876) ile katılmıştır.

¹⁶⁶ Direktifin 5'nci maddesinde getirilen istisna ve sınırlandırmalar, bağlantılı hak sahipleri bakımından da geçerlidir, **Krüger**, s. 31.

¹⁶⁷ **Senftleben**, s. 200.

sınırlandırmanın, az sayıdaki yararlanma faaliyetleri açısından söz konusu olabileceği anlamına gelen niceliksel bir nitelendirme ile değil, niteliksel olarak anlaşılabilir, eser sahibinin hakkına getirilen bir sınırlandırmanın belirli, önemli bir yarar takip etmesi olarak anlaşılması gerekmektedir¹⁶⁸. Bu husus üç basamak testinin bütününe sistematik bakımdan değerlendirilmesinden ortaya çıkar. Zira testin sınırlandırmalara ilişkin hükümlerinin hak sahibinin yararlarına beklenemez ölçüde zarar verilmemesini öngören üçüncü basamağında, hak sahibinin haklı yararlarının, yararlanan tarafın çıkarları karşısında itinalı bir şekilde tartılması söz konusu olmaktadır. Bu açıdan testin başlangıç aşamasında da, belirli sınırlandırmanın hangi yararlar hizmet ettiği belirlenmesi gerekmektedir¹⁶⁹. Böylelikle testin üçüncü basamağında hangi yararların karşılaştırmaya tabi tutulacağı belirlenmiş olacaktır¹⁷⁰.

Buna göre sınırlandırmaya ilişkin hükmün geri planında, örneğin bilimsel bilgilerin yayılması ve erişilebilir kılınması veya eğitimin desteklenmesi gibi bir menfaat olup olmadığının incelenmesi gerekir. Eğer bu şekilde bir menfaat bulunmuyorsa ya da bu menfaatin üçüncü basamak çerçevesinde artık anlamlı bir karşılaştırma yapılamayacak derecede zayıf olduğu sonucu çıkıyorsa artık burada “özel bir durumun” varlığından söz edilemeyecek ve üç basamak testi daha ilk basamakta kesilecektir¹⁷¹.

Eser sahibinin haklarına getirilen bir sınırlandırmanın diğer sınırlandırmalardan özel amacı tanımlanabilir olacak şekilde, yeterli açıklıkta ayrılabilmesi bu sınırlandırmanın üç basamak testi kapsamında *belirli* olması için yeterli sayılacaktır¹⁷². Buna göre sınırlandırmaya ilişkin bir hüküm, hangi amaca hizmet ettiğinin açık olmayan bir şekilde düzenlenmesi durumunda, üç basamak testi kapsamında yer alan belirlilik unsurunu yerine getirmemiş olacaktır.

¹⁶⁸ Förster, s. 194.

¹⁶⁹ Senftleben, s. 207.

¹⁷⁰ Senftleben, Martin, Die Bedeutung der Schranken des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft und ihre Begrenzung durch den Dreistufentest (Hilty, Reto M./Peukert, Alexander, Interessen Ausgleich im Urheberrecht, Baden-Baden, 2004), s. 176, (anlış: Hilty/Peukert, Interessen Ausgleich im Urheberrecht)

¹⁷¹ Senftleben, s. 207; Förster, s. 194–195.

¹⁷² Senftleben, (Hilty/Peukert, Interessenausgleich im Urheberrecht), s. 177. Amerikan fair use kuralının bu kapsamda belirlilik unsuruna uygun olup olmadığı hususunda Bkz. Senftleben, (Hilty/Peukert, Interessen Ausgleich im Urheberrecht), s. 177; Förster, s. 196 vd.

b. İkinci Basamak: Normal Yararlanmayı Zedelememe

Üç basamak testinin ikinci basamağında, eserden yararlanmanın akla gelebilecek her zedelenmesi istisna edilmemiştir Burada daha ziyade söz konusu yararlanmanın geleneksel değerlendirme şekilleri ile *doğrudan doğruya rekabet* haline girmesi durumunda, eserden normal yararlanmanın engellendiği kabul edilmektedir. Buna karşılık eserden geleneksel yararlanma şekilleri bakımından dolaylı olarak ortaya çıkan sakıncalı etkiler ise örneğin, kişisel amaç için kopyalamadan ortaya çıkabilecek zararlarda olduğu gibi, ilk olarak üçüncü basamakta dikkate alınmalıdır¹⁷³.

Belirtmek gerekir ki, üç basamak testinin “eserden veya diğer koruma konularından normal yararlanmayı zedelememe” hususundaki ikinci basamağı, Alman Mahkemeleri tarafından geçerli bir iktibasın bulunup bulunmadığına karar vermede(özellikle UrHG madde 51/f.2-bent 2 kapsamında yapılacak küçük iktibaslarda, iktibas edilebilecek eser parçalarının miktarın belirlenmesinde) dikkate alınmaktadır. Alman öğretisinde de, bu basamak her ne kadar Kanunda açıkça öngörülmemiş olsa da, hukuka uygun bir iktibasın koşullarından biri olarak kabul edilmektedir. Alman öğretisinde, bir iktibasın hukuka uygun olabilmesi için, “yararlanmanın eser sahibinin yararlarını beklenemez ölçüde zedelememesi” gerektiği ifade edilmektedir. Alman öğretisi ve yargısı yapılan iktibasın, eserin değerlendirilmesini beklenemez ölçüde zedelemesi durumunda, geçerli olmayacağını kabul etmektedir¹⁷⁴.

¹⁷³ **Bornkamm**, (Dreistufentest), s. 34, 46; Testin ikinci basamağında yer alan “eserden normal yararlanmanın zedelenmemesi” koşulunun bir sınırlandırmanın beraberinde ancak bütünüyle önemli bir satış zararını getirmesi durumunda gerçekleşmediğinin kabul edilmesi gerekeceği de ifade etmiştir. Diğer bir deyişle bu durumda eser sahibi haklarının ekonomik özünün ihlali söz konusu olur. Eser sahibi haklarının ekonomik özünü belirlerken ise öncelikle, hangi eser türlerinin sınırlandırmaya ilişkin bir hükümle ilgili olduğunun açıklığa kavuşturulması, sonrasında ise ilgili eser türlerinde en fazla satış bedeli elde edilebilecek aktüel ve potansiyel değerlendirme şekillerini bulmak için dikkatli bir piyasa analizinin yapılması gerekmektedir, **Senftleben**, s. 209.

¹⁷⁴ **Waldenberger**, (Möhring/Nicolini, Urheberrechtsgesetz), § 51, s. 502, nr.7; **Schricker**, (Schricker, Urheberrecht), § 51, s. 1033, nr.23; **Dreier**, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz), § 51, s. 818, nr. 4; BGH, GRUR 1959, Heft 4, s. 200, “Verkehrs-Kinderlied” ; BGH, GRUR 1986, Heft 1, s. 60, “Geistchristentum”; Buna karşılık, bilimsel eserlere yapılacak büyük iktibasta yani bir eserin tamamının, kendisine iktibas yapılan bilimsel eserin içeriğini aydınlatmak için iktibas edilmesinde, eser sahibinin eserinden yararlanma haklarının, serbest bilimsel tartışmada bulunan toplum yararı karşısında esasen geri plana atıldığı yönünde, **Schricker**, (Schricker, Urheberrecht), § 51, s. 1034, nr. 24.

Alman hukukunda geçerli bir iktibasın bulunması için aranan bu koşul, içerik olarak üç basamak testinin ikinci basamağı, yani eserden normal yararlanmanın zedelenmemesi koşulu ile örtüşmektedir.

Nitekim Alman hukukunda “eserden yararlanmanın beklenemez ölçüde zedelenmemesi” koşulu ile iktibasın bir eseri, o eseri edinmeye ciddi olarak istekli olanları, bu eseri, edinme isteğinden uzaklaştıracak derecede, çok fazla içermesi; iktibaslar yoluyla kendisinden iktibas yapılan eserin yerine geçilmesi durumu kastedilmektedir¹⁷⁵. Buna karşılık, iktibasa bağlı olarak yapılan eleştiriler veya bilinçli olarak gülünç duruma düşürme(örneğin politik bir fikir tartışması temelinde, karikatür aracılığıyla yapılan tartışmada) gibi *dolaylı* ihlaller bu kapsamda değerlendirilmez¹⁷⁶.

c. Üçüncü Basamak: Hak Sahibinin Haklı Yararlarına Beklenemez Ölçüde Zarar Vermeme

Üç basamak testinin son basamağı ise, sınırlandırmanın eser sahibinin haklı yararlarına beklenemez ölçüde zarar vermemesidir. Karşılıklı yararların dengelenmesi ilk olarak bu basamakta gündeme gelmektedir.

Üçüncü basamak, eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmalar bakımından hatırı sayılır bir oynama alanı bırakmaktadır. İlk olarak bu düzenleme ile eser sahibinin akla gelebilecek her yararının dikkate alınmayacağı ifade edilmektedir. İkinci olarak eser sahibinin haklı yararların ihlaline esasen izin verilmiştir. İhlal ilk olarak beklenemez ölçüye ulaştığı anda, üçüncü basamaktaki yasağa bir müdahalenin bulunduğundan söz edilebilecektir¹⁷⁷.

Eser sahibinin haklı yararlarının sınırlandırmaya ilişkin hükümden kaynaklanan ihlalinin, sınırlandırmanın hizmet ettiği amaç dikkate alındığında ölçüsüz olmaması gerekir. Aksi takdirde üç basamak testinin yasakladığı beklenemez bir ihlalin varlığından söz edilir. Bundan dolayı öncelikle ilgili sınırlandırmanın, getirilmesindeki amacı desteklemek için uygun olması beklenir. Zira eser sahibinin haklarına getirilecek yararsız bir sınırlandırmaya katlanması beklenemez ölçüde bir

¹⁷⁵ **Schricker**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 51, s. 1033, nr.23.

¹⁷⁶ **Schricker**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 51, s. 1033, nr.23; **Seydel**, s. 37.

¹⁷⁷ **Senftleben**, (**Hilty/Peukert**, Interessen Ausgleich im Urheberrecht), s. 174.

ihlal olacaktır. Yine seçilen sınırlandırmanın getirilmesinde takip edilen amacı gerçekleştirmeye yönelik en hafif araç olup olmadığına bakılmalıdır¹⁷⁸.

IV. İKTİBAS SERBESTİSİNE İLİŞKİN HÜKMÜN YORUMUNDA GÖZETİLECEK ESASLAR

İktibas serbestisine ilişkin FSEK madde 35 hükmü, esasen eser sahibinin mali haklarına getirilmiş bir sınırlandırma niteliğindedir. Öğretide ise genel olarak, eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmaların istisnai nitelik taşıdığı ve bu nedenle dar yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir. Bu noktada eser sahibinin mali haklarına sınırlandırma getiren, FSEK madde 35’de yer alan iktibas serbestisine ilişkin hükmün yorumlanmasında da, söz konusu dar yorum ilkesinin geçerli olup olmayacağına incelenmesi gerekmektedir.

A. Yorum Kavramı

Yorum, bir hukuk kuralının gerçek anlamını ve kapsamını belirlemek için yapılan faaliyettir¹⁷⁹. Yorumda hedef, kanunun yapılmasını gerektiren eylem, davranış ve ilişkilerde mevcut olan menfaat çatışmaları arasındaki zıtlığın kanunla nasıl giderildiğini araştırmaya çalışmak ve bunlar arasında dengeyi sağlarken, kanunun hangisini ne sebeplerle daha fazla koruduğunu ortaya çıkarmaktır. Kanunun yorumlanmasında, anlamının açıklanmasında amaç, bu kanunun yapılması ile neyin istenmiş olduğunun meydana çıkarılması ve kanunun herhangi bir hükmünün buna uygun olarak uygulanmasıdır¹⁸⁰.

Bir hukuk kuralının yorumlanmasında değişik yorum yöntemlerinden (metodlarından) yararlanır. Bu yorum yöntemleri, sözel (lafzi-

¹⁷⁸ Senftleben, s. 211.

¹⁷⁹ Zevkliler, Aydın/Acabey, M. Beşir/Gökyayla, K. Emre, Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara, 2000, s. 86; Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut, Türk Medeni Hukuku-Kişiler Hukuku, Dördüncü Bası, İstanbul, 2002, s. 120; Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami, Medeni Hukuk, 12. Bası, İstanbul, 2005, s. 52.

¹⁸⁰ Akipek/Akıntürk, s. 120.

gramatikal) yorum, sistematik yorum, tarihi yorum¹⁸¹ ve amaca bağılı yorum (amaçsal yorum)dur.

Bir kanun hükmünü yorumlamada ilk hareket noktası, kanunun sözüdür ve ilk olarak kullanılacak yorum yöntemi de, sözel yorumdur. Sözel yorumda bir kanun hükmü, kanun koyucunun kullandığı deyim ve ifadelerin gündelik ve özellikle hukuk dilindeki anlamlarından, cümlelerin maddelerdeki sıralanış biçiminden ve maddelerin kaleme alınışının gramatik analizinden ve noktalama işaretinden hareketle yorumlanır¹⁸². Bununla beraber bir kanun hükmünün yorumlanmasında istisnai olarak sadece bu yöntemle yetinilebilir. Sadece sözel yorum yöntemiyle kanunun özünü ortaya çıkarmak mümkün değildir¹⁸³. Zira Medeni Kanun'un birinci maddesinin birinci fıkrasında, “*Kanunun, sözüyle ve özüyle değındiğı bütün konularda uygulanacağı*” ifade edilerek, sadece sözel bir yorumda bulunmanın yetersizliğine işaret edilmiştir.

Sistematik yorum ise, bir hukuk kuralından sözel yorum yoluyla bir anlam çıkarılamaması durumunda başvuru olan bir yorum yöntemidir. Bu yöntemde, bir kuralın Kanun içerisindeki yerinden, Kanunun hangi kısım ve bölümünde düzenlenmiş olduğundan, kenar başlıklar arasındaki ayırmadan, maddeler arasındaki mantıksal ilişkiden, kanunun sistematığı ve planından mantık kuralları yardımıyla Kanun koyucunun iradesi belirlenmeye çalışılır¹⁸⁴. Bu yorum yönteminde bir kanun hükmü tek başına değil, kanunun öteki kuralları ile hatta genel sistemin temel taşı Anayasa ile birlikte bir bütün halinde değerlendirilir¹⁸⁵.

Tarihi yorum yönteminde ise, tarihi belgeler ve özellikle Kanunun hazırlayıcı malzemesi(gerekçe, tasarıların gelişimi, komisyon ve meclis görüşmeleri) dikkate alınır¹⁸⁶.

Her Kanun toplumsal yaşamdaki çeşitli kurum ve ilişkileri düzenlerken, çatışan karşılıklı çıkarlar arasında bir denge sağlamak ister. Bu dengeyi de bu çıkarlardan bazen birini ve bazen de diğeri korumak yoluyla yapar. Amaçsal yorum

¹⁸¹ Sistematik ve tarihi yorum, “mantıksal yorum” başlığı altında birlikte değerlendirilmektedir, **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 88; **Akipek/Akıntürk**, s.127.

¹⁸²**Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 88; **Akipek/Akıntürk**, s.127; **Oğuzman/Barlas**, s. 53; **Bilge, Necip**, Hukuk Başlangıcı, Ankara, 2000, s. 197.

¹⁸³ **Akipek/Akıntürk**, s. 127.

¹⁸⁴ **Akipek/Akıntürk**, s. 128; **Oğuzman/Barlas**, s. 57.

¹⁸⁵ **Serozan, Rona**, Medeni Hukuk, İstanbul, 2004, s. 105.

¹⁸⁶ **Serozan**, s. 105; **Oğuzman/Barlas**, s. 58; **Bilge**, s. 198.

yöntemi kanunun dayandığı bu temel ilkenin, amacın yani kanunun *ratio legis*'inin araştırılması gerektiği ilkesine dayanır¹⁸⁷. Kanunun amacı belirlenirken de toplumun o anda sahip olduğu, güncel ihtiyaçlar, gerçekler, değer yargıları, olayın özellikleri göz önünde bulundurularak bir sonuca ulaşılmaya çalışılır¹⁸⁸. Özellikle yorumun yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan Anayasaya aykırı düşmeyecek anlam tercih edilmelidir¹⁸⁹. Bu prensibe *anayasaya uygun yorum prensibi* adı verilmektedir. Zira anayasaya uygun yorum yöntemi hukuk kurallarını bir bütün halinde dikkate alan sistematik yorumun da bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır¹⁹⁰.

Anayasaya uygun yorum ilkesi, her bir hukuk kuralının yorumunda temel hukuk düzenlemesi olan Anayasanın da dikkate alınmasını gerektirir. Buna göre farklı yorum yöntemlerinden farklı sonuçlar ortaya çıkıyorsa, bu sonuçlar arasından anayasa ile en çok bağdaşan ve uyum gösteren sonuca öncelik tanınması gerekmektedir.

Anayasanın 11'nci maddesine göre, Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır(Anayasa madde 11/f. 1).Anayasa, kamu erkini kullananlar, yargı organları kadar, devlet erkini kullanmayan tüm özel kişi ve kuruluşlar için de bağlayıcıdır, zira Anayasa hükümleri yalnız devlet organlarını ve makamlarını değil, diğer kuruluş ve kişileri de bağlayan temel hukuk kurallarıdır¹⁹¹. Yargının da Anayasa ile bağlı olması esassından ise mahkemelerin kanunları ve diğer hukuk kurallarını uygularken sürekli olarak Anayasa hükümlerini de göz önünde bulundurmaları gerektiği sonucu çıkar. Anayasaya uygun yorum olarak adlandırılan bu yorum yöntemi gereğince, mahkemeler, uygulanacak kuralların anlaşılmasında ve yorumunda anayasa buyrukları ışığında davranmalı ve bunlara uygun yorum yoluna gitmelidir¹⁹².

¹⁸⁷ Akipek/Akıntürk, s. 130; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 89.

¹⁸⁸ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 89.

¹⁸⁹ Oğuzman/Barlas, s. 60.

¹⁹⁰ Serozan, s. 105.

¹⁹¹ Tanör/Yüzbaşıoğlu s. 110 vd. Anayasanın 11'nci maddesinin ikinci fıkrasında ise Kanunların Anayasaya aykırı olamayacakları düzenlenmiştir.

¹⁹² Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 110; Bkz. Seçkin, A.Recai, Anayasa Mahkemesinden Başka Mahkemelerin Anayasayı Uygulamaları ve O Mahkemelerce Hukuk Kurallarının Anayasaya Uygun Yorumu, Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı, İstanbul, 1968, s. 145 vd.; Buna karşılık, yasada boşluk bulunması durumunda anayasada somut ve uygulanabilir bir kuralın bulunması halinde, bu hükmün olaya doğrudan uygulanması ve buna göre hüküm verilmesinde ise Anayasanın doğrudan uygulanması söz konusudur. Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 110.

Bu yorum yönteminin hukuk düzeninin temelinde yatan Anayasa hükümlerinin de göz önüne alınmasını gerektiren sistematik yorum yönteminin gereği olduğu söylenebilirse de¹⁹³, diğer taraftan anayasaya uygun yorum yönteminin genel yorum yöntemlerinin(sözel, tarihi, sistematik ve amaca bağlı yorum) uygulanmasından sonra başvurulacak bir yöntem olduğu belirtilmelidir. Zira anayasaya uygun yorum yöntemi ancak söz konusu genel yorum yöntemlerinden farklı sonuçlara ulaşılması durumunda, bu yorumlardan anayasaya en uygun olanının seçilmesidir. Buna göre, mahkemelerin önlerine gelen uyuşmazlıkta uygulayacakları hükümler öncelikle Kanun hükümleridir. Bu kapsamda bir kanun hükmünün gerçek anlam ve amacının tespitinde daha önce de belirttiğimiz genel yorum yöntemlerini uygulayacaklardır. Uygulanan yorum yöntemlerinden farklı sonuçlar çıkması durumunda, anayasaya uygun yorum yöntemi gereğince, yorum yöntemleri ile ulaşılan sonuçlardan anayasaya en uygun olanının tercih edilmesi gerekir. Buna karşılık genel yorum yöntemleri kapsamında ulaşılan ve anayasaya aykırı sonuç doğuran yorumun, tüm yorum yöntemlerine göre ulaşılabilen tek sonuç olması durumunda anayasaya uygun yoruma başvurulamaz. Zira bir Kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı hususunda karar verme yetkisi Anayasa Mahkemesine aittir. Bu durumda ancak söz konusu hükmün Anayasaya aykırı olduğu iddiası ile Anayasa Mahkemesine itiraz edilebilir¹⁹⁴. Buna karşılık genel yorum yöntemlerinden hem anayasaya uygun olan hem de uygun olmayan sonuçlara ulaşıyorsa burada anayasaya uygun yorum yönteminin seçilmesi gerekecektir¹⁹⁵. Bu açıdan anayasaya uygun yorum yöntemi daima genel yorum yöntemlerine göre farklı yorumlara

¹⁹³ **Seçkin**, s. 147. Belirtmek gerekir ki bu noktada sadece Anayasa değil, uluslar arası sözleşmelerin de yorumunda dikkate alınması gerekir, **Macciachini**, s. 46.

¹⁹⁴ Kanunların Anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi ise Anayasa Mahkemesi tarafından yapılır. Kanunların Anayasaya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurma “iptal davası-soyut norm denetimi” ve “itiraz-somut norm denetimi” yolu ile olmak üzere iki şekilde gerçekleştirilir. **Tanör/Yüzbaşıoğlu**, s. 490. İptal davası yolu Anayasada belirtilen bazı organların ya da belli sayıda milletvekilinin anayasaya aykırılık iddiası ile doğrudan doğruya Anayasa Mahkemesinde iptal davası açmasıdır (Anayasa madde 150). İtiraz yolu ise, bir mahkemede görülmekte olan davanın karara bağlanmasının, o davada kullanılacak hukuk normunun anayasaya uygun olup olmadığına bağlı olması halinde yapılan denetimdir. Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır(Anayasa madde 152 fıkra 1).

¹⁹⁵ **Larenz**, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin-Heidelberg, 1991, s. 339.

ulaşılması durumunda gündeme gelebilecek bir yorum yöntemidir¹⁹⁶. Yine genel yorum yöntemleri kapsamında anayasaya uygun olan birden fazla sonuca ulaşıyorsa bunlardan Anayasal prensiplerle en fazla uyuşan yorumun tercih edilmesi gerekir¹⁹⁷.

B. Eser Sahibinin Haklarına Getirilen Sınırlandırmaların Dar Yorumlanması Gerektiği Yönündeki Görüşler

Öğretide, eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmaların istisnai nitelikte hükümler olduğu ve *istisna öngören hükümlerin de dar yorumlanması gerektiği* yolundaki ilkedен hareket edilerek, esasen eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmaların dar yorumlanması gerektiği ileri sürülmektedir. Yine bu konuda sınırlandırmaya ilişkin hükümlerde “şüphe halinde eser sahibi lehine” hareket edileceği de bazı yazarlar tarafından ifade edilmektedir¹⁹⁸. Kabul edilen genel ilkeye göre ise, sınırlama, yasaklama getiren veya normal düzenden ayrılarak “istisna” öngören hükümlerin uygulama alanı, yorum yoluyla genişletilemeyecektir¹⁹⁹.

FSEK’in iktibas serbestisine ilişkin 35’nci maddesi de eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmalardan birisi olduğundan, eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmaların, kural olarak dar yorumlanması gerektiğinin kabulü halinde, iktibas serbestisine ilişkin hükümlerin de dar yorumlanması gerektiğinden bahsedilecektir.

Alman öğretisinde ve yargı kararlarında hâkim olan görüş, UrHG madde 44-a ve devamında eser sahibinin haklarına sınırlandırma getiren hükümlerin istisnai hükümler olduğunu ifade ederek, eser sahibinin haklarına sınırlandırma getiren hükümlerin ve bu arada iktibas serbestisine ilişkin hükmün(UrHG madde 51) de kural olarak dar yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir²⁰⁰. Bu görüş, özellikle

¹⁹⁶ **Findeisen, Frank**, Die Auslegung urheberrechtlicher Schrankenbestimmungen, Heidelberg, 2005, s. 128.

¹⁹⁷ **Larenz**, s. 339; **Findeisen**, s. 118.

¹⁹⁸ **Üstün, Gürsel**, Fikri Hukukta Eser Sahibi Lehine Yorum İlkesi, FMR, Y.6, C.6, S. 2006/1, s. 63 vd. (anılış: Eser Sahibi Lehine Yorum); **Üstün**, (Tahditler), s. 131.

¹⁹⁹ **Oğuzman/Barlas**, s. 57; **Engisch, Karl**, Einführung in das juristische Denken, 10. Auflage, Stuttgart, 2005, s. 196, bununla birlikte, söz konusu genel ilkenin kuşku olduğunu ifade etmiştir. Hukuk düzeninin genel ana kurallarından istisnai olarak ayırdığı hükümler istisnai nitelikte hükümler olarak kabul edilmektedir. **Findeisen**, s. 78.

²⁰⁰ **Gamm, Otto-Friedrich von**, Urheberrechtsgesetz, Kommentar, München, 1968, s. 514, nr.4; **Melichar, (Schricke)**, Urheberrecht, Vor§§ 44aff., s. 954, nr.15; **Schricke, (Schricke)**, Urheberrecht), § 51, s. 1025, nr.8; **Nordemann, Wilhelm**, (Nordemann/Nordemann/ Nordemann,

eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmaların, UrHG’de, eser sahibinin haklarına ilişkin düzenlemeler karşısındaki düzenleniş sistematüğinden, yani Kanunun yapısı ve sistematüğinden yola çıkmaktadır²⁰¹.

Yine eser sahibinin haklarına sınırlandırma getiren hükümlerin kural olarak dar yorumlanacağı ilkesinin temelini, istisnai hükümlerin genel olarak dar yorumlanacağı ilkesinden ziyade, eser sahibinin eserinden ekonomik olarak yararlanmaya uygun bir şekilde katılması ve eser sahibine tanınan inhisari nitelikteki hakların haddinden fazla sınırlandırılmasına izin verilmemesi düşüncesinde yattığı da ifade edilmiştir²⁰². Yine, özellikle eser sahibinin mali haklarının anayasal olarak mülkiyet hakkı kapsamında korunmasından dolayı, bu haklara getirilecek sınırlandırmaların da esasen dar yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir²⁰³.

Söz konusu görüş, eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmaların kural olarak dar yorumlanması gerektiğini kabul ederek, bu sınırlandırmaların kural olarak genişletici bir yorum ya da kıyas yoluyla genişletilmesinin mümkün olmayacağı ifade etmekle birlikte; bu imkânın tamamen ortadan kaldırılmaması ve bazı

Urheberrecht), Vor§§ 44aff., s. 940, nr.3; **Götting**, (Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts), s. 457, nr. 128; Bornkamm, **Joachim**, Ungeschriebene Schranken des Urheberrechts?, Festschrift für Henning Piper, München 1996, s. 649, (anılış:Schranken); **Seydel**, s. 11;**Krüger**, s. 59. Alman Mahkemeleri de kararlarında, eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmaların kural olarak istisnai hükümler olarak dar yorumlanması gerektiğini ifade etmektedirler: BGH, GRUR 1968, Heft 10, s. 610vd, “Kandinsky”; BGH, GRUR 1994, Heft 11, s.802, “Museumkatalog”; BGH, GRUR 1987/Heft 6, s. 363, “Filmzitat”; Eser sahibinin haklarına sınırlandırma getiren hükümlerin istisnai hükümler olmasının sonucu olarak bu hükümlerin kıyas yoluyla genişletilmesi imkânının da kural olarak bulunmadığı yönünde, **Melichar**, (**Schricker**, Urheberrecht), Vor§§ 44aff. , s. 956, nr.16/c.

²⁰¹ Buna göre kanun koyucu UrHG madde 15’de ve devamındaki düzenlemelerde eser sahibinin mali haklarını kapsamlı bir şekilde düzenledikten sonra, eser sahibine madde 15’de kapsamlı bir şekilde tanıdığı mali haklara getirilecek sınırlandırmaları, Kanunun altıncı faslında madde 44-a ve devamında içerik olarak detaylı bir şekilde tespit ettiği sınırlı sayıda sayma yoluyla getirilen hükümlerle düzenlemiştir. Böylece kanun koyucu eser sahibinin yararları ile eserden yararlanacak kişilerin yararları arasında hali hazırda somut olarak şekillendirdiği düzenlemeler aracılığıyla belirleyici bir denkleştirme getirdiğinden, eser sahibinin haklarını belirlenen bu çerçeve dışında ihlal etmemek için bu hükümlerin genişletici şekilde yorumlanmaması gerekir, **Gamm**, s. 514, nr.4; **Seydel**, s. 11.

²⁰² **Lüft**, (**Wandtke/Bullinger**, Praxiskommentar zum Urheberrecht), Vor §§44aff., s. 710, nr.1; Benzer şekilde, eser sahibine mali haklar tanınmasının temelinde yatan, eser sahibinin eserinin getireceği ekonomik yararlardan mümkün mertebe makul şekilde pay alması, bu yararları katılması gerektiği ilkesinden hareket ederek, eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmaların dar yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir, **Rehbinder**, **Manfred**, Urheberrecht, 15. Auflage, München, 2008, s. 163, nr.435; **Schack**, **Haimo**, Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, FS Gerhard Schricker, München, 2005, s. 514(anılış: Schranken).

²⁰³ **Götting**, (**Loewenheim**, Handbuch des Urheberrechts), s. 412, nr. 4, ayrıca Bkz.**Schack**, (Urheberrecht), s. 48, nr. 86; **Bornkamm**, (Schranken), s. 649; yine dar yorum ilkesinin uluslararası sözleşmelerde, özellikle Bern Sözleşmesi madde 9/f.2 ve TRIPS madde 13’de yer alan ve eser sahibinin mali haklarına getirilecek sınırlandırmaların eserden normal yararlanmayı zedelemeyen, hak sahibinin haklı yararlarına beklenemez ölçüde zarar vermeyen belirli özel durumlarla sınırlandırılmasından da kaynaklandığı ifade edilmiştir, **Götting**, (**Loewenheim**, Handbuch des Urheberrechts), s. 412, nr. 4.

durumlarda genişletici bir yoruma ya da sınırlandırmaya ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla genişletilmesine imkân tanınması gerektiğini de ifade etmektedir. Bu sonuca özellikle “Anayasaya uygun yorum prensibi” çerçevesinde varılmaktadır²⁰⁴. Burada önemli olan husus, hükmün anlam ve amacına göre benzer olaylarda uygulanmasına izin verilip verilemeyeceği ve bunun Anayasal koruma ile uyumlu gözüküp gözükmediğidir²⁰⁵.

Zira burada özellikle eser sahibinin mülkiyet hakkı kapsamında anayasal olarak korunan mali hakları ile üçüncü kişilerin yine anayasal olarak korunan düşünceyi açıklama özgürlüğü; basın özgürlüğü; bilim ve sanat özgürlüğü gibi hakları arasında bir taraftan bir çatışma bulunurken, diğer taraftan da çatışan bu haklar arasında aynı zamanda karşılıklı bir etkileşim bulunmaktadır. Zira eser sahibinin mali hakları bir taraftan mülkiyet hakkı kapsamında anayasal korumadan yararlanmakta ve eser sahibinin mali haklarına ilişkin olarak getirilen düzenlemeler, haber ve fikir alma ve verme serbestisini de kapsayan düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü(Anayasa madde 26), bilim ve sanat özgürlüğü(Anayasa madde 27)²⁰⁶ gibi temel haklara Kanunla getirilen bir sınırlandırma olarak ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte Anayasal hakları sınırlandıran Kanunların da sınırlandırma getirdikleri Anayasal hakların ışığı altında yorumlanması ve böylelikle tekrar kendi içinde sınırlandırılması mümkündür²⁰⁷. Bu doğrultuda eser sahibinin Anayasal korumadan yararlanan mali hakları ile düşünceyi açıklama ve yayma gibi diğer anayasal haklar arasında ortaya çıkan çatışmanın, karşılıklı hakların, dikkatli bir şekilde tartılması ile çözümlenebileceği ifade edilmiştir. Bununla birlikte kanun koyucu, kendisine düşen karşılıklı hakları denkleştirme işini hali hazırda eser sahibinin haklarına sınırlandırma

²⁰⁴ Bkz. **Bornkamm**, (Schranken), s. 650.

²⁰⁵ **Schricker**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 51, s. 1025, nr.8; **Dreier**, (**Dreier/Schulze**, Urheberrechtsgesetz), Vor§§ 44aff s. 770, nr.7; Eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmaların kural olarak dar yorumlanması gerekmele birlikte, eser sahibinin haklarını sınırlandırıcı nitelikteki hükümler kısmen, anayasal olarak korunan bazı hakları da dikkate aldıklarından aldıklarından, yorumlamada da eser sahibinin yararları yanında aynı zamanda sınırlandırmaya ilişkin hükümler aracılığıyla korunan yararları da dikkat edilmesi gerekir. Bu durum münferit olaylarda, daha geniş ve toplumun bilgi edinmede veya yararlanmada bulunan çıkarlarını göz önüne bir yoruma ulaşılması gerekliliğine yol açabilir **Lüft**, (**Wandtke/Bullinger**, Praxiskommentar zum Urheberrecht), Vor §§44aff, s. 710, nr.1.

²⁰⁶ Alman Anayasasında ise, düşünceyi açıklama, basın, radyo-televizyon özgürlüğü ve bilim ve sanat özgürlüğü, tek bir madde içerisinde(5. maddede) düzenlenmiştir. Alman Anayasası madde 5/f.1’in birinci cümlesinde düşünceyi açıklama özgürlüğü ve enformasyon özgürlüğü olarak da anılan bilgi edinme özgürlüğü; ikinci cümlesinde ise basın özgürlüğü ve radyo-televizyon ve film yoluyla haber verme özgürlüğü düzenlenmiştir. Madde 5/f. 3’de ise bilim ve sanat özgürlüğü düzenlenmiştir.

²⁰⁷ Bkz. BVerfG, (BVerfGE 7, s. 198, 208),”Lüth”.

getiren hükümler kapsamında yerine getirdiğinden, sadece münferit durumlarda, - özellikle sistem boşluklarının telafi edilmesinde olduğu gibi-, genişletici bir yorum ya da kıyas yoluyla gerekli düzeltmelerin yapılmasının mümkün olduğu; buna karşılık her bir münferit olayda salt karşılıklı olarak çatışan hakların karşılaştırılması yolu ile söz konusu sınırlandırmaların genişletilemeyeceği ifade edilmektedir²⁰⁸.

Bu doğrultuda iktibas serbestisine ilişkin hükümler bakımından da bazı durumlarda(örneğin Kanunda düzenlemeyen sinema eserlerine iktibasın kabul edilmesi bakımından) genişletici yorum ya da kıyas yolunun uygulanması mümkün olmakla birlikte, iktibas serbestisine ilişkin düzenlemelerin, iktibas amacı ya da bir eserden ancak alenileşmiş olması durumunda iktibas yapılabileceğine ilişkin temel kuralla eser sahibinin manevi hakkını koruyan temel sınırlarının(ana çizgilerinin) genişletici yorum yoluyla aşılamayacağı ifade edilmiştir²⁰⁹. Nitekim uygulamada da - daha sonrada değinileceği üzere- Alman Mahkemeleri de özellikle sinema eserlerine iktibas yapılması²¹⁰; bilimsel nitelikte olmayan esere de bir güzel sanat eserinin tamamının iktibas edilebilmesi²¹¹ gibi, iktibas serbestisini, Kanunda açıkça düzenlemeyen durumlara genişleten kararlar vermişlerdir. Zira Alman Anayasa Mahkemesi de, “Brecht” kararında, eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmaların anayasal olarak garanti altına alınan“sanat özgürlüğü hakkı” ışığında yorumlanması gerekeceğini ve Anayasal olarak korunan farklı hakların çatışması durumunda bunlar arasında bir denge kurulması gerektiğini ifade etmiştir²¹².

Belirtmek gerekir ki, UrHG'nin iktibas serbestisini düzenleyen 51'nci maddesinde 1.1.2008 tarihinde yürürlüğe giren, “Bilgi Toplumunda Eser Sahibinin Haklarının Düzenlenmesine İlişkin İkinci Kanun” ile yapılan değişiklikle, maddeye

²⁰⁸ **Schricker, (Schricker, Urheberrecht)**, § 51, s. 1025, nr.8. Zira öğretilde ileri sürülen diğer bir görüş, iktibas serbestisine ilişkin hükmün bütününde(UrHG madde 51), münferit her bir olayda mahkemeler tarafından çatışan hak ve yararların karşılaştırılarak anayasaya uygun olarak doldurulması gereken bir boşluk gösterdiğini ifade etmiştir. **Wild, Gisela, (Schricker, Gerhard, Urheberrecht, 3. neubearbeitete Auflage, München, 2006)**,UrHG § 97, s. 1887, nr.24.

²⁰⁹ **Schricker, (Schricker, Urheberrecht)**, § 51, s. 1026, nr.9; Özellikle kötüye kullanımları engellemek için, iktibas amacının “ispat fonksiyonu” ile sınırlı olarak tespit edilmesi gerektiği yönünde, **Schack,(Schranken)**, s. 520; istisnai hükümlerin kıyas yoluyla genişletilmesinin ancak istisnai durumlarda karşılıklı hak ve çıkarların dikkatli bir şekilde karşılaştırılarak söz konusu olması gerektiği, böylelikle hem hukuk güvenliğine zarar verilmemiş hem de anayasal olarak korunan eser sahibi haklarının gereğinden fazla aşındırılmamış olacağı yönünde, **Seydel**, s. 13.

²¹⁰ BGH, GRUR 1987/Heft 6, s. 363, “Filmzitat”.

²¹¹ KG, UFITA, 1969(54), s. 296; LG Berlin, GRUR 1978, s. 108.

²¹² BVerfG, GRUR 2001, s. 149.

genel nitelikte bir düzenleme içeren bir giriş fıkrası eklenmişse de, düzenlemenin gerekçesinde, genel bir hüküm koyan bu yeni fıkra aracılığıyla, iktibas serbestisine ilişkin hükümlerin esaslı bir şekilde genişletilemeyip, burada sadece mevcut metnin esnek olmayan düzenlemesinden doğan münferit boşlukların(örneğin sinema eserlerine iktibas yapılmasında olduğu gibi) ortadan kaldırılmasının amaçlandığı ifade edilmiştir.

Son olarak, öğretilerde bir görüş ise, iş hukukundaki “kuşku işçi lehine yorumlanır” ilkesinin eser sahipleri bakımından da uygulanacağını ileri sürmektedir. Zira eser sahibi de, eser üzerinde fiili hâkimiyet kurmasının olanaksızlığı, esere yönelik tecavüzlerin fiziki mülkiyete nazaran daha kolay olması gibi nedenlerle²¹³ genelde işçi gibi zayıf durumda bulunduğundan burada eser sahibi lehine dengenin sağlanması gerekmektedir. Bu görüşe göre eser sahibi lehine yorum ilkesi özellikle Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun eser sahibi lehine getirilen kurallarından da ortaya çıkmaktadır²¹⁴.

C. Eser Sahibinin Haklarına Getirilen Sınırlandırmaların Dar Yorumlanmasına Karşı Çıkan Görüşler

Buna karşılık diğer bir görüş ise, eser sahibinin haklarına sınırlandırma getiren hükümlerin “dar” yorumlanması gerektiği görüşüne karşı çıkmaktadır. Bu görüş, özellikle, eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmalarda, anayasal olarak garanti altına alınan düşüncüyü açıklama, sanat özgürlüğü gibi bazı temel hakların korunmak istendiğini dikkate alarak, eser sahibinin haklarına, bazı temel anayasal hakları koruma düşüncesi ile getirilen sınırlandırmaların “istisnai” nitelikte hükümler olarak kabul edilemeyeceği hususuna dayanmaktadır²¹⁵.

²¹³ Bkz. **Üstün**, (Eser Sahibi Lehine Yorum), s. 66.

²¹⁴ **Üstün**, (Eser Sahibi Lehine Yorum), s. 68 vd. Yazar bu doğrultuda özellikle FSEK madde 50/f.2;51;52;54;55;56/f.2;57/f.1 gibi bir takım hükümleri örnek göstermektedir.

²¹⁵ Löffler, konuya özellikle Anayasada düzenlenen ve Enformasyon özgürlüğü “Informationfreiheit” hakları açısından yaklaşmış ve bu hakları garanti altına alan sınırlandırmaya ilişkin bir hükmün ya da bir yorumun tabiatı gereği istisnai karakterde olamayacağını ifade etmiştir. **Löffler**, s. 204; Becker ise, eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmalara ilişkin düzenlemelerin dar olarak yorumlanması gerektiği şeklindeki görüşün hem anayasal hem de hukuk metodolojisi bakımından doğru olmadığını ifade etmiştir. Keza eser sahibinin haklarına ilişkin düzenlemelerin aynı şekilde toplumun enformasyon özgürlüğü veya bireylerin düşüncüyü açıklama özgürlüğü ve sanat özgürlüğü haklarının bir sınırlandırması şeklinde görülmesi durumunda, aynı mantıkla hareket edilerek eser sahibinin haklarına ilişkin düzenlemelerin dar yorumlanması sonucuna ulaşılabileceğini; hukuk metodolojisi

Bu noktada özellikle, eser sahibi haklarının ortaya çıkmasının tarihi kaynağından hareket eden bir görüş, eser sahibinin haklarının tanınmasının köklerinin aydınlanma düşüncesine dayandığının bilinen bir gerçek olduğunu; aydınlanma dönemi düşünürlerinin, “fikri mülkiyeti” eser sahibinin eserinden elde edeceği maddi menfaatleri garanti altına almak için savundukları kadar, burada sosyal bir ideal de takip ettiklerini ve bu idealin de eserleri basma hakkının monarkların izni ile yapılmasını ve bu suretle sansüre uğramasını engelleyerek, aydınlanma düşüncelerini yaymak olduğunu ifade etmiştir. Eser sahibi hakları, aydınlanma temelinde, eser sahibinin maddi ve fikri bağımsızlığını ve aynı zamanda da özgür fikri tartışmayı, mümkün kılarak yine düşüncelerin halk arasında yayılmasını sağlayarak topluma hizmet etmiştir. Böylelikle toplum yararı hem bir koruma sebebi hem de bir sınırlandırma sebebi oluşturmuştur. Bu görüş özellikle, eser sahibinin mülkiyet hakkı kapsamında anayasal olarak korunan mali hakları ile eserden yararlananların düşünceyi açıklama özgürlüğü, sanat, bilim özgürlüğü gibi anayasal haklarının karşılıklı olarak eşit pozisyonlarda yer aldığını ve bundan yola çıkıldığında da çatışan farklı çıkarlar arasında haklı bir denge kurulması gerektiğinden, bu yararlar arasında bir hiyerarşiden bahsedilemeyeceğini ve eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmaların istisnai nitelikte hükümler olmadığını belirtmiştir. Bu noktada sınırlandırmaya ilişkin hükümlerin anayasal hakların ışığı altında yorumlanması gerekir²¹⁶.

açısından da eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmaların istisnai hükümler değil maddi sınırlandırmalar getiren hükümler olduğunu ifade ederek, burada haklı bir çözümün ilgili Anayasal hakların karşılıklı etkileşimlerinin ışığı altında ve her bir somut olayda bulunan ekonomik yararlar gözetilerek bulunması gerektiğini ifade etmiştir. **Becker, Bernhard**, Parodiefreiheit und Güterabwägung, GRUR 2004, Heft 2, s. 108, (amılış:Parodiefreiheit).

²¹⁶ **Geiger, Christophe**, Der Urheberrechtliche Interessenausgleich in der Informationsgesellschaft- Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts, GRUR Int 2004, Heft 10, s. 816, 819. Öğretide diğer bir görüş ise, eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmaları kısmen istisnai nitelikte görmektedir. Buna göre eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmaların istisnai nitelikte olup olmadığının tespitinde, eser sahibinin mali haklarının temelinde yatan ilkeyi istisnai olarak çığneyen bir sınırlandırma mı olduğu, yoksa söz konusu sınırlandırmanın fikir ve sanat eserleri hukukunun tabiatından kaynaklanan bir sınırlandırma olarak mı ortaya çıktığının belirlenmesi önem gösterir, **Findeisen**, s. 83, 99 vd.

D. Değerlendirme

Eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmaların dar yorumlanması gerektiği görüşü, özellikle, istisnai hükümlerin dar yorumlanacağı ilkesine dayanmaktadır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere sınırlama, yasaklama veya normal düzenden ayrılarak “istisna” öngören kanun hükümlerinin kural olarak genişletici bir şekilde yorumlanamayacağı ifade edilmektedir²¹⁷. Ancak bu noktada ne zaman bir istisnai hükmün varlığından söz edilebileceği hususu, yani hangi hükümlerin “istisnai” nitelikte olduğunun belirlenmesi bir problem olarak ortaya çıkmaktadır²¹⁸. Zira Kanundaki bir hükmün genel nitelikteki kurallardan sonra gelen sınırlandırmaya ilişkin ayrı bir başlık altında düzenlenmesinin, bu hükmün istisnai nitelik taşıdığı anlamına gelmeyeceği öncelikle belirtilmelidir.

Eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmalar da Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun, “Fikri Haklar” başlıklı üçüncü bölümünde “Tahditler” başlığı altında düzenlenmiştir. Kanunun “Fikri Haklar” başlıklı üçüncü bölümünün de öncelikle “Eser Sahibinin Hakları” düzenlenmiş ve eser sahibinin mali ve manevi haklarının içeriği belirlenmiş; devamında ise “Tahditler” başlığı altında bu haklara getirilecek sınırlandırmalar düzenlenmiştir. Böylelikle “Fikri Haklar” başlıklı aynı bölüm altında, öncelikle eser sahibinin haklarının kapsamı ve kullanılmasına ilişkin düzenlemeler yapılmış, sonrasında ise eser sahibinin haklarına getirilecek sınırlandırmalar düzenlenmiştir²¹⁹.

²¹⁷ Bkz. **Oğuzman/Barlas**, s. 57; Buna karşılık “istisnalar dar yorumlanır” şeklindeki biçimsel yorum ilkesinin kabul edilemeyeceği yönünde, **Serozan**, s. 107.

²¹⁸ **Kröger, Detlef**, Enge Auslegung von Schrankenbestimmungen – wie lange noch?, MMR, 2002/1, s. 20

²¹⁹ UrHG’den farklı olarak eser sahibinin hakları ve bunlara getirilen sınırlandırmalar “Fikri Haklar” başlıklı aynı bölüm altında düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki, FSEK’de, UrHG’de yer alan düzenlemenin(UrHG madde 15) aksine olarak, eser sahibine tanınan mali haklar örnekseyici olarak sayılmayıp, eser sahibinin mali haklarının Kanunda sayılanlarla sınırlı olduğu ifade edilmiş ve eser sahibinin mali hakları sınırlayıcı bir sayımla gösterilmiştir. Bu düzenleme ise öğretilerde sıklıkla eleştirilmektedir, **Öztan**, (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 351, Bununla birlikte tek tek mali hakların kapsamı bakımından kapsamlı nitelik taşıyan düzenlemeler de bulunmaktadır. Örneğin eser sahibinin çoğaltma hakkını düzenleyen 22 ‘nci maddesinde, bir eserin aslı veya kopyalarını, herhangi bir şekil veya yöntemle, tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak çoğaltma hakkının münhasıran eser sahibine ait olduğu(birinci fıkra);yine 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 edilmesinin, her türlü ses ve müzik kayıtları ile mimarlık eserlerine ait plan, proje ve krokilerin uygulanması da çoğaltma sayılacağı...(ikinci fıkra) düzenlenmiştir.

Bununla birlikte, bir kanun hükmünün salt lafzen “sınırlandırmalar” başlığı altında, genel kuralların arkasından düzenlenmiş olmasından yola çıkılarak istisnai hükümler mahiyetinde kabul edilmemesi gerekir²²⁰. Burada sadece bir Kanun yapma tekniği söz konusudur. Bu açıdan eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmaların, eser sahibinin haklarını düzenleyen hükümler içerisinde ya da bunu takiben yapılması arasında herhangi bir fark bulunmayacaktır.

Zira hukuk düzeninin belirli durumlarda istisnai bir şekilde düzenlenen bir hükümdeki yararı “ister sıkı koşullara bağlı olarak, isterse belirli türdeki tüm durumlarda kabul eden bir düzenleme ile olsun” daha önemli olarak gözetmiş olmasından dolayı, öncelik vermiş olması mümkündür²²¹. Bu açıdan bir kanuni düzenlemenin yorumlanmasında, bu hükmün Kanunda lafzen istisna ya da sınırlandırma olarak nitelendirilmiş olması ya da genel nitelikteki kuralların içerisinde değil de, daha sonra düzenlenmiş olması, bu hükümlerin gerçek anlam ve amacının tespiti bakımından tek başına dikkate alınmamalıdır²²². Bir hükmün *şeklen* istisnai olarak nitelendirilmiş olması, kanun koyucunun o hüküm içerisinde düzenlenen yararı daha az değerde görmüş olduğu anlamına gelmez²²³. Bu açıdan bir

²²⁰ Bkz. **Larenz**, s. 355; **Pahud**, s. 110.

²²¹ **Pahud**, s. 111.

²²² Bu açıdan eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmaların, eser sahibinin haklarına ilişkin düzenlemeler içerisinde değil de, daha sonradan “Tahditler” başlığı altında düzenlenmesi bu hükümlerin istisnai nitelikte olmasını gerektirmeyecektir. Kanunun gerekçesinde de, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 13’ncü maddesinde, fikir ve sanat eserleri üzerinde sahiplerinin menfaatleri, bu Kanun dairesinde himaye görür dendiğine göre, eserin sahibine, sahipliği dolayısıyla kendisinin eser ve parçaları üzerindeki mali ve manevi menfaatlerini korumak için, tahditsiz, takyitsiz olarak değil, belki amme ve üçüncü kişilerin maddi ve manevi menfaatlerini tartarak yalnız münasip görülen ölçü ve genişlikte subjektif haklar tanınmıştır...” (**Berzek, Ayşe Nur**, Fikri ve Sınai Hukuk Mevzuatı, İstanbul, 2004, s. 8–9) denildiğinden, eser sahibinin haklarının kapsamına ilk olarak sınırlandırmaya ilişkin hükümlerin birlikte okunması ile ulaşılabileceği ve eser sahibinin haklarının kapsamının kanun koyucu tarafından karşıt yararlarla hali hazırda bir tartma yapılarak belirlendiği sonucu çıkmaktadır; UrHG madde 15 ve devamında eser sahibinin haklarının kapsamlı bir şekilde düzenlendiğinden bahsedilerek, sınırlandırmalara ilişkin hükümlerin dar yorumlanması gerektiği şeklindeki görüş de isabet olmadığı; zira UrHG madde 15 ve devamında eser sahibinin mali haklarının kapsamlı bir şekilde düzenlenmiş olmasının, bu hakların kapsamlı bir şekilde tanındığı anlamına gelmeyip, eser sahibinin haklarının kapsamına ilk olarak bu hakların içeriğine ve sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemelerin birlikte göz önüne alınması ile ulaşılabileceği yönünde, **Findeisen**, s. 79; kanun koyucunun fikir ve sanat eserleri hukukundaki anlayışına ilk kez, eser sahibinin mali hakları ile topluma tanınan yetkilerin birbiriyle birleştirilmesi ile ulaşılabileceği yönünde, **Kröger**, s. 20.

²²³ **Macciacchini**, s. 47: Kanun koyucunun istisnai nitelikte hükümleri, bu hükümlerde gözettiği yararları daha az değerli gördüğünden değil, daha ziyade istisnai nitelikte bir hüküm getirmek suretiyle bu hükümle korunan yararı belirli koşullar altında ana kuralla korunan yarardan daha önemli olarak nitelendirmesinden dolayı düzenlediği yönünde.

kanun hükmünün gerçek anlam ve amacının da tüm yorum yöntemleri birlikte dikkate alınarak belirlenmesi gerekmektedir²²⁴.

Belirtmek gerekir ki, genel yorum yöntemleri kullanılarak bir hükmün istisnai olarak nitelendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılsa bile²²⁵, bu durum, hükmün mümkün olduğu kadar dar yorumlanması ya da kıyas imkânının her durumda kapalı olduğu şeklinde anlaşılmalıdır. Burada önemli olan istisnai nitelikte bir hükmün, genişletici bir yorumu ya da kıyas yoluyla, kanun koyucunun düzenlemedeki amacının en sonunda tam tersine çevrilmesinden sakınılmasıdır. Burada belirleyici olan kanun koyucunun bu durumları istisnai nitelikte kılmasının altında yatan sebeptir²²⁶. Zira istisnai nitelikteki hükümlerde dahi, istisnai nitelikteki hükmün ana düşüncesi sınırında kalmak üzere kıyas mümkündür²²⁷.

Eser sahibinin haklarının Anayasal olarak mülkiyet hakkı kapsamında korunmasından yola çıkılarak, eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmaların da kural olarak dar yorumlanması gerektiği söylenemeyecektir. Zira bir eserden sınırlandırmaya ilişkin hükümler kapsamında yararlanılmasına izin verilmesinde de, çoğu kez yararlananların da anayasal olarak korunan haklarının gözetilmek istenmesi yatmaktadır. Özellikle iktibas serbestisine ilişkin hükümlerde bu husus açıkça ortaya çıkar. Zira iktibas serbestisine ilişkin hükümler kapsamında özellikle kendisine iktibas yapılan eser bağlamında başka eserlerden iktibas yapılmasını gerekli kılan düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyeti(Anayasa madde 26);bilim ve sanat hürriyeti(Anayasa madde 27) gibi anayasal haklar ortaya çıkmaktadır.

İktibas serbestisine ilişkin hükümler çerçevesinde, eser sahibinin anayasal anlamdaki mülkiyet hakkı ile eserden yararlananların düşüncüyü açıklama özgürlüğü,

²²⁴ **Pahud**, s. 111; eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmaların ne dar yorumlanacağı ne de kıyas yasağına tabi olacağı; burada söz konusu düzenlemelerin gerektiğinde aynı zamanda kıyasen uygulanabilirlikleri hakkında karar vermek için daha ziyade her bir sınırlandırmanın amacının aranmasının gerektiği ifade edilmiştir, **Raue, Peter**, Zum Dogma von der restriktiven Auslegung der Schrankenbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes, Festschrift für Wilhelm Nordemann zum 70. Geburtstag, München, 2004, s. 339.

²²⁵ Bkz. **Findeisen**, s. 115

²²⁶ **Larenz**, s. 356; benzer nitelikte **Findeisen**, s. 115.

²²⁷ **Engisch**, s. 196. Belirtmek gerekir ki, BGH'de iktibas serbestisine ilişkin hükümlerin, eser sahibinin inhisari nitelikteki mali haklarına getirilen bir sınırlandırma olmasından dolayı, kural olarak "dar" yorumlanması gerektiğini ifade etmişse de, bu temel ilkenin, Kanunda bir kural boşluğu olması ve istisnai nitelikteki hükmün anlam ve amacının kıyasa izin vermesi koşuluyla, bu hükmün kıyas yoluyla uygulanmasına engel olmayacağını ifade etmiş ve UrHG madde 51/2'i kıyas yoluyla sinema eserlerine de uygulayarak, bu eserlere de iktibas yapılabileceğine karar vermiştir. BGH, GRUR 1987, Heft 6, s. 363, "Filmzitat".

bilim ve sanat özgürlüğü temelinde ortaya çıkan anayasal hakları arasında bulunan çatışmanın dengelenmeye çalışılması söz konusudur. Karşılıklı çatışan anayasal haklar ise *kural olarak* eşit derecede ve değerdedir, yani anayasa normları *ilke olarak* birbirine eşittir. Burada bir anayasal normun diğerinin önüne alınmasına izin veren bir hiyerarşi ve genel geçer bir kriter bulunmayıp, daha ziyade kanun koyucunun veya kanunu uygulayanların somut karar verme durumunda bir tartma yoluna giderek karar vermesi söz konusudur. Bu yapılırken ise münferit anayasal düzenlemeler, birbirinden ayrı olarak değil, diğer anayasal düzenlemeler ile bağlantılı olarak ve diğer anayasal düzenlemelerle karşılaştırılarak göz önüne alınmalıdır²²⁸.

Değinilmesi gereken bir başka hususta, iş hukukunda, eser sahibinin, bir işçi gibi zayıf konumda olduğu ve bu nedenle iş hukukunda kabul edilen, işçi lehine yorum ilkesinin, eser sahibi için de uygulanabileceği görüşüdür. Bu görüş, fiziki mülkiyet ile fikri mülkiyet arasındaki farklardan dolayı eser sahibinin zayıf durumda olduğunu ifade etmektedir. Kanunda eser sahibi lehine yapılan bir takım düzenlemeleri örnek olarak göstererek, fikir ve sanat eserleri hukukunda da şüphe halinde eser sahibi lehine yorum ilkesinin geçerli olması gerektiğini ve eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmalar bakımından da bu esasın geçerli olacağını ifade etmektedir²²⁹.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, iş hukuku, sadece bağımlı bir ilişki içerisinde gerçekleştirilen bir işi korumaktadır. Bağımlılık ilişkisi çerçevesinde yani bir iş görme ilişkisi çerçevesinde bir eser yaratılması olgusuna sıkça rastlansa da, fikir ve sanat eserleri hukuku kural olarak bağımsız olarak çalışan eser sahibini korumaktadır²³⁰. Bununla birlikte, eserini, bağımsız olarak yaratan bir eser sahibinin de, eserinin değerlendirilmesi işini yüklenen müteşebbüs karşısında işçilere benzer şekilde zayıf bir pozisyonda oldukları kabul edilmektedir. Zira eser sahibi, faaliyetinin boşuna kalmaması için eserini ne pahasına olursa olsun alenileştirmek zorundadır. Özellikle genç ve henüz isim yapmamış eser sahipleri, çoğu kez eseri

²²⁸ **Pahud**, s. 68; Anayasal normlar arasında hiyerarşi bulunduğu yolundaki görüşleri eleştirerek, sonuç olarak Anayasal normlar arasında hiyerarşi olmadığı yönünde, **Gözler, Kemal**, Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu, Bursa, 1999, s. 171.

²²⁹ **Üstün**, (Eser Sahibi Lehine Yorum), s.66 vd. ; **Üstün**, (Tahditler), s. 131.

²³⁰ **Rehbinder**, s. 51-52, nr. 117, 118.

değerlendirenin sunduğu koşulları kabul etmek durumunda kalmaktadırlar²³¹. Bu durum karşısında eser sahiplerinin özellikle mali haklarını bir defaya özgü bir ödeme karşılığında devretmiş veya yaptıkları sözleşme ile yaratıcı kabiliyetini aşırı derecede sınırlandırmış olduğu haller için bile, mali durumunu yönünden, yeni imkânlar tanınarak, güçlendirilmesi gerekir²³². Şüphe halinde eser sahibi lehine yorum görüşünün temelini dayandırdığı Kanuni düzenlemelerden biri olan pay hakkı da(FSEK madde 45) bu doğrultuda tanınmıştır. Bunun dışında bu görüşün dayandığı, Kanuni düzenlemelerin de genel olarak, eser sahibinin eseri üzerindeki mali hakları devrederken yapacağı sözleşmelere ilişkin bulunduğu görülmektedir²³³. Söz konusu hükümlerin tanınmasındaki amaç, eser sahibinin eserini değerlendiren müteşebbüsler karşısında bulunduğu zayıf durumu dikkate almaktadır. Nitekim FSEK'in gerekçesinde de FSEK'in 50 ile 59'ncu maddelerinde yapılan düzenlemelerin amacının, eser sahibine Kanunen tanınan mali hakların, sözleşme yoluyla ellerinden alınmasını önlemek olduğu belirtilmiştir²³⁴.

Bu açıdan kanımızca salt eser sahibinin eserini mali olarak değerlendirmesi aşamasında, müteşebbüsler karşısında esasen zayıf olan pozisyonunu güçlendirmek için sevk edilen hükümlerden yola çıkılarak, fikir ve sanat eserleri hukukunun tümü bakımından ve özellikle eser sahibinin haklarına getirilen ve temelinde anayasal hakları barındıran sınırlandırmalar bakımından, genel bir yorum ilkesi getirmek doğru gözükmemektedir²³⁵.

²³¹ **Rehbinder**, s. 35, nr.75;**Öztan**, (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 77.

²³² **Öztan**, (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 78.

²³³ Zira FSEK madde 48/f.3; madde 49/f.1; 49/f.2; madde 50/f.2;madde 51;madde 52; madde 54'de yer alan düzenlemeler yine "Yorum Kuralları" başlığı altındaki madde 55; madde 56/f.2; m.57/f.1; madde 58; madde 59'da yer alan düzenlemeler, FSEK'in "Sözleşme ve Tasarruflar" başlıklı dördüncü bölümünde düzenlenmiştir.

²³⁴ **Berzek**, s. 13.

²³⁵ Aynı görüşte, **Yasaman, Hamdi**, Fikir ve Sanat Eserlerinde İyiniyet ve Dürüstlük Kuralı, Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2006, s. 9, 10, yazar, özellikle FSEK madde 52, 55–57 arasındaki hükümlerin kanunun sistematigi içerisinde yer alan genel hükümler olduğunu ve buradan eser sahibi lehine yorum ilkesi çıkarmanın imkanı olmadığını; FSEK'de iş hukukunda olduğu gibi işçi lehine yorum ilkesinin olmadığını ifade etmektedir; Kanunun her zaman şüphe halinde eser sahibi yararına yorumlanacağı yolundaki görüş çok şematik/klişe kalmaktadır. **Schricker**, (Schricker, Urheberrecht), Einleitung, s. 9, nr. 17;Zira salt eşya mülkiyeti ile fikri mülkiyet arasındaki farklar sebebiyle eser sahibinin zayıf durumda bulunmasından yola çıkılarak eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmalar bakımından da "eser sahibi lehine yorum" ilkesini uygulamak doğru gözükmemektedir. Nitelikleri gereği fikir ve sanat eserlerinden, maddi eşyalardan farklı olarak, çok sayıda kişinin yararlanabilmesi mümkün olduğundan, esere yönelik tecavüzlerin maddi eşyalara nazaran daha kolay olması ve eser sahibinin eserinin kullanımını kontrol etmesinin eşya mülkiyetine nazaran daha güç olduğu söylenebilir. Ancak salt bu düşünceden yola çıkılarak, toplumun ya da bireylerin korunması gereken yararları dolayısıyla eser sahibinin haklarına getirilen

Zira FSEK'in gerekçesinde de, FSEK'in ruhunun temas ettiği *dört noktadan* birinin “eser sahiplerine tanınması lazım gelen mali ve manevi haklar saklı kalmak şartıyla, gerek toplumun, ammenin, gerek fertlerin, fikir eserlerinden *en geniş ölçüde* faydalanmasını temin etmek” olduğu ifade edilmektedir²³⁶. Buradan kanun koyucunun Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda öngörülen hükümleri sevk ederken özellikle eserler üzerinde bulunan toplum yararını da en geniş ölçüde dikkate almaya çalıştığı ve eser sahibinin hakları ile toplum yararı arasında makul bir denge kurma çalıştığı görülmektedir.

Buna göre, eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmalar ve bu arada iktibas serbestisine ilişkin hükümler yorumlanırken, kanun koyucunun çatışan yararları nasıl dengelemeye çalıştığının, bu yararlardan birini daha üstün nitelikte kabul edip etmediğinin, genel yorum yöntemlerinin hepsi birlikte değerlendirilerek araştırılması gerekir.

Bu kapsamda lafzi, sistematik, tarihi ve amaca uygun yorum yöntemlerinden yararlanılacaktır. Farklı yorum yöntemlerinden farklı sonuçlar çıkması durumunda ise anayasaya en uygun olan yorumun seçilmesi gerekecektir. İktibas serbestisine ilişkin hükümlerin yorumlanmasında da, bu hüküm çerçevesinde düzenlenen yararların çoğu kez temelinde Anayasal olarak korunan temel hakları barındırdığı da gözden uzak tutulmamalıdır.

Sonuç olarak, iktibas serbestisine ilişkin hükümler yorumlanırken, en baştan bu düzenlemenin istisnai nitelik taşıdığından söz edilerek dar yorumlanması gerektiği söylenemeyecektir. Burada belirtilen tüm yorum yöntemleri ve bu arada anayasaya uygun yorum yöntemi de dikkate alınarak, söz konusu düzenlemelerin gerçek anlam ve amacı ve karşılıklı yararları nasıl dengelemeye çalıştığı tespit edilmeye çalışılacaktır. Kanunda bilinçli bir boşluk olmadığı sürece, iktibas serbestisine ilişkin kuralların, bu kuralların temelinde yatan anlam ve amaca uygun olduğu sürece kıyas yolu ile genişletilmesi de esasen mümkün olmalıdır.

Bu noktada gözden kaçırılmaması gereken bir husus, kanun koyucunun çatışan çıkarları iktibas serbestisine ilişkin FSEK madde 35 çerçevesinde hali hazırda bir dengeye oturtmaya çalıştığıdır. Nitekim Kanunun gerekçesinde de bu husus

sınırlandırmalarda, kural olarak eser sahibinin haklarının korunmasının öncelikli olduğu yani kanun koyucunun bu durumlarda da eser sahibinin haklarını her zaman daha üstün nitelikte gördüğü anlamına gelmeyeceği kanaatindeyiz.

²³⁶ **Berzek**, s. 5

belirtilmiştir²³⁷. Bu açıdan öğretide bazı yazarlarca ifade edilen her somut olayda karşılıklı hak ve çıkarların serbestçe karşılaştırılması yoluyla bir sonuca ulaşılacağı yolundaki görüşe katılma olanağı, iktibas serbestisine ilişkin hükümlerin şu anki düzenlenme tarzı bakımından bulunmamaktadır.

²³⁷ “...eser sahibine tahditsiz ve takyitsiz olarak değil, belki amme ve üçüncü kişilerin maddi ve manevi menfaatlerini tartarak yalnız münasip görülen ölçü ve genişlikte subjektif haklar tanınmıştır...”.

İKİNCİ BÖLÜM

İKTİBAS SERBESTİSİNİN ESASA İLİŞKİN KOŞULLARI

I. BÜTÜN İKTİBAS TÜRLERİ İÇİN ORTAK OLAN KOŞULLAR

A. Genel Olarak

FSEK madde 35 gereğince, izin verilecek iktibasların kapsamı, kendisine iktibas yapılabilecek eserin türüne ve kendisinden iktibas yapılabilecek eserin alenileşmiş ya da yayımlanmış olmasına göre, farklı şekillerde belirlenmiştir. FSEK’de iktibaslar genel olarak bir eserin sadece parçalarının iktibasına izin verilen “küçük iktibas ve bir eserin tamamının veya önemli bir kısmının da iktibasının mümkün olduğu büyük iktibas şeklinde bir ayrıma tabi tutulmuştur. Buna göre, bağımsız bir ilim veya edebiyat eserine *alenileşmiş* diğer bir eserden bazı cümle ve fıkraların alınabilmesine, yani “küçük iktibasa” izin verilmişken (FSEK madde 35/f.1-b.1); bağımsız bir bilimsel (ilmi) esere, diğer bir eserin tamamının ya da önemli bir kısmının iktibas edilebilmesi, yani *büyük iktibas* yapılabilmesi, güzel sanat eserlerinden yapılacak iktibaslar dışında, kendisinden iktibas yapılacak eserin *yayımlanmış* olması koşuluna tabi tutulmuştur(FSEK madde 35/f.1-b.3). Müzik eserlerine iktibas ise esasen küçük iktibas kapsamında değerlendirilecektir. Zira FSEK madde 35/f.1-b.2’de, müzik eserlerine yapılacak iktibaslar, kendisinden iktibas yapılabilecek bestenin parçaları ile sınırlandırılmıştır.

Buna göre, FSEK başka eserlerden büyük iktibasa, ancak kendisine iktibas yapılan eserin *bilimsel eser* niteliğine sahip olması durumunda izin vermiştir. FSEK madde 35/f.1-b.4’de ise, alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ilmi konferans veya derslerde, konuyu aydınlatmak için projeksiyon ve buna benzer vasıtalarla gösterilmesi düzenlenmiştir. Daha sonra da ifade edileceği üzere bu düzenleme, FSEK madde 35/f.1-b.3’de bilimsel eserlere tanınan iktibas imkânının bir parçası olup, sadece vasıta bakımından bir değişiklik göstermektedir

FSEK madde 35'e göre hukuka uygun bir iktibasın kapsamı, farklı iktibas türlerine göre, değişik olarak tespit edilmiş olmakla birlikte, yapılacak bir iktibasın hukuka uygun olabilmesi için maddede düzenlenen tüm iktibas türleri için genel olan koşullar bulunmaktadır. Bu koşullar, *kendisine iktibas yapılacak* ürünün Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na göre bağımsız bir eser niteliği taşıması; *kendisinden iktibas yapılacak* fikri ürün bakımından ise söz konusu ürünün -esasen- Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa göre eser niteliği taşıması ve bu eserin *en azından* alenileşmiş olmasıdır.

Kendisine iktibas yapılan ve iktibasa konu olan ürünler bakımından ortak olan bu koşullar dışında; iktibasın bir amacının bulunması²³⁸ ve iktibasın bu amacın gerektirdiği çerçevede yapılması da hukuka uygun bir iktibasın genel koşullarıdır²³⁹. Hukuka uygun bir iktibasın taşıması gereken amaç, iktibas türlerine göre farklılık gösterdiğinden, bu amaç ve iktibasın amacın gerektirdiği çerçevede yapılması koşulları her bir iktibas türü incelenirken ayrı ayrı belirtilecektir.

Aşağıda öncelikle FSEK madde 35 hükümlerine göre iktibasa konu olabilecek ve kendisine iktibas yapılacak fikri ürünlerin taşıması gereken koşullar açıklanacaktır.

²³⁸ FSEK madde 35'de her ne kadar iktibas amacından sadece bilimsel eserlere büyük iktibas düzenleyen üçüncü bent ve alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ilmi konferans ve derslerde, konuyu aydınlatmak için projeksiyon ve buna benzer vasıtalarla gösterilmesini düzenleyen bent 4'de açıkça söz edilmişse de, daha sonra da ifade edeceğimiz üzere yapılacak iktibasın bir amaca sahip bulunması tüm iktibas türlerini kapsayan genel bir koşuldur. Bu açıdan birinci bentte düzenlenen küçük iktibas ve ikinci bentte düzenlenen müzik iktibaslarının da her ne kadar bu bentlerde açıkça bir iktibas amacından bahsedilmese de, bir amaç taşıması gerekmektedir.

²³⁹ Yargıtay, bir kararında iktibasın koşullarını, 1- Yararlanmanın amacı haklı gösterecek bir oran gösterip göstermediği; 2- Yararlanan kamuyu aydınlatmak amacı ile kullanmış olsa bile bunun yararlanan yapıt ve yazarın manevi haklarını halele uğratıp uğratmadığını; 3- Yararlanmanın belli bir biçimde yani yollama yapılarak(atıfta bulunularak) yapılıp yapılmadığı, 4- Kullanılan yapıtın ve sahibinin adının belirlenip belirlenmediği nedenlerinden ibaret olduğunu ifade etmiştir, (4. HD, 10.5.1977, E. 1976/8866, K. 1977/5628, YKD, Temmuz 1978, C.IV, S:7, s. 1111). Kararda hukuka uygun bir iktibasın taşıması gereken koşulların hepsine yer verilmediği görülmektedir. Yargıtay'ın hukuka uygun bir iktibasın koşulları kapsamında özellikle bu iktibasın eser sahibinin manevi haklarını ihlal etmemesi gerektiğini ifade etmektedir. Esasen iktibas serbestisi ile getirilen sınırlandırma zaten eser sahibinin mali haklarına getirilmiş bir sınırlandırma olup, eser sahibinin manevi haklarına getirilmiş bir sınırlandırma değildir.

B. Kendisinden İktibas Yapılacak Ürünler Bakımından Ortak Koşullar

1. Kendisinden İktibas Yapılacak Ürün Eser Niteliği Taşımalıdır

a. Genel Olarak

FSEK madde 35’de düzenlenen iktibas serbestisine ilişkin kuralların uygulanabilmesi için iktibasın, FSEK’e göre eser niteliği taşıyan bir eser ya da eser parçasından yapılmış olması gerekmektedir²⁴⁰. İktibas serbestisine ilişkin hükümlerin uygulanması, ancak eser sahibinin hususiyetini taşıyan ve FSEK’in koruması kapsamında olan eserlerden iktibas yapılması halinde söz konusu olur²⁴¹. Nitekim eser niteliği taşımayan bir ürün üzerinde FSEK’e göre bir hak da söz konusu olamayacağından, dolayısıyla böyle bir hakkın sınırlandırılmasından da söz edilemeyecektir. Eser niteliği taşımayan ürünlerden *kural olarak* FSEK madde 35’deki koşullara uyulmasına gerek olmaksızın yararlanmak mümkündür.

Bir eserin sadece bir parçası iktibas ediliyorsa, bu parçanın da eserin bütününden bağımsız olarak tek başına eser niteliği göstermesi gerekir²⁴². FSEK madde 13/f. 2’de, eser sahibine tanınan hak ve yetkilerin, eserin bütünü ve parçalarını kapsayacağı belirtilmiştir. Bu açıdan bir eserin sadece bir parçasının da, başka bir esere iktibas edilmesi durumunda FSEK madde 35’de yer alan koşullara uymak gerekir. Bununla birlikte, bir eserin her parçası fikir ve sanat eserleri hukukunun koruması altında olmayıp; eser parçalarının da koruma konusu olabilmesi için eserin tümünden ayrı olarak tek başına değerlendirildiğinde, eser sayılma koşuluna sahip olmaları gerekmektedir²⁴³. Sonuç olarak bir eser bütünü itibarı ile

²⁴⁰ **Schricker**, (Schricker, Urheberrecht), § 51, s. 1021, nr. 7; **Dustmann**, (Nordemann/Nordemann/Nordemann, Urheberrecht), § 51 s. 966, nr.13; **Erel**, (İktibas Serbestisi), s. 338.

²⁴¹ Bkz. **Karınca**, s. 90.

²⁴² **Dustmann**, (Nordemann/ Nordemann/ Nordemann, Urheberrecht), § 51, s. 966, nr.13.

²⁴³ **Loewenheim, Ulrich** (Schricker, Gerhard, Urheberrecht, München, 2006), § 2, s. 82, nr.66; **Nordemann, Axel**, (Nordemann, Wilhelm/Nordemann, Axel/ Nordemann, Jan Bernd Urheberrecht, 10 Auflage, Stuttgart, 2008), § 2, s. 132, nr.51; **Bullinger, Winfried** (Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried, Praxiskommentar zum Urheberrecht, München, 2009) § 2, s. 62, nr.42; Eser parçalarının eserin tümünden ayrı olarak ve başlı başına bir koruma konusu oluşturabilmesi için, parçaların kendi içlerinde duyularımızla algılayabileceğimiz bir bütünlük taşıması ve eser

FSEK tarafından korunan bir eser olsa da, iktibas edilen eser parçalarının FSEK'e göre eser niteliği göstermemesi durumunda, bu parçalar FSEK madde 35'de yer alan koşullara uyulmasına gerek olmaksızın serbestçe kullanılabilir²⁴⁴.

İktibas serbestisi, daha önce de belirtildiği üzere eser sahibinin mali haklarına getirilmiş bir sınırlandırmadır. Buna karşılık, FSEK madde 26'da eser sahibine tanınan mali hakların zamanla sınırlı olduğu(FSEK madde 26/f.1-c. 1); aynı Kanunun 27'nci maddesinde de, koruma süresinin eser sahibi yaşadığı müddetçe ve ölümünden itibaren 70 yıl devam edeceği düzenlenmiştir(FSEK madde 27/f. 1-c. 1). Buna göre Kanunda belirtilen koruma süresi dolduktan sonra, eser sahibinin eseri üzerinde mali hakları sona ereceğinden, artık iktibas serbestisine ilişkin koşulların yerine getirilmesine gerek kalmaksızın herkes bu eserden faydalanabilecektir²⁴⁵. Bununla birlikte eser sahibinin mali hakları üzerindeki koruma süreleri dolmuş olsa bile, manevi haklarının devam etmesi durumunda, eser sahibinin özellikle "eser sahibi olarak tanıtılması(FSEK madde 15)" hususundaki manevi haklarının iktibas yoluyla ihlal edilmemesi gerekir²⁴⁶.

Yine FSEK, bazı eserler üzerindeki mali haklara bir takım sınırlandırmalar getirilmiştir. FSEK madde 31'de, resmen yayımlanan mevzuat ve içtihatlar; madde 32'de nutuklar bakımından mali haklara²⁴⁷ sınırlandırmalar getirilmiştir. FSEK madde 31'de, "*resmen yayımlanan veya ilan olunan*²⁴⁸ *kanun, tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge ve kazai kararların çoğaltılması, yayılması, işlenmesi veya her hangi*

sahibinin hususiyetini taşıması gerekmektedir, **Erel**, (Fikir ve Sanat Hukuku), s. 118; **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s. 42.

²⁴⁴ **Schricker**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 51, s. 1024, nr.7.

²⁴⁵ Nitekim FSEK'de, FSEK madde 46 ve 47 dışındaki hallerde koruma süresinin bitiminden sonra herkesin, eser sahibine tanınan mali haklardan yararlanabileceği düzenlenmiştir(FSEK madde 26/f. 1-c. 2).

²⁴⁶ Erel, eser üzerindeki mali hakların süresi dolmuş olsa bile manevi haklar devam ettiği sürece iktibasın şekli koşullarına(iktibasın belli edilmesi ve kaynak gösterilmesi) yükümlülüklerine uyulması gerektiğini, aksi halde yararlanılan eserin sahibinin "eserde adının belirtilmesi" hususundaki manevi hakkının ihlal olunacağını ifade etmiştir. **Erel**, (Fikir ve Sanat Hukuku), s. 251.

²⁴⁷ Bu maddelerde esasen mali haklara getirilen sınırlandırmalar söz konusu olmakla birlikte, nutuklarla ilgili olarak FSEK madde 32/f. 2'de, hadisenin mahiyeti ve vaziyetin icabı gerektirmediği hallerde söz ve nutuk sahiplerinin adının zikredilmeyebileceği düzenlenerek, "eser sahibi olarak tanıtılma" hususundaki manevi hakka da bir sınırlandırma getirilmiştir.

²⁴⁸ Mahkeme kararları nitelikleri gereği zaten açıklandıkları anda aleniyet kazandıklarından ve bunların hüküm ve sonuç doğurabilmesi için ayrıca resmi bir şekilde yayımlanmalarına ve ilan edilmelerine gerek olmadığından bunlardan yararlanmak için ayrıca resmen yayımlanmış ya da ilan edilmiş olmalarına gerek olmadığı yolunda, **Ayiter**, s. 158; **Erel**, (Fikir ve Sanat Hukuku), s. 244; **Ateş**, (Sınırlandırma), s. 277-278.

bir suretle bunlardan faydalanmanın serbest olduğu” düzenlenmiştir²⁴⁹. FSEK’in uygulanması için ortada eser niteliğine sahip bir fikri ürün bulunması gerekeceğinden, bu madde kapsamında esasen eser niteliğine sahip olan mevzuat ve yargı kararları bakımından bir sınırlandırma getirildiğini kabul etmek gerekir. Zira eser niteliğine sahip olmayan mevzuat ve içtihatlardan yararlanmak FSEK bakımından zaten serbesttir. Bu maddede sayılan eserlerin ise başka bir eser kapsamında çoğaltılması, yayılması ya da herhangi bir şekilde kullanılması için FSEK madde 35’de yer alan koşullara uyulması *gerekli değildir*.

FSEK madde 31’de yer alan serbestinin sadece mevzuat ve içtihatların asılları hakkında geçerli olduğu kabul edilmektedir. Bu açıdan örneğin bir mevzuat ve içtihadın yabancı dile çevrilerek işlenmiş olması durumunda, işleyenin tercüme edilen kısımlar üzerindeki haklarının saklı olacağı ifade edilmiştir²⁵⁰. FSEK madde 31 metninde de bu madde ile tanınan yararlanma serbestisinin, mevzuat ve içtihatların tercüme haklarında da geçerli olacağı yolunda, örneğin İsviçre URG’de olduğu gibi açık bir düzenleme bulunmamaktadır. URG madde 5’de, kanunların, yönetmeliklerin, uluslararası sözleşmelerin ve diğer resmi kararnamelerin koruma konusu olmayacağı ifade edildikten sonra (URG madde 5/f. 1a); bu maddede belirtilen eserlerin resmi veya kanunen talep edilen derleme ve çevirilerinin de koruma kapsamında olmayacağı ifade edilmiştir(URG madde 5/f. 2). Kanımızca da FSEK madde 31’de düzenlenen yararlanma serbestisinin Kanun, tüzük, yargı kararı vs.’nin *resmen* yayımlanan veya ilan olunan tercümelerini de kapsadığının kabul edilmesi gerekmektedir²⁵¹. Buna karşılık resmi olmayan tercüme bakımından tercüme edenin yani işleyenin hakları saklı kalacaktır.

²⁴⁹ Arslanlı, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 31’de sayılan kanun, tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge ve kazai kararların sadece dil ile ifade olunan ilim ve edebiyat eserleri niteliğindeki eserleri içine aldığını belirterek, bunların yanında resmi makamlarca hazırlanan ve hatta ilan olunan plan, kroki gibi teknik şekiller açısından da, mevzuatın serbest kılınmasındaki düşüncelerin bunlar hakkında da geçerli olacağından Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 31’in bu gibi durumlarda da uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. **Arslanlı**, s. 127.

²⁵⁰ **Arslanlı**, s. 127.

²⁵¹ Ateş’de, uluslararası anlaşmaların, kanun, tüzük, yönetmelik ve diğer mevzuat metinlerinin tercümelerinin işleme eser sayılmayacağı yolundaki görüşe katılmadığını ifade ederek, ancak bir mevzuat çevirisinin resmen yayımlanan veya ilan olunan kanun, tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge vb. hükmünde bir resmi düzenleme niteliğini taşıması durumunda FSEK madde 31 kapsamında değerlendirileceğini kabul etmektedir. **Ateş, Mustafa**, Fikri Hukukta Eser, Ankara, 2007, s. 317, (anılış: Eser)

FSEK'in 32'nci maddesinde ise “*Büyük Millet Meclisinde ve diğer resmi meclis ve kongrelerde, mahkemelerde, umumi toplantılarda söylenen söz ve nutukların, haber ve malümat verme maksadiyle çoğaltılması, umumi mahallerde okunması veya radyo vasıtasıyla ve başka suretle yayımının serbest*” olduğu düzenlenmiştir(FSEK madde 32/f. 1). Bu söz ve nutukların haber ve bilgi vermek amacı dışında başka bir amaçla çoğaltılması ya da diğer bir suretle yayılması hakkı ise eser sahibine aittir. Buna göre FSEK madde 32'de “söz ve nutuklar” bakımından tanınan serbesti ancak, bu söz ve nutukların haber ve bilgi vermek amacıyla kullanılması durumunda söz konusu olacaktır. Burada ancak güncelliği olan konuşma ve sözler haber ve bilgi vermek amacıyla serbestçe kullanılabilir²⁵².

Belirtmek gerekir ki, gerek FSEK madde 31'de mevzuat ve içtihatlar; gerekse madde 32'de “nutuk ve sözler” bakımından getirilen serbesti, bu eserlerin mutlaka başka bir eser içerisinde, o eserin içeriğine entegre edilerek kullanılmasını gerektirmemektedir. Bu açıdan FSEK madde 31 kapsamındaki mevzuat ya da içtihatların ya da FSEK madde 32'de belirtilen söz ve nutukların bir eser içerisinde kullanılmaksızın, sadece haber ve bilgi verme amacıyla çoğaltılması ya da bunlardan diğer suretlerle yararlanılması serbest olacaktır. Bununla birlikte söz konusu “mevzuat ve içtihatlar ya da “söz ve nutukların” bir eser içerisinde kullanılması da mümkündür. Ancak bu durumda da FSEK madde 31 ve 32'de yer alan koşullar oluştuğu sürece FSEK madde 35'de yer alan koşullara uyulmasına gerek olmaksızın, bu eserlerden yararlanmak serbest olacaktır.

Burada akla gelebilecek bir soru da, FSEK madde 31 ve 32'de düzenlenen eser türlerinde, yani bir “mevzuat ve içtihat” ya da bir “söz veya nutukta” hali hazırda başkasına ait bir eserin kullanılmış olması durumunda, söz konusu mevzuat ve içtihatlardan ya da söz ve nutuklardan üçüncü bir kişi tarafından FSEK madde 31 ve 32'de düzenlenen serbesti çerçevesinde yararlanılmasının, aynı zamanda FSEK madde 31 kapsamındaki mevzuat ya da içtihadın, ya da FSEK madde 32 kapsamındaki söz ve nutuğun içerdiği eseri de kapsayıp kapsamayacağıdır.

Bunu bir örnekle açıklamak gerekirse, hakkında uyuşmazlık olan bir fikri ürünün, FSEK anlamında eser olarak sayılıp sayılmayacağını inceleyen bir mahkeme kararında, konunun daha iyi anlaşılabilmesi için söz konusu eserin bir

²⁵² **Erel**, (Fikir ve Sanat Hukuku), s.245; **Ateş**, (Sınırlandırma), s. 321.

fotoğrafının karara konulması ve bu fotoğrafın daha sonra başka bir eserde(örneğin bir Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku kitabında)kullanılması durumunda, bu fotoğraf da FSEK madde 31'e göre serbest yararlanma kapsamında mı olacaktır, yoksa burada FSEK madde 35'de yer alan koşulların oluşup oluşmadığı bakımından ayrı bir inceleme yapılması gerekir mi? Yani başkasına ait bir eserin FSEK madde 31 ve 32'de serbest yararlanma kapsamında belirtilen nitelikteki eserlerde kullanılması durumunda, kullanılan bu eserlerden de, aynı maddeler kapsamında serbest yararlanma mümkün müdür?

Kural olarak FSEK madde 31 ve 32'de serbest yararlanma kapsamında düzenlenen eserler ile bu eserler içerisinde kullanılan diğer eserler birbirinden farklı olup, FSEK madde 31 ve 32 de tanınan serbest yararlanma imkânı bu eserleri kapsamaz. Bu açıdan yararlanma serbestîsi FSEK madde 31 ve 32'de belirtilen eserlerin içerisinde bulunan diğer eserleri kural olarak kapsamaz. Bununla birlikte serbest yararlanma kapsamındaki bir mevzuat ya da içtihatı veya bir nutukta kullanılan eserler ancak, serbest yararlanma kapsamındaki eserlerin konteksine bağlanmaları ve bu eserlerin bir parçası olarak tanınabilir kalmaları durumunda serbest yararlanma kapsamında olabilirler. Buna karşılık bu eserlerin FSEK madde 31 ve 32'de yer alan eserlerin içeriğinden çözümlenerek bağımsız olarak değerlendirilmesi durumunda, artık bu eserlerden FSEK madde 31 veya 32 kapsamında serbest yararlanma söz konusu olmayacaktır²⁵³. Böyle bir durumda ancak FSEK madde 35'de düzenlenen iktibas serbestîsine ilişkin koşullara uyularak bu eserlerin başka bir eser içerisinde kullanılması mümkündür.

²⁵³ Mahkeme kararlarında kullanılan resim eserleri bakımından, **Maaßen, Wolfgang**, Bildzitate in Gerichtsentscheidungen und juristischen Publikationen, ZUM 2003/11, s. 833. Belirtmek gerekir ki, başkasına ait bir eserin FSEK madde 31 ve 32 kapsamında yer alan eserlerle bağlantılı olarak serbestçe kullanılabilmesi için bu eserin, FSEK madde 31 ve 32 'de düzenlenen serbest yararlanma kapsamındaki eserlerde hukuka uygun olarak kullanılmış olması gerekir. Zira FSEK madde 31 ve 32'de getirilen serbesti, başkasına ait bir eserin FSEK madde 31 ve 32 kapsamında yer alan eserler içerisinde kullanılması yönünden geçerli olmayıp, sadece FSEK madde 31 ve 32 kapsamındaki eserlerin üçüncü kişilerce serbest kullanılmasını kapsar. Yani örneğin bir mahkeme kararında başkasına ait bir eserin kullanılması, FSEK madde 31 kapsamında değerlendirilemez. Burada serbest yararlanma için FSEK'de öngörülen diğer sınırlandırmalara başvurulabilir. Örneğin bir mahkeme kararında başkasına ait bir eserin kullanılabilmesinde FSEK madde 30 uygulanabilir. Yine genel olarak FSEK madde 31 ve 32 de yer alan eserlerde iktibas serbestîsine ilişkin FSEK madde 35 kapsamında başka eserlerin kullanılması mümkün olabilir.

b. Eser Kavramı

(1) Genel Olarak

FSEK madde 35’de yer alan koşullara göre iktibasın söz konusu olabilmesi için, kendisinden iktibas yapılacak fikri ürünün eser niteliğine sahip olması gerektiği yukarıda ifade edilmişti. Zira eser niteliğine sahip olmayan ürünlerden yararlanılması zaten serbesttir. FSEK madde 1/B-a’da, “eser”, “*Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri*” olarak tanımlanmıştır²⁵⁴. Kanun koyucu bütün fikri ürünleri değil, sadece belirli niteliklere sahip fikri ürünleri koruma altına almıştır²⁵⁵. FSEK’e göre, bir fikri ürünün, “eser” niteliğine sahip olabilmesi için, sahibinin hususiyetini taşıması (subjektif koşul) ve FSEK’de sayılan eser türleri içerisinde yer alması (şekle ilişkin koşul) gerekir.

UrHG’de ise eser, Kanunun “Korunan Eserler-Geschützte Werke” başlıklı 2’nci maddesinde tanımlanmıştır. Maddenin birinci fıkrasında yedi bent halinde eser kategorileri sayılmış; ikinci fıkrasında ise bu Kanun anlamında eserin, sadece kişisel fikri yaratımlar olduğu hükme bağlanmıştır. Birinci fıkrada yedi bent halinde sayılan eser türleri örnekseyici olarak sayılmış olup, sınırlı sayıda bir sayma yoluna gidilmemiştir²⁵⁶.

Bir fikri ürünün FSEK’e göre eser niteliği taşıyabilmesi için gereken belirleyici koşul sahibinin “hususiyetini” taşımasıdır. Bu koşula eser sayılmanın “*subjektif koşulu*” da denilmektedir. Buna karşılık eser sayılabilmenin “*objektif koşulu*” ise, bir fikri ürünün insan duyularıyla algılanabilen bir biçimde bulunmasının gerekmesidir²⁵⁷. Buna göre fikri çabanın sonucu olan düşüncenin bir

²⁵⁴ Kanuni tanımdaki “güzel sanatlar” ile “sinema eserleri” ibareleri arasındaki “veya” kelimesinin, her tür diğerinden bağımsız olduğu ve biri diğerinin alternatifini oluşturmadığı için “ve” şeklinde olması gerektiği ifade edilmiştir. **Tekinalp**, s. 97, nr.1.

²⁵⁵ FSEK’e göre, “eser” kavramı “ürün” kavramından daha dar olup, sadece fikir ve sanat eserlerini ifade eder. “Ürün” ise, “eser” yanında bağlantılı hak konularını da içerir. **Tekinalp**, s. 97, nr.1.

²⁵⁶ **Schulze, Gernot, (Dreier, Thomas/Schulze, Gernot, Urheberrechtsgesetz, München, 2008) § 2, s. 57, nr.3.**

²⁵⁷ **Loewenheim, (Schricker, Urheberrecht), § 2, s. 61, nr.20; Nordemann, Axel, (Nordemann/Nordemann/Nordemann, Urheberrecht) § 2, s. 124, nr.23/bb; Bullinger, (Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht), § 2, s. 56, nr.19; Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s. 38; Eserin insan duyularınca doğrudan ya da teknik donanımlar**

şekil altında ortaya konulması gerekmektedir. Bu nedenle henüz açıklanmamış, sadece zihin dünyasında var olan bir düşünce eser olarak korunmaz²⁵⁸. Bir fikri ürünün eser olarak kabul edilebilmesi için onun maddi olarak tespiti gerekli olmadığı gibi, kalıcı bir tespitin var olmasına da gerek yoktur. Bu nedenle, yazılı olarak henüz tespit edilmemiş bir konuşma, doğaçlama bir şiir veya doğaçlama bir müzik parçası da koruma konusu olur²⁵⁹. Örneğin bir konserde doğaçlama şekilde çalınan bir jaz parçası da FSEK kapsamında eser olarak nitelendirilebilecektir.

FSEK'e göre bir eserden bahsedebilmek için, bu eserin bir insan tarafından yaratılmış olması gerekmektedir. Bu durum, eserin fikri bir çaba ve faaliyetin ürünü olmasının doğal bir sonucudur. Başka bir canlının, bir hayvanın, bitkilerin ya da doğanın oluşturduğu bir sonuç eser olarak korunmaz²⁶⁰. Örneğin bir maymun tarafından yapılan resim eser niteliği taşımaz.

Sadece makineler, cihazlar veya bilgisayar programları aracılığı ile üretilen ürünler de eser sayılmaz²⁶¹. Bununla birlikte, bir eser makinelerin yardımı aracılığıyla yaratılabilir²⁶². Özellikle bilgisayar programlarının yardımıyla meydana getirilen ürünlerin eser niteliği kazanıp kazanamayacağı hakkında ise, bu ürünler insana özgü bir ilave olmadan sadece bilgisayar aracılığıyla ortaya çıkartılıyorsa, bu durumda son ürünün insan tarafından yaratıldığından bahsedilemez. Örneğin bir çeviri programı aracılığıyla bir metnin bir dilden diğer bile çevrilmesi buna örnek olarak verilebilir. Burada insanların katkıları sadece dayanak olan programın üretilmesi ile sınırlıdır, öyle ki bu durumda olsa olsa programın sahibine bilgisayarın ürettiği ürünler üzerinde, eğer bu ürün kullanılan programın kısmen çoğaltılması veya işlenmesini ortaya çıkartıyorsa, bir hak tanınır²⁶³.

yardımıyla dolaylı olarak algılanabilmesinin de bir önemi yoktur. **Schulze, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz), § 2, s. 59, nr.13.**

²⁵⁸ **Tekinalp**, s.102, nr.11.

²⁵⁹ **Loewenheim, (Schricker, Urheberrecht), § 2, s. 61, nr.20; Nordemann, Axel, (Nordemann /Nordemann/ Nordemann, Urheberrecht) § 2, s. 124, nr.23/bb.**

²⁶⁰ **Tekinalp** , s. 106,nr. 22.

²⁶¹ **Loewenheim, (Schricker, Urheberrecht),§ 2, s. 57, nr.11.**

²⁶² **Loewenheim, (Schricker, Urheberrecht), § 2, s. 57, nr.13; Schulze, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz) § 2, s. 58, nr.8.** Örneğin bir fotoğraf eserinin yaratılmasında fotoğraf makinesinden yararlanılmasında ya da çizim ya da boyama programlarının yardımcı araç olarak kullanılması ile oluşturulan grafik ve çizimlerde olduğu gibi.

²⁶³ **Haberstumpf, Helmut, Handbuch des Urheberrechts, Berlin, 1996,s. 43, nr.69.**

(2) Eser Sayılmanın Koşulları

(i) Eser Sahibinin Hususiyetini Taşımalıdır

FSEK’ de belirtilen eser türlerinden birine dâhil olan fikri ürünlerin, eser niteliği kazanabilmesi için, sahibinin hususiyetini taşıması gerekmektedir. Hususiyet unsuru, bir fikri ürünün eser niteliği kazanabilmesinin temel koşuludur.

Hususiyet koşulu ile fikir ve sanat eserleri hukuku tarafından korunan eserler, korunmayan çok sayıdaki, sıradan, günlük, banal, basmakalıp çerçevede yaratılmış üründen ayrılır²⁶⁴. Rutin şekilde tekrarlanan faaliyetler, ciddi ve ustaca ortaya çıkartılmış olsalar dahi, hususiyet taşımazlar. Herkesin aynı şekilde yapabileceği veya işin konusu gereği kendisine önceden verildiği durumlarda hususiyet taşıyan bir yaratımın varlığından söz edilemeyecektir²⁶⁵. Bir fikri ürünün eser niteliğine sahip olabilmesi için, o ürünün ilgili alan açısından rutini, olağanı(yaratanın dâhil sayılabileceği kişi grubu açısından her bir kişi tarafından el yordamıyla veya rahatlıkla yapılabileni) ve kolaylıkla meydana getirilebileni aşması gerekmektedir²⁶⁶.

Buna göre herkes tarafından vücuda getirilemeyen ürünler, eser sıfatına sahip olarak korumaya layık olacak; eğer bir ürün herkes tarafından meydana getirilebilecek nitelikte ise, bu ürünün hususiyet taşıdığından söz edilemeyecektir²⁶⁷. Bununla birlikte buradaki “herkes tarafından meydana getirilememe” kıstası, sadece şaheser niteliğindeki fikri ürünlerin eser sayılacağı şeklinde yanlış anlaşılmalıdır.

²⁶⁴Loewenheim, (Schriker, Urheberrecht), § 2, s. 64, nr.26; Nordemann, Axel, (Nordemann/Nordemann/ Nordemann, Urheberrecht), § 2, s. 124, nr.24/cc; Diğer taraftan, hususiyet sadece eser sayılmanın bir koşulu olarak korunacak eserlerle korunmayacak ürünleri birbirinden ayırt etmeye değil, aynı zamanda koruma konusu eserin koruma çerçevesinin derecesini de belirlemeye de hizmet eder. Haberstumpf, s. 43, nr.70; Buna göre, eser sahibinin hususiyeti eserde ne kadar güçlüyse, koruma kapsamı da o derece büyük olacaktır. Loewenheim, (Schriker, Urheberrecht) § 2, s. 63, nr.25.

²⁶⁵Loewenheim, (Schriker, Urheberrecht), § 2, s. 64, nr. 26. Ateş de, herkes tarafından meydana getirilebilecek nitelikteki ürünlerin fikri hukuk alanında eser olarak kabul edilemeyeceğini; buradaki “herkes” kavramının zekâ, bilgi, beceri ve muhakeme gücü gibi özellikler yönünden “ortalama” bir insanı ifade ettiğini; ortalama düzeydeki herkesin meydana getirebileceği fikri ürünlerde “hususiyetin” bulunmadığını; fikri ürünün, eser olarak nitelendirilebilmesi için gerekli olan düzeyin de, eserin türüne göre asgari bir bilginin, muhakemenin veya muhayyilenin mahsülü olup olmadığına ve/veya dilin, elin veya teknik bir vasıtayı kullanma becerisinin ürünü olup olmadığına bakılarak belirleneceğini ifade etmiştir. Ateş,(Eser), s. 77–78.

²⁶⁶Aksu, Mustafa, Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması, İstanbul, 2006, s. 82. “Bir eserin kişisel olması ile olağanı aşmış olmasının birbirinden farklı anlamlara sahip olduğunu belirtmekle birlikte, bu iki kavramın içeriksel olarak kısmen iç içe olduğunu ifade etmiştir”.

²⁶⁷Hırş, s. 131.

Zira eser sahibinin hususiyeti, eserde değişik derecelerde ortaya çıkabilir. Hususiyet, bir eserde adeta eser sahibinin kişiliğinin damgasını taşıyacak derecede güçlü bir şekilde ortaya çıkabilir ve stile ait unsurlarından dolayı kolaylıkla yaratıcısına ait olduğu anlaşılabilir. Ancak fikri bir ürünün fikir ve sanat eserleri hukukunun koruması kapsamına girebilmesi için hususiyetin bu derecede ortaya çıkmış olması da gerekli değildir²⁶⁸.

Bir eserin sahibinin hususiyetini yansıttığından bahsedebilmek için o eserin objektif açıdan yeni olması gerekli olmayıp, subjektif yani eser sahibi bakımından yeni bir eser olması yeterlidir. Zira fikri bir ürünün FSEK bakımından eser niteliğini taşıması için o ana kadar mevcut olmamış, tamamen yeni bir eser niteliğine sahip olması gerekli değildir²⁶⁹. Sadece bütünüyle yeni olan eserlerin korunabileceği kabul edilseydi, koruma sadece, ustalar tarafından yaratılan, ifade edilmiş şekillerinde veya içerikte bir devrim yaratan nitelikteki az sayıdaki esere ilişkin olabilirdi. Fikri ürünler ise genellikle az ya da daha çok ölçülerde, daha önceden var olan kültür ürünlerinin üzerine inşa edilirler. Bu açıdan bir eserin içeriği veya şekli aracılığıyla, bu anlamda şimdiye kadar bilenenlerden farklılık gösterecek yeni bir şeyler göstermesi yeterlidir²⁷⁰. Buna göre bir eserin sahibinin hususiyetini taşıdığından bahsedilebilmesi için, daha önce yaratılanlardan istifadenin yanı sıra, eser sahibine atfedilebilecek az veya çok bağımsız bir fikri emeğin olması gerekmektedir²⁷¹.

²⁶⁸ Loewenheim, (Schriker, Urheberrecht), § 2, s. 63, nr.24.

²⁶⁹ Nordemann, Axel, (Nordemann /Nordemann/ Nordemann, Urheberrecht), § 2, s. 125, nr.26; Bullinger, (Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht), § 2, s. 57, nr.22.

²⁷⁰ Nordemann, Axel, (Nordemann/ Nordemann/ Nordemann, Urheberrecht), § 2, s. 126, nr. 28.

²⁷¹ Erel, (Fikir ve Sanat Hukuku), s. 53. Erel'e göre, bir eserin hususiyet taşıdığından bahsedilebilmesi için bağımsız bir fikri çalışmanın ürünü olması ve böylece sahibinin yaratıcı gücünün özelliğini yansıtabilmesi gerekmektedir. Bir eserin bağımsız bir fikri çalışma ürünü olması, kendisinden önce yaratılan diğer eserlerden istifade edemeyeceği anlamına gelmeyecek, istifadenin başkasının eserini gaspa veya intihale varacak ölçüde olmaması gerektiğini ifade eder. Eser sahibinin yaratıcı gücünü yansıtmaması ise eserde daha önce görülmemiş veya duyulmamış bir orjinalliğin bulunması gerektiği anlamına gelmediği gibi, patent hukukunda olduğu gibi bir yeniliği de gerekli kılmamaktadır. Erel, (Fikir ve Sanat Hukuku), s. 52–53. Öztrak da, genellikle her fikir ve sanat ürününün kendisinden önce meydana gelmiş olanlardan az çok yararlandığını ve hayatta tam anlamıyla yaratıcı bir fikri çalışma ve imgelem mahsulü olan fikir ve sanat ürünleri ile çok nadiren karşılaşacağımızı belirterek, ancak yaratıcı bir fikri çalışma ve imgelem sonucu olan fikir ve sanat ürünlerinin sahiplerinin özelliğini taşıdığı yolundaki düşüncüyü eleştirmiştir. Öztrak,, her fikir ve sanat eserinin kendisinden önceki eserlerden yararlanabileceğini, ancak bu yararlanmanın bir sınırının olması gerektiğini; yeni eserlerin, kendilerinden öncekilerden yararlanmakla birlikte, genel olarak kişisel bir çalışmanın sonucu ortaya çıkmışlarsa ve nisbi de olsa kendilerine has bir özelliğe sahipse, bunları müstakil ve yeni bir eser olarak kabul etmenin hayatın gereklerine ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun amaçlarına daha uygun düşeceğini ifade etmiştir. Öztrak, İlhan, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, Ankara, 1971, s. 16; hususiyet için, esas alınması gereken kriterin, "belirli bir düzey içeren, yeni, sahibini

Bir fikri ürünün sahibinin hususiyetini taşıdığından bahsedebilmek için, bir eser yaratılırken, kişisel unsurların yansıtılması için bir serbest biçimlendirme alanının olması gerekmektedir. Bu unsur, bir fikri ürünü meydana getiren kişinin bu yaratımı oluştururken kişisel unsurlarını yansıtabilmesi için var olan oynama alanıdır²⁷². Hali hazırda işin doğasından kaynaklanan veya amaca uygunluk veya mantık kuralları ya da teknik zorunluluklar aracılığı ile önceden verilen şekillendirme ya da çizimlerde, hususi yaratımının olması mümkün değildir. Aynı durum belirli bir uzmanlık dilinin veya dil eserlerinde belirli bir yapının kullanılmasında da geçerlidir²⁷³. İşte işin mahiyeti, doğası, teknik zorunluluklar başka bir biçimde şekillendirme özgürlüğü bırakmıyorsa, yani bu nedenlerle herkes o ürünü o şekilde biçimlendirmek zorundaysa serbest biçimlendirme alanının bulunmadığı sonucuna ulaşılır²⁷⁴. Belirtmek gerekir ki, eser parçalarının eserin bütününden ayrı olarak başlıbaşına eser olarak korunabilmeleri için bu parçaların büyüklüğünün bir önemi olmasa da, bazı kelimeler, cümleler ya da cümle parçaları gibi oldukça küçük parçalarda eser sahibinin kişisel özelliklerini yansıtması için gereken oynama alanı genellikle var olmayacağından, bu parçalar çoğu kez koruma konusu olmayacaktır²⁷⁵.

Sonuç olarak, eseri meydana getirenin, kişisel özelliklerini, unsurlarını yansıtabileceği bir oynama alanına sahip olması ve bu alanın kullanılması suretiyle daha önce meydana getirilen fikri ürünlerden az ya da çok farklı, yani subjektif açıdan yeni ve bunun yanında günlük, sıradan, olağan, rutin, nitelikteki ürünlerin üzerinde bir özellik gösteren bir fikri ürünün meydana getirilmesi durumunda, bir eserin yaratıcısının hususiyetini taşıdığından ve eser niteliğine sahip olabileceğinden bahsedilebilecektir.

tanıtma yeteneğine sahip, az ya da çok ayırt edici nitelikteki fikri çaba olması” gerektiği yönünde, **Uslu, Ramazan**, Türk Fikir ve Sanat Hukuku’nda “Eser” Kavramı, Ankara, 2003, s. 50.

²⁷² **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.37.

²⁷³ **Loewenheim, (Schriker, Urheberrecht)**, § 2, s. 65, nr.28.

²⁷⁴ **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.37.

²⁷⁵ **Loewenheim, (Schriker, Urheberrecht)**, § 2, s. 82, nr.67.

(ii) Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Eser Türlerinden Birine Dâhil Olmalıdır

Bir eserin, FSEK'e göre, eser niteliğini taşıdığından bahsedebilmek için, FSEK'de düzenlenen eser türlerinden birisine dâhil olması gerekmektedir. FSEK'de eser türleri dört başlık halinde düzenlenmiştir. Bunlar ilim ve edebiyat eserleri(FSEK madde 2); musiki eserleri(FSEK madde 3), güzel sanat eserleri(FSEK madde 4) ve sinema eserleridir (FSEK madde 5). Bunun dışında FSEK madde 6'da düzenlenen "işlenme ve derleme" eserler de koruma altına alınmıştır. FSEK'de yer alan bu eser türleri sınırlı sayma esasına tabidir. Bu eser grupları dışında başka bir eser türü oluşturulamaz. Ancak söz konusu eser türleri altında yapılan sayımlar örnekseyici niteliktedir. Eser türleri altında sayılmayan bir eser de, bu eser türlerine ait olabilecek bir nitelik taşıyorsa FSEK kapsamında eser olarak sayılabilecek ve koruma kazanabilecektir.

c. Kendisinden İktibas Yapılabilecek Eser Türleri

(1) Genel Olarak

FSEK madde 35/f.1'in, dört bendinde de, bir eserin ya da eser parçasının iktibasından bahsedilmiştir²⁷⁶. Buna göre "küçük iktibas" düzenleyen birinci bentte, "*alenilemiş bir eserin bazı cümle ve fıkralarının*" iktibasından; müzik iktibaslarını düzenleyen ikinci bentte, "*yayımlanmış bir bestenin en çok tema, motif, pasaj ve fikir nevinden parçalarının*" iktibasından; bilimsel eserlere yapılacak büyük iktibasa ilişkin üçüncü bentte, "*alenilemiş güzel sanat eserlerinin ve yayımlanmış diğer eserlerin*" iktibasından bahsedilmiş; maddenin dördüncü bendinde de alenilemiş güzel sanat eserlerinin ilmi konferans veya derslerde, konuyu aydınlatmak için projeksiyon ve buna benzer vasıtalarla gösterilmesi düzenlenmiştir.

FSEK madde 35/f.1'in ilim ve edebiyat eserlerine yapılacak küçük iktibas düzenleyen birinci bendinde, "*alenilemiş bir eserin bazı cümle fıkralarının* iktibasından" söz edildiğinden, burada kendisinden iktibas yapılabilecek eserin,

²⁷⁶ FSEK madde 35/f.1-b.2'de sadece bir bestenin iktibasından söz edilmişse de, bu bestenin müzik eseri niteliğine sahip olması gerekecektir.

sadece dil ile ifade edilen eserlerle sınırlı olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Bu konuda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bu hususa ilgili bölümde değinilecek olmakla birlikte, kanımızca bu bentte kendisinden iktibas yapılabilecek eser türleri sadece dil ile ifade edilen eserlerle sınırlı olarak yorumlanmamalı, daha ziyade bir eser parçası olarak, tüm eser türlerini kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır.

Bilimsel eserlere yapılacak büyük iktibasta ise kendisinden iktibas yapılabilecek eserler bakımından herhangi bir sınırlandırma getirilmemiştir. Buna karşılık ilmi konferans ve derslerde sadece güzel sanat eserlerinin projeksiyon ve buna benzer araçlarla gösterilebileceğinden bahsedilerek, bu serbestisi güzel sanat eserleri ile sınırlandırılmıştır. Bununla birlikte öğretide sadece güzel sanat eserlerinin değil, bilimsel konferans ya da dersin konusu ile ilgili diğer eserlerin, örneğin bir haritanın, teknik planın da projeksiyonla gösterilmesinin bu bent kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir²⁷⁷.

Bunun dışında müzik eserlerine yapılacak iktibaslarda, kendisinden iktibas yapılacak eser de bestelerle sınırlı olarak kabul edilmiştir. Buna göre bu bent kapsamında müzik eserlerine, bir beste dışında başka eserlerden iktibas yapılamayacaktır. Örneğin bir müzik eserine bir edebiyat eserinden iktibas yapılamayacaktır.

(2) İşlenme ve Derleme Eserlerden İktibas

Belirtmek gereki ki, FSEK madde 35 kapsamında iktibasa konu olabilecek eserler sadece Kanununun 2 -5'nci maddeleri arasında sayılan eser türleri yani ilim ve edebiyat eserleri(FSEK madde 2); müzik eserleri(FSEK made 3); güzel sanat eserleri(FSEK madde 4) ve sinema eserleri(FSEK madde 5) ile sınırlı değildir. Bunun dışında FSEK madde 6'da koruma altına alınan "işlenme ve derleme" eserlerden de iktibas mümkündür. Böylece örneğin bilimsel bir eserin işlenmesi niteliği taşıyan tercümesinin başka bir bilimsel eser içerisinde, iktibas serbestisine ilişkin hükümler kapsamında kullanılması mümkün olacaktır.

²⁷⁷ Arslanlı, s. 140.

FSEK'in "*İşlenmeler ve Derlemeler*" başlıklı altıncı maddesinde, diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip de, *bu esere nispetle müstakil olmayan* ve bu maddede başlıcaları belirtilen(burada belirtilenler örnekseyici niteliktedir)²⁷⁸ fikir ve sanat mahsullerinin işlenme olduğu düzenlenmiştir. Maddenin son fıkrasında da, istifade edilen eserin sahibinin haklarına zarar getirmemek koşuluyla oluşturulan ve işleyenin hususiyetini taşıyan işlenmelerin FSEK'e göre eser sayılacağı düzenlenmiştir(FSEK madde 6/son). Buna göre, mevcut bir eserden yararlanılarak o esere göre bağımsız sayılamayacak, ancak onu meydana getirenin de hususiyetini taşıyan bir fikri ürün meydana getirilmesi fiili "işleme", bu faaliyet neticesinde ortaya konulan ürün ise "işlenme" adını alır²⁷⁹. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 1/B maddesinde, işlenme eserler, diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip de *bu esere nispetle müstakil olmayan* ve işleyenin hususiyetini taşıyan fikir ve sanat mahsulleri olarak tanımlanmıştır(FSEK madde 1/B-c bendi). İşlenme eserlere ilişkin olarak FSEK'in gerek birinci maddesinde gerekse altıncı maddesinde yer alan bu tanımlar neredeyse aynıdır²⁸⁰.

FSEK'in 6'ncı maddesinin başlığı 2001 yılında 4630 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce ise sadece "İşlenmeler" şeklinde idi. 4630 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle bu maddenin başlığı "İşlenmeler ve Derlemeler" şeklinde değiştirilmiştir. Ancak bu değişiklik isabetli değildir.

FSEK'in altıncı maddesinin başlığı "İşlenmeler ve Derlemeler" olmakla birlikte, bu maddede derleme eserin tanımı verilmemiş, sadece işlenme eserin tanımı

²⁷⁸ "İşlenmeler ve Derlemeler" başlıklı FSEK madde 6'nın birinci fıkrasında işlenme eserin tanımı yapıldıktan sonra, sınırlayıcı olmaksızın işlenme türleri sayılmıştır:1-Tercüme; 2-Roman, hikaye, şiir, ve tiyatro piyesi gibi eserlerden birinin bu sayılan nevilere çevrilmesi; 3-Musiki, güzel sanatlar, ilim ve edebiyat eserlerinin film haline sokulması veya filme alınmaya ve radyo televizyon ile yayıma müsait bir şekle sokulması;4-Musiki aranjman ve tertipleri;5-Güzel sanat eserlerinin bir şekilde diğer şekillere sokulması;6-Bir eser sahibinin bütün veya aynı cinsten olan eserlerinin külliyat haline konulması;7-Belli bir maksada göre ve hususi bir plan dahilinde seçme ve toplama eserler tertibi;8-Henüz yayımlanmamış bir eserin ilmi araştırma ve çalışma neticesinde yayımlanmaya elverişli hale getirilmesi(İlmi bir araştırma ve çalışma mahsulü olmayan alalede transkripsiyonlarla faksimileler bundan müstesnadır); 9-Başkasına ait bir eserin izah veya şerhi yahut kısaltması;10-Bir bilgisayar programının uyarlanması, düzenlenmesi veya herhangi bir değişim yapılması;11-Belli bir maksada göre ve hususi bir plan dahilinde verilerin ve materyallerin seçilip derlenmesi sonucu ortaya çıkan ve bir araç ile okunabilir veya diğer biçimdeki veri tabanları(Ancak, burada sağlanan koruma, veri tabanı içinde bulunan veri ve materyallerin korunması için genişletilemez.)

²⁷⁹ Ateş, (Eser), s. 291.

²⁸⁰ Kanun koyucunun aynı kavramı iki ayrı maddede tanımlamış olmasının modern kanun yapma tekniği ile bağdaşmadığı yönünde Bkz. Ateş, (Eser), s. 290.

yapılmıştır. Derleme eserler ise, FSEK madde 1/B-d'de tanımlanmıştır. Buna göre, özgün eser üzerindeki haklar saklı kalmak kaydıyla, ansiklopediler ve antolojiler gibi muhtevası seçme ve düzenlemelerden oluşan ve bir düşünce yaratıcılığı²⁸¹ sonucu olan eserler derleme eserlerdir(FSEK madde 1/B-d). Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere işlenme eserler ile derleme eserler, aslında birbirinden farklı niteliklere sahip bulunmaktadırlar.

Nitekim işlenme eserler esasen, FSEK madde 2–5 arasında düzenlenen dört eser grubuna dâhil eserlerin, aslına sadık kalınarak başka bir şekle dönüştürülmesi yoluyla ortaya çıkan eserlerdir. İşlenme eserlerde, sıfırdan yeni bir eser elde edilmesi amaçlanmamakta, buna karşılık zaten daha önceden var olan bir eser başka bir şekle sokularak işleyenin de hususiyetini taşıyan, asıl eserden farklı, ancak ondan tamamıyla bağımsız olmayan bir eser meydana getirilmesi söz konusu olmaktadır²⁸². İşleme faaliyetine konu olacak eserin, yaratıcısının hususiyetini taşıyan bir fikir veya sanat ürünü olması gerekmektedir²⁸³. İşlenme eseri meydana getiren kişi, tamamen bağımsız bir eser ortaya koymayı amaçlamayıp, mevcut bulunan eseri yeni bir biçime dönüştürmek amacındadır²⁸⁴.

Buna karşılık derleme eserlerde ise, daha önce var olan bir eserin başka bir şekle dönüştürülmesi söz konusu değildir. Derleme eserlerde, işlenme eserlerde olduğu gibi bir eserin başka bir şekle dönüştürülmesi söz konusu olmayıp, daha önce yaratılmış bulunan eserlerin hususiyet taşıyan bir şekilde seçilmesi, toplanması ve bir araya getirilmesi söz konusudur. Yine işlenme eserlerde, işlenen unsurun eser niteliğine sahip olması gerekmektedir. Derleme eserlerde, seçilen ve düzenlenen

²⁸¹ Buradaki düşünce yaratıcılığı ifadesinin isabetli olmadığı hususunda: Tekinalp'e göre, bir edebiyat, müzik, güzel sanat, sinema eseri için eser sahibinin hususiyeti yeterli görülürken bir derleme için düşünce yaratıcılığını aramak hem derlemeye uygun ve elverişli olmayan bir ölçü koymak çelişmesini doğurur hem de derlemeyi eserin üzerinde yer alan bir düzeye çıkarabilir. **Tekinalp, Ünal**, Derleme Eser, Düşünce Yaratıcılığı ve Bunun "Hususiyet" Üzerindeki Etkisi, FMR 2005/1, s. 76. Kanımızca da FSEK madde 1/B-b.d'de yer alan "düşünce yaratıcılığı" kavramı isabetli değildir, bu açıdan derleme bir eserin varlığından söz edebilmek için derleme eser içerisindeki unsurların seçilmesi, toplanması ve düzenlenmesinde eser sahibinin hususiyetinin bulunması yeterli olmalıdır. Aksi görüş için Bkz. **Ateş**, (Eser), s. 294–295.

²⁸² **Ateş**, (Eser), s. 292.

²⁸³ **Öztaş, Fırat**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler, Prof.Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara, 1998, s. 223 (anılış: İşlenme Eser); **Erdil, Engin**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler, İstanbul, 2003, s. 40; **Ateş**, (Eser), s. 292.

²⁸⁴ **Ateş**, (Eser), s. 288; **Kılıçoğlu**, s. 136.

unsurlar eser niteliğine sahip olabilmekle birlikte, seçilen, toplanan unsurların eser niteliğine sahip olması zorunlu değildir²⁸⁵.

Başka eserlerden yararlanma yoluyla derleme eserler oluşturulsa bile, burada başka eserden yararlanma, eserin işlenmesi şeklinde olmayıp, mevcut eserlerin belirli bir plan dâhilinde seçimi, düzenlenmesi söz konusudur²⁸⁶. Bu açıdan, FSEK 6/f.1-b. 7’de düzenlenen ve bu maddenin birinci fıkrası gereğince işlenme eser olduğu kabul edilen, belirli bir maksada göre ve hususi bir plan dâhilinde seçme ve toplama eserler tertibi; madde 6/f.1-b. 6’da düzenlenen, bir eser sahibinin bütün veya aynı cinsten olan eserlerinin külliyat haline sokulmasında, derleme eser niteliğinin bulunduğundan söz etmek gerekecektir. Zira bu tür eserlerde, eserin aslının başka bir şekle dönüştürülmesi değil, eserin aslının korunması ve değiştirilmeden başka bir eser yaratılması söz konusudur²⁸⁷. Yine madde 6/f.1-b. 11’de düzenlenen belirli bir maksada göre ve hususi bir plan dâhilinde verilerin ve materyallerin seçilip derlenmesi sonucu ortaya çıkan ve bir araç ile okunabilir veya diğer biçimdeki veri tabanları derleme eserler kapsamında mütala edilmek gerekecektir. Bu açıdan FSEK madde 6’da yer alan düzenlemenin isabetli olmadığı, işlenme ve derleme eserlerin farklı maddelerde düzenlenmesi gerektiği düşüncesindeyiz²⁸⁸. Nitekim UrHG madde 3’de işlenme eserler(Bearbeitungen) düzenlenmiş; aynı Kanunun 4’ncü maddesinde ise derleme eserler ve veri tabanı eserleri(Sammelwerke und Datenbankwerke) düzenlenmiştir.

Daha önce ifade edildiği üzere, işlenme eserlerin de, FSEK madde 35 kapsamında iktibasa konu olması mümkündür. Örneğin bilimsel bir eserin tercümesi işlenme eserdir ve bu tercümeden de başka bir esere iktibas yapılması, FSEK madde 35’de yer alan koşullara uyulmak koşuluyla mümkündür. Yine örneğin bir ilim ve edebiyat eserinin belgesel niteliğindeki bir sinema eseri haline getirilmesi durumunda

²⁸⁵ Seçilen ve toplanan fikri ürünlerin koruma süresini doldurmuş olmaları ya da korunma konusu olmamaları önem taşımaz. Bunlarda hususiyet, taşıyan yaratma seçme ve düzenleme tarzında aranmalıdır. **Ayiter**, s. 70. Örneğin derleme eser niteliğindeki veri tabanlarının (FSEK madde 6/f.1-b.11) içerdiği unsurların eser niteliğine sahip olması gerekli değildir.

²⁸⁶ **Ateş**, (Eser), s. 295.

²⁸⁷ **Kılıçoğlu**, s. 136.

²⁸⁸ Ateş’de, kanun koyucunun derleme eser ve işlenme eserleri farklı değerlendirdiği ve farklı hükümlere tabi tutmayı amaçladığını; derleme eserlerin yerinin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 6’da olmaması gerektiğini, zira işlenme eserler için öngörülen bazı hükümlerin derlenme eserler için uygulanma imkânı olmadığını; Kanunda yapılacak bir değişiklikte, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 6’da yer alıp da derleme eser niteliğinde olan ürünlerin, “Derlemeler” veya “Veri tabanları” kenar başlığı altında düzenlenecek mükerrer bir 6’ncı maddede düzenlenmesi gerektiğini ifade etmiştir, **Ateş**, (Eser), s. 296–297.

da bir işleme eserin varlığından söz edileceğinden, bu sinema eserinden, örneğin, FSEK madde 35/f.1-b.3 kapsamında bilimsel eser niteliği taşıyan diğer bir belgeye iktibas yapılması mümkündür.

Buna karşılık derleme eserlerde durum biraz farklılık gösterir. Derleme eserler de, FSEK'in koruması kapsamında yer alan bir eser türüdür. Bu açıdan kural olarak bu eserlerden de iktibas mümkündür. Ancak burada derleme eserlerin bir özelliği dikkate alınmalıdır. Derleme eserlerde, derleme eser sahibinin hususiyetinin, eserde yer alan unsurların seçilmesinde, toplanmasında ve düzenlenmesinde ortaya çıkması söz konusudur. Bu açıdan derleme eserden iktibas yapıldığından bahsedebilmek için, yapılan iktibas ile derleme eserden, derleme eser sahibinin seçme, toplama ve düzenlemede ortaya çıkan hususiyetini taşıyan bir kısmın iktibas edilmesi gerekmektedir.

Bu durumda, derleme eser sahibi FSEK madde 35'in koşullarına uyulmadan yapılan bir iktibasa karşı ancak derleme eserin içeriğinde bulunan unsurların yanında, seçme, toplama ve düzenlemede kendi hususiyetini taşıyan kısımların da iktibas edilmiş olması durumunda, hukuki yollara başvurabilir²⁸⁹.

Derleme eser içerisinde yer alan ve eser niteliği taşıyan unsurların iktibas edilmesi de FSEK madde 35'de yer alan koşullara uyulmak kaydıyla mümkündür. Buna karşılık derleme eserden iktibas edilen unsurlar eser niteliğini taşımıyorsa ve aynı zamanda derleme eser sahibinin de hususiyetini taşıyan bir unsur iktibas edilmemişse, FSEK madde 35'de yer alan koşullara uyulmasına gerek olmaksızın iktibas yapılması mümkündür.

Derleme eserlerden iktibas yapılması hususu özellikle mevzuat ve içtihat derlemeleri bakımından önem taşır. Mevzuat ve içtihatların hususiyet taşıyan bir şekilde belli bir sistem içerisinde seçilip toplanması ile derleme bir eserin yaratılmış olması durumunda, derleme eserde bulunan mevzuat ve içtihatların yanında, derleme eser sahibinin hususiyetini taşıyan unsurların da alınması, iktibas serbestisine ilişkin hükümler kapsamında mümkün olabilecektir²⁹⁰. Ancak bu tür bir derleme eserden, derleme eseri meydana getiren kişinin hususiyetini taşımayan kısımlar, örneğin sadece yargı kararının metni alınıyorsa, burada iktibas serbestisine ilişkin hükümlerin

²⁸⁹ **Schricker**,(Schricker, Urheberrecht), §51, s. 1024, nr.7; **Seydel**, s. 26; Bkz. **Öztan**, (İşleme Eser), s. 238-239.

²⁹⁰ Bkz. **Ayiter**, s. 158.

uygulanmasına gerek kalmayacak ve bu karar metninden FSEK madde 31 gereğince, iktibas serbestisine ilişkin FSEK madde 35 hükmünde yer alan koşullara uyulmaya gerek olmaksızın serbestçe yararlanılabilecektir. Yine bu tür bir yargı kararı derlemesinden, bir karar, derleme eser sahibinin hazırladığı özetle birlikte alınıyorsa, iktibas serbestisine ilişkin kuralların uygulanabilmesi için söz konusu *özetin* eser sahibinin hususiyetini taşıması gerekir. Herkes tarafından yapılabilecek sıradan, basit bir özetin alınması, bu kısım eser niteliğini taşımadığından fikri hak ihlali oluşturmayacaktır.

d. Eser Olarak Korunmayan Bazı Ürünlerden İktibas

(1) Bağlantılı Haklar Kapsamında Korunan Ürünlerden İktibas

Eser sahibi gibi yeni bir eser ortaya koymamakla birlikte, yalnızca var olan bir esere bağlı olarak bir fikri emek sarf eden bazı kimseler de, sarf ettikleri bu fikri emekleri eser niteliğine sahip olmamasına rağmen, eserlerin kitlelere ulaşmasına aracılık etmelerinden dolayı korunmakta ve kendilerine bir takım haklar tanınmaktadır²⁹¹. Bu haklara ilişkin düzenlemeler FSEK'in, "Çeşitli Hükümler" başlıklı altıncı bölümünde, "Eser Sahibinin Hakları İle Bağlantılı Haklar" başlığı altında düzenlenmiş ve 2001 yılında 4630 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, bağlantılı hakların; eser sahibinin manevi ve mali haklarına zarar vermemek kaydıyla ve eser sahibinin izniyle bir eseri özgün bir biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden sanatçıların, bir icra ürünü olan veya sair sesleri ilk defa tespit eden fonogram yapımcıları ile radyo-televizyon kuruluşlarının sahip olduğu komşu haklar(FSEK madde 80/1) ile filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcısının haklarından(FSEK madde 80/2) oluştuğu düzenlenmiştir²⁹². Buna göre hukukumuzda bağlantılı hak sahipleri dört gruba

²⁹¹ Arkan, Azra, Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar, İstanbul, 2005, s. 31.

²⁹² Bağlantılı haklara ilişkin düzenlemeler FSEK'e ilk kez, 1995 yılında 4110 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle girmiş ve bu haklar "Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar" başlığı altında düzenlenmişti. Buna karşılık, 4630 sayılı Kanunla bağlantılı hakların, icracı sanatçıların, fonogram yapımcılarının ve radyo televizyon kuruluşlarının haklarından oluşan komşu haklar ile film yapımcısının hakları olarak ikiye ayrılarak yapılan düzenlenmenin isabetsiz olduğu ifade edilmiş ve kanun koyucunun ya "komşu hak" ya da bağlantılı hak terimini kabul ederek, icracı sanatçılar,

ayrılmıştır. Bunlar icracı sanatçılar, fonogram yapımcıları, radyo-televizyon kuruluşları ve film yapımcılarıdır. Buna karşılık bağlantılı hak tanınan kişiler, diğer ulusal düzenlemelerde ve uluslar arası düzenlemelerde farklılıklar gösterebilmektedir. Bununla birlikte hemen tüm düzenlemelerde bağlantılı haklara ilişkin Roma Anlaşmasındaki ayrıma uygun olarak icracı sanatçılar, fonogram yapımcıları ve yayın kuruluşlarına bağlantılı hak tanınmaktadır²⁹³.

FSEK'e göre bağlantılı hak konusu faaliyetlerden başka eserlere iktibas yapıp yapılamayacağı noktasında ise Kanunun bu konuda açık bir düzenleme getirdiğini ifade etmek gerekir. FSEK madde 80'de bağlantılı haklara getirilecek sınırlandırmalar düzenlenmiş ve bu sınırlandırmalar içerisinde FSEK'in iktibas serbestisini düzenleyen 35'nci maddesine de atıf yapılmıştır(FSEK madde 80/2.7.4). Buna göre bağlantılı hak konusu faaliyetlerden de başka eserlere FSEK madde 35'de yer alan koşullara uyulmak kaydıyla iktibas yapılması mümkündür²⁹⁴.

Bağlantılı hak konusu faaliyetlerden yapılabilecek iktibasa örnek olarak farklı orkestraların veya farklı sanatçıların yorumları arasında karşılaştırma yapan bilimsel nitelikte bir esere örneğin bir belgesele, burada yapılan karşılaştırmaların içeriğinin aydınlatılabilmesi için söz konusu icracı sanatçıların koruma konusu faaliyetlerinin iktibas edilmesi verilebilir²⁹⁵.

fonogram yapımcısı ve yayın kuruluşu ile birlikte film yapımcısının haklarını da seçilen bu başlık altında düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. **Arkan**, s. 38.

²⁹³ **Arkan**, s. 33. Alman hukukunda ise çok daha geniş bir gruba bağlantılı hak tanındığı görülmektedir. UrHG'de "Verwandte Schutzrechte" başlığı altında, icracı sanatçılar (UrHG madde 73-83); ses taşıyıcısı üreticileri(UrHG madde 85);yayın kuruluşları(UrHG madde 87) ve film yapımcıları(UrHG madde 94) dışında fikir ve sanat eserleri kanununun koruması kapsamında yer almayan eser ya da metinlerin bilimsel baskılarının yazarları(wissenschaftliche Ausgabe-UrHG madde 70);henüz yayımlanmamış, fikir ve sanat eserleri hukuku bakımından koruma süresinin sona ermesinden sonra bir eseri ilk defa yayımlayan veya kamuya sunan kimseler(nachgelassene Werke-UrHG madde 71);eser niteliğine sahip olmayan fotoğraflar ve fotoğraflar gibi üretilen ürünlerin sahipleri(UrHG madde 72) ve film eseri olarak korunmayan resim ve/veya ses dizilerini üretenler de "akraba haklar" başlığı altında hak sahibi olabilecek kişiler arasında düzenlenmişlerdir. Bunun dışında eser niteliğine sahip olmayan veri tabanaları("einfacher" Datenbanken) üreticilerinin korunması kabul edilmiştir(UrHG madde 87/a). Bununla birlikte eser niteliği taşımayan veri tabanalarının üreticilerine tanınan hakların diğer akraba haklardan farklı nitelikler gösterdiği ve bu nedenle sui generis nitelikte bir hak olarak görüldüğü öğretide ifade edilmektedir, **Krüger**, s. 199.

²⁹⁴ Alman hukukunda da, eser niteliği taşımayan veri tabanalarının üreticilerine tanınan haklar dışında kalan ve bağlantılı haklar (akraba haklar) kapsamında korunan diğer faaliyetlerden de başka eserlere iktibas yapılabilmesi bir eserden iktibas yapılmasında olduğu gibi UrHG'nin iktibas serbestisini düzenleyen 51'nci maddesindeki koşullara uyulması kaydıyla kabul edilmektedir, **Seydel**, s. 26;**Krüger**, s. 200.

²⁹⁵ Bkz. **Ekrutt**, s. 4.

(2) Derleme Eser Niteliğine Sahip Olmayan Veri Tabanlarından İktibas

Değnilmesi gereken diğler bir husus da, FSEK'in eser niteliğı taşımayan veri tabanlarının yapımcılara tanınan haklar(FSEK Ek madde 8) bağlamında, bu veri tabanlarından yararlanmada iktibas serbestisine ilişkin hükümlerin uygulanıp uygulanamayacağıdır. Daha önce de ifade edildiğı üzere belli bir maksada göre ve hususi bir plan dâhilinde verilerin ve materyallerin seçilip derlenmesi sonucu ortaya çıkan ve bir araç ile okunabilir veya diğler biçimdeki veri tabanları, derleme eser kapsamında koruma konusu olacaktır (FSEK madde 6/f. 1- b.11). Bir veri tabanının FSEK madde 6 kapsamında derleme eser olarak korunabilmesi için ise, diğler derleme eserlerde olduğı gibi derleme eseri meydana getirenin hususiyeti aranır. Veri tabanı eserlerinde de, eser sahibinin, veri tabanının içerdığı eserlerin, verilerin ya da materyallerin seçilmesi ve düzenlenmesinde hususiyetinin bulunması gerekmektedir. Meydana getirilen bir veri tabanı, sahibinin, veri tabanının içinde yer alan eser, veri ya da materyallerin seçilmesi ve düzenlenmesinde hususiyetini taşıyorsa derleme eser olarak korunacaktır. Ancak burada sağlanan koruma, veri tabanı içinde bulunan veri ve materyalin korunması için genişletilemeyecektir(FSEK madde 6/f. 1/b. 11). Yani veri tabanı eserinin sahibinin veri tabanını oluşturan eserler üzerinde fikri hakkı olmayıp, bu hak bu eserlerin sahibine ait olacaktır. Buna göre örneğın bir veri tabanı içerisinde bulunan bir şiir, iktibas serbestisine ilişkin FSEK madde 35'de yer alan koşullara uygun olarak iktibas edilmezse, veri tabanı sahibi, bu hukuka aykırı kullanıma karşı bir dava veya talep hakkına sahip olmayacaktır.

Meydana getirilen veri tabanı, içeriğının seçilmesinde ve düzenlenmesinde sahibinin hususiyetini taşımiyorsa, bu tür bir ürün FSEK'e göre derleme eser kapsamında korunamayacaktır. Ancak çoğı kez veri tabanı yapımcıları, veri tabanlarının oluşturulması için önemli ölçüde yatırım yapmaktadırlar. İşte bu yatırımların korunması amacıyla 96/9 sayılı Veri Tabanlarına İlişkin Avrupa Birliğı Direktifinde²⁹⁶ yer alan düzenlemelere paralel olarak, söz konusu veri tabanının oluşması için yaptıkları önemli masrafların korunması ilkesinden hareketle, FSEK'in Ek 8'nci maddesinde veri tabanı yapımcılarına ilişkin özel bir düzenleme getirilmiştir.

²⁹⁶ ATRG, 27.3.1996, L077/20-28

Bu düzenlemenin amacı, veri tabanındaki verilerin seçimi ve düzenlenmesinde derleyenin hususiyetini yansıtmayan, ancak, oluşturulmasında esaslı bir nispet dâhilinde yatırım yapılan veri tabanlarına özel bir hukuki koruma sağlanmak suretiyle, veri tabanı yapımıcısının emek, mali ve kültürel yatırımı ile gerçekleştirdiği edimi korumaktır²⁹⁷.

FSEK Ek madde 8'e göre, bir veri tabanının içeriğinin oluşturulmasına, doğrulanmasına veya sunumuna nitelik ve nicelik açısından esaslı bir nispet dâhilinde yatırım yapan veri tabanı yapımıcısının, ayrıca, veri tabanının *içeriğinin önemli bir kısmının veya tamamının*; a) Herhangi bir araç ile herhangi bir şekilde sürekli veya geçici olarak başka bir ortama aktarılması, b) Herhangi bir yolla dağıtılması, satılması, kiralanması veya topluma iletilmesi, hususlarında FSEK' de sayılan istisnalar ile kamu güvenliği, idarî ve yargı işlemlerinin gerektirdiği istisnalar dışında izin vermek veya yasaklamak hakkına sahip olacağı düzenlenmiştir(Ek madde 8/f.1). Veri tabanı yapımıcısına tanınan bu koruma aleniyet tarihinden itibaren 15 yıldır(EK madde 7/fıkra2). Buna karşılık, veri tabanının içeriğinde esaslı bir değişiklik meydana getiren ve yeni bir yatırım gerektiren, nitelik ve nicelik açısından yapılan her türlü ekleme, çıkarma veya değişiklik sonucu bu yeni yatırımdan doğan veri tabanı kendi koruma koşullarına hak kazanacaktır(Ek madde 8/f.3). Son olarak bu maddede tanınmış hakları ihlâl edenler hakkında FSEK'in 72 nci maddesinin (3) numaralı bendi hükümleri uygulanacağı düzenlenerek(Ek madde 8/son) uygulanacak kanun hükümleri sınırlandırılmıştır.

Bu madde ile yapılan düzenleme ile veri tabanı yapımıcısına, üçüncü kişiler tarafından veri tabanının içeriğinin tamamının ya da önemli bir kısmının başka bir ortama aktarılmasına veya yeniden kullanılmasına izin verme ve yasaklama yetkisi tanınmıştır²⁹⁸. Ancak maddede bu korumaya da, FSEK'de yer alan istisnalar, kamu güvenliği, idari ve yargı işlemlerinin gerektirdiği haller bakımından sınırlandırma getirilmiştir. Burada FSEK'de sayılan istisnalardan bahsedildiğinden, iktibas serbestîsine ilişkin 35'nci maddenin de bu kapsamda olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir²⁹⁹.

²⁹⁷ **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s. 123; **Oğuz, Sefer**, Veri Tabanı Hakkı ve Sui Generis Veri Tabanı Hakkının Sınırları, Prof.Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara, 2006, s. 743.

²⁹⁸ **Ateş**, (Eser), s. 378.

²⁹⁹ Buna karşılık Alman hukukunda, UrHG madde 87/a ve devamında düzenlenen veri tabanlarından(derleme eserler kapsamında düzenlenen veri tabanı eserleri UrHG madde 4'de

Belirtmek gerekir ki FSEK Ek 8'nci maddesinde veri tabanı yapımcısına sadece veri tabanının tamamı ya da önemli bir kısmı üzerinde maddede belirtilen koruma sağlanmıştır. Bu açıdan veri tabanlarının önemli olmayan kısımlarının üçüncü kişilerce kullanılması(kullanılan unsurlar münferit olarak eser sayılmadığı sürece) Ek 8'nci maddede getirilen sınırlandırmaya ilişkin hükme gerek olmaksızın zaten serbest olacaktır.

FSEK Ek madde 8'de, veri tabanının tamamı yanında, önemli bir kısmının da kullanılması bakımından koruma sağlanmıştır. Burada önemli olan veri tabanının niceliksel ve/veya niteliksel bakımdan önemli bir kısmının kullanılmasının söz konusu olup olmadığıdır. Niceliksel açıdan önemli kısmın belirlenmesinde, alınan ya da tekrar kullanılan verinin hacminin, veri tabanı içeriğinin tüm hacmi ile olan ilişkisi dikkate alınacaktır³⁰⁰. Niteliksel açıdan yapılacak değerlendirme ise, veri tabanı parçasının aynı zamanda niceliksel açıdan önemli bir kısım oluşturup oluşturmadığı önemli olmaksızın, alınan ya da tekrar kullanılan veri tabanı parçasının içeriğinin yaratılması, doğrulanması ya da sunumu ile bağlı olan yatırımın çerçevesi ile ilgilidir³⁰¹.

FSEK'de veri tabanı yapımcılarına tanınan haklar, veri tabanının içeriğinin tamamı veya büyük bir kısmı bakımından tanındığından, bu miktarda olmayan yararlanmalar, FSEK Ek madde 8'de yer alan sui generis veri tabanı koruması kapsamına girmeyecektir. Buna karşılık, bir veri tabanının içeriğinin önemli bir kısmının ya da tamamının FSEK madde 35 kapsamında başka eserlere iktibas kuralı olarak mümkün olmakla birlikte, burada iktibas serbestisine ilişkin koşulların yerine

düzenlenmiştir) UrHG madde 51 madde kapsamında iktibas yapılamayacağı kabul edilmektedir. Zira veri tabanlarının üçüncü kişilerce kullanılabilmesi haller, 96/9 sayılı Veri Tabanlarına İlişkin Avrupa Birliği Direktifinin 9'uncu maddesi dikkate alınarak, UrHG madde 87/c'de sınırlı olarak düzenlenmiştir. Buna göre, bir veri tabanının şekil ve çerçevesine göre önemli bir parçasının çoğaltılması ancak kişisel amaçla(ancak bu durum unsurları yalnız elektronik araçlar yardımıyla okunan veri tabanlarında geçerli değildir)madde 87/c-f.1-b.1; çoğaltma bu amaca uygun olduğu ve bilimsel kullanım, sınaî amaçlarla olmadığı sürece kişisel bilimsel kullanım(b.2) ve sınaî amaçlar takip edilmediği sürece ders anlatımı(b.3) için geçerli olacaktır. Ayrıca UrHG madde 87/c/f.2'de ise kamu güvenliği ve yargı görevleri bakımından bir sınırlandırma getirilmiştir. Belirtilen bu sınırlandırmalar içerisinde iktibas serbestisine ilişkin UrHG madde 51'e atıf yapılmamıştır. Bu açıdan eser niteliğini taşımayan veri tabanlarından(einfachen Datenbanken) bilimsel eserlere UrHG madde 87/c de belirtilen sınırlandırma kapsamında alıntılar yapılabilmeyle birlikte, diğer eserlere iktibas serbestisine ilişkin hükümler kapsamında iktibas imkânı bulunmamaktadır. **Krüger**, s. 203.

³⁰⁰ Avrupa Adalet Divanı, GRUR 2005, Heft 3, s. 251, "BHB-Pferdwetten".

³⁰¹ Avrupa Adalet Divanı, GRUR 2005, Heft 3, s.251, "BHB-Pferdwetten"; Her iki bakımdan da esaslı sayılmayan her türlü yeniden kullanım ya da başka bir ortama aktarma durumunda ise "esaslı olmayan bir kısımdan" söz edilebilmesi mümkündür, **Çolak, Uğur**, Topluluk ve Türk Hukukunda Veri Tabanlarına Sağlanan Sui Generis Koruma ve Spinn-Off Teori, FMR, Y.5, C.5, S. 2005/1, s. 54.

getirilmiş olması gerekmektedir. Bir eserin tamamının ya da önemli bir kısmının iktibasına yani büyük iktibasa FSEK madde 35/f.1-b.3 kapsamında sadece bilimsel eserlere yapılacak iktibaslarda izin verildiğinden, bir veri tabanının tamamının veya önemli bir kısmının iktibas da, *esasen* bilimsel nitelikteki bir esere FSEK madde 35/f.1-b.3’de yer alan koşullarla yapılması halinde geçerli olacaktır. Alenişmiş bir eserin bazı parçalarının, bilimsel nitelik taşımayan ilim ve edebiyat eserlerine iktibas ise, ancak FSEK madde 35/f.1-b.1’de yer alan koşullarla mümkün olabilecektir. Bu bentte düzenlenen küçük iktibasta esasen sadece bir eserin bazı parçalarının iktibas söz konusu olup, bir eserin tamamının ya da önemli bir kısmının iktibas mümkün değildir. Daha sonra da ifade edileceği üzere iktibas edilen eser parçasının sınırının ve özellikle kendisinden iktibas yapılan eserin önemli bir parçası olup olmadığının belirlenmesinde bir takım kriterler bulunmaktadır. Ancak bu kriterlerden en önemlisi, iktibas edilen parçalar yoluyla, iktibas edilen eserle doğrudan rekabete girerek, onun satış şansının azaltılmamasıdır. Bu açıdan nicelik ve/veya niteliksel açıdan önemli nitelikte olan bir veri tabanı parçasının, FSEK madde 35/f.1-b.1 kapsamında iktibas edilebilmesi için, -veri tabanlarında, veri tabanı yatırımcısının yatırımının korunduğu dikkate alındığında- iktibasın amacın haklı kıldığı çerçevede yapılmış olması ve iktibas yoluyla doğrudan rekabete girilerek, veri tabanı yatırımcısının yatırımından elde edebileceği kârın azaltılmaması gerektiği söylenebilecektir.

(3) Haksız Rekabet ve Kişilik Hakları Kapsamında Korunan Ürünlerden İktibas

(i) Haksız Rekabete İlişkin Hükümler Kapsamında Korunan Ürünlerden İktibas

FSEK’in “Çeşitli Hükümler” başlıklı altıncı bölümünde, eser sahibinin hakları ile bağlantılı haklarının yanında, eser niteliğine sahip olmayan bir takım ürünler üzerinde de haksız rekabet ve kişilik hakları esasına dayalı olarak koruma sağlayan hükümler bulunmaktadır. Bu kapsamda bir eserin ad ve alametleri ile çoğaltılmış nüshalarının şekilleri üzerinde(FSEK madde 83); nakle yarayan bir alet üzerine tespit edilen veya ticari maksatlarla haklı olarak çoğaltılan veya yayılan eser

niteliğine sahip olmayan işaret, resim ya da sesler (FSEK madde 84/f.1); eser niteliğinde olmayan her nevi fotoğraflar, benzer usullerle tespit edilen resimler ve sinema ürünlerinin(FSEK madde 84/f.3) haksız rekabet esaslarına göre korunacağı düzenlenmiştir. Alman hukukunda bağlantılı haklar(veya diğer bir deyimle akraba haklar) kapsamında düzenlenen, eser niteliğine sahip olmayan fotoğraflar, yine eser niteliğine sahip olmayan resim ve/veya ses dizileri hukukumuzda bağlantılı haklar kapsamında düzenlenmemiş ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda bu bu nitelikteki ürünlerin sahiplerinin haksız rekabet hükümlerine göre korunacağı ifade edilmiştir.

FSEK'in 83'ncü maddesinin birinci fıkrasında, bir eserin ad ve alametleri ile çoğaltılmış nüshaların şekillerinin, iltibasa meydan verebilecek surette diğer bir eserde veya çoğaltılmış nüshalarda kullanılmayacağı düzenlenmiştir(FSEK madde 83/f. 1). Aksi durumda, tecavüz edenin tacir olup olmadığına bakılmaksızın Ticaret Kanunu madde 56–65 arasında düzenlenen haksız rekabet hükümleri uygulanır(FSEK madde 83/son). Maddenin ikinci fıkrasında ise birinci fıkrada belirtilen hükmün, umumen kullanılan ve ayırt edici bir niteliği bulunmayan ad, alamet ve dış şekiller hakkında uygulanamayacağı düzenlenmiştir(FSEK made 83/f. 2).

Bir eserin adı, eseri diğer eserlerden ayırma işlevi gören söz ve sözcüklerdir³⁰². “Alamet” ise, eseri tanıtan işaret ve sembollerdir³⁰³. Eser nüshalarının şekilleri kavramı ise, çoğaltılmaya elverişli bir eserin içeriğinden bağımsız olarak değerlendirilebilecek dış görünümünü ifade eder³⁰⁴. Örneğin bir kitabın ya da bir müzik albümünün kapağı gibi³⁰⁵.

Eser ad, alamet veya şekli ne kadar orijinal olursa olsun eser niteliği taşımaz ve eserden ayrı olarak ve kendi başına bir fikri hak konusu oluşturmaz³⁰⁶.

³⁰² **Ayiter**, s. 83; **Ateş**, (Eser), s. 405.

³⁰³ **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s. 46; **Ateş**, (Eser), s. 407.

³⁰⁴ **Ateş**, (Eser) s. 408

³⁰⁵ **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s. 46.

³⁰⁶ **Çöl, Hüseyin Cem**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na Göre Eser Dışında Koruma Konuları, AÜHFD, Y.2003, C.52, S.4, s. 368; **Hırş**, s. 136, nr.153; **Arslanlı**, s. 53; **Kılıçoğlu**, s. 143; eser adı ne kadar özgün ve sıra dışı olursa olsun, eser adlarının eser olarak korunmasının mümkün olmadığı yönünde, **Ateş**, (Eser), s. 417; Buna karşılık eser adlarının nadiren hususiyet taşıyan bir yaratma olabileceği, zira eser adlarının genellikle bir iki kelime-cümlecik ya da cümleden oluşmasından dolayı söz konusu hususiyeti taşımasının ve eser olarak korunmasının istisnai olarak mümkün olabileceği yönünde, **Ayiter**, s. 84.

Hiçbir ayırt edici niteliği³⁰⁷ olmayan eser ad, alamet ve işaretleri FSEK'in koruması altında olmayacak ve bunlara ilişkin olarak FSEK madde 83 hükmü uygulanmayacaktır. Ancak ayırt edici niteliğe sahip ad, işaret ve alametler hakkında FSEK madde 83'e göre haksız rekabet hükümleri uygulanacaktır. Bu hükümlerin uygulanabilmesi için ise eser, ad, alamet ve şekillerinin kullanımının iltibasa yol açması gerekir. Yani bu kullanımın üçüncü kişileri aldatıcı nitelikte olması gerekir. İltibas, başka bir kişinin emtiası, iş mahsülleri, faaliyeti veya ticari işletmesi ile ilgili benzerlik oluşturularak, üçüncü kişiler nezdinde karışıklığa ve yanılmaya sebep olunmasıdır³⁰⁸. FSEK madde 83 anlamında iltibas ise, eserin ad, alamet veya şekli konusunda üçüncü kişilerin yanılgıya düşürülmesidir³⁰⁹.

Bu bakımdan ayırt edici nitelikteki eser ad, işaret ve şekillerinin iltibasa meydan vermediği sürece kullanılmasında bir sınırlandırma yoktur. Yani bu durumda bu ad, alamet ve şekillerden yararlanmak için iktibas serbestisine ilişkin koşulların yerine getirilmesi gerekli değildir. Örneğin geçerli bir iktibas amacı bulunması gerekli değildir. İltibasa meydan veren bir kullanımın da zaten iktibas serbestisine ilişkin düzenleme çerçevesinde hukuka uygun kılınması mümkün değildir; zira geçerli bir iktibastan bahsedebilmek için iktibas edilen eserin kendisine iktibas edilen eserde yabancı bir unsur olarak ortaya çıkması ve kaynak gösterme yoluyla sahibinin belirtilmesi gerekir.

FSEK madde 84'de ise, bir işareti, resim veya sesi, bunları nakle yarıyan bir alet üzerine tesbit eden veya ticari maksatlarla haklı olarak çoğaltan yahut yayan kimsenin, aynı işaretin, resmin veya sesin üçüncü bir kişi tarafından aynı vasıttan faydalanılmak suretiyle çoğaltılmasını veya yayımlanmasını men edebileceği düzenlenmiştir.(FSEK madde 84/f. 1). Tecavüz eden tacir olmasa bile birinci fıkra hükmüne aykırı hareket edenler hakkında haksız rekabete mütaallik hükümler uygulanır(FSEK madde 84/fıkra 2). Maddenin son fıkrasında ise bu madde hükmünün, eser niteliğinde olmayan her nevi fotoğraflar, benzer usullerle tesbit

³⁰⁷ Ayırt edicilik koşulunun gerçekleşmesi için orjinallik veya tanınmışlık koşullarından sadece birisinin bulunmasının yeterli olacağı yönünde, **Çöl**, s. 368.

³⁰⁸ **Ateş**, (Eser), s. 414; İltibasa yol açmak, ad veya alametin sadece asıl eserde olduğu gibi kullanılmasını değil, herhangi bir şekilde karıştırmaya yol açacak tarzda örneğin başka bir eser türünde de kullanılmasını da ifade eder. **Erel**, (Fikir ve Sanat Hukuku), s. 230.

³⁰⁹ **Ateş**, (Eser), s. 414.

edilen resimler ve sinema ürünleri hakkında da uygulanacağı düzenlenmiştir(FSEK madde 84/f. 3).

Bu maddede eser niteliğine sahip olmayan işaret, resim, ses, fotoğraf veya sinema ürünlerinin haksız rekabet hükümlerine göre korunması hüküm altına alınmıştır. Nitekim bir işaret, ses, resim, fotoğraf ya da sinema ürünü eser niteliğinde ise eser sahipliğinden doğan haklar kapsamında korunur.

Yine bu maddede yer alan ürünler eser niteliği taşıyorsa, bağlantılı haklar kapsamında koruma da söz konusu olabilir. FSEK madde 80’de bir icra ürünü olan veya *sair sesleri* ilk defa tespit eden fonogram yapımcılarına bağlantılı hak tanındığından söz edilmektedir. Bu ifadede hem bir ses icrasının ilk tespitini yapan hem de eser niteliği taşımayan diğer sesleri tespit eden fonogram yapımcılarının bağlantılı hak sahibi yolunda bir anlam çıksa da, fonogram yapımcılarına FSEK madde 80 kapsamında tanınan hak, *eser sahibinin haklarına* bağlantılı hak niteliği taşıdığından, eser niteliği taşımayan diğer seslerin tespitini yapan fonogram yapımcısına bağlantılı hak tanındığını kabul etmek doğru değildir. Nitekim bu durumda yani eser niteliği taşımayan seslerin ilk tespitini yapan fonogram yapımcıları hakkında FSEK madde 84’de yer alan koruma uygulama alanı bulacaktır. Buna göre eser olarak ya da bağlantılı hak çerçevesinde korunamayan resim ve sesler tespit edilmişse bu tespitler FSEK madde 84 kapsamında korunacaktır³¹⁰.

FSEK madde 84’e göre, eser niteliği taşımayan bir işaretin, resmin, sesin, bunları nakle yarayan bir alet üzerine tespit edilmesi veya ticari amaçlarla haklı olarak çoğaltılması veya yayılması halinde, aynı işaretin, resmin ya da sesin üçüncü bir kişi tarafından aynı vasıttan yararlanmak yoluyla çoğaltılması veya yayımlanması tecavüz eden tacir olmasa bile haksız rekabet oluşturacaktır³¹¹. Aynı

³¹⁰ Arkan, s. 135.

³¹¹ FSEK madde 84’de belirtilen düzenleme olmasaydı, maddede geçen unsurlara tecavüz halinde, haksız rekabete ilişkin Türk Ticaret Kanunu madde 56 ve devamındaki hükümler ancak koşulların mevcut olması halinde uygulanabilecek idi. Kılıçoğlu, s. 148; “... mahkeme davanın reddine dayanak olarak, tarafların birbirlerinden tamamiyle farklı ticari konularda faaliyet gösterdiklerini bu nedenle davalı kamping sahibinin kendi iş yeri ile ilgili olarak bastığı broşürlerde davacıya ait çadır fotoğraflarının kullanılmasının TTK’nun 56 ve 57’nci maddelerinde düzenlenmiş bulunan bir haksız rekabet teşkil etmeyeceğini hususu yapılmıştır. Oysa, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun ... 84’ncü maddesinde aynen (bir işareti, resmi veya sesi, bunları nakle yarayan bir alet üzerine tespit eden veya ticari maksatlarla haklı olarak çoğaltan yahut yayan kimse, aynı işaretin, resmin veya sesin 3’ncü bir kişi tarafından aynı vasıttan faydalanılmak suretiyle çoğaltılmasını ve yayımlanmasını men edebilir. Tecavüz eden tacir olmasa bile birinci fıkraya hükmüne aykırı hareket edenler hakkında haksız rekabete müteallik hükümler uygulanır. Eser mahiyetinde olmayan her nevi fotoğraflar, benzer usullerle tespit edilen resimler ve sinema mahsulleri hakkında da bu madde hükmü uygulanır... O

husus FSEK madde 84/son fıkraya gereğince eser niteliğinde olmayan her nevi fotoğraflar, benzer usullerle tesbit edilen resimler ve sinema mahsulleri hakkında da geçerlidir. Bununla birlikte bu tür tespitlerin FSEK madde 35 kapsamında başka bir eserde kullanılması da mümkündür. Nitekim eser niteliği taşıyan ürünlerden iktibasa izin verilerek genel menfaat yararına eser sahibinin mali haklarına sınırlandırma getirilirken, eser niteliği taşımayan ancak FSEK madde 84'e aykırı olarak üçüncü kişilerce kullanılmaları haksız rekabet oluşturan ürünlerden iktibasa da izin verilmesi gerekir. Bu durumda FSEK madde 35'de yer alan koşullara uygun bir iktibas yapılması durumunda, artık FSEK madde 84'de belirtilen bir kullanımın haksız rekabet oluşturduğundan söz edilemeyecektir.

(ii) Kişilik Haklarına İlişkin Hükümler Kapsamında Korunan Ürünlerden İktibas

FSEK madde 85 ve 86'da mektup, hatıra ve benzer yazılı ürünler ile resim ve portreler üzerindeki kişilik haklarına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir.

FSEK madde 85 hükmüne göre, eser niteliğinde olmasa bile, mektup, hatıra ve buna benzer yazılar, yazarların ve bunlar ölmüş ise FSEK 19 uncu maddenin birinci fıkrasında yazılı kimselerin muvafakati olmadan, yazarın ölümünden itibaren on yıl geçmiş bulunmadıkça yayınlanamaz (FSEK madde 85/f. 1). Mektupların ise ayrıca muhatap veya muhatap ölmüş ise 19 uncu maddenin birinci fıkrasında yazılı kimselerin muvafakati olmadan, muhatapın ölümünden itibaren 10 yıl geçmiş bulunmadıkça yayımlanamayacağı düzenlenmiştir(FSEK madde 85/f. 2). Bu hükümlere aykırı hareket edenler hakkında Borçlar Kanununun 49 uncu maddesi ve Türk Ceza Kanununun 132, 134, 139 ve 140 ıncı maddeleri hükümleri uygulanır(FSEK madde 85/f. 3). Bu düzenleme, Medeni Kanun'un kişiliğin korunmasına ilişkin 24'ncü maddesini tamamlayıcı nitelikte bir düzenlemedir³¹².

halde, mahkemece 5846 sayılı yasanın 84'ncü maddesi ve maddenin yollamada bulunduğu (haksız rekabet) hükümleri göz önünde bulundurularak, davacıya ait fotoğraf ve diaların, davalıya ait kampingin tanıtılmasıyla ilgili broşürlerde basılıp, kullanılmasının ve dağıtılmasının bu madde çerçevesinde değerlendirilerek hasil olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken...", 11 HD., 26.4.1983, E. 2205, K. 2172, BATIDER, C.XII, Y.1983, S. 1.

³¹² Öztan,(Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 763.

FSEK madde 85’de korunan kişi, mektup, hatıra ve benzeri yazıları yazarlar ve bu yazılara muhatap olanlar; korunan ise yazarın ve muhatabın kişilik haklarıdır³¹³.

FSEK madde 85 kapsamında hem eser niteliğine sahip hem de eser niteliğine sahip olmayan mektup, hatıra ve benzeri yazılı ürünler üzerindeki kişilik haklarının korunması düzenlenmiştir³¹⁴.

Maddenin birinci fıkrasında “yayınlanma” kavramı kullanılırken; ikinci fıkrada ise “yayımlanma” kavramı kullanılmıştır. Kanımızca bu kavramlar yerinde kullanılmamıştır. Nitekim “yayın” kavramı FSEK madde 25’de bir eserin aslının veya çoğaltılmış nüshalarının radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli telsiz yayın yapan kuruluşlar tarafından yayınlanmasına ilişkin olarak kullanılmıştır. Yayımlama kavramı ise, FSEK madde 7’de düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında, hak sahibinin rızasıyla umuma arz edilen bir eserin alenileşmiş sayılacağı düzenlendikten sonra, ikinci fıkrada, bir eserin aslından çoğaltma ile elde nüshaları hak sahibinin rızasıyla satışa çıkarılma veya dağıtılma yahut diğer bir şekilde ticaret mevkiine konulma suretiyle umuma arzedilirse o eserin yayımlanmış sayılacağı düzenlenmiştir. Yayımlanma yolu ile de bir eser umuma arz edilmekle birlikte, her umuma arz, aynı zamanda yayımlanma anlamına gelmez. Nitekim yayımlanmadan bahsedebilmek için *çoğaltılmış nüshaların* satışa çıkarılma, dağıtılma veya diğer bir şekilde ticaret mevkiine konulması gerekmektedir. Alenileşme için ise çoğaltılmış nüshaların dağıtılması gerekli olmayıp, herhangi bir şekilde umuma arz yeterlidir.

FSEK madde 85 ile mektup, hatıra ya da buna benzer yazıların sahiplerinin ve mektuplarda da ayrıca muhatapların kişilik haklarının korunması amaçlanmaktadır. Mektup, hatıra ve benzeri yazılar da eser niteliği taşımasalar bile yazarlarının kişiliğinin bir yansıması olup, kişilerin özel yaşam varlıklarına dâhildirler ve kişilik hakları kapsamında korunurlar. Bu nedenle bu yazıların umuma sunulup sunulmayacağı ya da hangi şekilde sunulacağı hakkında karar verme yetkisi esasen sadece bu yazıların yazarlarına ait olacaktır. Bu açıdan yazarı tarafından umuma arz edilmemiş mektup, hatıra ve benzeri yazıların alenileştirilmesi kişilik haklarını ihlali olarak değerlendirilecektir. FSEK madde 85’in kişilik haklarının korunmasına ilişkin bir düzenleme olduğu göz önüne alındığında, bu maddede FSEK madde 7/f. 2 anlamında mektup, hatıra ve benzeri yazıların sadece çoğaltılmış nüshalarının

³¹³ Çöl, s. 375.

³¹⁴ Bkz. Ayiter, s. 86; Kılıçoğlu, s. 152; Çöl, s. 375.

umuma dağıtılmasının değil, esasen bunların herhangi bir şekilde umuma arz edilmesinin yasaklandığının kabulü gerekir³¹⁵. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi umuma arz, çoğaltılmış nüshaların yayımlanması suretiyle olabileceği gibi çoğaltılmış nüshalar olmadan herhangi bir şekilde umumun bilgisine sunulma şeklinde de gerçekleşebilir.

FSEK madde 35’de getirilen iktibas serbestisine ilişkin düzenleme ise sadece eser sahibinin mali haklarına getirilmiş bir sınırlandırma olup, diğer haklar ve özellikle genel kişilik haklarına getirilmiş bir sınırlandırma niteliğinde değildir³¹⁶. Bu açıdan iktibas serbestisine ilişkin düzenlemede yer alan koşullara uygun olması, söz konusu iktibasların eser sahibinin manevi hakları(FSEK madde 14–17) veya genel kişilik haklarının(TMK madde 24) ihlali için de bir haklılık nedeni oluşturmaz. Aynı şekilde iktibas serbestisine ilişkin düzenlemeler sadece, eserinden iktibas yapılan *eser sahibinin* mali haklarına sınırlandırma getiren düzenlemeler olduğundan, iktibas serbestisine ilişkin hükümler yoluyla üçüncü kişinin kişilik haklarının ihlali de geçerli sayılamaz.

Eser niteliğinde olsun olmasın, söz konusu mektup, hatıra vs. nin hepsi, kişiliğin korunmasına ilişkin kurallara tabi olup, Medeni Kanununun 24’ncü maddesi genel ve geniş çerçeveyi oluşturur³¹⁷.

Belirtmek gerekir ki, mektup, hatıra vs. eser niteliği taşıya bile FSEK madde 35 kapsamında geçerli bir iktibasın olabilmesi için ise kendisinden iktibas yapılacak *eserin* en azından alenileşmiş olması gerekmektedir. Bu maddede yer alan alenileşme koşulu eserin sahibi tarafından *ilk kez* umuma arz edilmesini kapsamaktadır. Bu bakımdan henüz sahibi tarafından (ilk kez) alenileştirilmemiş bir eser *kural olarak*, FSEK madde 35 kapsamında iktibasa da konu olamayacaktır. Mektup, hatıra vs. eser niteliği taşımıyor ise FSEK kapsamında korunmamakla birlikte, sahibi tarafından kişisel alanından çıkartılmamış bir mektup vs. nin umuma arz edilmesi FSEK madde 85’e göre kişilik haklarının ihlali niteliğinde olacaktır.

³¹⁵ Aynı yönde, **Yarsuvat, Duygun**, Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, İstanbul, 1984, s. 97; **Öztaş**, (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 764, burada kamuya arzın yahut alenileştirmenin diğer türlerini de kapsayacak şekilde, her türlü açıklamanın izne bağlandığını ifade etmektedir; Bu maddede söz konusu olanın henüz yazarın mahremiyetinden çıkmamış mektup ve hatıra niteliğindeki yazıların ilk kez kamuya sunulmuş olması yani FSEK madde 7 anlamında alenileştirilmesi olduğu yolunda, **Ateş**, (Eser), s. 424.

³¹⁶ Bkz. **Schricker**, (Schricker, Urheberrecht), § 51, s. 1036, nr. 30.

³¹⁷ **Ayiter**, s. 86; **Öztaş**, (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 764;

Mektup, hatıra vs.niteliğine sahip bir eserin en azından alenileşmiş olması durumunda ise, bu eserden FSEK madde 35 kapsamında iktibas yapılması mümkün olabilecektir. Yani burada FSEK madde 35’de yer alan koşullara uyulması kaydıyla, hukuka uygun bir iktibas söz konusu olabilir. Bununla birlikte FSEK madde 35’de yer alan koşullar bakımından geçerli olsa dahi, iktibas yoluyla, eser sahibinin, FSEK’de yer alan manevi hakları veya genel kişilik hakları(ya da üçüncü bir kişinin, örneğin mektuplarda muhatabın, kişilik hakları) ihlal edilemeyecektir.

FSEK madde 86’da ise, eser niteliğinde olmasalar bile, resim ve portreler tasvir edilenin, tasvir edilen ölmüşse 19 uncu maddenin birinci fıkrasında sayılanların muvafakati olmadan tasvir edilenin ölümünden 10 yıl geçmedikçe, teşhir veya diğer suretlerle umuma arzedilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu maddede açıkça umuma arz kavramından söz edilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise gerekli muvafakatin alınmasına gerek olmayan haller düzenlenmiştir³¹⁸.

Belirtmek gerekir ki, FSEK madde 86 kapsamında izni alınacak kişiler resmi ya da portreyi yapan yani eser sahibi değil; resim ve portrelerde tasvir edilen, yani dış görünüşü resim veya portreye yansıyan ve bu madde kapsamında dış görünüşleri üzerindeki kişilik hakları korunan kişilerdir. Zira kişinin kendi dış görüntüsü kadar, bu görüntünün yansıma ve tekrarını sağlayan vasıtaları, yani resim ve portreleri üzerinde de, kişilik hakkı bulunmaktadır³¹⁹.

FSEK madde 35 ise *eser sahibinin* mali haklarına getirilmiş bir sınırlandırma olduğundan resmi ya da portresi yapılanların izninin alınmamasını hukuka uygun hale getiren bir düzenleme olarak kabul edilmeyecektir.

³¹⁸ Bu istisnalar: 1. Memleketin siyasi ve içtimai hayatında rol oynayan kimselerin resimleri; 2. Tasvir edilen kimselerin iştirak ettiği geçit resmi veya resmi tören yahut genel toplantıları gösteren resimler; 3. Günlük hadiselere mütaallik resimlerle radyo ve film haberleri bakımından getirilmiştir.

³¹⁹ Çöl, s. 379.

e. Fikirler, Teoriler ve Öğretilerden İktibas Serbest midir?

Kural olarak salt fikirler(düşünceler) fikir ve sanat eserleri hukukunun koruma konusunu oluşturmaz. Fikir ve sanat eserleri hukuku kapsamında bir eserin varlığından söz edebilmek için, eserin diğer kişilerce algınabilir bir biçimde şekillendirilmiş olması gerekir³²⁰. Bir fikir ilk kez, somut olarak şekillendirildiğinde koruma konusu olabilir³²¹.

Fikir ve sanat eserleri hukukunda, bir eserin şekli yanında içeriğinin de koruma konusu olup olamayacağı uzunca bir süre tartışılmış olmakla birlikte, günümüzde genel olarak bir eserin şekli yanında içeriğinin de korunacağı kabul edilmektedir. Öğretide, önceleri bir eserin sadece şeklinin fikir ve sanat eserleri hukukunun koruması kapsamına girip, içeriğinin bu koruma kapsamında olamayacağı kabul edilmekte idi. Ancak koruma konusu şeklin kapsamına “dış şekil” yanında “iç şekil” de dâhil edilmekte idi³²². Günümüzde ise, bir eserin içeriğine ait unsurların da fikir ve sanat eserleri hukukunun koruması kapsamında olduğu kabul edilmektedir. Örneğin bir romanda ya da bir tiyatro eserinde sadece ifade ediş şekli

³²⁰ TRIPS Anlaşmasında, telif hakkının korunmasının, fikirleri, usulleri, işletme yöntemlerini veya buna benzer matematiksel kavramları değil, ifadeleri kapsayacağı düzenlenmiştir(TRIPS madde 9/f. 2). Wipo Telif Hakları Anlaşmasında telif hakkının korunmasının, düşünceleri, yöntemleri, uygulama esaslarını ya da matematiksel kavramları değil, ifadeleri kapsayacağı düzenlenmiştir(madde 2); topluma mal olmuş ideler ve fikirler, üslup, stil, tarz, güzel sanat ve müzik eserlerindeki teknikler koruma konusu oluşturmazlar, **Erel**, (İktibas Serbestisi), s. 340.

³²¹ **Schulze, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz)**, § 2, s. 66, nr. 37/a.

³²² **Loewenheim, (Schricker, Urheberrecht)**, s. 77, nr.54; dış şekil, ifade araçları ile meydana getirilmiş şekillendirilmedir(**Hubmann, Heinrich, Urheber- und Verlagsrecht**, 6. Auflage, München, 1987, s. 34); Yani dış şekil fikrin ifade bulduğu biçimdir, **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s. 41. Mesela yazılı bir eserde cümleler, müzikal bir eserde belirli sesler ve bunların birbiriyle bağlanması gibi, **Öztaş**, (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 70; iç şekil ise eseri oluşturan düşüncenin ifadesi, iç düzeni yani kompozisyonudur, **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s. 41. Örneğin bilimsel niteliğe sahip dil ile ifade edilen bir eserde iç şekil, iç planda, sistematik düzenleme ve yapıda, birbirini takip eden düşüncelerin yapısında ve delil gösterme şeklinde söz konusu olacaktır. Aynı zamanda ele alınan bilimsel materyaller ve unsurların toplanmasında, bunların belirli, önceden tespit edilmiş kriterlere göre seçimine ve sistematize edilmesinde ortaya çıkacaktır. **Moltke, Bertram von**, Das Urheberrecht an den Werken der Wissenschaft, Baden-Baden, 1992, s. 48. İçerik(inhalt) ise, yazarın ifade araçları ile paylaştığı, bildirdiği düşünce ve duygulardır. Edebiyat alanında bir eserin içeriğine, yazar tarafından yaratılan kişilerin karakteristiğini, olay akışını, olayların kaynaşması gibi hususları içeren ve yazarın fantezisine dayanan hikâye örnek olarak verilebilir. Bilimsel eserlerde ise, eserden ortaya çıkan somut dilsel ifadeden ve somut düşünsel yapıdan bağımsız bilimsel ifade içeriktir. Örneğin bir hukuk ders kitabında belirli bir soruna ilişkin olarak geliştirilen bir öğreti, tıbbi bir alan dergisinde tanımlanan bir bilgi veya bir keşif, psikolojik bir fenomene ilişkin olarak geliştirilen bir teori, tarihi bir olaya ya da kişiye ilişkin olarak bir tarih kitabında bildirilen açıklama ya da bir yorum, felsefi bir eserde geliştirilen bir düşünce yapısı, bir kimyacı tarafından açıklanan yeni bir kimyasal bileşim veya bir madde veya bir bilgisayar programındaki algoritma örnek olarak verilebilir, **Moltke**, s. 49–50.

değil, yazar tarafından yaratılan hikâyeye de koruma konusu olabilecektir³²³. Bir eserin içeriği genellikle kamuya ait, yani fikir ve sanat eserleri hukukunun koruma konusunu oluşturmayacak unsurlardan oluşacağından, çoğu kez koruma konusu olamamakla birlikte, örneğin bir romanda yazarın fantezisine dayanan olay akışı, eserdeki kişilerin karakterleri ve rol dağılımları, sahnelerin şekillendirilmesi koruma konusu olabilecektir³²⁴.

Bununla birlikte içerik korumasına, düşünce ve öğretilerin serbestliği ilkesinden hareketle bir sınırlandırma getirilmektedir. Fikirler, teoriler veya öğretiler korunmakta olan eserlerin içeriğinde yer alsalar bile, bunlardan serbest yararlanmak mümkündür³²⁵. Buna göre düşünce ve öğretiler, özlerinde, düşünsel içeriklerinde ve politik, ekonomik ya da toplumsal söylemlerinde serbest olmalıdırlar³²⁶. Zira fikirler, teoriler veya öğretilerin, fikri tartışmanın imkânsız kılınmaması için serbest olması ve serbest kalması gerekir³²⁷. Burada söz konusu olan, sadece çoktan açıklanmış, bilinen teori ve öğretiler değil, aynı zamanda korunan eserlerdeki en son ve en yeni teorilerdir³²⁸. Aynı husus bilimsel teoriler ve öğretiler için de geçerlidir. Buna göre bilimsel teoriler, öğretiler ve sonuçlar fikir ve sanat eserleri hukukunun koruma konusunu oluşturmaz ve herkes tarafından serbestçe kullanılabilir³²⁹.

³²³ **Loewenheim, (Schricker, Urheberrecht), § 2, s. 78, nr.57.**

³²⁴ **Ahlberg, Hartwig, (Nicolini, Käte/Ahlberg, Hartwig, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz, München, 2000), §2, s. 111, nr.53.** FSEK’de, ara yüzüne temel oluşturan düşünce ve ilkeleri de içine almak üzere, bir bilgisayar programının herhangi bir ögesine dayanak oluşturan düşünce ve ilkelerin eser sayılmayacağı düzenlenmiştir(FSEK madde 2/son fıkra). Bu düzenlemeden de, içeriğin kural olarak koruma kapsamında olduğu sonucu çıkarılabilir, zira içeriksel unsurların kural olarak koruma kapsamında olmayacağı kabul edilseydi, bir eserin düşünce ve ilkeleri gibi içeriksel unsurlarının açıkça fikir ve sanat eserleri kanununun koruması kapsamından çıkartılması da gereksiz olurdu, **Berking, Christina, Die Unterscheidung von Inhalt und Form im Urheberrecht, Baden-Baden, 2002, s. 30.**

³²⁵ **Nordemann, Axel, (Nordemann, Wilhelm/ Nordemann, Axel/ Nordemann, Jan Bernd Urheberrecht, 10. Auflage, Stuttgart, 2008), § 23/24, s. 408, nr. 34/d; Öztan, (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 188.**

³²⁶ **Loewenheim, (Schricker, Urheberrecht), § 2, s. 79, nr. 58; Bilimsel veri, nazariye ve metodların soyut halleri ile ve başlıbaşına koruma konusu olmadıkları yönünde, Erel, (İktibas Serbestisi), s. 340; Bilimsel eserlerde bilimsel veri, nazariye ve görüşlerin başka türlü işlenmesi, uygulanması, tertip ve tasnifi söz konusu olup, burada korunan bilimsel içerik değil, özellik taşıyan işleme, uygulama, tertip, tasniftir, Erel, (İktibas Serbestisi), s. 347.**

³²⁷ **Nordemann, Axel, (Nordemann /Nordemann/ Nordemann, Urheberrecht), § 23/24, s. 408, nr. 34/d; Öztan, (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 188.**

³²⁸ **Öztan, (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 188**

³²⁹ Bilimsel öğreti ve teoriler de özlerinde, düşünsel içeriklerinde ve söylemlerinde serbesttirler, **Loewenheim, (Schricker, Urheberrecht), s. 81, nr.64; Schulze, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz), § 2, s. 78, nr. 93/c; bilimsel öğreti ve bilgilerin, çok emekli bir çalışmanın ürünü bile olsalar, serbest kalması gerektiği yönünde, Schack, (Urheberrecht), s. 101, nr.167; Bilimsel yazılı**

Bununla birlikte fikirler, öğretiler ve teoriler verildikleri şekil yani ifade ediliş şekli bakımından fikir ve sanat eserleri hukukunun korumasından yararlanırlar³³⁰. Bu açıdan fikir, teori ve öğretilerin ifade ediliş şekillerinin (hususiyet taşımaları koşuluyla) iktibas serbestisine ilişkin hükümler kapsamında kullanılması mümkündür.

Bununla birlikte, özellikle sosyal bilimlerin aksine olarak fen bilimleri alanında, ilgili alandaki mutlak ifade ediliş şekillerinden dolayı, fikirlerin, teorilerin veya öğretilerin şekillendirilmesi hususundaki oynama alanı oldukça dardır. Bu nedenle bu tür eserlerde çoğu kez ifade ediliş şeklinin, yani fikir, teori ve öğretilerin diğer kişilere somut olarak bildirilme şeklinin hususiyet taşımadığından ve böylelikle bunların esasen fikir ve sanat eserleri hukuku koruması altında bulunamayacağından söz edilebilecektir³³¹.

Bununla birlikte her ne kadar bilimsel ifadenin özü, düşünsel içeriği, fikir ve sanat eserleri hukukunun koruması kapsamından istisna edilse de, *Ulmer* tarafından ortaya atılan “doku(gewebe) teorisi” gereğince, bilimsel bir eserde serbest olan düşünceler, teoriler ve öğretiler birlikte koruma konusu bir bütün oluşturabilirler. Buna göre bilimsel eserlerde, eserin hususiyeti, münferit içeriksel unsurların serbest olmasından dolayı, görüş açılarının çokluğunda, ilişkisinde, birbirine olan duruşlarında ve ifade tarzında, yani eserin dokusunda(gewebe) görülecektir³³². Bu açıdan bilimsel bir esere dayanak olan veya bilimsel eserde geliştirilen keşif, bilgi, öğreti ve teorilerin prensip olarak bu şekilleri ile özgür olması gerekmektedir birlikte, bunun bilimsel eserlerin içeriğinin mutlak bir şekilde fikir ve sanat eserleri hukukunun koruması kapsamından çıkartılması anlamına gelmeyeceği de ifade edilmelidir. Serbestinin sadece bilimsel iletişimin bunu gerektirdiği ölçüde tanınması

eserlerde bilimsel öğretilerin serbest ve herkes tarafından erişilebilir olduğu yönünde, BGH, GRUR 1981, s. 352; “Staatsexamensarbeit”; Bilimsel teorilerin iktibas konusu edilmesine gerek olmadığı yönünde, **Güneş, İlhami**, Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2008, s. 101; Aksi görüş, özellikle en azından manevi haklar bakımından koruma olması gerektiği yönündedir, **Götting, Horst-Peter**, Der Schutz wissenschaftlicher Werke, Festschrift für Wilhelm Nordemann zum 70. Geburtstag, München, 2004, s. 23; bilimsel öğreti ve teoriler üzerinde sadece mali hakların bulunmayacağı, buna karşılık manevi hakların bulunması gerektiği yönünde, **Moltke**, s. s. 110 vd., 146.

³³⁰ **Nordemann, Axel**, (Nordemann /Nordemann/ Nordemann, Urheberrecht), § 23/24, s. 408, nr. 34/d; **Schack**, (Urheberrecht), s. 101, nr. 167.

³³¹ Aynı yönde, **Schack**, (Urheberrecht), s. 101, nr.167.

³³² **Ulmer**, (Urheberrecht), s. 123.

gerekir³³³. Duruma göre, fikirlerin takdim şekli, oluşturulma şekli ve özellikle bilimsel malzemenin toplanma, düzenlenme ve takdim tarzı; yine sunulan örneklerin çokluğu içinde gerekçelendirmedeki bilimsellik, iç ilişkiler ve varılan sonuçlardaki tutarlılıklar koruma konusu olabilir³³⁴.

2. Kendisinden İktibas Yapılacak Eser En Azından Alenileşmiş Olmalıdır

a. Genel Olarak

FSEK'in 35'nci maddesinde düzenlenen iktibas serbestisine ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için kendisinden iktibas yapılacak eserin *en azından* alenileşmiş olması gerekmektedir. Nitekim FSEK madde 35/f.1-b.1'de düzenlenen "küçük iktibas" bakımından, kendisinden iktibas yapılacak eserin "alenileşmiş" olması gerektiği ifade edilmiştir. FSEK madde 35/f.1-b.2'de düzenlenen müzik iktibasları bakımından ise kendisinden iktibas yapılacak bestenin "yayımlanmış" olması koşulu aranmıştır; yine bilimsel eserlere yapılacak büyük iktibas düzenleyen bent 3'de alenileşmiş güzel sanat eserleri ile yayımlanmış diğer eserlerden bilimsel eserlere büyük iktibas yapılmasına izin verilmiştir. Kanun koyucu alenileşme ve yayımlanma koşulu bakımından güzel sanat eserleri ile diğer eserler bakımından ayırım yapmış ve güzel sanat eserlerinden, bilimsel eserlere büyük iktibas yapılmasında, güzel sanat eserlerinin alenileşmiş olmasını yeterli görürken, diğer eserlerden bilimsel eserlere büyük iktibas yapılabilmesini bu eserlerin yayımlanmış olması koşuluna tabi tutmuştur. Yine FSEK madde 35/f.1-b. 4'e göre bilimsel ders ve konferanslarda alenileşmiş güzel sanat eserlerin projeksiyon vs. ile gösterilmesine izin verilmiştir.

Buna göre *müzik iktibasları* ile *bilimsel eserlere yapılabilecek büyük iktibasta*(güzel sanat eserleri dışındaki eserlerden) kendisinden iktibas yapılacak eserin esasen yayımlanmış olması gerekmektedir. Yayımlanma ise alenileşmenin özel bir türü olarak ortaya çıkmaktadır. Buna göre bir eser ilk kez yayımlanarak aynı zamanda alenileştirilmiş de olur. Yine bir eser önce alenileştirilip daha sonra da

³³³ Loewenheim, (Schriker, Urheberrecht), § 2, s. 81, nr. 64.

³³⁴ Öztan, (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 189; Ulmer, (Urheberrecht), s. 121–122.

yayımlanabilir. Ancak her alenileşme, yayımlanma kavramını kapsamaz. Bu açıdan FSEK bakımından kendisinden iktibas yapılacak eserin en azından alenileşmiş olması gerektiği; kural olarak alenileşmemiş eserlerden iktibas yapılamayacağı söylenecektir. Zira FSEK madde 14’de, bir eserin umuma arz edilip edilmemesini, yayımlanma zaman ve tarzını münhasıran eser sahibinin tayin edebileceği belirtilerek, umuma arz etme yetkisi eser sahibinin manevi hakları arasında sayılmıştır. Bir eserin alenileşmeden iktibas serbestisine konu olabileceği kabul edilseydi, eser sahibinin FSEK madde 14’de düzenlenen manevi hakkı ihlal edilmiş olurdu. Daha önce de ifade edildiği üzere buradaki alenileşme eserin -ilk kez- alenileştirilmesi anlamına gelmektedir.

b. Alenileşme Kavramı

“Alenileşme” kavramı, FSEK madde 7’de düzenlenmiştir. Buna göre, hak sahibinin rızasıyla umuma arz edilen bir eser alenileşmiş sayılır(FSEK madde 7/f.1). UrHG’de ise alenileşme kavramı altıncı maddede düzenlenmiştir. *Buna göre*, bir eser, hak sahibinin rızasıyla umum için erişilebilir kılındığında alenileşmiş(veröffentlich) sayılır(UrHG madde 6/f. 1).

Alenileşme ile birlikte eser, sahibinin kişisel alanını terk eder³³⁵. Alenileşme eserin herhangi bir şekilde umuma arz edilmesi ile gerçekleşebilir. “Yayımlanma”dan farklı olarak, sadece eserin çoğaltılmış nüshalarının umuma dağıtılması aracılığıyla değil, temsil ya da işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlar aracılığıyla da umuma iletilen bir eser de alenileşmiş sayılır. Buna göre bir eserin örneğin konserde çalınması, radyo ve televizyonda yayınlanması ya da internet sayfasına konulması suretiyle de alenileşmesi mümkündür. Burada önemli olan, umumun, eserin içeriğini hangi şekilde olursa olsun duyularıyla algılayabilme konusunda gerçekten bir imkân elde etmesidir³³⁶. Bu imkân mevcut olduğu süreçte, umumun üyelerinin ilgili eseri gerçekten algılamış olması önemli değildir³³⁷. Bu

³³⁵ **Ulmer**, (Urheberrecht), s. 179.

³³⁶ **Katzenberger,Paul (Schricker, Gerhard, Urheberrecht, München, 2006), §6, s. 217, nr.15; Dreier,Thomas, (Dreier, Thomas/Schulze, Gernot Urheberrechtsgesetz, München, 2008), §6, s. 156, nr.8.**

³³⁷ **Ahlberg, Hartwig (Möhring, Käte/Ahlberg, Hartwig, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz, München, 2000), §6, s. 191, nr.8; Katzenberger, (Schricker, Urheberrecht), §6, s. 217, nr.15;Dreier, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz), §6, s. 156, nr.8.**

açından bir eser kimse ilgili sayfayı ziyaret etmese veya bilgileri internetten indirmese bile engelsiz bir ulaşım imkânı tanınmış oldukça, internete konulmakla alenileşmiş sayılır³³⁸. Aynı şekilde bir sinema ya da konser salonunda sunulan bir eser, sinema salonu ya da konser salonu boş olsa bile alenileşmiş sayılır³³⁹. Yine, alenileştirme faaliyetinin genişliği ya da süresi de önemli değildir. Sadece bir defa umuma gösterilen, söylenen, temsil edilen bir eser de alenileşmiş sayılacaktır³⁴⁰. Örneğin bir şarkının televizyonda bir kez söylenmesi alenileşmiş sayılması için yeterlidir.

Bir eserin alenileştiğinden bahsedebilmek için, bu eserin hak sahibinin rızasıyla umuma arz edilmiş olması gerekmektedir(FSEK madde 7/f. 1). Buradaki “umum” kavramı, bir eserin alenileşmiş sayılmasının belirlenmesi için temel bir kıstas olarak göze çarpmaktadır. Bununla birlikte “umum” kavramı ile neyin anlaşılması gerektiği Kanunda açıkça tanımlanmamıştır. FSEK’in eser sahibinin temsil hakkını (madde 24) ve işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkını düzenleyen (madde 25) hükümlerinde de, “umuma iletim”, “umumi mahaller” kavramlarından bahsedilmiş olsa da bu maddelerde de “umum” kavramı Kanun tarafından açıkça tanımlanmamıştır.

Buna karşılık UrHG’nin “alenileşmeyi” düzenleyen altıncı maddesinde de “umum” kavramı tanımlanmamakla beraber, UrHG’nin, eser sahibinin genel olarak mali haklarını düzenleyen 15’nci maddesinde “umum” kavramına ilişkin bir tanım yer almaktadır. UrHG madde 15/f.1’de, eser sahibinin eserini maddi şekilde değerlendirmek hususunda inhisari bir hakka sahip olduğu düzenlendikten sonra, maddi şekilde değerlendirmeye ilişkin örnekler verilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, eser sahibinin, eserini maddi olmayan şekilde umuma iletmek hususunda da inhisari bir hakka sahip olduğu düzenlendikten sonra, umuma iletim hakkının özellikle hangi hakları kapsadığı ifade edilmiştir. UrHG madde 15/f.3’de ise, “umum” kavramı tanımlanmıştır.

³³⁸ **Marquardt, Malte C G, (Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried,** Praxiskommentar zum Urheberrecht, München, 2009), §6, s. 128, nr.7;internetten konulan bir eserin alenileşmiş sayılması için ilgili sayfanın ziyaret edilip edilmediği ya da ne sıklıkla ziyaret edildiği önemli olmayıp, önemli olan eserin umuma ulaşılabilir kılınıp kılınmadığı yani umum tarafından algılanabilir olup olmadığıdır, **Schack, Haimo,** Rechtsprobleme der Online-Übermittlung, GRUR 2007, Heft 8, s. 644, (anılış: Online-Übermittlung).

³³⁹ **Marquardt ,(Wandtke/Bullinger,** Praxiskommentar zum Urheberrecht), §6, s. 128, nr.8.

³⁴⁰ **Nordemann, Wilhelm, (Nordemann, Wilhelm/Nordemann, Axel/Nordemann, Jan Bernd,** Urheberrecht, 10. Auflage, Stuttgart, 2008), §6, s. 217, nr.12.

Buna göre iletimin, umumun birden fazla sayıdaki üyesine yapıldığında “umumi” olacağı düzenlenmiş ve eseri değerlendiren ile veya eserin kendilerine maddi olmayan şekilde algılanabilir veya erişebilir kılındığı kişiler ile kişisel ilişkilerle bağlı olmayan herkesin “umum” kavramına dâhil olacağı düzenlenmiştir³⁴¹.

FSEK madde 6’da düzenlenen “umum” kavramını belirlemek için, UrHG madde 15/f. 3’de düzenlenen umum kavramından yararlanılabilir. Buna göre bir eserin umuma arz edildiğinden bahsedebilmek için eseri değerlendiren ile bu eseri algılayabilen veya bu esere erişebilen kişiler arasında veya eseri algılayabilen ya da erişebilen kişilerin kendi arasında kişisel bir bağlantı olmaması gerekir. Kişisel ilişkinin bulunup bulunmadığı kişi çevresinin genişliğine ve ilişkinin niteliğine bağlı olacaktır³⁴².

Bu açıdan oldukça fazla sayıda kişinin katıldığı toplantılarda, belirli bir sosyal gruba veya bir çıkar grubuna aidiyetlik nedeniyle belirli bir sınırlandırma söz konusu olsa dahi, bu kişiler arasında kişisel bağlantı eksik olduğundan, eserin umuma arz edildiğinden bahsedilmesi mümkün olacaktır. Örneğin bir sendikanın bir

³⁴¹Belirtmek gerekir ki, Alman öğretisinde, UrHG madde 6’da düzenlenen “umum” kavramı hakkında da, madde 15/f. 3’de düzenlenen “umum” tanımının geçerli olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre UrHG madde 15/f.3’de düzenlenen “umum” kavramı, Kanunun tümü için ve bu arada madde 6’da düzenlenen “alenileşme” için gerekli olan “umum” kavramı için de geçerli bir tanımdır, **Dreyer, Gunda, (Dreyer, Gunda/Kotthoff, Jost/Meckel, Astrid, Urheberrecht, Heidelberg, 2009), § 6, s. 172, nr.8; Marquardt, (Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht), § 6, s. 128, nr.6;** Buna karşılık diğer görüşe göre ise, her iki maddenin düzenleniş amacı farklı olduğundan, madde 15/f. 3’de düzenlenen umum kavramı ile madde 6’da “Alenileşme” altında düzenlenen umum kavramı birbirinden farklılık göstermektedir ve alenileşme kavramının düzenlendiği madde 6’daki umum kavramı farklı bir şekilde yorumlanmalıdır. Zira eser sahibinin haklarının daha güçlü bir şekilde korunmasını sağlamak için Alman yargı kararlarında, UrHG madde 15’de düzenlenen umum kavramının geniş olarak; buna karşılık umuma iletim sayılmayan hallerin ise daha dar olarak yorumlanması gerektiğinin ifade edildiği; buna karşılık UrHG madde 6’da düzenlenen alenileşmenin gerçekleşmesinden sonra eser sahibinin haklarına sınırlama getirilmesinden dolayı, UrHG madde 15/f. 3’de yer alan “umum” kavramının madde 6’da alenileşme altında düzenlenen “umum” kavramı için belirleyici olamayacağı, nitekim bu durumda bir eserin alenileşmesine bağlı olarak eser sahibi için ortaya çıkacak negatif durumların öne çekileceği ifade edilmiştir. Yine aksi durumun kabulü durumunda, eser sahibi, eserinin alenileşmesi için yeterli olgunluğa ulaşıp ulaşmadığını test etmek amacıyla, eserini, kendisi tarafından seçilen ancak aralarında UrHG madde 15/f. 3’de belirtilen kişisel ilişkiler olmayan kişilere sunma imkânından mahrum edilmiş olacaktır. Bu açıdan UrHG madde 6/f.1’de düzenlenen umum kavramı, madde 15/f. 3’de düzenlenen umum kavramından daha dar bir şekilde anlaşılmalıdır, **Katzenberger, (Schricker, Urheberrecht), § 6, s. 215, nr.9; Dreier, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz) § 6, s. 155, nr.7;** umuma iletim hakkının eser sahibinin ileri sürebileceği bir hak olduğu; buna karşılık “alenileşme” kavramının ise eser sahibinin haklarına sınırlandırma getirdiği yönünde, **Ulmer, (Urheberrecht), s. 180.**

³⁴² **Marquardt, (Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht) §6, s. 128, nr.9.**

stadyumda yaptığı 100.000 kişilik bir toplantıda olduğu gibi³⁴³. Buna göre toplantıya katılanların sayısının belirli bir toplumsal gruba ya da çıkar grubuna bağlı olmalarından dolayı belirli bir sınırlandırmaya tabi olması alenileşmeye engel olmaz. Toplantıya katılanlar arasında kişisel ilişki aracılığıyla değil de, aksine özel bir müşterek yarar aracılığıyla bağlantı olması durumu, bu kişilerin umum kavramını oluşturması sonucunu etkilememelidir³⁴⁴. Örneğin yukarıda belirtilen 100.000 kişilik sendika toplantısında da katılımcı sendika üyeleri arasında bir çıkar birliği vardır. Ancak bu husus bu toplantıda sunulan bir eserin alenileşmiş olmasını engellemez. Buna karşılık tüm kişiler sadece ortak nesnel bir çıkar aracılığıyla değil de, aksine kişisel ilişkilerle birbirlerine bağlılarsa artık umum kavramından söz edilemeyecektir³⁴⁵.

Kişisel ilişki kıstası bir eserin umuma sunulup sunulmadığının belirlenmesinde dikkate alınmakla birlikte, burada esas önemli kıstas, eserin yukarıda belirtildiği üzere kişisel ilişkinin bulunmadığı kişilere dahi arz edilmesi sırasında, var olan koşullardan, eser sahibinin, eserinin alenileşmek için yeterli olgunluğa ulaştığını düşündüğü ve bu suretle eserini umuma arz ettiği sonucunun çıkarılabilmesidir³⁴⁶. Buna göre eser sahibi, eserini sunarken hali hazırda eserinin alenileşecek olgunluğa ulaştığı hususunda bir endişe duymamış olmalıdır. Zira eser sahibinden ancak bu andan itibaren eserinin üçüncü kişilerce Kanunda öngörülen sınırlandırmalar çerçevesinde kullanılmasına katlanması beklenebilir hale gelir³⁴⁷. Örneğin bir yönetmenin çektiği sinema filmini gösterime sunmadan önce test amacıyla kendisi ile ve kendi aralarında kişisel ilişki bulunmayan konusunda uzman bazı kişilere, film kiralayıcılarına ya da sinema sahiplerine göndermesi durumunda söz konusu sinema eserinin alenileştiğinden bahsedilemeyecektir³⁴⁸.

Yine bir öğretim üyesinin üniversitede verdiği bir derste sunduğu eserin alenileştiğinden bahsedilemeyecektir. Esasen günümüz üniversitelerinde çoğunlukla öğrenci sayısının fazlalığı nedeniyle, derslere katılan öğrencilerin kendi aralarında

³⁴³ **Katzenberger, (Schricke**r, Urheberrecht), §6, s. 216, nr.12.

³⁴⁴ **Katzenberger, (Schricke**r, Urheberrecht), §6, s. 216, nr.12;**Krüger**, s. 35

³⁴⁵ **Krüger**, s. 35.

³⁴⁶ **Ulmer**,(Urheberrecht), s. 180; **Rehbinder**, s. 66, nr. 155;**Katzenberger, (Schricke**r, Urheberrecht), §6, s. 216, nr. 12

³⁴⁷ **Krüger**, s. 35.

³⁴⁸ Bkz.**Ahlberg, (Nicolini/Ahlberg**, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz), §6, s. 191, nr.9.

veya dersi veren öğretim üyesi ile aralarında kişisel bir ilişkinin bulunduğu bahsedilemeyecektir.

Bununla birlikte bir üniversite öğretim üyesinin bir derslik salonunda veya amfide üniversite öğrencileri ile araştırma sonuçlarını tartışmak yoluyla bunları alenileştirmiş sayılmayacağı kabul edilmelidir. Zira öğretim üyesi canlı ders esnasında her kelimesini tartarak söyleyemeyeceğinden ve sürekli olarak açıkladığı hususların alenileşecek olgunluğa geldiğini düşünemeyeceğinden, açıkladığı bu eserin alenileştiğinden söz edilemeyecektir³⁴⁹. Yine bir yüksek lisans ya da doktora seminer dersinde öğrenciler tarafından sunulan ve eser niteliğine sahip seminerler alenileşmiş sayılmayacaktır³⁵⁰. Buna karşılık bilimsel kongrelere veya uzmanlık alanına ilişkin fuarlara sadece davet edilen o uzmanlık alanına dâhil olan ziyaretçilerin katılması durumunda dahi burada sunulan eserlerin alenileştiğinden bahsedilebilecektir³⁵¹. Zira bu tür kongrelerde esasen, eser sahibinin eserinin uzmanlık alanındaki diğer kişilere sunulacak olgunluğa ulaştığını düşündüğü kabul edilmek gerekecektir.

Paralı ya da parasız olmasına ve yapılacağı mekânın sadece belirli sayıda insanı alabilmesine bağlı olmaksızın esasen herkesin girebileceği toplantılarda sunulan eserler de umuma arz edilmiş sayılacaktır³⁵².

UrHG madde 15/f. 3'e göre bir eserin umuma arz edildiğinden bahsedebilmek için bu eserin hali hazırda iki kişiye dahi sunulması yeterlidir³⁵³. Kanımızca bir

³⁴⁹ **Schack**, (Urheberrecht), s. 128, nr.231; Aksi görüş, **Nordemann, Wilhelm, (Nordemann/Nordemann/ Nordemann**, Urheberrecht), §6, s. 217, nr.11: esasen sadece üniversiteye dâhil olanların girdiği üniversite ve benzer kuruluşlardaki derslerde açıklanan eserlerin, kimse çok sayıdaki dinleyiciyi kontrol edemeyeceğinden ve etmek de istemeyeceğinden umuma açıklanmış sayılacağı görüşündedir.

³⁵⁰ Yine bir öğretim elemanının araştırma sonuçlarını bir meslektaşına özel bir konuşmada açıklaması da alenileşme için yeterli değildir. **Moltke**, s. 137.

³⁵¹ **Katzenberger, (Schricker**, Urheberrecht), §6, s. 216, nr.13; **Marquardt, (Wandtke/Bullinger**, Praxiskommentar zum Urheberrecht), §6, s. 128, nr. 11; Bir bilim insanının uzmanlık alanına ilişkin bir kongrede açıkladığı eserin, alenileşmiş sayılacağı yönünde, **Moltke**, s. 137; Örneğin bir tıp kongresi ya da bir hukukçular gününde sunulan eserin alenileştiği kabul edilebilecekken, daha önceden seçilen uzman kişiler önünde tartışma temelinde gerçekleşen bir sunum bu kişilerle kişisel bir ilişki bulunmasa bile alenileşmiş sayılmayacaktır, **Ulmer**, (Urheberrecht), s. 180.

³⁵² **Ulmer**, (Urheberrecht), s. 180; **Katzenberger, (Schricker**, Urheberrecht), §6, s. 215, nr.11; **Dreier, (Dreier/Schulze**, Urheberrechtsgesetz), §6, s. 157, nr.10; Buna karşılık, bir işletme mensubunun işletme içi bir kutlama münasebetiyle oynadığı bir sahne oyununun, çok büyük bir işletme söz konusu olsa dahi alenileşme oluşturmayaacağı yönünde, **Katzenberger, (Schricker**, Urheberrecht), §6, s. 216, nr.13; bir eserin taslağının (manuskript), bir kopyasının ya da özel bir baskısının sadece arkadaşlardan, uzmanlardan ya da yayıncılardan seçilen bir çevreye, bunların bilgisine ya da eleştirisine sunmak amacıyla gönderilmesi durumunda da, alenileşmeden bahsedilemez. Buna karşılık bu eser suretlerinin sahibinin izni ile örneğin bir kütüphaneye koyulması durumunda alenileşme söz konusu olur. **Katzenberger, (Schricker**, Urheberrecht), §6, s. 216–217, nr.14.

eserin alenileşmiş sayılması için her durumda mutlaka birden fazla kişiye arz edilmesi gerekli değildir. Zira eserin maddi şekilde umuma arzı ile maddi olmayan şekilde umuma arzı arasında “umum” kavramının oluşması bakımından fark olabilir. Zira bir eserin maddi şekilde değerlendirilmesinde “umum” kavramı, eseri değerlendiren kişi ile kişisel ilişkisi olmayan her kişi olarak anlaşılmalıdır. Bu açıdan bir el yazısının fotokopisinin sadece kişisel ilişki bulunmayan tek bir kişiye verilmesi dahi yeterlidir. Nitekim maddi şekilde eser nüshasını alan kişi elinde bulundurduğu bu nüshayı tekrar başkalarına iletebilir. Buna karşılık maddi olmayan şekilde umuma arz edilen bir eseri algılayan kişinin bunu başka kişilere iletmesi ancak bu eseri tespit etmesi yoluyla olur³⁵⁴.

Bir eserin alenileştiğinden söz edebilmek için eserin *hak sahibinin rızası* ile umuma arz edilmiş olması gerekmektedir. Umuma arz yetkisi eser sahibine veya onun yetki verdiği kişiye aittir. Buna göre eserin eser sahibinin veya yetki verdiği kişinin izni ile umuma arz edilmesi gerekmektedir. Rıza yoksa umuma arz, sahibi aleyhine hüküm doğurmaz³⁵⁵. Bu rıza umuma arzdan önce izin verme şeklinde olabileceği gibi, umuma arzdan sonra onay verme şeklinde de olabilir. Bu durumda alenileşme durumu geriye etkili olarak sonuç doğurur.

İznin bir defa verildikten sonra geri alınması eserin alenileşmiş olma durumunu ortadan kaldırmaz. Bu durum örneğin umumun zihninden silinmesi gibi ne daha sonra vukubulan olaylarla ne de alenileştirmeye verdiği izni geri alması gibi eser sahibi tarafından alınan önlemlerle sonradan tekrar ortadan kaldırılamaz. Eser nüshalarının dağıtılması aracılığıyla alenileşen bir eser de bu nüshaların hepsinin eser sahibi tarafından geri toplanması eseri tekrar alenileşmemiş bir eser haline döndürmez³⁵⁶. Bu açıdan eserin esasen tek bir kez eser sahibinin izni ile alenileştirilmiş olması, o eserden iktibas yapılabilmesi için yeterlidir.

³⁵³ Bununla birlikte, eser sahibinin, üçüncü kişilerin Kanunda düzenlenen sınırlandırmalar kapsamında eserinden üçüncü kişilerce yararlanılmasına, eserin sadece kişisel bağlantı ile bağlı olmayan iki kişiye sunulmasından sonra katlanmasının beklenmesinin eser sahibinin haklarına çok geniş bir sınırlandırma getireceği yönünde, **Krüger**, s. 34.

³⁵⁴ **Dreyer**, (**Dreyer/Kotthoff/Meckel**, Urheberrecht), §6, s. 172, nr.9; Tekinalp’de, bazı eserlerde, eserin bir kişiye satılmasının umuma arz olabileceğini ifade etmektedir. Örneğin, bir ressamın yağlıboya tablosunu bir kişiye satmasında olduğu gibi, **Tekinalp**, s. 155, nr. 11; umuma arz için, eseri öğrenen kişilerin sayısının önemli olmadığı yönünde, **Arslanlı**, s. 43.

³⁵⁵ **Tekinalp**, s. 154, nr.10;**Suluk, Cahit/Orhan, Ali**, Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, C.II, İstanbul, 2005, s.325.

³⁵⁶ **Katzenberger**, (**Schricker**, Urheberrecht), §6, s. 218, nr.20.

c. Alenileşmemiş Bir Eserden İktibas Yapılması Mümkün müdür?

İktibas serbestîsinin sadece (en azından) alenileştirilmiş eserlerden yapılmasına imkân tanınmasının temelinde, iktibas serbestîsine ilişkin hükümler aracılığıyla eser sahibinin eserini alenileştirme hususundaki manevi hakkının ihlal edilmemesinin istenmesi yatmaktadır. FSEK madde 14’de, bir eserin umuma arz edilip edilmemesi ve umuma arz şeklinin belirlenmesi eser sahibinin manevi hakkı olarak düzenlenmiştir. Bu açıdan henüz alenileşmemiş bir eserden iktibas yapılması, eser sahibinin FSEK madde 14’de düzenlenen manevi hakkının ihlali anlamına gelecektir.

Buna karşılık Alman öğretisinde eser sahibinin eserini (ilk kez) alenileştirme hususundaki manevi hakkının, UrHG’nin eser sahibinin eserini alenileştirme hakkını düzenleyen 12’nci maddesinde bu konuda açık bir düzenleme olmamakla birlikte, karşılıklı yararların tartılması yoluyla sınırlanabilmesi gereksinimi olduğu ifade edilmektedir³⁵⁷.

Alman öğretisinde, UrHG’de eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmalar yanında BGB(Bürgerliches Gesetzbuch)’de yer alan bazı genel hukuka uygunluk sebeplerinin de, eser sahibinin haklarına yapılacak ihlaller bakımından hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilip edilemeyeceği, yani bu genel hukuka uygunluk sebepleri ile eser sahibinin haklarına sınırlandırma getirilip getirilemeyeceği hususu ise tartışmalıdır. Söz konusu hukuka uygunluk sebeplerinden özellikle zaruret(ıztırar) halinin, eser sahibinin haklarına yapılacak müdahaleler bakımından, bir hukuka uygunluk sebebi oluşturup oluşturmayacağı tartışma konusu olmaktadır.

Alman öğretisinde zaruret halinin, eser sahibinin haklarına, UrHG’de getirilen sınırlandırmaların ötesinde bir sınırlandırma oluşturabileceği yönünde görüşler bulunmaktadır. Bu görüş eser sahibinin haklarına Kanunda getirilen sınırlandırmaların ötesinde bir sınırlandırma oluşturan zaruret halini, anayasal olarak

³⁵⁷ Örneğin düşünce veya basın özgürlüğünün(Meinungs- oder Pressefreiheit) önceliğinden dolayı bir temyiz dilekçesinin alenileştirilmesinde eser sahibinin eserini alenileştirme hakkının ihlal edilmemiş olacağı; bir dava dilekçesinin alenileştirilmesindeki toplum yararının eser sahibinin eserini alenileştirme hususundaki hakkından daha ağır basabileceği yönünde, **Bullinger, Winfried, (Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried, Praxiskommentar zum Urheberrecht, München, 2009), § 12, s. 234, nr. 16.**

korunan değerlerin-eser sahibinin mülkiyet ve kişilik hakları ile diğer tarafta düşünceyi açıklama, enformasyon özgürlüğü, basın özgürlüğü, bilim ve sanat özgürlüğü- çatışma halinde bulunması durumunda, münferit durumlarda hak ve yararların, -özellikle düşünceyi açıklama ve enformasyon özgürlüğünün, özgür demokratik toplumlarda özel bir anlama sahip olduğu da gözetilerek-, karşılaştırılarak bir çözüme ulaşılması gerektiği ifade ederek, burada “anayasaya uygun bir çıkar karşılaştırılması” yapılması gerektiğini ifade etmektedir³⁵⁸.

Buna karşı çıkan görüşe göre ise, kanun koyucu eser sahibinin haklarına getirilecek sınırlandırmaları kesin olarak düzenlediğinden, yani kanun koyucu eser sahibinin haklarına getirilecek sınırlandırmalar kapsamında eser sahibinin haklarını sınırlandıracak hususları kesin olarak belirlediğinden, bu sınırlandırmalar ötesinde zaruret haline dayanarak bir sınırlandırma getirilemeyeceğini ifade etmektedir. Buna göre eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmalar hali hazırda toplumun bilgi edinmedeki yararının merkez bir rol oynadığı, karşılıklı hakların ayrıntılı bir şekilde tartılmasına dayanmaktadır³⁵⁹.

Alman Mahkemeleri ise eser sahibinin eserini ilk kez alenileştirme hususundaki manevi hakkının dokunulmaz yani istisnasız *olmadığını* ifade eden bazı kararlar vermişlerdir. *KG(Kammergericht- Berlin Yüksek Eyalet Mahkemesi)*, bir dergi redaktörünün, dergisinde, ünlü bir yazarla olan mektuplaşmalarını ve bu suretle yazarın da yazdığı mektupları, sonuna bir yorum ekleyerek yayımlanmak suretiyle alenileştirilmesi olayına ilişkin olarak verdiği kararda, bu durumda “Kanun üstü Zaruret/übergesetzliche Notstand” halinin uygulanabileceğini ifade etmiş, ama karşılıklı yararların karşılaştırılması sonucu, eser sahibinin eserini alenileştirme hususundaki manevi hakkının ihlal edilmesini haklı kılacak ekstrem nitelikte bir karşıt yararın bulunmadığını ifade ederek, eser niteliğine sahip mektupların ilk kez alenileştirilmesini hukuka aykırı bulmuştur³⁶⁰.

³⁵⁸ **Wild, (Schriker, Urheberrecht)**, § 97, s. 1885, nr.20.

³⁵⁹ **Bornkamm,**(Schraken), s. 648; BGH “Gies Adler” kararında, UrHG’nin eser sahibine tanıdığı inhisari nitelikteki hakların esasen, eser sahibinin eserinden mümkün merteye kapsamlı ve sınırsız inhisari yetkiler hususundaki yararı ile toplumun esere mümkün merteye sınırsız bir şekilde ulaşabilmesi ve bu eserden yararlanabilmesi hususundaki yararı arasında kanun koyucu tarafından hali hazırda yapılmış bulunan tartmanın bir sonucu olduğunu ifade etmiş ve eser sahibinin haklarına UrHG’de getirilen sınırlandırmalar ötesinde genel bir hak-yarar karşılaştırılmasının yapılamayacağını ifade etmiştir. BGH, GRUR, 2003, heft 11, s. 957, “Gies Adler”.

³⁶⁰ Mahkeme, kararında, somut olayda davacının manevi hakkına yapılan müdahalenin “kanun üstü zaruret” hali aracılığıyla haklı kılınamayacağını ifade etmiştir. Buna göre genel bir hukuk ilkesi olan

OLG (Yüksek Eyalet Mahkemesi) Hamburg ise verdiği bir kararda, rejim karşıtı *Havemann*'ı DDR'ye karşı bir ceza davasında savunan avukatı tarafından yazılan alenileşmemiş temyiz dilekçesinin, yargılama sürecine ilişkin bir eserde tamamının basılarak izinsiz olarak (ilk kez) alenileştirilmesini geçerli görmüştür. Kararda, karşılıklı çıkarların tartılması sonucunda eser sahibinin korumaya değer çıkarları tehlikeye düşmezken, buna karşılık kamunun DDR'de meydana gelen gerçek olaylar hakkındaki bilgilerin paylaşılmasındaki yararının söz konusu alenileşmeyi gerektirdiği sonucu ortaya çıktığından, burada düşünce ve bilgi edinme özgürlüğünün önde gideceğini ifade ederek, karşılıklı hak ve yarar karşılaştırılması ile alenileştirmeyi hukuka aykırı olarak görmemiştir³⁶¹.

Zaruret halinde esas olarak, uyuşmazlık konusu olayda daha az korunmaya değer bir hakkın, daha üst düzeydeki bir hak karşısında geri plana atılması söz

zaruret/ıztırar hali, hukuka aykırı bir müdahaleyi başkasına ait daha üstün bir hakkı korumak için zorluyorsa hukuka uygun hale getirir. Mahkemeye göre eser sahibinin eserini (ilk kez) alenileştirme hakkı da hiçbir surette dokunulmaz-unantastbar olmayıp, aksine bu tür bir durumda da karşılıklı hakların karşılaştırılması yoluna gidilebilir. Bununla birlikte sadece ekstrem özel durumlarda basın özgürlüğünün önceliği kabul edilebilir. Mahkeme davaya konu olayda ise bu şekilde bir istisnai durumun somut olayda bulunmadığını ifade etmiştir. Mahkeme, somut olaydan eser sahibinin hakkına yapılacak müdahaleyi haklı kılacak derecede alışıldığı dışında zorunlulukta bilgi edinme ihtiyacının anlaşılmadığını; yorumun sunulan mektuplarla ilgili olmayıp, aksine davacının genel politik tutumu ile ilgili olduğunu ve bu yorumun yapılabilmesi için mektupların da sunulmasına ihtiyaç bulunmadığını ifade ederek, olayda davacının eserini alenileştirme hususundaki manevi hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. KG, NJW 1995, Heft 51, s. 3394.

³⁶¹ OLG Hamburg, GRUR 2000, Heft 2, s. 146–147. Belirtmek gerekir ki, KG verdiği yeni tarihli “Günter-Grass-Briefe” kararında, eser sahibinin eserini alenileştirme hususundaki hakkının mutlak nitelikte olmadığını, bazı istisnai durumlarda bulunmayabileceğini ifade etmiştir. KG Berlin, nobel ödüllü ünlü romancı Günter Grass'ın, 1969/1970 yıllarında o zamanın Alman ekonomi bakanına yazdığı eser niteliği taşıyan tarihi-politik içerikli mektuplarının izinsiz olarak büyük bir Alman günlük gazetesinde (ilk kez) alenileştirilmesi ile ilgili olarak verdiği kararda, bu olayda öncelikle iktibas serbestisine ilişkin kuralların uygulanamayacağını, zira bir eserden iktibas yapılabilmesi için o eserin en azından alenileşmiş olması gerektiğini ifade etmiş; eser sahibinin ve toplumun anayasal temellerde korunan yararlarının denkleştirilmesinin esasen kanun koyucu tarafından UrHG'nin, eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmaları düzenleyen hükümlerinde yapıldığını; Kanun koyucunun burada söz konusu sınırlandırmaların özellikle iktibas serbestisine ilişkin sınırlandırmayı, alenileşmiş eserler bakımından tanımakla eser sahibinin manevi haklarına öncelik verme yolunda bir karar verdiğini; eser sahibinin kendisinin ya da verdiği izinle başkasının umuma arz hakkının kullanılması ile eserin, eser sahibinin gizli alanından(Geheimsphaere) ya da her halükarda kişisel alandan(privatsphaere) çıkarılması sonucunun doğduğunu; eser sahibinin eserini umuma arz hakkının UrHG'de öngörülen bazı durumlar dışında sınırsız olarak korunduğunu ve düşünce ve basın özgürlüğünün bu hakka yönelik bir ihlali sadece tamamen istisnai bir şekilde haklı kılabileceğini ifade etmiştir. Buna karşılık Mahkeme karara konu somut olay bakımından ise alenileşmemiş kişisel bir mektubun basımında bulunan kamu yararının, eser sahibinin manevi hakkından doğan gizli alanının korunmasına ilişki yararı, basının haber verme konusundaki yararının önünde geleceğinden, eserin, neredeyse tamamen alenileştirilmesini ve mektubun bütünü ile iletilmesini haklı kılmayacağını ifade etmiştir. <http://www.telemedicus.info/urteile/Urheberrecht/Sprachwerke/276-KG-Berlin-Az-5-U-6307-Guenter-Grass-Briefe.html>, erişim 4.5.2009.

konusudur³⁶². Zaruret halinde işlenen fiil, üstün yarar ilkesinin bir uygulama türü olduğundan, hukuka aykırılık oluşturmaz³⁶³. Zaruret hali Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenmiştir. Zaruret(ıztırar) hali Borçlar Kanunu'nun 52'nci maddesinin ikinci fıkrasında, “*Kendisini veya diğerini zarardan yahut derhal vukubulacak bir tehlikeden vikaye için başkasının mallarına halel iras eden kimsenin borçlu olduğu tazminat miktarını hâkimin, hakkaniyete tevfikân tayin edeceği*” şeklinde düzenlenmiştir³⁶⁴. Zaruret hali Borçlar Kanunu madde 52'de başkasının mallarına verilecek zararlar bakımından düzenlenirken, Türk Ceza Kanunu'nda ise sadece mala verilecek zararlarla sınırlandırılmamıştır³⁶⁵. Türk Ceza Kanunu madde 25/f. 2'e göre, gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.

Kanımızca Borçlar Kanunu madde 52/f. 2 'de düzenlenen zaruret hali genel bir hukuka uygunluk sebebi olarak, eser sahibinin haklarına yapılan müdahaleler bakımından da uygulama alanı bulabilir³⁶⁶. Nitekim Medeni Kanun'un 5'nci maddesi gereğince, Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümleri,

³⁶² **Palandt, Otto**, Bürgerliches Gesetzbuch, 68. neubearbeitete Auflage, München, 2009, § 228, s. 237.

³⁶³ **Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku, 8. Bası, İstanbul, 2003, s. 569.

³⁶⁴ Alman hukukunda ilk olarak ceza hukukunda geliştirilen ve günümüzde genel bir hukuk ilkesi(allgemeiner Rechtsgrundsatz) olarak kabul gören ıztırar hali BGB madde 228 ve 904/f. 1'de düzenlenmiştir. BGB madde 904'de bir eşya malikinin, müdahalenin mevcut bir tehlikenin önlenmesi için zorunlu olması ve karşı tarafın uğrayacağı zararın eşya malikinin uğrayacağı zarar karşısında ölçüsüz oranda fazla olacak olması durumunda, mülkiyetinde bulunan eşyaya üçüncü kişi tarafından yapılacak müdahaleyi yasaklamayacağı ve bu durumda eşya malikinin tazminat talep edebileceği düzenlenmiştir. ıztırar haline ilişkin bir düzenleme de BGB madde 228'de yer almaktadır. BGB madde 228'de düzenlenen ıztırar hali, “savunma” haline ilişkin iken(Verteidigungsnotstand), BGB madde 904'de düzenlenen ıztırar hali ise, “saldırı” haline ilişkindir(Angriffsnotstands). Zira BGB madde 228'de düzenlenen ıztırar halinde, tehlikeden korunmak için tehlikeyi meydana getiren eşyaya zarar verme yani bir savunma hali söz konusudur. BGB madde 904'de düzenlenen ıztırar halinde ise, bir tehlike meydana getirmese bile bir eşyaya bazı durumlarda zarar verme hali düzenlenmiştir. **Palandt**, s. 237.

³⁶⁵ Zaruret halinin özel bir türü de taşınmazlara yapılacak müdahaleler bakımından TMK madde 753'de düzenlenmiştir. Buna göre, “Bir kimse kendisi veya başkasını tehdit eden bir zararı veya o anda mevcut bir tehlikeyi ancak başkasının taşınmazına müdahale ile önleyebilecek ve bu zarar ya da tehlike taşınmaza doğacak müdahaleden doğacak zarardan önemli ölçüde büyük ise, malik buna katlanmak zorundadır(fıkra 1). Malik, bu yüzden uğradığı zarar için hakkaniyete uygun bir denkleştirme bedeli isteyebilir(fıkra 2).

³⁶⁶ Daha yüksek bir hukuki değerinin korunmasının haklı gösterdiği hallerde, istisnaen ve somut olayın özelliklerinin bir manevi ya da mali hakkın bertaraf edilmesini haklı gösterdiği hallerde bunun kabul edilmesi gerektiği yönünde, **Tekinalp**, s. 292- 293, nr.16.

uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır. Bununla birlikte Borçlar Kanunu'nun 52'nci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen zaruret hali, sadece malvarlığına zarar verilmesi durumlarını kapsamaktadır. Buna karşılık öğretide hâkim görüşe göre, zaruret halinde bir başka kişinin kişilik haklarına müdahale imkânı tanınmamıştır. Böyle bir müdahale, ceza hukuku yönünden cezalandırılmasa bile, hukuka aykırı bir fiil niteliği taşıyacaktır³⁶⁷. Buna karşılık öğretide, her ne kadar maddenin lafzı gereğince zaruret haline ilişkin kuralın kişilik değerleri için geçerli olmayacağını kabulü kural olarak doğru olsa da, bazen kişisel değerler yönünden de zaruret halinin kabul edilebileceği³⁶⁸ ve Ceza Kanunu gereğince zaruret durumu oluşturan ve aynı zamanda kişisel değerlere de ilişkin olan bir olayın da zaruret kavramı içerisinde değerlendirilebileceği ifade edilmiştir³⁶⁹.

Bu kapsamda Borçlar Kanunu madde 52/f. 2'de düzenlenen ve genel bir hukuka uygunluk sebebi olan zaruret halinin esasen eser sahibinin mali haklarına yapılacak müdahaleler bakımından uygulanabilmesi gerekir³⁷⁰. Buna karşılık aynı düzenlemenin eser sahibinin manevi hakları bakımından, örneğin eserini ilk kez alenileştirme hakkı bakımından uygulanması ise tartışmalı bir konudur. Bununla birlikte zaruret halinin eser sahibinin mali hakları gibi manevi haklarına da yapılacak müdahalelerde uygulanabileceği kabul edilse dahi, bu hükmün uygulanması sıkı koşullara bağlı olduğundan, pratikte çoğu kez uygulama alanı bulamayacaktır.

Zira Borçlar Kanunu madde 52/f. 2'de düzenlenen zaruret halinin uygulanabilmesi için, öncelikle şahsa veya mala yönelmiş bir zarar veya derhal

³⁶⁷ **Eren**, s. 569; BK madde 52/f. 2'de düzenlenen zaruret halinin ancak başkasının malına zarar vermeyi kapsadığı, başkasının şahsına verilen zararları kapsamadığı yönünde, **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, Yedinci baskı, İstanbul, 1993, s. 487; **Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut**, Borçlar Hukuku, İstanbul, 2006, s. 508; zaruret halinin sadece bir kişinin üçüncü kişinin mallarına zarar vermesi halinde söz konusu olacağına kanunun lafzına uygun olacağı yönünde, **Helvacı, Serap**, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul, 2001, s. 113.

³⁶⁸ **Zevkliler/Acabey /Gökyayla**, s. 468: örneğin, bir fabrikanın ürettiği yiyecek maddelerine çok tehlikeli bir zehir karışması durumunda, kişileri ölümden kurtarmak üzere toplumu uyaran ya da bunların tümünü de yok eden, böylelikle fabrika sahibinin iflas etmesine ve ekonomik varlığının yok olmasına neden olan kişinin davranışında olduğu gibi.

³⁶⁹ **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 468. Hukukun birliği ilkesinden hareket edildiğinde Ceza Kanununda yer alan düzenlemenin aynı zamanda medeni hukuk bakımından da hukuka aykırılıkları ortadan kaldıracağı yönünde, **Palandt**, § 228, s. 237.

³⁷⁰ Belirtmek gerekir ki, Alman Mahkemeleri bazı kararlarında eser sahibinin mali haklarına yapılacak müdahaleleri zaruret haline dayanarak geçerli bulan kararlar vermişlerdir. Örneğin, LG Berlin "Maifern" kararında, 1960 yılında bir Batı Berlin yayın kuruluşu tarafından Doğu Alman televizyonunda yayınlanan bir programdan iktibas yapılmasını zaruret hali kapsamında değerlendirerek, toplumun gerçek/objektif bilgilere ulaşmadaki yararının eser sahibinin mali haklarının önünde yer alacağını ifade etmiştir. LG Berlin, GRUR 1962, s. 207.

meydana gelebilecek bir tehlike bulunmalı ve bu zarar ya da tehlike mala yönelecek müdahaleden doğacak zarardan büyük olmalıdır. Bu husus her ne kadar Borçlar Kanunu'nun 52'nci maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemede açıklıkla yer almasa da, Medeni Kanun'un 753'ncü maddesinde taşınmazlara yapılacak müdahalelere ilişkin olarak zaruret hali açısından ifade edilen bu koşulun bulunması gerektiği öğretide ifade edilmiştir³⁷¹. Nitekim taşınmazlara ilişkin olarak, Medeni Kanun'un 753'ncü maddesinde yer alan düzenlemede, zarar ya da tehlikenin taşınmaza doğacak müdahaleden doğacak zarardan *önemli ölçüde büyük* olması gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Bu kapsamda doğacak tehlike ve zararın üçüncü kişinin, malına verilecek zarardan *önemli ölçüde büyük olmasının* gerektiği kabul edilmelidir³⁷².

Buna göre kanımızca, özellikle kişilerin yaşamı, vücut bütünlüğü, sağlığına yönelik zarar ve tehlikeler gibi, toplumun o konuda bilgi edinemesinden doğacak zararın, eser sahibinin manevi haklarından *önemli ölçüde ağır* olduğu durumlarda, eser sahibinin manevi haklarına müdahale edilmesi zaruret hali kapsamında olabilir.

Zira zaruret hali özellikle patent hukukunda da bazı ekstrem durumlarda söz konusu olabilmektedir. Örneğin, bir nükleer santralde acil bir durumda patentli bir buluşun kullanılmasında olduğu gibi³⁷³. Buna karşılık bir eserin, üçüncü kişilerin özellikle yaşam, vücut bütünlüğü gibi değerlerine yönelik olan tehlikelerin önlenmesinde kullanılması çok ender rastlanan bir durum olacaktır³⁷⁴. Ancak örneğin, bir fabrikanın ürünlerinin, ürünleri kullananların sağlığına zarar verdiğine ilişkin olarak işletme içerisinde hazırlanan ve eser niteliğine sahip bir araştırma raporunun, somut olayın özellikleri de dikkate alınarak, bu konuda bilgi verilerek toplumu uyarmak amacıyla bir basın yayın organında yayımlanması kabul edilebilir.

Alenileşmemiş bir eserin eser sahibi dışında üçüncü bir kişi tarafından alenileştirilmesi ile ilgili olarak Alman öğretisinde ileri sürülen diğer bir görüş ise,

³⁷¹ **Oğuzman/Öz**, s. 508.

³⁷² Nitekim Alman hukukunda da, zaruret halinin uygulanabilmesi için karşı tarafın uğrayacağı zararın eşya malikinin uğrayacağı zarar karşısında ölçüsüz oranda fazla olacak olması gerektiği açıkça düzenlenmiştir(BGB madde 904). Türk Ceza Kanunu madde 25/fıkra 2'de düzenlenen zorunluluk halinin var olması içinde, ortada başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikenin bulunması gerekir. Tehlikenin ağır olması ile hem tehlikenin hem de meydana getireceği zararın ağır olması kastedilmektedir. İnsan hayatının kaybedilmesi veya vücut bütünlüğünün ihlal edilmesine veya diğer hakların önemli şekilde azalmasına yol açan tehlike "ağır" bir tehlikedir. **Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner**, Ceza Hukuku- Genel Hükümler, Ankara, 2007, s. 644.

³⁷³ **Schack**,(Schranken), s. 516.

³⁷⁴ Bkz. **Schack**, (Schranken), s. 516.

eser sahibinin manevi bir hakkı olarak “eseri umuma arz etme hakkının” da genel kişilik haklarının bir parçası olduğu ve anayasal olarak korunan özellikle düşünce ve enformasyon özgürlüğü gibi diğer haklarla etkileşim halinde bulunduğu göz önüne alındığında, sadece *istisnai durumlarda* düşünce ve basın özgürlüğünün eser sahibinin manevi hakları karşısında üstün gelmesi halinde, eserin ilk kez umuma arz edilmesi hakkına yapılacak bir müdahalenin hukuka aykırı sayılamayabileceği ifade etmiştir. Ancak böyle bir durumda bile alenileşmenin sadece içerik bildirimini ya da sadece belirli parçalarla sınırlandırılması gerekmektedir³⁷⁵.

Öğretide genel olarak eser sahibinin manevi haklarının(urheberpersönlichkeitsrecht) genel anlamdaki kişilik haklarının hukuken bağımsız bir görünüm şekli olarak ortaya çıktığı kabul edilmektedir³⁷⁶. Bununla birlikte eser sahibinin manevi hakları, eser sahibinin eseri ile olan ilişkisi ile sınırlı olup, bir eser yaratımına bağlı ve bu yaratımla sınırlıdır. Burada sadece eser sahibinin kendisi tarafından yaratılan ve kişiliğini yansıtan eser ile arasındaki fikri bağı korunur³⁷⁷.

Medeni Kanunun 24’ncü maddesinde hukuka aykırı olarak kişilik haklarına saldırılan kimsenin, hâkimden saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebileceği düzenlendikten sonra(fıkra 1); kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel ya da kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması

³⁷⁵ **Schulze, Gernot, (Dreier, Thomas/Schulze, Gernot, Urheberrechtsgesetz, München 2008), § 12, s. 217, nr. 16.**

³⁷⁶ **Götting, Horst-Peter, (Götting, Horst-Peter/ Schertz, Christian/Seitz, Walter, Handbuch des Persönlichkeitsrechts), München 2008, s. 288, nr. 8; Dietz, Adolf, (Schricker, Gerhard, Urheberrecht, München, 2006), Vor §§12ff., s. 264, nr.14; Schulze, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz), Vor § 12, s. 208-209, nr.5: eser sahibinin manevi haklarının bir taraftan özel nitelikte bir düzenleme olarak genel kişilik haklarının önünde yer alacağı, ancak diğer taraftan da genel kişilik haklarından doğan yetkilerin de tamamlayıcı olarak geçerli olacağını ifade etmektedir; eser sahibinin manevi haklarının genel kişilik haklarının özel bir şekli olduğu yönünde, **Kellerhals, Miriam**, Bemerkungen über das Urheberpersönlichkeitsrecht, UFITA 2000/3, s. 631; Medeni Kanun’un 24’ncü maddesinde düzenlenen genel kişilik hakları yanında diğer Kanunlarda düzenlenen bazı kişisel değerlerin(FSEK madde 14’de olduğu gibi)gerçekte değişik biçimde tezahür eden tek bir kişilik hakkının, bu genel kişilik hakkının çeşitli görünümünden ibaret olduğu yolunda, **Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan**, Türk Özel Hukuku Cilt 2, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2006, s. 95.**

³⁷⁷ **Götting,(Götting/Schertz/Seitz, Handbuch des Persönlichkeitsrechts), s. 288, nr.8; Schulze, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz), Vor § 12, s. 209, nr.5; Schack,(Urheberrecht) s. 21, nr.42; FSEK’in manevi hakları düzenleyen hükümlerinin, eser sahibinin eseri ile olan kişisel ve manevi ilişkisini korumak için düzenlendiği yönünde, **Ayiter**, s. 109; eser sahibinin manevi hakları, kişilik haklarından farklıdır. Zira eser yaratıcısının kişiliği ile ilgili olsa da, kişilik hakları bir eserin varlığına bağlı olmadan mevcut olup, eser sahibinin manevi hakları ise eser ile sahibi arasındaki bağ nedeniyle oluşur, **Piroğlu, Ünsal**, Eserden Doğan Manevi Haklar Tazminatı ve Kişilik Haklarıyla İlişkisi, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara, 2001, s. 564.**

sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırının hukuka aykırı olacağı düzenlenmiştir(fıkra 2).

Düzenlemede kişilik haklarına giren kişisel değerler açıkça belirtilmemiş, nelerin kişilik hakkı kapsamına girdiği belirleme uygulamaya bırakılmıştır. Kişilik hakkının kapsamına giren kişisel değerlerin başlıcaları ise hayat, sağlık ve vücut bütünlüğü; kişilerin onur, şeref ve saygınlığı; kişilerin hayat alanı(özel alan ve gizlilik alanı); kişilerin konuşmaları, yazıları, mektupları ve anıları üzerindeki hakları; kişilerin resimleri üzerindeki hakları ve ekonomik varlıklarıdır. Bu kapsamda, insanın dış dünyaya kendisini tanıtmaya hizmet eden konuşmaları; kişiliğin dış dünyaya uzantısı olan yazıları da, eser niteliğine sahip olmasalar bile kişilik haklarına ilişkin hükümler kapsamında korunabilecektir³⁷⁸. Buna göre eser niteliği taşımasalar bile kişilerin kişiliklerinin bir uzantısı şeklinde ortaya çıkan konuşmaları veya yazılarının topluma arz edilip edilmemesi ya da ne şekilde sunulacağını belirleme yetkisi bunların sahibine ait olacaktır. BGH, “Leserbrief” kararında³⁷⁹, belirli bir düşünse silsilesinin dilsel olarak her tespitinin *eser niteliği taşımasa bile* tespit şeklinden bağımsız olarak yazarının kişiliğinin bir uzantısı olacağını ifade ederek, esasen bu kaydın umuma sunulup sunulmayacağını ya da ne şekilde sunulacağını belirleme yetkisinin de sadece bu kaydın yazarına ait olacağını ifade etmiştir.

Kişiliğin bir uzantısı şeklinde ortaya çıkan ve kişilerin duygu ve düşüncelerini dile getiren konuşma ve yazıların, eser sahibinin özel ya da gizli alanından çıkıp topluma sunulmasına karar verme hakkının bu konuşma ve yazıların sahibine ait olacağı ilkesi ile bu kişilerin, özel veya gizli alanlarına yönelik müdahalelere karşı korunması sağlanmaktadır. Eser sahibine manevi haklar kapsamında tanınan eserini ilk kez alenileştirme konusunda tanınan hakkın temelinde de, eser sahibinin eser bağlamında ortaya çıkan kişisel değerlerini özel ya da gizli alanından çıkartarak, topluma sunulmasına sadece kendisinin karar verebilmesi ve bu yolla eser sahibinin özel ya da gizli alanının korunması yatmaktadır.

Zira alenileştirme hakkının eser sahibinin kendisi ya da yetkili kıldığı kişilerce kullanılması eserin, sahibinin gizli alanını veya her halükarda özel alanını

³⁷⁸ Özsunay, Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul, 1979, s. 141–142. Belirtmek gerekir ki FSEK madde 85’de eser niteliğine sahip olmasa dahi mektuplar üzerindeki hakların korunması bakımından özel hükümler getirilmiştir.

³⁷⁹ BGHZ 13, s. 334 vd.

terk etmesine yol açar. Eser sahibi bu yolla fikri, estetik, sanatsal, bilimsel, politik görüşlerini ve/veya yeteneklerini, kişisel ya da gizli alanından çıkartarak topluma ve toplumun tartışmasına sunar³⁸⁰. Bu doğrultuda eser sahibinin eserin umuma arz edip etmeme ve umuma arzın şeklini belirleme konusundaki manevi hakkı ile genel kişilik hakları kapsamında korunan kişisel değerlerlendenden biri olan özel ve gizlilik alanına ilişkin korumanın temellerinin aynı olduğu görülmektedir³⁸¹.

Bununla birlikte Medeni Kanununun 24'ncü maddesinin ikinci fıkrasında genel kişilik hakları ihlalleri bakımından bazı hukuka uygunluk sebepleri tanınırken, eser sahibinin eserini ilk kez aleniştirme hususundaki manevi hakkı yönünden FSEK madde 14'de açık bir düzenleme yapılmamıştır. Kanımızca eser sahibinin eserini ilk kez aleniştirme hakkına yapılan ihlallerin de, temelinde aynı hukuki yararı barındırdığı dikkate alındığında, genel kişilik haklarına yapılacak müdahalelerin hukuka aykırı olmasını engelleyen durumlarda, özellikle eser sahibinin manevi yararından daha üstün bir kamu yararının bulunması durumunda sınırlanabileceğinin kabulü gerekir.

Zira eser kavramının günümüzde ifade ettiği anlamda da bu görüşü destekler niteliktedir. Eser sahibinin eserini umuma arz hususundaki manevi hakkını istisnasız bir şekilde, mutlak olarak kabul etmek, özellikle eser sahibinin eserle fikri ve kişisel bağlantısının oldukça zayıf kapsamda olduğu eserler bakımından haksız sonuçlara yol açabilir. Zira fikir ve sanat eserleri hukuku ile sadece sahibinin damgasını taşıyan hususiyet düzeyi yüksek olan eserler değil, bozuk para(kleine Münze) olarak adlandırılan ve çok sayıda üretilen hususiyet düzeyi düşük eserler örneğin kataloglar, fiyat listeleri, yemek tarifleri gibi bir eserler de korunmaktadır³⁸². Belirtmek gerekir ki, eserdeki yaratıcılık derecesinin yüksekliği ne kadar fazlaysa, eser sahibinin eseri

³⁸⁰ Bkz. KG Berlin, <http://www.telemedicus.info/urteile/Urheberrecht/Sprachwerke/276-KG-Berlin-Az-5-U-6307-Guenter-Grass-Briefe.html>, erişim 4.5.2009.

³⁸¹ Özellikle BGH'nin 1954 tarihli "Leserbrief" kararı ile (BGHZ 13, s. 334 vd.) eser sahibinin eserini umuma arz edip etmeme ve umuma arzın şeklini belirleme konusundaki manevi hakkı ile genel kişilik haklarından üretilen kişisel alan korumasının açık bir şekilde birbiri ile örtüştüğü ve bu hakların kökeninde akraba oldukları(Wesensverwandschaft) yönünde, **Kellerhals**, s 643 vd, .647; **Dietz**, (**Schrickner**, Urheberrecht), Vor §§ 12ff, s. 264, nr.14.

³⁸² Kleine Münze(Bozuk para) ile kastedilen husus, yaratılma derecesi asgaride kalan bir eser için, yine de korumanın uygun görüldüğü durumlardır. Yani basit, fakat yine de korumaya elverişli bulunan eserlerdir. Örneğin, kataloglar, fiyat listeleri, reklamlar , telefon rehberleri, yemek tarifleri gibi, **Öztañ**, (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 98.

ile arasındaki manevi ve kişisel bağlar o derecede güçlüdür ve dolayısıyla, eser sahibi kişilik hakları bakımından, o derece kolay ve ağır zarar görebilecek durumdadır³⁸³.

Bu kapsamda örneğin bir kişinin politik görüşlerini içeren ve henüz özel alanından çıkmamış, ancak *eser niteliğini taşımayan* bir yazısının, üçüncü bir kişi tarafından topluma açıklanmasında Medeni Kanun'un 24'ncü maddesinin ikinci fıkrasındaki hukuka uygunluk nedenlerinin bulunup bulunmadığı incelenebilirken, bir işletme içerisinde hazırlanan ve eser niteliğine sahip bir katalog, işletme yönergesi ya da bir reklâm broşürünün, daha üstün bir toplum yararı bulunması halinde dahi umuma sunulmasını hukuka aykırı olarak kabul etmek, haklı bir sonuç olmayacaktır.

C. Kendisine İktibas Yapılacak Ürün Bakımından Ortak Koşullar

1. Kendisine İktibas Yapılacak Ürün Eser Niteliği Taşımalıdır

FSEK madde 35 kapsamında kendisine iktibas yapılacak fikri ürünlerin, eser niteliğine sahip olması gerekir. Nitekim FSEK madde 35/f.1'in ilk üç bendinde, açıkça, eserlere iktibas yapılmasından söz edilmiştir.

FSEK madde 35/f.1-b. 4'de düzenlenen ve alenilemiş güzel sanat eserlerinin bilimsel konferans veya derslerde, konuyu aydınlatmak için projeksiyon ve buna benzer vasıtalarla gösterilmesini düzenleyen hükümde ise, diğer üç bentten farklı olarak bilimsel konferans ya da derslerin eser niteliği taşıması gerektiği açıkça belirtilmemiştir. Acaba bu bentte düzenlenen serbesti bilimsel nitelikte olmakla birlikte, eser niteliği taşımayan konferans ve dersler için de geçerli olacak mıdır?

Bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Nitekim *Arslanlı*'nın da ifade ettiği üzere, bu bentte yer alan düzenleme FSEK madde 35/f.1-b.3'de, bilimsel eserlere tanınan iktibas imkânının bir parçası olup, sadece vasıta bakımından bir değişiklik göstermektedir³⁸⁴. Nitekim bilimsel konferans ve dersler de, dil ile ifade edilen eser niteliği taşıyabilirler ve esasen FSEK madde 35/f.1-b.3'de yer alan kendisine iktibas yapılabilecek "bilimsel eserler" kapsamında yer alabilirler. Burada kanun koyucu

³⁸³ Wild, (Schriker, Urheberrecht), § 97, s. 1497, nr.9; Öztan, (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 618.

³⁸⁴ Arslanlı, s. 139; aynı nitelikte Öztan, (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 463.

sadece bilimsel konferans ve derslerin sözlü olarak ifade edilen eserler olmalarından dolayı bu özelliklerini dikkate alarak, bu eserlere yapılacak iktibaslarda kullanılacak vasıtalar yönünden bir açıklık getirmiştir. Zira bilimsel nitelik taşıyan ürünler bakımından bir ayrıcalık tanınmak istenip, eser niteliğine sahip olma düzeyine ulaşmayan, ancak bilimsel nitelik taşıyan ürünler bakımından da, iktibas serbestisi tanınmak istenseydi, bu sadece bilimsel nitelik taşıyan konferans ya da derslerle sınırlı olarak değil, bilimsel nitelik taşıyan tüm ürünlerle ilgili olarak kabul edilirdi. Bu açıdan FSEK madde 35/f.1-bent 4’de düzenlenen bilimsel nitelikteki konferans ve derslerin de eser niteliği taşıması gerektiğinden bahsedilecektir. Örneğin bir öğretim üyesinin, iki farklı ressamın, resimlerinde birbirlerinden esinlendikleri noktaları ve birbirlerine benzerlik taşıyan stillerini tartıştığı bir doktora dersinde, bu ressamların eserlerini projeksiyon vasıtasıyla göstermesi mümkün olabilecektir³⁸⁵.

Sonuç olarak FSEK madde 35 kapsamında kendisine iktibas yapılacak fikri ürünlerin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na göre eser niteliği taşıyan fikri ürünler olması gerekmektedir.

Burada akla gelebilecek bir diğer soru da bağlantılı hak konusu faaliyetlere ve FSEK’de haksız rekabet hükümleri kapsamında korunan eser niteliği taşımayan işaret, ses, resim vb. ürünlere iktibas yapılmasının mümkün olup olmadığıdır.

Alman hukukunda kendisinden iktibas yapılacak eserden farklı olarak, bağlantılı hak konusu faaliyetlere iktibasın mümkün olmadığı ve sadece bağımsız nitelikte eser niteliği taşıyan fikri ürünlere UrHG madde 51 kapsamında iktibas yapılabileceği genel olarak kabul edilmektedir³⁸⁶. Zira katıldığımız görüşe göre, iktibas serbestisine ilişkin kurallar fikri yaratımları destekleme amacına hizmet ettiklerinden, iktibas serbestisi de sadece sahibinin hususiyetini taşıyan, yani eser

³⁸⁵ Belirtmek gerekir ki, eğitim ve öğretim amacıyla temsil serbestisi esasen Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 33’ncü maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, yayımlanmış bir eserin, tüm eğitim ve öğretim kurumlarında, yüzyüze eğitim ve öğretim maksadıyla doğrudan veya dolaylı kar amacı gütmeksizin temsili, eser sahibinin ve eserin adının mutlak şekilde açıklanması şartıyla serbesttir. Bu açıdan bir güzel sanat eserinin eğitim ve öğretim amacıyla bu maddede belirtilen koşullara uygun olarak temsili (örneğin projeksiyon vasıtasıyla gösterilmesi) verilen ders eser niteliğine sahip olmasa dahi bu maddedeki koşullar kapsamında geçerli olacaktır.

³⁸⁶ **Schricker**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 51, s. 1040, nr.41; **Dreyer**, (**Dreyer/Kotthoff/Meckel**), § 51, s. 725, nr.9: UrHG’de “iktibas”ı düzenleyen 51’nci maddesinin ikinci fıkrasının üç bendinde bağımsız bir esere iktibastan açıkça söz edilmekle birlikte, maddenin birinci fıkrasının yeni düzenlenmesinde bu husustan açıkça bahsedilmemektedir. Buna rağmen aynı hususun birinci fıkradaki genel düzenleme için de geçerli olduğu ifade edilmiştir. Zira yapılan Kanun değişikliği ile iktibasa temel bir kolaylık getirilmesi amaçlanmamaktadır; **Seydel**, s. 28; **Schack**, (Urheberrecht), s. 253, nr. 487; **Hertin**, (**Hertin/Schulze/Walter**, Kommentar zum deutschen Urheberrecht), § 51, s. 9, nr.16.

niteliğine sahip türde fikri ürünlerin meydana getirilmesinde söz konusu olabilecektir³⁸⁷. Buna göre kendisine iktibas yapılacak ürünün eser niteliği taşıyan bir fikri ürün olması gerekecektir.

Belirtmek gerekir ki, hukukumuzda Alman hukukundan farklı olarak bağlantılı hak sahipleri sadece icracı sanatçılar, fonogram yapımcıları, radyo-televizyon kuruluşları ve film yapımcılarıdır. Alman hukukunda “akraba/bağlantılı haklar “kapsamında düzenlenen örneğin eser niteliğine sahip olmayan fotoğraflar(UrHG madde 72) ve resim ve/veya ses dizileri-Laufbilder(UrHG madde 95), FSEK’de, haksız rekabet kapsamında koruma altına altına alınmıştır(FSEK madde 84). Öğretide bizim de katıldığımız bir görüşe göre, bağlantılı haklar, eser sahibinin haklarına bağlı olup, ortada bir eser olmadan bağlantılı haktan da bahsedilemeyecektir³⁸⁸. Nitekim Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun “Bağlantılı Hakları” düzenleyen 80’nci maddesinin başlığı da, “*Eser Sahibinin Hakları İle Bağlantılı Haklar*”dır. Bu açıdan bağlantılı hakkın söz konusu olduğu bir esere iktibas yapılması bakımından, ortada eser niteliğine sahip bir ürün olduğundan, aynı zamandan bu eser “bağımsız” bir nitelik taşıyorsa iktibas bakımından herhangi bir bir

³⁸⁷ **Ekrutt**, s. 5; **Schricker**, (Schricker, Urheberrecht),§ 51, 1032, nr. 20;**Waldenberger**, (Nicolini/Ahlberg, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz), § 51, s. 507, nr. 21; s. **Seydel**, s. 29; **Dustmann**, (Nordemann/Nordemann/ Nordemann, Urheberrecht), § 51, s. 968, nr.19; **Götting**, (Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts), s. 458, nr.132; **Brauns**, s. 34; Buna karşılık aksi görüşe göre, toplumun kültürel gelişiminin sağlanmasındaki yarar, fikri tartışmaya başka bir eser içerisinde ya da “akraba haklar/bağlantılı haklar” kapsamında korunan bir faaliyet içerisinde gerçekleşmesine bakılmaksızın izin verilmesinde bulunur. Bu görüşe göre UrHG madde 51’de yer alan kendisine iktibas yapılacak bağımsız bir eserin bulunması kriteri bakımından önemli olan “bağımsızlık” kriteridir. Bu koşul ile üçüncü kişilerin iktibas bahanesi ile başka bir eseri kendilerine ait esaslı bir faaliyet olmaksızın sadece çoğaltmalarını engellemektedir. Eser niteliğine sahip olmayan ancak “akraba/bağlantılı haklar” kapsamında korunan faaliyetlerde de bu koşul aranacağından iktibasa konu olan eser bakımından yeterli korunma sağlanmış olacaktır. **Krüger**, s. 201.

³⁸⁸ **Arkan**, s. 33; Yazar, FSEK madde 80/1’de, “bir icra ürünü olan veya sair sesleri ilk defa tespit eden fonogram yapımcıları”ndan bahsedilse de, eser niteliğine sahip olmayan seslerin bağlantılı haklar kapsamında değil, FSEK madde 84 kapsamında korunabileceği; ancak sesle ifade edilebilen bir eserin icrasını ilk olarak tespit eden fonogram yapımcılarının bağlantılı hak sahibi olarak korunabileceği buna karşılık eser niteliği taşımayan sair seslerin ilk tespitini yapan yapımcıların FSEK madde 84 kapsamında korunabileceğini ifade etmiştir, **Arkan**, s. 135; Buna karşılık, fonogram tespitine konu seslerin mutlaka eser niteliği taşıması gerekmediği yönünde, **Suluk/Orhan**, s. 442; yine radyo televizyon kuruluşlarının bağlantılı hak sahibi olduğu radyo televizyon programlarının da eser niteliği taşıması gerektiği ifade edilmiştir. **Arkan**, s. 175. (Buna karşılık öğretide radyo televizyon kuruluşlarının, içeriği itibariyle eser niteliğinde olsun olmasın tüm programlar üzerinde bağlantılı hak sahibi olduğu görüşü de bulunmaktadır. **Tekinalp**, s. 266, nr. 40; **Suluk/Orhan**, s. 447) Zira radyo ve televizyonda yayınlanan programların çoğu zaten eser niteliğine sahip olacaktır. Nitekim radyo-televizyon yayınlarının özellikle FSEK madde 2/fıkra 1’de düzenlenen ilim ve edebiyat eserleri kapsamında değerlendirilmesi mümkün olacaktır. Örneğin, özel konuşmalar, nutuklar, skeçler, oyunlar, reklâmlar veya ilan metinleri, radyo-televizyon yorumları gibi. **Arkan**, s. 175.

sorun ortaya çıkmayacaktır. Örneğin bir tarihçinin televizyonda yayınlanan bir konuşması dil ile ifade edilen eser niteliğinde bir bilimsel eser olarak korunabilir(FSEK madde 2/f.1-b.1). Buna göre yayındaki hareketli görüntü dizisi hususiyet taşımasa bile, bu durumda televizyon kuruluşunun, yayın üzerinde bağlantılı hakkının bulunduğundan söz edilecektir. Yapılan konuşmaya başka eserlerden iktibas yapılması durumunda, bu iktibas doğrudan bir ilim veya edebiyat eserine yapılan bir iktibas kapsamında değerlendirilebilecektir(FSEK madde 35/f.1-b.1;b.3). Burada söz konusu yayına, başka sinema filmlerinden de iktibas yapılması mümkündür. Zira burada tarihçinin dil ile ifade edilen eser niteliği taşıyan eserine sadece televizyonun teknik imkânları ile eşlik eden bir yayından söz edilecektir³⁸⁹ ve bu teknik imkân sayesinde, dil ile ifade edilen esere, bu eserin içeriğini aydınlatmak için başka sinema eserlerinden ya da eser niteliğine sahip olmayan hareketli görüntü dizilerinden iktibas yapılabilecektir. Esasen bu durumun, yazılı bir esere, bir güzel sanat eserinin iktibasından bir farkı yoktur.

2. Kendisine İktibas Yapılacak Eser Bağımsız Nitelikte Olmalıdır

Kendisine iktibas yapılacak eserin “*bağımsız*” nitelikte eser niteliğine sahip bir fikri ürün olması gerekir. Nitekim FSEK’in iktibas serbestisini düzenleyen 35’nci maddesinin, birinci fıkrasının “ilim ve edebiyat eserlerine” (küçük) iktibas düzenleyen birinci bendinde ve müzik eserlerine yapılabilecek iktibasları düzenleyen ikinci bendinde açıkça, kendisine iktibas yapılacak eserlerin bağımsız(müstakil) nitelikte olması gerektiği düzenlenmiştir. Bilimsel eserlere yapılabilecek (büyük) iktibas düzenleyen üçüncü bentte ise bilimsel eserin bağımsız nitelik taşıması gerektiği önceki iki bendin aksine, açıkça ifade edilmiş olmasa da burada da kendisine iktibas yapılacak eserin bağımsız nitelikte bir bilimsel eser niteliği göstermesi gerektiği söylenecektir³⁹⁰.

³⁸⁹ Bkz. **Ekrutt**, s. 108.

³⁹⁰ Bkz. **Erel**, (Fikir ve Sanat Hukuku), s. 249; **Öztañ**, (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 450; Nitekim UrHG’nin iktibas serbestisini düzenleyen 51’nci maddesinde düzenlenen üç iktibas türünde de kendisine iktibas yapılacak eserlerin bağımsız nitelikte eserler olması gerektiği düzenlenmiştir.

İktibas serbestîsi ile eser sahibinin haklarına sınırlama getirilmesinin temelinde *yeni ve bağımsız eserler* yaratılmasını teşvik etmek yatmaktadır³⁹¹. Aşağıda ifade edileceği üzere bir eserin bağımsız niteliğe sahip olması onun içerdiği iktibaslar karşısında bağımsız bir nitelik göstermesini ve özellikle derleme eser niteliğinde olmamasını gerektirir. Gerçi derleme eser meydana getirilmesi durumunda da seçme ve düzenlemede hususiyet varsa, bu eser bütünü itibariyle üçüncü kişilere karşı korunur, ancak burada yeni bir eser yaratılması söz konusu değildir³⁹².

Nitekim derleme eserler meydana getirilmesi ancak yararlanılan eser sahibinin izni ile mümkündür. Seçme ve toplama niteliğindeki derleme eserler bakımından bu kurala FSEK'in 34'ncü maddesinde sadece eğitim ve öğretim amacı bakımından bir istisna getirilmiştir. FSEK madde 35 kapsamında kendisine iktibas yapılabilecek eserlerin "bağımsız" nitelikte olması gerekliliği, bu düzenlemeden de ortaya çıkmaktadır. Nitekim Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun "eğitim ve öğretim için seçme ve toplama eserler" meydana getirilmesini düzenleyen 34'ncü maddesinin üçüncü fıkrasında, yayımlanmış musiki, ilim ve edebiyat eserlerinden ve alenileşmiş güzel sanat eserlerinden, iktibaslar yapılmak suretiyle *eğitim ve öğretim gayesi dışında seçme ve toplama eserler* meydana getirilmesinin ancak eser sahibinin izniyle mümkün olacağı düzenlenmiştir. Buna göre başka eserlerden yararlanma suretiyle FSEK madde 34'de düzenlenen "eğitim ve öğretim gayesi dışında" seçme ve toplama eserler, yani bağımsız niteliğe sahip olmayan eserler meydana getirilmesi ancak eser sahibinin izni ile mümkün olacaktır³⁹³. Buna karşılık söz konusu eserin bağımsız bir nitelik göstermesi durumunda Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35 kapsamında yer alan iktibas serbestîsine ilişkin düzenlemelerin uygulama alanı bulması söz konusu olacaktır.

³⁹¹ İkinci eserin bağımsızlığının bulunmaması durumunda bir intihal durumu yoksa ortaya bir işleme eserin çıkacağını ve bunun FSEK madde 35'deki düzenlemenin amacı olmadığı yönünde, **Öztan**, (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 450.

³⁹² Bkz. **Brauns**, s. 34.

³⁹³ Bkz. **Arslanlı**, s. 138, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b.3'de yer alan düzenlemeden istifade edilerek seçme ve toplama eserler meydana getirilemeyeceği yönünde; Belirtmek gerekir ki, FSEK madde 34'e göre bir seçme ve toplama eser yaratılabilmesi için, bu eserin münhasıran eğitim ve öğretim amacına yönelmiş olması gerekir. Seçme ve toplamada örneğin, bu eserin herkes tarafından satın alınmak üzere satışa sunulmasında olduğu gibi başka amaçların da bulunması, bu maddede sayılan imtiyazı ortadan kaldırır, **Öztan**, (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 442.

Buna göre bir esere FSEK madde 35 kapsamında başka eserlerden iktibas yapılabilmesi için bu eserin bağımsız(müstakil) niteliğe sahip olması gerekmektedir.

Kendisine iktibas yapılacak eserin bağımsız bir eser olması ile bu eserin, FSEK'e göre eser niteliği taşımasının ötesinde, kendisine iktibas yapılan eserin, içerdiği iktibaslarla ilişkisinde de, bağımsız olması gerekliliği ifade edilmektedir³⁹⁴. Kendisine iktibas yapılacak eserin bağımsız olması, fikir ve sanat eserleri hukuku bakımından kendisinden iktibas yapılan esere bağlı olmaması anlamına gelir. Bu açıdan kendisine iktibas yapılan eser, kendisinden iktibas yapılan eserin işlenmesi niteliğinde ise, iktibas hukuka uygun değildir³⁹⁵. Nitekim FSEK madde 6'da da işlenme eserler, diğer bir eserden yararlanılarak meydana getirilip de, bu esere nispetle *bağımsız(müstakil)* olmayan eserler olarak tanımlanmıştır. Bununla birlikte işlenme eserlere, işlenen eser dışındaki diğer eserlerden iktibas yapılabilmesinin mümkün olabileceği kanısındayız³⁹⁶. Zira işlenme eserin bağımlılık ilişkisi işlenme eserin meydana getirilmesinde yararlanılan eserlerdir. Bu açıdan işlenen eserden işlenme esere FSEK madde 35 kapsamında iktibas yapılması geçerli olmamakla birlikte, işlenme esere başka eserlerden iktibas yapılabilir. Örneğin, ilim ve edebiyat eserlerinin film haline getirilmesi durumunda da işlenme eserin varlığından söz edilecektir(FSEK madde 6/f.1- b. 3). Bu şekilde meydana getirilen bir sinema eserine diğer bir sinema eserinden iktibas yapılması da mümkün olabilmelidir.

Belirtmek gerekir ki, bir eserin işlenmesi, ondan iktibas yapılmasından farklı bir durumdur. Zira daha önce de ifade ettiğimiz üzere işlenme eserlerde, esas olarak

³⁹⁴ Brauns, s. 34; Krüger, s. 111.

³⁹⁵ Olenhusen, Albrecht Götz, Urheber-und Persönlichkeitsrechtsschutz bei Briefen und Dokumentationsfreiheit, UFITA 67, 1973, s. 65; Gamm, s. 548, nr.8; Schricker, (Schricker, Urheberrecht), §51, s. 1032, nr. 21;Dustmann, (Nordemann/ Nordemann/ Nordemann, Urheberrecht), §51, s. 968, nr. 19; Dreier, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz), §51, s. 819, nr.7; Götting, (Loewenheim, Handbuch des Urheberrecht), s. 458, nr.133; Hertin, (Hertin/Schulze/Walter, Kommentar zum deutschen Urheberrecht), §51, s. 9, nr.17; "Bir eserden yapılan alıntılar ortaya çıkan yeni esere galip geliyorsa, artık masum alıntıdan söz edilemez. Davalı eylemi, davacının bilimsel eserinden, onun izni olmadan işlenme eser meydana getirmedir. Burada davacıya ait bilim eseri işlenerek, "sinema eseri" haline dönüştürülmüştür. Oysa FSEK 21. maddeye göre bir eserin işleme hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Davalılar davacıya ait "bilimsel eseri" işleyerek bir "sinema eseri" haline dönüştürmüşler ve işleme eseri çoğaltmak, televizyonda oynatmak suretiyle, eser sahibinin eserini çoğaltma ve yayma hakkını ihlal etmiştir..." HGK, 2.4.2003, E. 2003/4-260; K. 271, İKİD, Şubat 2005, S. 530, Y. 45, s. 3192, 3195. Belirtmek gerekir ki kararda her ne kadar televizyonda oynatmak suretiyle yayma hakkının ihlal edildiğinden söz ediliyorsa da televizyon ile umuma iletim durumunda, bir eserin aslını ya da çoğaltılmış nüshalarını kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak hakkı olan yayma hakkı(FSEK madde 23) değil, FSEK madde 25'de düzenlenen, "işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkının ihlali söz konusudur.

³⁹⁶ Aynı nitelikte, Gamm, s. 548, nr.8; Seydel, s. 31;

asıl eserin başka bir şekle dönüştürülmesi söz konusudur. İktibasta ise, esasen, bir eserin değiştirilmeden, aynen başka bir esere alınması söz konusudur. Nitekim eserin değiştirilerek alınması eser sahibinin FSEK madde 16'da düzenlenen eserinde değişiklik yapılmasını önleme hakkını ihlal eder.

İşlenme eserlerde, işleyen, mevcut eseri geliştirir veya başka bir eser türüne ya da ifade şekline dönüştürür³⁹⁷. İşlenme eserlerde mevcut bir eserin değiştirilmesi, genişletilmesi ve geliştirilmesi söz konusudur³⁹⁸. Bu açıdan işlenme bir eserden söz edilebilmesi için esasen mevcut orijinal eserin değiştirilmesi bir koşuldur. Değiştirme söz konusu değilse işlenme bir eserin varlığından da kural olarak söz edilemez³⁹⁹. Buna karşılık, bir eserin çoğaltılması, aynen veya neredeyse aynı şekilde alınmasıdır. Sadece önemsiz nitelikteki değişikliklerde, fikir ve sanat eserleri hukuku bakımından bir çoğaltmanın varlığından söz edilir⁴⁰⁰.

İşlenme eserler ise FSEK madde 6/f.1'de düzenlenmiştir. Buna göre, diğer bir eserden istifade suretiyle meydana getirilip de, bu esere nispetle bağımsız olmayan eserler, işlenme eser niteliğine sahip olacaktır. İşlenme eserden söz edilebilmesi için, bu eserin yararlanılan esere nispetle bağımsız olmaması yani ona bağımlı olması gerekir. Bu açıdan işlenme eserlerin özelliği, asıl esere sadık kalarak, onu başka bir şekle dönüştürmek amacıyla yapılmalarıdır. Zira bu tür eserlerde amaç esas olarak bağımsız bir eser yaratmak değil, mevcut bir eseri başka bir biçime dönüştürerek ifade etmektir. Bu nedenle işlenme eserin, asıl esere sadık kalarak, onun özelliklerini yansıtması gerekir⁴⁰¹. İşlenme eserler, mevcut bir eserin yeniden şekillendirilmesi olduğundan, bu eserlere ikinci elden eserler de denmektedir⁴⁰².

Ancak işlenme eserlerin genel özelliği asıl eserin değişikliğe uğraması olmakla birlikte, bir eserin değişikliğe uğramaksızın yeni bir bütün sanat eserine(Gesamtkunstwerk)onun bir parçası olarak gözüken şekilde entegre edilmiş olduğu bazı durumlarda, bir eserin değiştirilmeden alınması durumunda da işlenme eserin varlığından söz edilebilir. Buradaki yararlanma, sadece, başka bir eserin

³⁹⁷ **Lutz, Peter**, Grundriss des Urheberrechts, Heidelberg, 2009, s. 42, nr.130.

³⁹⁸ **Bullinger, Winfried**, (Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried, Praxiskommentar zum Urheberrecht, München, 2009), § 3, s. 99, nr.8.

³⁹⁹ **Loewenheim, (Loewenheim**, Handbuch des Urheberrechts), s. 66, nr.3

⁴⁰⁰ **Lutz**, s. 43, nr.132.

⁴⁰¹ **Erel**, (Fikir ve Sanat Hukuku), s. 76; **Ateş**,(Eser), s. 288. İşlenmenin gayesi asıl esere hizmet olduğundan, işleme işlenen eserin hususiyetini aksettiren bir ürün olmalıdır. **Arslanlı**, s. 30.

⁴⁰² **Ayiter**, s. 66.

değiştirilmeksizin çoğaltılması ile sınırlı olmayıp, aksine eserin örneğin çerçevesinde işlenerek devam ettirilmesi söz konusudur⁴⁰³. Böylelikle istisnai olarak önceki eserin yeni bir bütün sanat eserine onun bir parçası olarak görünecek şekilde entegre edilmesi durumunda da işlenmenin varlığından söz edilebilecektir⁴⁰⁴.

Özellikle bir eserin değiştirilmeden yeni bir bağlamında alınmasının da işlenme eserin varlığına yol açabileceği göz önüne alındığında⁴⁰⁵ münferit olayda FSEK madde 35 kapsamında, eser sahibinin iznine gerek olmayan bir iktibas mı? Yoksa FSEK madde 21 anlamında eser sahibinin iznini gerektiren bir işlenme eserin mi bulunduğu sorusu ortaya çıkar.

İşlenme eserlerde ise, işleyen orijinal eseri daima değiştirilmiş bir çerçevede ele almakla birlikte, değişiklikler orijinal eserin hususiyetini örtmeyecek ve orijinal eserin hususiyeti, işlenme eserin *ana unsuru* olarak kalacak şekilde ortaya çıkar⁴⁰⁶. Orijinal eser, işlenme eser içerisinde geliştirilmekle ya da değişik bir şekle sokulmakla birlikte, niteliksel özü halen kalmaya devam eder, öyle ki, sonuçta orijinal eserin değerlendirilmesi söz konusu olur⁴⁰⁷. İktibasta, yabancı unsurun ifadesi daha sonra yaratılan eserin bir parçası olurken, *işlemede işleyen tarafından eklenen unsurlar, orijinal eserin bir parçası olur*. Buna göre iktibasta, orijinal eser ve onun hususiyetleri, işleyen tarafından eklenen unsurlarla örtülmektedir. Bu açıdan ortada bir işlenme eser mi yoksa bir iktibas mı olduğu sorusu cevaplanırken, koruma konusu olan bir unsurun yeni eser tarafından kuşatılıp kuşatılmadığı veya daha sonraki eserde ana unsur olarak kalıp kalmadıkları incelenir⁴⁰⁸. Kendisine iktibas yapılan eserin bağımsız olması ile bu eserin iktibaslar karşısında ağırlıklı noktayı, esas unsuru oluşturması gerektiği anlaşılmalıdır.

Yine belirtmek gerekir ki başka bir eserden sadece esinlenilerek yaratılan bir eser, bu esere bağımlı bir eser olmayıp, bağımsız nitelik göstereceğinden, esinlenen eserden FSEK madde 35 kapsamında esinlenen esere iktibas yapılması da mümkündür.

⁴⁰³ **Kakies, Celia**, Kunstzitate in Malerie und Fotografie, Köln-Berlin-München, 2007, s. 36.

⁴⁰⁴ **Loewenheim, (Loewenheim**, Handbuch des Urheberrechts), s. 67, nr.3

⁴⁰⁵ **Czernik, Ilja**, Die Collage in der Urheberrechtlichen Auseinandersetzung zwischen Kunstfreiheit und Schutz des Geistigen Eigentums, 2008, Berlin, s. 359.

⁴⁰⁶ **Czernik**, s. 360–361.

⁴⁰⁷ **Kakies**, s. 37.

⁴⁰⁸ **Czernik**, s. 360, 361. İşlenme eser orijinal eserin hususiyeti ile örtülmüş olmalıdır, **Ahlberg, Hartwig, (Nicolini, Käte/Ahlberg, Hartwig**, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz, München, 2000), § 3, s. 158, nr. 8.

Derleme eser olarak korunan eserlerde ise durum farklıdır. Derleme eserler, özgün eser üzerindeki haklar saklı kalmak kaydıyla, ansiklopediler ve antolojiler gibi muhtevası seçme ve düzenlemelerden oluşan ve bir düşünce yaratıcılığı sonucu oluşan eserlerdir(FSEK madde 1/d). Zira derleme eserler daha önce var olan eser ya da diğer unsurların belirli bir hususiyet dâhilinde, seçilmesi, toplanması ve düzenlenmesinden oluşmaktadırlar. Yani bu eserlerin içeriği zaten daha önceki eser, eser parçaları ya da diğer unsurlardan oluşmakta ve eser sahibinin hususiyeti sadece bu unsurların seçilmesi ve toplanmasında kendisini göstermektedir. Bu açıdan derleme eser niteliğindeki eserler, seçme ve toplamadaki hususiyetten dolayı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nca koruma konusu olabileceklerse de, bu tür eserlerin içerdikleri iktibaslarla nispetle bağımsız olduklarından söz edilemeyecektir. Zira derleme eserler içerik olarak içerdikleri eserlere bağlıdırlar.

Nitekim kendisine iktibas yapılacak eserin bağımsız niteliğe sahip olup olmadığı kendisine iktibas yapılan eserin sadece münferit iktibaslar karşısındaki durumuna göre değil, aynı zamanda içerisinde yer alan iktibasların tümü karşısındaki durumu itibariyle bir değerlendirme yapılmasını gerektirir. İktibasların hususiyet taşıyan bir şekilde seçilmesi, toplanması ve düzenlenmesi ile bunlara ilgili kısa metinler eklenerek ya da hiç metin eklenmeyerek, münferit iktibaslar karşısında bağımsız nitelik taşıyan ve FSEK tarafından derleme eser olarak korunan seçme ve toplama eserler oluşturulabilir; ancak burada, eserin bütününde, yararlanılan iktibas unsurlarının *tümü* karşısında bağımsızlık söz konusu olmaz⁴⁰⁹.

Bu açıdan seçme ve toplamada hususiyet taşısa da başka eser ya da eser parçalarının hususiyet taşıyan bir şekilde arka arkaya sıralanması Fikir ve Sanat

⁴⁰⁹ **Arslanlı**, s. 137; **Schricker (Schricker)**, Urheberrecht), §51, s. 1032, nr.22; Seçme ve toplamadaki hususiyetten dolayı UrHG madde 4 kapsamında korunan bir derleme eser(Sammelwerk) söz konusu olabilmekle birlikte, bu durumda kendisine iktibas yapılan eserin varlığının iktibaslarla bağlı olduğu yönünde, **Krüger**, s. 111; OLG München, NJW 1990, Heft 32, s. 2003, "Deutschen Monatshefte"; BGH, davalı tarafından yayımlanan ve konusu 20. yüzyılın başından itibaren içerisinde yazarlar, sanatçılar, bilim insanları, politikacılar, askerler, ekonomistler, sporcular, astronotlar ve film yıldızlarının bulunduğu yerli ve yabancı 181 kişinin, kitaplarda, gazetelerde, dergilerde, televizyon röportajlarında yayınlanmış açıklamalarının alındığı; alınan sözlerin, açıklamaların belirli konular altında sınıflandırıldığı; konular altında tekrar bir alt düzenlemelerin yapıldığı; yazarlara ve kaynaklara göre fihristin hazırlandığı ve kısa önsözler eklenen kitapta, başkaları tarafından meydana getirilen metinlerin hususiyet taşıyan bir şekilde seçilmesi ve düzenlenmesi ile fikir ve sanat eserleri hukuku bakımından korunan bir derleme eser (Sammelwerk-UrHG madde 4)ortaya çıkmakla birlikte, bunun derleme eserin kendisine yapılan iktibaslarla olan ilişkisinde bağımsız bir eser (UrHG madde 51 anlamında) olarak nitelendirileceği sonucuna götürmeyeceğini ifade etmiştir. BGH, GRUR, 1973, Heft 4, s. 217, "Handbuch moderner Zitate".

Eserleri Kanunu madde 35 kapsamında kendisine iktibas yapılabilecek bağımsız bir eser meydana getirmez.

Kendisine iktibas yapılan eserin bağımsızlığından söz edebilmek için, kendisine iktibas yapılan eserin ağırlık merkezinin bu eser sahibinin kendi fikri faaliyetinde yatması gerekir⁴¹⁰. Burada iktibasların çerçevesinin ve sayısının, iktibas yapılan eserin sahibinin kendisine ait fikri faaliyetler ile karşılaştırılması gerekir⁴¹¹. Zira bağımsızlık kıstası ile fikir ve sanat eserleri hukukunun koruma konusu olan bir eserin, üçüncü kişiler tarafından iktibas örtüsü altında hiçbir faaliyet üretmeksizin çoğaltılarak sömürülmesi, istismar edilmesi engellenir⁴¹². İktibaslar kendisine iktibas yapılan eser sahibinin kendi faaliyetlerine nazaran tamamen ikinci derecede bir rol oynamak zorunda olmamakla birlikte⁴¹³, kendisine iktibas yapılan eserin asıl/esas içeriğini oluşturacak sayıda da olmamalıdır⁴¹⁴. Zira kendisine iktibas yapılan eserde esaslı bir fikri faaliyet olmaksızın, başka bir eserden iktibas görüntüsü altında yararlanılması, kendisine iktibas yapılan eserin sadece başka eser parçaların arka arkaya sıralanması ile oluşturulması durumunda bağımsızlık koşulunun oluştuğundan söz edilemez⁴¹⁵.

Öğretide, kendisine iktibas yapılan eserin bağımsız nitelik taşıdığına tespit edilmesinde, iktibas edilen kısımlar atıldığında, kendisine iktibas yapılan eserin hususiyet taşıyan bir fikri yaratım olarak halen var olması gerektiği ifade

⁴¹⁰ **Ulmer**, (Urheberrecht), s. 312; **Schricker**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 51, s. 1033, nr.22; **Dreier**, (**Dreier/Schulze**, Urheberrechtsgesetz), § 51, s. 819, nr. 7; **Götting**, (**Loewenheim**, Handbuch des Urheberrechts), s. 459, nr.134; **Dreyer**, (**Dreyer/Kotthoff/Meckel**, Urheberrecht), § 51, s. 725, nr.10.

⁴¹¹ **Krüger**, s. 112; **Erel**, (İktibas Serbestisi), s. 341; **Erel**, (Fikir ve Sanat Hukuku), s. 249, "...şayet iktibaslar içerik olarak yeni esere galip geliyorlarsa, bu durumda yeni eser yaratıcısının özelliğinden ziyade iktibas olunan eser sahiplerinin özelliğini taşıyor demektir..."; OLG München, 50 sayfalık bir makaleye, 49 bilimsel yazının alınması durumunda, derleme eser niteliğinde bir eser (UrHG madde 4'e göre Sammelwerk) olsa da iktibasların kapsamından dolayı artık burada bağımsız bir eserin varlığından söz edilemeyeceğini ve bu tür bir derleme eserin iktibas serbestisi kapsamında kendisine iktibas yapılabilecek bağımsız bir eser olamayacağını ifade etmiştir, OLG München, NJW 1990, Heft 32, s. 2003vd; Başka bir esere sadece yetersiz derecede notlar ya da dipnotlar eklenmesi, bağımsızlık için yeterli değildir. LG, Hamburg'un bir dergi makalesinin sadece sayfa kenarına bir not eklenerek yayımlanması durumunda bağımsız bir eserden bahsedilemeyeceği yönünde kararı için Bkz., LG Hamburg, UFITA 59, 1969, s. 329.

⁴¹² **Krüger**, s. 112; Kendisine iktibas yapılan eserin, başka fikri ürünlerin çok sayıdaki iktibas örtüsü altında, bu eser sahibinin kendisine ait esaslı bir fikri faaliyeti olmaksızın alınması durumunda bağımsız niteliğe sahip olduğundan bahsedilemeyeceği yönünde, BGH , GRUR 1994, Heft 11, s. 802, "Museums katalog".

⁴¹³ Aksi görüş için Bkz. **Dustmann**, (**Nordemann /Nordemann/ Nordemann**, Urheberrecht), § 51, s. 968, nr.20.

⁴¹⁴ **Krüger**, s. 112.

⁴¹⁵ **Ulmer**,(Urheberrecht), s. 314; **Dustmann**, (**Nordemann/ Nordemann/ Nordemann**, Urheberrecht), § 51, s. 968, nr. 19 ; **Seydel**, s. 29.

edilmektedir. İktibaslar olmaksızın artık halen varlığını sürdüren bir eserden söz edilemiyorsa bağımsızlık da söz konusu olmayacaktır⁴¹⁶. Bununla birlikte, BGH, iktibaslar çıkarıldıktan sonra da, eserin tamamının halen mutlaka anlaşılabilir olarak kalmasının gerekli olmadığına karar vermiştir⁴¹⁷.

Belirtmek gerekir ki, iktibaslar çıkarıldıktan sonra da geride halen hususiyet taşıyan bir eser kalması hususu, özellikle bir iktibas ile bir derleme eserin sınırının çizilmesinde göz önüne alınabilmekle birlikte- zira- kısmen ya da tamamen iktibaslardan oluşan ve hususiyetin seçme ve düzenlemede olduğu derleme eserlerde yer alan iktibasların atılması durumunda geriye bir eser kalmayacaktır⁴¹⁸-, daha sonra da ifade edeceğimiz üzere özellikle sanatsal nitelikteki iktibaslarda bu ilkenin uygulanmaması gerekir.

Zira sanatsal nitelikteki bazı iktibaslarda (örneğin kolaj yoluyla oluşturulan eserlerde), kullanılan eser unsurlarının atılmasından sonra, yeni eserin maddi olarak halen var olduğundan söz edilemeyecektir. Ancak böyle bir durumda çoğunlukla yeni eserin kendine özgü söylemi, içeriği var olmaya devam edecektir⁴¹⁹. Bu açıdan iktibaslar atıldıktan sonra dahi ortada eser sahibinin hususiyetini taşıyan bir eser bulunması koşulu daha ziyade iktibasların kendisine iktibas yapılan eserin tümündeki hususiyeti belirleyici nitelikte olmaması⁴²⁰; kendisine iktibas yapılan eserdeki faaliyetin, *eserin ağırlıklı noktasını oluşturması* olarak anlaşılmalıdır.

⁴¹⁶ **Dustmann**, (Nordemann/Nordemann/ Nordemann, Urheberrecht), § 51, s. 968, nr.19; **Krüger**, s. 111; **Götting**, (Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts), s. 459, nr. 134. Özellikle kısmen ya da tamamen iktibaslardan oluşan ve hususiyetin seçme ve düzenlemede olduğu derleme eserlerde yer alan iktibasların atılması durumunda geriye bir eser kalmayacaktır. **Dreyer**, (Dreyer/Kotthoff/Meckel, Urheberrecht), § 51, s. 726, nr.12; **Hertin**, (Hertin /Schulze/Walter, Kommentar zum deutschen Urheberrecht), § 51, s. 9, nr.17.

⁴¹⁷ BGH, GRUR 1994 Heft 11, s. 803, "Museumkatalog": ..."İktibas edilen bir resim, iktibas olmaksızın anlaşılamayacak şekilde bir metnin merkezinde olsa bile, kendisine iktibas yapılan esere içeriğini aydınlatmak amacıyla iktibas edilebilir. ..."; **Brauns**, s. 35.

⁴¹⁸ **Dreyer**, (Dreyer/Kotthoff/Meckel, Urheberrecht), § 51, s. 726, nr.12.

⁴¹⁹ Karş. **Kakies**, s. 115.

⁴²⁰ **Brauns**, s. 36.

II. BİLİMSEL (İLMİ) ESERLERE YAPILACAK BÜYÜK İKTİBASIN KOŞULLARI(FSEK madde 35/f.1-b.3)

A. Genel Olarak

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 35'nci maddesinin birinci fıkrasının üçüncü bendinde bilimsel eserlere yapılabilecek büyük iktibas düzenlenmiştir. Buna göre alenilemiş güzel sanat eserlerinin ve yayımlanmış diğer eserlerin bilimsel bir esere *konulması* maddede belirtilen koşullar dâhilinde geçerlidir. Bu bentte, birinci bentte düzenlenen küçük iktibastan farklı olarak, bilimsel eserlere yapılabilecek iktibas, sadece bir eserin parçaları ile sınırlandırılmamış, bir eserin tamamının da bilimsel bir esere iktibasına imkân tanınmıştır. Nitekim birinci bentteki düzenlemeden farklı olarak, üçüncü bentte “alınma” kavramı değil, “konulma” kavramı kullanılmıştır. Kanun koyucu bir eserin tamamının başka bir esere iktibasına sadece bilimsel eserler bakımından izin vererek, eser sahibinin haklarına yapılabilecek geniş ölçüdeki müdahaleyi sadece bilimsel ilerlemenin teşviki bakımından haklı görmüştür.

Ancak burada önemle belirtilmesi gereken husus, bilimsel eserlere başka bir eserin tamamının iktibas edilebilmesinin, ancak kendisine iktibas yapılan bilimsel eserin içeriğini aydınlatmak amacının, başka bir eserin tamamının iktibas edilmesini gerektirmesi, yani bilimsel bir eserin, içeriğini aydınlatmak için başka bir eserin tamamının iktibas edilmesinin gerekli olması halinde mümkün olacaktır.

Zira bilimsel bir eserin içeriğini aydınlatmak için başka bir eserin sadece parçalarının iktibası yeterli ise artık FSEK madde 35/f.1-b. 3'de bilimsel eserlere büyük iktibas imkânı tanınmıyor diye bir eserin tamamının iktibas edilmesi geçerli olmayacaktır.

B. Kendisinden İktibas Yapılacak Eser Bakımından Koşullar

1. Genel Olarak

FSEK madde 35/f.1-b. 3 kapsamında bilimsel bir esere iktibas edilebilecek eserler yönünden Kanunda herhangi bir sınırlandırma bulunmamaktadır. Zira bu düzenlemeye göre alenileşmiş güzel sanat eserleri ile yayımlanmış *diğer eserlerin* bu bent kapsamında iktibas edilmesi mümkündür. Buna göre FSEK madde 2-5 arasında düzenlenen tüm eser türlerinden bilimsel bir esere iktibas yapılması mümkündür. Yine işleme ve derleme eserlerden de iktibas mümkün olacaktır. Bu açıdan *Ateş*'in Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b. 3 kapsamında “yayımlanmış diğer eserler” ile neyin kastedildiği hususunun anlaşılmadığı yönündeki görüşüne katılmak mümkün değildir. *Ateş*, kanun koyucunun bu ifadeyle güzel sanat eserleri dışında kalan diğer tüm eserleri mi yoksa sadece ilim ve edebiyat eserlerini mi kastettiğinin meçhul olduğunu; yayımlanmış diğer eserler ile kastedilen hususun ilim ve edebiyat eserleri ise, bu ibarenin gereksiz olduğunu zira FSEK madde 35/f.1-b. 1'in zaten ilim ve edebiyat eserlerinden, başka ilim ve edebiyat eserlerine iktibası düzenlediğini ifade etmiş ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b. 3'de yer alan “yayımlanmış diğer eserler” ibaresinin ilim ve edebiyat eserleri dışında kalan eserlerin tamamını kapsayacak şekilde yorumlanamayacağını söylemiştir⁴²¹.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, FSEK madde 35/f.1-b. 1'de düzenlenen iktibas hali ile bent 3'de bilimsel eserlere yapılacak iktibas düzenleyen hükmün kapsamı birbirinden farklıdır. Birinci bentte alenileşmiş eserlerin, ancak parçalarının iktibasına yani küçük iktibasa izin verilirken, üçüncü bentte (sadece)bilimsel eserler bakımından başka eserin tamamının ya da parça kavramını aşacak şekilde önemli bir kısmının iktibasına izin verilmiş; ancak bu şekilde bir iktibas yapılması eser sahibi bakımından daha ağır sonuçlar doğuracağından, kendisinden iktibas yapılacak eserin yayımlanmış olması koşuluna bağlanmıştır. FSEK madde 35/f.1-b.1'de kendisine iktibas yapılabilecek eser türleri ilim ve edebiyat eserleri olarak ifade edilmiş; ancak üçüncü bentte sadece bilimsel nitelikteki eserler(ilmi eserler) bakımından büyük iktibasa maddede düzenlenen koşulların oluşması şartıyla izin verilmiştir.

⁴²¹ *Ateş*, (Sınırlandırma), s. 315, dipnot 246.

Buna göre Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b. 3 kapsamında, alenilemiş güzel sanat eserlerinin yanında, yayımlanmış diğer tüm eserlerden, bilimsel eserlere büyük iktibas yapılabilecektir. Örneğin yayımlanmış bir müzik eserinin tamamının amacın haklı göstermesi durumunda müzik ile ilgili bilimsel bir esere, örneğin bilimsel nitelikteki bir belgeye ya da bir radyo programına iktibası mümkündür⁴²². Sonuç olarak bilimsel eserlere yapılacak büyük iktibasta kendisinden iktibas yapılabilecek eser türü bakımından herhangi bir sınırlama yoktur.

Buna karşılık söz konusu düzenlemede kendisinden iktibas yapılacak eserin alenilemiş ya da yayımlanmış olması bakımından bir ayrıma gidilmiş ve güzel sanat eserlerinin büyük iktibasa konu olabilmesi için alenilemiş olması yeterli görülürken, diğer eserlerin yayımlanmış olması gerektiği düzenlenmiştir.

2. Güzel Sanat Eserleri Bakımından Alenilemiş; Diğer Eserler Bakımından Yayımlanmış Olma Koşulu

a. Güzel Sanat Eserlerinin Alenilemiş Olması Yeterlidir

Bir güzel sanat eserinin, bilimsel bir esere tamamen iktibas edilebilmesi için sadece alenilemiş olması yeterlidir. Alenileşme kavramı ile ne anlaşılması gerektiği hususunda (Bkz. İkinci Bölüm, I. B. 2.-b)

b. Güzel Sanat Eseri Dışındaki Eserlerin Yayımlanmış Olması Gerekir

FSEK madde 35/f.1-b.3'de, güzel sanat eserleri dışında kalan eserlerden, bilimsel eserlere büyük iktibas yapılabilmesi için, bu eserlerin "yayımlanmış" olması gerektiği düzenlenmiştir⁴²³. "Yayımlanma" kavramı ise FSEK'de, *bir eserin aslından çoğaltma ile elde edilen nüshaların hak sahibinin rızasıyla satışa çıkarılma ya da dağıtılma veya diğer bir şekilde ticaret mevkiine konulması yoluyla umuma arz edilmesi olarak tanımlanmıştır*(FSEK madde 7/f. 2).

⁴²² Aksi yönde, Bkz. Ateş, (Sınırlandırma), s. 315, dipnot 246.

⁴²³ Maddenin ikinci bendinde de, bir besteden başka bir müzik eserine iktibas yapılabilmesi, kendisinden iktibas yapılacak bestenin "yayımlanmış" olması koşuluna bağlanmıştır.

UrHG’de ise, hak sahibinin rızasıyla, bir eserin çoğaltılmış nüshalarının yeterli sayıda üretilmesinden sonra, umuma sunulması ya da ticaret mevkiine konulması durumunda o eserin yayımlandığından söz edileceği düzenlenmiştir (UrHG madde 6/f. 2-c. 1). Güzel sanat eserlerinin yayımlanmış sayılması bakımından ise özel bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, bir güzel sanat eserinin orijinali ya da çoğaltılmış bir nüshası, hak sahibinin rızasıyla umumun ulaşmasına *sürekli* olarak açık kaldığında yayımlanmış sayılır (madde 6/f. 2-c. 2). UrHG’ye göre, güzel sanat eserlerinin çoğaltılmış nüshaları dışında orijinalinin veya çoğaltılmış bir nüshasının dahi sürekli olarak umuma arz edilmesi yayımlanma kavramına dâhil edilmiştir⁴²⁴. Bir güzel sanat eserinin bir müzede sürekli olarak sergilenmesi buna örnek olarak verilebilir.

“Yayımlanma” kavramı, alenileşmeden daha dar bir kavramdır⁴²⁵. Alenileşme, eserin herhangi bir şekilde umuma sunulması suretiyle olabileceken, yayımlanma ise ancak *çoğaltılmış nüshaların*⁴²⁶ sunulması yani maddi şekilde

⁴²⁴ Genel olarak yayımlanmayı düzenleyen altıncı maddenin, ikinci fıkrasının birinci cümlesinde “çoğaltılmış nüshalardan” bahsedilirken, bundan farklı olarak, güzel sanat eserlerinin yayımlanmasını düzenleyen ikinci cümlede, hem eserin orijinali hem de çoğaltılmış nüshasından bahsedilmektedir. Alman öğretisinde buna dayanılarak, güzel sanat eserleri dışındaki eserlerde de, birden çok orijinalin üretilmesi durumunda yayımlanmanın söz konusu olabileceği ifade edilmiştir. **Katzenberger, (Schricke**r, Urheberrecht, § 6, s. 221, nr.33; bir eserin yayımlanmasının, yeterli sayıda umuma arz edildiği ya da ticaret mevkiine konulduğu müddetçe eserin orijinalinin ya da çoğaltılmış nüshasının söz konusu olmasına bağlı olmayacağı yönünde, **Marquardt, Malte C G. (Wandtke/Bullinger,** Praxiskommentar zum Urheberrecht), §6, s. 133, nr.26.

⁴²⁵ **Dreyer, (Dreyer/Kotthoff/Meckel,** Urheberrecht), § 6, s. 184, nr.57; **Ahlberg, (Nicolini/Ahlberg,** Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz), § 6, s.190, nr. 4.

⁴²⁶ FSEK madde 22’de, bir eserin aslını veya kopyalarını, herhangi bir şekil veya yöntemle, tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak çoğaltma hakkının münhasıran eser sahibine ait olduğu düzenlenmiştir (f. 1). Maddenin ikinci fıkrasında ise, 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 uygulanmasının da çoğaltma sayılacağı ve aynı kuralın, kabartma ve delikli kalıplar hakkında da geçerli olacağı düzenlenmiştir. FSEK’in 22’nci maddesi gereğince, eserin herhangi bir şekil ve yöntemle çoğaltılması, yani eserin taş, kâğıt, cam, plak, kaset gibi ses taşıyıcılarına, film, video gibi görüntü kaydeden cihazlara, disk, CD gibi dijital kayıt cihazlarına, bilinen ya da ileride geliştirilebilecek olan her türlü araca kaydedilmesi mümkündür, (**Ardemir, Arzu Genç,** Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları, İstanbul, 2003, s. 60); Bu açıdan bir eserin CD, DVD, disket gibi taşıyıcılara tespit edilmesi ve eserin tespit edildiği bu cihazların umuma dağıtılması durumunda, yayımlanma kavramı bakımından bir problem olmayacak, zira eser maddi bir araca tespit edilerek çoğaltılmış olacaktır.

Bir eserin çoğaltılmış nüshası, eserin, kişilerin duyu organları aracılığıyla herhangi bir şekilde doğrudan veya dolaylı olarak algılanabilmesini mümkün kılan maddi tespitlerdir. **Nordemann, Wilhelm, (Nordemann /Nordemann/ Nordemann,** Urheberrecht), §6, s. 218, nr.17/b). Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda bilgisayar programları bakımından da bir düzenleme getirilmiş ve çoğaltma hakkı, bilgisayar programının geçici çoğaltılmasını gerektirdiği ölçüde, programın yüklenmesi, görüntülenmesi, çalıştırılması, iletilmesi ve depolanması fiillerini de kapsayacağı düzenlenmiştir (FSEK madde 22/f. 3).

olabilir. Yayınlanmanın temel unsuru, eserin umum için cisimlendirilmiş bir şekilde erişebilir kılınmasıdır⁴²⁷. Nitekim FSEK madde 7’de, yayımlanma için “eserin aslından elde edilen *çoğaltılmış nüshalarından*” bahsedilmiştir⁴²⁸. FSEK madde 7’de yer alan düzenlemeye göre, yayımlanma ancak, aslından çoğaltma ile nüshalar elde edilebilecek eserler için söz konusudur. Yani çoğaltma olmadan yayımlanma mümkün değildir⁴²⁹. Eserin nüshalar halinde çoğaltılmasının söz konusu olmadığı, bir eserin sadece aslının umuma arz edildiği durumlarda yayımlanmadan bahsedilemez. Örneğin bir tiyatro temsili, bir konferans veya bir radyo konuşması yayımlanma değildir. Zira bu durumlarda eserin aslı umuma arz edilmektedir⁴³⁰. Bu açıdan, “yayımlanma”, “alenileşmenin” nitelikli bir halidir⁴³¹. Buna göre her yayımlanma aynı zamanda alenileşmeyi de içinde barındırırken, yani her yayımlanma aynı zamanda eserin alenileşmiş olması anlamında gelirken, her alenileşme aynı zamanda yayımlanma değildir⁴³².

Kanun koyucu “yayımlanmış” bir eserin sahibinin hakkına getirilecek sınırlandırmaları, sadece “alenileşmiş” bir eserin sahibinin haklarına getirilecek sınırlandırmalara nazaran daha geniş kapsamda düzenlemiştir. FSEK madde 35/f.1-b. 3 kapsamında bilimsel eserlere yapılacak büyük iktibasta da bu durum karşımıza çıkmaktadır. Zira kanun koyucu alenileşmiş eserlerden sadece küçük iktibas yapılmasına izin verirken(FSEK madde 35/f.1-b. 1); bilimsel eserlere başka bir eserden büyük iktibas yapılabilmesini, –güzel sanat eserleri dışında- kendisinden iktibas yapılacak eserin yayımlanmış olması koşuluna bağlamıştır. Bunun sebebi de yayımlanmanın eserin *çoğaltılmış nüshalarının* umuma sunulması koşuluna bağlanmasıdır. Eser çoğaltılarak umuma arz edilmekle, alenileşmeye nazaran, sahibinin kişisel alanından çok daha geniş ölçüde ayrılmış olur⁴³³.

⁴²⁷ **Katzenberger, (Schricker, Urheberrecht), § 6, s. 220, nr. 30/b.**

⁴²⁸ Alman Hukukunda da, bir eserin alenileşmesi, maddi ya da maddi olmayan her şekilde mümkünken, yayımlanma ise, ancak eserin maddi şekilde değerlendirilmesi hallerine özgüdür. **Ahlberg, (Nicolini/Ahlberg, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz), § 6, s. 194, nr. 19/a.**

⁴²⁹ **Erel, (Fikir ve Sanat Hukuku)s. 106.**

⁴³⁰ **Ayiter, s. 109;Erel, (Fikir ve Sanat Hukuku),s. 106.**

⁴³¹ **Katzenberger, (Schricker, Urheberrecht), § 6, s. 220, nr. 30/b; Marquardt, (Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht), § 6, s. 132, nr.24;Dreier, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz), § 6, s. 158, nr. Nr.12; Dreyer, (Dreyer/Kotthoff/Meckel, Urheberrecht), §6, s. 184, nr. 57; Ayiter, s. 109.**

⁴³² **Katzenberger, (Schricker, Urheberrecht), § 6, s. 220, nr.30/b; Marquardt, (Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht), § 6, s. 132, nr.24; Ahlberg, (Nicolini/Ahlberg, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz), § 6, s.190, nr. 4.**

⁴³³ **Arslanlı, s. 46.**

Zira bir eserin çoğaltılmış nüshalar aracılığıyla dağıtılması yolu ile yayımlanmış bir eserin, sadece alenileşmiş bir esere nazaran, daha geniş bir yayılma etkisi göstermesi ve eser sahibinden daha fazla bağımsızlaşması söz konusudur. Bu da, yayımlanmış bir eserin sahibinin haklarının, sadece alenileşmiş bir eserin sahibinin haklarına nazaran daha fazla kanuni sınırlandırmalara tabi tutulabilmesi için bir iç haklılık sebebi niteliğindedir⁴³⁴. Bir eserin, çoğaltılmış nüshalarının dağıtımına sunularak elden ele iletilmesi yoluyla, alenileşme ile mümkün olandan daha geniş kitlelerin bilgisine sunulması söz konusudur⁴³⁵. Bu yolla eser toplumun kültür hayatına daha geniş bir oranda girer. Bu şekilde eser nüshalarının elden ele geçmesi ve dolaşımı ile eser toplumun bilgisine daha kalıcı bir şekilde sunulmakta ve daha geniş kitlelere ulaşmaktadır.

Bunun dışında bilimsel eserlere yapılacak büyük iktibasın yayımlanma koşuluna bağlanmasının, eser sahibinin yayma hakkını kullanarak sağlayabileceği maddi menfaatleri henüz sağlamamış olmasından kaynaklandığı da öğretilerde ifade edilmiştir⁴³⁶. Buna karşılık eser sahibinin eserinden sağlayabileceği menfaatler, sadece eserin ilk kez yayımlanmasından elde edilebilecek menfaatlerle sınırlı değildir. Esasen eserinden her türlü şekilde semere elde edebilme hakkı, eser sahibine aittir. Bu açıdan eser yayımlanmış olsa bile, bu aşamadan sonra bu eserden yapılabilecek büyük iktibaslar, eserin tamamının iktibas edilmesi söz konusu olacağından, eserin değerlendirme imkânlarının azalmasına yol açabilir.

Bir eserin çoğaltma olmadan aslının umuma arz edilmesi ise yayımlanma değildir. Örneğin bir tiyatro temsili, konferans veya radyo konuşması yayımlanma sayılmaz⁴³⁷. Zira bir eserin çoğaltılmış nüshalarının dağıtılması söz konusu olmadan, sadece maddi olmayan şekilde umuma arz edilmesi, geçici ve akıcı nitelikte olduğundan, çoğaltılmış nüshaların umuma dağıtılmasındaki kalıcılığı ve etkiyi uyandırmayacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, eserin maddi şekilde çoğaltılmış nüshalarının umuma dağıtılmasının, eser nüshalarının dolaşımını sağlayarak, sadece geçici bir şekilde maddi olmayan tarzda umuma arz edilen eserlerden daha etkili ve üstün bir şekilde umumun bilgisine sunulması, günümüzde, teknolojiye

⁴³⁴ Katzenberger, (Schricker, Urheberrecht), § 6, s. 220, nr. 30/b.

⁴³⁵ Oekonomidis, s. 90.

⁴³⁶ Erel, (İktibas Serbestisi), s. 346.

⁴³⁷ Ayiter, s. 109.

ilerlemeler dikkate alındığında-özellikle internet- geçerliliğini yitirmiştir. Bu hususa ileride değinilecektir.

FSEK madde 23’de eser sahibinin mali hakları kapsamında düzenlenen yayma hakkı ile FSEK madde 7/f. 2’de düzenlenen yayımlanma farklı kavramlardır. FSEK’in 23’ncü maddesinde, bir eserin *aslını* veya çoğaltılmış nüshalarını kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak hakkının münhasıran eser sahibine ait olduğu düzenlenmiştir. Yayma hakkı, eserin kendisinin ya da çoğaltılmış nüshalarının maddi şekilde kamuya dağıtılmasıdır⁴³⁸. Yayma hakkı, eseri veya nüshalarını herhangi bir şekilde dağıtma hususundaki yetkiyi, yayımlama ise bu yetkinin kullanılması sonucu, eserin *nüshalarının* dağıtılmasıyla kamuya sunulmasını ifade etmekle birlikte⁴³⁹, yayma hakkının kullanıldığı her halde eserin “yayımlandığından” bahsedilemez.

Zira yayma hakkı, eserin nüshaları yanında kendisinin de umuma dağıtılması halinde de söz konusu olacaktır. Buna karşılık “yayımlanma” kavramını düzenleyen yedinci maddede yayımlanma için bir eserin *çoğaltılmış nüshalarının* elde edilmiş olması gerektiği düzenlenmiştir. Ancak söz konusu düzenlemede çoğaltılmış nüshaların ne miktarda olması gerektiği açıkça düzenlenmemiştir. Burada çoğaltılmış nüshaların yayımlanmış sayılması için UrHG’de olduğu gibi “yeterli sayıda” üretilmiş olması gerektiği kabul edilmelidir⁴⁴⁰. Bu açıdan bir eserin yayımlanmış sayılması için yeterli sayıda çoğaltılmış nüshasının umuma arz edilmesi gerekirken, yayma hakkında bir eserin sadece aslının dağıtımına sunulması yeterlidir. Örneğin bir kişi el yazması şeklindeki eserinin aslını üçüncü bir kişiye sattığında ya da ödünç verdiğinde, yayma hakkını kullanmış olmakla birlikte, bu eser “yayımlanmış” olmayacaktır.

Bir eserin yayımlanmış sayılması için “yeterli sayıda” çoğaltılmış nüsha üretilip üretilmediği belirlenirken ise, önemli olan ilgili kamuoyunun(okuyucu, dinleyici ya da seyircilerin) eserden haberdar olmak için yeterli fırsata sahip olup

⁴³⁸ Buna karşılık eserin içeriğinin veya eserin kendisinin maddi olmayan şekilde kamuya sunulması, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 24’de düzenlenen temsil hakkı ya da madde 25’de düzenlenen işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umumla iletim hakkı kapsamına girer.

⁴³⁹ **Ayiter**, s. 133.

⁴⁴⁰ Eserin dağıtılmasına yetecek sayıda nüsha elde edilmiş olması gerektiği yönünde, **Ayiter**, s. 109; **Erel**, (Fikir ve Sanat Hukuku), s. 106.

olmadığıdır⁴⁴¹. Bunun için bir eserin çoğaltılmış nüshalarının, normal ihtiyaçları tatmin etmesi gerekmektedir⁴⁴². Bu ise her bir somut olaya göre, eserin türüne ve pazarlama durumuna göre değişir⁴⁴³. Hangi miktarda çoğaltılmış nüshanın normal ihtiyacı karşılamış sayılacağı hususunda önceden kesin bir miktar verilmesi mümkün değildir. Zira eserlere duyulan normal ihtiyaç, eser türüne ve şekline göre birbirinden önemli ölçüde farklı olacağı gibi, bir eserin çoğaltılmış nüshalarına duyulan ihtiyaç da eserin türüne göre ve ticaretteki geleneksel dağıtım şekillerine göre farklılık gösterebileceğinden, normal ihtiyaçlar için tek bir tanım getirilmesi mümkün değildir⁴⁴⁴. Bu açıdan yeterli sayıda eser nüshası olup olmadığı her bir somut olayın özelliğine göre belirlenmelidir.

Özellikle esere gösterilecek talep, eserin içerdiği konu, bu konuda tek bir miktar verilmesini mümkün kılmaz⁴⁴⁵. Önemli olan umumun gerçekten eserden haberdar olmasını mümkün kılacak miktarda eser nüshasının olup olmadığıdır⁴⁴⁶. Örneğin, tanınmamış bir yazarın çıkardığı ilk romana gösterilen rağbet ile Nobel ödüllü yazar Orman Pamuk'un çıkan son kitabına gösterilecek rağbet aynı olmayacaktır⁴⁴⁷.

FSEK madde 7/f. 2'de, bir eserin yayımlanmış sayıdağından söz edebilmek için eserin çoğaltılmış nüshalarının satışa çıkarılma, dağıtılma veya diğer bir şekilde ticaret mevkiine konulması gerektiği düzenlenmiştir. Buradaki koşulun eser sahibinin yayma hakkını düzenleyen 23'ncü madde doğrultusunda anlaşılması gerekir. FSEK'in eser sahibinin yayma hakkını düzenleyen 23'ncü maddesinin birinci fıkrasında, bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek,

⁴⁴¹ **Katzenberger**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 6, s. 222, nr.39; **Dreier**, (**Dreier/Schulze**, Urheberrechtsgesetz), § 6, s. 159, nr.15; BGH, GRUR 1981, s. 360–362, “Erscheinen von Tontraegern”.

⁴⁴² **Ahlberg**, (**Nicolini/Ahlberg**, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz), § 6, s. 196, nr. 24/e; **Marquardt**, (**Wandtke/Bullinger**, Praxiskommentar zum Urheberrecht), § 6, s. 134, nr.31.

⁴⁴³ **Katzenberger**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 6, s. 222, nr. 39; **Dreier**, (**Dreier/Schulze**, Urheberrechtsgesetz), § 6, s. 159, nr.15; **Dreyer**, (**Dreyer/Kotthoff/Meckel**, Urheberrecht), §6, s. 186, nr.63.

⁴⁴⁴ **Marquardt**, (**Wandtke/Bullinger**, Praxiskommentar zum Urheberrecht), § 6, s. 135, nr.33; **Ahlberg**, (**Nicolini/Ahlberg**, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz), § 6, s. 196, nr.24/e; **Goebel**, **Jürgen W./Hackemann**, **Martin/Scheller**, **Jürgen**, Zum Begriff des Erscheinens beim Elektronischen Publizieren, GRUR, 1986/5, s. 356.

⁴⁴⁵ **Goebel/Hackemann /Scheller**, s. 356.

⁴⁴⁶ **Goebel/Hackemann /Scheller**, s. 356

⁴⁴⁷ Bu açıdan örneğin, çok ünlü bir yazarın bir kriminal romanının okuyucuyu tatmin etmesi için ilk etapta bir kaç bin nüsha olması gerektiği ifade edilmiştir. **Nordemann**, **Wilhelm**, (**Nordemann /Nordemann/ Nordemann**, Urheberrecht), § 6, s. 219, nr. 22.

satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak hakkının münhasıran eser sahibine ait olduğu düzenlenmiştir. Burada sayılan haller örnek niteliğindedir. Buna göre bir eserin sadece kamuya sunulmasının yaygın türleri olan satış, kiralama yoluyla değil, diğer yollarla dağıtılması da yayma hakkı kapsamında olacaktır. Örneğin, bir eserin aslı ya da çoğaltılmış nüshalarının karşılıksız olarak bağış yoluyla devri hali de yayma hakkı kapsamında olacaktır⁴⁴⁸. Buna göre bir eserin yayımlandığından bahsedebilmek için de eser nüshalarının sadece satışa çıkarılması gerekli olmayıp, ödünç verme, kiralamaya da bağış gibi yollarla dağıtılması da bir eserin yayımlanmış sayılması için yeterlidir⁴⁴⁹.

Bir eserin yayımlandığından bahsedebilmek için çoğaltılmış nüshanın yayımlanmadan önce üretilmiş olması gerekeceği ifade edilmiştir⁴⁵⁰. Bu husus UrHG madde 6'da açıkça düzenlenmiştir. Buna göre esasen, bir eserin çoğaltılmış nüshalarının yayımlanma anında mevcut olması gerekir⁴⁵¹.

“Yayımlanmanın” gerçekleşmesi için, eserin çoğaltılmış nüshalarının, geleneksel olarak kitap, dergi gibi eserlerde olduğu gibi, umuma yani son tüketicilere doğrudan doğruya maddi şekilde, dağıtılması gerekli değildir⁴⁵². Yani eser nüshalarının umuma doğrudan doğruya maddi olarak iletilmesi gerekli olmayıp, eserin çoğaltılmış nüshalarının eser aracılığı olarak nitelendirilebilecek kişilere(örneğin televizyon kuruluşları) dağıtılması ve toplumun da eserden bu eser aracılığı vasıtasıyla maddi olmayan şekilde bilgi sahibi olması yeterlidir. Bu durumda eserin çoğaltılmış nüshaları eser aracılığı olarak nitelendireceğimiz kişilere dağıtılmakta ve toplum da eserden bu aracılığın vasıtasıyla haberdar olmaktadır⁴⁵³.

⁴⁴⁸ **Kılıçoğlu**, s.244.

⁴⁴⁹ FSEK madde 7/fıkra 2'de “ticarete konulma” kavramına ağırlık verilmesinin yerinde olmadığı; zira istisnai olsa da çoğaltılmış nüshaların ticari amaç olmadan dağıtılmasının mümkün olduğu yolunda, **Erel**, (Fikir ve Sanat Hukuku), s. 106.

⁴⁵⁰ “Evvelemirde çoğaltma olmadan yayımdan bahsedilemez”, **Arslanlı**, s. 45.

⁴⁵¹ **Dreyer**, (**Dreyer/Kotthoff/Meckel**, Urheberrecht), § 6, s. 185, nr.61.

⁴⁵² **Katzenberger**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 6, s. 222, nr. 37; **Marquardt**, (Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht), § 6, s. 133, nr.27; **Dreier**, (**Dreier/Schulze**, Urheberrechtsgesetz), § 6, s. 158, nr.14.

⁴⁵³ Yayımlanma için, örneğin, film kopyalarının mutlaka dükkânlarda umuma sunulması gerekli olmayıp, sinemalara ödünç olarak verilmesi de yeterlidir, **Krause/Ablaß, Günter**, Zitat aus Aufführungen, Tonaufnahmen, Filmen und Sendungen in Film und Rundfunk, GRUR 1962/5, s. 235; **Dreier**, (**Dreier/Schulze**, Urheberrechtsgesetz), § 6, s. 158, nr. 14; BGH, bir ses taşıyıcısının yayımlanmış sayılması için çoğaltılmış nüshaların kamu tarafından doğrudan elde edilmesinin gerekli olmadığını, kamunun, eser aracılığı olarak nitelendirilebilecek kişiler (yayın kuruluşları veya sinemalar) aracılığıyla eseri algılayma imkanını elde etmesinin yeterli olduğunu; eserin kamu için yeterli sayıda nüshasının üretilmiş olmasının ve kamuya eseri göz ya da kulakla algılayabilme imkanı

C. Kendisine İktibas Yapılacak Eser Bakımından Koşullar

1. Kendisine İktibas Yapılacak Eser Bilimsel Nitelik Taşımalıdır

a. Bilimsel Eser Kavramı

FSEK madde 35/f.1-b.3 gereğince başka eserlerden büyük iktibas yapılmasına ancak, kendisine iktibas yapılacak eserin bilimsel nitelikte bir eser olması halinde izin verilmiştir.

FSEK'in "ilim ve edebiyat" eserleri başlıklı ikinci maddesinde, ilim ve edebiyat eseri kapsamına giren eserler örnekseyici biçimde sayılmıştır. FSEK madde 5'de de bilimsel (ilmi) nitelikte olan sinema eserlerinin de, eser olarak korunacağı düzenlenmiştir. Bununla birlikte FSEK'de, hangi eserlerin bilimsel eser niteliğine sahip olduğu açıkça belirtilmediği gibi, bilimsel eser kavramı da açıkça tanımlanmamıştır. Bu kapsamda hangi niteliğe sahip eserlerin bilimsel nitelikte bir eser sayılacağına açıklanması gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki, bir eserin bilimsel niteliğe sahip olup olmadığı, bu eserin içeriği dikkate alınarak tespit edilecektir⁴⁵⁴.

Bilim kavramının tanımlanması üzerinde çok uğraşılan bir konu olmuştur. Buna rağmen "bilim" kavramının tam olarak ne anlama geldiği konusunda birlik bulunmamaktadır⁴⁵⁵. "Bilim" kavramı, Türk Dil Kurumu sözlüğünde⁴⁵⁶, evrenin veya olayların bir bölümünü konu olarak seçen, deneye dayanan yöntemler ve gerçeklikten yararlanarak sonuç çıkarmaya çalışan düzenli bilgi; ilim; genel geçerlik ve kesinlik nitelikleri gösteren yöntemli ve dizgisel bilgi; belli bir konuyu bilme isteğinden yola çıkan, belli bir amaca yönelen bir bilgi edinme ve yöntemli araştırma

tanınmış olmasının yeterli olacağını ifade etmiştir, BGH, "Erscheinen von Tontraegern", GRUR 1981/Heft 5, s. 360-362. BGH bir kararında, sadece kurumsal araçlara dağıtılan plaklar bakımından 50 kopyayı yeterli görmüştür, (BGH, GRUR 1981, s. 360); Yine 1925 yılında Kanada'da, gösterim için sinema salonlarına kiralanmış film kopyaları bakımından 8 nüshayı yeterli saymıştır (BGH,"Goldtausch", GRUR Int. 1973, s. 51); Buna karşılık, tek bir film kopyasının bir film festivalinde gösterilmesi için ödünç verilmesinin yayımlanma sayılmayacağı yolunda, **Reimer/Ulmer**, GRUR Int, 1967, s.431.

⁴⁵⁴ Bkz. **Dreyer, (Dreyer/Kotthoff/Meckel, Urheberrecht)**, § 51, s. 730, nr. 22.

⁴⁵⁵ Bu konuda geliştirilen teoriler ve bilimsel eser kavramı hakkında geniş bilgi için Bkz. **Moltke**, s. 11vd.

⁴⁵⁶ www.tdk.gov.tr

süreci olarak tanımlanmıştır⁴⁵⁷. “Bilimsel veya ilmi” kavramı ise, bilimle ilgili bilime dayanan anlamına gelmektedir. Bu açıdan bir eserin bilimsel nitelik taşıması için bilimle ilgili olması ve bilime dayanması gerekir.

Hangi eserlerin, FSEK madde 35/f.1-b. 3 kapsamında bilimsel eser olarak kabul edileceği tespit edilirken, bu hükmün özellikle konuluş amacı dikkate alınmalıdır⁴⁵⁸. Zira bu hükümle bilimin ilerlemesi ve teşvik edilmesi için bilimsel eserlere, iktibas bakımından diğer eserlere nazaran bir ayrıcalık tanınmıştır. Bu noktada, bilim kavramının sadece, yüksekokullarda öğretilen ve araştırma kuruluşlarında üzerinde çalışılan bilim ile sınırlı olarak dar bir kapsamda anlaşılması gerekir⁴⁵⁹. Alman Anayasa Mahkemesi, sadece belirli bir bilim anlayışı veya belirli bir bilim teorisinin değil, aksine bilimsel faaliyetlerin her türünün Alman Anayasası madde 5/f. 3 kapsamında düzenlenen bilim özgürlüğüne ilişkin temel hakkın koruması kapsamında olacağını ifade etmiş; bilimsel faaliyeti ise, içerik veya şekline göre ciddi, planlı, bir şekilde gerçeğe ulaşma çabası olarak tanımlamıştır⁴⁶⁰. Bilimsel nitelik taşıyan eserler ise, Alman Anayasa Mahkemesinin bu tanımından da hareket edilerek, metodik ve ciddi bir şekilde bilgi elde eden veya bunlarla tartışma ortaya koyan ya da bunları anlatarak yayan eserler olarak kabul edilmektedir⁴⁶¹.

Buna göre konusu bilimsel olarak işlenmeye elverişli olan ve eser sahibinin, gerek içerik gerekse ifade ediş şekli bakımından konunun işlenme tarz ve şekli aracılığıyla, sistematik olarak bilgiye ulaşma amacı taşıdığı anlaşılabilirse, bilimsel eserin varlığından söz edilir⁴⁶². Burada, bilimin, eser sahibinin doğrudan doğruya kendi araştırma sonuçları ile veya dolaylı olarak bilimsel öğretilerin yayılması aracılığıyla desteklenmesi arasında bir fark yoktur. Bilimsel eserler, sadece eser sahibinin genel ya da uzmanlık alanına özgü kendi düşüncelerini ve araştırma sonuçlarını açıklayan eserler değil, aynı zamanda düşüncelerin ve araştırmaların

⁴⁵⁷ Bilim, belli bir alanda bilimsel araç ve yöntemlerle elde edilen düzenli ve sistematik bilgilerin bütünüdür. Bilimsel bilgi, bilimsel yöntemler kullanılarak elde edilmiş, doğruluğu kontrol edilebilen bilgilerdir. **Ateş**, (Eser), s. 132.

⁴⁵⁸ Bkz. **Schricker**, (Schricker, Urheberrecht), § 51, s. 1037, nr.31.

⁴⁵⁹ **Schricker**, (Schricker, Urheberrecht), § 51, s. 1037, nr.31; **Seydel**, s.43.

⁴⁶⁰ BVerfG, NJW 1973, Heft 27, s. 1176.

⁴⁶¹ **Schricker**, (Schricker, Urheberrecht), § 51, s. 1037, nr.31; **Haberstumpf**, s. 132, nr.215; **Dreier**, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz), § 51, s. 819, nr.8.

⁴⁶² **Hertin**, (Hertin/Schulze/Walter, Kommentar zum deutschen Urheberrecht), § 51, s. 23, nr.55.

durumu, düzeyi hakkında öğretici açıklamalardır⁴⁶³. Buna karşılık, tanımların, ifadelerin ya da bilgilerin sadece arka arkaya sıralanması bilim değildir⁴⁶⁴. Yine örneğin, yeni geliştirilen bir teori hakkında sadece haber veren bir yazı da bilimsel eser niteliğine sahip olmayacaktır.

Bir eserin bilimsel niteliğe sahip olup olmadığı belirlenirken, gerek konusu - özellikle konu seçimi- ve gerekse sonuçların açıklanış şekli göz önünde tutulmakla birlikte, hangi hususların bilimsel bir eserin konusunu oluşturabileceği hususunda peşinen bir sınırlandırma yapılamaz⁴⁶⁵. Zira bir eserin bilimsel eser niteliğinde kabul edilmesinde, işlenen konunun hangi bilim dalına ait olduğunun da bir önemi yoktur⁴⁶⁶. FSEK'in 35'nci maddesinde, bilimin bu şekilde anlaşılmasını gerektiren bir düzenleme bulunmamaktadır. Yine, bir eserin bilimsel eser niteliğini kazanabilmesi için, mutlaka diğer bilim insanlarına yöneltilmiş olması gerekli olmayıp, daha önceden belirlenmemiş bir topluluğa da yöneltilmiş olması yeterlidir⁴⁶⁷. Eserin bilimsel alandaki değeri de onun bilimsel eser olarak nitelendirilip nitelendirilmemesinde önemli değildir⁴⁶⁸. Bu açıdan değeri az olsa bile bir tez bilimsel eser olarak nitelendirilir⁴⁶⁹.

Bir eserin bilimsel nitelikte bir eser olarak kabul edilebilmesi, kullanılan metodun ya da elde edilen bilgilerin doğru olmasına bağlı olmadığı gibi, ileri sürülen görüşlerin ve gösterilen delillerin çürütülemez olmasına veya bu tür bir eserin dayandığı bakış açısının ve delillerin eksiksiz olmasına bağlı değildir Bundan dolayı, azınlıkta kalan görüşleri içeren bilimsel eserler de koruma altındadır⁴⁷⁰.

Bilimsel eserler, okuyucu ya da izleyici veya dinleyicilerin duygu ve hislerine hitap etme amacına yönelmeyip, insanların zihinlerine, akıllarına hitap ederler⁴⁷¹. Zihne hitap etmeyen, aksine daha çok zihinden bağımsız olarak duygular ya da güzellik anlayışı gibi diğer hususlara hitap eden eserler- müzik ya da güzel sanat

⁴⁶³ Gamm, s. 549, nr. 9; Seydel, s.43.

⁴⁶⁴ Moltke, s. 30.

⁴⁶⁵ Öztan, (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 461; Nitekim Yargıtay'da, "Yeşilçamda Bir Sultan" isimli eserin FSEK madde 2/1 kapsamında bilimsel eser sayıldığına karar vermiştir, HGK, 2.4.2003, E. 2003/4-260; K.271, İKİD, Şubat 2005, Y. 45, S. 530, s. 3194.

⁴⁶⁶ Oekonomidis, s. 111

⁴⁶⁷ Brauns, s. 39.

⁴⁶⁸ Oekonomidis, s. 111.

⁴⁶⁹ Rehbinder, s. 181, nr. 490.

⁴⁷⁰ LG München, AfP, 1994/4, s. 327; Seydel, s. 44.

⁴⁷¹ Moltke, s. 25.

eserleri gibi- bilimsel nitelikte değillerdir⁴⁷². Düşünceleri ifade etmekle birlikte, metodik olarak bilgi düzenleme çabası olmayan eserler de bilimsel nitelik taşımazlar. Örneğin, romanlar, sahne eserleri, röportajlar bilimsel eser niteliğine sahip değildir. Politik, ideolojik(dünya görüşü ile ilgili) ve diğer propagandalar, ticari reklâmlar da bilimsel eser niteliğini göstermez⁴⁷³. Örneğin, “anti-aging” hakkında belirli öğretici ve bilgileri anlatan ve yayan yayınlar bakımından, özellikle tarafsız bir öğretim amaçlanmayıp, aksine ticari amaçlar takip ediliyorsa (örneğin belirli bir ürüne veya hizmete ilişkin talebi arttırmak amacı takip ediliyorsa), bu tür yayınlarda öğretici amaca rağmen, bilimsel niteliğin bulunmadığından bahsedilebilecektir⁴⁷⁴.

Belirtmek gerekir ki, bilimsel eserler de bazen estetik etkiler uyandırabilir. Özellikle, sosyal bilimler alanında yaratılan bilimsel eserlerde, bir konunun anlatılmasında, etkileyici, birçok mecaz içeren ve böylece okuyucuda estetik bir etki yaratan ifadelerin kullanılması mümkündür. Ancak bu gibi eserlerde bilgilerin paylaşılması amacı, estetik etki yaratmadan ön planda bulunmaktadır. Bu eserlerin estetik bir etki yaratması, bilimselliğinin yanında ikinci planda ona eşlik eden bir unsur olarak nitelendirilebilir. Bilimsel eserler, insanların zihnine, aklına yönelirken, sanatsal veya edebi eserler bunun aksine, ön planda bir estetik etkinin yaratılmasını amaçlamaktadırlar. Bununla birlikte bir eserin zihne ve estetik duygulara aynı oranda yöneldiğinden bahsediliyorsa, bu eser hem bilimsel hem de edebi eser niteliğine sahip olabilecektir⁴⁷⁵.

FSEK madde 35/f.1-b. 3’de yer alan büyük iktibasa ilişkin kuralın uygulanmasında bilimsel niteliğe sahip olması koşuluyla, kendisine iktibas yapılabilecek eser türleri bakımından bir sınırlandırma getirilmemiştir. Doğal olarak FSEK madde 3’de düzenlenen müzik eserleri ve madde 4’de düzenlenen güzel sanat eserleri bilimsel eser niteliği taşımayacaklardır. Yine FSEK madde 2’de ilim ve edebiyat eserleri kapsamında düzenlenen, her nevi rakıslar, yazılı koreografi eserleri,

⁴⁷² **Schricker**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 51, s.1037, nr.32; **Dreier**, (**Dreier/Schulze**, Urheberrechtsgesetz), § 51, s. 819, nr.8;**Dustmann**, (**Nordemann / Nordemann/Nordemann**, Urheberrecht), § 51, s. 969, nr.24; **Moltke**, s. 25.

⁴⁷³ **Schricker**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 51, s.1037, nr. 32; **Dustmann**, (**Nordemann /Nordemann/ Nordemann**, Urheberrecht), § 51, s. 969, nr.24;Örneğin bir seçim kampanyası broşürü bilimsel bir eser niteliği taşımaz. LG München I, Schulze, Rechtsprechung zum Urheberrecht, LGZ 182, s.4

⁴⁷⁴ **Hertin**, (**Hertin/ Schulze/Walter**, Kommentar zum deutschen Urheberrecht), § 51, s. 24, 57.

⁴⁷⁵ **Moltke**, s. 28.

Pantomimlar ve buna benzer sözsüz sahne eserleri (FSEK madde 2/fıkra 1-bent 2) de bilimsel eser niteliği taşımayacaktır.

Kendisine başka eserlerden büyük iktibas yapılabilecek bilimsel eserler, en sık şekilde rastlanıldığı üzere öncelikle, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 2’de “ilim ve edebiyat eserleri” kapsamında yer alan ve her nevi dil ve yazı ile ifade olunan eserlerden, yukarıda belirtilen şekilde bilimsel niteliğe sahip olan eserler olacaktır. Bilimsel amaçla meydana getirilmesi koşuluyla, işlenen konunun eserin bilimsel nitelik kazanıp kazanmadığının saptanmasında öncelikli olarak dikkate alınmasına gerek yoktur. Burada daha ziyade eserin gerçek içeriğinin ve ifadenin sistematik olarak düzenlenen ifade ediş şeklinin dikkate alınması gerekmektedir⁴⁷⁶. Yine FSEK madde 2/f. 1-bent 3 kapsamında yer alan bilimsel nitelikteki fotoğraf, harita, plan vs. eserlere de Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b. 3 kapsamında iktibas yapılması söz konusu olabilecektir⁴⁷⁷.

Buna karşılık FSEK’de bilim ve edebiyat eserleri kapsamında düzenlenen bilgisayar programları⁴⁷⁸, bilimsel eser karakterine sahip değildir. Bilgisayar programları Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 1/B-g maddesinde, bir bilgisayar sisteminin özel bir işlem veya görev yapmasını sağlayacak bir şekilde düzene konulmuş bilgisayar emir dizgesini ve bu emir dizgesinin oluşum ve gelişimini

⁴⁷⁶ Seydel, s. 43. LG Berlin bir kararında, “Diyagram Tekniği” başlıklı ve konu ve sayı ilişkilerinin grafiksel olarak farklı ifade imkânlarını sistemik bir şekilde anlatan bir eserin, bilimsel eser niteliğinde olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme kararında, söz konusu eserde, bazı genel görüş açılarının çok sayıda örnekle açıklandığını ve aydınlatıldığını; bu eserin konusuna, yapısına ve ifade ediş şekline göre münhasıran bilgilerin paylaşılmasına hizmet ettiğini belirtmiştir. LG Berlin, **Schulze, Erich**, Rechtsprechung zum Urheberrecht, LGZ 125, s.5; LG München I ise bir kararında, içinde işletmelere farklı personel ilanı imkânlarını anlatan “İş İlanı- hazırlamak, düzenlemek, dağıtmak” başlıklı 233 sayfalık bir kitabı bilimsel eser niteliğinde görmüştür. Mahkeme kararında, davalının, kitabında, günümüzün iş piyasasında işletmelerin iş ilanlarında ortaya çıkabilecek ilgili tüm problemleri göstermeyi denediğini; farklı eleman ilanı imkânlarını incelediğini ve kendi düşüncesine göre dikkat edilmesi gereken noktaları da ifade ettiğini ifade etmiştir. LG München, Schulze, LGZ 94, s.3. yine bir avukat dilekçesi de Alman Federal Mahkemesi tarafından bilimsel eser niteliğinde görülmüştür. Mahkeme kararında, avukat dilekçelerinin esasen hukuk bilimine ait olup, edebi alanda sayılmayacağını ifade etmiştir. BGH, GRUR, 1986, s. 739–741; ancak belirtmek gerekir bir avukat dilekçesinin bilimsel eser niteliğini taşıdığından bahsedilebilmesi için genel olarak bilimsel eser sayılma için gereken koşulların oluşması gerekmektedir. Aynı husus bilirkişi raporları için de geçerlidir.

⁴⁷⁷ **Schricker, (Schricker, Urheberrecht)**, § 51, s. 1038, nr. 33; **Dreier, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz)**, § 51, s. 819, nr.9; **Dustmann, (Nordemann /Nordemann/ Nordemann, Urheberrecht)**, § 51, s. 970, nr.26.

⁴⁷⁸ Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 2/f.1-b.1 hükmüne göre, 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, bilim ve edebiyat eserleri kapsamında düzenlenmiştir.

sağlayacak hazırlık çalışmaları olarak tanımlanmıştır. Bilgisayar programları ne belirli bir konunun sistematik olarak işlenmesine ne de bu şekilde bilgilerin paylaşılmasına hizmet ettiklerinden FSEK madde 35/f.1-b.3 kapsamında kendisine büyük iktibas yapılabilecek bilimsel eser niteliği göstermezler⁴⁷⁹. Bir bilgisayar programı, ne objektif açıdan ne de sübjektif açıdan, bilgilerimizi genişletme amacı gütmemekte ve öğretici bir amaç takip etmemektedir⁴⁸⁰. Bu bakımdan bilgisayar programlarına başka eserlerden büyük iktibas yapılması mümkün olmayıp, bu eserlere ancak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b. 1 anlamında küçük iktibas yapılmasına izin verilebilir.

FSEK madde 35/f.1-b.3'de belirtilen bilimsel eserler, sadece FSEK madde 2'de ilim ve edebiyat eserleri başlığı altında sayılan eserlerle sınırlı değildir. FSEK madde 5'de belirtilen sinema eserlerinden, bilimsel nitelik taşıyanlar da, FSEK madde 35/f.1-b.3'de kendisine büyük iktibasa izin verilen eserler kapsamında değerlendirilmelidir.

b. Popüler Bilim Eserlerinin Durumu

Popüler bilim eserleri, sadece uzmanlık alanındaki bilim insanlarına yönelmeyip, herkesin anlayabileceği ve eğlenceli bir şekilde geniş halk kesimlerine yönelen, sahibinin kendi araştırma sonuçlarını bildirmediği eserlerdir⁴⁸¹. Bu eserler doğrudan doğruya eser sahibinin kendi araştırma sonuçlarını paylaşmayıp, eğlenceli bir tarzda geniş halk kesimlerinin var olan bilimsel bilgileri öğrenmesine hizmet etmektedirler.

Popüler bilim eserleri ile bilim zenginleştirilmemekle birlikte, bilgiler, sistematik olarak düzenlenen bir metot ile geniş halk kesimlerine ulaştırılmaktadır⁴⁸². Bu tür eserlerde sıklıkla farklı görüşlerin herkesin anlayabileceği bir dilde ve eğlenceli bir tarzda bir araya getirilmesi ve düzenli ve kontrol edilebilir bir şekilde

⁴⁷⁹ Bilgisayar programlarının FSEK madde 35/f.1-b.3 (UrHG madde 51/f. 2-b. 1) kapsamında kendisine başka eserlerden büyük iktibas yapılabilecek bilimsel eserler kapsamında olmayacağı yönünde, **Waldenberger**, (**Nicolini/Ahlberg**, Möhring/Nicolini, Urheberrechtsgesetz), § 51, s. 505, nr.13; **Dreier**, (**Dreier/Schulze**, Urheberrechtsgesetz), § 51, s. 819, nr.9;

⁴⁸⁰ **Moltke**, s. 36(dipnot 142).

⁴⁸¹ **Brauns**, s. 40.

⁴⁸² **Seydel**, s. 44.

bir düşünce durumunun iletilmesi söz konusudur⁴⁸³. Popüler bilimsel eserlerde, bilgilerin geniş halk kesimlerine ulaştırılması için, kolaylaştırılmış ve herkesin anlayabileceği tarzda bir ifade şekli kullanılmaktadır. Örneğin kuantum fiziği ya da kara delikler hakkındaki bir popüler bilim eserinde, yeni bilgiler edinilerek bu alanlarda bilinen bilgilerin gelişmesine ya da ilerlemesine hizmet edilmemekle birlikte, bu konular geniş halk kesimlerinin anlayabileceği bir dil ile anlatılmaktadır.

Alman öğretisinde, UrHG madde 51/f. 2-b.1’de düzenlenen “bilim” kavramının, Alman Anayasası madde 5/f. 3 kapsamında geniş yorumlanması ve iktibas hakkının tanınmasının arkasında yatan amacın genel olarak kültürel gelişmenin desteklenmesi olduğu ifade edilerek, popüler bilimsel eserlerin de bilgileri geniş halk kesimlerine ulaştırmalarından dolayı bilimsel eser niteliğinde sayılmaları gerektiği kabul edilmektedir⁴⁸⁴.

Daha önce de belirtildiği üzere, yeni sonuçlar ortaya koymasa bile var olan bilgilerin sistematik ve metodik bir şekilde yani bilimsel bir şekilde düzenlenerek aktarıldığı eserler de bilimsel eser kapsamında sayılabilecektir. Bu açıdan bilimsel değeri az olan popüler bilim eserlerinin de, bu eserlerdeki anlatım şeklinin geniş halk kesimlerinin anlayabileceği dilde kolaylaştırılmış olmasına rağmen, bilimsel eserden söz edebilmek için gereken sistematik ve metodik bir araştırmanın sonucunda meydana getirilmeleri durumunda ve öğretici bir nitelik taşıdıkları sürece FSEK madde 35/f.1b. 3 kapsamında yer alan bir bilimsel eser olarak değerlendirilmesi gerekmektedir⁴⁸⁵. İktibas serbestisine ilişkin düzenlemelerin getirilmesindeki amacın toplumun kültürel gelişimine yönelik ihtiyaçları karşılamak olduğu dikkate alındığında popüler bilim eserlerine de Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b.3 kapsamında başka eserlerden büyük iktibas yapılabilmesi imkânı tanınmalıdır⁴⁸⁶. Örneğin fizik öğrenimi görmemiş ancak kuantum fiziğini öğrenmek isteyen bir

⁴⁸³ Brauns, s. 41.

⁴⁸⁴ Gamm, s. 549, nr. 9; Schriker, (Schriker, Urheberrecht), § 51, s. 1037, nr.31; Dustmann, (Nordemann /Nordemann/ Nordemann, Urheberrecht), § 51, s. 969, nr.24; Lüft, (Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht), § 51, s. 758, nr.13; Waldenberger, (Nicolini/Ahlberg, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz), § 51, s. 504, nr.13; Seydel, s. 45; Krüger, s. 11–12; Alman Mahkemeleri de, popüler bilim eserlerini UrHG madde 51 kapsamında kendisine büyük iktibas yapılabilecek bilimsel eser kapsamında kabul etmektedir. LG München, AfP, 1994/4, s. 327.

⁴⁸⁵ Oekonomidis, s. 111.

⁴⁸⁶ Öztan, (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 462.

kişinin, fizik alanındaki yayınlardan bu konuda bilgi edinmesi, bu konuyu anlaması oldukça zordur. İşte popüler bilimsel eserler, bu konunun, o alanda uzman olmayan kişiler tarafından da öğrenilmesini sağlayarak aslında kültürün gelişmesine, bireylerin evrenin gerçekleri hakkında bakış açısının gelişmesine önemli bir katkı sağlamaktadır. Bu tür eserlere, konunun daha iyi anlaşılabilmesi için iktibas edilmesi gerekli olan bir fotoğraf eserinin iktibasının en baştan kabul edilmemesi ise haklı bir sonuç oluşturmayacaktır.

Bununla birlikte, bu tür eserlerin ağırlıklı noktasının eğlence olması durumunda ise bu tür eserler, FSEK madde 35/f.1-b.3 kapsamında bilimsel eser olarak kabul edilemez⁴⁸⁷. Burada önemli olan eserin yöneldiği öncelikli amaçtır. Eğlence veya sadece genel bilgiler verilmesi amacı, bir eser içerisinde ne kadar fazla ağırlık noktası oluşturuyorsa ve bilimsel sorunlar da öncelikle bu amaçlara hizmet ediyorsa, eser o derecede bilimsel karakterini kaybedecektir⁴⁸⁸.

Popüler bilimsel eserler de genellikle eğlence amacının da olması, bu eserlerin bilimsel nitelik taşıyıp taşımadığının değerlendirilmesinde güçlükler yol açar. Özellikle televizyon programlarının bilimsel nitelikte bir eser olup olmadığını belirlemek, diğer eserlere nazaran daha zordur. Zira bu eserler çoğunlukla eğlendirme amacı da gütmektedirler. Bilimsel sorunlar hakkında hazırlanan birçok televizyon programı izleyicilerin eğitilmesine hizmet etmekte birlikte, bu programlarda en azından eğitim amacıyla eşit seviyede genel bir eğlendirme amacı bulunmaktadır⁴⁸⁹.

Burada sınırın çizilmesinde, bu tür eserlerin bilimsel gerekliliklere sahip olup olmadığına dikkat edilmelidir. Buna göre kaynak araştırmasındaki özen ve titizlik; değerlendirilen tüm faktörlerin dikkatli bir şekilde, özenle tartılması; spekülasyonlara dayanılmaması; diğer literatürün gösterilmesi gibi bilimsel gerekliliklerin, eserin geniş halk kesimlerince anlaşılmasını sağlayıcı şekilde ifade edilmiş olmasına (epik bir şekilde anlatım; tarihçe, anektot serpilmesi; söyleşiler; etkili ara başlıklar

⁴⁸⁷ **Gamm**, s. 549, nr.9; **Dustmann**, (Nordemann/ Nordemann/ Nordemann, Urheberrecht), § 51, s. 970, nr. 25; **Lüft**, (Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht), § 51, s. 758, nr.13; **Schricker**, (Schricker, Urheberrecht), s. 1037, nr. 32; **Seydel**, s. 45.

⁴⁸⁸ **Haesner, Christoph**, Zitate in Filmwerken, GRUR 1986, Heft 12, s.858 ; **Krüger**, s. 12.

⁴⁸⁹ **Haesner**, s. 858.

konulması gibi) nazaran ağır basması durumunda, bu eserler bilimsel niteliğe sahip olabilecektir. Buna karşılık, eserde eğlenceye yönelik unsurların ağır basması, bilimsel problemlerin sadece bir ek bir nitelik göstermesi durumunda ise, bu eserler FSEK madde 35/f.1-b. 3’de kendisine büyük iktibas yapılmasına izin verilen bilimsel eser niteliğine sahip olamayacaklardır⁴⁹⁰. Bununla birlikte, sadece eğlence amacı taşıyan ya da eğlence amacının bilimsel niteliklere göre ağır bastığı *eserlere*, FSEK madde 35/f.1-b.1 kapsamında küçük iktibas yapılması mümkün olabilir.

2. Kendisine İktibas Yapılacak Bilimsel Eser Bağımsız Nitelikte Olmalıdır

FSEK madde 35 kapsamında, kendisine iktibas yapılan eserlerin bağımsız nitelikte eserler olması gerekliliği, iktibas serbestisinin daha önce açıklanan genel koşulları arasında yer almaktadır. Bilimsel eserlere yapılacak büyük iktibas bakımından da, kendisine iktibas yapılan bağımsız bir eser niteliği taşıması, yani eserine iktibas yapan eser sahibinin fikri faaliyetinin, kendisine iktibas yapılan eserin ağırlıklı noktasını oluşturması gerekir. (Bağımsızlık koşulu ile ilgili olarak Bkz. İkinci Bölüm, I., C.-2.).

D. İktibas Amacı (İçeriği Aydınlatma)

FSEK madde 35/f.1-b.3’de, bilimsel eserlere başka eserlerden büyük iktibas yapılabilmesi için iktibasın kendisine iktibas yapılan eserin içeriğini(münderecatını) aydınlatmak amacı ile yapılması gerektiği düzenlenmiştir.

⁴⁹⁰ **Ekrutt**, s. 15; **Seydel**, s. 45;KG, “Eintaenzer” kararında, eğlence amacının açıkça ön planda olması sebebiyle bilimsel nitelikte bir eser bulunmadığını ifade etmiştir. KG, “Eintaenzer”, GRUR 1970, s. 617-618; Bununla birlikte LG Berlin, bilimselliğin belirlenmesi bakımından, diğer eserlerle sinema eserleri arasında bir ayırım yapmış ve sinema eserleri bakımından bilimselliğin belirlenmesinde daha az sıkı kıstasların geçerliliği olacağını ifade etmiştir. Mahkemeye göre, program sadece yayın süresince izleyicilerin gözünde cereyan edeceğinden, etkisi, özellikle münferit resimlerin etkisi kısa bir süre sonra soluklaşacağından, kendisinden iktibas yapılan eserin sahibinin eserini değerlendirme imkânlarını dil ile ifade edilen eserlerde olduğu derecede kuvvetli bir şekilde ihlal edilmeyecektir. LG Berlin, GRUR 1962, s. 207, Maifern”. Bu görüş ise, bilimsellik kavramı bakımından eser türlerine göre bir ayırım yapılamayacağı; Alman kanun koyucusunun madde 51/1 kapsamında bilimsel eserlere büyük iktibas yapılmasına izin verirken, eserin bilimsel niteliğe sahip olup olmadığı noktasında, farklı eser türleri için farklı kıstaslar belirlediği yönünde açık bir niyetinin bulunmadığı ve bundan dolayı sinema eserlerinin ve televizyon programlarının bilimsel niteliğinin de diğer eser türleri için geçerli olan genel kıstaslara göre belirlenmesi gerekeceği belirtilerek, eleştirilmiştir. **Ekrutt**, s. 16.

UrHG'nin iktibas serbestisini düzenleyen 51'nci maddesinin birinci fıkrasındaki genel hükümde iktibasın amaca sahip olması gerektiği ifade edilmekle birlikte, bulunması gereken bu amaç ise sadece bilimsel eserlere yapılacak büyük iktibas bakımından açıkça tarif edilmiştir. Buna göre bilimsel eserlere büyük iktibasa ancak kendisine iktibas yapılan eserin içeriğini aydınlatmak amacı ile izin verilebilir (madde 51/f. 2- b.1). Bu açıdan bilimsel eserlere büyük iktibasta Alman hukukunda getirilen amaç koşulu ile Türk hukukundaki amaç koşulu birbiri ile aynıdır.

Alman hukukunda, öğretici ve yargı kararlarında "içeriği aydınlatmak" kavramından neyin anlaşılması gerektiği hususunda; içeriği aydınlatmak amacının varlığından bahsedebilmek için yabancı eserle(iktibaslarla) kendisine iktibas yapılan eser arasında *tanınabilir bir iç bağlantının* (innere Verbindung) kurulmuş olması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁹¹. Yani iktibaslar daima kendisine iktibas yapılan eserin içeriği ile bağlantılı olmalıdır⁴⁹².

"İçeriğin aydınlatılması" kavramı Alman İmparatorluk Mahkemesi(Reichsgericht) tarafından UrHG'den önce yürürlükte bulunan 1907 tarihli Güzel Sanat ve Fotoğraf Eserlerinde Eser Sahibi Hakkı Kanunu (Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie vom 9 Januar 1907/KUG) zamanında verilen "Codex Aureus" kararında açıklanmaya çalışılmıştır. Karara konu olayda, Alman İmparatorluk Mahkemesi, "Codex Aureus" adında çok sayıda resimle süslenmiş, dört İncilin Latince metninden, bir resmin tam sayfa ve renkli olarak edebiyat bilimi ile ilgili bir metne iktibas edilmesinin, KUG madde 19⁴⁹³ kapsamında geçerli olup olmayacağını incelemiştir. Mahkeme kararında içeriği aydınlatma amacının, yapılan iktibasın(olayda resmin), kendisine iktibas yapılan eserdeki metinde açıklanan düşünsel içeriği aydınlatmak, göstermek ve anlaşılır kılmak için hizmet etmesi durumunda gerçekleşmiş olacağını ve bunun da kendisine iktibas yapılan eserin (olayda yazılı eserin) ve iktibasın(olayda resmin) şekline, çerçevesine ve ifade ediliş biçimine göre ve ikisi arasındaki karşılıklı ilişkiye

⁴⁹¹ Götting, (Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts), s. 458, nr. 130; Dustmann, (Nordemann/Nordemann/ Nordemann, Urheberrecht), § 51, s. 967, nr. 16; Gamm, s. 547, nr.4; Schricker, (Schricker, Urheberrecht), § 51, s. 1028, nr.16; Dreyer (Dreyer/Kotthoff/Meckel, Urheberrecht), § 51, s. 726, nr.14; Dreier, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz), § 51, s. 817, nr.4; BGH, GRUR 1959, Heft 4, s. 199, "Verkehrs-Kinderlied"; BGH, GRUR 1986, Heft 1, s. 60, "Geistchristentum"; OLG Hamburg, GRUR 1993, Heft 7, s. 666, "Altersfoto".

⁴⁹² Waldenberger, (Nicolini/Ahlberg, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz), § 51, s. 501, nr.5.

⁴⁹³ KUG madde 19/1'e göre, bazı eserlerin bağımsız bir bilimsel çalışmaya münhasıran içeriğini aydınlatmak için iktibas edilmesi geçerlidir.

göre, önceden sadece az sayıda kurala ve sınıra bağlanabilecek derecede çeşitli şekillerde gerçekleştirilebileceğini ifade etmiştir. Bununla birlikte kendisine iktibas yapılan eserle iktibas arasında kendisine iktibas yapılan eserin amacını destekleyici bir iç bağlantının bulunması gerekmektedir⁴⁹⁴.

Özellikle 1965 tarihli UrHG'nin yürürlüğe girmesinden sonra verilen Alman yargı kararlarında ise "iç bağlantı", çoğunlukla "ispat" kavramı ile tanımlanmaya çalışılmıştır⁴⁹⁵. Belirtmek gerekir ki Alman mahkeme kararlarında bilimsel eserlere yapılacak büyük iktibasta geçerli iktibas amacını açıklamak için kullanılan "ispat" kavramı sözlük anlamı ile "iç bağlantı" kavramından daha dar anlamdadır. "İspat" kavramı sözlük anlamı ile daha çok belirli bir konunun doğruluğuna ilişkin delil gösterme olup, bununla birlikte geçerli bir iktibas amacından bahsedebilmek için iktibasın kendisine iktibas yapılan eserdeki görüşleri pozitif anlamda desteklemesi gerekli değildir⁴⁹⁶.

Nitekim kendisine iktibas yapılan eserin içeriği kendisinden iktibas yapılan esere farklı şekillerde bağlanabilir. Öncelikle iktibasların eleştirisi amacı için -negatif anlamda- dayanak olarak kullanılması söz konusu olabilir. Burada iktibas yoluyla kendisine iktibas yapılan eserdeki eleştirinin neye yöneldiği açıklanır. Bunun dışında iktibasın pozitif anlamda yani kendisine iktibas yapılan eserdeki görüşlere bir destek olarak, kendisinden iktibas yapılan eserdeki görüşlere katılmak, için yapılması da söz konusu olabilir. Burada iktibaslar özellikle iktibas yoluyla alınan görüşlerin,

⁴⁹⁴ RGZ, 130, s. 196, 199, "Codex Aureus".

⁴⁹⁵ BGH, "Kandisky" kararında içeriği aydınlatma koşulunu "ispat(beleg)" kavramı ile açıklamaya çalışmıştır. Karara konu olayda uyuşmazlık, konusu, önceleri Münih'in Yeni Sanatçı Birliği ve sonrasında ise "Mavi Binici"(Der Blaue Reiter) adını alan sanatçı grubu hakkında olan, Mavi Binici ve München Yeni Sanatçı Birliği"(Der Blaue Reiter und die Neue Künstlervereinigung München) isimli kitaba sanatçı birliğinin üyesi olan Kandisky'nin 69 adet resim eserinin iktibas edilmesidir. BGH, kararında, iktibasın ancak kendisine iktibas yapılan eserdeki görüşler için bir ispat vasıtası olması durumunda geçerli bir iktibastan söz edilebileceğini ifade etmiştir. BGH, "Kandisky", GRUR 1968, Heft 10, s. 607, 609; BGH, "Geistchristentum" kararında da, iktibasın, kendisine iktibas yapılan eserin kendi açıklamaları için bir ispat aracı olarak kullanılması durumunda geçerli olacağını belirtmiştir. BGH, "Geistchristentum", GRUR 1986, Heft 1, s. 60.

⁴⁹⁶ **Krüger**, s. 55; **Morant**, s. 170; İçeriği aydınlatmak amacı için kullanılan "ispat" kavramının dar nitelikte olduğu, zira ispat fonksiyonunun, ya kendisine iktibas yapılan eserin sahibinin kendi açıklamalarının doğruluğunu güçlendirmek için iktibas yapması ya da iktibas yoluyla başka bir düşünceyi kullanarak diğer yazarın görüşlerinin doğru olduğunu kanıtlamak için iktibas yapması suretiyle söz konusu olabileceği ifade edilerek; buna karşılık, başka eserlerden yapılan iktibasların, kendisine iktibas yapılan eserdeki açıklamaları aydınlatmak ya da anlaşılır kılmak amacıyla alınmasının "ispatlamak" kavramı içerisinde yer almayacağı belirtilmiş ve bu kavramın içeriği aydınlatma amacı bakımından dar olduğu ve Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin de ("Codex Aureus" kararı dikkate alındığında) içeriği aydınlatma amacını bu şekilde sınırlandırmadığı ifade edilmiştir. **Metzger, Axel**, "Germania 3 Gespenster am toten Mann" oder Welchen Zweck darf ein Zitat gemäß §51 Nr.2 UrhG verfolgen?, ZUM 2000/11, s. 926.

kendisine iktibas yapılan eserde geliştirilmesi amacıyla yapılmaktadır. Son olarak iktibaslar tarafsız olarak, -pozitif ya da negatif anlamda olmadan-, anlatılan açıklamayı ya da yorumu temellendirmek amacıyla kullanılabilir⁴⁹⁷. İktibas aynı ya da farklı görüşleri aydınlatmak için bir örnek olarak kullanılabilir; yine eser sahibinin kendi görüş açısını desteklemek için, kendi açıklamaları için bir çıkış noktası olarak ve yine eser sahibinin müstakil açıklamalarını güçlendirmek ya da aydınlatmak için kullanılabilir⁴⁹⁸.

Bu açıdan içeriği aydınlatma amacı, pozitif ya da negatif anlamda bir ispat vasıtası olmasının ötesinde, yani kendisine iktibas yapılan eserdeki görüşleri destekleme ya da iktibasa konu olan eserdeki görüşleri eleştirme dışında, iktibasların kendisine iktibas yapılan eserdeki açıklamaların daha iyi anlatılabilmesi ve okuyucu tarafından daha iyi anlaşılabilmesi için yardımcı bir araç olarak kullanılması durumunda da gerçekleşir⁴⁹⁹.

İktibaslar esas olarak, kendisine iktibas yapılan eserdeki açıklamalar için bir örnek olarak da kullanılabilir⁵⁰⁰. Eser sahibi eserindeki açıklamalara temel olarak ve bu açıklamaları derinleştirmek için başka eserlerden iktibas yapabilir.

Bununla birlikte iktibaslar kendisine iktibas yapılan eserin ana unsurunu oluşturmamalı, bir yan unsur olarak kalmalıdır⁵⁰¹.

⁴⁹⁷ **Schricker**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 51, s. 1029, nr.17; **Seydel**, s. 33; **Morant**, s. 171; Benzer nitelikte, **Hertin**, (**Hertin/Schulze/Walter**, Kommentar zum deutschen Urheberrecht), § 51, s. 13, nr.29.

⁴⁹⁸ **Kakies**, s. 69

⁴⁹⁹ **Arslanlı**, s. 138; Bkz.**Dustmann**, (**Nordemann /Nordemann /Nordemann**, Urheberrecht), § 51, s. 967, nr.16; BGH, "Museums katalog" kararında, kendisine iktibas yapılan metnin, iktibas edilen resimler olmaksızın anlaşılamayacak olması durumunda dahi geçerli bir iktibas amacının bulunabileceğinden söz etmiştir. Burada önemli olan münhasıran ya da ağırlıklı olarak münferit güzel sanat eserleri ile iştigal eden dil ile ifade edilen bir eser söz konusu olduğunda, yapılan –örneğin- resim iktibaslarının, kendisine iktibas yapılan eserdeki açıklamaların anlaşılabilmesi için bir yardımcı araç olarak kalmasıdır. GRUR 1994/11, s. 803; özellikle bilimsel eserlere güzel sanat eserlerinden yapılacak iktibaslarda, bilimsel eserde yer alan metnin daha iyi anlaşılabilmesini sağlamak amacıyla iktibas yapılacağı yönünde, **Ulmer**,(Urheberrecht) s. 312; İktibasların kendisine iktibas yapılan eserin kendi açıklamaları için, ister başka bir eserin eleştirel olarak aydınlatılması, ister kendisine iktibas yapılan eserdeki düşünce silsilesine bir çıkış noktası olarak özellikle düşünce silsilesinin aydınlatılması ya da güçlendirilmesi için olsun, yardımcı araç olarak kullanılabileceği yönünde, BGH,"Verkehrs-kinderlied", BGHZ 28, s. 240; Eser sahibinin kendi görüşlerini desteklemek, katılmadığı fikir veya görüşleri eleştirmek ya da belli bir konuda yapacağı açıklamalar için başkasına ait bir eserdeki açıklamaları belli ölçüde kullanabileceği yönünde, **Ateş**, (Sınırlandırma), s. 305.

⁵⁰⁰ Reichsgericht, (RGZ, 130 s. 196, 199), "Codex Aureus"; **Dustmann**, (**Nordemann /Nordemann /Nordemann**, Urheberrecht), § 51, s. 967, nr.16. İktibas bir örnek olarak da kendisine iktibas yapılan eserin içeriğinin aydınlatılmasına yardım edebilir. Örneğin alışılmadık bir dil şekillendirmesine örnek olarak, BGH, GRUR 1986,1, s. 60, "Geistchristentum"

⁵⁰¹ "Kendisine iktibas yapılan eser "ana unsur" olmalı, iktibaslar ise onun amacına hizmet eden yan unsurlar olarak kalmalıdır", Reichsgericht, (RGZ 130, s. 196, 199, "Codex Aureus"; Kendisine resim

Bilimsel eserlere özellikle güzel sanat eserlerinden iktibas yapılması sık rastlanan bir durumdur. Bilimsel bir eser münhasıran ya da ağırlıklı olarak başka güzel sanat eserleri ile meşgul olsa dahi, bu güzel sanat eserlerinin iktibasının bilimsel eserdeki açıklamaların anlaşılması için yardımcı bir araç olarak kullanılması gerekip, sadece kendisine iktibas yapılan eserin donatılmasına yani resimlendirilmesine hizmet etmemesi gerekir⁵⁰². Bir güzel sanat eserinin bilimsel bir esere alınması çoğu kez süsleme etkisi yaratmakla birlikte, ana amaç, bilimsel eserin içeriğinin aydınlatılması, iktibas edilen güzel sanat eserleri aracılığıyla daha iyi anlaşılabilir kılınması olup, süsleme amacının ön planda olmadığı ve kendisine iktibas yapılan eserle iktibas arasına iç bağlantının olduğu durumlarda bir yan sonuç olarak süsleme etkisinin ortaya çıkması iktibasın geçersizliğine yol

eserlerinden iktibas yapılan dil ile ifade edilen bir eser ana unsur olarak kalmalı, hoş bir etkiye yol açsa dahi, iktibas edilen resimler yan unsur olarak kalmaya devam etmelidir, BGH, GRUR 1994/11, s. 803, "Museumskatalog"; BGH, Kandinsky kararında, Kandinsky'nin eserleri ile bilimsel eserin düşünsel içeriği arasında bulunması gerekli olan "iç bağlantının" bulunmadığını ifade etmiştir. Mahkeme, bilimsel metinde Kandinsky'nin yaşam hikâyesinin ayrıntılı bir şekilde tasvir edildiğini; bunun ötesinde kendisinin ve kendisine yakın sanatçıların sanatsal amaçlarının anlatıldığını; ancak bu anlatımların daha çok karşılıklı mektuplardan ve Kandinsky'nin kitabından yapılan iktibaslarla gerçekleştirildiğini; Kandinsky'nin hayat hikâyesinin kapladığı geniş yer ve yazılı eserlerden yapılan iktibaslar karşısında, metin yazarının Kandinsky'nin eserleri hakkında yaptığı açıklamaların çok dar kapsamda kaldığını ifade etmiştir. Mahkeme, iktibas edilen resimlerin geniş ölçüde yorumsuz bir şekilde bir araya getirildiğini ve sadece eseri tamamlama amacına yöneldiğini; metnin eklenen resimler karşısında ana unsur şeklinde kalmadığını ve iktibasların, metnin içeriğini açıklamaya değil aksine kitabın donatılmasına ve resimlendirilmesine hizmet ettiğini ve resimlerin kitabın önemli bir kısmını oluşturduğunu belirterek, burada metnin ana unsur resimlerin ise onu açıklayan bir ek unsur olarak kalmadığını ifade etmiş ve böylelikle geçerli bir iktibas amacının bulunmadığına karar vermiştir. BGH, GRUR 1968, Heft 10, s. 610, "Kandinsky".

⁵⁰² BGH, Kandinsky, GRUR, 1968/10, s. 609, 610; **Leinveber, Gerhard**, Nochmals:Der Urheberrechtliche Fall "Kandinsky", GRUR 1969/3, s. 130. KG verdiği bir kararında da, Kandinsky kararına atıf yaparak, bir eserin, resim materyalleri ile eseri okuyucu için daha mükemmel hale getirmek için tamamlanması durumunda geçerli bir iktibas amacından bahsedilemeyeceğini; Kanuna göre ancak iktibas ile kendisine iktibas yapılan eserin düşünsel içeriği arasında tanınabilir bir bağlantının bulunduğu, yani iktibasın kendisine iktibas yapılan eserin somut düşünsel içeriğine bağlandığı durumlarda, bir tamamlamanın geçerli bir iktibas amacı oluşturacağını ifade edilmiştir. Mahkeme geçerli bir iktibas amacının bulunması için, iktibas edilen resimlerle kitaptaki düşünce açıklamaları arasında iç ve dış bağlantının bulunması ve bu resimlerin kitaptaki düşünce açıklamalarını aydınlatması gerektiğini ifade etmiştir. Buna karşılık sadece metne uyan resim seçimleri ile açıklamaların sadece resimlendirilmesi, kitabın bu yolla süslenmesi ve bu yolla kitaba okuyucu için canlılık verilmesi yeterli değildir. Geçerli bir iktibas amacının bulunduğundan bahsedebilmek için, iktibasla kendisine iktibas yapılan eser arasında, resimlerin metindeki düşünce açıklamalarını aydınlatıcı bir unsur olarak alındığı, düşünsel bir bağlantının bulunması gerekir. Mahkeme kararında, davacının eserindeki 24 adet resmin davalı tarafından iktibas edilmesinde geçerli bir iktibas amacının olmadığına karar vermiştir. Mahkeme, resimler ile metin arasında sadece bir dış ilişkinin olduğunu; bununla birlikte metindeki açıklamalar ile resimler arasında bir iç ilişkinin bulunmadığını; resimlerin kendisine iktibas yapılan eserdeki düşünce açıklamalarını kapsayacak şekilde açıklayıcı bir dayanak noktası olarak alınmayıp, aksine dıştan konuları bakımdan uyumlu olsalar da, resimlerin, metnin anlaşılmasına bağlanmaksızın resimlendirici bir işlev taşıdığını ifade etmiştir. KG, AfP, 1997/2, s. 528.

açmayacaktır⁵⁰³. Buna karşılık sadece kendisine iktibas yapılan eseri süsleme amacıyla yapılan iktibaslar geçerli bir amaca sahip değildir⁵⁰⁴.

Kendisine iktibas yapılan eserin iktibası eserin hangi kısmına koyduğu da iktibasla gerekli tartışma sağlandığı ve iç bağlantı sağlandığı sürece önemli değildir. Bu açıdan iktibas, kendisine iktibas yapılan eserin önüne- bir ön söz olarak- ya da örneğin metnin sonuna eklenebilir⁵⁰⁵.

İktibasın kendisine iktibas yapılan eserin içeriğini tamamlamak için yapılması geçerli bir iktibas amacı meydana getirmez⁵⁰⁶. Aslında tüm iktibas yoluyla yapılan açıklamalar, aydınlatmalar belirli surette kendisine iktibas yapılan bilimsel eserin düşünsel içeriğinin tamamlanmasına da hizmet etmekle birlikte, tam tersine olarak her tamamlama iktibas serbestisi anlamında içeriğin aydınlatılması amacının oluşmasını sağlamaz. Buna göre sadece iktibas ile kendisine iktibas yapılan eserdeki

⁵⁰³ **Leinveber, Gerhard**, Rechtsprobleme um das sog. “große und kleine Zitat” zu wissenschaftlichen Zwecken, GRUR 1966/9, s. 480; **Hubmann**, s. 188; Bilimsel eserlere yapılacak iktibasların, içeriği aydınlatma amacının haklı göstereceği nispet aşılmamak kaydıyla bu eseri zenginleştirilmesi mümkün olmakla birlikte, buna karşılık iktibas, eserdeki fikirleri açıklamaktan ziyade bunları tamamlamaya veya süslemeye yarıyorsa haklı bir iktibas amacından söz edilemez. **Arslanlı**, s. 138; **Maaßen**, s. 835; İktibaslar içeriği aydınlatma amacı dışında ikinci derecede bazı amaçları da yerine getirebilirler. Örneğin bir esere resimlerin eklenmesi yoluyla daha değerli hale getirilmesinde olduğu gibi. Bununla birlikte iktibasın amacı içeri aydınlatma amacında kalmalı ve bu amaç ağır basmalıdır, **Waldenberger, (Nicolini/Ahlberg, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz)**, § 51, s. 505,nr.14. Reichsgericht “Codex Aureus” kararında iktibasların ana amacı(içeriği açıklama) yanında ayrıca kendisine iktibas yapılan eseri süslemesi durumunda bunun geçerli olan iktibas amacını geçersiz hale getirmeyeceğini ifade etmiştir. Ancak iktibas, kendisine iktibas yapılan eseri süsleme amacıyla yapılmamalı, süsleme amacı, içeriği aydınlatma amacına ağır basmamalıdır.

⁵⁰⁴ **Arslanlı**, 138; **Erel**, (İktibas Serbestisi), s. 351.

⁵⁰⁵ **Waldenberger, (Nicolini/Ahlberg, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz)**, § 51, s. 505,nr.14;**Krüger**, s. 49.

⁵⁰⁶ **Schricker, (Schricker, Urheberrecht)**, § 51, s. 1028, nr. 16; **Waldenberger, (Nicolini/Ahlberg, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz)**, § 51, s. 505,nr.14;**Oekonomidis**, s. 93; BGH, “Kandinsky”, GRUR 1968, s. 607–609; KG, “Eintaenzer” kararında, iktibasın kendisine iktibas yapılan eserin tamamlanması için yapılması durumunda içeriğin aydınlatılması amacının varlığından söz edilemeyeceğini ifade etmiştir. Karara konu olayda davalı tarafından yayımlanan dergide çıkan “Erotizm Sözlüğü” adlı ekte, “Eintaenzer-Erkek Dansçılar” başlığı ile erkek dansçılar ile ilgili bölümde yer alan ve erkek dansçıları ve özellikle o zamanlardaki durumlarını anlatan metinde, davacıya ait ve içerik olarak bir erkek dansçının yaşamını işleyen “Schöner Jigalo” adlı şarkının nakaratının izinsiz kullanılması söz konusu olmuştur. Mahkeme kararında, iktibas edilen nakaratların, kendisine iktibas yapılan eserin içeriğini aydınlatmaktan ziyade onu tamamlamak için yapılmış bulunduğunu; iktibas edilen nakarat ile kendisine iktibas yapılan eserde yer alan ve erkek dansçı çevresinin detaylarını anlatan metninin birbiri ile ilişkili olmakla birlikte; davalının metninde erkek dansçıları oluşturan kişilerin çevresi, lokaller, doğurduğu sonuçlar ve bir alman prensesi hakkındaki skandalın bahsedilirken, şarkıda ise özet bir şekilde daha önceleri subay olup da sonrasında erkek dansçı olan bir ana karakterin yaşadığı şanssızlığın, basit ve kısaca anlatıldığı ifade ederek, şarkının iktibas yapan eser sahibinin kendisine ait ifadelerin yerine geçtiğini; kendi ifadelerinin içeriğinin aydınlatılması amacına hizmet etmediğini ve burada sadece şarkının kendisinin sunulmasının söz konusu olduğunu belirtmiş ve içeriği aydınlatma amacının bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır, KG, GRUR 1970, 12, s. 618, “Eintaenzer”.

düşünsel içerik arasındaki bağlantı tanınabilir olduğunda yani iktibasın somut bir düşünsel/fikirsel içeriğe bağlandığı durumlarda, bu şekilde tamamlamalara izin verilebilir⁵⁰⁷.

Geçerli bir iktibasın varlığından söz edebilmek için iktibasların kendisine iktibas yapılan eserdeki açıklamalar yerine geçmemesi, kendisine iktibas yapılan eserdeki açıklamaların iktibaslarla ikame edilmemesi gerekir⁵⁰⁸. İktibaslar, eserin sunulduğu kişilere kendisine iktibas yapılan eserdeki açıklamalara ek olarak başka bir eseri de sunmak ya da sadece iktibas edilen eserin kendisini sunmak niyetiyle yapılmamalıdır⁵⁰⁹. Bu açıdan iktibaslar iktibas konusu eserin sadece kendisinin sunulması niyetiyle yapılmamalı daha ziyade kendisine iktibas yapılan eserin amacı için bir yardımcı araç olarak kullanılmalıdır⁵¹⁰.

Öğretide iktibasın başkalarının eserini nakil, izah, şerh veya tahlil için değil, eser sahibinin kendi görüş, düşünce ve duygularını açıklayıp takviye etmek, verdiği bilgileri aydınlatmak için kullanılabileceği ifade edilmiştir⁵¹¹. Kanımızca iktibas yoluyla başkasına ait bir eserin sadece nakledilmesi geçerli bir iktibas amacı çerçevesinde yer alamayacak olmakla birlikte, eserin tahlili veya izahı amacıyla o eserden bilimsel bir esere iktibas yapılmasını bazı koşullarla geçerli bir iktibas amacı çerçevesinde değerlendirmek mümkün olabilir. He ne kadar “başkasına ait bir eserin izahı, şerhi veya kısaltılması” Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda işleme eserler kapsamında düzenlenmişse de (FSEK madde 6/f.1-b.9), burada işleme faaliyetini aşan ve bağımsız bir bilimsel eserin kabul edilmesini gerektiren bir fikri faaliyet olabilir. Bu kapsamda bilimsel alanda sıkça karşılaşılabileceği üzere örneğin bir ressamın resminin güzel sanat alanına ait bilimsel bir eserde analiz edilmesi; ya da bir şairin şiirinin edebiyat bilimine ait bilimsel bir eserde tahlil edilmesi örnek gösterilebilir. Ancak böyle bir durumda başkasına ait bir eserin sadece basit bir şekilde içeriğinin tanımlanmasının ötesinde, bu eserin, iktibas yapıldığı eserde eser sahibi tarafından yorumlanması, tahlil edilmesi, yani kendisine iktibas yapılan eserde

⁵⁰⁷ BGH, GRUR 1968, Heft 10, s. 609, “Kandisky”.

⁵⁰⁸ LG Berlin, GRUR 2000, Heft 9, s. 797, “Screenshots”; KG, GRUR 1970, 12, s. 618, “Eintaenzer”; **Schricker, (Schricker, Urheberrecht)**, § 51, s. 1028, nr. 16;

⁵⁰⁹ **Schricker, (Schricker, Urheberrecht)**, § 51, s. 1028, nr. 16; **Dustmann, (Nordemann Nordemann/ Nordemann, Urheberrecht)**, §51, s. 967, nr.17; LG Berlin, GRUR 2000, Heft 9, s. 797, “Screenshots”.

⁵¹⁰ **Schricker, (Schricker, Urheberrecht)**, § 51, s. 1028, nr. 16.

⁵¹¹ **Erel, (Fikir ve Sanat Hukuku)**, s. 250.

iktibas edilen eserin sadece basit bir şekilde tanımlanmasının ötesinde bir faaliyet yapılmış olması gerekmektedir. Bu durumda bilimsel eser sahibi başkasına ait bir eseri bu eserle pozitif ya da negatif anlamda bir tartışma ortaya koymak için iktibas etmemekle birlikte, bu eser hakkında ait yapacağı açıklamalara, yorumlara dayanak olarak almaktadır.

Geçerli bir iktibas amacının varlığından söz edebilmek için kendisinden iktibas yapılan eserle kendisine iktibas yapılan eser arasında iç bağlantının yanında dış bağlantı da bulunmalıdır⁵¹². Dış bağlantı ile kendisine iktibas yapılan esere açıkça dayanılması yani kendisine iktibas yapılan metnin içerisinde anılması ve iktibas amacının bildirilmesi kastedilmektedir⁵¹³. Bununla birlikte bazı durumlarda açık bir dış bağlantının aranması gereksiz olabilir. Özellikle sadece az sayıda sanat eserini ele alan bir bilimsel eserde, metin ile resimler arasındaki iç bağlantının resimlerin açıkça işaret edilmesini gereksiz kılacak şekilde sıkı olduğu durumlarda, bu şekilde açık bir işaretin gösterilmesine gerek yoktur⁵¹⁴. İktibas tanınabilir şekilde kendisine iktibas yapılan eserdeki belirli bir düşünceye bağlandığı ve dayanak gösterme amacının artık herhangi bir açıklamaya ihtiyaç göstermediği durumlarda dış bağlantının bulunması gereğinden vazgeçilebilir⁵¹⁵.

E. İktibasın Amacın Haklı Göstereceği Oranda Olması

FSEK'in 35'nci maddesinin birinci fıkrasının, bilimsel eserlere büyük iktibas düzenleyen üçüncü bendinde, iktibasın, "amacın haklı göstereceği nispet dâhilinde" yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre iktibas ancak amacın gerektirdiği oranda yapıldıysa geçerlidir⁵¹⁶. Bu oran aşıldıysa, iktibasın sadece amacın haklı kıldığı oranı aşan kısımları değil tamamı geçersiz olacaktır⁵¹⁷.

⁵¹² RGZ, s. 196–201, "Codex Aureus".

⁵¹³ **Brauns**, s. 54; Reichsgericht, "Codex Aureus", RGZ 130, s. 196, 201; İktibaslarla (resim) kendisine iktibas yapılan eser(metin) arasında içeriğin aydınlatılması koşulunun oluşması için gerekli olan ilişkinin, metinde (kendisine iktibas yapılan eserde), resimlere(iktibaslara) açıkça işaret edilmesi durumunda söz konusu olabileceği yönünde, BGH, GRUR 1968, Heft 10, s. 609, "Kandinsky".

⁵¹⁴ BGH, GRUR 1968, Heft 10, s. 609, "Kandinsky".

⁵¹⁵ **Brauns**, s. 54.

⁵¹⁶ **Dustmann**, (Nordemann /Nordemann/ Nordemann, Urheberrecht), §51, s. 967, nr. 18; Yargıtay'da "...yararlanmanın amacı haklı gösterecek bir oran gösterip göstermediğinin" araştırılması gerektiğini ifade etmektedir, 4. HD, 10.5.1977, E.1976/8866, K. 1977/5628, YKD, Temmuz 1978, C.IV, S.7, s. 1111.

⁵¹⁷ **Schricker**, (Schricker, Urheberrecht), §51, s. 1031, nr. 19.

İktibasın amacın haklı göstereceği oran dâhilinde yapılmasından, öncelikle, başka bir eserden, somut olayın koşullarına, özellikle kendisinden iktibas yapılan ve kendisine iktibas yapılan eserin niteliğine göre⁵¹⁸ iktibasla takip edilen amacı gerçekleştirmek için gerekli olan oranda iktibas yapılabileceği sonucu çıkar⁵¹⁹. Amacın gerektirdiği oranın aşılması söz konusu olduğunda ise artık geçerli bir iktibasın varlığından söz edilemeyecektir. Zira iktibas imkânı, amacın gerektirdiği oran ile sınırlıdır.

Daha önce ifade edildiği üzere kanun koyucu başka bir eserin tamamının ya da büyük bir kısmının iktibas edilmesini ancak kendisine iktibas yapılacak eserin bilimsel eser niteliğine sahip olması durumunda haklı görmüştür. Bununla birlikte kanun koyucu başka eserlerden iktibasın ancak “iktibas amacının haklı göstereceği” çerçevede yapılmasını kabul etmiştir. Buna göre iktibas ancak iktibas amacının gerektirdiği oranda yapıldıysa geçerlidir. Bilimsel eserlere başka eserlerden büyük iktibas yapılması da, ancak iktibas amacı, yani kendisine iktibas yapılan eserin içeriğini aydınlatma amacı, bir eserin tamamının ya da önemli bir kısmının iktibas edilmesini gerektiriyorsa mümkündür. Bilimsel bir esere yapılan iktibaslar bu eserde yer alan açıklamaları temellendirmek, anlaşılabilir kılmak veya bu eserdeki açıklamaları desteklemek için gerekli değilse, artık geçerli bir iktibasın varlığından söz edilemeyecektir. Bilimsel eserin içeriğinin aydınlatılması için başka bir eserin sadece parçalarının iktibas edilmesi yeterli ise, artık bu eserin tamamının FSEK madde 35/f.1-b. 3 kapsamında bilimsel bir esere iktibas edilmesi geçerli olmayacaktır. Örneğin, bir bilimsel eser başka bir makalenin sadece bir kısmı ile bir tartışma ortaya koyuyorsa, kendisinden iktibas edilen eserin sadece tartışmaya konu olan kısmı iktibas edilebilecektir⁵²⁰.

Kendisine iktibas yapılan eserin bilimsel eser olması ve geçerli bir iktibas amacının bulunması tek başına başka eserlerden büyük iktibas yapılmasını

⁵¹⁸ Amacın haklı kıldığı oranın aşılmadığının belirlenmesinde her bir somut olayda, kendisinden iktibas yapılan eserin ya da eser parçasının içeriği ve çerçevesi ile kendisine iktibas yapılan eserin içeriği ve çerçevesi de göz önüne alınacaktır. **Hertin, (Hertin/ Schulze/Walter, Kommentar zum deutschen Urheberrecht), §51, s. 17, nr. 37;** Örneğin, alışılmadık bir dil şekillendirilmesinin ya da bir atmosferin ele alındığı veya başka metinlerin karşılaştırıldığı ya da analiz edildiği veya birkaç cümle ile anlaşılması mümkün olmayan karışık açıklamaların yapıldığı durumlarda, daha geniş çerçevede iktibas yapılabilecektir. **Schricker, (Schricker, Urheberrecht), §51, s. 1031, nr. 19; Krüger, s. 97; BGH, GRUR 1986, s. 60, “Geistchristentum”.**

⁵¹⁹ **Krüger, s. 97.**

⁵²⁰ **Gamm, s. 550, nr.11.**

gerektirmez. Bu açıdan örneğin dört mısralık bir şiirin sadece bir mısrası kendisine iktibas yapılan eserdeki tartışma ile bağlantılı ise, sadece bu mısra iktibas edilebilecektir. Yine iktibasın amacına bir ya da iki adet resmin iktibas edilmesiyle ulaşılmışsa, artık 15–20 adet resmin iktibas edilmesi “amacın haklı kıldığı çerçeveyi” aşacaktır⁵²¹.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda bilimsel eserlere *büyük* iktibas yapılabilmesi imkânı tanınmak suretiyle, iktibasa konu olan eserin sahibinin mali hakları kural olarak bilimin teşvik edilmesi ve ilerlemesinde bulunan toplum menfaati karşısında geri plana atılmıştır. Bu açıdan örneğin, edebiyat tarihi ile ilgili bilimsel bir esere bir şiirin tamamının, sanat tarihi ile ilgili bir bilimsel esere bir sanatçının resminin veya müzik bilimi ile ilgili bilimsel esere bir kompozisyonun tamamının, iktibas edilmesi geçerli bir iktibas amacı var olduğu sürece *kural olarak* mümkündür. Bununla birlikte örneğin sanat tarihi ile ilgili bilimsel bir esere bir sanatçının tüm resimlerinin ya da resimlerinin önemli bir kısmının -amacın haklı gösterdiği çerçeve aşılmassa, yani iktibas edilen tüm eserler kendisine iktibas yapılan eserin içeriğini aydınlatmak için gerekli olsa dahi- iktibas edilmesi geçerli olacak mıdır?

FSEK madde 35/f.1-b. 3’de bu konuda herhangi bir sınırlandırma öngörülmemiştir. Yani kendisine iktibas yapılan bilimsel eser, bağımsızlığını koruduğu ve iktibaslar amacın gerektirdiği çerçeveyi aşmadığı sürece yapılabilecek iktibaslarla ilgili herhangi bir sınırlandırma bulunmamaktadır.

Bununla birlikte Alman Hukukunda bilimsel eserlere büyük iktibas düzenleyen UrHG madde 51/f.2-b. 1’de, “*bazı*” eserlerin alenileştikten sonra bağımsız bir bilimsel esere içeriğini aydınlatmak amacıyla iktibas edilebileceği ifade edilmiştir. Bu düzenleme ile bir eser sahibinin “bir kaç, az sayıda eserinin, iktibas edilebilmesine izin verildiği kabul edilmektedir⁵²². Bu sınırlandırmanın kapsamı

⁵²¹ **Maaßen**, s. 837. LG München verdiği bir kararda, altı sayfalık bir makaleye, bir fotoğrafçının 19 adet fotoğrafının iktibas edilmesini geçersiz görmüştür. Kararda, iktibas edilen fotoğraflardan birçoğunun sadece içeriklerinin kısaca betimlendiği ve birçok fotoğrafın kendisine iktibas yapılan eserdeki açıklamalar temelinde iktibas edilmesinin gerekli olmadığı ifade edilerek, burada amacın gerektirdiği çerçevenin aşıldığına karar vermiştir. LG München, AfP 1994 /4, s. 328.

⁵²² Yapılan iktibasların az sayıda bir kaç eserden yapılıp yapılmadığı hususu, yapılan iktibasların ancak iktibas amacı çerçevesinde yapılmış olması halinde irdelenmesi gereken bir koşul olarak ortaya çıkacaktır. Yani öncelikle yapılan iktibasların, amaçla belirlenen çerçevede yapılmış olup olmadığı incelenecek ve sonrasında birkaç az sayıda eserden iktibas yapılıp yapılmadığına bakılacaktır, **Ekrutt**, s. 9.

belirlenirler, bir taraftan iktibas edilen eserlerin, eserlerinden iktibas yapılan eser sahibinin tüm yaratımlarına olan oranı dikkate alınırken (rölatif ölçüt), diğer taraftan bu sınırlandırmanın aynı zamanda yapılabilecek iktibasların sayısına getirilmiş mutlak bir sınır olduğu göz önüne alınmalıdır. Buna göre eserlerinden iktibas yapılan eser sahibinin toplamda çok fazla sayıda eseri olsa ve iktibas edilen çok sayıda eser, eser sahibinin rölatif açıdan tüm eserlerinin küçük bir kısmını oluştursa dahi, mutlak bir sınır olarak eser sahibinin sadece “birkaç, az sayıda” eserinin iktibas edilmesine izin verilmektedir. Bu açıdan iktibasların, eserlerinden iktibas yapılan eser sahibinin tüm eserleri karşısında *rölatif* açıdan az sayıda olması, yani söz konusu eser sahibinin eserlerinin çokluğu karşısında, bütün eserlerinin sadece küçük bir bölümünü oluşturması, iktibas yapılabilecek eser kapsamının belirlenmesinde önem arz etmeyecektir. Eserlerinden iktibas yapılan bir eser sahibinin toplamda çok sayıda eseri olsa ve iktibas edilen eserlerin sayısı eser sahibinin toplam eser sayısına göre rölatif olarak az kalsa bile, bu ilişkiye bağlı olmaksızın mutlak olarak az sayıda bazı eserlerin iktibas edilmesine izin verilecektir⁵²³.

Örneğin, BGH, “Kandinsky” kararında, Kandinsky’nin 69 adet eserinin sanat tarihi ile ilgili bir esere iktibas edilmesinin, “birkaç, az sayıda” eserin iktibas edilmesi kapsamında olup olmayacağını irdelemiştir. OLG München kararında, Kandinsky’nin toplamda 1150 eserinin bulunması karşısında, bu eserlerden 69 tanesinin iktibas edilmesinin “birkaç, az sayıda eser” kapsamında olacağına karar vermiştir. BGH ise, bu kararı bozmuş ve 69 adet eserin iktibas edilmesini “birkaç, az sayıda eserin” iktibas edilmesi olarak görmemiştir. BGH, kararında, “bazı eserler” ifadesi ile “birkaç, az sayıda eserin” anlaşılacağını ifade etmiş ve bu kavramın, eser sahibinin tüm eserleri ile ilişki içerisinde olmakla birlikte aynı zamanda mutlak bir sınır da arz ettiğini ifade ederek, Kandinsky’nin toplamda 1150 adet olan eser sayısı karşısında 69 adet eserin rölatif olarak az sayıda olmasını bir kıstas olarak kabul etmemiş ve eserlerinden iktibas yapılan eser sahibinin toplam eser sayısını bir kıstas olarak göz önüne almamıştır⁵²⁴.

⁵²³ Seydel, s. 49; Krüger, s. 93; Dustmann, (Nordemann/ Nordemann/ Nordemann, Urheberrecht), § 51, s. 968, nr.21; Schricker, (Schricker, Urheberrecht), § 51, s. 1038, nr.34; Lüft, (Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht), § 51, s. 757, nr.11; Waldenberger, (Nicolini/Ahlberg, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz), § 51, s. 503, nr.9; Ekrutt, s. 10.

⁵²⁴ BGH, GRUR 1968, Heft 10, s. 610vd. “Kandinsky”; OLG München, Rexam Alexej Jawlensky’nin 34 adet resminin kitap olarak okunabilen ve Mahkemece bilimsel eser niteliği taşıdığı

FSEK'in bilimsel eserlere büyük iktibas düzenleyen 35'nci maddesinin birinci fıkrasının üçüncü bendinde ise UrHG madde 51'de yer alan düzenleme benzeri bir sınırlandırma yer almamaktadır. Buna göre kural olarak bilimsel bir eser bağımsız bir eser olma niteliğini kaybetmediği sürece ve iktibaslarla bilimsel eser arasında iç bağlantı, yani içeriği aydınlatma amacı bulunup, bu amaç da iktibasların oranını haklı gösterdiği sürece, bir eser sahibinin çok sayıdaki eserinin ya da eserlerin tamamının bilimsel bir esere iktibası mümkündür. Ancak bu sonuç çok sayıda eseri iktibas edilen bir eser sahibinin mali haklarının önemli ölçüde sınırlandırılması sonucunu doğurabilir. *Örneğin* bir şairi ve sanat stilini konu olan edebiyat bilimi ile ilgili bilimsel bir esere, bu şairin şiirlerinin tamamının ya da çok büyük bir kısmının “iktibas amacı haklı gösterse ve her bir şiirle bilimsel eserin içeriği arasında iç bağlantı kurulmuş olsa bile, iktibas edilmesi, söz konusu şairin mali haklarını büyük ölçüde etkileyecektir. Zira bir şairin çok sayıdaki şiirini içeren bilimsel eserle, bu şairin sadece şiirlerini bir araya getirerek yayımladığı bir şiir kitabı, kitapçılarda satışa sunulduğunda, kendisine iktibas yapılan bilimsel eserin, şairin şiir kitabında bulunan şiirlerin çoğunu ya da tamamını içermesi ve buna ilaveten şair ve sanatı hakkında da bilgi vermesi dikkate alındığında, okuyucunun şiir kitabı yerine, içerik olarak daha geniş kapsamda olan bilimsel eseri satın alması büyük bir ihtimal dâhilinde olacaktır. Bu durum da söz konusu şairin mali haklarını çok büyük ölçüde etkileyecektir. Böyle bir sonucun kabul edilmesi ise iktibas serbestîsinin tanınmasındaki amacın zaman içerisinde tersine işlemesine neden olabilecektir. Zira böyle bir duruma izin verilmesi, eser sahiplerinin yeni eserler meydana getirmek hususundaki istençlerini zayıflatarak, iktibas serbestîsine ilişkin

kabul edilen bir sergi kataloğuna iktibas edilmesi ile ilgili olarak, 133 sayfasında bilimsel içeriğe sahip olan bu eserde, eserleri söz konusu bilimsel eserin konusunu oluşturan başka bir ressamın 56 adet resmi iktibas edilirken, diğer bir ressam olan Jawlensky'nin 34 adet resminin eserde yer almasının “birkaç, az sayıda eser” kapsamında nitelendirilemeyeceğine karar vermiştir. ZUM, 1989/11, s. 532; Benzer bir olayda LG München II, ressam Franz Marc'ın 56 adet eserinin bir sanat tarihi kitabına iktibas edilmesini, “az sayıda birkaç eser” kapsamında değerlendirmemiş ve iktibas geçerli görmemiştir. LG München II, Schulze LGZ 84, s.1 vd.; LG München verdiği bir kararda, fotoğrafçı Helmut Newton'un 19 adet eserinin altı sayfalık bir dergi makalesine iktibası durumunda az sayıda birkaç eserin iktibas edildiğinden söz edilemeyeceğini ifade etmiştir. Kararda iktibasın, UrHG madde 51/f. 2-b. 1'de geçen “bazı eserler” kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği belirlenirken, bir eser sahibinin tüm eserleri olan ilişkisine bakılmakla birlikte, bu kavramın aynı zamanda bir eser sahibinin çok fazla sayıda eseri olsa dahi “az sayıda, birkaç eser” olarak mutlak bir sınırlandırma oluşturacağını ifade etmiştir. Mahkeme davaya konu olayda ise, kendisine iktibas yapılan makalenin tümü dikkate alındığında metin kısmının, fotoğraf kısımlarının kapsamı karşısında geri planda olacak şekilde dar bir kapsama sahip olduğunu ifade ederek, iktibas edilen 19 fotoğrafın iktibasının geçerli olamayacağına karar vermiştir. LG München, AfP 1994/4, s. 328–329.

kuralların temelinde yatan en geniş anlamda “kültürün gelişmesi” amacına erişilmesini, yeni eserler yaratılmasına olan isteği azaltarak olumsuz yönde etkileyecektir. Eser sahibi, FSEK madde 35/f.1-b. 3 kapsamında, bilimin ilerlemesi amacı ile bir eserin tamamının iktibas edilmesine katlanmak zorunda olmakla birlikte, tüm yaratımlarının bu şekilde iktibas edilmesine katlanmak zorunda bırakılmamalıdır. Zira FSEK’de, UrHG madde 51/f.2-b.1’de olduğu gibi bu konuda açık bir düzenleme olmaması, başka eser sahiplerinin eserlerinden iktibasın amacının haklı kıldığı ölçüde, ama sınırsız bir şekilde iktibas yapılacağı anlamına gelmemelidir.

Zira FSEK madde 35/f.1-b.3 hükmü yorumlanırken, Alman hukukunda öğreti ve yargı kararlarında iktibas serbestisinin yazılı olmayan koşulu olarak uygulanan ve esasen Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası Anlaşmalarda eser sahibinin haklarına getirilecek sınırlandırmaların taşınması gereken nitelikleri belirleyen üç basamak testi kapsamında yer alan (özellikle Bern Sözleşmesi madde 9/f. 2 ve TRIPS madde 13) eserden yararlanmanın, “eserden normal yararlanmayı zedelememesi ve eser sahibinin haklarına beklenemez ölçüde zarar vermemesi” koşulunun özellikle dikkate alınması gerekir.

Bern Sözleşmesi ve TRIPS’de yer alan ve Alman hukukunda iktibas serbestisinin yazılı olmayan bir koşulu olarak kabul edilen iktibasların “eserden yararlanmayı beklenemez ölçüde zedelememesi” ile örtüşen “eserden normal yararlanmayı zedelememe” koşulu ile iktibasların daha ziyade söz konusu yararlanmanın geleneksel değerlendirme şekilleri ile *doğrudan doğruya rekabet* haline girmesi durumunda, eserden normal yararlanmanın engellendiği kabul edilmektedir.⁵²⁵. Alman öğreti ve yargı kararlarında “eser sahibinin eserini değerlendirme imkânın beklenemez ölçüde ihlal edilmemesi” koşulu ile başka bir eserle doğrudan rekabete girme yasaklanmaktadır.

FSEK madde 35/f.1-b. 3’de her ne kadar bilimsel bir esere başka bir eserin tamamının ya da önemli bir kısmının iktibas edilmesi imkânı kabul edilerek, eser sahibinin mali hakları bilimsel ilerlemede bulunan toplum yararı karşısında belirli planda geri plana atılmışsa da, söz konusu düzenlemenin bir eser sahibinin çok sayıdaki eserinin, bu eserleri değerlendirme imkânını önemli ölçüde ortadan

⁵²⁵ **Bornkamm**, (Dreistufentest), s. 34, 46

kaldırarak yani mali haklarının özünü ihlal edecek derecede “sınırsız” şekilde bir sınırlandırma getirdiği kabul edilmemelidir.

Buna göre bir eser sahibinin çok sayıdaki eserinin bilimsel bir esere amaç haklı gösterse dahi iktibas edilmesi, eserlerinden iktibas yapılan eser sahibinin ekonomik menfaatlerinin özünü etkiliyorsa, özellikle bu eserlerini geleneksel olarak değerlendirme imkânı(örneğin şiirlerin bir kitapta toplanması gibi) ve buradan elde edebileceği kazancı önemli ölçüde ortadan kaldırıyorsa bu durumda yapılan iktibasların geçersiz olacağı kabul edilmelidir.

Ancak burada somut olayın tüm koşulları dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Örneğin sanat tarihi ile ilgili bilimsel bir esere bir ressamın çok sayıdaki resminin oldukça küçültülmüş formlarda ya da siyah beyaz iktibas edilmesi, söz konusu ressamın resimlerini bir katalogta toplamasından elde edeceği kazancı önemli ölçüde etkilemeyecektir. Zira güzel sanat eserleri nitelikleri gereği göze ve estetik duygulara hitap eden eserler olduğundan, bu eserlerin küçük formatta veya siyah-beyaz şekilde kullanılması aynı estetik etkiyi yaratmayacak ve bu eserlere ilgi duyan kitlenin eserlerin eser sahibi tarafından yayımlanan aslına uygun ve daha büyük bir formatta çoğaltılan nüshalarını erişme isteğini ortadan kaldırmayacaktır. Sonuç olarak burada somut olayın tüm özellikleri dikkate alınmalıdır.

III. GÜZEL SANAT ESERLERİNİN BİLİMSEL (İLMİ) KONFERANS veya DERSLERDE PROJEKSİYON ve BUNA BENZER VASITALARLA GÖSTERİLMESİ (FSEK madde35/f.1-b.4)

FSEK madde 35/f.1-b.4’de, alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ilmi konferans veya derslerde, konuyu aydınlatmak için projeksiyon ve buna benzer vasıtalarla⁵²⁶ gösterilmesinin geçerli olacağı düzenlenmiştir. Bu bentte yer alan düzenleme FSEK madde 35/f.1-b.3’de, bilimsel eserlere tanınan büyük iktibas hakkının tamamlayıcısı olup, sadece kullanılan vasıta bakımından bir değişiklik göstermektedir⁵²⁷.

⁵²⁶ Kanunda her ne kadar iktibasların projeksiyon ve benzeri vasıtalarla yapılabileceği ifade edilmişse de, bu düzenleme emredici olmayıp, bir güzel sanat eserinin aslının gösterilmesi suretiyle de temsil mümkün olmak gerekir, **Erel**,(Fikir ve Sanat Hukuku), s. 258. Aynı nitelikte **Ateş**, (Sınırlandırma),s. 316.

⁵²⁷ **Arslanlı**, s. 139.

FSEK madde 35/f.1-b.4de tanınan bu imkân sadece güzel sanat eserleri bakımından kabul edilmiştir. Öğretide, bu imkânın, amacın konuyu aydınlatmak olmasından dolayı sadece güzel sanat eserleri sınırlı olarak kabul edilmeyip, bilimsel konferans ve derslerde konu ile ilgili örneğin bir haritanın, teknik planın da gösterilmesinin geçerli olması gerektiği ifade edilmiştir⁵²⁸. Yani bir güzel sanat eserinin ilmi konferans veya derslerde projeksiyon gibi araçlarla gösterilebilmesi için bilimsel konferansın ya da dersin konusunun mutlaka güzel sanat eserleri ile ilgili olması gerekli değildir⁵²⁹.

Bu bentte yer alan bilimsel nitelikteki konferans ve dersler konuşma yoluyla ifade edildiklerinden, bu nitelikteki konferans ve derslerde, konferansın ya da dersin konusunu aydınlatmak için güzel sanat eserlerinin bir takım vasıtalar kullanılarak gösterilmesi, yani temsil edilmesi gerekmektedir. Kanun koyucu da bu tür eserlerin özelliğini dikkate alarak bilimsel nitelik taşıyan konferans ve derslere, güzel sanat eserlerinin iktibas edilmesi bakımından FSEK madde 35/f.1-b.3'de yer alan düzenlemeye bir açıklık getirmiştir. Düzenlemede güzel sanat eserlerinin görüntü nakline yarayan bir araçla gösterilmesi söz konusu olduğundan, burada eser sahibinin temsil hakkı sınırlandırılmaktadır.

FSEK madde 35/f.1-b.4'de, aynı fıkranın üçüncü bendinde yer alan düzenlemenin aksine bilimsel konferans veya dersin eser niteliğine sahip olması gerektiği açıkça belirtilmemiştir. Burada FSEK madde 35/f.1-b. 4 hükmünün uygulanmasında kendisine iktibas yapılacak bilimsel nitelikteki konferans ve dersin eser niteliği taşıması gerekip gerekmediği sorusu akla gelebilir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, FSEK madde 35/f.1-b.4'de yer alan düzenleme esasen Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b. 3'de bilimsel eserlere yapılabilecek iktibas hakkının özel bir görünümü düzenleyen bir hükümdür. Bu açıdan kanımızca bu bent kapsamında güzel sanat eserlerinin projeksiyon vs. ile gösterilmesinin geçerli olması için, bilimsel konferans veya dersin eser niteliğine sahip olması gerekir. Burada bilimsel konferans ve dersler bakımından eser niteliğine sahip olma koşuluna bir istisna getirilmiş olmayıp, sadece söz konusu eserlerin yazılı olarak ifade edilmemesinden dolayı, bu eserlere yapılabilecek iktibas şekli ile ilgili özel bir

⁵²⁸ Arslanlı, s. 140.

⁵²⁹ Ateş, (Sınırlandırma), s. 316.

düzenleme yapılmıştır⁵³⁰. Zira burada kanun koyucunun amacı eser niteliği taşıyacak seviyeye ulaşamamakla birlikte, bilimsel nitelik taşıyan çalışmalara iktibas bakımından bir istisna getirmek olsaydı, sadece bilimsel konferans ya da dersler bakımından bir istisna getirilmeyip, genel olarak eser niteliği taşımayan tüm bilimsel çalışmalara da-yazılı çalışmalar da dâhil olmak üzere- bu yönde bir istisna tanınırdı. Buna göre bir bilimsel konferans veya derste alenileşmiş bir güzel sanat eserinin projeksiyon ve benzeri araçlarla gösterilebilmesi için bilimsel konferans veya dersin de eser niteliği taşıması gerekmektedir. Yani konferans veya derslerin metodik ve ciddi bir şekilde bilgi elde eden veya bunlarla tartışma ortaya koyan ya da bunları anlatarak yayan bir eser niteliği taşıması gerekir. Yine bu tür eserlere iktibas imkânı da ancak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b. 3’de yer alan düzenleme gibi, bilimsel konferans veya dersin içeriğini aydınlatmak yani bu konferans veya derslerde anlatılan konunun içeriğini aydınlatmak amacıyla yapılabilecektir.

Bu kapsamda bakıldığında kanımızca Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b. 4’de yer alan düzenleme gereksizdir. Zira FSEK madde 35/f.1-b.3’de düzenlenen alenileşmiş güzel sanat eserlerinden bilimsel eserlere büyük iktibas yapılması hususunda tanınan imkân, kendisine iktibas yapılacak bilimsel eserin niteliğine bağlı değildir. Bu eser yazılı olabileceği gibi sözlü de olabilir. Bu kapsamda bilimsel nitelikteki konferans ve derslerde, FSEK madde 35/f.1-b. 3 kapsamında kendisine iktibas yapılabilecek bir eser niteliğine sahip olabileceğinden ve bu maddede iktibasın yapılış şekli yönünden de bir sınırlandırma getirilmediğinden, bilimsel nitelikteki konferans veya derslerde başka güzel sanat eserlerinin temsil edilmesi bu bent kapsamında zaten mümkün olabilecektir.

⁵³⁰ Belirtmek gerekir ki, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 33’ncü maddesinde, eğitim ve öğretim amacıyla bir eserin temsiline maddede yer alan koşullarla serbesti getirilmiştir. Bu madde bakımından örneğin bir güzel sanat eserinin bir derste projeksiyon vs. vasıtasıyla temsil edilebilmesi için, söz konusu dersin eser niteliğine sahip olması gerekli değildir. Madde metninde eğitim öğretim amacıyla temsil serbestisinin sadece yayımlanmış eserler bakımından olacağı ifade edilmekle birlikte, bu hükmün esasen ilim ve edebiyat ile müzik eserleri için düşünülmüş olduğu, bununla birlikte, diğer eser türlerinde de eğitim ve öğretim amacıyla temsil serbestisinin tanınması gerekeceği ve bu bakımdan da hükümde yer alan yayımlanmış eser kavramının, güzel sanat eserleri ve sinema eserlerini de kapsayacak şekilde “alenileşmiş eser” olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir, **Erel**, (Fikir ve Sanat Hukuku) s. 247, aynı yönde, **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s. 85.

IV. İLİM ve EDEBİYAT ESERLERİNE YAPILACAK KÜÇÜK İKTİBASIN KOŞULLARI (FSEK madde 35/f.1-b.1)

A. Genel Olarak

FSEK madde 35/f.1-b.1'e göre, *alenilemiş bir eserin bazı cümle ve fıkralarının bağımsız(müstakil) bir ilim ve edebiyat eserine alınması* caizdir. "Küçük iktibas" olarak adlandıracağımız bu iktibas türü, uygulamada oldukça yaygın olarak görülen ve bu nedenle de pratikte en fazla öneme sahip iktibas türüdür.

Bilimsel eserlere yapılabilecek büyük iktibastan farklı olarak küçük iktibasta, kendisine iktibas yapılabilecek eserler sadece bilimsel niteliğe sahip eserler ile sınırlandırılmamıştır. Madde metninde, bilimsel eserlere yapılacak büyük iktibastan farklı olarak, kendisinden iktibas yapılacak eserin yayımlanmış olması koşulu aranmayıp, sadece alenilemiş olması yeterli görülmüş, ayrıca büyük iktibasta olduğu gibi somut bir iktibas amacından da bahsedilmemiştir. Aşağıda ifade edeceğimiz üzere, madde metninde açıkça iktibas amacından bahsedilmemesi, belirli bir amaç olmaksızın başka eserlerden iktibas yapılabilmesi anlamına gelmemekle birlikte, küçük iktibasın hukuka uygunluğu için aranacak iktibas amacı, bilimsel eserlere büyük iktibas için aranan iktibas amacı kadar sıkı koşullara tabi olmayacaktır. Nitekim büyük iktibasta, bir eserin tamamının ya da önemli bir kısmının iktibas edilmesi nedeniyle kendisinden iktibas yapılan eser sahibinin haklarına önemli ölçüde zarar verilmesi tehlikesi varken, bir eserden sadece küçük iktibasa imkân tanınması halinde ise, *kural olarak* eser sahibinin haklarının sınırlandırılması büyük iktibastaki kadar ağır bir durum oluşturmayacaktır.

FSEK madde 35/f.1-b. 1'e göre geçerli bir iktibastan söz edilebilmesi için, kendisine iktibas yapılacak eserin "bağımsız bir ilim ve edebiyat eseri" olması gerekmektedir. FSEK madde 35/f.1-b. 1'de düzenlenen "küçük iktibas"ın uygulamada en çok ve farklı şekillerde kullanılan iktibas türü olması, iktibas serbestisine ilişkin 35'nci maddenin Kanunun yapıldığı zamandan beri bir değişikliğe uğramaması ve özellikle teknoloji alanındaki gelişmeler dikkate alındığında, kendisine, FSEK madde 35/f.1-b.1 kapsamında iktibas yapılabilecek eserlerin sadece "ilim ve edebiyat eserleriyle" sınırlandırılmış olması, uygulamada birçok problem

doğurabilecek niteliktedir. Bunun en güzel örneği, sinema eserlerine iktibas yapılmasıdır. Zira sinema eserleri, ilim ve edebiyat eserleri kapsamında olmayıp, FSEK’de ayrı bir maddede, ayrı bir eser türü olarak düzenlenmiştir. FSEK madde 35/f.1-b.1 kapsamında iktibas imkânı sadece, ilim ve edebiyat eserlerine tanındığından, salt madde metni dikkate alındığında sinema eserlerine iktibas imkânının bulunmadığı söylenebilecektir.

Yine bu bent kapsamında yapılacak iktibasın sadece “belirli cümle ve fıkralarla” sınırlı tutulması, bu madde kapsamında sadece dil ile ifade edilen eserlerden iktibas yapılabileceği gibi bir izlenim uyandırmaktadır. Buna karşılık iktibas serbestisine ilişkin hükümlerin getirilmesinin altında yatan amaç dikkate alındığında, kendisinden iktibas yapılabilecek eserlerin sadece dil ile ifade edilen eserlerle, yani sadece belirli bir eser zümresi ile sınırlandırılmasının ne derece doğru olduğu tartışılması gereken bir husustur.

B. Kendisinden İktibas Yapılacak Eser Bakımından Koşullar

1. Kendisinden İktibas Yapılabilecek Eser Türleri

FSEK madde 35/f.1-b.1’de, “*alenileşmiş bir eserin bazı cümle ve fıkralarının bağımsız bir ilim ve edebiyat eserine alınmasının*” geçerli olacağı düzenlenmiştir.

FSEK’in “küçük iktibas”ı düzenleyen 35’nci maddesinin birinci fıkrasının birinci bendinde, “*alenileşmiş bir eserin bazı cümle ve fıkralarının*” iktibasından söz edilmektedir. Düzenlemede her ne kadar kendisinden iktibas yapılabilecek eser türleri için açıkça bir sınırlandırma getirilmemişse de, “bazı cümle ve fıkralar” ifadesi, kendisinden iktibas yapılabilecek eserlerin, sadece dil ile ifade edilen eserlerle sınırlı olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Zira “cümle” kavramı Türk Dil Kurumu Sözlüğünde⁵³¹, bir yargıyı bildirmek için tek başına çekimli bir fiil veya çekimli bir fiille kullanılan kelimeler dizisi olarak tanımlanmıştır. “Fıkra” kelimesinin ise, kısa ve özlü anlatımı olan, nitelikli güldürücü hikâyecik; edebiyatta köşe yazısı; hukukta kanun maddelerinin kendi içlerinde satır başlarıyla ayrıldıkları ufak bölümlerden her biri gibi farklı anlamları bulunmaktadır. Fıkranın diğer bir

⁵³¹ www.tdk.gov.tr

sözlük anlamı ise, “paragraf” demektir. “Paragraf” düz yazıların kendi içinde satır başıyla ayrıldığı bölümler anlamına gelmektedir. “Paragraf” kavramı”, “cümle” kavramından daha geniş olabilir. Buna göre bir eserin bazı cümle ve paragraflarının iktibas küçük iktibas kapsamında olacaktır.

Öğretide ise FSEK madde 35/f.1-b. 1 kapsamında kendisinden iktibas yapılabilecek eserlerin sadece dil ile ifade edilen eserlerle sınırlı olarak mı anlaşılması gerekeceği hususunda farklı görüşler bulunmaktadır:

Erel, düzenlemede geçen “cümle veya fıkralar” ibaresi nedeniyle bu madde kapsamında sadece dil ile ifade edilen eserlerden iktibas yapılabileceğini ifade ederken⁵³²; *Arslanlı* ise Kanunun ifade tarzına göre sadece dil ile ifade olunan eserlerden iktibasa izin verilmiş gibi bir izlenim uyansa da, buradaki “cümle ve fıkra” kavramının geniş yorumlanarak müzik ya da sinema eserlerinden de iktibas yapılabileceğinin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁵³³. *Öztaş*’da, FSEK madde 35/f.1-b.1 kapsamında yapılacak iktibaslarda, kendisinden iktibas yapılabilecek eser türlerinin bir önemi olmadığını; ilim ve edebiyat eserlerine aynı tip eserlerden veya duruma göre müzik ya da güzel sanat eserlerinden iktibas yapılabileceğini ve maddede geçen “cümle ve fıkra” ibaresinin “başka bir eserden bazı yerleri, bazı parçaları almak” şeklinde geniş yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir⁵³⁴.

Ateş ise, *Arslanlı*’nın müzik eserlerinin, bilimsel ve edebi eserlere iktibas edilebileceğine ilişkin görüşüne kısmen katılmakla birlikte, sinema eserlerinin, ilim ve edebiyat eserlerine iktibas edilebileceğine ilişkin görüşüne katılmamaktadır. *Ateş*’e göre, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda her nevi sözlü besteler münferit birer müzik eseri sayıldığından ve bir bestenin sözlü kısmını oluşturan güftenin bir edebiyat eserine konulması fiilen mümkün olduğundan, hukuken de geçerli görülmelidir. Sinema eserleri ise ilim ve edebiyat eserlerine iktibas edilecek niteliğe sahip olmadıklarından, zaten fiilen iktibas edilemezler. Bununla birlikte, sinema eserinin yazılı unsurunu oluşturan senaryodan ilim ve edebiyat eserlerine iktibas imkânı mevcuttur⁵³⁵.

Belirtmek gerekir ki, bir müzik eserinin sadece güftesinin değil, bestesinin de bir ilim ve edebiyat eserine iktibas edilmesi *fiilen* mümkündür. Örneğin bir müzisyen

⁵³² *Erel*, (İktibas Serbestisi), s. 347; *Erel*, (Fikir ve Sanat Hukuku), s. 256.

⁵³³ *Arslanlı*, s. 136.

⁵³⁴ *Öztaş*, (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 454.

⁵³⁵ *Ateş* (Sınırlandırma), s. 304.

hakkında hazırlanan ve bilimsel nitelik taşımamakla birlikte dil ile ifade edilen bir eser olarak FSEK madde 2/f.1-b. 1'e göre ilim ve edebiyat eseri niteliğine sahip bir radyo programına, bu müzisyenin bir müzik eserinden bazı parçaların da iktibas edilmesi *filen* mümkündür. Bu açıdan müzik eserlerinin bestesinin *filen* bir ilim ve edebiyat eserine iktibas edilemeyeceğinden söz edilemez.

Yine bir sinema eserinden, bir ilim ve edebiyat eserine iktibas yapmak da *filen* mümkündür. Şöyleki: televizyonda yayınlanan ve güncel bir siyasi olay kapsamında yapılan bir yorum ya da tartışma FSEK madde 2/f.1-b.1 kapsamında dil ile ifade edilen bir eser niteliği taşıyabilecektir. Bu programa eşlik eden görüntü dizilerinin, sinema eseri sayılmaya yetecek bir hususiyetle şekillendirilmediği varsayılırsa, söz konusu televizyon programı sadece, televizyonun teknik imkânları ile kendisine hareketli görüntü dizileri eşlik eden bir ilim ve edebiyat eseri niteliği taşıyacaktır⁵³⁶. Bu noktada, söz konusu tartışma ya da yorum programına, başka bir sinema eserinden, örneğin eser niteliğine sahip başka bir televizyon programından, yapılan yorumu ya da tartışmayı delillendirmek için iktibas yapılması *filen* mümkündür. Bu durumda, yazılı bir dil ile ifade edilen esere, örneğin başka bir resmin iktibas edilmesinden farklı bir durum ortaya çıkmayacaktır.

Yine kanun koyucu FSEK madde 35/f.1-b.1'de düzenlenen iktibas imkânını, sadece ilim ve edebiyat eserlerine iktibas bakımından kabul etmişse de, ilgili bölümde belirtileceği üzere, kanımızca bu hüküm kıyas yoluyla sinema eserleri hakkında da uygulanmak gerekeceğinden, bir sinema eserinden diğer bir sinema eserine FSEK madde 35/f.1-b. 1 kapsamında iktibas da *filen* mümkün olabilecektir.

Kanımızca FSEK madde 35/f.1-b. 1 kapsamında kendisinden iktibas yapılabilecek eserlerin sadece dil ile ifade edilen eserlerle sınırlı olarak kabul edilmemesi gerekir. Bu açıdan öğretilde ifade edilen, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b. 1'de geçen “*bazı cümle ve fıkralar*” ibaresinin, bir eserin bazı parçalarının iktibas edilebileceği şeklinde geniş yorumlanması gerektiği yolundaki görüşe katılmaktayız. Zira söz konusu düzenlemede her ne kadar “cümle ve fıkra” ibaresi kullanılsa da, düzenlemenin bütünü dikkate alındığında, burada bazı eser parçalarının iktibasına izin verildiği şeklinde bir yorum yapılabilir.

⁵³⁶ Bkz. **Ekrutt**, s. 108.

Öncelikle belirtmek gerekir ki,“bazı cümle ve fıkralar” ibaresi esasen, bilgisayar programları da dâhil olmak üzere herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade edilen eserlerden (FSEK madde 2/f.1-b.1) iktibası kapsayacaktır. Zira bilgisayar programları da programlama dilleri ya da kodlar ile olsa da yazılı bir görünüm gösterirler ve ister normal dil veya semboller ile isterse bir programlama dili ile ifade edilmiş olsunlar, aynı zamanda birer metin niteliğindedirler⁵³⁷. Bilgisayar programları da dil ve yazı ile ifade edilen eserler kapsamındadır (FSEK madde 2/f.1-b. 1). Burada sadece dil kavramını grafiksel işaretleri de içerir şekilde anlamak gerekir⁵³⁸. Bilgisayar programlarının metninde de belirli komutlar belirli bir sıra halinde bir metin olarak ifade edilmektedir. Bu açıdan cümle ve fıkra kavramının bilgisayar programlarının metninin bazı parçalarını kapsayacak şekilde yorumlanması mümkündür. Bunun yanında genişletici bir yorumla müzik eserlerinin de Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b. 1 kapsamında kendisinden iktibas yapılabilecek eserler kapsamında sayılması mümkündür. Zira “cümle” kavramı müzik eserlerinde de müzik eserinin belirli niteliğe sahip bir parçasını ifade etmek için kullanılan bir teknik terimdir. Yani “cümle” kavramı sadece dil ile ifade edilen eserler için değil, müzik eserleri için de müzik biliminde kullanılan bir kavramdır. Müzik biliminde “cümle” kavramı: “*Birkaç –genellikle 8- mezürden oluşan, motif’ten uzun, periyot’tan kısa, 2–4 mezürlük iç kısımları da içeren anlamlı, duygu yaratan, polifonik bütünlüğü olan müzik bölmesi; seslerin küçük yapılar şeklinde kristalize oluşu; birbirini tamamlayan pasaj, figür*” olarak tanımlanmaktadır⁵³⁹.

Buna karşılık, ilim ve edebiyat eserleri kapsamında düzenlenen bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleriyle, her nevi haritalar, planlar, projeler, krokiler vs.(FSEK madde 2//f.1-b. 3) gibi eserlerin “cümle ve fıkralarının” iktibasından söz etmek mümkün değildir.

Yine ilim ve edebiyat eserleri(FSEK madde 2/f.1-b. 1) kapsamında düzenlenen her nevi rakıslar, yazılı koreografi eserleri, pandomimalar ve buna benzer sözsüz sahne eserlerinin(FSEK madde 2/f.1-b. 2) de cümle ve fıkralarının iktibasından söz edilemeyecektir. Zira bu eserlerde ifade aracı konuşulan dil değil, beden dilidir. Bu tür eserlerde duygu, düşünce ve fikirlerin söz veya yazıyla değil,

⁵³⁷ Aksu, s. 77–78.

⁵³⁸ Aksu, s. 79.

⁵³⁹ Aktüze, İrkin, Müziği Anlamak- Ansiklopedik Müzik Sözlüğü, İstanbul, 2004, s. 135-136.

hareketlerle ifade edilmesi söz konusudur⁵⁴⁰. Bu tür eserlerde *korunan husus, hareketlerle ifade edilen duygu ve düşüncelerin sergilenmesidir*⁵⁴¹. Dansın eser haline gelebilmesi için, dansın bütünü oluşturarak figürlerin aynen tekrarlanabilir bir düzeni olması yeterli olup, yazılı bir metin bulunması da gerekli değildir⁵⁴². *Pantomima ise, duygu ve düşüncelerin yüz ve vücut hareketleri ile anlatılmasıdır*. Bu açıdan bu tür eserlerden de cümle ve fıkralar şeklinde iktibas yapılması söz konusu olmayacaktır.

Aynı husus FSEK madde 5’de düzenlenen sinema eserleri için de geçerlidir. Zira sesli veya sessiz birbiri ile ilişkili hareketli görüntü dizilerinden oluşan sinema eserlerinden, görüntü dizilerinin iktibasında “cümle ve fıkraların” iktibasından bahsedilemeyeceği açıktır.

Bununla birlikte FSEK madde 35/f.1-b.1’de her ne kadar bazı cümle ve fıkraların iktibasından söz edilse de, düzenlemenin tümünde, kendisinden iktibas yapılacak eser bakımından bir sınırlandırma getirilmemiştir. Nitekim kendisine iktibas yapılacak eser, ilim ve edebiyat eserleri ile sınırlanırken, kendisinden iktibas yapılacak eserin türü hakkında açık bir düzenleme getirilmemiş ve “*bir eserin*” cümle ve fıkralarından söz edilmiştir. Aslında bu düzenlemenin, dil ile ifade edilen eserlerden yapılacak iktibasların, uygulamada yapılan iktibasların çok büyük bir bölümünü oluşturması ve esasen iktibas serbestisine ilişkin düzenlemelerin dil ile ifade edilen eserlerden yapılacak iktibaslar temelinde ortaya çıkmasından kaynaklandığı söylenebilir. Zira iktibas serbestisine ilişkin düzenlemeler geleneksel eser türleri ve geleneksel iletişim yöntemleri temelinde gelişmiştir. “Küçük iktibas”, öncelikli olarak gazetecilik iktibasları veya sohbet iktibasları olarak şekillendiğinden, 1965 tarihli Kanundan önceki Kanunlarda Alman kanun koyucusu da, kendisine iktibas yapılacak eserleri ve hatta *kendisinden iktibas yapılacak eserleri dil ile ifade edilen eserlerle sınırlı olarak düzenlemiştir*⁵⁴³. Nitekim 1901 tarihli Edebiyat ve Müzik Eserlerinde Eser Sahibi Hakkı Kanunu (Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst vom 19 Juni 1901/ LUG) madde 19/1’de, kendisinden iktibas yapılabilecek eserler, *yazılı eserler, konferans ve konuşmalar* olarak, kendisine iktibas yapılabilecek eserler de edebi eserler olarak düzenlenmiştir.

⁵⁴⁰ Erel, (Fikir ve Sanat Hukuku), s. 60.

⁵⁴¹ Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s. 49.

⁵⁴² Arkan, s. 22.

⁵⁴³ Schulz, s. 222; Brauns, s. 99.

Bununla birlikte o zaman dahi *yürürlükte olan LUG madde 19/1'deki edebi eserler ibaresi geniş yorumlanmakta ve film eserleri de edebi eserler kapsamında görülmekteydi*⁵⁴⁴. Ancak 1965 tarihli UrHG'de bu sınırlandırma ortadan kaldırılarak, eser türleri bakımından bir sınırlandırmaya gidilmeksizin, küçük iktibas kapsamında(UrHG madde 51/f. 2-b. 2) yapılacak iktibaslar genel olarak “eser parçaları” ile sınırlandırılmıştır.

İkinci olarak, FSEK madde35/f.1-b.1'de, küçük iktibas çerçevesinde kendisine iktibas yapılabilecek eserlerin “*ilim ve edebiyat*” eseri olarak düzenlendiği dikkate alındığında, ilim ve edebiyat eserlerine iktibas imkânının sadece dil ile ifade edilen eserlerden yapılacak iktibaslarla sınırlanmaması gerektiği sonucu çıkar. Nitekim FSEK madde 2'de, her hangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade edilen eserler dışında, “her nevi rakıslar, yazılı koreografi eserleri, pandomimalar ve buna benzer sözsüz sahne eserleri(FSEK madde 2/f.1-b. 2) ve “bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleriyle, her nevi haritalar, planlar, projeler, krokiler, resimler, coğrafya ve topografyaya ait maket ve benzerleri, her çeşit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri, mimari maketler, endüstri, çevre ve sahne tasarım ve projeleri(FSEK madde 2/f.1-b.3)” de ilim ve edebiyat eserleri içerisinde sayılmıştır. Buradan çıkan sonuç kanun koyucunun “küçük iktibas” kapsamında *kendisine iktibas yapılabilecek* eser türlerini sadece “dil” ile ifade edilen eserlerle sınırlanmadığıdır.

İlim ve edebiyat eserleri kapsamında düzenlenen her nevi rakıslar, yazılı koreografi eserleri, pandomimalar ve buna benzer sözsüz sahne eserleri (FSEK madde 2/f.1-b. 2), FSEK madde 35/f.1-b. 1 kapsamında kendisine iktibas yapılabilecek eserler kapsamında yer alırken, bu tür eserlerden iktibas yapılamayacağıın kabul edilmesi de esasen Kanunca izin verilen bu tür eserlere iktibas yapılabilmesi imkânını fiilen ortadan kaldıracaktır. Zira FSEK madde 35/f.1-b. 1 kapsamında kendisine iktibas yapılabilecek bu tür eserlere yapılacak iktibaslar da esasen aynı nitelikteki eserlerden yapılacaktır. Zira bu eserlerde ifade aracı konuşulan dil değil, beden dilidir. Bu tür eserlerde duygu, düşünce ve fikirlerin söz veya yazıyla değil, hareketlerle ifade edilmesi söz konusu olduğundan bu eserlere yine aynı nitelikteki eserlerden iktibas yapmak mümkün olmalıdır.

⁵⁴⁴ **Schricker, (Schricker, Urheberrecht), § 51, s. 1040, nr.41.**

Zira FSEK madde 35/f.1-b. 1 kapsamında kabul edilen iktibas imkânının sadece “cümle ve fıkra” olarak iktibasa konu olabilecek eserlerden yapılacak iktibaslarla sınırlı olarak kabul edilmesi, sanatsal ve fikri tartışma imkânının sadece belirli eser türleri aracılığıyla yapılabileceği sonucunu doğurarak, iktibas serbestisine ilişkin düzenlemelerin temelinde yatan, yeni eserler yaratılmasına katkıda bulunmak ve karşılıklı fikri ve sanatsal tartışma imkânı sağlamak suretiyle toplumun kültürel gelişiminin sağlanması amacının gerçekleştirilmesine, iktibas imkânının sadece belirli bir eser zümresi ile sınırlandırılması yolu ile önemli bir sınırlandırma getirir. Kanun koyucunun iktibas imkânını bu şekilde sınırlamak niyetinde olduğuna ilişkin herhangi bir dayanak bulunmamaktadır. Nitekim günümüzde toplumun kültürel hayatında en az dil ile ifade edilen eserler kadar yoğun bir yer bulan, sinema(özellikle televizyon eserleri) eserlerinden, iktibas yapılamayacağını kabul etmek, iktibas serbestisi ile getirilmek istenen kültürel gelişim amacını önemli ölçüde sınırlandıracaktır. Belirli bir düşünce ve duyguyu dilsel araçlarla ifade edilen dil ile ifade edilen eserlerden iktibas kabul edilirken, yine belirli bir duygu ya da bir düşünceyi dil aracı yanında görüntü dizilerini de eklemek suretiyle ifade eden sinema eserlerinden iktibas yapılamayacağını kabul etmek doğru bir yaklaşım tarzı olmayacaktır.

FSEK’in iktibas serbestisini düzenleyen 35’nci maddesinin sistematigi de dikkate alındığında, maddenin üçüncü ve dördüncü bendinde bir eserin tamamının ya da önemli bir kısmının iktibasına(yani büyük iktibasa) ancak bilimsel eserlere iktibas bakımından maddede yazılı belirli koşullarla(özellikle içeriğin aydınlatılması şeklindeki iktibas amacı) izin verildiği görülmektedir. Zira bir eserin tamamının ya da önemli bir bölümünün iktibas edilmesi yolu ile iktibas edilen eserin tamamının ya da önemli bir kısmının eserle ilgilenenlere sunulmak suretiyle onları eserin orijinalini edinme isteğinden uzaklaştırma tehlikesinin doğması kuvvetle muhtemeldir. Kanun koyucu ise bu tür bir tehlikeyi ancak bilimsel eserlere yapılacak iktibaslar yani bilimsel iktibaslar bakımından göze almıştır. Yani burada toplum yararını, eser sahibinin mali yararlarının önünde gözetmiştir.

Buna karşılık FSEK madde 35/f.1-b. 1’de bir eserin sadece bazı cümle ve fıkralarının iktibasına izin vermiş, ancak bir yandan kendisine iktibas yapılabilecek eser türlerini bilimsel eserlerle sınırlandırmadığı gibi, iktibas imkânını da, bilimsel

eserlere iktibasta olduğu gibi açık bir iktibas amacı ile de sınırlandırmamıştır. Daha sonra da ifade edileceği üzere FSEK madde 35/f.1-b. 1 kapsamında yapılacak iktibaslarda, iktibas amacı bilimsel eserlere yapılabilecek iktibasaki “içeriği aydınlatma” amacından daha geniş bir alanda olabilecektir. Kanun koyucu burada eser sahibi ile toplumun karşılıklı çatışan yararlarını bir noktada dengelemiş ve bu dengelemede en önemli unsur FSEK madde 35/f.1-b. 1 kapsamında bir eserin sadece “bazı cümle ve fıkralarının” iktibasına izin verilmesi oluşturmuştur. Zira bir eserin sadece bazı cümlelerinin iktibası, esasen o eserin tümünün ilgili kitleye ulaşmasına yol açmayacağından, eser sahibinin eserini ekonomik olarak değerlendirme imkânlarını kural olarak daraltmaz⁵⁴⁵. Bu açıdan kanun koyucunun FSEK madde 35/f.1-b 1 kapsamında bir eserin sadece bazı cümle ve fıkralarının iktibasına izin vermesinin altında yatan ilkenin, daha kapsamlı amaçlarla iktibas yapılmasına izin verirken, eser sahibinin eserini ekonomik olarak değerlendirme imkânlarını daraltma tehlikesi kuvvetle muhtemel olan, bir eserin tamamının ya da önemli bir kısmının bu madde kapsamında iktibasını engellemek olduğu söylenebilecektir. Yani bu madde kapsamında bir eserin tamamı ya da önemli bir kısmının iktibası mümkün değildir. Bu açıdan kanun koyucunun cümle ve fıkra olarak iktibas edilmesi mümkün olmayan eser türlerinin tamamının ya da önemli bir kısmının iktibas edilmesinin değil de, sadece “bazı parçalarının” iktibasının söz konusu olduğu durumlarda, fikri veya sanatsal tartışma imkânının bazı eser türleri ile sınırlandırılarak daraltılması yönünde bir iradesinin bulunduğu söz edilemeyeceği kanısındayız. Bu açıdan FSEK madde 35/f.1-b.1 hükmünün, bir eserin parçalarının iktibasında da uygulanabileceği söylenebilecektir.

Burada değinilmesi gereken bir husus da dil ile ifade edilen eserlerden, dans eserlerinden, müzik eserlerinden veya sinema eserlerinden, sadece bazı parçaların iktibas edilmesi mümkünken, doğası gereği güzel sanat eserleri(FSEK madde 4) ve bedii niteliği bulunmayan fotoğraf, harita gibi(FSEK madde 2/f.1-b. 3) eserlerin parçalarının iktibasının genellikle mümkün olmayacağıdır. Zira bu tür eserlerde, anlam genellikle eserin bütününe yayılmıştır ve sadece eserin bir kısmının iktibas bu anlamı vermek için yeterli olmaz. Ayrıca bu eserlerin sadece parçalarının iktibas eser sahibinin eserinin değiştirilmemesi hususundaki manevi hakkını da ihlal

⁵⁴⁵ Bkz. **Brauns**, s. 94.

edebilecektir. Kanun koyucu ise küçük iktibasa ilişkin FSEK madde 35/f.1-b. 1'i düzenlerken, bu iktibas türünde kural olarak bir eser türünün tamamının ya da önemli bir bölümünün iktibas edilemeyeceği ilkesinden hareket etmiştir. Yapılacak iktibasların, bilimsel eserlere yapılabilecek büyük iktibastan(FSEK madde 35/f.1-b. 3- 4) farklı olarak bir eserin " bazı cümle ve fıkralarıyla" sınırlandırılması da bunu göstermektedir. Bu açıdan güzel sanat eserleri ya da ilmi veya teknik nitelikteki fotoğraf vs. eserlerin parçalarının da, eser sahibinin eserinin değiştirilmesi hususundaki manevi hakkı ihlal edilmediği sürece, FSEK madde 35/f.1-b.1 kapsamında iktibas edilebilmesi mümkündür. Zira bu tür eserlerin parçalarının iktibası mümkün olduğu sürece, bu tür eserlerin fikri ya da sanatsal tartışmanın kapsamından çıkartılmaması gerekir. Örneğin bir haritanın sadece belirli bir bölgeyi gösteren kısmı, yine örneğin bir deprem haritasının sadece belirli bir fay hattını gösteren kısmının başka bir esere iktibası mümkün olabilir.

Bununla birlikte daha önce de ifade ettiğimiz gibi güzel sanat eserleri (FSEK madde 4) ve ilmi veya teknik nitelikteki fotoğraf vs. eserlerinin (FSEK madde 2/f.-b. 3) *esasen* parça olarak iktibas edilmesi mümkün olmayıp, bu eserlerin tamamının iktibası hakkında FSEK madde 35/f.1-b.1 hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı hususuna ileride değinilecektir.

2. Kendisinden İktibas Yapılacak Eserin Alenileşmiş Olması

FSEK madde 35/f.1-b.1'de, "*alenileşmiş bir eserin bazı cümle ve fıkralarının bağımsız bir ilim ve edebiyat eserine alınmasının*" geçerli olacağı düzenlenmiştir. Buna göre bu madde kapsamında, bir eserden iktibas yapılabilmesi için bu eserin alenileşmiş olması yeterli olup(FSEK madde 7/f. 1), bu eserin ayrıca yayımlanmış(FSEK madde 7/f. 2) olmasına gerek yoktur. (Alenileşme koşulu hakkında Bkz. İkinci Bölüm, B. 2.b)

C. Kendisine İktibas Yapılacak Eser Bakımından Koşullar

1. Kendisine İktibas Yapılacak Eser İlim ve Edebiyat Eseri Niteliği Taşımaktadır

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.-b. 1’de “küçük iktibas” kapsamında kendisine iktibas yapabilecek eserlerin “ilim ve edebiyat” eserleri olacağı düzenlenmiştir. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 2’de “ilim ve edebiyat eserlerine” hangi eserlerin dâhil olduğu *sınırlayıcı olmayan bir şekilde* sayılmıştır.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 2’ye göre, “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 (FSEK madde 2/f.1-b. 1);her nevi rakıslar, yazılı koreografi eserleri, pandomimalar ve buna benzer sözsüz sahne eserleri(FSEK madde 2/f.1-b. 2);bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleriyle, her nevi haritalar, planlar, projeler, krokiler, resimler, coğrafya ve topografyaya ait maket ve benzerleri, her çeşit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri, mimari maketler, endüstri, çevre ve sahne tasarım ve projeleri(FSEK madde 2/f.1-b.3) ilim ve edebiyat eserleri kapsamında sayılmıştır. Ara yüzüne temel oluşturan düşünce ve ilkeleri de içine almak üzere, bir bilgisayar programının herhangi bir ögesine temel oluşturan düşünce ve ilkeler eser sayılmazlar(FSEK madde 2/fıkra son).

Buna göre öncelikle dil ve yazı⁵⁴⁶ ile ifade edilebilen eserler, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b. 1’e göre küçük iktibas kapsamında kendisine iktibas yapılabilecek eser niteliğine sahip olacaktır.

Bir fikri ürünün “ilim ve edebiyat eserleri” kapsamında eser sayılması için, mutlaka bilimsel ya da *klasik anlamda* edebi bir niteliğe sahip olmasına gerek yoktur. Düşünce ve duyguların hangi dil ya da ne tür söz ya da işaretle anlatıldığı da önemsizdir. Rakam, işaret ya da formüllerle ifade edilen fikri ürünler de eser niteliğine sahip olabilir⁵⁴⁷. Buna göre, romanlar, kısa romanlar, anlatı, şiir gibi klasik edebiyat eserleri; senaryo, nutuk, röportaj, söyleşiler, şarkı sözleri, köşe yazıları,

⁵⁴⁶ 4110 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle “dil ile ifade edilen eserler” ibaresi, “dil veya yazı” ile ifade edilen eserler olarak değiştirilmiştir. Bu kavramın sözlü ve yazılı eserleri kapsayacak şekilde “dil ile ifade edilen eser” olarak anlaşılması gerekir.

⁵⁴⁷ **Tekinalp**, s. 107, nr. 27.

gazete makaleleri, skeçler ve sahne eserleri örnek olarak verilebileceği gibi; avukat dilekçeleri, bilirkişi raporları, reklâm broşürleri, tabelalar, sloganlar, mektuplar dahi eser niteliğine sahip olmak için gereken koşulları taşıyorlarsa ilim ve edebiyat eserleri kapsamında değerlendirilirler⁵⁴⁸. Dil ile ifade edilen ilim ve edebiyat eserleri, bu derece geniş bir kapsama sahip olmaları karşısında aynı zamanda da uygulamada iktibasa en çok konu olan ve aynı şekilde en fazla şekilde kendilerine başka eserlerden iktibas yapılan eserler olup, iktibas serbestisine ilişkin düzenlemelerin gerekli hale gelmesine kaynaklık eden eser türü olma niteliği göstermektedirler.

Bilgisayar programları da Fikir ve Sanat Eserleri Kanunumuzda dil ile ifade edilen “ilim ve edebiyat” eserleri kapsamında sayılmışlardır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, bilgisayar programları bilimsel eser niteliğine sahip olmayıp, edebi eser olarak korunurlar⁵⁴⁹. Bu açıdan bilgisayar programlarına iktibas FSEK madde 35/f.1-bent 1 kapsamında olup, bu eserlere Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b. 3 kapsamında iktibas yapılamayacaktır.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun “ilim ve edebiyat” eserlerini düzenleyen, ikinci maddesinin ikinci bendinde ise, “her nevi rakıslar, yazılı koreografi eserleri, pandomimalar ve buna benzer sözsüz sahne eserleri de “ilim ve edebiyat eserleri” kapsamında sayılmıştır⁵⁵⁰. Bu bentte düzenlenen eser türlerinde duygular ve düşünceler vücut dili ile anlatılır. Bu tür eserlere yapılacak iktibaslar ise bu tür eserlerde müzik eserlerinde olduğu gibi fikri bir tartışma yapılması söz konusu olamayacağından, bu tür eserlere sanatsal ifade ve şekillendirme aracı olarak iktibaslar yapılabilecektir. Örneğin müzik eserlerinde olduğu gibi, çağrışım yaratma amacıyla iktibas yapılması mümkündür.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 2/f.1-b. 3’de sayılan teknik ve ilmi nitelikteki fotoğraf, harita, çizim vs. de, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b.1 kapsamında küçük iktibasa konu olabileceklerdir.

⁵⁴⁸ **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s. 49.

⁵⁴⁹ Bilgisayar programları, programlama dilleri ya da kodlar da olsa, yazılı bir nitelik göstermektedirler. Bilgisayar programının ifade edildiği dilin önemi olmayıp, bu dilin normal bir dil olması mümkün olabileceği gibi, matematiksel semboller ya da bir bilgisayar programlama dili olabilir(**Aksu**, s. 77).

⁵⁵⁰ Öğretide bu eser türlerinin, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun “ilim ve edebiyat” eserlerini düzenleyen ikinci maddesi altında düzenlenmesinin isabetli olmadığı ileri sürülmüştür, **Öztañ** (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 109. Zira buradaki ifade aracı konuşulan dil değil, beden dilidir. Burada korunan hareketlerle ifade edilen duygu ve düşüncelerin sergilenmesidir, **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s. 49.

2. Kendisine İktibas Yapılacak İlim ve Edebiyat Eseri Bağımsız Nitelikte Olmalıdır

FSEK madde 35 kapsamında kendisine iktibas yapılan eserlerin bağımsız nitelikte eserler olması gerekliliği, iktibas serbestisinin daha önce açıklanan genel koşulları arasında yer almaktadır. İlim ve edebiyat eserlerine FSEK madde 35/f.1-b.1 kapsamında yapılacak küçük iktibas bakımından da, kendisine iktibas yapılan bağımsız bir eser niteliği taşıması, yani eserine iktibas yapan eser sahibinin fikri faaliyetinin, kendisine iktibas yapılan eserin ağırlıklı noktasını oluşturması gerekir. (Bkz. İkinci Bölüm, I. C.2)

3. İlim ve Edebiyat Eserleri Dışındaki Eser Türlerine FSEK madde 35/f.1-b.1 Kapsamında İktibas Mümkün müdür?

FSEK madde 35/f.1-b.1 kapsamında kendisine iktibas yapılabilecek eserler ilim ve edebiyat eserleri(FSEK madde 2) ile sınırlandırılmıştır. Buna karşılık, güzel sanat eserlerine(FSEK madde 4) ve sinema eserlerine (FSEK madde 5) iktibas imkânından söz edilmemiştir. Zira FSEK madde 2/f.1-b.3’de sayılan teknik ve ilmi nitelikteki eserler bedii vasfına sahip olmayan eserler olduklarından, güzel sanat eseri niteliği taşımazlar. Esasen güzel sanat eserleri ve sinema eserleri Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun ayrı maddelerinde ayrı eser türleri olarak düzenlenmiştir. Kanununda güzel sanat eserlerine ve sinema eserlerine iktibas imkânının açıkça kabul edilmemesi karşısında bu tür eserlere de Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 35/f.1-b.1’de düzenlenen küçük iktibasa ilişkin hükmün kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı problemi ortaya çıkmaktadır. Bu hususa üçüncü bölümde değinilecektir.

Müzik eserlerine iktibas ise FSEK madde 35/f.1-b.2’de ayrı olarak düzenlendiğinden, müzik eserlerine iktibas imkânı, ancak söz konusu ikinci bent kapsamında mümkün olabilecektir.

D. İktibasın Kapsamı

1. Ana Kural: İktibas Bazı “Cümle ve Fıkralar(Bazı Parçalar)” ile Sınırlıdır

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun küçük iktibas düzenleyen 35'nci maddesinin birinci fıkrasının birinci bendinde, küçük iktibas imkânı, bir eserin “bazı cümle ve fıkraları” ile yani bazı parçaları ile sınırlandırılmıştır⁵⁵¹. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere bu hüküm herhangi bir eser türüne giren bir eserin parçalarının iktibas edilmesi halinde de uygulanacaktır. Buna göre, FSEK madde 35/f.1-b.1 kapsamında, başka eserlerden yapılacak iktibas, kendisinden iktibas yapılacak eserin bazı parçaları ile sınırlı olup, bu madde çerçevesinde, bilimsel eserlere büyük iktibasta olduğu gibi bir eserin tamamının ya da önemli bir bölümünün iktibas *kural olarak* mümkün değildir. Küçük iktibasa ilişkin FSEK madde 35/f.1-b. 1 kapsamında yapılacak iktibasta, iktibas edilebilecek eser parçaları, kendisinden iktibas yapılan eserin *önemli bir bölümünü* oluşturamayacaktır⁵⁵².

Bu noktada belirtmek gerekir ki, bir eserin “bazı cümle ve fıkralarının” daha doğru bir ifade ile bazı eser parçalarının FSEK madde 35/f.1-b. 1 kapsamında “küçük iktibasa” konu olabilmesi için, eserin bütününden ayrı olarak hususiyet taşıması, yani FSEK tarafından korunabilir olması gerekir. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na korunmayacak olan eser parçaları, iktibasa ilişkin düzenlemelere başvurmaya gerek kalmaksızın serbest bir şekilde başka eserlerde kullanılabilir⁵⁵³.

Öğretide küçük iktibas kapsamında iktibas edilebilecek eser parçalarının ne miktarda olabileceği hususunda ise, bir görüş, küçük iktibas çerçevesinde iktibasa

⁵⁵¹ Bu düzenleme Almanya'da 1965 tarihli UrHG'den önce yürürlükte olan LUG madde 19/f. 1'deki düzenleme ile benzerlik göstermektedir. “LUG” madde 19/ f. 1'de, “ bazı parçaların veya küçük bölümlerin iktibas edilebileceğinden bahsedilmekteydi. Ancak 1965 yılında yürürlüğe giren yeni Kanunda “küçük bölümler” kavramı belirsiz bir kavram olması nedeniyle metinden çıkartılmıştır, **Schricker, (Schricker, Urheberrecht), § 51, s. 1041, nr. 43.** 1965 yılında yürürlüğe giren UrHG ile LUG madde 19/f. 1'de yer alan “bazı parçalar” ifadesinden “bazı” kelimesi metinden çıkartılarak, sadece “eser parçalarının” iktibas edilebileceği düzenlenmiştir. Böylece yeni düzenlemede, iktibas edilecek parçaların sayısı/miktarı hakkında genel bir sınırlandırma öngörülmemiştir. Buna göre, iktibasın amacı haklı gösterdiği sürece bir eserden çok sayıda parçanın iktibasının da mümkün olabilecektir. **Schricker, (Schricker, Urheberrecht), § 51, s. 1043, nr. 46; Waldenberger, (Nicolini/Ahlberg, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz, s. 505, nr.16; Lüft,(Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht), § 51 , s. 758, nr.14.**

⁵⁵² **Öztaş,**(Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 454.

⁵⁵³ Aynı şekilde, **Schricker, (Schricker, Urheberrecht), § 51, s. 1041, nr.43.**

konu olabilecek eser parçalarının, kural olarak bir ya da iki ana cümleyi geçemeyeceği, bunun ötesinde kullanımların ancak istisnai olarak iktibas amacı gerektiriyorsa mümkün olacağını ileri sürmüştür⁵⁵⁴. *Diğer bir görüş ise*, bu sınırlandırmayı dar bulmakta ve eser parçası kavramının bir eserin sadece bir ya da iki ana cümlesinin iktibas edileceği şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir⁵⁵⁵.

Kanımızca Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b. 1’de yer alan “*bazı cümle ve fıkralar*” ibaresinin, bir eserin sadece *birkaç* cümle ve fıkrasının ya da parçasının iktibas edilmesine izin verildiği şeklinde anlaşılması gerekir. Nitekim her somut olayın özelliği özellikle kendisine iktibas yapılan eserin iktibaslarla güttüğü amaç, kendisinden iktibas yapılan eserin bütünü, bu eserin niteliği ve özelliği gibi hususlar dikkate alındığında, küçük iktibasın kapsamının sadece birkaç cümle ya da fıkra ya da eser parçası ile sınırlandırılması, çoğu kez iktibas serbestisine ilişkin düzenlemelerin getirilmesindeki amacın, özellikle karşılıklı fikri tartışmanın gerçekleştirilmesi için bir engel oluşturabilir⁵⁵⁶

Kendisine iktibas yapılan eserdeki ayrıntılı bir açıklama ya da başka bir eserle yapılan tartışma bu eserden birkaç cümle veya fıkra ya da parçanın ötesinde çok sayıda cümle veya fıkra veya parça iktibas edilmesini vazgeçilmez kılabılır⁵⁵⁷. Örneğin bir hukuk ders kitabına bir şerhten birkaç cümleden daha fazlasının iktibas edilmesi mümkün olmalıdır⁵⁵⁸.

Burada önemli olan bir eserden iktibas edilen parçaların ancak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b. 3 kapsamında bilimsel eserlere iktibasta izin verilen “önemli bir parça” niteliği taşıyıp taşımadığının belirlenmesidir. Yani iktibas edilen parçaların kendisinden iktibas edilen eserin önemli bir parçasını oluşturduğu sınıra kadar, iktibasla takip edilen amaç haklı gösteriyorsa bir eserden çok sayıda parçanın iktibas edilmesi de küçük iktibas kapsamında kabul edilebilir.

⁵⁵⁴ **Gamm**, s. 552, nr.13.

⁵⁵⁵ **Dustmann, (Nordemann/Nordemann/Nordemann**, Urheberrecht), § 51, s. 970, nr. 28.

⁵⁵⁶ Alıntı yapılan paragraf, cümleler ya da cümleciklerin miktarının ne olduğunun, somut olaydaki özelliklerin dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekeceği yönünde, **Güneş**, s. 101; geçerli olarak iktibas edilebilecek cümle sayısının kesin olarak tespitinin mümkün olmadığı yönünde, **Löffler, Martin/Glaser, Hans**, Grenzen der Zitierfreiheit, GRUR 1958/10, s. 477.

⁵⁵⁷ Alman hukukunda, LUG madde 19/f. 1’de yer alan “bazı parçalar” şeklindeki sınırlandırmanın, ayrıntılı bir açıklama ya da başka bir eserlerle yapılan tartışmanın bu eserden çok sayıda iktibas yapılmasını vazgeçilmez kılacağından, kaldırıldığı hakkında, **Gamm**, s. 552, nr.13.

⁵⁵⁸ Bkz. **Ulmer**,(Urheberrecht), s. 315.

İktibas edilen “parçanın” kendisinden iktibas yapılan eserin önemli bir bölümünü oluşturup oluşturmadığı belirlenirken ise, öncelikle hem iktibas edilen parçanın uzunluğunun kendisinden iktibas yapılan eserin bütününe olan oranı(*rölatif kıstas*) hem de iktibas edilen parçanın, kendisinden iktibas yapılan eserin bütününe olan oranından bağımsız olarak *kendi* uzunluğu (*mutlak kıstas*) dikkate alınmalıdır⁵⁵⁹.

Rölatif ölçü gereğince, geniş kapsamlı eserlerden(*örneğin romanlardan*), dar kapsamlı eserlere nazaran daha fazla iktibas yapılabilir⁵⁶⁰. Bu noktada, küçük iktibas kapsamında yapılacak iktibasların miktarının, rölatif ölçüt dışında, aşılamayacak belirli bir mutlak azami kapsamının da olması gerektiği dikkate alınmalıdır.

Bu açıdan FSEK madde 35/f.1-b. 1’e göre küçük iktibas kapsamında iktibas edilebilecek “eser parçaları” kavramının, eser parçasının genel tanımından farklı olarak algılanması gerekir. Zira bir eserin parçası büyüklüğüne ya da küçüklüğüne bakılmaksızın, eserin bütününden ayrı olarak kendi içinde duyularımızla algılayabileceğimiz bir bütünlük taşıyor ve eser sahibinin hususiyetini de taşıyorsa, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu tarafından korunacaktır. Örneğin 600 sayfalık bir romanın 25 sayfalık bir kısmı da *eserin bütününe nazaran* “eser parçası” niteliği gösterecek ve hususiyet taşıması durumunda koruma konusu olabilecektir. Ancak bu parça kural olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f. 1-b.1 kapsamında “eser parçası” niteliği taşıyamayacaktır. Zira “25” sayfa uzunluğunda bir iktibasın, eserin bütününe nazaran rölatif açıdan küçük bir kısım oluştursa bile, esasen mutlak sınır açısından küçük iktibas kapsamında “eser parçası” niteliği taşıyamayacağından söz edilebilecektir. Bu açıdan küçük iktibasa konu olabilecek eser parçası kavramı, koruma konusu olabilecek “eser parçası” kavramına göre çoğu kez daha dar bir kapsamda anlaşılmalı gerekecektir.

Bununla birlikte, küçük iktibas kapsamında iktibas edilebilecek eser parçalarının azami miktarı hususunda önceden bir sayı ya da miktar verilmesi mümkün değildir. Zira yaratıcı fikri faaliyet, hiçbir zaman her olayın kendi özelliği dikkate alınmadan, katı aritmetik kıstaslara bağlanamayacağından, mutlak ölçünün

⁵⁵⁹ **Gamm**, s. 551, nr.13;**Dreier**, (**Dreier/Schulze**, Urheberrechtsgesetz), § 51, s. 821, nr.14;**Schricker**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 51, s. 1041,nr.44;**Dustmann**, (**Nordemann/Nordemann/ Nordemann**, Urheberrecht), § 51, s. 970, nr.28; İktibas kapsamının, iktibas edilen parçaların eserin bütününe oranına göre belirleneceği yolunda, BGH,“Verkehrs-kinderlied”, GRUR 1959/4, s. 199.

⁵⁶⁰ **Schricker**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 51, s. 1041,nr.44.

belirlenmesinde, kesin aritmetik bir kıstas verilmesi doğru olmayacaktır⁵⁶¹. Küçük iktibas kapsamında yapılacak iktibasların kural olarak bir ya da iki ana cümle ile sınırlı olacağından bahsedilemeyeceği gibi, burada iktibas edilebilecek parçaların azami miktarı hakkında kesin sınırlar koymak yerine, rölatif ve mutlak kıstas bir araya getirilerek ve her somut olayın özelliği ve özellikle kendisinden iktibas yapılan eserin özellikleri de dikkate alınarak⁵⁶² özellikle iktibas amacı çerçevesinde bir değerlendirme yapılmalıdır⁵⁶³.

Özellikle kendisinden iktibas yapılan eserin içeriği ve özellikleri dikkate alındığında iktibasın yapılmasındaki amaca başka yolla ulaşılamayacak olunması durumunda istisnai olarak bir eserden uzun parçaların da iktibas edilmesine izin verilebilir. Bununla birlikte sadece kendisinden iktibas yapılan eserin özelliği ve iktibas amacının dikkate alınması, eserinden iktibas yapılan eser sahibinin haklarının ihlal edilmesine yol açabileceğinden, küçük iktibas kapsamında izin verilecek iktibasların kapsamının belirlenmesinde özellikle, iktibasın çerçevesinin ve şeklinin kendisinden iktibas yapılan eserin ekonomik olarak değerlendirilmesini engelleyip engellemediği ve özellikle, eserinden iktibas yapılan eser sahibinin eserini değerlendirmesinin beklenemez ölçüde engellenmeyeceği de küçük iktibasın kapsamı belirlenirken dikkate alınmalıdır⁵⁶⁴.

⁵⁶¹ **Schricker**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 51, s. 1041, nr. 44; Burada kesin bir aritmetik miktar verilemeyeceği yönünde, **Ulmer**, (Urheberrecht), s. 314; Alman Mahkemeleri de bu konuda kesin bir aritmetik ölçü verilemeyeceğini ifade etmektedirler. BGH, “Verkehrs-kinderlied” kararında, yaratıcı fikri faaliyet hiçbir zaman, somut olayın özellikleri dikkate alınmadan, sıkı aritmetik ölçütlere bağlanamayacağından, iktibasın miktarı hakkında önceden aritmetik bir miktar vermenin doğru olmadığını ifade etmiştir. GRUR 1959/4, s. 199; aynı nitelikte BGH, “Geistchristentum”, GRUR 1986/Heft 1, s. 59 vd.; OLG Hamburg, “Heintje” , GRUR 1970/Heft 1, s. 40; LG Berlin de, 17 sayfalık bir makaleden 26 satırlık uzun bir iktibas küçük iktibas kapsamında değerlendirmiştir. **Schulze**, LGZ 144, s. 1vd.

⁵⁶² BGH, “Geistchristentum” kararında, küçük iktibas kapsamında iktibas edilebilecek parçaların miktarının sadece bir ya da iki ana cümle ile sınırlandırılmasının yerinde olmadığını; davacının metinlerindeki kelime seçimlerinin ve atmosferin bir ya da iki ana cümle ile iktibas edilemeyecek kadar özel bir anlama sahip olduğunu; davalının münferit tinsel akımları metodik bir karşılaştırma ile birbiri ile karşılaştırdığı eserine, var olan özel durumdan dolayı istisnai olarak daha geniş bir iktibas imkânı tanınması gerektiğini ve fikri iletişim hususundaki yararın bunu gerekli kıldığını ifade etmiştir, GRUR 1986 Heft 1, s. 61.

⁵⁶³ **Dreier**, (**Dreier/Schulze**, Urheberrechtsgesetz), § 51, s. 821, nr.14; **Schricker**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 51, s. 1041, nr.44.

⁵⁶⁴ **Ulmer**, (Urheberrecht), s. 314; **Schricker**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 51, s. 1041, nr. 44; **Lüft**, (**Wandtke/Bullinger**, Praxiskommentar zum Urheberrecht), § 51, s. 759, nr. 15; **Dustmann**, (Nordemann/Nordemann/Nordemann, Urheberrecht), § 51, s. 970, nr. 29; geçerli iktibas kapsamının sadece iktibasla takip edilen amaç dikkate alınarak belirlenmeyeceği zira böyle bir durumun, fazlasıyla tek taraflı olarak “yeni” eser sahibinin yararlarının dikkate alınması sonucunu doğuracağını yönünde, BGH, “Verkehrs-Kinderlied” , GRUR 1959/4, s. 199.

Burada, her bir somut olayın tüm özellikleri ve karşılıklı çatışan çıkarlar karşılaştırılarak, eser sahibinden, iktibas serbestîsi yararına mutlak hakkına yapılacak bir ihlale katlanmasının hangi ölçülerde beklenebileceğinin ortaya konması gerekmektedir⁵⁶⁵. Eser parçalarının iktibas ile kendisinden iktibas yapılan eserin satış/pazarlama imkânlarının azaltılmaması gerekir. İktibas yoluyla adeta eserin tamamının bir nüshasının edinilmesi yerine geçecek şekilde orijinal eserin veya bu eserin ana unsurlarının bilinmesini sağlayarak, eser sahibinin eserini ekonomik olarak değerlendirme imkânlarını daraltacak kapsamda yapılan iktibaslar küçük iktibas kapsamında geçerli bir iktibas olarak kabul edilmeyecektir⁵⁶⁶.

İktibas edilen parçaların Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b. 1’de düzenlenen “küçük iktibas” çerçevesinde geçerli olup olmayacağı belirlenirken, iktibas edilen parçaların sadece niceliksel değil, niteliksel açıdan da bir değerlendirmeye tabi tutulması gerekir. Zira iktibas edilen parça eserin

⁵⁶⁵ **Götting, (Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts), s. 461–462, nr.146;Schricker, (Schricker, Urheberrecht), § 51, s. 1042, nr.44; LG Berlin, küçük iktibas kapsamında iktibas edilebilecek eser parçalarının miktarı belirlenirken, eserinden iktibas yapılan eser sahibinin iktibas serbestîsi yararına mutlak hakkının sınırlandırılmasına ne ölçüde katlanmasının bekleneceğinin önemli olduğunu ve bu hususun da iktibaslar yoluyla eserin önemli noktalarının paylaşılıp paylaşılmadığı ya da ne ölçüde paylaşıldığı ve bu yolla eser sahibinin eserini ekonomik olarak değerlendirme imkânlarının sınırlandırılıp sınırlandırılmadığına göre belirlenmesi gerekeceğini ifade etmiştir, Schulze, LGZ 144, s. 7.**

⁵⁶⁶ BGH, “Verkehrs-Kinderlied”, GRUR 1959/4, s. 199–200, BGH, 1965 tarihli UrHG’den önce “LUG”’un yürürlükte olduğu zamanda, üç mısradan oluşan bir çocuk şarkısının notasız bir şekilde sadece bir mısrasının, bir basın konferansı hakkındaki bültene iktibas edilmesi ile ilgili olarak verdiği bu kararda, iktibas edilen eser parçasının, tüm şarkının bilinmesini sağlayarak onun yerini almasına neden olmayacağını ve eser sahibinin eserini değerlendirme imkânlarının beklenemez ölçüde azaltılmış olmayacağını; ayrıca, iktibasa konu olan ve başarılı ve akılda kalıcı bir şekilde trafik kurallarını öğreten ve çocukları trafiğin tehlikelerine karşı uyarmak isteyen şarkının içeriksel olarak, bütün olarak, çocuklara öğretilmesine dayandığını aksi takdirde şarkının eğitim amacını eksik olarak yerine getireceğini; somut olayda iktibas edilen çocuk şarkısının ilk mısrasının, eserin tümünün bilinmesi yerine geçemeyeceğini ifade ederek olaydaki iktibas küçük iktibas kapsamında görmüştür; Aynı nitelikte, BGH, “Geistchristentum”, GRUR 1986 Heft 1, s. 60; OLG Hamburg, “Heintje” kararında, toplamda 15 satırlık bir şarkının nakaratının ilk iki üçlüğünün (toplamda 15 satırın 6 satırının), şarkıcısı hakkındaki bir gazete röportajına alınmasını, küçük iktibas çerçevesinde değerlendirilmiştir. Kararda, küçük iktibasın kapsamının belirlenmesinde belirli aritmetik kıstaslara başvurulamayacağı; yine iktibaslar yoluyla eserin tümünün bir nüshasının edinilmesi yerine geçecek şekilde orijinal eserin veya ana unsurlarının bilinmesini sağlayacak ve bu yolla eser sahibinin eserini ekonomik olarak değerlendirme imkânlarını daraltacak kapsamda iktibas yapılamayacağını ifade ederek; davacının 15 satırlık şarkının 6 satırını iktibas etmesine rağmen, somut olayda yapılan iktibasların şarkı ile ilgilenenler bakımından eserin tümü yerine geçmeyeceğini karar vermiştir. GRUR 1970/Heft 1, s. 40; LG Berlin bir kararında on yedi sayfalık bir makaleden, bir televizyon programına yapılan 26 satırlık bir iktibas, küçük iktibas çerçevesinde görmüştür. Kararda, küçük iktibasın kapsamının, eserinden iktibas yapılan eser sahibinin iktibas serbestîsi yararına mutlak hakkının sınırlandırılmasına ne ölçüde katlanmasının bekleneceğine bağlı olduğunu ifade etmiştir. Bu da eserin ana unsurunun paylaşılıp paylaşılmadığı ya da ne ölçüde paylaşıldığı ve bu suretle eser sahibinin eserini ekonomik olarak değerlendirme imkânının sınırlandırılıp sınırlandırılmadığına bağlıdır. Schulze, LGZ 144, s.6 vd.

tümüne(kendisinden iktibas yapılan eser) olan oranı ve kendi uzunluğu bakımından önemli bir parça niteliği göstermese bile, iktibas edilen bu parça, eserin *niteliksel* açıdan önemli kısmını oluşturuyorsa, yani eserin tabiri caizse kendisinden iktibas yapılan eserin “*kalbini*” oluşturuyor ve bu parçanın iktibas edilmesi orijinal eserle potansiyel olarak ilgilenecek kesimi orijinal eseri elde etme istediğinden uzaklaştıracak nitelik taşıyorsa, bu durumda da küçük iktibas kapsamında geçerli bir iktibasın bulunmadığından bahsedilecektir.

Alman Mahkemelerinin küçük iktibas kapsamında iktibas edilebilecek eser parçalarının miktarını belirlerken kullandıkları, iktibaslar yoluyla kendisinden iktibas yapılan eserin tamamının veya önemli kısmının eserle ilgilenecekler tarafından sunularak, eserle ilgilenecek kişi çevresini eserin orijinaline ulaşma isteğinden uzaklaştırma ve bu yolla eser sahibinin eserini ekonomik olarak değerlendirme imkânlarının daraltılması kistası, alman öğretisinde iktibas serbestîsinin yazılı olmayan koşullarından biri olarak gösterilen eser sahibinin yararlarına beklenemez ölçüde zarar verilmemesi koşuluyla örtüşmektedir. Öğretide de bu koşulun küçük iktibas kapsamında iktibas edilebilecek eser parçalarının miktarının belirlenmesinde dikkate alınacağı ifade edilmektedir⁵⁶⁷. Eser sahibinin yararlarına beklenemez ölçüde zarar verilmemesi koşulu ile kendisinden iktibas yapılan eserden, bu eserle ciddi şekilde ilgilenecek kişileri eserin kendisini elde etmesini gereksiz kılacak şekilde çok fazla iktibas yapılması ve böylelikle iktibasların kendisinden iktibas yapılan eserin yerine geçerek, kendisinden iktibas edilen eserle doğrudan doğruya rekabete girmesi hususu anlaşılmaktadır⁵⁶⁸.

Belirtmek gerekir ki, dikkate alınan bu husus Amerikan hukukunda “fair use-dürüst kullanım” kapsamında bir yararlanma olup olmadığı belirlenirken dikkate alınan “yararlanmanın yararlanılan eserin potansiyel piyasası üzerindeki etkisi”

⁵⁶⁷ **Schricker**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 51, s. 1034, nr. 24; **Dustmann**, (**Nordemann / Nordemann /Nordemann**, Urheberrecht), § 51, s. 968, nr.18, iktibasın geçerli olacağı kapsamın belirlenmesinde, iktibasların, kendisinden iktibas yapılan eserin değerlendirilmesini beklenemez ölçüde engellememesi veya imkânsız hale getirmemesi ve kendisine iktibas yapılan eserin özellikle kendisinden iktibas yapılan eserin yerine geçmemesinin önemli olduğu yönünde.

⁵⁶⁸ **Schricker**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 51, s. 1033, nr. 23; **Götting**, (**Loewenheim**, Handbuch des Urheberrechts), s. 459, nr.135; **Seydel**, s. 37. Alman Anayasa Mahkemesi de “Brecht” kararında, eser sahibinin mali haklarının sanatsal tartışma karşısında geri plana atılabileceğini ifade ederken dahi, uyumsuzluk konusu olayda yapılan kapsamlı iktibasların, eser sahibinin ekonomik menfaatlerine önemli bir zarar getirmeyip sadece önemsiz zararlar verdiğini ifade etmiş ve önemli zarara örnek olarak kendisinden iktibas yapılan eserin piyasa, satış imkanlarının azaltılması durumunu göstermiştir. BVerfG, GRUR 2001, Heft 2, s. 151.

unsuruna benzerlik göstermektedir. Dürüst kullanımın bu koşulu ile eser sahibinin eserini ekonomik olarak değerlendirme imkânları garanti altına alınmaktadır. Bu kapsamda özellikle, orijinal ve ikinci eserin doğrudan bir rekabet içerisinde bulunması ve ikinci eserin doğrudan doğruya ilk, orijinal esere olan talepleri karşılamaya hizmet etmesi durumunda eserin piyasasına zarar verildiğinden bahsedilecektir⁵⁶⁹. Bu kapsamda yararlanmanın eserin piyasasına verdiği güncel zararlar değil potansiyel piyasasına yapabileceği etkiler de dikkate alınacaktır. Mahkemeler bir eserden yararlanmanın eser sahibinin eserinden yararlanma imkânlarını daraltıp daraltmadığını belirlerken, örneğin davalı ve davacının aynı piyasada rekabet edip etmediğini de inceleme konusu yapmaktadırlar⁵⁷⁰.

Sonuç olarak yapılan iktibaslar yolu ile eser sahibinin eserini ekonomik olarak değerlendirme imkânı azaltılmadığı sürece ve bu sınıra kadar yapılan iktibaslar, FSEK madde 35/f.1-b. 1 kapsamında “eser parçasının” iktibas kapsamında değerlendirilmeli ve iktibas amacının gerekli kıldığı kapsamda yapılmaları durumunda geçerli bir iktibasın varlığından söz edilmelidir. Bu noktada özellikle kendisinden iktibas yapılan eserin özelliği gereği, iktibasla takip edilen amacın gerçekleşmesi için geniş kısımların iktibasına da izin verilebilir. Zira FSEK madde 35/f.-b. 1 kapsamında yapılacak iktibaslar da, her ne kadar bu bentte bilimsel eserlere yapılacak büyük iktibas düzenleyen üçüncü bentteki düzenlemenin aksine açıkça amacın haklı kılacağı orandan bahsedilmese de, ancak amacın haklı kılacağı oranda yapılabilecektir. Yani iktibaslar ancak iktibaslarla takip edilen amaca ulaşmak için gereken oranda yapılabilecektir. Bu sınır aşıldığında, yapılan iktibaslar eser sahibinin eserini değerlendirme imkânını daraltmasa, yani eser sahibinin eserini değerlendirme imkânlarını etkilemese bile geçerli olmayacaktır. Bu açıdan Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b. 1 kapsamında iktibas edilebilecek eser parçalarının miktarının belirlenmesinde önceden bir miktar verilmesi söz konusu olmayıp, iktibas edilen eser parçaları uzun ya da fazla olsa bile, iktibas amacı bu şekilde bir iktibas yapılmasını gerekli kıldığı ve yapılan iktibaslar yoluyla eser sahibinin eserini değerlendirme imkânları azaltılmadığı sürece yapılan iktibaslar, FSEK madde 35/f.1-b.1 kapsamında değerlendirilmelidir.

⁵⁶⁹ Förster, s. 65.

⁵⁷⁰ Time Inc. v. Bernard Geis Accocs. Kararı, naklen **Deutsch**, s. 1336, dipnot 64.

2. Bir Eserin Tamamının ya da Önemli Bir Kısımının FSEK madde 35/f.1-b.1 kapsamında İktibası Mümkün müdür?

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun ilim ve edebiyat eserlerine yapılacak küçük iktibas düzenleyen 35'nci maddesinin birinci fıkrasının birinci bendi kapsamında yapılabilecek iktibasların kapsamı bir eserin "bazı cümle ve fıkraları" ile yani bazı parçaları ile sınırlandırıldığından, daha önce de ifade edildiği üzere bir eserin tamamının ya da önemli bir kısmının bu düzenleme kapsamında başka bir bağımsız esere iktibas edilmesi kural olarak mümkün değildir. Kanun koyucu böyle bir iktibas imkânını ancak bilimsel eserlere yapılacak iktibasta tanımıştır (FSEK madde 35/f.1-b. 3-4).

Bununla birlikte özellikle güzel sanat eserlerinin(FSEK madde 4) nitelikleri dikkate alındığında parça şeklinde iktibas edilmeleri kural olarak mümkün değildir. Zira güzel sanat eserlerinin parçalara ayrılarak iktibas edilmesi bu eserlerde anlatılan temanın ve bu eserlerin yarattığı etkinin eserin bütününe yayılmış olmasından dolayı bir anlam ifade etmeyecek ve ayrıca bir güzel sanat eserinin bu şekilde sadece bir parçasının iktibas edilmesi, eser sahibinin eserinde değişiklik yapılmasını önleme hususundaki manevi hakkını(FSEK madde 16) da ihlal edebilecektir. Yine ilmi ve teknik nitelikteki fotoğraf, harita, çizim vs. eserlerinde de (FSEK madde 2/f.1-b.3) genel olarak aynı durum söz konusu olacaktır. Bunla birlikte bu tür eserlerde istisnai olarak bazı parçaların iktibas edilebilmesi güzel sanat eserlerine nazaran daha geniş oranda mümkün olabilir. Örneğin belirli bölgeleri gösteren bir haritanın sadece bir bölgesinin iktibas edilmesi küçük iktibas çerçevesinde mümkün olabilir.

Güzel sanat eserleri ve ilmi ve teknik nitelikteki fotoğraf vs. eserlerinin iktibas bakımından ortaya çıkan sorun, örneğin sadece bir mısradan oluşan şiirler, seçim sloganları, politik şakalar, veciz sözler ya da sloganlar gibi dar bir kapsama sahip olmalarından dolayı parçalarının anlamlı bir şekilde iktibas edilmesi mümkün olmayan dil ile ifade edilen eserler bakımından da söz konusudur.

Bir eserin tamamının ya da önemli bir kısmının iktibasına sadece bilimsel eserlere yapılacak iktibasta izin verildiğinden ve FSEK madde 35/f.1-b.1 kapsamında yapılabilecek iktibaslar "eser parçaları" ile sınırlı olduğundan, nitelikleri gereği parça olarak iktibas edilmeleri anlamlı olmayan eserlerin FSEK madde 35/f.1-b.1

kapsamında ilmi veya edebi eserlere iktibası imkânı kural olarak kapanmış görünmektedir. Bununla birlikte günümüzde toplum hayatında son derece önemli bir yer tutan medya organlarında özellikle görsel nitelikteki eserlerin(fotoğraf eserleri, karikatürler gibi) sıkça kullanılması ihtiyacının giderek artan oranda ortaya çıktığı dikkate alındığında, bu tür eserlerden bilimsel eserler dışındaki diğer eserlere iktibas yapılabilmesi imkânının tamamen ortadan kaldırılmasının tatminkâr bir sonuç olmadığı ortadır. Nitekim bilimsel eserler dışındaki diğer eserlerde de yapılan fikri tartışma, nitelikleri gereği, tamamen iktibas edilmesi bir anlam ifade eden eserlerin iktibas edilmesini gerekli kılabilir. Uygulamada da bu sorunla sıklıkla karşılaşılmış ve Alman öğretisi ve yargı kararlarında bu konuda bir takım çözümler getirilmeye çalışılmıştır.

a. Alman Öğretisinde İleri Sürülen Görüşler

Alman öğretisinde bazı yazarlar, “parça” kavramının dar yorumlanması gerekeceğini ifade ederek, bir eserin tamamının küçük iktibas çerçevesinde iktibas edilemeyeceğini ifade etmişlerdir⁵⁷¹. Diğer bir görüş de, özellikle resim iktibasları açısından, bunların küçük iktibas kapsamında iktibas edilemeyeceğini, zira böyle bir durumda eser sahibinin mali haklarının fazlasıyla ihlal edilmiş olacağını ifade etmiştir⁵⁷².

Buna karşılık çoğunlukta olan görüş, istisnai durumlarda, bir eserin tamamının da, başka şekilde anlamlı bir iktibas yapılması mümkün değilse, küçük iktibas çerçevesinde(FSEK madde 35/f.1-b. 1) iktibas edilebileceğini ifade etmektedir⁵⁷³. Özellikle UrHG'nin 51'nci maddesinin küçük iktibasa ilişkin ikinci bendinin (FSEK madde 35/f.1-b.1) kıyasen uygulanması suretiyle niteliği gereği ancak tamamının iktibasının mümkün olduğu güzel sanat ve ilmi ve teknik nitelikteki harita, fotoğraf vs. eserlerinin de tamamının bu madde kapsamında iktibas

⁵⁷¹ Gamm, s. 552, nr. 13.

⁵⁷² Oekonomidis, s. 136.

⁵⁷³ Schricker, (Schricker, Urheberrecht), § 51, s. 1042, nr. 45; Lüft, (Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht), § 51, s. 759, nr. 15.

edilebileceği ileri sürülmüştür⁵⁷⁴. Bu husus öğretide büyük/küçük iktibas ya da küçük/büyük iktibas olarak adlandırılmaktadır.

Ancak Alman öğretisinde, bazı yazarlar, bu tür iktibasların ancak politik fikir tartışmaları ya da kamunun bilgi alma ihtiyacı olan konularla sınırlı olması gerektiğini savunurken⁵⁷⁵; bazı yazarlar ise, sadece politik fikir tartışmalarında değil, aksine iktibas amacının bunu gerektirdiği durumlarda bir eserin tamamının ve çok sayıda parçasının iktibas edilebilmesi gerektiğini savunmaktadır⁵⁷⁶.

Yine diğer bir görüş, resim ve yazılardan oluşan bir eserin (örneğin bir basın bülteninin, paylı(müşterek) eser (FSEK madde 9) olarak nitelendirileceğini ve bu eserden münferit resimlerin iktibas edilmesi durumunda, bu eserin sadece bir parçasının iktibas edilmiş ve böyle bir durumda da bir resmin küçük iktibas çerçevesinde iktibasının geçerli olacağını ifade etmektedir⁵⁷⁷.

Belirtmek gerekir ki, UrHG'nin iktibas serbestisine ilişkin 51'nci maddesinin "Bilgi Toplumunda Eser Sahibi Haklarının Düzenlenmesine İlişkin İkinci Kanun" ile değiştirilmesinden önce, 51'nci maddesinin ikinci bendinde yer alan küçük iktibasa

⁵⁷⁴Bir resmin tamamının iktibasının küçük iktibasa ilişkin düzenlemenin kıyas yoluyla uygulanması suretiyle geçerli olacağı yönünde, **Dustmann, (Nordemann/Nordemann/Nordemann, Urheberrecht)**, §51, s. 972, nr.40 ; yine aynı şekilde burada bir Kanun boşluğu olduğu ve kıyas yoluyla doldurulması gerektiği yönünde, **Götting, (Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts)**, s. 462, nr. 149.

⁵⁷⁵**Schack** da, resim iktibaslarının UrHG'nin küçük iktibasa ilişkin düzenlemesinin kıyas yoluyla uygulanması suretiyle geçerli olabileceğini, ancak bu durumun toplumun korunmaya değer bir bilgi ihtiyacı varsa kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. **Schack, (Urheberrecht)**, s. 224, nr.491. Schulz ise, burada toplumun bilgi ihtiyacını ne derece ciddi bir şekilde karşıladığının dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir. **Schulz**, s. 225. Romatka'da, konuya basın bültenlerine yapılan resim, fotoğraf iktibasları bakımından değinmiş ve öncelikle burada Anayasaya uygun yorum yapılması gerektiğini; fotoğraf iktibaslarının bu fotoğrafların kamunun bilgisi için kaçınılmaz olması ve Kanundaki iktibas serbestisine ilişkin koşullarında yerine gelmiş olması durumunda mümkün olacağını ifade etmiştir. **Romatka, Georg, Bild-Zitat und ungenehmigte Überbahme von Lichtbildern, AfP 1971/1**, s. 23.

⁵⁷⁶Eser sahibinin haklarının, basının bilgi verme ödevi ve toplumun bilgi alma özgürlüğü ile çatışma içerisinde bulunduğu; bu tür iktibasların kabul edilmemesi durumunda, örneğin, basının, tartışmalı bir siyasi parti seçim afişi veya bir reklâm kampanyası hakkında anlamlı bir şekilde tartışma ortaya koyabilmesinin, bu tartışmanın asıl temel sebebinin kendisini iktibas etmeksizin çok zor olduğu ve bu sonucun da tatmin edici bir sonuç olmayıp, kanun koyucu tarafından da bu katılığa amaçlanmadığı; UrHG madde 51'in tarihi gelişim sürecinden, kanun koyucunun resim iktibaslarını bilinçli olarak iktibas serbestisi kapsamında çıkarttığı ile ilgili bir sonuç çıkmadığı ifade edilerek, UrHG madde 51/2 'nin kıyasen uygulanması yoluyla bu tür iktibasların da kabul edilmesi gerektiği ve mahkemeler tarafından da kabul edilen "büyük Küçük iktibasın" sadece politik fikir tartışmalarla sınırlı olarak kabul edilemeyeceği, daha çok politik ve kültürel amaçların da resim iktibaslarını haklı kılması gerektiği yönünde. **Berger, Christian, (Löffler, Martin, Presserecht, 5. Auflage, München 2006)**, s. 1376, nr. 125; iktibas amacı gerektirdiği sürece UrHG madde 51/2'nin geniş yorumlanarak, bütün bir eserin iktibasının geçerli kabul edilmesi gerektiği yönünde, **Schricker, (Schricker, Urheberrecht)**, § 51, s. 1042, nr.45.

⁵⁷⁷**Romatka**, s.22.

ilişkin kuralın geniş olarak yorumlanması suretiyle kabul edilen bir eserin tamamının ya da önemli bir bölümünün bilimsel nitelikte olmayan bir esere iktibası imkânı, artık amaç haklı gösterdiği sürece, “Bilgi Toplumunda Eser Sahibi Haklarının Düzenlenmesine İlişkin İkinci Kanun” ile 51’nci maddeye eklenen genel hüküm kapsamında doğrudan kabul edilebilecektir⁵⁷⁸.

b. Alman Yargı Kararlarında Getirilen Çözüm

Uygulamada ise bilimsel eserler dışında kalan eserlere büyük iktibas yapıp yapılamayacağı konusu özellikle *politik fikir tartışmalarına* ilişkin eserlere, bir karikatürün ya da bir fotoğrafın tamamının iktibas edilip edilemeyeceği ekseninde ortaya çıkmıştır. Alman Mahkemeleri, politik fikir tartışmalarına ilişkin eserlerde, Anayasaya uygun yorum ilkesinden hareket ederek, politik fikir tartışmaları bakımından özellikle karikatür ve fotoğraf eserlerinin, dil ile ifade edilen eserlere iktibasını uygun bulan kararlar verirken, bazı kararlarında politik fikir tartışması dışındaki bazı durumlarda da bu tür bir iktibasların geçerli olacağını ifade etmişlerdir.

KG , politik olarak sol eğilimli olan öğrencilerin, iktibas edilen karikatürlerle eleştirel bir tartışma ortaya koyan basın makalesi şeklindeki eserlerine yaptıkları karikatür iktibaslarını, küçük iktibasa ilişkin hükmün Anayasaya uygun bir şekilde yorumlanması gerektiğini ifade ederek, bu düzenleme kapsamında geçerli görmüştür⁵⁷⁹.

Mahkeme kararında Alman Anayasa Mahkemesinin “Lüth” kararına atıf yaparak, anayasal hak olan düşünceyi açıklama ve basın özgürlüğünün genel nitelikteki Kanunlarla sınırlandırıldıklarında dahi, sınırlandırma getiren bu genel Kanunların, söz konusu temel haklar ışığında yorumlanacağını ve bu yolla, söz konusu anayasal temel hakları sınırlandıran genel nitelikteki Kanunların kendi içlerinde tekrar sınırlandırılabilmesinin kabul edildiğini; bu Kanunların, özgür demokrasilerde, özellikle kamusal yaşamda olmak üzere, tüm alanlarda ifade özgürlüğü konusunda temel bir beklentiye yol açması gereken özel bir değere sahip düşünceyi ifade özgürlüğü, her durumda baki kalacak şekilde yorumlanması

⁵⁷⁸ Dreier, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz), § 51, s. 823, nr. 24.

⁵⁷⁹ Schulze, KGZ 48, s. 1vd.

gerektiğini; özellikle politik tartışmalar içerisinde başka görüşlerden, ama öncelikle zıt politik görüşlerden iktibas yapılmasının da düşünce özgürlüğünün ana çekirdeği kapsamında bulunduğunu; bu imkânın ise UrHG madde 51/2’de, esasen yeterli çerçevede tanınmakla birlikte, Kanuni düzenlemenin lafzına göre, kısılıklarından ya da dar bir kapsama sahip olmalarından dolayı parçalarının anlamlı olarak iktibas edilmesi mümkün olmayan eserlerden iktibas imkânının, eser sahibinin zorunlu yararları bunu gerektirmeksizin ortadan kaldırılmasının, politik görüşlerin birbiri ile tartışmasını geniş anlamda Anayasa ile uygun düşmeyecek şekilde zorlaştıracakını ya da engelleyeceğini; politik tartışmaların politik fıkra, karikatür gibi araçlarla etkili eleştiriler getirmenin özgür demokrasilerin zorunlu bir gereği olduğunu, ifade ederek, yapılan iktibasları geçerli görmüştür⁵⁸⁰.

Belirtmek gerekir ki, Mahkeme, somut olayda, karikatürlerin iktibasının eser sahibinin eserlerini ekonomik olarak değerlendirme imkânını daraltmadığını, zira iktibaslar, karikatürlerin pozitif olarak basın organlarında veya örneğin eser sahibinin toplama eserleri şeklindeki diğer eserlerde yayılmasını engellenmeyeceği için bu eserlerin yerine geçilmesinin söz konusu olmadığını ifade etmiştir⁵⁸¹. Alman Mahkemeleri bu karardan sonra da politik tartışmalar çerçevesinde güzel sanat eserlerinin tamamının iktibasını Anayasaya uygun yorum çerçevesinde küçük iktibas çerçevesinde geçerli bulan kararlar vermişlerdir⁵⁸²

Alman Mahkemeleri verdikleri bazı kararlarda ise, politik fikir tartışmaları haricinde de bir eserin tamamının “küçük iktibas” çerçevesinde iktibasını kabul

⁵⁸⁰ **Schulze**, KGZ 48, s.6 vd.

⁵⁸¹ **Schulze**, KGZ 48, s.7.

⁵⁸² Politik tartışma ile ilgili olarak fotoğraf iktibasını kabul eden aynı nitelikte bir karar için, LG Berlin, GRUR 1978/Heft 2, s. 108 vd: LG Berlin bir televizyon programında iki adet resmin tam ekran olarak her birinin 20-22 saniye gösterilmesini, politik fikir tartışması kapsamında geçerli bir iktibas olarak kabul etmiştir; LG München I, bir kararında, bir karikatürün iktibas ile ilgili olarak, anlamlı bir iktibasın ancak karikatürün tamamının iktibas edilmesi ile mümkün olması durumunda, UrHG madde 51/2’nin Anayasaya uygun yorumlanarak, bir karikatürün tamamının da iktibas edilebileceğini; bunun Alman Anayasası madde 5/1’de düzenlenen düşünceyi açıklama özgürlüğünün bir sonucu olduğunu; politik fikir tartışmalarında karşıt politik görüşlerden iktibas yapılabilmesinin ifade özgürlüğünün önemli bir içeriği olduğunu; bununla birlikte eser sahibinin mutlak haklarının politik fikir tartışmaları dışında ihlal edilemeyeceğini ifade ederek, bu tür iktibas imkanını politik fikir tartışmaları ile sınırlandırma eğilimi göstermiştir. LG München I, Ufita Band 77/1976, s. 292; Somut olayda yapılan fotoğraf iktibaslarını iktibas amacı bakımından geçerli bulmamakla birlikte, fotoğrafların da UrHG madde 51/2 kapsamında iktibas konusu oluşturabileceği hususunda Bkz. OLG Hamburg, “Foto-Entnahme”, GRUR, 1990/Heft 1, s. 37; LG München’de bir kararında UrHG madde 51/2’ye göre bir eserin sadece parçalarının iktibasına izin verilmekle birlikte, bu hükmün Anayasaya uygun bir şekilde yorumlanması gerektiğini ve istisnai olsa da bir fotoğrafın iktibasına izin verilebileceğini ifade etmiştir. LG München, AfP 1994/4, s. 326 vd.

etmişlerdir. LG (Landgericht- Eyalet Mahkemesi) München I bir kararında, çocuklar için yapılan bir ilaç reklâmı ile ilgili olarak eleştirel bir tartışma ortaya konulan televizyon yayınında reklâm broşüründen fotoğraf iktibasını, politik alanla sınırlı olmaksızın geçerli görmüştür⁵⁸³.

c. Değerlendirme

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda bir eserin tamamının ya da önemli bir kısmının iktibasına sadece bilimsel eserlere yapılacak iktibas bakımından izin verilmiştir. Buna göre alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ya da yayımlanmış diğer eserlerin tamamının bilimsel bir eserlere iktibas edilmesi mümkündür. Buna karşılık bir eserin tamamının ya da önemli bir bölümünün bilimsel nitelik taşımayan bir esere FSEK madde 35/f.1-b. 1 kapsamında iktibas edilmesi maddenin lafzı dikkate alındığında mümkün gözükmemektedir. Zira FSEK madde 35/f.1-b.1'de, ilim ve edebiyat eserlerine yapılacak iktibas imkânı sadece bir eserin cümle ve fıkraları yani bir eserin parçaları ile sınırlandırılmıştır. Bu durum nitelikleri gereği parça olarak iktibas anlamlı olmayacak eser türleri bakımından, bu eserlerden bilimsel eserler dışında kalan eserlere yapılabilecek iktibas imkânını ortadan kaldırmış gözükmemektedir. Ancak bu sonucun tatminkâr olmayacağı açıktır. Özellikle günümüzde fotoğraf eserleri ve özellikle karikatürler aracılığıyla yapılan fikri tartışmanın giderek artan ölçülerde artması karşısında böyle bir sonucu kabul etmek haklı gözükmemektedir. Bu nitelikteki eserlerin tamamının küçük iktibas kapsamında iktibas edilip edilemeyeceğinin incelenmesinden önce, daha önce ifade ettiğimiz üzere *öğretide*, resim ve yazılardan oluşan bir eserin, paylı (müşterek) eser(FSEK madde 9) olarak nitelendirileceği ve bu eserden münferit resimlerin iktibas edilmesi durumunda, bu eserin sadece bir parçasının iktibas edilmiş sayılarak bu iktibasların küçük iktibas çerçevesinde geçerli olacağı ifade edildiğinden,⁵⁸⁴ metin ve resimlerden oluşan eserlerin resim kısımlarının iktibaslarının FSEK madde 35/f.1-b.1 kapsamında parça iktibası değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin irdelenmesi gerekir.

⁵⁸³ LG München, AfP 1984/2, s. 118 vd.

⁵⁸⁴ Romatka, s.22

Yine özellikle fotoğraf ve karikatür niteliğindeki eserlerin basın organlarında sıklıkla kullanıldığı düşünüldüğünde, bu tür eserlerin FSEK madde 36 ve 37 kapsamında kullanılıp kullanılmayacağını ve bu düzenlemelerin, niteliği gereği ancak tamamen iktibas edilebilecek eserlerden iktibas yapılmasına olan ihtiyacı giderip gidermediğinin de incelenmesi gerekmektedir.

(1) Resim ve Metinlerden Oluşan Bir Eserden Yapılacak Resim İktibasları Bakımından Değerlendirme

Öğretide, resim ve yazılardan oluşan bir eserin paylı(müşterek) eser(FSEK madde 9) olarak nitelendirileceği ve bu eserden münferit resimlerin iktibas edilmesi durumunda, bu eserin sadece bir parçasının iktibas edilmiş ve böyle bir durumda da bir resmin küçük iktibas(FSEK madde 35/f.1-b.1) kapsamında iktibasının geçerli olacağını yönünde bir görüş savunulmuş olmakla birlikte,⁵⁸⁵ kanımızca bu görüş yerinde değildir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun "Eser Sahiplerinin Birden Fazla Oluşu" başlıklı dokuzuncu maddesinde, birden fazla kimselerin birlikte vücuda getirdikleri eserin, kısımlara ayrılması mümkünse, bunlardan her birinin vücuda getirdiği kısmın sahibi sayılacağı düzenlenmiştir(FSEK madde 9/f 1). Buna karşılık birden fazla kimsenin iştirakiyle meydana getirilen eser, ayrılmaz bir bütün oluşturuyorsa eserin sahibi onu vücuda getirenlerin birliğidir(FSEK madde 10/f. 1).

Buna göre, paylı(müşterek) eser sahipliğinde, bu eseri oluşturan her bir eser bölümü bağımsız şekilde değerlendirilebilir nitelikte olmalıdır Örneğin, bir kitapta yer alan fotoğraflar ile kitabın metni birlikte paylı(müşterek) eser oluşturur⁵⁸⁶. Bununla birlikte, paylı eserlerde bir araya getirilen eserler, elbirliği(iştirak) halinde oluşturulan eserlerde olduğu gibi *tek bir eser* oluşturmazlar. Bir araya getirilen eserler, bağımsız eser olarak kalmaya devam ederler. Paylı eserde, birden fazla bağımsız nitelikteki eser, birlikte değerlendirilmek amacıyla bağımsızlıklarını muhafaza edecek şekilde birbirlerine bağlanırlar. Bu bağlantı eserlerin ayrı bir şekilde değerlendirilmesi imkânını ortadan kaldırmamalıdır. Zira bu durumda paylı

⁵⁸⁵ Romatka, s.22.

⁵⁸⁶ Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s. 63.

(müşterek) eser sahipliğinden değil, elbirliği halinde (iştirak halinde) eser sahipliğinden söz edilir⁵⁸⁷.

Paylı (müşterek) eser sahipliğinde iki veya daha ziyade ve birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmesi mümkün olan eserlerin sahipleri arasında bu eserlerin birlikte değerlendirilmesi hususunda bir anlaşmaya varılmakta olup, ortada elbirliği (iştirak) halinde eser sahipliğinde olduğu gibi tek bir eser bulunmamakta ve eserler arasında kurulan bağlantı bu eserlerin bağımsız eser niteliği taşıma özelliklerini ortadan kaldırmamaktadır. Burada her bir eser sahibinin kendi eseri üzerindeki sahipliği baki kalmaktadır⁵⁸⁸. Örneğin, fotoğraf ve metinlerden oluşan bir eserde, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 9 gereğince, her bir eser sahibi(fotoğrafı meydana getiren fotoğrafın, metin yazarı metin kısmının) sahibi olarak kalırlar. Birleştirilen eserler bağımsızlığını kaybetmeyeceğinden, bu eserlerden yapılacak iktibaslarda da her bir kısım birbirinden bağımsız olarak düşünölmek gerekecektir.

Resim ve metinden oluşan bir eserin, tek bir kişi tarafından meydana getirilmiş, yani tek bir eser sahibinin söz konusu olması durumunda da, kanımızca bu tür bir eserin resim kısmı bu eserin parçasını oluşturmayacaktır. Yani bu durumda bu tür bir eserin resim kısmının eserin bir parçası olarak kabul edilerek küçük iktibas kapsamında iktibası mümkün olmayacaktır. Zira Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu gereği bu tür eserler de ayrı bir eser türü olarak başlıbaşına ayrı bir koruma konusu olabilecektir. Nitekim bir eserin resim kısmı, eserin metin kısmından ayrı olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 4 kapsamında ayrı bir eser türü olan “güzel sanat eseri” olarak koruma görebilecektir. Buna göre eserin metin bölümü, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 2 kapsamında ilim ve edebiyat eseri niteliği taşıırken, eserde yer alan resimler Fikir ve Sanat Eserleri madde 4 kapsamında “güzel sanat eseri” olarak metin kısmından ayrı olarak başlı başına ayrı bir eser niteliğine sahip olacaklardır. Yine bir eserde, metin ile Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 4 kapsamında güzel sanat eseri sayılamayacak, örneğin bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyetteki fotoğraf vs.eserleri olması da mümkündür. Her ne kadar bu eserler de, Kanunda “dil ve yazı ile ifade edilen eserler” gibi “ilim ve edebiyat” eserleri kapsamında düzenlenmiş iseler de(FSEK madde 2/f.1-b. 3), bu

⁵⁸⁷ Loewenheim, Ulrich, (Schricker, Gerhard, Urheberrecht, München, 2006),§ 9, s. 244, nr.4.

⁵⁸⁸ Öztan,(Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 268.

eserler dil ve yazı ile ifade edilen eserlerden farklı bir nitelik göstermektedirler. Ancak Kanun tarafından bu eserlere de, dil ve yazı ile ifade edilen eserlerden ayrı olarak, “ilim ve edebiyat” eserleri kapsamında bağımsız olarak koruma sağlandığı için bu eserlerin, birleştirildikleri metin ile beraber düşünüldüklerinde eserin bir parçası olarak sayılmaması gerekip, metinden ayrı olarak başlı başlı başına bir ilim ve edebiyat eseri olarak kabul edilmeleri gerektiği kanısındayız. Belirtmek gerekir ki, aksi durumun kabulü, mali olarak da metinden bağımsız olarak değerlendirme konusu yapılabilecek bir resim ya da fotoğraf vs. eserinin, bütünüyle iktibas konusu oluşturmasına sebep olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b. 1’de “küçük iktibas”ın eser parçaları ile sınırlı olarak kabul edilmesine ilişkin düzenlemenin işlemez hale gelmesine sebep olabilecektir⁵⁸⁹.

(2) Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 36/f. 2 ’nin Uygulama Alanı Bakımından Değerlendirme

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun “Gazete Münderecatı” başlıklı 36’ncı maddesinin ikinci fıkrasında, *gazete veya dergilerde çıkan içtimai, siyasi veya iktisadi günlük meselelere ilişkin 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 yayılmasının serbest olduğu(cümle 1); iktibas hakkı mahfuz tutulsa bile sözü geçen makale ve fıkraların kısaltılarak basın özetleri şeklinde alınması, radyo vasıtasıyla veya diğer bir suretle yayılmasının geçerli olduğu(cümle 2) düzenlenmiştir.*

Bu maddede getirilen düzenlemenin amacı esasen Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35’de düzenlenen iktibas serbestisine ilişkin düzenlemeden farklı olarak, gazete ve dergilerde çıkan ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 36/f. 2’de belirtilen nitelikteki eserlerin, yeni ve bağımsız eserler yaratılması amacıyla kullanılması değil, toplumun haber ve bilgi alma ihtiyacını sağlamak amacıyla kullanılmasıdır⁵⁹⁰. Zira FSEK madde 36/f. 2 kapsamında gazete ve dergilerde çıkan içtimai(sosyal), siyasi ve iktisadi sorunlara ilişkin makale ve fıkraların diğer dergi ve

⁵⁸⁹ Alman hukuku bakımından da, aynı şekilde **Krüger**, s. 155.

⁵⁹⁰ **Erel**, (Fikir ve Sanat Hukuku), s. 262; **Öztan**, (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 467. Benzer bir düzenleme de UrHG madde 49/f.1’de yer almaktadır.

gazetelerde kullanılabilmesi için bu eserlerin mutlaka gazete ve dergilerde bulunan bağımsız bir eser içerisinde işlenmek suretiyle kullanılması gerekmektedir. Yani FSEK madde 36/f. 2 kapsamında yer alan eserlerden yararlanılması için bunların başka bir *bağımsız* eser içerisine entegre edilerek kullanılması gerekli olmayıp, bu eserlerin diğer gazete ve dergilerde haber verme amacıyla tabiri caizse basit bir şekilde çoğaltılması da Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 36/f.2’de düzenlenen koşullar çerçevesinde geçerli olabilir. Bu açıdan gazete ve dergilerde çıkan FSEK madde 36/fıkra 2’de belirtilen nitelikteki makale ve fıkraların, kısaltılarak basın özetleri şeklinde kullanılması söz konusu olmadığı sürece, bu eserlerin sahiplerinin haklarını saklı tutması mümkündür. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35 kapsamındaki iktibas hakkında ise, eser sahibinin eserinden iktibas yapılması hakkını saklı tutması, bu eserden Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35 kapsamında iktibas yapılmasına engel olmaz.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 36/f. 2’de geçen “makale ve fıkra” kavramı kapsamında, bir kişinin düşünce açıklamalarını içeren yazılı ifadeler anlaşılmalıdır. İstisnai olsa da güncel nitelikteki siyasi, sosyal ya da ekonomik olaylara ilişkin şiirler de bu madde kapsamına girebilir⁵⁹¹. Buna karşılık resim, fotoğraf gibi eserler bu madde kapsamında yer almaz. Bu madde kapsamında gazete ve dergilerden kullanılacak eserler Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 2’de ilim ve edebiyat eserleri kapsamında düzenlenen “dil ve yazı” ile ifade edilen eserler kapsamında yer almaktadır(FSEK madde 2/f.1-b. 1).

UrHG’de 1.1.2008 tarihinde yürürlüğe giren Bilgi Toplumunda Eser Sahibi Haklarına İlişkin İkinci Kanun ile yapılan değişiklikte politik, ekonomik ya da dini nitelikteki radyo-televizyon yorumları ya da gazete veya diğer sadece güncel olaylara ilişkin haber kâğıtlarındaki makalelerle bağlantılı olarak alenileşen resimlerin de kullanılmasına izin verilmiştir. Buna karşılık Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 36/f. 2 gereğince gazete ve dergilerde çıkan ve güncel siyasi, sosyal olaylarla ilgili karikatür ve fotoğraf gibi eserlerin bu madde kapsamında başka gazete ve dergilerde kullanılması söz konusu olamayacaktır. Bu açıdan niteliği gereği ancak tamamen iktibas edilebilecek bir güzel sanat eserinin ya da ilmi veya teknik nitelikteki bir

⁵⁹¹ Nordemann, Wilhelm, (Nordemann, Wilhelm/Nordemann, Axel/Nordemann, Jan Bernd, Urheberrecht, 10. Auflage, Stuttgart, 2008), § 49, s. 958, nr.3.

fotoğraf vs. eserlerinin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 36/f. 2 kapsamında başka bir gazete veya dergide kullanılabilmesi söz konusu olmayacaktır.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 36'ncı maddesinin ikinci fıkrasında "gazete veya dergilerde" çıkan makale ve fıkraların iktibasından söz edilmektedir. Maddede geçen gazete kavramına günlük olarak yayımlanan gazeteler yanında, haber verme amacına hizmet ettikleri sürece haftanın belirli günleri ya da hafta sonları yayımlanan gazeteler de girer. Burada önemli olan gazete ve dergilerin bütünlerinde taşıdıkları karaktere göre esasen sadece aktüel/güncel bilgilendirmeye hizmet eden yayınlar olmasıdır. Bu açıdan haftalık ya da aylık yayımlanan periyodikler de Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 36/f. 2 kapsamında değerlendirilecektir⁵⁹². Bununla birlikte özellikle "dergi" kavramının Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 36/f. 2'da yer alan düzenlemenin amacı çerçevesinde yorumlanması gerekir. Bu düzenlemenin amacı, kamunun güncel olaylar hakkında bilgilendirilmesine, haber almasına imkân sağlamaktır. Bu açıdan maddede geçen dergi kavramının da bu amaç çerçevesinde yorumlanması gerekmektedir.

Bu kapsamda Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 36/f. 2'de belirtilen dergi kavramına, öncelikli olarak kamunun güncel olaylar hakkında bilgilendirilmesini amaçlayan bir karaktere sahip olan süreli yayınların girmesi gerekmektedir. Bu süreli yayınların günlük, haftalık ya da aylık olmasının bir önemi yoktur. Buna karşılık, ilk etapta aktüel günlük olaylar hakkında bilgi vermeyen diğer dergiler ya da sırf uzmanlık alanı dergileri Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 36/f. 2 kapsamına girmeyecektir⁵⁹³. Buna göre Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 36 kapsamında sadece yukarıda belirttiğimiz anlamda gazete ve dergilerde çıkan içtimai, siyasi ya da ekonomik alana ilişkin makale ve fıkraların kullanılması söz konusu olacaktır. Yine bu makale ve fıkraların kullanılabilmesi için gazete ve dergilerin de aynı nitelikte yani öncelikli olarak kamunun haber alma amacına hizmet eden gazete ve dergiler olarak anlaşılması gerekir.

Yine Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 36/f. 2 kapsamında diğer gazete ve dergilerde çıkan makale ve fıkralardan yararlanabilmek için bunların içtimai, siyasi veya iktisadi günlük yani güncel(aktüel) konulara ilişkin olması gerekir.

⁵⁹² Bkz. BGH, "Wirtschafts Woche", GRUR 2005/Heft 8, s. 670vd.

⁵⁹³ Dreier, Thomas, (Dreier, Thomas/Schulze, Gernot, Urheberrechtsgesetz, München, 2008), § 49, s. 804, nr.7.

Burada “içtimai” kavramı, toplumla ilgili olan, toplumsal, sosyal olarak anlaşılacaktır. Bu açıdan sosyal, siyasi veya iktisadi günlük meselelere ilişkin bulunan makale ve fıkralar Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 36/f. 2 kapsamında yer alacaktır. Gazete ve dergilerde çıkan ancak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 36/f. 2’de belirtilen nitelikleri taşımayan makale ve fıkralardan iktibas yapılabilmesi ise ancak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35’de yer alan koşullar çerçevesinde mümkün olabilecektir. Buna göre güncel bir sosyal, siyasal veya ekonomik olaya ilişkin olmayan, ancak niteliği gereği tamamen iktibas edilmesi gereken bir şiir ya da bir yazının Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 36/f. 2 kapsamında kullanılması söz konusu olmayacaktır.

Sonuç olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 36 kapsamında özellikle gazete ve dergilerde çıkan karikatür, fotoğraf gibi eserlerin haber verme amacıyla başka gazete ve dergilerde kullanılması söz konusu olamayacaktır. Zira Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 36/f. 2’ nin uygulama kapsamına bu tür eserler girmemektedir. Bu açıdan bu madde uygulamada karikatür ve diğer fotoğraf eserlerinin başka eserlerde kullanılmasına olan ihtiyacı gideremeyecektir. Diğer taraftan niteliği gereği dar kapsamlı olan ve bu nedenle ancak tamamının kullanılması bir anlam ifade eden dil ile ifade edilen eserlerin(örneğin kısa şiirler) Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 36 kapsamında kullanılabilmesi esasen mümkündür. Ancak bu tür eserlerden bu madde kapsamında yararlanılabilmeleri iki açıdan bir sınırlandırmaya tabi tutulmuştur. Öncelikle bu tür eserlerin güncel siyasi, sosyal ya da ekonomik olaylara ilişkin olması gerekir. İkinci olarak ise bu eserlerin toplumun haber verme amacına hizmet eden gazete ve dergilerde çıkmış olması ve yine aynı nitelikteki yani toplumun haber alma ihtiyacını karşılamaya yönelik gazete ve dergilerde kullanılması gerekir. Buna karşılık belirtilen niteliğe sahip olmayan yayın organlarında çıkan ya da sosyal, siyasal veya ekonomik güncel olaylara ilişkin olmayan eserlerden bu madde kapsamında yararlanmak mümkün olmayacaktır. Bu açıdan bu tür eserlerden de iktibas imkânının Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35 kapsamında iktibas yapıp yapılamayacağını incelenmesi gerekir.

(3) Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 37'nin Uygulama Alanı Bakımından Değerlendirme

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun "Haber" başlıklı 37'nci maddesine göre, haber niteliğinde 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 mümkündür. Bu şekilde alınmış parçaların çoğaltılması, yayılması, temsil edilmesi veya radyo ve televizyon gibi araçlarla yayınlanması serbesttir. Bu serbestlik, hak sahibinin hukuki menfaatlerine zarar verecek şekilde veya eserden normal yararlanmaya aykırı biçimde kullanılamaz.

Bu düzenlemenin getiriliş amacı da kamunun haber alma ihtiyacını karşılamaktır. Kamunun güncel olaylar hakkında haber alma ihtiyacını karşılamak amacıyla, günlük olaylara bağlı olarak hazırlanan haberlerde, bu haberlere bağlı olarak bir eserin bazı parçalarının kullanılması gerekebilir. Bu kapsamda güncel bir olay kapsamında topluma haber verilirken, bu haber ile ilgili olarak bir eserin parçalarının işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlara tespit edilmesi ve bu yolla eser parçalarının gazete veya televizyon gibi basın organlarında topluma sunulması mümkündür⁵⁹⁴.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 37'nci maddesinde her ne kadar bir eserin bazı parçalarının kullanılmasından söz edilmişse de, bazı durumlarda sağlıklı ve tam haber verebilmek için bir eserin tamamının alınmasının gerekebileceği kabul edilmektedir. Örneğin, bir resim sergisiyle ilgili olarak verilen bir haberde, her biri ayrı bir eser niteliği taşıyan birkaç tablonun fotoğrafının gösterilmesinde olduğu gibi⁵⁹⁵.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 37'nci maddesinden düzenlenen serbestisinin söz konusu olabilmesi için, bir eserin güncel olaylara bağlı olarak verilen bir haber kapsamında ve bilgilendirme amacını aşmayacak şekilde

⁵⁹⁴ Öğretide, her ne kadar maddenin ifade tarzından bir eserden haber ve bilgi verme kapsamında yararlanılabilmesi için, öncelikle onun belirli bir ortama tespit edilmesinin gerektiği gibi bir sonuç çıksa da, bir eserin bu madde kapsamında haber ve bilgi verme amacıyla daha önceden bir tespit olmaksızın doğrudan doğruya "canlı yayın" aracılığıyla da topluma duyurulmasının bu madde kapsamında geçerli olacağı ifade edilmiştir. **Ateş**, (Sınırlandırma), s. 337.

⁵⁹⁵ **Öztaş**, (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 472; **Ateş**, (Sınırlandırma), s. 336.

kullanılması gerekir. Burada esasen, bir eserin güncel bir olayla ilgili⁵⁹⁶ bir haber kapsamında topluma iletilmesi söz konusu olup, bir eserin sadece kendisinin haber olarak verilmesi söz konusu olmamakla birlikte⁵⁹⁷, örneğin bir fotoğrafçının yeni fotoğraf sergisini gösteren bir haberde, fotoğrafçının sergideki eserlerinin bir kısmının gösterilmesi durumunda olduğu gibi, bazı durumlarda haberin konusunun eserle iç içe geçmiş olması da mümkündür.

Bir eserin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 37 kapsamında güncel bir olaya bağlı olarak verilmesinde, haber ve bilgilendirme amacı da aşılmamalıdır. Haber verme ve bilgilendirme, gerçek ve güncel bir olayın mümkün merteye gerçeğe yakın şekilde anlatılması anlamına gelir. Bu çerçevede salt, üçüncü kişilerin görüşlerini de içerecek şekilde güncel bir olayın öncesini veya arkasında yatan nedenlerin değerlendirilmesi ya da sadece güncel bir olaya ilişkin kişisel yorumun sunulması haber ve bilgilendirme amacı kapsamında değerlendirilmeyecektir⁵⁹⁸. Ancak uygulamada da sıklıkla karşılaşıldığı üzere güncel bir olay hakkında haber ve bilgi verilirken buna bağlı olarak olayı anlatan kişinin yorum yapması da mümkündür. Bu durumda da, güncel bir olaya ilişkin olarak bilgi verilmesi, yorum yanında bir yan unsur olarak kalmadığı sürece bu madde kapsamında haber ve bilgi verme amacının aşılmadığından söz edilebilecektir.

Bu kapsamda örneğin bir politikacı ile ilgili bir karikatürün, karikatürü çizilen politikacının bu karikatürle kişilik haklarının zedelendiğini iddia ederek dava açtığına bildirilmesine ilişkin bir haber kapsamında bir medya organında yayınlanması ya da umuma iletilmesi Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 37 kapsamında mümkün olabilecektir. Yine toplumda çok büyük bir tepki uyandıran bir karikatürle ilgili olarak, toplumun verdiği tepkiler ve yaptığı eylemler hakkında bilgi verilirken, bu karikatürün de verilen haber kapsamında kullanılması da aynı madde kapsamında mümkündür. Bu haber verilirken, haberi verenin konu hakkında kendi yorumlarını da iletmesi, örneğin konuya sanat özgürlüğü bakımından yaklaşarak

⁵⁹⁶ Bu kapsamda güncel olmayan olaylarla ilgili olarak bilgi verilmesi bu madde kapsamında değerlendirilmeyecektir.

⁵⁹⁷ **Engels, Stefan, (Nicolini, Käte/Ahlberg, Hartwig, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz, 2. Auflage, München, 2000), § 50, s. 499, nr. 14; Vogel, Martin (Schricker, Gerhard, Urheberrecht, München, 2006), § 50, s. 1019, nr.21. BGH, "Presseberichterstattung und Kunstwerkweidergabe I", GRUR 1983, Heft 1, s. 27.**

⁵⁹⁸ **Engels, (Nicolini/Ahlberg, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz), § 50, 497, nr. 6; Vogel, (Schricker, Urheberrecht), § 50, s. 1015, nr. 10.**

verilen tepkileri eleştirmesi, haber verme amacı ön planda olduğu sürece, bir eserin bu habere bağlı olarak kullanılması yine bu madde kapsamında geçerlidir

Buna karşılık bir basın yayın organında, sadece bir karikatürün ya da bir fotoğraf sanatçısının fotoğraf eserinin içerdiği politik düşüncelerin ya da bir sanatçının sanatsal ifade şeklinin tartışma konusu yapıldığı bir makalede bu fotoğrafların kullanılması Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 37 kapsamında değerlendirilmeyecektir. Burada Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35’de düzenlenen iktibas serbestisine ilişkin düzenlemelerin uygulama alanı bulması düşünülecektir. Yine Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 37’nin uygulanması ancak güncel olaylara bağlı olarak verilen haberler kapsamında olacağından, güncel nitelik taşımayan konular hakkındaki verilen haberler ve bu haberlere bir yan unsur olarak ortaya çıkan yorumlar bakımından Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 37’nin uygulanması söz konusu olmayacak, bu durumda yine Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35’de yer alan düzenlemelere başvurulması gerekecektir.

Bu kapsamda Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 37 kapsamında niteliği gereği ancak tamamen kullanılabilir bazı eserlerin, güncel olaylara bağlı olarak verilen haberler kapsamında kullanılabilmesi söz konusu olmakla birlikte, bu madde hükmü ile bu tür eserlerin özellikle fikri tartışma bağlamında kullanılması bakımından yeterli bir düzenleme olmayacaktır. Bu doğrultuda bu tür eserlerin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35 kapsamında iktibas edilip edilemeyeceğinin incelenmesi gerekecektir.

(4) Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b. 1’in Uygulanabilmesi Bakımından Değerlendirme

Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 35’nci maddesinin küçük iktibas düzenleyen birinci fıkrasının birinci bendinde, iktibas imkânı “bazı cümle ve fıkralarla” ile sınırlandırılmıştır. Daha önce de ifade edildiği üzere bu madde hükmü cümle ve fıkra olarak iktibas mümkün olmamakla birlikte, herhangi bir eser türünün parça olarak iktibas durumunda da uygulanacak şekilde yorumlanmalıdır. Ancak bir eserin tamamının ya da önemli bir bölümünün bu madde kapsamında iktibas esasen

geçerli değildir. Zira burada kanun koyucunun amacı, iktibasları sadece bir eserin parçaları ile sınırlandırmakta yatmaktadır. Bu düzenleme, bir eserin tamamının da bu bent kapsamında iktibas edilebileceği şeklinde yorumlanamaz.

FSEK madde 35/f.1-b.1’de yer alan küçük iktibasa ilişkin düzenlemede, yapılacak iktibaslar “cümle ve fıkralarla” sınırlandırılmışsa da, söz konusu bentte yer alan düzenlemenin bütünü ve altında yatan amaç dikkate alındığında, özellikle kendisinden iktibas yapılacak eser türü bakımından açık bir sınırlandırma getirilmediğinden, “bir eserin bazı cümle ve fıkraları” kavramının, dil ile ifade edilmeyen eserlerde, bir eserin bazı parçalarının da iktibas edilebileceği şeklinde yorumlanması mümkündür. Buna karşılık bir eserin cümle veya fıkraları ya da parçaları kavramının, iktibasın bir eserin tamamını da kapsayabileceği şeklinde yorumlanması mümkün değildir.

Bununla birlikte, FSEK madde 35/f.1-b.1’in, niteliği gereği ancak tamamen iktibas edilebilecek eserler bakımından, kıyasen uygulanması akla gelebilir. Belirtmek gerekir ki, “kıyas”, kanunda belirli bir fiili durum için konulmuş bulunan kuralın, o duruma benzeyen ve fakat hakkında hüküm bulunmayan başka bir duruma da uygulanmasıdır⁵⁹⁹. Kıyasta, kanunda başka bir olay için öngörülmüş bulunan bir hükmün konuluş nedeni olan ilkenin aracılığı ile bu boşluğun doldurulması söz konusudur. Burada kanunda mevcut olan bir hükmün olaya doğrudan doğruya uygulanması söz konusu olmayıp, sadece *o hükümdeki ilkenin aracılığı ile* kanun boşluğunun doldurulması söz konusu olmaktadır⁶⁰⁰. Kanunda kıyas yolu uygulanarak doldurulabilecek bir boşluktan bahsedebilmek için ise ortada *bilinçsiz bir boşluk* olması gerekmektedir. Kanun koyucu, bir kanun boşluğunu bilerek ve isteyerek bırakmışsa, ortada bir “bilinçli boşluk” bulunduğu söz edilir. Buna karşılık kanun koyucu özen eksikliğinden dolayı, aslında düzenlemesi gereken bir hususta hüküm getirmeyi ihmal etmiş ise veya boşluk değişen durumlar sebebiyle ortaya çıkmışsa ortada bilinçsiz bir boşluğun bulunduğu söz edilir⁶⁰¹.

Kanımızca, niteliği gereği ancak tamamen iktibas yapılabilecek eserler bakımından da ortada bilinçsiz bir boşluğun bulunduğu söz edilebilir. Zira ancak tamamen iktibas edilebilecek güzel sanat eserleri ve diğer dar kapsamlı eserler

⁵⁹⁹ **Gözler, Kemal**, Hukuka Giriş, Üçüncü Baskı, Bursa, 2006, s. 209.

⁶⁰⁰ **Esener, Turhan**, Hukuk Başlangıcı, İstanbul, 2000, s. 279.

⁶⁰¹ **Oğuzman /Barlas**, s. 77.

bakımından, bu maddeye göre iktibas imkânı ortadan kalkmış gözükmektedir. Örneğin politik bir karikatür hakkında bir eleştiri yazacak olan kişinin düşüncelerini ifade edebilmesi ve bir eleştiri ortaya koyması için bu karikatürü eleştiri yazısına koyması gerekiyorsa, böyle bir iktibas *kural olarak* Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1b. 1 kapsamına girmeyecektir. Buna karşılık kanun koyucunun bu düzenlemeyi getirirken, kişilerin Anayasal hakları olan düşüncüyü açıklama ya da sanat özgürlüğünü ya da toplumun bilgi alma hakkını tamamen ya da önemli ölçüde ortadan kaldırmak gibi bir amacının bulunduğu söz edilemeyecektir. Söz konusu boşluk daha ziyade düzenlemenin kazuistik yapısından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle niteliği gereği ancak tamamen iktibas edilebilecek eserlerden de, FSEK madde 35/f.1-b.1’de yer alan düzenlemenin *temelinde yatan amaca ve denkleştirmeye uygun olduğu sürece*, kıyasen bu bent kapsamında iktibas yapılabilecektir.

Nitekim kanun koyucunun Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun küçük iktibas düzenleyen 35’nci maddesinin birinci fıkrasının birinci bendinde, yapılacak iktibasları bazı cümle ve fıkralarla sınırlandırmasının temelinde, çatışan karşılıklı çıkarlar arasında bir denge kurma düşüncesi yatmaktadır. Zira burada eser sahibinin maddi menfaatleri (Anayasa madde 35 anlamında mülkiyet hakkı kapsamında korunan) ile toplumun diğer bireylerinin temelini Anayasada bulan düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğü (-ki bunun içerisine, resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya *fikir almak* ya da vermek serbestliği de girer- (Anayasa madde 26), sanat özgürlüğü (Anayasa madde 27) gibi temel hakları arasında bir çatışma bulunmaktadır. Kanun koyucu Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b. 1’de küçük iktibasa ilişkin düzenlemede karşılıklı çatışan bu yararları bir dengeye oturtmuş ve yapılacak iktibasları bazı eser parçaları sınırlandırmıştır.

Buna göre, kendisinden iktibas yapılan eserin tamamının ya da önemli bir içeriğinin bilinmesini sağlamak suretiyle bu eserin yerine geçerek, esere olan ilginin azaltılması ya da tamamen ortadan kaldırılması, yani kendisinden iktibas yapılan eserle doğrudan bir rekabet girecek şekilde bu eserden yararlanma durumunda Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b. 1’de düzenlenen “küçük iktibasın” sınırı aşılmış olacaktır. Buna göre, herkes düşüncesini açıklarken, sanatsal bir faaliyette bulunurken, başka bir eserden yararlanabilmekle birlikte, bu yararlanma, kendisinden

iktibas yapılan eserle doğrudan bir rekabete girmek suretiyle eser sahibinin ekonomik menfaatlerini azaltılması ya da ortadan kaldırması noktasında kesilecektir. “Küçük iktibasın” eser parçaları ile sınırlandırılmasındaki temel düşünce, eser parçalarının kural olarak, kendisinden iktibas yapılan eserin tamamının ya da önemli bir kısmının bilinmesine yol açmaması ve kendisinden iktibas yapılan eserin piyasasını etkilememesidir. Eser sahibi de, eserinin başkaları tarafından kullanılmasına, manevi hakları ihlal edilmediği sürece bu sınıra kadar katlanmak zorundadır. Zira eser sahibinin hakları belki de başka hiçbir alanda olmadığı kadar sosyal bağlantısı yüksek olan haklarıdır.

Bu açıdan bir eserin tamamının FSEK madde 35/f.1-b.1 kapsamında iktibas edilebilmesinin sınırını da orijinal eserin ekonomik değerlendirilmesinin iktibaslar aracılığıyla beklenemez ölçüde zedelenmesi hususu çizecektir⁶⁰².

Kanun koyucu bu sınırın aşılması tehlikesine, istisnai olarak sadece bilimsel eserler bakımından, bilimsel ilerleminin teşviki için izin vermiştir. Buna göre, bilimsel eserlere bir eserin tamamının iktibas, Kanunda yazılı koşulların oluşması durumunda geçerlidir. Bir eserin tamamının başka bir esere iktibas kural olarak, kendisinden iktibas yapılan eserin tamamının, üçüncü kişilerce bilinmesine yol açan, yani kendisinden iktibas yapılan eserle doğrudan rekabete girme ihtimali daha fazla olan bir kullanım şeklidir. Kanun koyucu ise bilimsel eserler bakımından böyle düzenleme getirirken, burada tercihini bilimin ilerlemesi ve teşvikine yani toplum yararı için kullanmış ve eser sahibinin bu şekilde uğrayabileceği ekonomik zararları önceden göze almıştır⁶⁰³.

Kanun koyucu Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b.1’de iktibas imkânını bilimsel eserlere iktibasta olduğu gibi belirli bir amaçla sınırlamaksızın kabul ederken, kural olarak bir eserin cümle ve fıkraları ya da parçalarının iktibas ile eser sahibinin eserini ekonomik olarak değerlendirme imkânlarının zedelenmeyeceği, sınırlandırmayacağı olgusundan hareket etmiştir⁶⁰⁴. Buna göre bir eserin tamamının ya da önemli bir bölümünün iktibas, *somut olayın özelliğine göre*, kendisinden

⁶⁰² **Kakies**, s. 103.

⁶⁰³ Bkz. **Schricker**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 51, s. 1034, nr. 24; bilimsel eserlere yapılacak büyük iktibasta bilimsel içeriğin aydınlatılması için gerekli ise bir eserin tamamının bilimsel bir esere iktibasına izin verilerek, toplumun serbest bilimsel tartışmada bulunan yararı karşısında, eser sahibinin mali menfaatlerinin kural olarak geri plana atıldığı yönünde, **Krüger**, s. 99.

⁶⁰⁴ **Brauns**, s. 94.

iktibas yapılan eser sahibinin eseri ile doğrudan rekabete girerek, eser sahibinin yararlarına beklenemez ölçüde zarar vermiyorsa, FSEK madde 35/f.1-b.1 hükmünün kıyasen, bu tür eserlerden iktibasta da uygulanması mümkündür.

Bu ise her somut olayın özelliğine göre mahkemeler tarafından değerlendirilmelidir. Burada önemli olan yapılan iktibasla, eserin tümünün içeriği hakkında bilgi sahibi olunsa bile, böyle bir durumun eser sahibinin eserini ekonomik olarak değerlendirme imkânlarını daraltıp daraltmadığıdır. Bu ise her bir eserin türüne, bunların değerlendirilme olanaklarına göre ve iktibasın yapıldığı şekline göre farklılıklar gösterebilir. Örneğin bir şairin alenileşmiş kısa bir şiirinin, edebiyat ile ilgili bir konferans ya da toplantıda, bu şiir hakkında tartışma ortaya koyan bir konuşma içerisinde konuşmacı tarafından tamamının okunması, eser sahibinin bu şiiri ekonomik olarak değerlendirme imkânını azaltmaz iken, şiir ile ilgili bu tartışmanın ve şiirin bir edebiyat dergisinde yayımlanması eser sahibinin ekonomik menfaatlerini daraltabilecektir.

Güzel sanat eserleri ya da ilmi veya teknik nitelikteki fotoğraf vs. eserlerinin tamamının iktibas da bazı durumlarda eser sahibinin eserini değerlendirme imkânlarını daraltmayabilir. Özellikle güzel sanat eserlerinden yararlanmanın ağırlıklı noktasını öncelikli olarak görsel duygular oluşturmaktadır⁶⁰⁵. Güzel sanat eserlerinin bu etkiyi uyandırabilmeleri için ise tam olarak iktibas edilmeleri gerekir. Ancak bir güzel sanat eserinin oldukça küçültülerek ya da renkli olarak değil de siyah beyaz olarak iktibas edilmesi durumunda bu etki ortadan kalkacaktır. Zira bu eserlerle ilgilenecek olanlar için bu şekildeki iktibaslar eserin aslına olan ilgiyi ortadan kaldırmayacaktır. Bir güzel sanat eserinin küçültülerek ya da renkli yerine siyah beyaz olarak iktibas edilmesi durumunda da, kural olarak eser sahibinin maddi menfaatleri etkilenmeyeceğinden bu durumlarda da, bu tür iktibasların da Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1.b. 1 kapsamında kabul edilmesi gerekir⁶⁰⁶. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 16'ncı maddesinin ikinci fıkrasında da, *Kanunun* veya eser sahibinin izni ile bir eseri işleyen, umuma arz eden, çoğaltan, yayımlayan, temsil eden veya başka bir suretle yayan kimsenin, işleme, çoğaltma, temsil veya yayım tekniği icabı zaruri görülen değiştirmeleri eser sahibinin hususi izni olmadan yapabileceği düzenlendiğinden, örneğin siyah beyaz renkte basılan bir dergiye, renkli

⁶⁰⁵ Brauns, s. 142.

⁶⁰⁶ Karş. Brauns, s. 142-143.

bir güzel sanat eserinin küçültülmüş boyutlarda ve siyah/beyaz şekilde alınması durumunda geçerli bir iktibastan bahsedilebilecektir⁶⁰⁷.

Buna karşılık kanımızca karikatürler daha farklı bir özellik gösterebilir. Diğer güzel sanat eserlerinden farklı olarak -örneğin bir tabloda farklı olarak-, karikatür eserlerinde daha ziyade siyasi ve toplumsal güncel olaylara ilişkin görüşler dile getirilmektedir. Okuyucunun karikatürlere olan ilgisi de estetik bir haz almaktan ziyade, karikatürde ifade edilen bir güncel olaya ya da politik bir duruma ilişkin görüşe yöneliktir. Okuyucu karikatürde anlatılmak istenen düşünceyi aldığı anda, diğer güzel sanat eserlerinden farklı olarak esere olan ilgisi büyük ölçüde azalmaktadır. Bu açıdan örneğin bir karikatür dergisinde yayımlanan bir karikatürün, günlük bir gazetede yayımlanan bir makaleye küçültülerek ya da siyah beyaz formatlarda iktibas edilmesi, içeriğindeki düşünce rahat bir şekilde anlaşılabilir olduktan sonra esere olan ilgiyi yine de azaltabilecek ve karikatür günlük bir gazetede yayımlanarak geniş bir kitleye ulaştığından karikatüristin eserini başka dergilerde veya gazetelerde değerlendirmesi imkânını daraltabilecektir.

(5) FSEK madde 35/f.1-b. 3'ün Uygulanabilmesi Bakımından Değerlendirme

Yukarıda da ifade edildiği üzere niteliği gereği ancak tamamen iktibas edilebilecek eserlerden yapılacak iktibaslar bakımından Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b. 1'deki düzenleme ancak, somut olayda bu tür eserlerden yapılan iktibasın kendisinden iktibas yapılan eserle doğrudan rekabete girilmeyerek, eser sahibinin ekonomik menfaatlerine beklenemez ölçüde zarar verilmemesi durumunda kıyasen uygulanabilecektir. Zira FSEK madde 35/f.1-b. 1 kapsamında yapılacak iktibasların amacı bilimsel eserlere yapılacak büyük iktibasta olduğu gibi belirli bir amaçla sınırlandırılmamış ve çok daha kapsamlı amaçlar çerçevesinde

⁶⁰⁷ LG München I, bir kararında, istisnai olarak bilimsel nitelikte olmayan eserlere de büyük iktibasa, kısmen iktibasın anlamlı olmaması ve toplumun bilgi edinmede yararı olması durumunda izin verilebileceğini ifade etmiş ve böyle bir iktibas UrHG madde 51/2 kapsamında görülmüştür. Kararda, iktibasa konu pankartın orijinal büyüklüğünde iktibas edilmeyip oldukça küçültülmüş bir şekilde iktibas edildiği ve eser sahibinin maddi menfaatlerinin iktibas aracılığıyla ciddi bir şekilde zedelenmediği; davacının orijinal baskının olası piyasa şansının azalmasından değil, aksine büyük ölçüde eserinin eleştirisi yolu ile kötü duruma düşeceğinden korktuğu belirtilmiştir. (LG München I, Schulze, LGZ 182, s. 1 vd.)

iktibas yapılmasına izin verilmiştir. Bu kapsamda bir eserin bazı cümle fıkralarının ya da parçalarının fikri tartışma yanında sanatsal bir tartışma aracı olarak, sanatsal bir şekillendirme aracı olarak, çağrışımsal amaçlar gibi amaçlarla iktibas da geçerli bir iktibas amacı oluşturacaktır. Burada en geniş anlamda yeni ve bağımsız eserler yaratılarak toplumun kültürel zenginliğinin artırılması imkânının sağlanması söz konusudur. Ancak bu amaç gerçekleştirilirken eser sahibinin hakları da ihlal edilmemeli ve iktibas edilen eser vasıtasıyla yararlanılan eserin yerine geçilerek, eser sahibinin eserini ekonomik olarak değerlendirme imkânları azaltılmamalıdır. Bu kapsamda niteliği gereği ancak tamamen iktibas anlamlı olan eserlerin de iktibas amacı bu eserin tamamının iktibasını gerekli kılıyorsa ve bu iktibas yoluyla eser sahibinin yararları beklenemez ölçüde zedelenmiyorsa Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b. 1 kapsamında iktibasın mümkün olması gerekir.

Buna karşılık niteliği gereği ancak tamamen iktibas edilebilecek bir eserin iktibas yoluyla kendisinden iktibas yapılan eserin piyasa şansı azaltılıyorsa, bu durumda FSEK madde 35/f.1-b. 1 hükmünün uygulanması söz konusu olamayacaktır. Bu durumda bu tür eserlerin tamamen iktibas imkânının tamamen ortadan kalktığından bahsedilebilecek midir?

Öğretide de, özellikle niteliği gereği ancak tamamen iktibas edilebilecek resim eserlerinin bilimsel amaçlar dışında, bilimsel eserlere büyük iktibasa ilişkin hükümler kıyasen uygulanarak politik fikir tartışmaları ya da politik düşünce tartışmaları kapsamında iktibas edilebileceği ifade edilmiştir⁶⁰⁸. Kanımızca politik fikir tartışmaları için olduğu kadar toplumu önemli ölçüde ilgilendiren diğer tartışmalarda da, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b. 3 hükmünün kıyasen uygulanması mümkün olabilir.

Bu kapsamda niteliği gereği ancak tamamen iktibas anlamlı ve mümkün olan bir eserin, bilimsel gelişme gibi toplum yararının eser sahibinin mali çıkarları karşısında daha üstün görülebileceği bazı istisnai durumlarda, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b. 3 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle iktibasının mümkün olması gerekir. Bu kapsamda demokratik toplumların vazgeçilmez bir gereği olan politik fikir tartışmaları bakımından bu imkânın kabul edilmesi yerindedir. Zira kişilerin yaşamları üzerinde vazgeçilmez önemi olan politik fikirler

⁶⁰⁸ Brauns, s. 144 vd.

ve kişiler hakkında düşüncelerini oluşturmak için bu konular hakkında bilgiye ulaşması ve bu yolla kanaatlerini oluşturması ve bu konudaki kanaatlerini açıklaması demokratik bir toplumda vazgeçilmez bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır⁶⁰⁹. Bununla birlikte kanımızca sadece politik fikir tartışmaları bakımından değil, her bir somut olayın özelliği dikkate alınarak toplumu önemli derecede ilgilendiren ve toplum yararının önemli bir derecede ortaya çıktığı düşünce açıklamaları kapsamında da bu nitelikteki eserlerin tamamen iktibas mümkün olmalıdır.

Burada esasen eser sahibinin mülkiyet hakkı kapsamında korunan mali hakları ile düşünceyi serbestçe ifade edebilme, fikir ve kanaatlere ulaşabilmeyi içeren düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti bağlamında korunan toplum yararı arasında bir çatışma ortaya çıkmaktadır. Anayasal olarak korunan bu haklar arasında kural olarak bir öncelik sonralık ilişkisinin olduğundan bahsedilemez. Nitekim ifade özgürlüğü hakkı demokrasinin tek dayanağı da değildir. Kişilerin mülkiyet hakkının korunması da demokratik sistemin gereklerinden biridir. İngiliz Temyiz Mahkemesi *Ashdown v. Telegraph* kararında da, “demokratik toplum gereklerinin” kişisel mülkiyete saygı duyulması ve onun korunmasını da içerdiğini ve bu mülkiyete fikri mülkiyetin de dâhil olduğunu “açıkça ifade etmiştir⁶¹⁰. Bununla birlikte, her ne kadar kişisel mülkiyete saygı duyulması da demokratik toplumun bir gereği ise de, ifade özgürlüğüne ilişkin temel hakkın demokrasi ile bağlantısı diğer temel haklara oranla daha sıkı bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Diğer temel haklar demokrasinin belirli koşullarını garanti altına alırken, özgür iletişim ve onun aracılığıyla oluşturulan kamuoyu doğrudan doğruya demokrasi prensiplerinin bir parçası, bir unsuru olarak

⁶⁰⁹ Anayasanın 26’ncı maddesinde, herkesin düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama veya yayma hakkına sahip olduğu(madde 26/fıkra 1- cümle 1); bu hürriyetin resmi makamların izni olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsayacağı düzenlenmiştir(madde 26/fıkra 1- cümle 2). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10’ncü maddesinde, ifade özgürlüğü hakkının kanaat özgürlüğü ve resmi makamlarca karışılmaksızın ve ülke sınırlarına bakılmaksızın haber ve fikirleri almak ya da iletmek özgürlüğünü de içereceği düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlüklerin, demokratik bir toplumda gerekli tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, nizamın sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli belgelerin açığa vurulmasının önlenmesi veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı merasime, koşullara, sınırlamalara veya yaptırımlara bağlanabileceği düzenlenmiştir.

⁶¹⁰ [http://www.ipsfactoj.com/international/2001/Part10/int2001\(10\)-013.htm](http://www.ipsfactoj.com/international/2001/Part10/int2001(10)-013.htm) (erişim 4.5.2009)

ortaya çıkmaktadır. *Onun engellenmesi doğrudan doğruya demokrasi imkânını etkiler*⁶¹¹.

Bu noktada eser sahibinin ekonomik menfaatleri karşısında, özellikle toplumu önemli bir şekilde ilgilendiren bir husus hakkında mı tartışma yapıldığı hususu önem kazanır. Belirtmek gerekir ki Alman Anayasa Mahkemesi 1958 yılında verdiği “*Lüth*” kararında, doğrudan doğruya kişisel ekonomik yararlar hizmet eden bir tartışmadan ziyade, toplum yararı için önemli niteliğe sahip olan bir konuda düşünce açıklamasının söz konusu olması durumunda, kişisel ve özellikle de ekonomik menfaatler karşısında esasen düşünce özgürlüğü yararına bir tahminde bulunulması gerektiğini ifade etmiştir⁶¹². Toplum önemli ölçüde ilgilendiren düşünce açıklamalarında, karşı tarafın bireysel çıkarları karşısında, kuşku halinde bu açıklamalara bir öncelik tanınmasının altında yatan neden, toplumsal konuşmalarda, sadece iki bireysel çıkarın karşı karşıya gelmesinde değil, aksine demokrasinin gelişmesinde eksikliği düşünülmemeyecek olan toplumun kamusal iletişimdeki üstün çıkarının söz konusu olmasından kaynaklanmaktadır⁶¹³.

Ancak toplumu önemli ölçüde ilgilendiren konulara ilişkin tartışmalar da dahi, ifade özgürlüğü temel hakkı kesin olarak bir öncelik hakkına da sahip değildir. Demokrasi prensibi, üçüncü kişilerin korunmaya değer haklarını yaralayan açıklamaları hukuka uygun hale getirmez. Sadece hukuka uygunluk için getirilecek kısıtların demokratik prensiplerin bunun altında ezilmeyeceği şekilde çizilmesini talep eder. Bu şekildeki bir etki, kamusal açıklamaların yapılabilmesine ilişkin gerekliliklerin, düşünceleri kurma sürecini destekleyen açıklamaların müeyyidelerinden korkulması sonucunu yol açacak şekilde yıldırıcı bir etki yaratması durumunda söz konusu olur⁶¹⁴.

Bu kapsamda iktibas serbestisine ilişkin düzenlemenin kazuistik niteliği çerçevesinde, niteliği gereği ancak bütünüyle iktibas edilebilecek ve bu yolla eser sahibinin eserini ekonomik olarak değerlendirme imkânlarını azaltabilecek nitelikteki eserlerden iktibas yapılmasının, sadece bilimsel nitelikteki eserlere yapılacak iktibaslar bakımından kabul edilerek, toplum açısından belki de en az bilimsel

⁶¹¹ **Grimm, Dieter**, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1995/27, s. 1703.

⁶¹² BVerfG, NJW 1958, s. 259.

⁶¹³ **Grimm**, s. 1703.

⁶¹⁴ **Grimm**, s. 1703.

gelişimin teşvik edilmesi kadar önemli olabilecek başka alanlarda bu imkânın tamamen ortadan kaldırılması, özellikle günümüzün iletişim organlarında çok önemli bir yer kaplayan, karikatür, fotoğraf gibi niteliği gereği ancak tamamen iktibas edilebilecek eserler bağlamında toplumu önemli ölçüde ilgilendirecek konularda yapılacak düşünce açıklamalarını ve fikri tartışma imkânlarını ortadan kaldırarak, demokratik toplumların vazgeçilmez gereği olan düşünceyi ifade özgürlüğünün gerçekleştirilmesi bakımından önemli ölçüde bir engel oluşturacaktır. Kanunkoyucu her ne kadar eser sahibinin mali menfaatlerini sadece bilimsel eserlere yapılacak iktibaslar bakımından toplum yararı için geri plana atmışsa da, toplumu temelden ilgilendiren önemli konularda da, esasen sadece bilimsel eserler bakımından tanınan bu ayrıcalığın tanınabileceği kanaatindeyiz. Bu nedenle her somut olayın özelliği dikkate alınmak suretiyle özellikle politik tartışmalar ve toplumu önemli ölçüde ilgilendiren konular yine özellikle kamu güvenliğine, sağlığına yönelik olan tartışmalar çerçevesinde de, bu tür eserlerden FSEK madde 35/f.1-b. 3 hükmü kıyasen uygulanarak iktibas yapılabileceğinin kabul edilmesi gerekir.

Belirtmek gerekir ki, bilimsel eserlere büyük iktibasa ilişkin FSEK madde 35/f.1-b. 3'ün kıyasen uygulanması yolu ile izin verilecek bu tür iktibaslarda, bilimsel eserlere iktibasta bulunabilme koşulları gerçekleşmelidir. Bu tür iktibaslar FSEK madde 35/f.1-b.3'de düzenlenen ve küçük iktibasa ilişkin FSEK madde 35/f.1-b.1'de yer alan koşullara nazaran daha sıkı olan koşullara tabi olacaktır. Bu açıdan iktibas amacı ancak FSEK madde 35/f.1-b.3'de düzenlenen "içeriği aydınlatma" amacı ile sınırlı olarak kabul edilmelidir. Kendisine iktibas yapılan eserin içeriğinin aydınlatılabilmesi ancak kendisinden iktibas yapılacak eserin tamamen iktibas ile mümkün olursa bu tür bir iktibasa izin verilmelidir. Yine güzel sanat eserleri bakımından alenileşme yeterli iken diğer eser türlerinden iktibas yapılabilmesi bu eserlerin yayımlanmış olmasına bağlı olacaktır. Belirtmek gerekir ki, bu madde kapsamında toplumu önemli ölçüde ilgilendiren bir tartışmadır diye bir eser sahibinin tüm eserlerinin büyük bir kısmının, örneğin bir karikatüristin eserlerinin büyük bir kısmının iktibas edilebilmesine de izin verilmemesi gerekir.

E. İktibas Amacı

1. Genel İktibas Amacı: İçeriği Aydınlatma

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b. 1’de, bilimsel eserlere büyük iktibas düzenleyen madde 35/f.1-b. 3–4’den farklı olarak, iktibas amacından açıkça bahsedilmemiştir. Bu noktada FSEK madde 35/f.1-b.1 kapsamında yapılacak iktibasların herhangi bir amaç koşuluna tabi olup olmadığı sorusu akla gelir. Belirtmek gerekir ki, açıkça iktibas amacından bahsedilmemesi, küçük iktibas durumunda yapılacak iktibasların herhangi bir amaç olmadan yapılabileceği şeklinde yorumlanmamalıdır⁶¹⁵. Zira herhangi bir amaç koşulu aranmaksızın başka eserlerden iktibas yapılabileceğini kabul etmek, iktibas yapanın iktibasları salt kendi niyetleri çerçevesinde yapabilmemesine izin vermek anlamına gelir. Hâlbuki iktibas serbestisine ilişkin kuralların tanınmasındaki amaç, iktibas yapanın subjektif amaçlarının karşılanması değil, en geniş anlamda toplumun kültürel gelişiminin sağlanmasıdır. Bu açıdan yapılacak iktibasların da bu amacı gerçekleştirmeye uygun olması gerekir. Bir iktibasın geçerliliğinden söz edebilmek için, iktibasın iktibas serbestisinin temelinde yatan amacı gerçekleştirmeye uygun olması ve böyle bir amaç ile yapılması gerekir. İktibas serbestisine ilişkin düzenlemelerin getirilmesindeki temel amacın en geniş anlamda toplumun kültürel gelişiminin sağlanması olduğu dikkate alındığında, burada iktibas yapanın iktibasla güttüğü subjektif niyetlerin değil, sadece iktibas serbestisinin tanınması altında yatan amacın gerçekleştirilmesine katkıda bulunabilecek amaçların iktibası haklı gösterebileceğinden bahsetmek gerekir.

Bu açıdan küçük iktibasta da belirli bir iktibas amacının bulunması gerekmektedir, bu amacın kapsamının ne olacağı sorusu önem taşımaktadır.

Alman Mahkemeleri ise küçük iktibas çevresinde haklı görülecek iktibas amacını da bilimsel eserlere yapılacak büyük iktibasta yer alan içeriği aydınlatma amacını açıklamak için geliştirilen “iç bağlantı” ve “ispat” aracı olma kistası ile

⁶¹⁵ UrHG 51’nci maddenin ikinci fıkrasının ikinci bendinde de küçük iktibas için Fikir ve Sanat Eserleri Kanunumuzda olduğu gibi, açıkça bir iktibas amacından söz edilmemiştir. Bununla birlikte maddenin giriş cümlesinde, iktibasın amaçla belirlenen çerçevede yapılabileceği düzenlendiğinden, genel bir hüküm olarak tüm iktibas hallerinden bir iktibas amacının bulunması gerektiğinden söz edilecektir.

açıklamışlardır⁶¹⁶. Buna göre iktibaslar aynı ya da farklı görüşleri aydınlatmak için kullanılabilir gibi, iktibas yapanın kendi görüş açısını desteklemek, kendi anlatımları için bir çıkış noktası olarak ve özellikle müstakil açıklamalarını güçlendirmek ya da aydınlatmak amacıyla da yapılabilir⁶¹⁷.

Belirtmek gerekir ki, bilimsel eserlere yapılacak büyük iktibasta iktibas amacı olarak açıkça düzenlenen “içeriği aydınlatma” amacı, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b.1 kapsamında yapılacak iktibaslar bakımından da öncelikle geçerli bir iktibas amacı olarak kabul edilecektir. Bu kapsamda kendisine iktibas yapılan eserle iktibaslar arasında bir iç bağlantının varlığı durumunda küçük iktibas kapsamında da geçerli bir iktibas amacının bulunduğu söz edilecektir. Buna göre Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b.1 kapsamında düzenlenen küçük iktibasta da, iktibasların, kendisine iktibas yapılan eserdeki görüşleri desteklemek amacıyla kullanılması veya iktibaslar yoluyla kendisinden iktibas yapılan eserdeki görüşlerin eleştirilmesi ya da kendisine iktibas yapılan eserdeki açıklamaların daha iyi anlaşılabilmesi veya yapılan açıklamaların temellendirilmesi ve derinleştirilmesi için bir yardımcı araç olarak kullanılması durumunda geçerli bir iktibas amacının varlığından söz edilecektir.

Bununla birlikte *kanımızca*, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b.1’de düzenlenen “küçük iktibasa” ilişkin iktibas amacının, bu tür iktibasın uygulamada çok farklı şekillerde ve özellikle sanatsal eserler ekseninde ortaya çıktığı

⁶¹⁶BGH, UrHG’den önce yürürlükte olan LUG zamanında verdiği, “Verkerskinderlied” kararında, başka bir eserden iktibas edilen parçanın, sadece yüzeysel, bağlantısız bir şekilde kendisine iktibas yapılan esere ilave edilmesi durumunda geçerli bir iktibas amacından bahsedilemeyeceğini; burada kendisine iktibas yapılan eserle iktibaslar arasında bir iç bağlantının kurulmuş olması gerektiğini; geçerli bir iktibas amacının bulunduğu bahsedebilmek için, iktibasların, kendisine iktibas yapılan eserdeki açıklamalar için bir yardımcı araç olarak kullanılması gerektiğini ifade etmiş ve bunun da özellikle eleştiri amacıyla veya kendisine iktibas yapılan eserdeki düşünceler için bir çıkış noktası olarak ve özellikle kendisine iktibas yapılan eserdeki düşünce silsilesini güçlendirmek veya aydınlatmak gibi amaçlarla olabileceğini belirtmiştir. BGH, GRUR 1959, Nr. 4, s. 199; BGH, “WK-Dokumentation” kararında ise, yapılan iktibasların kendisine iktibas yapılan eserin kendi açıklamaları için yardımcı bir araç olarak kullanılmadığını; iktibasların sadece kendisine iktibas yapılan eserde savunulan düşünceleri desteklememekle kalmayıp, aksine kendisinden iktibas yapılan eserin büyük ölçüde kendisinin yeni esere taşındığını ve burada geçerli bir iktibas amacından bahsedilemeyeceğini ifade etmiştir. BGH, GRUR 1982 Heft 1, s. 40; BGH, “Geistchristentum” kararında da küçük iktibas halinde de, başka bir eserin sadece kendisinin toplumun bilgisine getirilmesi için iktibas edilemeyeceğini; iktibasların kendisine iktibas yapılan esere sadece yüzeysel olarak bağlantısız bir şekilde eklenmesinin geçerli bir iktibas amacı oluşturmayacağını, burada kendisine iktibas yapılan eserdeki düşünceler ile iktibaslar arasında bir iç bağlantının bulunması gerektiğini ve iktibasın ancak kendisine iktibas yapılan eserdeki tartışmalar için bir ispat aracı olarak kullanılması durumunda geçerli olacağını belirtmiştir. GRUR 1986, Heft 1, s. 60.

⁶¹⁷ **Kakies**, s. 69.

dikate alındığında, bilimsel eserlere büyük iktibasta uygulanması kabul edilen, kendisine iktibas yapılan eser ile iktibaslar arasında tanınabilir bir iç bağlantı olması koşulundan daha geniş bir şekilde anlaşılması gerekmektedir⁶¹⁸.

Bu açıdan, Alman Anayasa Mahkemesi'nin Alman öğretisinde oldukça tartışmaya yol açan ve özellikle sanatsal nitelik taşıyan eserlere yapılacak iktibaslar bakımından, kendisine iktibas yapılan eserle iktibaslar arasında açık bir iç bağlantı bulunmasa bile, iktibasın, kendisine iktibas yapılan eserin kendisine ait sanatsal ifadesinin konusu ve sanatsal bir şekillendirme aracı olarak kullanılması durumunda da geçerli bir iktibas amacının bulunduğuna ilişkin olarak verdiği karar oldukça önemlidir. Zira kararda, küçük iktibas kapsamında yapılabilecek iktibasların, iktibasların fonksiyonel olarak kendisine iktibas yapılan eserin sanatsal şekillendirmesine eklenmesi ve kendisine iktibas yapılan eserin sanatsal şekillendirmesine entegre edilmiş bir kısım olarak ortaya çıkması durumunda da geçerli olacağı kabul edilmiştir⁶¹⁹. Öğretide de, özellikle bu karar dayanak alınarak iktibasların, bir sanat formu olan kolaj (collage) içerisinde sanatsal olarak işlenen bir bağlamda kendisine iktibas yapılan esere katılmasının mümkün olacağı ifade edilmiştir⁶²⁰.

⁶¹⁸ Krüger, kanun koyucunun iktibas serbestisine ilişkin düzenlemeleri yapmadaki amacının hem büyük hem de küçük iktibasta fikri tartışmayı destekleme olduğu ifade edilerek, sadece gerçekten fikri tartışmaya hizmet eden iktibasların eser sahibinin izni olmaksızın geçerli olabileceği ve sadece kendisine iktibas yapılan eserde eser sahibinin kendi düşünceleri ile iktibaslar arasında açık bir dayanak meydana getirildiğinde, fikri tartışma amacının tanınabilir olduğunu ifade etmiş; bu şekilde bir dayanak olmaksızın bilimsel eserler dışındaki eserlere yapılan iktibasların da geçersiz olacağını belirtmiştir, **Krüger**, s. 55; İktibasların daima kendisine iktibas yapılan eserdeki görüşleri desteklemek üzere yapılabileceği; söz konusu ispat fonksiyonu, kendisine iktibas yapılan eserle kendisinden iktibas yapılan eser arasında bir iç bağlantı olmaksızın yapılan iktibasların geçersiz olduğu yolunda, **Schack**,(Urheberrecht), s. 253, nr.487.

⁶¹⁹ BVerfG, GRUR 2001, Heft 2, s. 149-152.

⁶²⁰ **Schricker**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 51, s. 1030, nr.17; küçük iktibasta iktibas amacının sadece ispat fonksiyonu ile sınırlı olarak kabul edilmeyip, sanatsal ifade ve sanatsal şekillendirme aracılığıyla da geçerli bir iktibas amacından bahsedilebileceği yönünde, **Hertin**, (**Hertin/Schulze/Walter**, Kommentar zum deutschen Urheberrecht), § 51, s. 14, nr. 31.

2. Sanatsal Amaçlarla İktibas ve Alman Anayasa Mahkemesi'nin “Brecht” Kararı

Alman Anayasa Mahkemesi, “Brecht” kararı olarak anılan ve hukuk literatüründe oldukça tartışmaya yol açan kararında, kendisine iktibas yapılan dil ile ifade edilen eserin sanatsal nitelik taşıması durumunda, iktibas amacı bakımından, iktibas ile kendisine iktibas yapılan eser arasında açık bir iç bağlantı olması koşulunun aranmasına gerek olmadığına karar vermiştir. Alman Anayasası Mahkemesinin “Brecht” kararına konu olan uyuşmazlık, Heiner Müller'in 1996 yılında alenileşen, toplamda 75 sayfalık ve 1941 ile 1956 yılları arasında geçen politik-toplumsal olayları anlatan “Germania 3- Gespenster am Toten Man” adlı tiyatro oyununda, yaklaşık 18 sayfadan oluşan “Massnahme 1956” adlı sahnede, fikri anlamda çok yakın bir bağı olan Bertol Brecht'in “Leben das Galilei” adlı eserinde yer alan “Parabel des kleinen Mönchs” adlı metinden yaklaşık iki sayfalık ve yine Brecht'in “Corolian” adlı eserinden iki sayfalık metin kısımlarının iktibasının hukuka uygun olmadığı iddiasından kaynaklanmaktadır. Müller'in oyununun “Massnahme 1956” sahnesi, Brecht'in oyununun provaları sırasında geçmektedir. Bu provalar, Macaristan'da ayaklanmalar ortaya çıktığında ve Demokratik Almanya Cumhuriyeti, entellektüellere karşı harekete geçtiği sırada yapılmaktadır. Bu sahnede ana rollerde Brecht'in o zamanki asistanları yer almaktadır.

Müller, Brecht'in “Galilenin Yaşamı” ve “Corolian” adlı eserlerinde yer alan ve iktibasa konu olan karakterleri ve bunların pozisyonlarını, “Massnahme 1956” sahnesinde yeni bir kontekt bağlamında(kolaj tekniğini kullanarak), Brecht'in tezlerini gerçek olaylarla yüzleştirmek ve bu şekilde ondan uzaklaşmak için şiirsel bir materyal olarak kullanmıştır⁶²¹.

Karara konu uyuşmazlıkla ilgili olarak “OLG Brandenburg” kararında, yapılan iktibasları UrHG madde 51 /bent 2'de düzenlenen “küçük iktibas”

⁶²¹ OLG Brandenburg, NJW 1997, 1163. “Müller'in oyununda, Brecht'in küçük keşişi ile yine Brecht'in Galileisi arasındaki tartışma bu kez iki aktör(Brecht'in asistanları) arasındaki tartışmaya taşınır. Burada aslında ideolojilerin terse çevrilmesi gibi bir durum söz konusu: kilisenin kutsal vaatlerinin maskesi iyi bir ideoloji olan Marksizm tarafından(Brecht'in oyunundaki gibi) düşürülmeyip, aksine sosyalist ütopya, tarihi gerçekler tarafından yalancı çıkarılan gerçek karşıtı bir ideal olarak küçük düşürülüyor. **Garloff, Peter**, Copyright und Kunstfreiheit – zur Zulässigkeit ungenehmigter Zitate in Heiner Müllers letztem Theaterstück, GRUR 2001, Heft 6, s 479.

çerçevesinde haklı görmüştür. Kararda söz konusu düzenlemenin amacının, başka yazarların düşünceleri ile serbestçe bir fikri tartışma ortaya konulmasını sağlayarak, toplum yararına hizmet etmek olduğu; Heiner Müller'in eserinde, Brecht'in eserlerinden iktibas edilen eser parçaları ile *açık bir tartışma yapılmamış olsa dahi*, burada UrHG madde 51/ bent 2' de düzenlenen küçük iktibasa ilişkin kuralın uygulanamayacağından bahsedilmesinin doğru olmadığını, zira bu maddede iktibaslar aracılığıyla yapılacak tartışmanın şekli belirtilmediğinden, başka fikri üretimlerle sanatsal tartışmanın kabul edilen tüm şekillerinin de bu hükmün uygulanmasında yeterli olacağını; bu kullanım şekillerine Heiner Müller tarafından kullanılan sanat formu kolâjın da dâhil olduğunu ifade ederek, yapılan iktibasları küçük iktibas kapsamında geçerli görmüştür⁶²².

OLG München ise kararında⁶²³, iktibaslarla kendisine iktibas yapılan eserdeki düşünceler ile *bir iç bağlantının* üretilmesi gerektiğini, zira iktibasın anlam ve amacının daima kendisine iktibas yapılan eserdeki açıklamaları desteklemek veya başka düşüncelerle tartışma ortaya koymak olduğunu; öğretici ve yargı kararlarında bu konuda, bir iktibasın, savunulan görüşler için bir ispat vasıtası olması, yani mutabık olunan düşüncelerin aydınlatılmasında örnek olarak kullanılması, kendisine iktibas yapılan eserdeki açıklamaların dahi iyi anlaşılabilmesi veya bundan başka açıklanan konunun gerekçelendirilmesi veya derinleştirilmesine hizmet etmesi ve sadece bir ilave(ek) olarak ortaya çıkmayıp aksine metin içerisinde işlenmesi durumunda haklı olabileceği yolunda bir ilke geliştirildiğini ifade etmiş; olayda ise Heiner Müller tarafından Bertol Brecht'in eserlerinden yapılan iktibasların, Heiner Müller'in kendi açıklamalarını aydınlatmak veya derinleştirmek için değil, kendine özgü bir anlatım aracı olarak kullanıldığını ifade ederek burada UrHG madde 51/b.2 kapsamında geçerli bir iktibastan bahsedilemeyeceğini ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesi ise OLG München'in kararında UrHG'nin küçük iktibas düzenleyen 51/b. 2 hükmünü değerlendirirken Alman Anayasası madde

⁶²² OLG Brandenburg, NJW 1997, Heft 17, s.1163. Kararda, iktibas edilen eser parçalarının uzunluğunun da söz konusu iktibasların geçerliliğini etkilemeyeceği, zira iktibas amacının gerçekleştirilmesi yani Brecht tarafından ortaya konulan politik pozisyonlarla tartışma ortaya konabilmesi için, uzun iktibaslar yapılmasının gerekli olduğu ifade edilmiştir. Nitekim Brecht tarafından meydana getirilen "küçük keşiş" karakterinin politik duruşunun ifade edilebilmesi için, kendi içinde bir bütünlük taşıyan ve böylelikle sadece bütün olarak verilmesi durumunda etkili bir anlatım oluşturacak olan bir eser parçasının iktibas edilmesi gerekmektedir.

⁶²³ OLG München, AfP 1998/6, s. 633-634.

5/f.3’de düzenlenen sanat özgürlüğüne ilişkin temel hakkı yeterli ölçüde dikkate almadığı ve UrHG madde 51/b. 2’de düzenlenen küçük iktibasa ilişkin düzenlemenin Alman Anayasası madde 5/fıkra 3-cümle 1’de düzenlenen sanat özgürlüğü hakkı ışığında yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında, Müller’in eserinin Alman Anayasası madde 5/f.3-c.1 kapsamında sanatsal nitelikte bir eser olduğunu; Alman Anayasası madde 5/f.3’de düzenlenen sanat özgürlüğüne ilişkin temel hakkın, UrHG’nin “küçük iktibas” düzenleyen 51/b.2’nci maddesinin uygulanmasında ve yorumlanmasında, iktibas edilen parçaların kendisine iktibas yapılan eserdeki düşünceler ve fikirlerle olan dâhili bağlantısının, “ispat fonksiyonunun” ötesinde, sanatsal ifadenin ve sanatsal şekillendirmenin bir aracı olarak da tanınmasını ve bunun sonucu olarak da bu hükmün sanatsal eserlerde, sanatsal nitelik taşımayan dil ile ifade edilen eserlerden daha geniş bir kullanım alanı elde etmesine yardımcı olmasını gerektirdiğini; eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmaların sanat özgürlüğü ışığı altında yorumlanması gerektiğini ve burada anayasal olarak korunan farklı yararların karşılaştırılmasının gerektiğini ifade etmiş; kendine özgü bir sanatsal şekillendirmede ise başka metinlerin ispat aracı olarak (yani mutabık kalınan düşünceleri aydınlatmak, kendisine iktibas yapılan eserdeki açıklamaların daha iyi anlaşılmasını sağlamak veya anlatılan konunun gerekçelendirilmesi ya da derinleştirilmesini sağlamak) iktibas edilmesine izin verilmesinin ötesinde, bu şekilde bir ilişki kurulmaksızın da, iktibas yapan kişinin kendine özgü sanatsal ifadesinin konusu ve şekillendirme aracı olarak kaldığı sürece, başka eserlerden iktibasa izin verilebileceğini ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesine göre, bir metnin başka bir sanat eserinde kullanılması, sanatçının iktibas edilen eserle tartışma ortaya koymasına bağlı olmayıp, burada önemli olan, iktibas edilen metnin fonksiyonel olarak kendisine iktibas yapılan eserin sanatsal şekillendirilmesine ve amacına eklenip eklenmediği ve böylelikle kendine özgü sanatsal bir ifadenin tamamlayıcı bir parçası olarak ortaya çıkıp çıkmadığıdır. Belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi kararında, somut uyuşmazlık bakımından, eser sahibinin haklarına örneğin eserin pazarlanmasının gerilemesi gibi fark edilir bir ekonomik dezavantajın getirilmesinin söz konusu olmadığını ve sadece önemsiz(ufak tefek) bir müdahale olduğunda, sanatsal gelişme özgürlüğünün karşısında, eser sahibinin mali

yararlarının sanatsal tartışma yararına geri plana atılması gerekeceğini de ifade etmiştir⁶²⁴.

3.FSEK madde 35/f.1-b.1 Kapsamında Geçerli Olabilecek İktibas Amaçlarının Değerlendirilmesi

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 35'nci maddesinin birinci fıkrasının "küçük iktibas" düzenleyen birinci bendinde, bilimsel eserlere yapılabilecek büyük iktibasın aksine olarak iktibas amacı açık bir amaçla sınırlandırılmamıştır. Bu noktada öncelikle belirtmek gerekir ki, küçük iktibas halinde de, FSEK'in 35/f.1-b.3'de açıkça düzenlenen içeriği aydınlatma amacının bulunması, yani kendisine iktibas yapılan eserle iktibaslar arasında bir iç bağlantının üretilmiş olması durumunda geçerli bir iktibas amacının bulunduğundan söz edilecektir. Buna göre iktibaslar, kendisine iktibas yapılan eserdeki açıklamalara bir yardımcı araç olarak, bu açıklamaları temellendirmek, derinleştirmek, kendisine iktibas yapılan eserdeki görüşleri desteklemek veya bu eserde yapılan eleştirilerin neye yöneldiğini ispatlamak için kullanılacaktır ve bu durumlarda küçük iktibas kapsamında da geçerli bir iktibas amacının bulunduğundan söz edilecektir.

Bununla birlikte kanımızca Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b.1'de düzenlenen küçük iktibasta bulunması gereken amaç koşulu bilimsel eserlere büyük iktibas için düzenlenen içeriği aydınlatma koşulu ile sınırlı olarak anlaşılmalıdır. Bu konuda öncelikle iktibas serbestisine ilişkin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 35'nci maddesinin kendi içerisindeki sistematiği dikkate alınmalıdır.

Zira kanun koyucu, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun iktibas serbestisine ilişkin 35'nci maddesinin birinci bendinde uygulamada da en sık karşılaşılan iktibas türünü düzenlerken, bilimsel eserlere yapılabilecek büyük iktibasın aksine olarak, yapılacak iktibasları başka eserlerin cümle ve fıkraları yani eser parçaları ile sınırlandırmıştır. Bunun arkasında yatan neden daha önce de ifade edildiği üzere, kural olarak bir eserin sadece bazı parçalarının iktibasının iktibas edilen eserin tamamının iktibaslar yoluyla eserle ilgilenen kişilere sunulmaması yoluyla eser

⁶²⁴ BVerfG, GRUR 2001, Heft 2, s. 149–152.

sahibinin eserini değerlendirme imkânlarının daraltılmamasıdır. Buna karşılık büyük iktibasta bu tehlike daha büyük oranda mevcuttur. Bu açıdan kanun koyucu bu tür tehlikeyi sadece bilimsel eserlere yapılacak iktibasta ve ancak içeriği aydınlatma amacı ile sınırlı bir amaç kapsamında yapılacak iktibaslarda kabul etmiştir. Buna karşılık küçük iktibasta(FSEK madde 35/f.1-b.1) yapılacak iktibaslar eser parçaları ile sınırlı olarak kabul edildiğinden, eser sahibinin eserini değerlendirme imkânlarının daraltılması esasen söz konusu değildir. Bu açıdan küçük iktibasta iktibas amacının, bilimsel eserlere yapılacak büyük iktibastaki gibi dar bir çerçevede sınırlandırılmasına da gerek yoktur. Ancak bu noktada sadece bir eserin bazı parçalarının iktibasının eser sahibinin eserini değerlendirme imkânlarını daraltmayacağından söz ederek, eserine iktibas yapan eser sahibinin her türlü subjektif amacının Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b. 1 kapsamında yapılacak iktibasları geçerli hale getireceğinden söz etmek de doğru değildir. Bu açıdan eser sahibinin eserini değerlendirme imkânlarını daraltmasa bile bu eserden yapılacak iktibasların, ancak ve ancak iktibas serbestisine ilişkin düzenlemelerin getirilmesindeki amaca hizmet etmesi durumunda geçerli bir amaç kapsamında değerlendirilmesi gerekeceği söylenebilecektir. Sanatsal nitelikteki amaçlar da bu kapsamda değerlendirilebilecektir.

Belirtmek gerekir ki, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b.1 kapsamında sadece bilimsel eserlere değil, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 2 de “ilim ve edebiyat eserleri” başlığı altında düzenlenen ve bilimsel nitelik taşımayan bazı eserlere de iktibas imkânı tanınmıştır. Bu kapsamda özellikle bilimsel nitelik taşımayan dil ile ifade edilen eserlere yapılacak iktibaslar uygulamada en çok karşılaşılan iktibas türü olarak ortaya çıkmaktadır. Yine dans-koreografi eserleri de kendisine iktibas yapılacak eserler kapsamında olup, aşağıda ifade edeceğimiz üzere sinema eserleri de kıyasen küçük iktibas kapsamında kendisine iktibas yapılabilecek eserler kapsamında kabul edilmelidir. Yani Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b.1 kapsamında kendisine iktibas yapılabilecek eser türleri bilimsel nitelikteki eserler dışında çok geniş bir eser yelpazesini kapsar.

Bilimsel eserlerde açıklanan görüşlerin ya da anlatılan konunun gerçekliği sınanabilir bir şekilde temellere dayandırılması yani delillendirilmesi bilimsel çalışmaların özelliği gereğidir. Buna karşılık bilimsel eserler dışındaki eserlere çok

daha farklı gerekçelerle iktibas yapılması bir ihtiyaç olarak ortaya çıkabilecektir. Küçük iktibas kapsamında kendisine iktibas yapılabilecek özellikle sanatsal nitelik taşıyan dil ile ifade edilen eserler ve dans vs. eserleri ise nitelik olarak bilimsel eserlerden oldukça farklı karakterlere sahip olduğu gibi, bir sanatçının ya da bir koreografin başka eserlerden iktibas yapmaya gerek duyması bir bilim insanının bu konudaki ihtiyacından oldukça farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Daha önce de ifade edildiği üzere iktibasların bilimsel bir eserde ileri sürülen görüşleri desteklemek ya da bilimsel eserdeki eleştirinin neye yöneldiğini belirlemek için yapılması bilimsel çalışmanın doğası gereğidir. Buna karşılık örneğin bir dans eserinde bu eserin niteliği gereği, başka bir eseri bu eserle ortaya koyduğu fikri tartışma bağlamında dayanak olarak kullanması söz konusu değildir. Buna karşılık bir dans eserinde, örneğin bir koreografin eserinde belirli bir dönem hakkında izleyicide çağrışım uyandırmak için o döneme ait ve oldukça ünlü başka bir dans eserinden iktibaslar yapması durumunda, bu iktibaslar fikirsel tartışma temelinde değil sanatsal şekillendirmede bir araç olarak kullanılmış olacaktır.

Kanımızca Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b.1 kapsamında kendisine iktibas yapılabilecek eserlerin, bilimsel eserlere nazaran daha farklı eser türlerini kapsamaları ve bu eserlere yapılacak iktibasların bilimsel eserlere yapılacak iktibaslardan çok daha farklı ihtiyaçlarından kaynaklanmasının mümkün olması karşısında, kanun koyucu da bu tür eserlere yapılacak iktibasları açıkça belirli bir amaçla sınırlandırmamıştır. Bu kapsamda Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b.1 kapsamında, kendisine iktibas yapılacak eserin içeriğini aydınlatmak amacı yanında özellikle sanatsal şekillendirme ve sanatsal ifade amacıyla yapılan iktibaslar da geçerli bir iktibas amacı olarak kabul edilmelidir⁶²⁵. Zira iktibas serbestisine ilişkin düzenlemelerin getirilmesindeki amaç, en geniş anlamda toplumun kültürel zenginliğinin artırılmasının teşvik edilmesi olduğundan, kanımızca yeni ve bağımsız eserler yaratılmasının teşvik edilmesi de, toplumun kültürel gelişiminin ve zenginliğinin sağlanmasında oldukça önemli bir araç olarak ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda başka eserlerin yeni ve bağımsız bir eser oluşturulurken sanatsal şekillendirme bağlamında kullanılması da geçerli bir iktibas amacı olarak kabul edilmelidir.

⁶²⁵ Bkz. **Hertin, (Hertin /Schulze/Walter**, Kommentar zum deutschen Urheberrecht), §51, s. 14, nr. 31; BVerfG, GRUR 2001, Heft 2, s. 149vd.

Yine söz konusu düzenlemenin Anayasal bir hak olarak düzenlenen sanat özgürlüğü kapsamında Anayasaya uygun olarak yorumlanması da bu sonuca ulaşılmasını destekler. Küçük iktibasın amacı yorumlanırken, bu yorumun aynı zamanda Anayasal bir hak olan sanat özgürlüğü ışığında yapılması gerekir. Burada kanun koyucunun çatışan iki yarar arasında bir dengelemeye gittiği gözden uzak tutulmamalıdır. Nitekim küçük iktibasta sadece bazı eser parçalarının iktibasına izin verilerek eser sahibinin ekonomik menfaatleri korunmaya çalışılmıştır. Bu bakımdan iktibasa konu eser ile iktibaslar yoluyla doğrudan rekabete girilerek, eser sahibinin yararlarını beklenmez ölçüde ihlal eden bir yararlanma bulunmadığı sürece, başka eserlerden sanatsal amaçlarla, sanatsal bir şekillendirme aracı olarak yararlanılmasında da toplum yararı bulunduğundan, bu şekilde bir iktibas amacına da izin verilmesi gerekir⁶²⁶. Eser sahibinin Anayasal anlamda mülkiyet hakkı kapsamında korunan mali haklarına getirilecek sınırlandırmalar, sınırlarını eser sahibinin mali haklarının önemli ve özellikle oransız şekilde ihlal edilmesi noktasında bulacaklardır⁶²⁷. Yeni eserin, iktibasa konu olan eserlerle ilgilenecekler için onun yerine ikame olması durumunda da önemli bir ekonomik zarardan söz edilecektir.

Alman öğretisinde de hâkim görüş de, UrHG madde 51/f.1-b.2’de düzenlenen “küçük iktibasın” amacının, büyük iktibas için düzenlenen “içeriği aydınlatma” amacından daha geniş olduğunu ifade etmektedir⁶²⁸:

Bu kapsamda özellikle dil ile ifade edilen eserlerde, iktibasların bir bir özlü söz, vecize olarak bir eserin başına alınması mümkündür⁶²⁹.

⁶²⁶ Alman Anayasa Mahkemesi de “Brecht” kararında, kararında özellikle yapılan iktibasların eser sahibinin haklarına –piyasa şansını azaltma” gibi önemli bir etki getirmediğini de ifade ederek, ancak eser sahibinin eserinden elde edeceği ekonomik menfaatlerin azalmaması ya da ortadan kalkmaması durumunda sanatsal şekillendirme amacıyla yapılan iktibaslara izin verilebileceğini ifade etmiş bulunmaktadır. BVerfG, GRUR 2001, Heft 2, s. 149vd.; Aksi görüş için **Schack**, (Schranken), s. 520, yazar, kötüye kullanımları önlemek için iktibasın “ispat” fonksiyonu olması amacının katı bir şekilde muhafaza edilmesi gerektiğini; serbest yararlanma-esinlenme(frei benutzung-UrHG madde 24) kapsamında bir eserden sanatsal şekillendirme için yararlanılmasını, serbest yararlanmanın kabul edilebilmesi için oluşması gereken koşulların varlığı halinde mümkün olabileceğini ifade etmektedir

⁶²⁷ **Kakies**, s. 87.

⁶²⁸ **Krause-Ablaß**, s. 231; **Schricker**, (Schricker, Urheberrecht), § 51, s. 1030; nr.17; **Brauns**, s. 115.

⁶²⁹ **Schricker**, (Schricker, Urheberrecht), § 51, s. 1030, nr.17; **Dreier**, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz), § 51, s. 817, nr.4 ve s. 821, nr.16; **Dustmann**, (Nordemann/ Nordemann/ Nordemann, Urheberrecht), § 51, s. 971, nr.32; **Götting**, (Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts), s. 461, nr. 145; KG, “Das Leben, dieser Augenblick”, NJW 2003, Heft 9, s. 682.

Yine sanatsal ifade ve sanatsal şekillendirmenin bir aracı olarak yapılan iktibaslar da küçük iktibas kapsamında geçerli bir iktibas amacı olarak kabul edilecektir⁶³⁰. Sanatsal amaçlar doğrultusunda yapılacak iktibaslar çok farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Bu kapsamda, iktibaslar aracılığıyla diğer sanatsal yaratımlara mekânsal-zamansal ya da çevresel atmosfer bakımından veya estetik, politik, tarihsel dayanaklar kurulabilir⁶³¹. Bu kapsamda örneğin bir koreografin meydana getirdiği dans eserinde belirli bir dönemde geçen olay örgüsü kapsamında, olayın geçtiği o dönemi izleyiciye ifade etmek için, o döneme ilişkin ve oldukça ünlü olan başka bir dans eserinden çağrışımsal olarak yararlanma amacıyla iktibaslar yapması mümkündür.

İktibasların belirli bir duyguyu netleştirmek⁶³² veya sanatsal bir stil aracı olarak özellikle lirik eserlerde sanatsal bir prensip olan kontrast temelinde yapılması da mümkündür⁶³³. Bu kapsamda özellikle kendisine iktibas yapılan eserde anlatılmak belirli bir duygunun, okuyucu veya izleyicide çağrışımsal olarak bu duyguyu uyandıracak başka bir eserden yararlanmak suretiyle anlatılması da söz konusu olabilir⁶³⁴. İktibaslar bunun ötesinde özellikle sanatsal eserlerde konunun türüne göre varyasyonlar(variationen) temelinde veya büyük bir meslektaşına, sanatçıya saygı (*hommoge*) amacıyla da kullanılabilirler⁶³⁵. İktibaslar, bir sanat formu olan kolaj (*collage*) içerisinde kendisine iktibas yapılan esere katılabilirler⁶³⁶.

⁶³⁰ Bkz, BVerfG, GRUR 2001, Heft 2, s. 149–152. Buna karşılık öğretide küçük iktibasta da iktibas amacının bulunması için büyük iktibasta aranan iç bağlantı koşulunun aranması gerekli olduğu ifade edilerek, Alman Anayasa Mahkemesi'nin "Brecht" kararı eleştiriye uğramıştır. **Krüger**, Alman Anayasa mahkemesinin "Brecht" kararını eleştirerek, eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmaların esasen dar yorumlanması gerektiğini; geçerli bir iktibastan bahsedebilmek için aranan iç bağlantı koşulunun kendisine iktibas yapılan eserin gerçekten başka eserlerle fikri tartışma ortaya koyup koymadığını belirlediğini ve bu şekilde bir iç bağlantı olmaksızın üçüncü kişilerin eseri iktibas kılıfı altında hiçbir karşılık ödemeksizin kötüye kullanmaları tehlikesinin artacağı; zira iktibas edilen eser parçaları ile açıkça tartışma ya da iktibaslara dayanma koşulundan vazgeçilmesi durumunda alelade çoğaltma ile iktibas arasında bir fark kalmayacağını ifade etmiştir, **Krüger**, s. 61, aynı nitelikte **Morant**, s. 184.

⁶³¹ **Hertin**, (**Hertin/Schulze/Walter**, Kommentar zum deutschen Urheberrecht), § 51, s. 15, nr.32.

⁶³² **Dreier**, (**Dreier/Schulze**, Urheberrechtsgesetz), § 51, s. 821, nr. 15; **Seydel**, s. 35.

⁶³³ **Götting**, (**Loewenheim**, Handbuch des Urheberrechts), s. 461, nr. 145; **Seydel**, s. 35.

⁶³⁴ Örneğin, aşık bir insanın duygularını anlatan edebi nitelikte bir esere, hemen herkes tarafından bilinen bir aşk şarkısının bazı nakarat kısımlarının örneğin mısra şeklinde ve kaynak gösterilerek alınması mümkündür, **Hertin**, (**Hertin/Schulze/Walter**, Kommentar zum deutschen Urheberrecht), § 51, s. 15, nr.32.

⁶³⁵ **Schricker**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 51, s. 1030, nr.17; **Dreier**, (**Dreier/Schulze**, Urheberrechtsgesetz), § 51, s. 821, nr. 15

⁶³⁶ **Schricker**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 51, s. 1030, nr.17.

Belirtmek gerekir ki, sanatsal amaçlarla iktibas yapılmasına izin verilmesi, bir eser parçasının sadece süsleme amacıyla başka bir esere iktibas edilmesini haklı kılmaz⁶³⁷. Kendisinden iktibas yapılan eserin sırf kendisinin bildirilmesi için veya salt süsleme amacıyla iktibas yapılması geçerli olmayacaktır⁶³⁸.

4. Parodisel Amaçlarla İktibas

a. Parodi Kavramı

Yunanca “*parodeia*” yani bir başka şarkının yanı sıra söylenen şarkı kelimesinden gelen “parodi” kavramı genel olarak, edebiyatta, belli bir yazar ya da akımın tarz ve üslubunu, zayıf ya da abartılı yanları öne çıkaracak biçimde taklit eden yergili eleştiri ya da alay biçimi olarak tanımlanmaktadır⁶³⁹.

Sevilen ve oldukça etkili bir fikri tartışma aracı olan parodiler⁶⁴⁰ yaygın tanımı ile daha önceden var olan eserlerin, sanat dallarının ya da stillerin içeriksel ya da şekilsel unsurlarını taklit yoluyla *tanınabilir* bir şekilde dayanak alarak, eleştirel veya komedisel amaçlarla orijinal eserin temasını karşıt/zıt temalı bir alana taşıyan eserler olarak tanımlanabilir⁶⁴¹. Bununla birlikte parodilerin mutlaka mizah veya güldürü içermesine gerek yoktur. Parodiler ile var olan bir eserin eleştirilmesi amaçlanmış olabileceği gibi, sadece izleyici veya dinleyicilerin mizah duygularının tatminine yönelik bir faaliyet gösterilmesi de mümkündür⁶⁴². Belirli bir münferit esere yönelen parodiler, sıklıkla bu eserin stilini ve üslubunu barındırmakla birlikte, önceki eserin parodisi yapılan unsurlarını komik ya da alaycı bir şekilde değiştirmek suretiyle, bunları başka bir içerik yani ifade altına yerleştirirler⁶⁴³.

⁶³⁷ Alman Anayasa Mahkemesi de “Brecht” kararında, iktibas edilen eser parçalarının bir sanatsal şekillendirme aracı olarak iktibas edilebileceğini ifade ederken, iktibasların sadece başka bir eserin zenginleştirilmesine hizmet etmemesi gerektiğini ifade etmiştir. Geçerli bir iktibasın bulunup bulunmadığı ise kendisine iktibas yapılan eserin tümünün değerlendirilmesini gerekli kılar. BVerfG, NJW 2001, Heft 2, s. 152; Bir eser salt süsleme amacı ile iktibas edildiğinde, sadece kendisine iktibas yapılan eseri zenginleştirmeye hizmet etmiş olur, **Kakies**, s. 93.

⁶³⁸ **Kakies**, s. 69.

⁶³⁹ **AnaBritannica**, C.17, s. 431.

⁶⁴⁰ **Schack**, (Urheberrecht), s. 136, nr.248.

⁶⁴¹ **Becker**, (Parodiefreiheit), s. 104.

⁶⁴² Bir eserin tüm unsurlarıyla içeriğinden çıkarılarak yeniden kullanılması parodi olarak tanımlanmış ve parodinin mizah ve güldürü içermesine gerek olmaksızın bir eserin içeriğinin yeniden düzenlenmesi olduğu ifade edilmiştir, **Ateş**, (Eser), s. 299.

⁶⁴³ **Poll, Günter**, TV-Total- Alles Matscheibe, oder was?, ZUM, 2004/7, s. 515.

Parodiler, hiciv(satire) ve karikatürlerden ayrılır. Zira hiciv ve karikatürde, parodiden farklı olarak, önceki eserler ya da eser türleri ele alınmayıp, aksine kişiler veya toplumsal-politik durumlar, özellikle resimsel alanda çoğu kez karikatürler aracılığıyla, eleştirel ifadenin konusu yapılır⁶⁴⁴.

Parodiler esas olarak bir sanat türü olup, Anayasa madde 27’de düzenlenen sanat özgürlüğüne ilişkin temel hakkın koruması altındadırlar. Bunun ötesinde parodiler aynı zamanda ifade özgürlüğüne ilişkin temel hakkın(Anayasa madde 26) da koruması altında olabilirler⁶⁴⁵.

b. Parodilerin Hukuki Durumu

(1) Genel Olarak

FSEK’de bazı hukukların aksine parodiler hakkında açık bir düzenleme bulunmamaktadır⁶⁴⁶. Örneğin URG madde 11/f.3’de, var olan eserlerin, parodiler veya onun ile benzer değiştirmelerin yaratılması için kullanılmasının geçerli olduğu düzenlenmiştir. Buna karşılık Alman hukukunda parodiler için Türk hukukunda olduğu gibi açık bir düzenleme yoktur. Buna karşılık mahkemeler önlerine gelen olaylarda, parodileri, daha ziyade UrHG madde 24/f.1’de düzenlenen serbest yararlanma(frei Benutzung) kapsamında değerlendirmektedirler.

⁶⁴⁴ **Becker**, (Parodiefreiheit), s. 104; Parodilerde eleştiri, parodisi yapılan eserin kendisine yönelmek zorunda olup, sadece eser sahibinin kişiliğine veya üçüncü bir kişiye yönelmiş olmamalıdır, **Schack**,(Urheberrecht), s. 137, nr.249; LG Berlin, GRUR 1974, Heft 4, s. 232, “...parodistin amacının parodisi yapılan esere yönelik olduğu yolunda; Parodiler, belirli bir eserin karakteristik özellikleri ile meşgul olarak, parodisi yapılan eserin stil özelliklerini muhafaza ederken, içeriğini hicivsel/alaysal bir yöne çekerler.” BGH’nin , “Gies-Adler” kararına konu olan olayda, Alman Parlamentosunun eski genel kurul salonunda asılı olan kartal figürünün, bir dergide yer alan “Unseriöse Stat-Ciddiyetsiz Devlet” başlıklı ve devletin vergi hukuku alanındaki politikasını eleştiren bir makalenin önüne konulması söz konusu olmuştur. Ancak söz konusu kartal figürü olduğu gibi alınmamış ve değiştirilerek, kartal, pençeleri arasında bir tomar kağıt para tutarken gösterilmiştir. BGH, kararında söz konusu kullanımın hem parodi hem de karikatür niteliği gösterdiğini ifade etmiştir. Kararda, önceki eserin kendisinin eleştirel-mizahi, ironik bir tartışmanın konusu yapılması parodi olarak nitelendirilirken, önceki eserin kendisi ile ilgili olmayıp, aksine önceki eserde ifade edilen konu ile ilgili olan kullanımları karikatür olarak nitelendirmiştir, BGH, ZUM 2003/10, s. 780.

⁶⁴⁵ Parodilerin, Alman Anayasası madde 5/1, III 1 altında korunacağı yönünde, **Schack**, (Urheberrecht), s. 136, nr.248.

⁶⁴⁶ Bununla birlikte, Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliği’nin(RG 16.11.1997/23172), komşu hak sahibinin iznine gerek olmaksızın yapılabilecek kullanımları düzenleyen 24/f bendinde, “Eser sahibinin ve komşu hak sahibinin şeref, itibar ve kişilik haklarını zedelemeyecek, türünün kurallarına uyan parodi ve karikatürler”den bahsedilmektedir. Bu kapsamda parodilerin kullanılması için esasen komşu hak sahibinin iznine gerek olmadığı düzenlenmiştir.

Türk hukukunda parodilerin mevcut bir eserin işlenmesi niteliğinde olduğu ifade edilmiştir. Buna göre parodiler mevcut bir fikir ve sanat eserinin kurgusu, üslubu veya figürleri gibi muhtelif unsurları üzerinde yapılan bir takım değişiklikler sonucu meydana gelmektedir⁶⁴⁷.

Parodilerin işlenme eser olarak kabul edilmesi durumunda, var olan bir eserin parodide kullanılması için eser sahibinin izni gerekir(FSEK madde 21). Diğer bir görüş ise, eser sahibinin izni ile yapılan ve eseri içeren parodilerin işlenme olarak nitelendirileceğini; bununla birlikte parodilerin serbest yararlanma ilkesi bağlamında, eserden esinlenilmek düzeyinde kalarak, bağımsız bir eser niteliği taşımasının da mümkün olduğunu ifade etmiştir⁶⁴⁸.

İşlenme eserler ise FSEK madde 6/f.1’de düzenlenmiştir. Buna göre, diğer bir eserden istifade suretiyle meydana getirilip de, bu esere nispetle bağımsız olmayan eserler, işlenme eser niteliğine sahip olacaktır. İşlenme eserden söz edilebilmesi için, bu eserin yararlanılan esere nispetle bağımsız olmaması yani ona bağımlı olması gerekir. Bu açıdan işlenme eserlerin özelliği, asıl esere sadık kalarak, onu başka bir şekle dönüştürmek amacıyla yapılmalarıdır. Zira bu tür eserlerde amaç bağımsız bir eser yaratmak değil, mevcut bir eseri başka bir biçime dönüştürerek ifade etmektir. Bu nedenle işlenme eserin, asıl esere sadık kalarak, onun özelliklerini yansıtmaması gerekir⁶⁴⁹. İşlenme eserler, mevcut bir eserin yeniden şekillendirilmesi olduğundan, bu eserlere ikinci elden eserler de denmektedir⁶⁵⁰.

İşlenme eserlerde, işleyen, mevcut eseri geliştirir veya başka bir eser türüne ya da ifade şekline dönüştürür⁶⁵¹. İşlenme eserlerde mevcut bir eserin değiştirilmesi, genişletilmesi ve geliştirilmesi söz konusudur⁶⁵². Bu açıdan işlenme bir eserden söz edilebilmesi için esasen mevcut orijinal eserin değiştirilmesi bir koşuldur. Değiştirme söz konusu değilse işlenme bir eserin varlığından da söz edilemez⁶⁵³. Buna karşılık, bir eserin çoğaltılması, aynen veya neredeyse aynı şekilde alınmasıdır. Sadece

⁶⁴⁷ **Ateş**, (Eser), s. 301.

⁶⁴⁸ **Tekinalp**, s. 133, nr. 19.

⁶⁴⁹ **Erel**, s. 76; **Ateş**, (Eser), s. 288. İşlenmenin gayesi asıl esere hizmet olduğundan, işleme işlenen eserin hususiyetini aksettiren bir ürün olmalıdır. **Arslanlı**, s. 30.

⁶⁵⁰ **Ayiter**, s. 66.

⁶⁵¹ **Lutz**, s. 42, nr.130.

⁶⁵² **Bullinger**, (**Wandtke/Bullinger**, Praxiskommentar zum Urheberrecht), § 3, s. 99, nr.8.

⁶⁵³ **Loewenheim**, (**Loewenheim**, Handbuch des Urheberrechts), s. 66, nr.3.

önemsiz nitelikteki değişikliklerde, fikir ve sanat eserleri hukuku bakımından bir çoğaltmanın varlığından söz edilir⁶⁵⁴.

Ancak işlenme eserlerin genel özelliği asıl eserin değişikliğe uğraması olmakla birlikte, bir eserin değişikliğe uğramaksızın yeni bir bütün sanat eserine(Gesamtkunstwerk)onun bir parçası olarak gözüken şekilde entegre edilmiş olduğu bazı durumlarda, bir eserin değiştirilmeden alınması durumunda da işlenme eserin varlığından söz edilebilir. Buradaki yararlanma, sadece, başka bir eserin değiştirilmeksizin çoğaltılması ile sınırlı olmayıp, aksine eserin örneğin çerçevesinde işlenerek devam ettirilmesi söz konusudur⁶⁵⁵. Böylelikle istisnai olarak önceki eserin yeni bir bütün sanat eserine onun bir parçası olarak görünecek şekilde entegre edilmesi durumunda da işlenmenin varlığından söz edilebilecektir⁶⁵⁶.

Parodilerde ise esasen çoğu kez parodisi yapılan eserin yabancılaştırılmış bir içerik bağlamında, ama *büyük oranda orijinal şekline uygun* şekilde kullanılması söz konusudur⁶⁵⁷. Zira birçok parodi şeklinde, parodisi yapılan eserin değiştirilmeden alınarak, parodisel etkinin sadece yabancılaştırılmış karşıt temalı çevre yaratılması aracılığıyla oluşturulması söz konusu olmaktadır⁶⁵⁸. Bir eserin başka bir konu bağlamında şekli unsurlarının değiştirilmeden alınması durumunda da işlenme eserin varlığından söz edilebildiğine göre, parodilerin de işleyenin hususiyetini taşımaları durumunda kural olarak *işlenme eser* olarak nitelendirilmesi mümkündür. Ancak bu durumda parodiden faydalanmak hakkı eser sahibinin iznine bağlı olacaktır(Bkz. FSEK madde 21).

Belirtmek gerekir ki, öğretilerde işlenme eserlerin gayesinin asıl esere hizmet olduğu ifade edilmiştir⁶⁵⁹. Buna göre işleyen kişi işlenen eserin kimliğinin dokunulmamış şekilde bırakılmasını ister ve sadece onun değerlendirilme imkânlarını genişletmek ister. Bir eserin tercüme edilerek, ya da bir romanın filme alınarak değerlendirilme imkânlarının genişletilmesi buna örnek olarak verilebilir⁶⁶⁰. *Buna karşılık parodilerde, parodistin amacı önceki esere hizmet ederek onun*

⁶⁵⁴ Lutz, s. 43, nr.132.

⁶⁵⁵ Kakies, s. 36.

⁶⁵⁶ Loewenheim, (Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts), s. 67, nr.3

⁶⁵⁷ Bkz. Brauns, s. 21.

⁶⁵⁸ Becker, (Parodiefreiheit), s. 109.

⁶⁵⁹ İşlenme eserlerin gayesi asıl esere hizmet olduğundan, işleme işlenen eserin hususiyetini aktettiren bir ürün olmalıdır Arslanlı, s. 30.

⁶⁶⁰ Loewenheim, (Schricker, Urheberrecht), § 23, s. 508, nr.4.

değerlendirilme imkânların genişletilmesinden ziyade, önceki eserle sanatsal ya da fikri bir tartışma ortaya koymaktır. İfade etmek gerekir ki, UrHG de bulunan “işlenme” ve “diğer değiştirmeler” ayrımı FSEK’de bulunmamaktadır. UrHG madde 23/f.1’de, bir eserin işlenmeleri veya diğer değiştirmelerinin sadece işlenen veya değiştirilen eserin sahibinin izni ile alenileştirilebileceği ve değerlendirilebileceği düzenlenmiştir. Buna karşılık, “işlenmeler” UrHG madde 3’de düzenlenmiştir. UrHG madde 23/f.1’de belirtilen “diğer değiştirmeler” ise, mevcut bir esere hizmet etmek için meydana getirilmemiş değiştirmelerdir. Bu tür değiştirmeler de, değiştirenin hususiyetini taşıyorsa, değiştirminin sahibi de UrHG madde 3’de işlenmeler için belirtilen korumadan kıyasen yararlanacaktır⁶⁶¹. Hukukumuz bakımından da, asıl esere hizmet etmeyen ancak değiştirenin hususiyetini taşıyan eserlerin de işlenme eser(FSEK madde 6) niteliği taşıyabileceğinin kabul edilmesi gerekir.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, özellikle Alman öğretileri ve yargı kararlarında ise, parodilerin belirli bazı koşullarla asıl eserin sahibinin iznine bağlı bir işlenme eser olarak değil, daha ziyade asıl eserden esinlenme(serbest yararlanma-UrHG madde 24/f.1) suretiyle yaratılmış bağımsız bir eser olarak kabul edilmesi ve bu durumda da parodilerin parodisi yapılan eserin sahibinin iznine bağlı olmayacağı kabul edilmektedir. Diğer taraftan parodilerin, parodisi yapılan eserin tamamını ya da bir parçasını çoğu kez aynen veya önemsiz değişikliklerle içermesi, burada iktibas serbestisine ilişkin hükümlerin uygulanıp uygulanamayacağı sorusunu da ortaya çıkarabilir. Aşağıda öncelikle, parodilerin bir esinlenme sayılıp sayılamayacağı ve bu bağlamda iktibas ile esinlenme arasındaki farklılıklara değinilecek; sonrasında ise parodilerin iktibas serbestisine ilişkin hükümler kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyecekleri irdelenecektir.

⁶⁶¹ Loewenheim, (Schriker, Urheberrecht), § 23, s. 511, nr.10.

(2) Parodilerin “Esinlenme” Kapsamında Değerlendirilmesi

(i) Esinlenme Kavramı

Esinlenme yoluyla başka bir eserden yararlanma hususu FSEK’de açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, UrHG’nin “Serbest Yararlanma-Frei Benutzung” başlıklı 24’ncü maddesinin birinci fıkrasında, *başka bir eserden serbest yararlanma yoluyla yaratılan bağımsız bir eserin, yararlanılan eserin sahibinin iznine gerek olmaksızın alenileştirilebileceği ve değerlendirilebileceği* düzenlenmiştir. Bu maddede, fikir ve sanat eserleri hukukunun koruması kapsamında olan bir eser ya da eser parçasından serbestçe yararlanılması düzenlenmiştir⁶⁶². Zira fikir ve sanat eserleri hukukunun koruma konusuna girmeyen hususlardan, yararlanılması zaten serbesttir.

Fikri yaratımların çoğu kendisinden önceki yaratımlardan esinlenilerek var edilmektedir. FSEK’de her ne kadar esinlenme yoluyla başka bir eserden yararlanma hususunda açık bir düzenleme olmasa da, koruma konusu olan başka eserlerden esinlenerek yeni eserler yaratmak, işin doğası gereği, serbest olmalıdır⁶⁶³. Ancak başka eserlerden bu şekilde yararlanmanın esinlenme düzeyinde kalması, başka eserlerin yeni ve bağımsız bir eser yaratılmasına sadece bir “esin kaynaklığı etme”, “ilham verme” temelinde katkıda bulunması gerekir. *Esinlenme yolu ile serbest yararlanmanın FSEK’de açıkça düzenlenmediği de dikkate alındığında, başka eserlerden bu şekilde yararlanılmasının, sadece, böyle bir yararlanmanın, yararlanılan eser üzerindeki hakları artık ilgilendirmeyecek ve bu hakların bir ihlali olarak görülmeyecek şekilde ortaya çıkması halinde mümkün olması gerekir*⁶⁶⁴.

⁶⁶² Loewenheim, Ulrich, (Schricker, Gerhard, Urheberrecht, München, 2006), §24, s. 521, nr.8; Schulze, Gernot, (Dreier, Thomas/Schulze, Gernot, Urheberrechtsgesetz, München 2008), § 24, s. 332, nr.6; Bullinger, Winfried (Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried, Praxiskommentar zum Urheberrecht, München, 2009), § 24, s. 375, nr.3.

⁶⁶³ Aynı yönde Tekinalp, s. 126, nr. 3; doğrudan bir düzenleme olmamasına rağmen, FSEK’de bir eserin, başka bir eserin serbest bir biçimde kullanılarak meydana getirilmesi halinde, özgün eser sahibinin izni olmaksızın yayınlanabileceği ilkesinin egemen olduğu yönünde, Karınca, s. 88.

⁶⁶⁴ Serbest yararlanma, UrHG’de sistematik olarak “Eser Sahibinin Mali Hakları – Verwertungsrechte” bölümü altında düzenlenmiştir. Bununla birlikte serbest yararlanma esasen bir eserin değerlendirilmesi değildir. Yani bir eseri serbestçe kullanma imkânı serbest yararlanana kanunen verilmiş bir değerlendirme hakkı değildir. Burada yeni eserin, önceki eser üzerindeki hakları artık ilgilendirmeyecek derecede geniş ölçüde, orijinal eserden uzaklaşmış olması söz konusudur. Dieth, Mathias, Musikwerk und Musikplagiat im deutschen Urheberrecht, Baden-Baden, 2000, s. 156.

UrHG madde 24/f. 1’de düzenlenen serbest yararlanmada da, başka bir eserin aynen veya değiştirilmiş bir şekilde ya da bir örnek olarak kullanılması değil, önceki eserin, yeni yaratılan esere sadece bir esin kaynağı(*Anregung*) oluşturması söz konusudur⁶⁶⁵. UrHG madde 24/f.1 gereğince serbest yararlanma kapsamında yaratılan eserin *bağımsız* bir eser niteliğine sahip olması gerekir. Buna göre yaratılan eser fikir ve sanat eserleri hukukunun koruması kapsamına girecek bir eser olacak ve aynı zamanda yararlanılan eserin işlenmesi niteliğinde olamayacaktır.

Zira işlenme eserlerde orijinal eserin hususiyeti alınıp buna sadece ek olarak yeni bir hususiyet eklenirken, serbest yararlanmada yararlanılan eserin hususiyet taşıyan unsurları, yeni bir yaratım ortaya konulması için sadece bir esin kaynağı olarak kullanılmaktadır⁶⁶⁶. Bununla birlikte esinlenme yoluyla yaratılan bir eser ile işlenme eserin sınırlarının çizilmesi çoğu kez büyük zorluklar gösterir.

UrHG madde 24/f.1’de “serbest yararlanma” kavramı düzenlenmekle birlikte, hangi durumlarda serbest yararlanmanın oluşacağı açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Alman Mahkemeleri ve öğretisinin büyük bir kısmı ise, esinlenme yolu ile serbest yararlanmanın belirlenmesinde *Ulmer* tarafından geliştirilen “*soluklaşma-verblassen*” kıstasını kullanmaktadır. Bununla birlikte söz konusu kıstasın özellikle parodilerle ilgili uyumsuzluklarda yetersiz kalması nedeniyle Alman mahkemeleri özellikle parodilere geçerlik tanımak için bir başka kıstas olan “*iç mesafe- innere Abstand*” kıstasını geliştirmişlerdir.

aa. Soluklaşma Kıstası

“Soluklaşma” kıstasına göre, UrHG madde 24/f.1 anlamında bir serbest yararlanmanın var olduğundan bahsedebilmek için fikir ve sanat eserleri hukukunun koruması kapsamında olan daha önce yaratılmış bir eserden alınan hususiyet taşıyan unsurların, yeni yaratılan eserdeki özellikler/hususiyet karşısında *soluklaşması*(*verblassen*) gerekir⁶⁶⁷. “Soluklaşmadan” bahsedebilmek için önceki

⁶⁶⁵ **Loewenheim, (Schricker, Urheberrecht), § 24, s. 522, nr.10; Schulze, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz), § 24, s. 363, nr.7.**

⁶⁶⁶ **Rehbinder, s. 143, nr.377.**

⁶⁶⁷ **Ulmer, (Urheberrecht), s. 276; Loewenheim, (Schricker, Urheberrecht), § 24, s. 522, nr.10; Schulze, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz), § 24, s. 363, nr.8; Rehbinder, s. 143, nr. 377; BGH, “Gies Adler”, ZUM 2003/10, s. 779, “serbest yararlanmadan bahsedilebilmesi için, yeni eserin**

eserin hususiyet taşıyan özellikleri, yeni eserde, sadece zayıf ve artık fikir ve sanat eserleri hukuku bakımından ilgili olmayacak şekilde, adeta yeni yaratılan eserin içinden hafifçe sızan bir ışığa benzer şekilde ortaya çıkacak derecede geri plana atılmış olmalıdır⁶⁶⁸.

Yararlanılan eserin hususiyet taşıyan unsurlarının yeni eser karşısında soluklaştığından bahsedebilmek için, önceki eserin yararlanılan unsurlarının taşıdığı hususiyet derecesi ile yeni yaratılan eserin taşıdıkları hususiyetin derecesi dikkate alınmalıdır. Buna göre, önceki eser ne kadar fazla bir hususiyet gösteriyorsa, yeni eser karşısında soluklaştığından o derecede daha az bahsedilebilecektir; tam tersi olarak yeni eserin taşıdığı hususiyet ne kadar yüksekse, önceki eserin yeni eser karşısında o derecede soluklaştığından söz edilebilecektir⁶⁶⁹.

Öğretide, bir eserden yararlanmanın serbest yararlanma kapsamında mı olduğu yoksa izinsiz bir işleme niteliği mi gösterdiği tespit etmek için iki eser arasında yapılacak karşılaştırmada şu yolun izleneceğinden bahsedilmektedir:

Buna göre yapılacak karşılaştırmada ilk tespit edilmesi gereken husus önceki eserin koruma alanıdır. Önceki eserin koruma alanı, korumayı sağlayan hususiyet taşıyan unsurları, yararlanılan eserin hususiyetinin hangi objektif unsurlarında ortaya çıktığı ve bunların hususiyet derecesinin tespiti ile belirlenir⁶⁷⁰. Zira yararlanılan eserin sadece koruma alanında kalan unsurların alınması serbest yararlanmanın belirlenmesi bakımından önem arz eder. Koruma kapsamında kalmayan unsurlar serbest yararlanmanın belirlenmesi bakımından önem göstermez. Nitekim yararlanılan eserin, çerçevesine ve içeriksel olarak gösterdiği anlama göre, önemli bir kısmının alınıp alınmaması değil, bu kısımların koruma kapsamında olup olmadığı

hususiyeti karşısında yararlanılan eserin unsurlarının soluklaşmış olması gerekir"; BGH, GRUR 1994, Heft 3, "Asterix Persiflage", s. 193; BGH, "Alcolix", GRUR 1994, Heft 3, s. 208.

⁶⁶⁸ **Ahlberg, Hartwig, (Nicolini, Käte/Ahlberg, Hartwig, Möhring/Nicolini** Urheberrechtsgesetz, München, 2000), § 24, s. 343, nr.7.

⁶⁶⁹ **Loewenheim, (Schricker, Urheberrecht), § 24, s. 523, nr.10; Schulze,(Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz), § 24, s. 363, nr.8; LG Frankfurt, bir kararında, "Atomkraft?- Nein Danke" cümlesinin, "Demokratie?- Nein Danke" şekline dönüştürülmesini, burada UrHG madde 24/f.1'de düzenlenen serbest yararlanma kapsamında değerlendirilebilecek hususiyet taşıyan bir yaratım olmadığı ve önceki esere gerekli mesafenin bulunmadığını ifade ederek, serbest yararlanma kapsamında kabul etmemiştir, LG Frankfurt, Ufita 1982/94, s. 337.**

⁶⁷⁰ **Ahlberg, (Nicolini/Ahlberg, Möhring/Nicolini** Urheberrechtsgesetz), s. 343, nr.10; **Loewenheim, (Schricker, Urheberrecht), § 24, s. 524, nr.12;Schulze, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz), § 24, s. 365, nr.12.**

belirleyicidir. Koruma kapsamında değilse bunlardan yararlanmak zaten serbesttir⁶⁷¹.

Sonrasında ise önceki eserin hususiyet taşıyan unsurlarının yeni eserde tekrarlanıp tekrarlanmadığı ve ne ölçüde tekrarlandığı araştırılır⁶⁷². İki eser arasında yapılan karşılaştırmada iki eser arasındaki farklılıklar değil, uyuşan noktalar dikkate alınır⁶⁷³. Önceki eserin münferit unsurlarının sadece bir kısmı yeni eserde ortaya çıkmışsa, bu kısımların hususiyet taşıyıp taşımadıklarına yani korunma kapsamında kalıp kalmadıklarına bakılır⁶⁷⁴. Burada yeni şekillendirme için var olan oynama alanı dikkate alınmalıdır. Bu oynama alanı oldukça dar ise aksi takdirde yeni şekillendirme yaratma imkânı beklenemez ölçüde zorlaştırılacağından serbest yararlanma için, nispeten daha dar kapsamlı değişiklikler yeterli olacaktır⁶⁷⁵.

Yapılan karşılaştırmada, yeni eserin hususiyetinin yararlanılan eserdeki hususiyete ağır basması bir kıstas olarak göz önüne alınamaz. Yani “soluklaşma”, yeni eserin hususiyet taşıyan unsurlarının, önceki eserin hususiyetine ağır basması şeklinde anlaşılmalıdır⁶⁷⁶. Yeni yaratılan eserde, önceki eserden yapılan alıntılarının dışındaki kısımların yaratıcı ve bağımsız bir hususiyet içermesi, serbest yararlanmanın kabulü için yeterli değildir⁶⁷⁷.

Soluklaşma, önceki eserin yeni eserin hususiyeti olan ilişkisinde sadece niceliksel açıdan geri plana atılmış olması olarak da anlaşılmalıdır. Zira aksi durumun kabulü halinde, başka bir eserin bir parçasının sadece basit bir şekilde değiştirilmiş şekilde alınması soluklaşmanın kabulü için yeterli olurdu⁶⁷⁸.

Daha önce de ifade edildiği üzere, FSEK’de esinlenme yoluyla serbest yararlanma hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte esinlenme yoluyla başka bir eserden yararlanma, işin doğası gereği kabul edilmesi gereken bir olgudur. Zira başka bir eserden esinlenmeden yaratılan bir eserden bahsetmek çoğu kez mümkün dahi değildir. Bununla birlikte, esinlenmeden söz edebilmek için, başka bir eserden yararlanma, ancak, artık yararlanılan eser üzerindeki fikri hakların ihlal

⁶⁷¹ Loewenheim, (Schricker, Urheberrecht), § 24, s. 524, nr.12.

⁶⁷² Schulze, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz), § 24, s. 365, nr.13.

⁶⁷³ Bullinger, (Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht), § 24, s. 377, nr. 9.

⁶⁷⁴ Loewenheim, (Schricker, Urheberrecht), § 24, s. 524, nr.13.

⁶⁷⁵ Loewenheim, (Schricker, Urheberrecht), § 24, s. 525, nr.16.

⁶⁷⁶ Brauns, s. 18

⁶⁷⁷ Loewenheim, (Schricker, Urheberrecht), § 24, s. 525, nr.13; Bullinger, (Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht), § 24, s. 377, nr.9.

⁶⁷⁸ Brauns, s. 18.

edildiğinden söz edilemeyeceği durumlarda söz konusu olmalıdır. Zira esinlenme, örneğin iktibas serbestîsi gibi, eser sahibinin haklarını ihlal eden bir durumun, Kanun tarafından belirli düşüncelerle hukuka uygun olarak kabul edilmesi olmayıp, işin doğasından kaynaklanan bir durumdur.

Söz konusu durum ise, yararlanılan önceki eserin sadece bütününde değil, aksine hususiyet taşıyan ve yeni eserde yararlanılan tüm somut unsurlarının yeni eserde soluklaşmasını gerektirir⁶⁷⁹. Zira FSEK madde 13/f.2’de eser sahibine tanınan hak ve yetkilerin eserin bütününde olduğu kadar parçalarında da geçerli olduğu düzenlenmiştir.

Buna karşılık bir eser ya da eser parçasının, başka bir eser içerisinde aynen çoğaltılması söz konusu olduğunda ise, eser sahibinin haklarına yapılan bir ihlalin varlığından söz edilir. Esinlenmenin kabulü için ise, yeni yaratılan eserin artık önceki eser üzerindeki fikri haklarla bağlantısız olarak, yani o eser üzerindeki fikri hakları ihlal etmeyecek şekilde ortaya çıkması gerekir. Bu da, yararlanılan eserin sadece bütününde değil, bu eserin koruma konusu olan parçalarının da, yeni eserde soluklaşmasını gerektirir. Yani, yeni yaratılan eserin esinlenme sınırında kaldığından bahsedebilmek için, yararlanılan eserin tümünün değil, sadece koruma konusu olan parçalarının dahi yeni eserde soluklaşmış olması gerekmektedir. Buna karşılık bir eserin parçası, soluklaşma söz konusu olmadan aynen başka bir esere alınıyorsa, bu durumda, yeni yaratılan eserin önceki eser sahibinin izni olmaksızın, önceki esere ilişkin unsurlardan serbestçe yararlanabileceğinden artık bahsedilemez. Bu durumda ancak eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmalara ilişkin hükümlere ve bu arada özellikle iktibas serbestîsine ilişkin kurallara uygun bir kullanım olup olmadığına bakılmalıdır.

Bununla birlikte “soluklaşma”, yararlanılan eserin yeni eserde artık tanınamaz hale gelmesi olarak da anlaşılmamalıdır. Bilakis eski eser, yeni eserde herhangi bir şekilde, halen ortaya çıkmalıdır. Zira aksi durumda zaten ortada bir serbest yararlanmamı yoksa bir işleme eser mi olduğu sorusunun sorulması anlamsız olur⁶⁸⁰. Nitekim çoğu kez bir eserin başka bir özellikle çok bilindik bir eserden esinlenilerek yaratıldığı açık bir şekilde belli olabilir. Ancak burada önemli olan esinlenmeye kaynaklık eden hususiyet taşıyan unsurların yeni eserde artık önceki eser sahibinin

⁶⁷⁹ Brauns, s. 18.

⁶⁸⁰ Ahlberg, (Nicolini/Ahlberg, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz), § 24, s. 343, nr. 8.

fikri haklarını ilgilendirmeyecek şekilde sadece düşünce yapısı veya genel bir şekilsel ifade aracına indirgenmiş olmasıdır⁶⁸¹; yani tabiri caizse yeni eserden dışarı vuran zayıf bir ışık sızıntısı şeklinde kalmasıdır⁶⁸².

Sonuç olarak esinlenme yolu ile serbest yararlanma, yeni eserde, yararlanılan unsurların tanınabilir olsa da *artık korunmayacak şekilde geride sadece* içeriksel düşünce yapısı veya genel bir şekilsel ifade aracı olarak kalacak şekilde soyutlaştırıldığı durumlarda kabul edilmelidir⁶⁸³. Yani yararlanılan unsur yeni eserde artık hususiyet taşıyan bir unsur olarak ortaya çıkmayıp, aksine sadece bir düşünceye veya bir şekillendirme formuna indirgenmiş olan bir esin kaynağı şeklinde ortaya çıkmalıdır⁶⁸⁴.

Edebi eserler, müzik eserleri ya da güzel sanat eserleri türü içerisinde yer alan bir eserin bu eser türlerinden bir diğerine dönüştürülmesi durumunda kural olarak esinlenmenin (serbest yararlanmanın) bulunduğundan bahsedilir⁶⁸⁵. Örneğin bir müzik eserinin ya da plastik bir güzel sanat eserinin, bir şiirden ya da bir hikayeden ilham alınarak yaratılmasında olduğu gibi⁶⁸⁶. Zira bu üç eser türünün ifade araçları birbirinden büyük farklılıklar göstermektedir.

Buna karşılık, bir romanın filme çekilmesi durumunda ise esinlenme yoluyla serbest yararlanmadan değil, bir işleme eserin varlığından söz edilir⁶⁸⁷.

Bununla birlikte Alman Federal Mahkemesi, özellikle UrHG’de açık bir düzenlemeye sahip olmayan “parodilere” UrHG madde 24/f.1’de düzenlenen serbest yararlanma kapsamında hukuki geçerlik tanımak amacıyla, soluklaşma kavramını daha geniş bir anlamda kabul etmiş ve bir eserin koruma konusu unsurlarının açıkça alınması durumunda dahi, yeni eserle yararlanılan önceki eser arasında yeterli bir iç mesafe kurulmuş olması durumunda, yeni yaratılan eseri serbest yararlanma kapsamında yaratılan bağımsız bir eser sayan kararlar vermiştir.

⁶⁸¹ Brauns, s. 19.

⁶⁸² Soluklaşma, yararlanılan eser tanınabilir kalmakla birlikte, bu tanınabilirlik yeni eserin hususiyeti bakımından önemsiz olmak zorunda olmasıdır. Brauns, s. 22.

⁶⁸³ Brauns, s. 19.

⁶⁸⁴ Brauns, s. 20.

⁶⁸⁵ Ahlberg, (Nicolini/Ahlberg, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz), § 24, s. 348, nr.25/e.

⁶⁸⁶ Loewenheim, (Schricker, Urheberrecht), § 24, s. 527, nr.20.

⁶⁸⁷ Schulze, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz), § 24, s. 367, nr.20.

bb. İç Mesafe Kıstası

Alman hukukunda, Türk hukukunda olduğu gibi bazı ülkelerin aksine (örneğin İsviçre URG’de olduğu gibi) parodiler hakkında özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte Alman yargı kararlarında ve öğretinin çoğunluğunda, parodilerin serbest yararlanma kapsamında (UrHG madde 24/f.1) değerlendirilebileceği kabul edilmektedir. Burada önemli olan parodilerin, UrHG madde 24/f.1 kapsamında bağımsız olarak yaratılmış bir eser olarak nitelendirilip nitelendirilemeyecekleridir. Bunun için de parodisi yapılan eserin unsurlarının parodi karşısında soluklaşması gerekmektedir. Bununla birlikte bu husus parodiler bakımından, bunların niteliğinden dolayı, önemli ölçüde güçlük arz eder.

Zira parodiler nitelikleri gereği yabancı bir esere ait unsurları büyük ölçüde orijinal şekline uygun şekilde ancak yabancılaştırılmış bir içerik bağlamında içerirler⁶⁸⁸. Parodiler nitelikleri gereği parodisi yapılan eseri tanınabilir şekilde açıkça dayanak almak zorundadırlar. Parodisi yapılan eserin, soluklaştırılması durumunda, parodi de parodi olma niteliğini kaybeder. Zira neyin parodisi olduğu anlaşılamiyorsa artık burada bir parodinin bulunduğu da söz etme imkânı kalmaz⁶⁸⁹. Yani parodilerde, parodisi yapılan eserin soyutlaştırılmış bir şekilde sadece temasal olarak tanınabilmesinin ötesinde(soluklaşma), çoğunlukla şekil olarak da hususiyet taşıyan önemli özelliklerinin parodiye alınması söz konusudur. Bu açıdan soluklaşma formülünün parodiler için kullanılması pek mümkün gözükmemektedir.

Bu hususu nazara alan Alman Federal Mahkemesi, -özellikle parodiler bağlamında ortaya çıkan hukuki uyumsuzluklarda- daha önce geliştirilen soluklaştırma kıstasının ötesinde bir “iç mesafe” kıstası geliştirmiştir. Buna göre yeni eserin, önceki eserin hususiyet taşıyan unsurlarına, hususiyet taşıyan yaratımı aracılığıyla, bağımsız bir eser sayılacak derecede *iç mesafe* kurması durumunda da serbest yararlanmanın varlığından bahsedilir. Bu durumda da önceki eserin hususiyet taşıyan unsurlarının yeni eserde soluklaştığından söz edilir, zira bu unsurları yeni

⁶⁸⁸ Brauns, s. 21.

⁶⁸⁹ Loewenheim, (Schricker, Urheberrecht), § 24, s. 530, nr. 23.

eserin hususiyet taşıyan içeriği ile örtülmüşlerdir⁶⁹⁰. Bu iç mesafe parodilerde özellikle parodisi yapılan eserle yapılan içeriksel ya da sanatsal tartışmadan yani önceki eserin karşıt temalı bir işleme sokulmasından doğmaktadır⁶⁹¹. Buna göre, başka bir eserin hususiyet taşıyan başlıca unsurlarının alınması durumunda yeni eser açık alıntılara rağmen orijinal esere, bağımsız olarak nitelendirilmesini sağlayacak derecede büyük bir iç mesafe göstermediği sürece serbest olmayan bir yararlanmanın varlığından söz edilecektir⁶⁹².

“İç mesafe” kavramı var olan bir eserin şekillendirilmesinden de geniş ölçüde alıntılar yapılması durumunda da serbest yararlanmanın kabul edilmesinin kapısını açmıştır⁶⁹³. Nitekim Alman Federal Mahkemesi “Asterix-Persiflagen” kararında, koruma konusu bir eserin neredeyse hiç değiştirilmeden yeni bir esere alınmış olsa dahi serbest yararlanmanın oluşabileceğine karar vermiştir.

Alman Federal Mahkemesi, “Asterix-Persiflagen” kararında, serbest yararlanmanın sadece, koruma konusu önceki eserden alınan hususiyet taşıyan unsurların yeni eserde, artık sadece zayıf ve fikir ve sanat eserleri hukuku ile ilgili olmayacak derecede ortaya çıkacak şekilde geri plana atıldığı hallerde kabul edilemeyeceğini; daha önceki bir eserle yapılan sanatsal tartışmanın bu eserin ve onun özelliklerinin, tartışma konusu olduğu müddetçe, yeni eserde tanınabilir kalmasını gerekli kılabileceğini; serbest yararlanmanın kabulü için önceki eserden alınan hususiyet taşıyan unsurlara var olması gereken mesafenin, doğrudan önceki eserin şekillendirilmesinden yapılan açık alıntılarda bile, yeni eserin eski eserin hususiyet taşıyan unsurlarına, kendisine ait hususiyet taşıyan yaratımdan dolayı, yeni eserin doğası gereğince bağımsız bir eser olarak görüleceği derecede iç mesafe kurması aracılığıyla da söz konusu olabileceğini; böyle bir durumda da, önceki eserin hususiyet taşıyan unsurlarının, yeni eserde geniş anlamda soluklaştığının kabul

⁶⁹⁰ BGH, GRUR 1994, 91 “Asterix- Persiflagen”; BGH, “Gies-Adler”, ZUM 2003/10, s. 779–780, kararda serbest yararlanma için yararlanılan esere bulunması gerekli mesafenin açık alıntılarda bile yeni eserin önceki eserden aldığı hususiyet taşıyan unsurlara açık bir iç mesafede bulunması ve özelliğinden dolayı bağımsız olarak görülmesi durumunda da söz konusu olacağı ifade edilmiştir. Bu durumda da önceki eserin hususiyet taşıyan unsurlarının yeni eser karşısında soluklaştığından bahsedilir; **Schulze, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz)**, § 24, s. 369, 25.

⁶⁹¹ **Loewenheim, (Schricker, Urheberrecht)**, § 24, s. 530, nr.23; **Schulze, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz)**, § 24, s. 369, 25.

⁶⁹² **Rehbinder**, s. 143, nr.377.

⁶⁹³ **Becker, (Parodiefreiheit)**, s. 106.

edilmesi gerekeceğini zira bu unsurların yeni eserin hususi içeriği ile bir anlamda örtüldüğünü ifade etmiştir⁶⁹⁴.

Önceki eserle yeni eser arasındaki iç mesafe, sanatsal-eleştirel bir tartışma, kendine ait bağımsız bir söylem yaratılması veya unsurların karşıt temalı bir işleme tabi tutulması suretiyle yaratılabilir⁶⁹⁵.

(ii) Parodilerin Esinlenme Kapsamında Değerlendirilmesi Mümkün müdür?

Kanımızca, parodileri, esinlenme yoluyla serbest yararlanma kapsamında değerlendirmek mümkün gözükmemektedir. Zira parodilerde bu eserlerin niteliği gereği, parodisi yapılan eserin hususiyet taşıyan kısımlarının, parodide, içeriksel olarak farklı bir bağlamda olsa da, ya tamamen ya da büyük oranda orjinaline uygun bir şekilde kullanılması söz konusudur. Bu ise parodiler açısından anlaşılabilir bir durumdur, zira parodi, fonksiyonunu ancak parodisi yapılan eserin unsurlarını artık esinlenmenin varlığından söz edilemeyecek belirli bir ölçüde alması durumunda yerine getirebilir⁶⁹⁶.

Buna karşılık esinlenme yoluyla yaratılan eserin hem şekli açıdan hem de içeriksel açıdan önceki eserden bağımsız bir nitelik göstermesi gerekir. Zira esinlenme yoluyla bir yaratımdan bahsedilebilmesi için, yeni yaratımın önceki eser üzerindeki fikri hakları ihlal etmeyecek derecede, içerisinde önceki esere ait unsurları soluklaştırmış olması gerekir. Yani esinlenmeden bahsedebilmek için önceki eserin hususiyet taşıyan her bir unsurunun ve bu arada somut bir parçasının dahi yeni eserde soluklaşmış olması gerekir. Bu açıdan parodilerin niteliğine özgü olan önceki eserden hususiyet taşıyan unsurların zorunlu olarak alınması hususu, parodilerin esinlenme yolu ile yaratılmış eserler olduğunun kabulüne engel oluşturmaktadır.

Başka bir eserden esinlenilmesi durumunda, önceki eserden yararlanma yeni eserde öyle bir şekilde ortaya çıkacaktır ki, yeni eserde önceki eserdeki hususiyet taşıyan unsurların soluklaşması yoluyla artık önceki eserin koruma konusu olan bir unsurunun kullanıldığından bahsedilemeyecektir.

⁶⁹⁴ BGH, GRUR 1994, Heft 3, s. 193 “Asterix- Persiflagen”; aynı nitelikte, BGH, “Alcolix”, GRUR 1994, Heft 3, s. 208.

⁶⁹⁵ **Becker**, (Parodiefreiheit), s. 106.

⁶⁹⁶ **Brauns**, s. 24.

Belirtmek gerekir ki, parodilerin doğrudan işlenme eser sayılarak, ancak önceki eser sahibinin izni ile yapılabileceklerini kabul etmek de pek doğru gözükmemektedir. Zira bu durumda anayasal temel haklar ifade özgürlüğü ve sanat özgürlüğü, bu tür eserlerin tamamen önceki eserin sahibinin iznine bağlanması suretiyle büyük ölçüde zedelenecektir⁶⁹⁷.

(3) Parodilerin İktibas Serbestisine İlişkin Hükümler Kapsamında Değerlendirilmesi

(i) İktibas ve Esinlenme Arasındaki Fark

Yukarıda yapılan açıklamalardan iktibas ile esinlenme arasındaki fark açıkça ortaya çıkmaktadır. Buna göre: esinlenme yolu ile önceki eserlerden yararlanılmasına, bu esere ait unsurların doğrudan alınmaksızın, sadece bu eserden esinlenilmesi suretiyle izin verilirken, iktibasta, bir eser ya da eser parçasının değiştirilmeden aynen alınması söz konusudur⁶⁹⁸. Zira esinlenme kavramı, FSEK’de düzenlenen ve eser sahibinin haklarına yapılacak ihlalleri hukuka aykırı olmaktan kurtaran bir sınırlandırma değildir. Bu açıdan esinlenmeden bahsedebilmek için, ortada eser sahibinin fikri haklarını ihlal eden bir durum olmaması gerekir. Buna göre bir eser ya da eser parçasının, başka bir esere alınması durumunda, esinlenmeden değil, ancak bir iktibastan söz edilir.

Zira başka bir eserden sadece esinlenilerek yararlanılması durumunda, artık önceki eser sahibinin haklarının ihlalden söz edilemeyeceğinden, esinlenmenin iktibasta olduğu gibi belirli koşulların varlığına bağlanması da söz konusu değildir. Esinlenmede, koruma konusu olan başka bir eser ya da eser parçasının aynen kullanılması söz konusu değildir. Bu bakımdan, bir eserden esinlenme yoluyla yararlanmak için iktibasın aksine o eserin alenileşmiş olması gerekli değildir. Halbuki başka bir eserden iktibas yapabilmek için bu eserin en azından alenileşmiş olması gerekir. Zira alenileşmemiş bir eserden iktibas yapılması, eser sahibinin

⁶⁹⁷ Parodilerin kural olarak işlenme eser olarak, eser sahibinin iznine bağlı olduğunu ifade etmekle birlikte, Amerikan hukukunda eleştirel parodiler için getirilen kısıtların da Türk hukuku bakımından uygulanarak, bu nitelikteki parodilerin de hukuka uygun sayılabileceği yönünde, **Ateş**, (Eser), s. 302-303.

⁶⁹⁸ **Kakies**, s. 43.

eserini umuma arz konusundaki manevi hakkını ihlal edici bir nitelik taşır. Hâlbuki esinlenmede, bir fikri hak ihlali söz konusu değildir. Esinlenmede yararlanılan eser, yeni eserde o derece soluklaşmaktadır ki, artık yeni eserde var olan yararlanma, esinlenen eserin sahibinin haklarını ihlal eden bir şekilde ortaya çıkmamaktadır. Yine esinlenme yoluyla başka bir eserden yararlanmada kaynak gösterme zorunluluğu da bulunmamaktadır. Yani bir eserden esinlenilerek başka bir eser yaratıldığında, esinlenen eser sahibinin ya da eserin bildirilmesine gerek yoktur. Hâlbuki iktibasta bir eser ya da eser parçasının kullanılması söz konusu olduğundan, mutlaka kaynak gösterme zorunluluğunun yerine getirilmesi gerekir.

(ii) Parodilerin İktibas Serbestisi Kapsamında Değerlendirilmesi Mümkün müdür?

Parodilerin niteliği gereği, çoğu kez parodisi yapılan eserin tamamının ya da parçalarının değiştirilmeden ya da önemli olmayan ölçüde değiştirilerek kullanılması söz konusu olmaktadır.

Parodilerde çoğu kez parodisi yapılan unsurun orjinaline uygun olarak kullanılarak, parodisel amacın karşıt temalı bir çevre üretilerek gerçekleştirilmesi söz konusu olmaktadır⁶⁹⁹. Böyle bir durumun söz konusu olması halinde ise, parodilerin iktibas serbestisine ilişkin hükümler kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusu ortaya çıkar. Zira iktibasta da esasen başka bir eser ya da eser parçasının diğer bir eser içerisinde çoğaltılması söz konusu olmaktadır. Başka bir eserden bu kapsamda yapılan bir yararlanma ancak FSEK madde 35'deki koşullara uygunsa geçerlidir.

Parodiler hakkında FSEK madde 35/bent 1 hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı ise, bu maddenin koşulları bakımından incelenmelidir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Alman Anayasa Mahkemesi'nin de "Brecht" kararında ifade ettiği üzere iktibasın sanatsal ifade veya sanatsal şekillendirme amacıyla yapılması da geçerlidir⁷⁰⁰. Buna göre iktibas, parodistin sanatsal ifadesine

⁶⁹⁹ **Becker, Bernhard von**, Zitat und Kunstfreiheit- Das » Brecht- Zitate « -Urteil des Bundesverfassungsgerichts-, ZUM, 2000/10, s. 866.

⁷⁰⁰ BVerfG, GRUR 2001, s. 149, 151

ve şekillendirmesine de hizmet edebileceğinden⁷⁰¹, ister eleştirel ister komedisel amaçlarla olsun, var olan bir eserin parodi amacıyla parodistin sanatsal şekillendirmesi ve ifadesi için kullanılması geçerli bir iktibas amacı olarak kabul edilebilecektir.

Bununla birlikte FSEK madde 35/f.1-b.1 kapsamında geçerli bir iktibastan söz edebilmek için, kendisine iktibas yapılan eserin *bağımsız* nitelikte bir eser olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Bu noktada da parodinin hangi durumlarda FSEK madde 35/f.1-b.1 kapsamında bağımsız bir eser olarak, hangi durumda sadece bir işlenme eser olarak ortaya çıkacağıının belirlenmesi gerekir. Zira parodinin, parodisi yapılan eserin işlenmesi niteliğinde kabul edilmesi durumunda artık FSEK madde 35/f.1-b.1 kapsamında bağımsız bir eserin varlığından söz edilemeyecektir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bir eserin esinlenme düzeyinde kalan bağımsız bir yaratım olması ile iktibas serbestisi kapsamında bağımsız bir eser olarak nitelendirilmesinde kullanılacak kıstaslar arasında farklılık vardır. Bir eserin esinlenme düzeyinde kalan bağımsız bir yaratım olarak kabul edilebilmesi için, esinlenen eserin tüm unsurlarının yeni eserde soluklaşmış olması gerekir. Yani esinlenme düzeyinde kalan bağımsız nitelikteki eserlerin *bağımsızlık* özelliği eserin bütünü dikkate alınarak belirlenir. Buna karşılık iktibasta ise, kendisine iktibas yapılan eserin içerdiği iktibasların her birine ve aynı zamanda bütününe nazaran bağımsız bir niteliğe sahip olması yeterlidir. Yani kendisine iktibas yapılan eser, içerdiği iktibasın bir işlenmesi ya da salt içerdiği iktibaslardan oluşan bir derleme eser niteliğinde olmamalı, kendisine iktibas yapılan eserin hususiyet taşıyan özellikleri, bu eserin hâkim noktasını oluşturup, içerdiği iktibaslara ağır basmalıdır.

Parodilerde de çoğunlukla kullanılan eser ya da eser parçaları farklı bir konu bağlamında verilerek, içeriksel olarak parodisi yapılan esere yabancılaşmaktadır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, orjinaline uygun şekilde alınan bir eserin farklı ve yeni bir konu bağlamında alınması durumunda da işlenme bir eserin varlığından söz edilebilir. Bu noktada bir eserin ya da parçalarının orjinaline uygun bir şekilde alınması olarak tanımlanan iktibas durumunun oluştuğunda da söz edilebileceğinden, böyle bir durumda işlenme ile iktibasın birbirinden ayrılması yani birbirine olan sınırlarının çizilmesi problemi ortaya çıkar.

⁷⁰¹ **Hertin**, (**Hertin/Schulze/Walter**, Kommentar zum deutschen Urheberrecht), § 51, s. 15, nr. 31.

Belirtmek gerekir ki, işleme eserlerde, işleyen, orijinal eseri daima değiştirilmiş bir çerçevede ele almakla birlikte, değişiklikler, orijinal eserin hususiyetini örtmeyecek ve orijinal eserin hususiyeti işleme eserin ana unsuru olarak kalacak şekilde ortaya çıkar. İktibasta, yabancı unsurun ifadesi, daha sonra yaratılan eserin bir parçası olurken, işlemede işleyen tarafından eklenen unsurlar, orijinal eserin bir parçası olur. Buna göre iktibasta, orijinal eser ve onun hususiyetleri yeni eser tarafından eklenen unsurlarla örtülmektedir. Bu açıdan ortada bir işleme eser mi yoksa bir iktibas mı olduğu sorusu cevaplanırken, koruma konusu olan bir unsurun yeni eser tarafından kuşatılıp kuşatılmadığı veya daha sonraki eserde ana unsur olarak kalıp kalmadıkları incelenir⁷⁰². Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, kendisine iktibas yapılan eserin bağımsız olması ile bu eserin iktibaslar karşısında ağırlıklı noktayı, esas unsuru oluşturması anlaşılmaktadır.

Parodilerde ise, esasen parodi konusu eserin hususiyet taşıyan özellikleri çoğu kez orijinaline uygun şekilde ancak farklı bir içeriksel bağlamda alınmaktadır. Bu açıdan parodilerin içeriksel olarak hususiyet taşıması ve parodi eserinin artık parodisi yapılan eserden alınan hususiyet taşıyan unsurlarını örtecek ve kendisine iktibas yapılan eserdeki ağırlıklı noktayı oluşturacak derecede kendine özgü bir içeriğe, bir söyleme sahip olması durumunda FSEK madde 35/f.1-b.1 1 kapsamında bağımsız bir eserden söz edilebilecektir⁷⁰³. Zira daha önce de ifade ettiğimiz üzere kendisine iktibas yapılan eserin FSEK madde 35 kapsamında bağımsız bir niteliğe sahip olduğundan söz edebilmek için, kendisine iktibas yapılan eserin iktibaslar olmaksızın da var olmasına ya da anlaşılabilir olmasına gerek yoktur.

Burada önemli olan kendisine iktibas yapılan eserdeki yaratıcı faaliyetin iktibaslara ağır basması; bu faaliyetin kendisine iktibas yapılan eserin ağırlıklı noktasını oluşturmasıdır⁷⁰⁴.

⁷⁰² **Czernik**, s. 360, 361.

⁷⁰³ Parodinin konusu ile tartışma aracılığıyla kendi söylemine ulaşması ve sadece bir eserin başkasına ait fikri mülkiyet ile zenginleştirilmesinin söz konusu olmaması durumunda parodilerin bağımsız nitelikte bir eser sayılacağı; buna karşılık sadece gülünçleştirmenin yeterli olmayacağı yönünde, **Becker**, (Parodiefreiheit) s. 109; Alman öğretisinde de, parodiler esasen, iktibas serbestisi kapsamında değil UrHG madde 24/f.1 kapsamında düzenlenen serbest yararlanma kapsamında değerlendirilmekle birlikte, parodinin bağımsız bir eser niteliği taşıması durumunda karşıt temalı bir tartışma ortaya koymak amacıyla iktibas serbestisine ilişkin hükümler kapsamında parodisi yapılan eserden de iktibas yapılabileceği ifade edilmektedir, **Schricker**, (Schricker, Urheberrecht), § 51, s. 1030, nr. 17; **Dustmann**, (Nordemann/Nordemann/Nordemann, Urheberrecht), §51, s. 966, nr. 11.

⁷⁰⁴ Aynı yönde, **Kakies**, s. 115.

Bununla birlikte parodiler hakkında FSEK madde 35/f.1-b.1 hükmünün uygulanması sırasında bazı problemlerle karşılaşılacaktır. Bu problemlerden birincisi, FSEK madde 35/f.1-b.1’de bir eserin sadece *bazı cümle ve fıkralarının bir ilim ve edebiyat* eserine iktibasın söz konusu olmasıdır. Parodiler de ise çoğu kez dil ile ifade edilen bir eserden ziyade bir güzel sanat eserinin (özellikle bir fotoğrafın ya da bir resmin) kullanılması söz konusudur. Daha önce ifade ettiğimiz üzere, bu düzenleme bir eserin sadece bazı parçalarının iktibasının mümkün olduğu şeklinde yorumlanmalıdır. Bu açıdan dil ile ifade edilmeyen bir eserin bazı parçalarının iktibas da mümkündür. Bununla birlikte özellikle güzel sanat eserlerinin niteliği gereği, çoğu kez bir bütün olarak iktibas edilmeleri gereklidir. Zira parodilerde de, ulaşılmak istenen parodi amacına ulaşılabilmesi için çoğu kez, parodisi yapılan eserin tamamının ya da önemli bir kısmının alınması söz konusu olacaktır. Daha önce de ifade edildiği üzere FSEK madde 35/f.1-b.1 hükmünün bir eserin tamamının iktibası halinde kıyasen uygulanması ancak kullanımın eser sahibinin eseri ile doğrudan bir rekabete girilerek, eserin piyasa şansının azaltılmaması halinde söz konusu olacaktır. Zira FSEK madde 35/f.1-b. 1’de esasen sadece bazı cümle ve fıkraların yani sadece bazı eser parçalarının iktibasına izin verilmekle, eserin bütünüünün iktibas edilmesi suretiyle kendisinden iktibas yapılan eser ile doğrudan bir rekabete girilmesi önlenmek istenmektedir. Bu kapsamda bir güzel sanat eserinin tamamen de olsa iktibası yoluyla, iktibasa konu eserin sahibinin ekonomik menfaatleri daraltılmıyorsa(örneğin küçültülmüş ya da siyah beyaz formda iktibas gibi) bu durumda bir güzel sanat eserinin tamamının da FSEK madde 35/f.1-b.1 kapsamında iktibasa konu olabileceği kabul edilmelidir.

Belirtmek gerekir ki, parodiler, orijinal esere nazaran esasen farklı bir söylem ve etkiye sahip olduklarından, *esasen* orijinal eserle ciddi olarak ilgilenenleri orijinal esere erişmekten alıkoymayacaktır⁷⁰⁵. Bu noktada her iki ürünün sanat veya eğlence piyasasında ne ölçüde birbirleri ile rekabete giren ürünler olarak karşı karşıya gelebilecekleri de önem arz eder. Bu noktada özellikle parodi ile orijinal eserin hitap ettikleri piyasaların değerlendirilmesi yoluna gidilebilir⁷⁰⁶.

⁷⁰⁵ **Kakies**, s. 88.

⁷⁰⁶ Ayrıca dağıtım yolları, fiyat gibi başka unsurların da dikkate alınabileceği yönünde, **Platho, Rolf**, Die Parodie: Eine frei Bearbeitung nach § 23 UrHG, GRUR 1992, Heft 6, s. 364. Örneğin öncelikli olarak çocuklara hitap eden bir çizgi dizinin, parodi yoluyla yetişkinlere hitap eden bir dergide kullanılması doğrudan bir rekabet oluşturmayabilecektir. Benzer nitelikte, **Platho**, s. 364.

Bunun dışında parodinin güzel sanat eseri niteliği taşıması durumunda da, FSEK madde 35/f.1-b. 1 hükmünün uygulanması kuşkuyla gözükmektedir. Zira FSEK madde 35/f.1-b.1’de sadece “ilim ve edebiyat” eserlerine yapılacak iktibaslara izin verilmiştir. Ancak kanımızca ileride üçüncü bölüm altında açıklanacağı üzere, güzel sanat eserlerine iktibasta da bu hükmün kıyasen uygulanması söz konusu olabilecektir.

Parodilerin iktibas serbestîsi kapsamında değerlendirilmesi bakımından ortaya çıkabilecek diğer bir önemli sorun da, eser sahibinin “eserde değişiklik yapılmasını” önleme hususundaki manevi hakkıdır. Belirtmek gerekir ki, FSEK madde 35’de açıkça bir değiştirme yasağından söz edilmese de, bu husus, FSEK madde 16’da eser sahibinin manevi hakları arasında düzenlenen, eserde değişiklik yapılmasını önleme hususundaki hakkından ileri gelir. Öğretide, iktibas durumunda, iktibas edilen unsurların hem içerik olarak hem de şekil olarak dokunulmaz kalması gerekeceği; buna karşılık parodilerde önceki eserin tekrar bir işlenmesinin, değiştirilmesinin söz konusu olduğu ifade edilmiştir⁷⁰⁷. Parodisi yapılan eserin, değiştirilmeksizin alınarak, sadece, parodi içerisinde farklı bir çevreye yerleştirilmek suretiyle, parodistin sanatsal şekillendirilmesinde kullanılması mümkündür. Ancak parodisi yapılan eser unsurlarının, parodisel amacı gerçekleştirmek üzere değişikliğe uğratılması durumunda, eser sahibinin eserin değiştirilmemesi hususundaki manevi hakkı ihlale uğrayabilir. Bu noktada FSEK madde 16/f.2’de yer alan düzenlemenin uygulanması düşünülebilir. Bu düzenlemede, “*Kanunun veya eser sahibinin müsaadesiyle bir eseri işleyen, umuma arz eden, çoğaltan, yayımlayan, temsil eden veya başka bir suretle yayan kimse; işleme, çoğaltma, temsil veya yayım tekniği icabı zaruri görülen değiştirmeleri eser sahibinin hususi bir izni olmaksızın da yapabilir.*” denilmektedir. İktibas serbestîsi de, kanunun izin verdiği çoğaltma, umuma arz vs. durumlarından biridir. FSEK madde 16/f.2 kapsamında yapılabilecek olan değiştirmeler, işleme, çoğaltma, temsil veya yayım *tekniği* icabıyla yapılması zorunlu olan değişikliklerdir. Örneğin, bir makalenin bir gazetede kendisine ayrılan yere sığdırılması için kısaltılması, bazı sahnelerin süre sebebiyle oyunun icrasına

⁷⁰⁷ **Morant**, s. 143; özellikle eserde değişiklik yapma yasağı (UrhG madde 62) ve kaynak gösterme zorunluluğunun, parodileri iktibas serbestîsine ilişkin hükümler kapsamında değerlendirilmesini zorlaştırdığı yönünde, **Stuhert, Sabine**, Die Behandlung der Parodie im Urheberrecht, München, 2002, s. 289; parodilerin iktibas serbestîsine ilişkin hükümler kapsamında değerlendirilmesinin özellikle, eserde değişiklik yapma yasağı bakımından problem gösterdiği yönünde, **Platho**, s. 362.

alınmaması gibi hallerde söz konusu olur⁷⁰⁸. Eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmalar(ve bu arada iktibas serbestisi) kapsamında başka eserlerden yararlanılmasında, eserde ne ölçüde değişiklik yapılabileceği belirlenirken, burada kanunen izin verilen sınırlandırmanın, yani her bir sınırlandırıcı hüküm kapsamında kanunen izin verilen yararlanma amacının kıstas olarak alınması ve ilgili hükümle takip edilen amaç ile somut tedbirin bu amaç bakımından ne ölçüde gerekli ve eser sahibinden beklenebilir olduğunun araştırılması gerekir⁷⁰⁹. Burada, yapılacak bir değişikliğin geçerliliği, karşılıklı yararların değerlendirilmesi ve dengelenmesi ile belirlenecektir⁷¹⁰. Buna göre iktibas edilen eserde yapılan her değişiklik değil, sadece somut olayda yapılan yararların dengelenmesine göre eser sahibinin katlanmasının beklenemeyeceği değişiklikler hukuka aykırılığa yol açar. Böylelikle, başka bir eserden sınırlandırmaya ilişkin bir düzenlemede yer alan amaç kapsamında yararlanılmasının, kullanımın koşullarının ufak değişiklikleri veya basitleştirmeleri gerekli kılması nedeniyle engellenmemesi garanti altına alınmış olur⁷¹¹. Burada genel kriter olarak müdahalenin yoğunluğu ile yararlanma ve değerlendirme amacı için gerekliliği gibi hususlar dikkate alınacaktır. Buna göre işlemlerde önemli olmayan, alışıldık olarak nitelendirilebilecek değişiklikler, örneğin bir güzel sanat eserinin başka bir büyüklükte verilmesi gibi, eser sahibinin haklarını ihlal eden bir değişiklik olarak görülmeyecektir. Bununla birlikte yapılacak değişikliklerle hiçbir şekilde, eserin anlamı ve eğilimine dokunulamaz⁷¹². Buna göre eserin anlamını bozmayacak, ufak ve önemsiz değişikliklerin yapılmasına izin verilmekle birlikte, önemli nitelikteki değişikliklere izin verilemeyecektir. Bu kapsamda parodi yoluyla da, parodisi yapılan eser unsurlarında önemli değişiklikler yapılamayacaktır⁷¹³

Son olarak, FSEK madde 35 kapsamında başka bir eserden yapılan iktibasın hukuka uygun olabilmesi, kaynak gösterme zorunluluğunun yerine getirilmesi

⁷⁰⁸ **Öztañ**, (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 332.

⁷⁰⁹ **Schulze, Gernot, (Dreier, Thomas/Schulze, Gernot**, Urheberrechtsgesetz, München 2008), § 62, s. 946, nr. 12. UrHG'nin "Değiştirme Yasağı" başlıklı 62'nci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, UrHG madde 39/f.2'de yer alan düzenlemeye gönderme yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre, eser sahibinin dürüstlük kuralına göre izin vermekten kaçınamayacağı değişikliklerin yapılması geçerlidir.

⁷¹⁰ **Dietz, Adolf, (Schricker, Gerhard**, Urheberrecht, München, 2006), § 62, s. 1252, nr. 13–14.

⁷¹¹ **Krüger**, s. 127.

⁷¹² **Rehbinder**, s. 155, nr. 413; **Kakies**, s. 126.

⁷¹³ Alman öğretisinde, parodisi yapılan eserin önemli bir değişikliğe uğraması durumunda, bu şekildeki parodilere UrHG madde 23 hükmünün teleolojik redaksiyonu yoluyla geçerlik sağlanabileceği ifade edilmiştir, **Becker**, (Parodiefreiheit), s. 109.

gerekir(FSEK madde 35/f.2). Öğretide ise parodilerin karakteristik olarak, başka bir eseri referans olarak gösterme niteliğine sahip olmalarından dolayı, zaten sadece toplum tarafından bilinen veya kimliği parodiden anlaşılabilen eserlerin parodiye bir anlam verebileceği belirtilerek, bu durumda artık kaynak gösterme zorunluluğundan bahsedilemeyeceği ifade edilmiştir⁷¹⁴.

Kanımızca bu görüş yerinde değildir; zira iktibasların kendisine iktibas yapılan eserde tanınabilir yabancı bir unsur olarak çıkması zorunluluğu ile kaynak gösterme zorunluluğu birbirinden farklı kavramlardır. Zira aynı durum aslında daha sonra işlenecek müzik iktibaslarında da geçerlidir. Daha sonra da ifade edileceği üzere FSEK madde 35/f.1-b. 2 kapsamında müzik eserlerine iktibas edilecek beste parçalarının, kendisine iktibas yapılan bir eserde yabancı bir unsur olarak ortaya çıkmaları için çoğu kez bilindik, tanındık niteliğe sahip olmaları gerekir. Buna karşılık, müzik iktibaslarında da, iktibasların kendisine iktibas yapılan eserde tanınan bir yabancı bir unsur olarak ortaya çıkması, özellikle söz konusu eserlerin sahibinin adının belirtilmesi ve eserin kaynağının gösterilmesi gerekliliğini ortadan kaldırmaz. Parodilere de parodisi yapılan eserin ya da parçasının orjinaline uygun olarak iktibas serbestisine ilişkin hükümler kapsamında kullanılabilmesi kabul edilse dahi bunun için FSEK madde 35/f.2 kapsamında kaynak gösterme zorunluluğuna uyulması gerekir. Bununla birlikte parodilerde kaynak gösterme zorunluluğunun bulunduğu kabul edilmesi, bu eserlerin niteliğine uymamaktadır. Zira parodisel etki esasen, toplumun bilinen eserden umulmadık şekilde uzaklaşması ile oluşur ve önceki eserin iktibas olarak belli edilmesi ise bu etkiyi ortadan kaldırabilir⁷¹⁵.

Sonuç olarak parodilerin FSEK madde 35/f.1-b.1 kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmakla birlikte tamamen problemsiz değildir. Özellikle eser sahibinin eserde değişiklik yapılmamasına ilişkin manevi hakkı ve kaynak gösterme zorunluluğu bakımından problemler doğabilecektir. Bu açıdan parodiler bakımından de lege ferenda olarak İsviçre URG'de yer alan düzenlemeye benzer şekilde ayrı bir düzenleme getirilmesi uygun olur.

⁷¹⁴ Becker, (Prodiefreiheit), s. 109.

⁷¹⁵ Stuhlert, s. 64.

F. İktibasın Amacın Haklı Göstereceği Oranda Olması

FSEK madde 35/f.1-b.1’de yer alan düzenlemede, her ne kadar *açıkça*, iktibasın amacın haklı kılacağı oranda yapılması gerekliliğinden söz edilmemiş olsa da, bu bent kapsamında yapılacak iktibasların geçerliliği de, diğer tüm iktibas türlerinde olduğu gibi, bu iktibasların, takip edilen geçerli amacın gerektirdiği oranda ve kapsamda yapılmış olmasına bağlıdır. İktibas ile takip edilen amacın gerektirdiğinden daha fazla iktibas yapılması, iktibasın geçersizliğine yol açacaktır. (Bkz., İkinci Bölüm, II. E. altındaki açıklamalar)

V. MÜZİK İKTİBASLARININ KOŞULLARI (FSEK madde 35/f.1-b.2)

A. Genel Olarak

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 35’nci maddesinin birinci fıkrasının ikinci bendinde, “*yayımlanmış bir bestenin en çok tema, motif, pasaj ve fikir nevinden parçalarının müstakil bir musiki eserine alınmasının*” geçerli olacağı düzenlenmiştir. Bu bentte özel olarak düzenlenmesinden dolayı bir müzik eserine ancak, FSEK madde 35/f.1-b.2’de yer alan koşullarla ve ancak bu bentte düzenlenen eser türünden iktibas yapılabilecektir. Buna göre bir müzik eserine, başka bir *besteden* iktibas yapılabilmesi, kendisinden iktibas yapılacak bestenin yayımlanmış olması koşuluna bağlanmış ve yapılacak iktibas, bu bestenin en çok tema, motif, pasaj ve fikir nevinden parçaları ile sınırlanarak, bir bestenin sadece bazı parçalarının başka bir müzik eserine iktibas edilebilmesine izin verilmiştir. Bu açıdan müzik eserlerine iktibas, bir küçük iktibas olarak değerlendirilebilir. Diğer iktibas türlerinde olduğu gibi, müzik iktibaslarında da, kendisine iktibas yapılacak müzik eserinin *bağımsız* bir müzik eseri niteliğinde olması gerekir. Ayrıca iktibas ancak belirli bir amaç ve bu amacın haklı kıldığı oranda yapılabilecektir.

B. Kendisinden İktibas Yapılacak Eser Bakımından Koşullar

1. Kendisinden İktibas Yapılacak Eser Beste Niteliğine Sahip Olmalıdır

FSEK madde 35/f.1-b.2’de, sadece bir *bestenin*, başka bir müzik eserine iktibas edilebileceği düzenlenmiştir. Müzik(musiki) eseri, FSEK madde 3’de, “*her nevi sözlü ve sözsüz besteler*” olarak tanımlanmıştır. Buna göre müzik eseri, “sözlü” ve “sözsüz” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Sözsüz müzik eserleri ile kastedilen bestedir. Sözlü müzik eseri ise, müzik eserinin “güfte” adı verilen sözlü kısmı ile besteden oluşur⁷¹⁶.

FSEK madde 35/f.1-b. 2’de bir müzik eserinin sadece bestesinden iktibasa izin verilmiştir. Buna göre güfte taşımayan, sadece besteden ibaret olan bir müzik eserinden(sözsüz müzik eseri) başka bir müzik eserine iktibas yapılabileceği gibi; sözlü bir müzik eserinin de sadece beste kısmı başka bir müzik eserine iktibas edilebilecektir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b. 2 gereğince, bir müzik eserine ancak başka bir besteden iktibas yapılabileceğinden, FSEK madde 35/f.1-b. 2 kapsamında sadece hususiyet taşıyan ses dizilerinin iktibası söz konusu olabilecektir⁷¹⁷.

Bir müzik eserinin güftesinden başka bir *müzik eserinin güftesine* iktibas yapılması ise ancak FSEK madde 35/f.1-b. 1’de düzenlenen “ilim ve edebiyat eserlerine iktibas” kapsamında mümkün olabilecektir. Buna karşılık bir müzik eserinin güftesinin, sözsüz bir müzik eserine, yani bir besteye iktibası mümkün değildir. Nitekim FSEK’in yürürlükten kaldırılan 39’uncu maddesinin birinci fıkrasında, musiki eserlerinin sahibinin, yayımlanmış bir edebiyat eserinin ufak parçalarını, sahibinin iznini almaksızın, besteleriyle birlikte çoğaltmak, yaymak, umumi mahallerde temsil etmek ve radyo vasıtasıyla yaymak yetkisine sahip olduğu düzenlenmişti. Bu düzenleme yürürlükten kaldırıldığından, bir müzik eserinin,

⁷¹⁶ Arslanlı, s. 22; Ateş, (Eser), s. 208.

⁷¹⁷ Bir müzik eserinin güftesinden iktibas yapılması, FSEK madde 35/f.1-b. 2 kapsamına girmeyip, ancak FSEK madde 35/f.1-b. 1 ve bent 3’de düzenlenen iktibas şekillerinin konusunu oluşturabilir. Yine bir müzik eserinin güftesinin, başka bir müzik eserinin güftesine iktibası da FSEK madde 35/f.1-b.2 değil, ancak FSEK madde 35/f.1-b. 1 kapsamında mümkün olabilir. Bir müzik eserinin güftesinin, güfte içermeyen ve sadece besteden oluşan sözsüz bir müzik eserine iktibası ise FSEK çerçevesinde mümkün değildir.

edebiyat eseri niteliği taşıyabilecek güftesinin ya da başka bir edebiyat eserinin bir parçasının salt bir besteye iktibas geçerli değildir. Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi bir müzik eserinin güftesinden ya da başka bir edebi eserden, başka bir müzik eserinin güftesine FSEK madde 35/f.1b. 1’deki koşullarla iktibas yapılması mümkün olabilir.

Her ne kadar FSEK madde 35/f.1-b. 2’de açıkça belirtilmese de, kendisinden iktibas yapılabilecek beste parçasının, eserin bütününden ayrı olarak, FSEK tarafından korunan bir nitelik taşınması gerekir. Zira koruma konusu olmayan bir bestenin iktibas serbestisine ilişkin kurallara gitmeye gerek kalmaksızın serbestçe kullanılması mümkündür.

Buna karşılık koruma süreleri geçen ya da folklor müziği gibi milletin ortak malı haline gelen müzik parçaları iktibas serbestisine ilişkin kurala tabi olmaksızın serbestçe iktibas edilebilir⁷¹⁸. Yalnız mali haklara ilişkin koruma süreleri dolsa bile, manevi haklar halen devam ediyorsa, eser sahibinin adının iktibasta belirtilmesi gerekir.

UrHG madde 51/f.2- b. 3’de ise, yayımlanmış bir müzik eserinin bazı parçalarının bağımsız bir müzik eserine alınabileceği düzenlenmiştir. UrHG’nin, müzik iktibaslarını düzenleyen 51’nci maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü bendinde, hem kendisinden iktibas yapılacak hem de kendisine iktibas yapılacak eserin müzik eseri olması gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre Alman Hukukunda da, “müzik iktibasları” kavramı sadece dar anlamda, koruma konusu olan başka bir ses yapısından iktibasları kapsamaktadır⁷¹⁹.

Belirtmek gerekir ki, müzik eserleri, FSEK madde 35/f.1-b. 2’de yer alan düzenlemenin dışında da iktibas konusu olabilir. Öncelikle Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/f.1-b. 3 kapsamında müzik eserlerinden(sözlü veya sözsüz) bilimsel eserlere iktibas yapılması mümkündür. Bu bentte bilimsel eserlere yapılabilecek büyük iktibas düzenlendiğinden, müzik *eserlerine* bu bent kapsamında iktibas yapılması ise söz konusu olmayacaktır. Buna karşılık müzik eserleri, bilimsel eserlere yapılacak büyük iktibas kapsamında kendisinden iktibas yapılabilecek eser olabilir. Yani bir müzik eserinin tamamı ya da önemli bir bölümü bilimsel bir esere kanuni koşulların gerçekleşmesi durumunda iktibas edilebilir. Örneğin bir müzik

⁷¹⁸ Ayiter, s. 166.

⁷¹⁹ Krüger, s. 139.

eseri, müzikal bir konu ya da kişi hakkındaki bilimsel nitelik taşıyan bir belgesel filme iktibas edilebilir.

Yine müzik eserlerinin FSEK madde 35/f.1-b.1’de düzenlenen küçük iktibasa ilişkin hükümler çerçevesinde, kendisinden iktibas yapılabilecek eser olması mümkündür. Her ne kadar maddede “*bazı cümle ve fıkraların*” iktibasından söz edilmişse de, daha önce de ifade edildiği üzere, burada kendisinden iktibas yapılabilecek eserin sadece dil ile ifade edilen edilebilen eserler olarak yorumlanmaması gerekir. Bu kapsamda, örneğin, bir müzik eserinin bazı notalarının(ki notalar müzik eserinin çoğaltılmış nüshalarıdır) bir opera veya konser rehberine iktibas edilmesi; bir bestekârla ilgili radyo programında bu bestekâra ait bir besteden bazı parçaların iktibas edilmesi FSEK madde 35/f.1-b. 1 kapsamında değerlendirilebilir⁷²⁰.

2. Kendisinden İktibas Yapılacak Beste Yayınlanmış Olmalıdır

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun “müzik iktibaslarını” düzenleyen 35’nci maddesinin birinci fıkrasının ikinci bendinde bir besteden iktibas yapılabilmesi için o bestenin yayınlanmış olması gerektiği düzenlenmiştir. UrHG madde 51/f.2-b. 3’de de aynı şekilde “yayınlanmış” müzik eserlerinden iktibas yapılabilmesine izin verilmiştir.

Buna göre bir besteden iktibas yapılabilmesi için o bestenin “alenilemiş” olması yeterli olmayıp, yayınlanmış olması gerekmektedir. Bir bestenin çoğaltılmış nüshalarının(örneğin ses taşıyıcılarında ya da nota şeklinde) hak sahibinin rızasıyla satışa çıkarılması veya dağıtılması veya diğer bir şekilde ticaret mevkiine konulmak suretiyle umuma arz edilmiş olması gerekmektedir(FSEK madde 7/f. 2). FSEK madde madde 35/f.1-b.1’de düzenlenen “küçük iktibas” durumunda, kendisinden iktibas yapılabilecek eserlerin “alenilemiş” olması yeterli görülürken, ikinci bentte düzenlenen ve küçük iktibasın bir türü olan müzik iktibaslarında, kendisinden iktibas yapılabilecek bestenin “yayınlanmış” olmasının aranması, aslında müzik iktibaslarının yapılmasındaki amaçla ilgilidir. Müzik iktibaslarında da iktibas edilen

⁷²⁰ BGH, “Verkehrskinderlied” kararında bir şarkının bir mısrasının, bir gazete makalesine iktibasını müzik iktibaslarını düzenleyen madde 51/3 kapsamında değil, madde 51/2’de düzenlenen küçük iktibas kapsamında değerlendirmiştir. BGH, “Verkehrs-Kinderlied”, GRUR 1959, Heft 4, s. 199.

eser parçasının başka bir esere ait olduğunun tanınabilmesi gerekmektedir. Müzik eserlerinin niteliğinden dolayı, iktibas edilen beste parçasının, kendisine iktibas yapılan müzik eserinde yabancı bir unsur olarak tanınabilir olması, bu bestenin belirli bir oranda bilindik bir beste olmasını gerektirmektedir. Nitekim müzik iktibasları genellikle toplum tarafından bilinen, belirli bir duyguyu temsil eden, kişilerin belirli çağrışımsal hisler çıkartabileceği müzik parçalarından yapılmaktadır.

Bununla birlikte günümüzde müzik eserlerinin de diğer eserler gibi, maddi nüshalara bağlı olmaksızın, maddi nüshaların dağıtılması sonucu oluşacak olanla kıyaslanamayak kadar geniş kitlelere ulaşması ve bu kitlelerce tanınması mümkündür. Örneğin bir şarkı bir yıl kadar tabiri caize internette gezdikten ve milyonlarca kişiye ulaştıktan sonra, o şarkının sahibi ünlenebilmekte ve bunun üzerine bir albüm yaparak, eserin çoğaltılmış nüshalarını dağıtıma sunabilmektedir. Bu açıdan internet aracılığıyla(maddi olarak çoğaltılmış nüshaların dağıtılması söz konusu olmaksızın) sunulan bir müzik eserinin de, toplum tarafından, bu esere kolaylıkla çağrışımsal bir bağ üretilebilecek derecede tanınmış olması mümkündür. Bu kapsamda internet aracılığıyla umuma sunulan eserlerin FSEK madde 7/f.2 anlamında yayımlanmış sayılıp sayılmayacağı ileride üçüncü bölüm altında incelenecektir.

Bunun dışında, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, bir müzik eserinin çoğaltılmış nüshalarının, eseri geniş kesimlere ulaştıracak araçlara gönderilmesi durumunda da, eserin FSEK madde 7/f.2 kapsamında yayımlandığından söz edilecektir. Örneğin bir müzik eserinin çoğaltılmış nüshalarının radyolara gönderilmesi gibi. Buna karşılık bir televizyon ya da radyo yayınında doğrudan canlı olarak söylenen ya da çalınan veya örneğin bir televizyon kuruluşunun kendi içerisinde ürettiği bir programın müziği, doğrudan doğruya maddi olmayan şekilde umuma iletiğinden, yayımlanmış sayılmayacak ve sadece alenileşmiş olacaktır⁷²¹. İfade etmek gerekir ki, sadece canlı yayında umuma iletilen bir müzik eseri her ne kadar çok geniş bir kitleye ulaşsa da, bu yayının akıcı ve geçici niteliğinden dolayı söz konusu müzik eserinin genellikle, belirli duyguları çağrıştırmak için toplum belleğinde yeterli bir kalıcılığa ulaşamayacağından bahsedilebilecektir.

⁷²¹ Bkz. **Brauns**, s. 62.

Bununla birlikte bir televizyon kuruluşunun kendi ürettiği bir televizyon programının müziğinin, programın her yayınında tekrar çalınması ile izleyiciler nezdinde belirli bir tanınmışlığa ulaşması mümkündür. Nitekim her hafta yayımlanan bir televizyon dizisinin müziğinin, çok geniş bir topluluk nezdinde, o dizinin içeriğindeki ana düşünce veya duygu ile çağrışımsal bir bağlantı oluşturması mümkündür. Böyle bir durumda, söz konusu müzik eserinin televizyonda sürekli olarak yayınlandığı da dikkate alındığında, kendisine iktibas yapılan eseri dinleyenlerin gerekli çağrışımsal bağlantıyı çok kolaylıkla kuracaklarından bahsedilebilir.⁷²² Ancak bu durumda, söz konusu müzik yayımlanmış olmayıp, sadece alenileşmiş sayılacağından söz konusu müzikten iktibas yapılması mümkün olmayacaktır.

Bu açıdan kanımızca müzik iktibasları bakımından da, kendisinden iktibas yapılacak müzik eserinin yayımlanmış olması gerekli olmayıp, alenileşmiş sayılmasının yeterli görülmesi, yapılacak bir Kanun değişikliği için öneri olarak getirilebilir. Zira iktibasa konu olan eser sahibini hakları zaten, iktibas serbestisine ilişkin koşullar çerçevesinde (kendisine iktibas yapılan eserin bağımsız bir eser olması, iktibasın amacın gerektirdiği oranda yapılabilmesi, iktibasın parçalarla sınırlı olup, iktibaslar yoluyla kendisinden iktibas yapılan eserle rekabete girilip, onun değerlendirilme şansının yani piyasa şansının daraltılmaması gibi) yeterli bir şekilde korunacaktır.⁷²³

C. Kendisine İktibas Yapılacak Eser Bakımından Koşullar

1. Kendisine İktibas Yapılacak Eser Müzik Eseri Olmalıdır

FSEK madde 35/f.1-b. 2’de, kendisine iktibas yapılacak eser “*müzik eseri*” olarak ifade edildiğinden, bu madde kapsamında kendisine iktibas yapılacak müzik eseri, sözlü veya sözsüz bir müzik eseri olabilecektir.

⁷²² Örnek için bkz. **Hertin**, (**Hertin /Schulze/Walter**, Kommentar zum deutschen Urheberrecht),§ 51, s. 34, nr.90.

⁷²³ Bkz. aynı yönde, **Krüger**, 140.

Müzik eserleri, FSEK madde 3’de, “*her nevi sözlü ve sözsüz besteler*” olarak tanımlanmıştır. Müzik eserlerinde eser sahibi ifade aracı olarak “ses”leri kullanır⁷²⁴. Sesler arka arkaya dizelenir ve birlikte çalınarak birbiriyle bağlanır⁷²⁵. Bu açıdan salt müzik bilimine ilişkin incelemeler, makaleler veya öğretim ve derse yönelik eserler, örneğin piyano derslerine ilişkin bir kitap, içlerinde basılı notalara rağmen müzik eseri değil, dil ile ifade edilen eserlerdir⁷²⁶ ve bu eserlere yapılacak iktibaslar, kendisine iktibas yapılacak eserin niteliğine göre ancak FSEK madde 35/f.1-b. 1 veya bent 3 kapsamında değerlendirilebilecektir.

Müzik eserlerinde üç öge bulunmaktadır. Bunlar melodi, armoni ve ritimdir. Ancak bir müzik eserinde bu üç ögenin birlikte bulunması gerekli değildir⁷²⁷. Bir müzik eserinden söz edebilmek için, seslerin hangi şekilde üretildiği önemli olmayıp, sadece enstrümanlar ve insan sesi değil, elektronik olarak üretilen sesler, doğadaki sesler gibi her türlü ses kaynaklarından yararlanılabilir⁷²⁸. Yine, melodi, armoni ya da ritim alanında belirli kurallara uyarak bir yaratımda bulunmak da gerekli değildir⁷²⁹. Müzik eserlerine örnek olarak klasik müzik parçaları, operalar, operetler, senfoniler, rock, pop, hip-hop gibi eğlence müzikleri, ilahiler, türküler, şarkılar girebilir⁷³⁰. Bir müzik eserinin koruma kazanabilmesi için, notalar ya da ses taşıyıcıları aracılığıyla maddi olarak tespit edilmiş olması gerekli olmayıp, doğaçlamalar da bu bağlamda koruma konusu olabilirler⁷³¹. Burada önemli olan ses dizisinin hususi bir yaratım oluşturup oluşturmadığıdır⁷³². Müzik eserlerinin de Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu tarafından korunan eser niteliğine sahip olması için, genel

⁷²⁴ **Ayiter**, s. 51; **Loewenheim**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 2, s. 101, nr. 118; **Schulze**, (**Dreier/Schulze**, Urheberrechtsgesetz), §2, s. 88, nr.134; **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s. 51.

⁷²⁵ **Brauns**, s. 171; **Bullinger**, (**Wandtke/Bullinger**, Praxiskommentar zum Urheberrecht), § 2, s. 69, nr.68.

⁷²⁶ **Hertin, Paul, W.**, Das Musikzitat im deutschen Urheberrecht, GRUR 1989, Heft 3, s.160; **Ayiter**, s. 53; Bu tür eserlerde yer alan notalar, müzik eserlerinin “çoğaltmalarıdır”, **Öztañ**,(Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku) s. 129.

⁷²⁷ **Ayiter**, s. 52.

⁷²⁸ **Loewenheim**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 2, s. 101, nr.118; **Schulze**, (**Dreier/Schulze**, Urheberrechtsgesetz), §2, s. 88, nr.134; **Bullinger**, (**Wandtke/Bullinger**, Praxiskommentar zum Urheberrecht), § 2, s. 69-70, nr.68; **Ayiter**, s. 51; **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s. 51.

⁷²⁹ **Loewenheim**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 2, s. 101, nr.118; **Bullinger**, (**Wandtke/Bullinger**, Urheberrecht), § 2, s. 70, nr.69.

⁷³⁰ **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s. 52.

⁷³¹ **Loewenheim**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 2, s. 101, nr. 118; **Schulze**, (**Dreier/Schulze**, Urheberrechtsgesetz), §2, s. 88, nr.135; **Arslanlı**, s. 21; **Ayiter**, s. 51; **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s. 52.

⁷³² **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s. 52.

olarak eser sayılma koşullarını taşıması gerekmektedir. Özellikle müzik eserlerinin de sahibinin hususiyetini taşıması gerekmektedir.

Müzik eserlerinde hususiyet, seslerin birbirini izleyişindeki, ses dizilerinin birbirine bağlanmasındaki ve ritimdeki özelliğe göre belirlenir⁷³³. Müzik eserlerinde yaratıcı faaliyet sadece melodinin şekillendirilmesinde değil, aynı zamanda ses dizilerinin diziliş yapısı(Tonfolge), ritimleştirilmesi(Rhythmisierung), enstrümantasyonu(Instrumentierung), orkestra düzenlemesinden de(Orchestrierung) kaynaklanabilir. Burada önemli olan tüm bu unsurlardan doğan genel izlenimdir⁷³⁴. Seslerin gelişi güzel arda arda dizilişinde ise ferdi yaratıcılık mevcut değildir⁷³⁵. Bir bestecinin seslerin dizilişini kendisinin tespit edip, şekillendirmediği, bu işin tamamen bir makine tarafından yapıldığı, dolayısıyla da tamamen tesadüflere bağlı kaldığı durumlarda, hususiyet taşıyan bir müzik eserinin varlığından söz edilemez⁷³⁶.

Melodi, ritm, armoni *kanunları* soyut olarak koruma konusu olmazlar. Yine aynı şekilde tempo, dinamik ya da ses de koruma konusu olmaz. Hususiyet sonuçta bütündeki izlenimin ölçüt olduğu münferit unsurların bir arada çalınmasında ortaya çıkar⁷³⁷. Müzik eserlerinde, yaratımın genel kuralları ve metotları bakımından bir koruma söz konusu değildir. Armonik, ritmik ve melodik kuralların korunması söz konusu olmaz. Ses skalaları, ritimler, tınlar, gibi müzikal yaratımları şekillendirme ilkeleri ve kuramları da koruma konusu değildir⁷³⁸.

2. Kendisine İktibas Yapılacak Müzik Eseri Bağımsız Nitelikte Olmalıdır

Müzik iktibaslarında da, kendisine iktibas yapılan müzik eserinin, bağımsız niteliğe sahip olması gerekir. Buna göre kendisine iktibas yapılacak müzik eseri, iktibaslarla olan ilişkisinde, *bağımsız* bir niteliğe sahip olmalıdır. Kendisine iktibas

⁷³³ Arslanlı, s. 21; Musiki eserlerinde koruma konusu, işitilen sesler arasındaki sıra ve bağlılık, seslerin, melodi, ritim ve armoni ile belirli karışımları ve aynı zamanda ses ile ifade edilen musiki eserlerinin içeriğidir, 11 HD, 3.4.2006, E. 2005/3742, K. 2006/3428 (Kazancı).

⁷³⁴ Loewenheim, (Schricker, Urheberrecht), § 2, s. 102, nr. 119; Bullinger, (Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht), § 2, s. 70, nr.70; Öztan, (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 129.

⁷³⁵ Öztan, (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 129.

⁷³⁶ Öztan, (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 132.

⁷³⁷ Dieth, s. 91.

⁷³⁸ Loewenheim, (Schricker, Urheberrecht), s. 103, nr.123; Öztan, (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 130.

yapılan eserin sahibinin kendi bestesel faaliyeti eserinin ana noktasını(ağırlıklı noktasını) oluşturmalıdır⁷³⁹.

Bir müzik eserinden yapılacak iktibasların, kendisine iktibas yapılacak eseri, işlenme eser niteliğine dönüştürecek kapsamda olmaması gerekir. FSEK madde 6/f.1-b. 4'de musiki aranjman ve tertipleri, işlenme eser kapsamında düzenlenmiştir. Bir müzik eserinde temel esere sadık kalınmak koşuluyla yapılan parafraz ve varyasyonlar, başka bir müzik formuna dönüştürme, bir bestenin başka bir müzik aleti ile çalınmaya elverişli hale getirilmesi, çok sesli veya tek sesli hale getirme, eserin belirli bir enstrüman grubu veya orkestra tarafından çalınmak üzere düzenlenmesi, hususiyet taşıyan bağımsız bir fikri emek gösteriyorsa, işlenme eser niteliğine sahip olacaktır⁷⁴⁰. Belirli bir *melodinin*, tema olarak alınıp, onun üzerine çeşitlemeler(varyasyonlar) bestelenmesi esasen, koşulları varsa FSEK madde 6/f.1-b. 4 kapsamında işlenme eser olarak nitelendirilebilir⁷⁴¹. İçinde başka melodilerin tekrarlandığı varyasyonların hukuken sadece, eklerin ve şekil değiştirmelerin, bir işlenme eser niteliğinde olacak edebi eserin filme çekilmesinde olduğundan daha anlamlı olmayacağı bir işlenme eser olarak değerlendirilebileceği ifade edilmiştir⁷⁴².

Bununla birlikte burada belirtilmesi gereken bir husus, FSEK'de, Alman UrHG'de yer alan melodi korumasına ilişkin hüküm benzeri bir düzenleme bulunmadığıdır. UrHG madde 24/f.1'de, serbest yararlanma(frei Benutzung) düzenlenmiştir. Buna göre, başka bir eserden serbest yararlanma ile yaratılan, bağımsız bir eser, yararlanılan eserin sahibinin izni gerekmeksizin alenileştirilebilir ve değerlendirilebilir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, melodiler bakımından birinci fıkradaki kurala istisna getirilmiştir. Buna göre, serbest yararlanmaya ilişkin birinci fıkradaki düzenleme, bir melodinin tanınabilir şekilde alınması ve yeni esere dayanak yapılması yoluyla bir müzik eserinde kullanılması bakımından geçerli değildir. Bu düzenlemeye göre bir melodinin başka bir müzik eserine tanınabilir şekilde alınarak dayanak yapılması durumunda, serbest yararlanma söz konusu olmaz. Melodinin

⁷³⁹ Krüger, s. 145.

⁷⁴⁰ Ayiter, s. 69; Erel, (Fikir ve Sanat Hukuku), s. 81.

⁷⁴¹ Erel, Şafak N., Fikri Hukukta Musiki ve Sinema Eserleri ve 3257 Sayılı "Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu"nun İncelenmesi ve Tenkidi, Yargıtay Dergisi, C.13, Ekim 1987, S. 4, s. 536; Erel, (Fikir ve Sanat Hukuku), s. 65. Aynı nitelikte Ayiter, s. 53, varyasyonlar, daha önceki bir besteden bir tema ya da melodinin alınarak, bunlara yeni gelişmeler eklenmesi suretiyle oluşturulan eserlerdir ve bunları işlenme saymak gerekir.

⁷⁴² Rehbinder, s. 146, nr.388.

başka bir esere dayanak yapılmasından maksat, melodinin yeni müzik eserinin önemli bir bölümünü oluşturmasıdır. Bununla birlikte, kullanılan melodinin, yeni eserin hâkim teması olması gerekli değildir. Yeni müzik eseri, melodinin üzerine kurulmalı ve melodinin temelinde geliştirilmelidir⁷⁴³. Alman öğretisinde, UrHG madde 24/f. 2’de düzenlenen melodi korumasının uygulanabilmesi için melodinin “tanınabilir” şekilde alınmış olması gerektiği, melodilerin arz ettikleri nitelik gereği, müzik eserinin hususiyetinin önemli bir parçası olduklarından, tanınabilir şekilde diğer bir esere alınmaları durumunda artık serbest yararlanmadan bahsedilemeyeceği, zira serbest yararlanmanın varlığı için gereken “soluklaşma” koşulunun burada oluşmayacağı ifade edilerek, melodi korumasına ilişkin UrHG madde 24/f.2’nin aslında, birinci fıkradaki düzenlemeye istisna getiren bir düzenleme değil, onu müzik eserleri bakımından açıklığa kavuşturan açıklayıcı bir düzenleme olduğu ifade edilmiştir⁷⁴⁴.

Belirtmek gerekir ki, FSEK’de söz konusu düzenlemeye benzer bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu açıdan başka bir müzik eserinden yararlanılması durumunda, ortada bir işlenme eser mi yoksa FSEK madde 35 anlamında, içerisinde iktibaslar içeren bağımsız bir eser mi olduğu daha önce belirttiğimiz genel kıstaslara göre belirlenmelidir. Yani bağımsız nitelikte bir müzik eserinin bulunduğu söz edebilmek için de, yeni eserin hususiyet taşıyan unsurlarının, eserin ağırlıklı noktasını oluşturması gerekmektedir. Bu kapsamda başka eserden yapılan iktibaslar, kendisine iktibas yapılan eserin önemli bir kısmını oluştursa bile, önemli olan yeni eserin hâkim ve ağırlıklı özelliğinin bu eserin sahibinin yaratıcı faaliyetinde yatmasıdır. Varyasyon eserlerinin de bu bağlamda değerlendirilmesi gerekeceği kanısındayız.

İşlenme eserlerin bağımlılığı işlenen eser ile olan ilişkilerinde söz konusu olacağından, işlenme niteliğinde bir esere ve bu arada bir müzik eserine de, işlenen eser dışında başka bir eserden iktibas yapılması mümkün olabilir kanaatindeyiz.

Bir bestenin parçasının, birden çok bestenin birbirine eklenmesi suretiyle yaratılan potporiler kapsamında kullanılması da iktibas serbestisine ilişkin hükümler

⁷⁴³ **Ahlberg**, (Nicolini/Ahlberg, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz), § 24, s. 353, nr.36, melodinin yeni müzik eserinin üzerine kurulacağı iskele olması gerektiğini ifade etmektedir ; **Dieth**, s. 181.

⁷⁴⁴ **Brauns**, s. 184; **Ahlberg**, (Nicolini/Ahlberg, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz), § 24, s. 354, nr.39; **Nordemann**, Axel, (Nordemann/ Nordemann/ Nordemann, Urheberrecht), § 23/24, s. 414, nr.54; **Schulze**, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz), § 24, s. 376, nr.44.

kapsamında mümkün olmamak gerekir. Zira bu tür potporiler bağımsız bir eser niteliği taşımazlar⁷⁴⁵.

D. İktibasın Kapsamı

1. İktibas Bir Bestenin Parçaları İle Sınırlıdır

FSEK madde 35/f.1-b. 2’de bir müzik eserine yapılacak iktibasın, bir bestenin, *en çok, tema, motif, pasaj ve fikir nevinden parçaları* ile sınırlı olduğu düzenlenmiştir. Buna göre bir bestenin tamamının, bir müzik eserine iktibası mümkün olmayıp, bir müzik eserine yapılacak iktibas, başka bir bestenin sadece *parçaları* ile sınırlıdır. Doğal olarak iktibas edilecek bu parçaların, bestenin bütününden ayrı olarak koruma konusu olması, eser sahibinin hususiyetini yansıtması gerekir. İktibas edilen beste parçasının eser sahibinin hususiyetini taşıması durumunda, başka bir eser içerisinde kullanılması serbesttir.

Bir müzik parçasının hususiyet taşıyıp taşımadığının tespitinde, sadece birkaç nota ve akort yeterli bir zemin oluşturmaz. Akordlar ne kadar yeni olursa olsunlar eser olarak korunmazlar⁷⁴⁶.

Az sayıdaki sestem oluşan ses dizilerinin ise sıklıkla hususiyetten yoksun olacağı kabul edilmektedir⁷⁴⁷. Ses dizileri ne kadar kısa olursa, hususiyetin yansıtılması için gerekli olan oynama alanı o derecede dar olacak ve o derecede nadir olarak bu parçaların koruma konusu olduğundan bahsedilebilecektir. Bununla birlikte asgari olarak belirli sayıdaki ses veya tempodan itibaren korumanın başlayacağı yolunda genel bir kural vermek mümkün değildir. Burada önemli olan kısa ses dizilerinin de hususiyet taşıyıp taşımadığıdır⁷⁴⁸. Bununla birlikte tek tek sesler koruma konusu değildir⁷⁴⁹. Zira burada eser sahibinin hususiyetini yansıtması için gereken oynama alanı çok dar olacağı gibi, diğer taraftan da var olan seslerin ve

⁷⁴⁵ Söz konusu eserlerin işleme eser dahi olmadığı yönünde, **Erel**, (Fikir ve Sanat Hukuku), s. 81; potporilerin çoğu kez işleme eser sayılmak için gereken hususiyet koşulunu dahi yerine getirmeyecekleri yönünde, **Ayiter**, s. 69.

⁷⁴⁶ **Ayiter**, s. 52; **Bullinger**, (**Wandtke/Bullinger**, Praxiskommentar zum Urheberrecht), § 2, s. 70, nr.71.

⁷⁴⁷ **Loewenheim**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 2, s. 102, nr.122.

⁷⁴⁸ **Schulze**, (**Dreier/Schulze**, Urheberrechtsgesetz), §2, s. 89, nr.138.

⁷⁴⁹ **Schulze**, (**Dreier/Schulze**, Urheberrechtsgesetz), §2, s. 89, nr.136.

enstrümanların herkes için yaratacakları farklı tınılarla kullanılabilmesinin serbest bırakılması gerekmektedir⁷⁵⁰.

FSEK madde 35/f.1-bent 2’de, bir bestenin en çok tema, motif, pasaj ve fikir türünden parçalarının iktibas edilebileceği düzenlenmiştir. Burada akla gelecek soru, Kanunun bir besteden başka bir müzik eserine iktibas edilebilecek parçaları sadece “tema, motif, pasaj ve fikir” türündeki parçalarla sınırlandırıp, sınırlandırmadığı ve bu kapsamda örneğin bir müzik eserinin melodisinin, iktibasa konu olup olamayacağıdır. Burada öncelikle FSEK madde 35/f.1-b. 2’de açıkça iktibasına izin verilen beste parçası türlerine bir göz atmak gerekir.

2. Motif, Tema, Pasaj, Fikir Kavramları

Müzik biliminde, motif, genel olarak kendisinden diğer tüm formların üretildiği bir hücre niteliğinde olan, müzikal formun en küçük bütünlüğü olarak anlaşılmaktadır⁷⁵¹. Örneğin Beethoven’ın 5. Senfonisinin girişindeki kader motifi gibi. Motif, kendi içinde bütünlüğü olan, en az iki notadan oluşabilen, en küçük melodi, armoni ya da ritim parçacığı olarak tanımlanmaktadır⁷⁵². Motif, bir beste için karakteristik ses figürü veya ses dizisi veya beste için önemli olan şekil parçası niteliğindeki en küçük müzikal bütünlüktür. Motiften bahsedebilmek için, motifin eserin akışı içerisinde tekrara veya yeni bir formda işleme veya değiştirmeye kaynak olarak kullanılması gerekmektedir⁷⁵³. Belirtmek gerekir ki bir motifin, iktibas serbestisine ilişkin kurallar çerçevesinde iktibas edilmesi için, eserin bütününden ayrı olarak hususiyet taşıması gerekir.

Öğretide ise, kısalıklarına rağmen ekseriya eserin bütününe etkileyen ifade gücüne sahip olacaklarından müzikal motifin çoğunlukla koruma konusu olacağı ifade edilmiştir. Bununla birlikte bu kavramların tanımlarındaki belirsizliklerden dolayı bu konuda genel bir cevap verilemeyeceği ve bu unsurların koruma konusu

⁷⁵⁰ Schulze, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz), §2, s. 89, nr.136.

⁷⁵¹ Wolpert, Fritz, Der Schutz der Melodie im neuen Urheberrechtsgesetz, UFITA 50/Teil C, (1967/3),s. 788.,s. 787.

⁷⁵² Aktüze, s. 371.

⁷⁵³ Altmann, Günter, Musikalische Formenlehre, Mainz, 2001, s. 16, 17.

olup olamayacağıının her bir somut olaya bağlı olduğu da ifade edilmiştir⁷⁵⁴. Buna karşılık, motifin yeterli olmayan uzunluğundan dolayı kural olarak hususiyet taşımayacağı da bir kısım yazarlarca ifade edilmektedir⁷⁵⁵. Zira motiflerin bir taraftan kısalığı ve diğer taraftan eserin temel taşı olma niteliği, motiflerin fikir ve sanat eserleri hukuku tarafından korunmamasını haklı göstermektedir⁷⁵⁶. Bunun dışında motiflerde sıklıkla daha sonra da ifade edileceği üzere özellikle melodinin tanımlanmasında kullanılan “bitirilmiş olma” özelliği bulunmayacaktır. Bu açıdan motif, fonksiyonel anlamda bir melodinin bir kısmı olarak görülmektedir. Buna rağmen somut olayın özelliğine bağlı olarak bir motifin de eserin bütününden ayrı olarak, sahibinin hususiyetini taşıması mümkün olabilir⁷⁵⁷.

Belirtmek gerekir ki, motifin bir müzik eserin akışı içerisinde sürekli olarak tekrara veya yeni bir fomda işleme veya değiştirmeye kaynak olarak kullanılması söz konusu olmakla birlikte, motifin eserden ayrı olarak, ondan ayrıldığında da tek başına koruma konusu olmasını sağlayacak bir hususiyete sahip olması gerekir. Bu ise kanımızca, her somut duruma göre farklılık gösterebilecek olmakla birlikte, kısalıklarından dolayı motiflerin kural olarak eserden ayrı olarak koruma konusu olamayacakları söylenebilecektir.

Tema ise, tekrar edilen veya arka arkaya sıralanmış motif zinciri olarak tanımlanmaktadır⁷⁵⁸. Tema, bir beste içerisinde motiflerden kurulu, bir yandan belirgin bir bütünlük yansıtan, diğer yandan yeni gelişmeler ve şekil değiştirmek için olanakları içeren müzikal düşüncedir⁷⁵⁹. Yine diğer bir tanıma göre, tema, organik olarak şekillendirilmiş ve sıklıkla açık bir şekilde bitirilmiş/tamamlanmış, bir müzik parçası ya da onun önemli bir bölümü için temel ve karakteristik olan müzikal düşüncedir. Bir temanın tamamlanmış olması ya da açık bırakılmış olması mümkündür. Tamamlanmış temalar özellikle bir ya da daha fazla periyodik

⁷⁵⁴ **Loewenheim, (Schricker, Urheberrecht)**, s. 102, nr.122; Bir müzik eserinin motif ve temasının kural olarak koruma konusu olacağı yönünde, **Bullinger, (Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht)**, § 2, s. 70, nr.71.

⁷⁵⁵ **Brauns**, s. 172.

⁷⁵⁶ **Dieth**, s. 173.

⁷⁵⁷ **Dieth**, s. 173, Bununla birlikte, motifin hususiyet taşıdığından bahsedebilmek için her durumda bir ya da iki notayı geçecek şekilde, belirli bir uzunluk göstermesi gerektiği ifade etmektedir, **Dieth**, s. 174; özellikle sadece 2 ya da 3 sestem oluşan motif ve tema bakımından hususiyetin yansıtılmış sayılmayacağı yolunda, **Rehbinder**, s. 74, nr.176; Melodi sıklıkla koruma konusu olabileceken, bir tema oldukça nadiren koruma konusu olur. En küçük şekillendirici bütünlük olarak motif neredeyse hiç koruma konusu olmaz, **Schack, (Urheberrecht)**, s. 111, nr.189.

⁷⁵⁸ **Wolpert**, s. 787.

⁷⁵⁹ **Aktüze**, s. 582.

cümleden oluşurlar ve bunlara özellikle sonatlarda, senfonilerde, aryalarda rastlanır. Buna karşılık açık temalara ise, özellikle polifonik(çok sesli) müzik eserlerinde rastlanır ve bu anlamdaki tema, motif kavramı ile aynıdır⁷⁶⁰. Daha sonrada ifade edeceğimiz üzere, tamamlanmış olma unsuru, melodi kavramının temel unsuru olarak ortaya çıktığından müzik biliminde yapılan bu son tanım doğrultusunda çoğu kez tema ile melodinin sınırlarını çizmek de zorluk gösterecektir.

Pasaj kavramı ise günümüzde, hızlı tekrarlanan bir figür, bir modülasyon ya da genelde bir hamlede aynı gam içinde seslendirilen hızlı geçiş olarak tanımlanmaktadır⁷⁶¹.

Belirtmek gerekir ki, FSEK madde 35/f.1-b.2’de geçen, bir müzik eserinin fikir nevinden parçası ile anlatılmak istenen hususun ne olduğu açık değildir. Nitekim “fikir”, müzikte, “motif, tema, pasaj” gibi, bir müzik eserinin belirli parçalarını ifade etmeye yarayan bir kavram olarak geçmemektedir. Bir müzik eserinin, bir fikirden ya da bir konudan esinlenilerek meydana getirilmesinden söz edilebilirse de, burada koruma konusu bu fikir değil, bu fikirden esinlenilerek yaratılan müzik eseridir.

3. Melodilerden FSEK madde 35/f.1-b.2Kapsamında İktibas Mümkün müdür?

a. Melodi Kavramı

Klasik anlamda melodiden, kendi içerisinde bir bütün olarak şekillendirilen ve kapatılmış/bitirilmiş, özellikle motif ve temanın karşıtı olarak, en azından dil anlamında bir bütün cümleyle karşılaştırılan tamamlanmış bir yapı ve küçük veya büyük sayıdaki unsurların(motiflerin) bağlantısından oluşan ses dizisi anlaşılmaktadır⁷⁶². Diğer bir tanıma göre melodi, motif, tema gibi geliştirilmesi gereken 2 unsurdan başka olarak, kendi içinde bütünleşmiş olan ve dinamizm, zirve, duraklama, son gibi devreler yanında karmaşık müzik kurallarını da içerebilen, halk türünde bir oktav ve 8 mezür içinde kalabilen, bazen de daha uzun süren ve sınır

⁷⁶⁰ Altmann, s. 56, 57.

⁷⁶¹ Aktüze, s. 419.

⁷⁶² Wolpert, s. 788.

tanımayan, genellikle akıcı, ezgisel karakterde müzik bölmesi; kısaca çeşitli yüksekliklerdeki seslerin anlamlı sıralanışıdır⁷⁶³.

Müzik biliminde melodi, ses dizilerinin kapalılığı yani tamamlanmışlığı aracılığıyla vasıflandırılmaktadır. Bu açıdan daha ilk bakışta dahi, tema ile melodinin birbirinden ayrılmasının güçlüğü ortaya çıkar. Zira müzik biliminde, yukarıda ifade edilen bir görüş, temanın da kendi içinde bitirilmiş bir bütünlük taşıyabileceğini ifade etmektedir. Zira başka bir görüş açıkça, müzik biliminde, bir müzik parçasının temasının da, daima, her zaman nota planlarından anlaşılır olmasa da, her durumda dinleyiciler tarafından hissesilebilen ritmik ve metrik olarak şekillendirilmiş bir melodi olduğu görüşünü savunmuştur⁷⁶⁴.

Melodinin, temadan ayrılmasının güçlüğünün yanı sıra, melodi ile motifin dahi birbirinden ayrılması her zaman çok kolay olmayacaktır.

Motifle melodinin sınırını çizmenin zorluğu bakımından verilen örneklerden biri Mozart'ın Symphonie 40 g-Moll(KV-550) adlı eserinin ilk cümlesinin girişidir. Zira burada yer alan ses dizilerinin motif ya da melodi olarak nitelendirilmesi bakımından farklı görüşler ileri sürülebilir:

---A---



(1) (2)

Burada, (A) ile gösterilen ses dizisi ve (1) rakamı ile gösterilen ses dizisi motif olarak görülebilir. Bununla birlikte ses dizisi (A) kısalığından dolayı koruma konusu değildir. Aynı husus ses dizisi (1) ve (2) için de geçerli olmak zorundadır. Bununla birlikte ses dizisi (1) ve (2) kendi içlerindeki bütünlükleri dikkate alındığında, belirli bir bağımsızlığa ve bitirilmişliğe sahip olacakları ve her birinin tek başına melodi niteliğine sahip olabileceği düşünülebileceği gibi; ancak (1) ve (2) deki ses dizilerinin motif olarak göz önüne alınacağı ve ilk olarak ilk cümlelerin sekiz

⁷⁶³ Aktüze, s. 348.

⁷⁶⁴ Wolpert, s. 795, Jadassohn, Formenlehre, s. 2'den naklen.

ölçülük bütün ses dizisinin hukuki anlamda melodi oluşturacağı da savunulabilir gözükebilir⁷⁶⁵.

Bu örnek dahi melodi ile motifin sınırının çizilmesindeki zorlukları göstermektedir.

Burada melodi kavramı hakkında hukuk biliminde verilen tanımlara da değinmek gerekir. Bu tanımlar özellikle UrHG madde 24/f.2’de yer alan düzenleme kapsamında verilmiştir. UrHG madde 24/f.1’de, serbest yararlanma(frei Benutzung) düzenlenmiştir. Buna göre, başka bir eserden serbest yararlanma ile yaratılan, bağımsız bir eserin, yararlanılan eserin izni olmaksızın alenileştirilebileceği ve değerlendirilebileceği düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, melodiler bakımından birinci fıkradaki kurala istisna getirilmiştir. Buna göre, serbest yararlanmaya ilişkin birinci fıkradaki düzenleme, bir melodinin tanınabilir şekilde alınması ve yeni esere dayanak yapılması yoluyla bir müzik eserinde kullanılması bakımından geçerli değildir. Bu düzenlemeye göre bir melodinin başka bir müzik eserine tanınabilir şekilde alınarak dayanak yapılması durumunda serbest yararlanma söz konusu olmaz. Bu düzenlemenin uygulanabilmesi için melodinin tanınabilir bir şekilde diğer esere dayanak yapılması gerekir. Melodinin başka bir esere dayanak yapılmasından maksat, melodinin yeni müzik eserinin önemli bir bölümünü oluşturmasıdır. Bununla birlikte, kullanılan melodinin yeni eserin hâkim teması olması gerekli değildir. Yeni müzik eseri melodinin üzerine kurulmalı ve melodinin temelinde geliştirilmelidir⁷⁶⁶.

⁷⁶⁵ **Dieth**, s. 174.

⁷⁶⁶ **Ahlberg**, (Nicolini/Ahlberg, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz), § 24, s. 353, nr.36, melodinin yeni müzik serinin üzerine kurulacağı iskele olması gerektiğini ifade etmektedir, ; **Dieth**, s. 181. Belirtmek gerekir ki, UrHG madde 24/f.2’deki melodi korumasının uygulanabilmesi için melodinin “tanınabilir” şekilde alınmış olması gerektiği, melodilerin arz ettikleri nitelik gereği müzik eserinin hususiyetinin önemli bir parçası olma özelliği göstermelerinden dolayı, tanınabilir şekilde diğer bir esere alındıklarında, burada artık serbest yararlanmadan bahsedilemeyeceği, zira serbest yararlanmanın varlığı için gereken “soluklaşma” koşulunun burada oluşmayacağı ifade edilerek, melodi korumasına ilişkin UrHG madde 24/f.2’nin aslında, birinci fıkradaki düzenlemeye istisna getiren bir düzenleme değil, onu müzik eserleri bakımından açıklığa kavuşturan açıklayıcı bir düzenleme olduğu ifade edilmiştir. **Brauns**, s. 184; **Ahlberg**, (Nicolini/Ahlberg, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz), § 24, s. 354, nr.39; **Nordemann, Axel**, (Nordemann /Nordemann/ Nordemann, Urheberrecht), § 23/24, s. 414, nr.54; **Schulze**, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz), § 24, s. 376, nr.44.

Alman Mahkemeleri ise UrHG madde 24/f.2 anlamında melodi kavramını genel olarak, kendi içinde hususi bir estetik içerik ifade eden, kendi içinde bitirilmiş ve düzenlenmiş ses dizileri olarak tanımlamaktadırlar⁷⁶⁷.

Öğretide ise, melodi kavramı genel olarak, esere hususi şeklini veren, kendi içerisinde bitirilmiş ve düzenlenmiş ses dizisi olarak anlaşılmaktadır⁷⁶⁸. Hukuki anlamda melodi, bağımsız, kendi içerisinde bitirilmiş bir hususiyet taşıyan, müzikal kontekstin bütününden çözülebilen ve ondan ayrı olarak karakteristik genel şekillendirilmesini muhafaza eden ses dizisi olarak kabul edilmektedir⁷⁶⁹.

b. Melodilerin İktibas

FSEK madde 35/f.1-b. 2'de, yayımlanmış bir bestenin *en çok tema, motif, pasaj ve fikir nevinden parçalarının*” bağımsız bir esere iktibasından söz edilmektedir. İlk bakışta, Kanunun bir bestenin iktibas edilebilecek parçalarını motif, tema, pasaj ve fikir türünden parçaları ile sınırlandığı izlenimi uyanmaktadır. Maddede melodiler açıkça iktibas kapsamında bulunan parçalar arasında sayılmamıştır. Öğretide, melodilerin iktibasa konu olup olamayacağı hususunda farklı görüşler bulunmaktadır⁷⁷⁰.

Arslanlı, esasen melodilerin başka bir müzik eserine alınabileceği görüşündedir. Bununla birlikte, müzik eserleri arasında yapılan hafif ve ağır müzik eseri niteliğindeki ayırmadan hareket ederek, hafif müzik eserinde melodinin eserin asli unsurunu oluşturması nedeniyle, müzik eserinin en çok korumaya muhtaç kısmının korunmamasına neden olmaması için iktibasına izin verilmemesi gerektiğini ifade etmektedir⁷⁷¹. *Ayiter ise*, eser niteliği taşıyan melodilerin, iktibas serbestisi içerisinde başka bir müzik eserine alınmasını mümkün görmekte birlikte,

⁷⁶⁷ BGH, GRUR 1988, s. 811; BGH, GRUR 1988, s. 814; OLG München de, UrHG madde 24/2 anlamında melodiden, genel olarak esere hususi özelliğini veren kendi içinde bitirilmiş ve düzenlenmiş ses dizilerinin anlaşıldığını ifade etmiştir, OLG München, ZUM 2000/5, s. 409.

⁷⁶⁸ **Loewenheim, (Schriker, Urheberrecht)**, § 24, s. 532, nr. 28; **Nordemann, Axel, (Nordemann /Nordemann/ Nordemann, Urheberrecht)**, § 23/24, s. 414, nr. 55; UrHG madde 24/2 anlamında melodi kavramı, esere hususi şekillendirilmesini veren bir bütün olarak algılanan ses dizisi olarak tanımlanmıştır, **Rehbinder**, s. 146, nr. 387.

⁷⁶⁹ **Dieth**, s. 173.

⁷⁷⁰ Öğretide melodinin müzik eserinden ayrı olarak tek başına eser olarak korunmayacağı da ileri sürülmekle birlikte **Hirs**, s. 148; melodinin de eserden ayrı olarak başlı başına sahibinin hususiyetini taşıması durumunda, eserden ayrı olarak korunacağı kabul edilmelidir, Bkz. **Ayiter**, s. 52; **Erel**, (Fikir ve Sanat Hukuku), s. 64.

⁷⁷¹ **Arslanlı**, s. 138–139.

ancak Türk müziği gibi tek sesli müziğin amaçları için geniş bir melodi korumasının tanınmasının zorunlu olduğunu ifade etmektedir⁷⁷². *Erel* ise, melodi bir müzik eserine özellik kazandıran en önemli unsur olduğundan, bir müzik eserinin zenginliğinin yani çeşitli melodilerden meydana gelmiş olmasının, bunlardan birinin veya bir kısmının bütünüyle ve serbestçe iktibas olunabileceğini göstermeyeceğini ifade etmiştir. Buna göre melodi bütünüyle değil ancak tema, motif, pasaj veya fikir olarak iktibas edilebilir. *Erel*'e göre, melodinin üzerinde görüş birliğine verilecek bir tanımını vermek mümkün olmadığından, kanunun lafzına bağlı kalınarak müzik biliminde daha teknik ve anlaşılabilir olan bu kavramlarla iktibas serbestisini sınırlandırmak uygundur⁷⁷³. *Ateş*'de, melodinin Kanunda iktibas edilebilecek unsurlar arasında açıkça gösterilmemiş olmasından dolayı, bir müzik eserine hususiyetini veren melodinin iktibas edilmemesi gerektiğini ifade etmektedir⁷⁷⁴

Özcan ise, FSEK'de, bir bestenin en çok motif, tema, pasaj ve fikir nevinden parçalarının iktibası yoluyla yapılan sınırlamanın, aşılması durumunda, ortaya bir musiki aranjman ve tertibinin çıkacağını ve bunun ise işleme eser olacağını ifade etmiş; ayrıca, bir müzik eserinde sadece belli bir yerin, edebi eserdekine oranla çok daha öncelikle ve yoğunlukla o eserin bütün özünü içerebileceğini; zira özellikle pop müzik ve türkü alanında bütün yükü bir veya iki melodinin taşıdığını; iktibas yoluyla bu unsurun başka bir müzik eserine alınmasının ise, korumaya en çok muhtaç kısmın korumasız hale getirilmesine yol açacağını ifade etmiştir. Buna karşılık melodik anlamda zengin olan eserlerde bu risk daha az olduğundan, melodilerden iktibas yapılabileceği kabul edilecekse, sadece bu tür eserler bakımından kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir⁷⁷⁵.

Alman hukukunda ise, müzik eserlerinden iktibasa bazı eser parçaları ile sınırlı olarak izin verilmiştir. Kanun koyucu parçalar bakımından Türk hukukunda olduğu gibi bir sayım yapmamış, sadece iktibas edilecek unsurları bir müzik eserinin“bazı parçaları” ile sınırlandırmıştır(UrHG madde 51/f.2-bent 3). Alman hukukunda melodilerin de UrHG madde 51/f.2-b.3 kapsamında iktibasa konu olması kabul edilmektedir. Buna göre sadece motif ve temalardan değil, melodilerden de

⁷⁷² **Ayiter**, s. 166

⁷⁷³ **Erel**, (Fikir ve Sanat Hukuku), s. 258–259.

⁷⁷⁴ **Ateş**, (Sınırlandırma), s. 314.

⁷⁷⁵ **Özcan**,(Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 457–458.

iktibas yapılabilir⁷⁷⁶. Bununla birlikte, Alman Hukukunda UrHG madde 24/f.2'de melodiler bakımından getirilen koruma ile UrHG madde 51/f.2-b. 3'de yer alan müzik iktibaslarına ilişkin düzenleme birbirinden ayrılarak, başka bir esere tanınabilir şekilde dayanak olmasına izin verilmeyen melodilerin, başka bir müzik eserine UrHG madde 51/f.2-b. 3 kapsamında iktibasının geçerli olduğu kabul edilmektedir. Zira UrHG madde 24/f.2'de kullanılan "dayanak olma" ile iktibas serbestisine ilişkin düzenlemede geçen "alınma" kavramının birbirinden farklı hususlara işaret ettiği ifade edilmiştir. Buna göre bir melodi, iktibas olarak tanınabildiği ve aynı zamanda ve bunun ötesinde, bağımsız olarak ortaya çıkan bir müzik eserinde *yabancı bir unsur* olarak tanımlanabildiği ve yerleştirilebildiğinde, iktibas serbestisine ilişkin UrHG madde 51/f.2-b. 3 kapsamında iktibas olarak başka bir esere *alındığından* söz edilebilir⁷⁷⁷. Bu ise tipik olarak alınan melodini herkesçe tanınır olması durumunda ortaya çıkar. Zira bu durumda alınan melodinin başka bir esere ait olduğu açıktır ve yabancı melodi bu durumda kullanıldığı bestenin homojenliğini kıran bir husus olarak ortaya çıkar. Buna karşılık, melodinin başka bir esere dayanak alınması durumunda ise, alınan melodinin, daha sonra yaratılan eserin üzerine kurulduğu bir iskele şeklinde ortaya çıkması söz konusudur. Bu durumda daha sonra meydana getirilen eserin homojenliği melodi olmaksızın artık söz konusu olmayacak ve daha ziyade ilk kez alınan melodi ile birlikte meydana gelecektir⁷⁷⁸.

Kanımızca melodinin de FSEK madde 35/f.1-b. 2 kapsamında başka bir müzik eserine iktibas edilebilen bir müzik parçası olarak kabulü gerekmektedir⁷⁷⁹. Zira yukarıda belirttiğimiz gibi, müzik bilminde motif, tema, melodi kavramlarının kesin bir tanımı yapılamadığı gibi kesin bir tanımı dahi yapılsa bu kavramlar

⁷⁷⁶ **Rehbinder**, s. 182, nr. 493.

⁷⁷⁷ **Dieth**, s. 181; **Schlingloff**, s. 129; **Dustmann**, (**Nordemann /Nordemann/ Nordemann**, Urheberrecht), § 51, s. 972, nr.37.

⁷⁷⁸ **Dieth**, s. 181; Alman hukukunda melodilerin UrHG madde 51/f.2-b. 3 kapsamında iktibas serbestisine konu olacağı kabul edilmektedir, Bkz., **Brauns**, s. 179; **Loewenheim**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 24, s. 531, nr.26.

⁷⁷⁹ Yargıtay başka bir esere ait melodinin kullanılmasının, FSEK madde 35/f.1-bent 2'de yer alan koşullar bakımından araştırılması gerektiğini ifade etmiştir: "... mahkemece müzik uzmanlarından oluşan yeni bir bilirkişi heyetinden görüş alınarak, davacıya ait "Karagül" adlı müzik eserinin nakarat bölümündeki melodi ile dava konusu "Veda" adlı eserde kullanılan fon müziği karşılaştırılmak suretiyle, davacıya ait "Karagül" adlı musiki eseri bestesinin koruma kapsamı belirlendikten sonra, dava konusu "Veda" adlı eserde kullanılan fon müziğinin FSEK'in 35/2. maddesi anlamında iktibas serbestisi içinde kalıp kalmadığı veya müstakil bir musiki eseri olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ya da davacının eserine tecavüz oluşturacak derecede aynı ya da benzeri olup olmadığı hususları açıklanmalıdır..." 11 HD, 3.4.2006, E. 2005/3742, K. 2006/3428(Kazancı).

arasındaki sınırın çizilmesi büyük güçlükler göstermektedir⁷⁸⁰. Zira bir taraftan melodi ve temanın aynı kavramlar olduğu ifade edilirken, diğer taraftan aynı müzik cümlesinde geçen bazı ses dizileri hem motif hem de melodi olarak tanımlanabilmektedir. Bu açıdan Kanundaki düzenlemenin de bu şekilde muğlâk, kesin olmayan ve tartışmalı kavramlara bağlanması hukuk güvenliği bakımından doğru değildir. Zira başka bir besteden iktibas yapan kişinin iktibas ettiği parçaların motif mi, tema mı, yoksa melodi mi olduğunu bilmesi çoğu kez mümkün olmayacaktır.

Diğer taraftan daha sonra da ifade edileceği üzere, bir müzik eserine başka bir besteden yapılacak iktibasta, iktibas edilen eser parçası aracılığıyla kendisinden iktibas yapılan esere dayanak kurulması, daha ziyade, kendisinden iktibas yapılan eser ile duygusal ya da düşünsel bir çağrışım kurulması amacıyla yapılmaktadır. Örneğin, Beatles'ın "All you need is love" şarkısında, Fransızların aşkın "mucidi" olarak çağrıştırılması için Fransız milli marşından iktibas yapılması gibi. Yine örneğin, belirli bir tarihi dönemde, belirli bir topluluk içerisinde geçen bir filmin müziği olarak kullanılan ve söz konusu filmle bütünleşen bir besteden, dinleyicilere söz konusu tarihi döneme ve topluluğa ilişkin çağrışım kurmak amacıyla bazı parçaların iktibas edilmesi söz konusu olabilir. Bu açıdan iktibasın kendisine iktibas yapılan müzik eseri içerisindeki görevini yerine getirebilmesi için, iktibas edilen beste parçasının dinleyiciler tarafından tanınabilir olması ve hangi esere ait bir parça olduğunun tanınabilmesi gerekir.

Melodi ise, dilsel bir ifadenin soyut anlamlılığına sahip olmamakla birlikte, kural olarak kolay bir şekilde tekrar tanınabildiği ve böylelikle belirli bir müzik eserine bağlanabildiği için, belirli bir paylaşılabilirliğe sahiptir⁷⁸¹. Bir müzik iktibasının anlaşılabilir olması için gerekli koşul olan "tanınabilir olma" melodi

⁷⁸⁰ Melodi kavramı müzik biliminde oldukça bulanık ve belirsiz olup bu kavram kesin olarak açıklanabilmiş değildir, **Loewenheim**,(Schricker, Urheberrecht), § 24, s. 532, nr. 28; **Dieth**, s. 167; müzik biliminin melodi kavramı hakkında fikir birliğinde olmadığı yönünde, **Bullinger**, (Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht), § 51, s. 380, nr.16; Melodinin özellikle motif ve tema ile olan sınırının çizilmesinin güçlükler gösterdiği yönünde, **Oekonomidis**, s. 123.

⁷⁸¹ **Brauns**, s. 179. Zira örneğin, melodinin bulunduğu eserin ifade ettiği duygu, taşıdığı anlam, sıklıkla sadece bir başlık veya ilgili kitleye ayrıca bilgi verilmesi aracılığıyla da yerine getirilebilir, **Brauns**, s. 178. Bu durumda da, kendisinden iktibas yapılan besteye çağrışımsal bir bağlantı kurulabilmesi için, iktibas edilen beste parçasının o esere ait olduğunun tanınabilir olması gerekir.

içermeyen parçalarda nadiren söz konusu olacaktır⁷⁸². Bu açıdan melodinin iktibasının kabul edilmemesi durumunda müzik iktibaslarına ilişkin serbestinin uygulama alanı oldukça sınırlanmış olacaktır. Bu açıdan melodinin özellikle temadan farklı olarak kendi içerisinde bitirilmiş bir ses dizisi olarak anlaşılması durumunda, müzik iktibaslarının gerçekleşebilmesi ve amacını gerçekleştirebilmesi için melodilerin iktibasına önemli bir ölçüde ihtiyaç bulunmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, öğretilen ileri sürülen melodilerin iktibasına izin verilmesi ile bir müzik eserinin en önemli unsurunun korumasız hale getirileceği görüşüne de katılmamaktayız. Zira iktibas serbestisine ilişkin hükümler çerçevesinde, melodi niteliği taşıyan bir müzik eseri parçasının başka bir müzik eserine iktibas edilmesi, koşulsuz olarak değil, ancak belirli koşulların varlığı halinde kabul edilmektedir. Zira iktibas serbestisine ilişkin hükümler çerçevesinde, melodi niteliği taşıyan bir müzik eseri parçasının başka bir müzik eserine iktibas edilmesi, ancak kendisine iktibas yapılan müzik eserinin bağımsız bir niteliğe sahip olması durumunda ortaya çıkacaktır. Yani bir melodinin işlenmesi, iktibas serbestisi kapsamında değerlendirilmeyecektir. Bu açıdan kendisine iktibas yapılan eser bağımsızlığını yitirdiğinde, artık bir melodinin iktibas da geçerli olmayacaktır.

Zira yine bir müzik eserinin parçasından başka bir müzik eserine iktibas için geçerli bir iktibas amacı bulunması ve iktibasın amaca uygun çerçevede yapılması gerekir. Bu açıdan melodilerin iktibas da ancak iktibas amacı bir melodinin iktibasını gerektiriyorsa, yani kendisinden iktibas yapılan esere olan çağrışımsal bağlantının kurulması için gerekliyse mümkün olabilecektir. Buna karşılık daha küçük parçalar(motif gibi) kendisinden iktibas yapılan esere bağlantı kurulmasını sağlıyorsa, artık melodinin iktibas edilebileceğinden söz edilemeyecektir.

Son olarak, iktibaslar kendisinden iktibas yapılan eser ile kendisine iktibas yapılan eser arasında doğrudan rekabete yol açacak nitelikteyse geçersiz olacaktır⁷⁸³.

İktibas amacı gerektirse de bir melodinin bağımsız bir esere iktibas ancak, eser sahibinin yararlarına beklenemez ölçüde zarar vermediği, iktibasa konu eser ile doğrudan bir rekabete girmediği sürece mümkün olacaktır. Buna göre iktibas edilen eser parçaları(örneğin melodi) aracılığıyla eserin satış ve piyasaya sürülme

⁷⁸² **Brauns**, s. 191, Melodi, müzik parçasına tekrar işlenmesi ve ortalama dinleyiciler tarafından tekrar tanınması bakımından büyük önemi olan belirli bir duyusal akılda kalıcılık, bahşeder, **Brauns**, s. 173.

⁷⁸³ Bkz. **Oekonomidis**, s. 126.

imkânlarını azaltılmamalıdır. Aksi durumda, artık kendisinden iktibas yapılan eserden bir parçanın değil, o eserin önemli bir kısmının iktibas edildiğinden bahsedilecektir. Belirtmek gerekir ki, genel olarak kabul edildiği üzere melodiler bir eserin hususiyetini yansıtan asli unsuru olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte her bir somut olayda, melodiden yapılan iktibasın eserin bütününe olan talebi azaltıp azaltmadığı somut olayın özelliklerine göre incelenmelidir. Kanımızca çoğu kez bir melodinin, başka bir bağımsız esere, eserin bir yerinde, melodinin alındığı esere çağrışımsal bağ kurmak için yabancı bir unsur olarak tanınabilir ve böylelikle kendisine iktibas yapılan eserin bütünlüğünü dahi bozucu olabilecek şekilde kullanılması durumunda, kendisine iktibas yapılan eseri dinleyenlerin, salt orada duydukları melodi ile melodinin alındığı eserin bütünsel etkisini hissedip, o esere ulaşmaktan sarfınazar edecekleri kabul edilemeyecektir. Bu durum her somut olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir.

Sonuç olarak FSEK madde 35/f.1-b. 2’de geçen, “*en çok tema, motif, pasaj ve fikir nevinden parçalar*” ifadesinin UrHG’de olduğu gibi, belirli bir parça türü ile sınırlı olmaksızın, “*eser parçaları*” ile sınırlı olduğu, şeklinde anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz. Yine yapılacak bir Kanun değişikliğinde, kendisinden iktibas yapılabilecek beste parçalarının tek tek sayılması şeklindeki düzenleme şekline vaz geçilmesi gerekir. Nitekim söz konusu kavramların sınırının çizilmesi, müzik biliminde dahi tartışmalı olup, yine düzenlemede geçen bazı kavramlar(fikir kavramı gibi) çok muğlak bir nitelik göstermektedir.

4. İktibasın Kapsamının Belirlenmesinde Dikkate Alınacak Hususlar

FSEK madde 35/f.1b. 2’de bir müzik eserinden diğer bir müzik eserine yapılacak iktibaslar sadece “parçalarla” sınırlandırıldığından, bir müzik eserinin tamamının başka bir müzik eserine iktibas geçerli olmayacaktır. Yine iktibas edilen parçanın kendisinden iktibas yapılan eserin önemli bir bölümünü de oluşturmaması gerekir. İktibas edilen parçanın, kendisinden iktibas yapılan eserin önemli bir parçasını oluşturup oluşturmadığının tespiti ise, genel olarak FSEK madde 35/f.1-b. 1’de belirtilen kurallar çerçevesinde yapılacaktır. Bu kapsamda FSEK madde 35/f.1-b.1’de çerçevesinde açıklanan rölatif ve mutlak kıstaslara başvurulabilir. Ancak bir

müzik eserinden başka bir müzik eserine geçerli bir şekilde iktibas edilebilecek parça miktarının belirlerken, rölatif ve mutlak kıstas dışında, özellikle iktibas amacı ve yapılacak iktibasların eser sahibinin eserinin yerine geçerek, eserin piyasa şansını azaltmaması gerekliliği de dikkate alınacaktır.

Tekrar belirtmek gerekir ki, FSEK madde 35/f.1-b. 2’de yer alan müzik iktibaslarına ilişkin kuralın uygulama alanı bulabilmesi için, iktibasa konu eser parçasının FSEK bakımından korunabilir bir eser parçası olması gerekir. Gerekli hususiyete ulaşmamış müzik parçaları, müzik eserinin kendisi bütününde eser olarak nitelendirilse bile, iktibas serbestisine ilişkin kurallara tabi olmaksızın serbestçe iktibas olunabilecektir.

Bu açıdan özellikle popüler müzik alanındaki birçok melodinin çoğu kez hususiyet taşımamalarından dolayı FSEK tarafından korunamayacaklarından FSEK madde 35/f.1-b. 2’de belirtilen kurallara uyulmaksızın serbestçe iktibas edilebileceğinden söz edilebilecektir⁷⁸⁴.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun müzik iktibaslarını düzenleyen 35/f.1-b. 2’de, iktibasın açıkça (FSEK madde 35/f.1-b. 3’de olduğu gibi) iktibasın amacın haklı göstereceği çerçevede yapılacağı ifade edilmemişse de, burada da iktibasın amacın haklı göstereceği çerçevede yapılabileceği söylenmelidir.

Buna göre, iktibas, amaçlanan çağrışımsal etkiye ulaşabilecek genişlikte olabilmekle birlikte, söz konusu iktibas amacının gerektirdiği genişlikten daha fazla bir iktibas yapılması geçerli olmayacaktır⁷⁸⁵. İktibas edilen parça, iktibasın dinleyiciler tarafından tanınmasını mümkün kılmak için yeterli ölçüde bir uzunluğa sahip olmalıdır⁷⁸⁶. Bununla birlikte iktibas edilen parçadan daha küçük bir parça ile kendisinden iktibas yapılan eser tanınabilir kılınabilecek ve bu suretle bu esere çağrışımsal bağlantı üretilebilecekse, yapılan iktibas geçerli olmayacaktır.

Müzisyenler arasında sıklıkla hâkim olan, müzik iktibaslarında sadece belirli sayıdaki ölçü veya dakikadaki iktibasların geçerli olabileceği yönündeki düşünce

⁷⁸⁴ **Waldenberger**, (Nicolini/Ahlberg, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz), § 51, s. 508, nr. 23.

⁷⁸⁵ **Schlingloff**, s. 130.

⁷⁸⁶ **Lüft**, (Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht), § 51, s. 760, nr.19; **Dustmann**, (Nordemann / Nordemann /Nordemann, Urheberrecht), § 51, s. 972, nr.37; iktibas edilen parçalar, iktibas olarak tanınmaya mümkün merteye kolay bir şekilde imkân verecek derecede azami bir kapsama sahip olmalıdır, **Hertin**, (Hertin/Schulze/Walter, Kommentar zum deutschen Urheberrecht), § 51, s. 32, nr.84; **Hanser-Strecker, Carl Peter**, Das Plagiat in der Musik, München, 1968, s. 132.

doğru olmayıp, iktibasların kapsamının belirlemede sayısal olarak verilebilecek mutlak bir azami kıstasa başvurulamaz. Burada daha ziyade her bir somut olayın özellikleri⁷⁸⁷ ve özellikle iktibas amacı dikkate alınmalıdır⁷⁸⁸.

İktibas edilecek eser parçalarının miktarı sadece iktibas amacı ile belirlenemez. FSEK madde 35/f.1-b. 1’de düzenlenen küçük iktibasta olduğu gibi, müzik eserlerinde iktibasta da, iktibasların kendisine iktibas yapılan eserle olan ilişkisine nazaran, kendisinden iktibas yapılacak eserin yerine geçmeye elverişli olacak şekilde çok sayıda ya da kapsamlı olmaması gerekir⁷⁸⁹. Müzik iktibasları kapsamında iktibas edilebilecek eser parçalarının miktarı belirlenirken özellikle, iktibas edilen parçaların, kendisinden iktibas yapılan eserin yerine geçerek onun piyasa şansını azaltmaması gerekeceği hususu dikkate alınmalıdır. Burada kendisinden iktibas yapılan eserin niteliği tekrar önem kazanır. Zira az sayıda birkaç ses dizisinin tekrarına dayanan pop müzik eserleri gibi basit nitelikteki eserlerde, iktibas edilebilecek parçalar, daha kapsamlı nitelikteki eserlerden iktibas edilebilecek parçalar kadar fazla olmayacaktır. Ancak daha önce de ifade ettiğimiz üzere, basit nitelikteki müzik eserlerinden de, bir melodinin iktibas edilmesi imkânı en baştan geri çevrilmeyip, özellikle yapılan iktibasların kendisinden iktibas yapılan müzik eserinin piyasa şansını daraltıp daraltmadığı somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir.

UrHG madde 51/f.2-b. 3’de, bir müzik eserinin sadece bazı parçalarının başka bir bağımsız müzik eserine iktibas edilebileceği düzenlenmiştir. UrHG madde 51/f.2-b. 2’de yer alan küçük iktibasa ilişkin düzenlemeden farklı olarak, müzik iktibaslarında iktibas edilecek parçalar az sayıda, birkaç eser parçası ile sınırlandırılmıştır. UrHG madde 51/f.2-b. 2’de yer alan düzenlemede ise, iktibaslar eser parçaları ile sınırlandırılmış olmakla birlikte, iktibas edilebilecek eser parçaları açıkça az sayıda birkaç eser parçası ile sınırlandırılmamıştır.

Bu sınırlandırma, örneğin pop müzik eserleri gibi daha basit nitelikteki müzik parçalarının sıklıkla sadece az sayıda birkaç ses dizisinin tekrarına dayandığı ve böylelikle hali hazırda tek bir parçanın dahi iktibasının müzik eserinin tüm önemli

⁷⁸⁷ Schlingloff, s. 130; Lüft, (Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht), § 51, s. 760, nr.19; Hertin, (Hertin/Schulze/Walter, Kommentar zum deutschen Urheberrecht), § 51, s. 32, nr.85; Hanser-Strecker, s. 133.

⁷⁸⁸ Hertin, (Hertin/Schulze/Walter, Kommentar zum deutschen Urheberrecht), § 51, s. 33, nr.85.

⁷⁸⁹ Krüger, s. 144.

kısımlarını içerebileceğine dayandırılmaktadır⁷⁹⁰. Buna karşılık öğretide hali hazırda iktibas edilebilecek parça miktarının belirli kıstaslara özellikle iktibasın ancak amacın haklı göstereceği miktarda yapılabileceği ilkesi gereğince belirleneceği ve bu ilke gereğince zaten basit nitelikteki müzik parçalarından daha komplike nitelikteki eserlerden daha dar kapsamda iktibas yapılmasına izin verileceğinden, böyle bir sınırlandırma getirilmesine bir gerek olmadığı da ifade edilmiştir⁷⁹¹.

Sonuç olarak FSEK madde 35f.1-/b. 2 kapsamında iktibas edilebilecek müzik parçalarının kapsamı özellikle iktibas amacına ve iktibas edilen parçalar aracılığıyla, iktibas edilen eserin yerine geçilip, onunla doğrudan rekabete girip girmediğine göre belirlenecektir. Bu kapsamda, komplike müzik eserlerinden daha fazla, daha basit pop şarkılarından ise daha az iktibas yapılmasına izin verilebilir⁷⁹². Daha önce de ifade ettiğimiz üzere melodi içeren ses dizilerin iktibası en baştan engellenmemeli, somut olayın özelliklerine göre belirtilen koşulların oluşması durumunda, iktibasın tanınabilmesi ve böylelikle müzik iktibaslarının fonksiyonunu yerine getirebilmesi için önemli bir araç olan melodilerin de başka bir müzik eserine iktibas edilebilmelidir.

E. İktibas Amacı

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda bilimsel eserlere yapılabilecek büyük iktibas dışında, diğer iktibas türlerinde (madde 35/f.1-b. 1 ve 2) açıkça bir iktibas amacından bahsedilmemiştir. Bununla birlikte FSEK madde 35/f.1-b.1'de düzenlenen küçük iktibasta olduğu gibi FSEK madde 35/f.1-b. 2'de düzenlenen müzik iktibaslarında da, herhangi bir amaç takip edilmeksizin iktibas yapılabileceğinin kabul edilmemesi gerekir.

Zira iktibas yapan eser sahibinin takip ettiği her subjektif amaç yeterli olsaydı, iktibasların çerçevesi ve miktarının belirlenmesi en nihayetinde iktibas yapan eser sahibinin keyfine bırakılmak suretiyle, kötüye kullanmalara yol açılmış olurdu⁷⁹³. Diğer taraftan iktibas serbestisine ilişkin düzenlemelerin temelinde, fikri ve sanatsal tartışma imkânı sağlayarak, toplumun kültürünün gelişmesine katkı

⁷⁹⁰ Waldenberger, (Nicolini/Ahlberg, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz), § 51, s. 508, nr. 23.

⁷⁹¹ Krüger, s. 144.

⁷⁹² Krüger, s. 143.

⁷⁹³ Hanser-Strecker, s. 125.

sağlamak olduğundan, geçerli bir iktibas için, iktibas yapanın takip ettiği her subjektif amaç değil, sadece iktibas serbestisine ilişkin düzenlemenin getirilmesinin altında yatan amaçlara uygun bir amacın gerçekleştirilmiş olması gerekir. İşin niteliği gereği, yapılacak iktibasların çerçevesi de iktibas amacının haklı göstereceği nispette olmak gerekecektir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, geçerli iktibas amaçlarından biri olan, başka eserle fikri tartışma ortaya koyma, müzik eserlerinin niteliği gereği çoğu kez mümkün olmayacaktır. Zira müzikte, iktibasın, ispat veya eleştiri aracı olarak kullanılacağı, akla yönelik açık bir düşünce verilemez ya da bir görüş savunulamaz. Özellikle kendisine iktibas yapılan müzik eseri kendisinden iktibas yapılan eserle ya da onun parçaları ile bir eleştiri ortaya koymak zorunda değildir⁷⁹⁴. Müzik eserlerinde esasen ses dizilerinin açıkça bir düşünce ifade etmesi söz konusu olmayıp, dinleyiciler ses dizilerinden sadece müzik harici bazı düşünce ve duygular üretebilirler⁷⁹⁵. Dinleyicilerin müzik eserlerinden çıkaracağı duygular, bazen doğrudan doğruya müzik eserinin meydana getirilmesinde kullanılan şekillendirme araçlarının(tempo, ritim gibi) niteliği aracılığıyla belirlenebilir⁷⁹⁶.

Bunun dışında müzik eserinin güftesi, başlığı veya bestekâr tarafından müzik eserinin ifade ettiği duygular hakkında yapılan açıklamalar aracılığıyla da, dinleyiciler tarafından belirli duyguların veya düşüncelerin bu müzik eseri ile bağdaştırılması mümkündür. Yine belirli bir tarihi dönemde, belirli bir topluluk da geçen bir olayı işleyen bir film için bestelenen ve film ile özdeşleşen bir film müziğini dinleyenlerin, filmde geçen olayları ve filmde geçen zaman ve topluluğu anımsaması söz konusu olabilir.

Bu açıdan müzik eserlerinde *kural olarak*, kendisine iktibas yapılan eserde üretilen düşüncelerin iktibas edilen beste aracılığıyla desteklenmesi, temellendirilmesi, daha anlaşılabilir kılınması ya da iktibas edilen beste ile bir eleştiri kurulması söz konusu değildir. Özellikle dil ile ifade edilen eserlerden farklı olarak, müzik eserlerinde, iktibas edilen eser parçası ile açık bir *fikri* tartışma ortaya koymak, kural olarak mümkün değildir. Bununla birlikte istisnai olarak, kendisine iktibas yapılan müzik eserinde iktibas konusunu işleyen bir güfte olması ya da sözlü

⁷⁹⁴ Brauns, s. 191.

⁷⁹⁵ Bkz. Hanser-Strecker, s. 127.

⁷⁹⁶ Brauns, s. 176; Hertin, (Hertin /Schulze/Walter, Kommentar zum deutschen Urheberrecht), § 51, s. 31, nr. 79.

bir müzik eserinin melodisinin, bu eserin güftesinde açıklanan düşüncelerle tartışma ortaya koyan başka bir sözlü müzik eserine, tartışılan düşüncelerle bağlantı kurmak için alınması söz konusu olabilir. Örneğin bir rap parçasında, bir müzik türü ile tartışma ortaya konulması ve bu tartışma için söz konusu müzik türüne ait bilinmiş bir besteden bir parçanın iktibas edilmesi mümkündür. Bunun dışında bir müzik eserinin güftesine, fikri tartışma ortaya koymak amacıyla başka bir dil ile ifade edilen eserden ve yine başka bir müzik eserinin güftesinden yapılacak iktibaslar FSEK madde 35/f.1-b. 2 değil, FSEK madde 35/f.1-b. 1 kapsamında değerlendirilecektir.

Müzik eserlerinde esasen, bu şekilde bir fikri tartışmanın söz konusu olmamasından dolayı, kendisinden iktibas yapılan müzik eseri ile kendisine iktibas yapılan müzik eseri arasında bulunması gereken iç bağlantı, kural olarak ve işin doğası gereği, sadece çağrışımsal olarak bazı düşünce ve duyguların dinleyiciye hissedilmesi ile üretilebilir⁷⁹⁷.

Niteliği gereği müzik eserlerinde başka bir müzik eseri ile açık bir tartışma ortaya koymak söz konusu olmamasına rağmen, kanun koyucu müzik eserlerinden iktibas gerekliliğini açıkça tanıdığı için, kendisine iktibas yapılan eserle başka bir ses yapısı arasındaki iç bağlantının sadece çağrışımsal olarak kurulması yeterli olacaktır⁷⁹⁸. Böylelikle, kendisine iktibas yapılan müzik eseri ile iktibas arasındaki iç bağlantı, başka bir bestenin belirli duyguları veya ruh hallerini harekete geçirmesi veya vurgulaması yoluyla meydana gelecektir⁷⁹⁹.

Bu kapsamda müzik eserlerinde iktibas fikri tartışmadan ziyade sanatsal bir şekillendirme ve ifade aracı olarak ortaya çıkacaktır. Bu amaçlar ise çeşitli görünümelerde ortaya çıkabilir.

Öncelikle iktibas, belirli zamansal ya da mekânsal bir atmosferi ve yine belirli bir çevreyi saptamak için kullanılabilir⁸⁰⁰. Bu durumda iktibas aracılığıyla belirli bir güncel ya da tarihi, ulusal ya da yerel bir özelliğe bağlantı kurulması söz konusudur⁸⁰¹. Bir ülkeyi temsilen milli marşının iktibası buna örnek olarak

⁷⁹⁷ Krüger, s. 140.

⁷⁹⁸ Krüger, s. 141.

⁷⁹⁹ Krüger, s. 141.

⁸⁰⁰ Hanser-Strecker, s. 128; Dieth, s. 188, Bu amaçla özellikle ülkelerin milli marşlarının kullanılması uygun olmaktadır, zira bu eserlerin koruma süreleri genellikle sona ermiştir.

⁸⁰¹ Schlingloff, s. 119.

verilebilir. Yine bu çerçevede, bir ülkenin ya da halkının özellikleri anlatmak için de iktibas mümkündür. Buna örnek olarak Beatles'ın "All you need is love" şarkısında, Fransızların aşkın "mucidi" olarak çağrıştırılması için Fransız milli marşından iktibas yapmış olması verilebilir⁸⁰².

Müzik iktibasları belirli bir ruh halini tespit etmek amacıyla da yapılabilir⁸⁰³. Örneğin belirli politik düşüncelere veya duygulara düşünsel bağlantının milli marşlar, devrim şarkıları veya diğer politik şarkılar aracılığıyla meydana getirilmesi mümkündür. Diğer ruh halleri de (aşk acısı, üzüntü, neşe, ümit gibi) müzik iktibasları aracılığıyla vurgulanabilir⁸⁰⁴. Bu şekildeki bir iktibas özellikle film müziklerinde kullanım alanına sahiptir. Bir filmdeki belirli bir olay akışını karşılayacak bir film müziğine başka bir beste parçasının iktibasına buna örnek olarak verilebilir⁸⁰⁵.

Bunun dışında müzik eserlerinde iktibas, diğer bir bestekâra özellikle de eski ustalara saygı amacıyla da yapılabilir⁸⁰⁶. Buna örnek olarak, Johannes Brahms'ın birinci senfonisinin son cümlesinde Beethoven'a saygı için 9. senfoniden iktibas yapması gösterilebilir⁸⁰⁷.

Başka bir müzik parçasının bir varyasyon eserinin önüne konulması da geçerli bir iktibas sebebi olabilir. Burada amaç yukarıda belirtilen amaçlardan farklı olarak, düşünsel bir çağrışım üretilmesi olmayıp, bu tür iktibasların sadece müzikal bir fonksiyon yerine getirmesi söz konusudur. Bu tür iktibasların en bilindik örneği bir temanın bağımsız bir varyasyon eserine iktibasıdır⁸⁰⁸. *Caz* alanında birçok doğaçlama bu prensibe dayanmaktadır. Burada başka bir melodi, müzik parçasının başında yer alır ve takip eden doğaçlama şeklinde gerçekleştirilen şekillendirme karşısında sonradan kaybolur⁸⁰⁹.

Belirtmek gerekir ki, varyasyon iktibaslarını, varyasyon şeklinde meydana getirilen işleme eserlerle karıştırmamak gerekir. Daha önce de ifade edildiği üzere, belirli bir melodinin tema olarak alınıp, onun üzerine çeşitlemeler(varyasyonlar) yapılmasının, kural olarak koşulları varsa ancak(FSEK madde 6/f.1-b.4 anlamında)

⁸⁰² Dieth, s. 188.

⁸⁰³ Hanser-Strecker, s. 128;Schlingloff, s. 119.

⁸⁰⁴ Schlingloff, s. 120.

⁸⁰⁵ Schlingloff, s. 120.

⁸⁰⁶ Dieth, s. 188; Dustmann, (Nordemann /Nordemann/ Nordemann, Urheberrecht), § 51, s. 972, nr.38.

⁸⁰⁷ Dieth, s. 188.

⁸⁰⁸ Hanser-Strecker, s. 130.

⁸⁰⁹ Dieth, s. 190.

işlenme eser niteliğine sahip olacağı ifade edilmiştir⁸¹⁰. Kanımızca bu tür eserlerin en baştan işlenme eser olarak kabul edilmemesi, ortada FSEK madde 35 anlamında bağımsız bir müzik eseri mi, yoksa bir işlenme eserin mi bulunduğuna, somut olayın özelliklerine göre karar verilmesi gerekir. Bu açıdan bu tür eserlerde de bağımsızlığın belirlenmesinde önemli olan, yeni eserin hususiyet taşıyan unsurlarının, eserin ağırlıklı noktasını oluşturup oluşturmadığı yani iktibaslara hâkim olup olmadığıdır.

Belirtmek gerekir ki, bir beste parçasının özellikle bir melodinin bir müzik eserinin sadece başına yabancı bir unsur olarak tanınabilir şekilde konularak, sonrasında ise tamamen farklı ve hususiyet taşıyan bir müzik eserinin üretilmiş olması durumunda, artık burada işlenme bir eserin varlığından değil, sadece FSEK madde 35/f.1-b. 1 kapsamında yapılacak iktibas amaçlarından biri olan özdeyiş amacıyla iktibasla karşılaştırılabilir şekilde, bağımsız bir müzik eserinin önüne konulan bir iktibastan söz edilecektir.

F. İktibasın Amacın Haklı Göstereceği Oranda Olması

Müzik eserlerine FSEK madde 35/f.1-b.2 kapsamında yapılacak iktibaslarda da, diğer iktibas türlerinde olduğu gibi, iktibasın amacın haklı kıldığı oranda yapılmış olması gerekmektedir.

Buna göre, iktibas, amaçlanan çağrışımsal etkiye ulaşabilecek kapsamda olabilmekle birlikte, söz konusu iktibas amacının gerektirdiği genişlikten daha fazla bir iktibas yapılması geçerli olmayacaktır⁸¹¹. İktibas edilen parça, iktibasın dinleyiciler tarafından tanınmasını mümkün kılmak için yeterli ölçüde bir uzunluğa sahip olmalıdır⁸¹². Bununla birlikte iktibas edilen parçadan daha küçük bir parça ile kendisinden iktibas yapılan eser tanınabilir kılınabilecek ve bu suretle bu esere çağrışımsal bağlantı üretilebilecekse, yapılan iktibas geçerli olmayacaktır.

⁸¹⁰ Erel, (Fikir ve Sanat Hukuku), s. 65.

⁸¹¹ Schlingloff, s. 130.

⁸¹² Lüft, (Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht), § 51, s. 760, nr.19; Dustmann, (Nordemann / Nordemann /Nordemann, Urheberrecht), § 51, s. 972, nr.37; iktibas edilen parçalar, iktibas olarak tanınmaya mümkün mertebe kolay bir şekilde imkân verecek derecede azami bir kapsama sahip olmalıdır, Hertin, (Hertin/Schulze/Walter, Kommentar zum deutschen Urheberrecht), § 51, s. 32, nr.84; Hanser-Strecker, s. 132.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

FİKİR ve SANAT ESERLERİ KANUNU'NDA DÜZENLENMEYEN İKTİBAS TÜRLERİ

I. GÜZEL SANAT ESERLERİNE İKTİBAS

A. Güzel Sanat Eseri Kavramı

Güzel sanat eserleri, görme duyumuza hitap ederek estetik bir haz uyandıran, bir yüzey üzerinde veya cisim halinde oluşmuş fikri ürünlerdir⁸¹³. FSEK madde 4'de güzel sanat eserlerinin estetik niteliğe sahip olması gerektiği belirtildikten sonra, güzel sanat eseri sayılabilecek eser türleri örnekseyici bir biçimde sayılmıştır⁸¹⁴. Buna göre güzel sanat eserlerinin FSEK kapsamında korunabilmesi için sahibinin hususiyetini taşımasının yanında, estetik bir değere de sahip olması gerekmektedir.

“Estetik değere” sahip olma ile güzel sanat eserinin örneği olmayan, ender, güzel, hoş olması gerektiği anlaşılmamalıdır⁸¹⁵. Bu açıdan bir eserin estetik niteliğine sahip olup olmadığının, her bir güzel sanat eser türü için geçerli olabilecek objektif kıstaslara göre belirlemek gerekir⁸¹⁶.

Bir fikri ürünün güzel sanat eseri olarak nitelendirilebilmesi için bu eser yaratılırken salt bir güzel sanat eseri yaratmak amacının güdülmüş olması, eserde estetik niteliğin ön planda olması veya meydana getirilen eserin sadece sanat duygularına hitap etmesi gerekmez⁸¹⁷. Hangi amaç için üretilmiş olursa olsun sanat alanında geçerli kurallara göre objektif olarak estetik duygulara hitap eden eserler, güzel sanat eseri olarak nitelendirilmelidir⁸¹⁸.

⁸¹³ Erel, (Fikir ve Sanat Hukuku), s. 70.

⁸¹⁴ FSEK madde 4'de: 1. Yağlı ve suluboya tablolar; her türlü resimler, desenler, pasteller, gravürler, güzel yazılar ve tezhipler, kazıma, oyma, kakma veya benzeri usullerle maden, taş, ağaç veya diğer maddelerle çizilen veya tespit edilen eserler, kaligrafi, serigrafi; 2. Heykeller, kabartmalar ve oymalar; 3. Mimarlık eserleri; 4. El işleri ve küçük sanat eserleri, minyatürler ve süsleme sanatı ürünleri ile tekstil, moda tasarımları; 5. Fotoğrafik eserler ve slaytlar; 6. Grafik eserler; 7. Karikatür eserleri; 8. Her türlü tiplmelerin, estetik değere sahip olması durumunda güzel sanat eseri niteliğine sahip olacağı düzenlenmiştir.

⁸¹⁵ Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s. 54.

⁸¹⁶ Ateş, (Eser), s. 220.

⁸¹⁷ Arslanlı, s. 23; Ateş, (Eser), s. 220.

⁸¹⁸ Ateş, (Eser), s. 221.

B. Güzel Sanat Eserlerine İktibas

1. Genel Olarak

Güzel sanat eserlerine iktibas yapılması hususu FSEK’de açıkça düzenlenmemiştir. Zira iktibas serbestisini düzenleyen FSEK madde 35’de güzel sanat eserleri bazı durumlarda iktibas konusu oluşturabilmekle birlikte, bu eser türlerine iktibas imkânı tanınmamıştır. FSEK madde 35/f.1-b. 1’de sadece “ilim ve edebiyat eserlerine”; FSEK madde 35/f.1-b. 2’de, “müzik eserlerine”; FSEK madde 35/f.1-b.3 ve 4’de ise bilimsel eserlere iktibas imkânı düzenlenmiştir. FSEK madde 35/f.1-b.1’de düzenlenen “ilim ve edebiyat eserleri” kapsamına FSEK madde 2/f.1-b.3’de düzenlenen teknik ve ilmi nitelikteki fotoğraf vs. eserleri girebilmekle birlikte, FSEK madde 4’de düzenlenen ve estetik değer taşıyan güzel sanat eserleri girmemektedir. Bu açıdan FSEK madde 35’in şu anki lafzı karşısında, güzel sanat eserlerine başka eserlerden iktibas imkânının bulunmadığı söylenebilecektir.

UrHG’nin iktibas serbestisini düzenleyen 51’nci maddesinde de, 26.10.2007 tarihli Bilgi Toplumunda Eser Sahibi Haklarının Düzenlenmesine İlişkin İkinci Kanun çerçevesinde yapılan değişiklikten önce, güzel sanat eserlerine iktibas imkânı kabul edilmemişti. Zira UrHG madde 51/b. 1’de bilimsel eserlere; madde 51/b. 2’de dil ile ifade edilen eselere ve madde 51/b. 3’de de müzik eserlerine yapılacak iktibas düzenlenmişti. Bununla beraber 26.10.2007 tarihli Bilgi Toplumunda Eser Sahibi Haklarının Düzenlenmesine İlişkin İkinci Kanun çerçevesinde iktibas serbestisini düzenleyen 51’nci maddeye birinci fıkra halinde eklenen yeni ve genel nitelikteki düzenleme yoluyla iktibas imkânının sadece belli eser türleri için kabul edilerek sınırlandırılması durumu ortadan kaldırılmıştır.

Bununla birlikte Alman öğretisinde özellikle söz konusu değişiklikten önce UrHG madde 51/b.2 hükmünün güzel sanat eserlerine de kıyasen uygulanarak, bu eser türlerine de iktibas yapıp yapılamayacağı hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Öğretide güzel sanat eserlerine iktibas imkânı özellikle, fotoğraf eserleri(UrHG madde 2/5), güzel sanat eserleri(UrHG madde 2/4) ve ilmi ve teknik nitelikteki harita, plan vs. eserlerini(UrHG madde 2/7) kapsayan bir kavram olarak resim iktibasları(Bildzitate) kavramı altında değerlendirilmektedir.

Belirtmek gerekir ki, UrHG madde 51’de yapılan değişlikle birinci fıkraya genel bir hüküm eklenmeden önce, madde 51/b. 2 kapsamında sadece *dil ile ifade edilen eserlere* küçük iktibas imkânı kabul edilmekteydi. Bu kapsamda örneğin UrHG madde 2/7’de düzenlenen ilmi ve teknik nitelikteki harita vs. eserleri de UrHG madde 51/b.2 kapsamında kendisine iktibas yapılabilecek eserler arasında bulunmamakta idi. FSEK madde 35/f.1-b. 1’de düzenlenen küçük iktibasta ise, kendisine iktibas yapılabilecek eserler “ilim ve edebiyat” eserleri ile sınırlandırılmıştır. İlmi ve teknik nitelikteki fotoğraf, harita vs. eserler de FSEK madde 2/f.1-b.3’de ilim ve edebiyat eserleri kapsamında düzenlendiğinden, bu eserlere de FSEK madde 35/f.1-b. 1 kapsamında başka eserlerden parçaların iktibas edilmesi kural olarak mümkündür. Buna göre FSEK madde 2/f.1-b.3 kapsamında ilim ve edebiyat eserleri kapsamında düzenlenen örneğin bir haritadan ya da fotoğraftan aynı nitelikte başka bir haritaya veya fotoğrafa bazı parçaların iktibas edilmesi mümkündür. Yine FSEK madde 2/f.1-b.3’de düzenlenen eserlerin bilimsel nitelikte eser olarak kabul edilmesi durumunda, bunlara FSEK madde 35/f.1-b. 3 kapsamında da iktibas yapılması mümkün olabilecektir.

Belirtmek gerekir ki, güzel sanat eserlerine iktibas genellikle aynı nitelikteki eserlerden, yani yine güzel sanat eserlerinden yapılmaktadır. Bu kapsamda kısaca güzel sanat eserlerinden iktibas imkânının bulunup bulunmadığına da değinmek gerekir. İktibas serbestisini düzenleyen FSEK madde 35’de güzel sanat eserlerinden iktibas imkânı bazı durumlarda açıkça tanınmıştır. Güzel sanat eserlerinden bilimsel eserlere yapılacak iktibas, FSEK madde 35/f.1-b. 3-4’de düzenlenmiş ve bir güzel sanat eserinin tamamının bilimsel nitelikte bir esere iktibas edilebilmesine izin verilmiştir.

Buna karşılık bilimsel eserler dışındaki eserlere güzel sanat eserlerinden iktibas bakımından uygulanabilecek olan FSEK madde 35/f.1-b. 1’de, iktibas imkânı, bir eserin *bazı cümle ve fıkralarından* başka bir ilim ve edebiyat eserine yapılabilecek iktibaslarda tanınmıştır. Ancak daha önce de ifade ettiğimiz üzere FSEK madde 35/f.1-b. 1’de her ne kadar bir eserin sadece bazı cümle ve fıkralarından iktibas imkânı düzenlenmişse de, bu bent kapsamında düzenlenen iktibas imkânının sadece *dil ile ifade edilen* eserlerden iktibas yapılabilmesi ile sınırlandırıldığı yönünde anlaşılmalıdır. Bu doğrultuda bir eserin sadece bazı cümle ve

fıkraları değil, cümle ve fıkra olarak iktibas edilmesi mümkün olmayan bir eserin parçalarının da(örneğin müzik eserlerinde olduğu gibi) iktibasa konu olabileceği kabul edilmelidir.

Bununla birlikte güzel sanat eserlerinden, bu eserlerin kural olarak sadece parçalarından iktibas mümkün olmadığından ve bu eser türlerinin esasen ancak bütün olarak iktibas söz konusu olacağından, FSEK madde 35/f.1-b. 1 hükmünün güzel sanat eserlerinden yapılacak iktibaslarda uygulanması problem göstermektedir. Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere, bir güzel sanat eserin tamamının iktibasında da, bazı koşullarla FSEK madde 35/f.1-b.1 hükmü kıyasen uygulama alanı bulabilir. Nitekim burada bilinçsiz bir kanun boşluğu vardır. Burada kanun koyucunun güzel sanat eserlerinden, bilimsel eserler dışındaki diğer eserlere iktibas imkânını bilinçli olarak tamamen ortadan kaldırarak, özellikle düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetine bu derece bir sınırlandırma getirmek istediği yönünde bir dayanak bulunmamaktadır. Buradaki boşluk daha ziyade maddenin kazuistik yapısından kaynaklanmaktadır. Bir güzel sanat eserinin tamamından iktibasa FSEK madde 35/f.1-b.1'in kıyasen uygulanmasında özellikle, FSEK madde 35/f.1-b. 1'de iktibasın sadece bazı cümle ve fıkralar yani bazı eser parçaları ile sınırlandırılmasının altında yatan amacın dikkate alınması gerekir. Bu amaç ise bu madde kapsamında yapılacak iktibasların eser parçaları ile sınırlandırılmak yoluyla eserin bütününe ilgililerin nazarına getirilmesi ve bu iktibas yoluyla eserin orijinaline olan ilginin azaltılarak eserin piyasa şansının azaltılmasını engellemektir. Bu kapsamda bir güzel sanat eserin tamamının iktibasının, somut olayın özelliklerine göre kendisinden iktibas yapılan eserin yerine geçmek suretiyle, eser sahibinin eserinin piyasa şansını azaltmaması durumunda, FSEK madde 35/f.1-b. 1 kapsamında kıyasen mümkün olması gerekir.

Buna karşılık bir güzel sanat eserin tamamının iktibas yoluyla, eserin kendisi ile doğrudan bir rekabete giriliyorsa, bu durumda FSEK madde 35/f.1-b. 1'in kıyasen uygulanması söz konusu olamayacaktır. Zira kanun koyucu karşılıklı çıkarlar arasındaki denkleştirmesini hali hazırda gerçekleştirmiş ve büyük iktibasa sadece bilimsel eserlere iktibasta imkân vermiş; burada bilimsel ilerlemeyi eser sahibinin mali yararlarından önde gözetmiştir. Buna karşılık, somut olayda eser sahibinin ekonomik menfaatlerinden daha üstün bir yararın bulunması durumunda FSEK

madde 35/f.1-b. 3 hükmünün kıyasen güzel sanat eserlerinden bilimsel nitelikte olmayan esere iktibas halinde de uygulanabileceği kanısındayız. Bu noktada her somut olayın özelliklerine göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Burada özellikle toplumu temelden ilgilendiren konularla ilgili tartışmalarda(özellikle politik fikir tartışmaları) her somut olayın özelliği de dikkate alınmak suretiyle FSEK madde 35/f.1-b. 3'deki koşullara uyulmak kaydıyla bir güzel sanat eserinin tamamının da bilimsel eserler dışında esere iktibas edilebilmesi gerekir.

Güzel sanat *eserlerine* iktibas bakımından ise daha önce de ifade ettiğimiz üzere UrHG madde 51'de açıkça bu imkân tanınmamasına rağmen, güzel sanat eserlerine de özellikle UrHG madde 51/b.2 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle iktibas imkânının tanınıp tanınmayacağı hususunda farklı görüşler bulunmakta idi.

2. Güzel Sanat Eserlerine İktibas İmkânını Kabul Eden Görüşler

UrHG madde 51'in birinci fıkrasına genel nitelikte bir hüküm eklenmesinden önceki metninde, ikinci bent kapsamında tanınan küçük iktibas imkânının sadece dil ile ifade edilen eserlerle sınırlandırılmış olması, bu düzenlemenin çok dar olduğu gerekçesi ile eleştirilmiştir⁸¹⁹. Zira uygulamada da özellikle sinema eserlerine iktibas imkânı Alman mahkemelerince UrHG madde 51/b. 2 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle tanınmakta idi.

Alman öğretisinde, UrHG madde 51/b.2'de kendisine iktibas yapılabilecek eserlerin “dil ile ifade edilen eserlerle” sınırlandırılmasının özellikle Alman Anayasası madde 5 de korunan temel özgürlükler dikkate alındığında çok dar olduğu ve bilinçsiz bir boşluk içerdiği ve kıyas yoluyla diğer esere ve bu arada işin doğasına göre mümkün olduğu sürece güzel sanat eserlerine uygulanması gerektiği ifade edilmişti⁸²⁰. Özellikle sanat özgürlüğü temel hakkı(GG madde 5/f.3) ışığında bir resim eserinin tamamının da diğer bir resim eserine iktibasının UrHG madde

⁸¹⁹Bkz.**Schricker**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 51 s. 1040, nr. 41.

⁸²⁰**Schricker**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 51 s. 1040, nr. 41; **Krause-Ablaß**, s. 231; iletişim temel hakları ve Avrupa Birliği düzenlemeleri çerçevesinde iktibas imkânının esasen tüm eser türlerine açılması gerektiği yönünde, **Hertin**, (**Hertin/ Schulze/Walter**, Kommentar zum deutschen Urheberrecht), § 51, s. 9, nr. 18. Belirtmek gerekir ki, 2001/29 sayılı Direktifte, kendisine iktibas yapılacak eser türleri bakımından açıkça bir sınırlandırma getirilmemiştir. Bkz. madde 5/3-d. Karş. **Krüger**, s. 165–166.

51/b.2 kapsamında geçerli olabileceği ifade edilmiştir⁸²¹. Zira burada da iktibaslar sanatsal tartışmaya ya da sanatçılar arasındaki iletişime hizmet etmektedir⁸²². UrHG'nin müzik eserlerine diğer müzik eserlerine iktibasa izin vermesi de kanun koyucunun, salt sanatsal yararlar için ayrıcalık tanınmaya yabancı olmadığını zira madde UrHG 51/b.3'de düzenlenen müzik iktibaslarının da aynı düşüncelere dayandığı ifade edilmiştir⁸²³.

Yine öğretilerde diğer bir görüş de, güzel sanat eserlerine iktibas imkânının kabul edilmemesinin bilinçsiz bir boşluk oluşturduğunu; iktibas serbestisine ilişkin düzenlemenin altında yatan amacın toplumun kültürel gelişiminin en geniş anlamda desteklenmesi" olduğu ve eser sahiplerine, iktibas serbestisine ilişkin hükümlerle, eserlerine yapacakları iktibaslar aracılığıyla diğer eser sahiplerinin eserleri ile bağlantı kurulması imkânı tanındığı dikkate alındığında, bu temel ilkenin tüm eser türleri için aynı oranda geçerli olması gerektiğini ifade etmiştir. Buna göre kültürel ilerlemenin sadece müzik eserleri ya da dil ile ifade edilen eserler gibi bazı eser türleri sınırlı olarak kabul edilmesi için bir neden bulunmamaktadır⁸²⁴.

3. Güzel Sanat Eserlerine İktibas İmkânını Kabul Etmeyen Görüşler

Buna karşılık UrHG'nin 51'nci maddesinde 26.10.2007 tarihli Bilgi Toplumunda Eser Sahibi Haklarının Düzenlenmesine İlişkin İkinci Kanunla yapılan değişiklikten önce de, bazı görüşler, kanun koyucunun güzel sanat eserleri yönünden iktibas imkânını kabul etmemesinin özellikle bu eserlerin gösterdikleri niteliklerden dolayı bilinçli bir seçime dayandığını ifade ederek, UrHG madde 51/b. 2 hükmünün kıyasen uygulanarak güzel sanat eserlerine iktibas yapılması imkânını kabul etmemekte idiler.

Bu görüş, kanun koyucunun sanatsal amaçlarla iktibas yapılması imkânını, müzik eserleri bakımından kabul ederken, iktibasların daha önceleri de sanatsal bir

⁸²¹ **Schlingloff, Jochen**, „Fotografieren verboten!“ Zivilrechtliche Probleme bei der Herstellung und Reproduktion von Lichtbildern ausgestellter Kunstwerke, AfP 1992/2, s. 115(anılış: „Fotografieren verboten!“); **Waldenberger, (Nicolini/Ahlberg, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz)**, § 51, s. 506, nr. 16.

⁸²² Bu konuda modern kolaj eserleri ve örneğin Velazquez'in, resimlerindeki odaları yabancı resimlerle donatması gösterilebilir, **Schlingloff**, „Fotografieren verboten!“ , s. 115.

⁸²³ **Schlingloff**, „Fotografieren verboten!“ , s. 115.

⁸²⁴ **Kakies**, s. 63.

stil aracı olarak kullanılmasının bilindik olmasından dolayı, güzel sanat eserleri bakımından bunu bilinçsiz olarak öngörmemiş olmasının mümkün olmayacağını ifade etmiştir. Buna göre kanun koyucunun güzel sanat eserlerine iktibas imkânı tanımamış olması, bu eserlerin niteliğini gözeten bilinçli bir tercihe dayanmaktadır⁸²⁵.

Zira güzel sanat eserlerine başka güzel sanat eserlerinden iktibas yapılması durumunda, iktibasların ortalama kişiler tarafından *iktibas olarak* tanınması ve yeni eserin bütünlüğü içerisinde iktibasların asıl anlamlarının ve iktibasların bu şekilde yabancı bir unsur olarak tanınarak orijinal eser sahibine atfedilmeleri, dil ile ifade edilen eserlere nazaran daha zordur. Dil ile ifade edilen eserlerde iktibasların yabancı bir unsur olarak gösterilmesi örneğin italik harfle veya dolaylı anlatım yoluyla mümkündür. Buna karşılık, güzel sanat eserlerine, başka güzel sanat eserlerinden yapılan iktibaslar, dil ile ifade edilen eserlere nazaran daha zor bir şekilde tanınabilecektir. Bunu dikkate alan söz konusu görüş, iktibas serbestisine ilişkin kuralların kötüye kullanılması ve iktibasların yaratıcı özelliklerinin kendisine iktibas yapılan eserin sahibine atfedilmesi olasılıklarını kontrol etmenin çok zor olacağı ifade ederek, güzel sanat eserlerine iktibas imkânına karşı çıkmıştır⁸²⁶.

Burada kanun koyucunun güzel sanat eserlerine iktibas imkânını kabul etmemesi sanatsal amaçlarla iktibası kabul etmemesi değil, güzel sanat eserlerinde iktibas imkânının kötüye kullanılmasının diğer eser türlerine(örneğin müzik eserleri gibi) göre daha fazla ortaya çıkabilecek olmasından kaynaklanmaktadır. Zira bu tür eserlerde başka bir eser parçasının iktibasının somut nedeninin zor anlaşılabilmesi ve eserle ilgilenenlerin önemli bir kısmının iktibasların yaratıcı niteliklerini, kendisine iktibas yapılan eserin sahibine atfetmelerinin ihtimal dâhilinde olması veya kendisine iktibas yapılan eserin çoğaltılmış nüshalarının yabancı eserdeki sanatsal ifadelerden dolayı edinilmek istenmesi, güzel sanat eserlerinde iktibasın kötüye kullanılmasına yol açar⁸²⁷.

Diğer bir görüş de konuya resim eserlerinden diğer resim eserlerine yapılacak iktibaslar bakımından yaklaşarak, UrHG madde 51/b.2'nin kıyas yoluyla resim eserlerine yapılacak iktibaslarda uygulanamayacağını; zira burada bilinçsiz bir

⁸²⁵ Brauns, s. 102, 103; Benzer nitelikte Oekonomidis, s. 131.

⁸²⁶ Brauns, s. 106, 107.

⁸²⁷ Brauns, s. 107.

boşluk bulunmadığını ifade etmiştir. Resim eserlerinden resim eserlerine yapılacak iktibaslar özellikle, resim eserlerinin kolaj yoluyla sanatsal kullanımı şeklinde ortaya çıkacaktır. Buna karşılık müzik eserlerine yapılacak iktibaslarda bir müzik eserinin başka bir müzik eserine iktibası aracılığıyla belirli bir duygunun veya çağrışımın üretilmesi, yani iktibaslarla kendisine iktibas yapılan müzik eseri arasında müzikalde olsa bir tartışmanın bulunması gereklidir. Buna karşılık resim iktibasları alanında hiç olmazsa başka resim eserlerinin diğer bir resim eserine kolaj formunda eklenmesi yoluyla sadece estetiksel bir bağlantı kurulduğundan, sadece estetik nitelikte bir kolaj amacının bulunduğu durumlarda da geçerli bir iktibas amacı bulunamayacağından, bu görüşe göre resim eserlerinden resim eserlerine iktibas da esasen mümkün değildir⁸²⁸.

4. Değerlendirme

FSEK madde 35/f.1-b.1’de tanınan küçük iktibas imkânı sadece FSEK madde 2’de düzenlenen ilim ve edebiyat eserlerine tanınmıştır. Düzenlemenin lafzı gereğince, FSEK madde 4’de ayrı bir eser türü olarak düzenlenmiş bulunan güzel sanat eserlerine iktibas söz konusu olmayacaktır. Belirtmek gerekir ki, güzel sanat eserlerine başka dil ile ifade edilen eserlerden iktibas da fiilen mümkün olabilmekle beraber, bu eserlerde iktibas imkânı öncelikle bir güzel sanat eserinden diğer bir güzel sanat eserine yapılacak iktibaslar bağlamında ortaya çıkacaktır.

Güzel sanat eserlerine iktibas bakımından, FSEK madde 35 açık bir boşluk taşımaktadır. Zira (açık) boşluk, Kanunun, altında yatan amacına göre düzenlemesi gereken bir soruna ilişkin olarak, uygulanacak bir hüküm içermemesi durumunda söz konusu olur. Diğer bir ifade ile açık boşluk, düzenlemenin amacına ve temel düşüncelerine göre cevap verilmesi gereken bir soruna Kanunun cevap vermemesi durumudur⁸²⁹. Bu durumda kanunda yer alan boşluğun doldurulması için kıyas yoluna başvurulabileceği söylenebilirse de, bunun için kanun koyucunun söz konusu boşluğu bilinçli olarak istememiş olması gerekir.

⁸²⁸ Krüger, s. 159.

⁸²⁹ Lorenz, s. 377; Kırca, Çiğdem, Örtülü(Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama(TELEOLOGISCHE REDUKTION), AÜHFD, Y.2001, C. 50, S.1, s. 94.

Bu bağlamda kanun koyucunun güzel sanat eserlerine iktibası bilinçli olarak tanımak istemediğinden söz edilebilir mi? Belirtmek gerekir ki, FSEK'in gerekçesinde, güzel sanat eserlerine iktibas imkânının açıkça ortadan kaldırıldığı yönünde bir açıklama yoktur. Kanımızca burada kanun koyucunun güzel sanat eserlerinin niteliğini dikkate alarak, iktibas serbestisine ilişkin hükümler kapsamından çıkartmak istediği de söylenemez. Zira FSEK madde 35/f.1-b.1'de, kendisine iktibas yapılabilecek eserler, "ilim ve edebiyat" eserleri olarak düzenlenmiştir. İlim ve edebiyat eserleri içerisine FSEK madde 35/f.1-b.3'de düzenlenen ilmi veya teknik nitelikteki resim vs. eserleri de girmektedir. Yani kanun koyucu bu madde kapsamında kendisine iktibas yapılacak eserleri salt "dil ile ifade edilen" eserlerle sınırlandırmamıştır. FSEK madde 2/f.1-b.3'de düzenlenen eser türlerinde de ifade aracı, FSEK madde 4'de düzenlenen güzel sanat eserlerindeki ifade aracı ile aynıdır. Bu eserlerin birbirinden farkı, güzel sanat eserlerinin estetik niteliğe sahip olmasında ortaya çıkar. Buradan kanun koyucunun kendisine iktibas yapılacak eserleri, sadece dil ile ifade edilen eserlerle sınırlamak istemediği sonucu çıkar. Zira böyle bir niyet olsaydı, kendisine iktibas yapılabilecek eser türleri açıkça "dil ile ifade edilen" eserlerle sınırlanabilirdi. Bu açıdan FSEK madde 35/f.1-b.1 hükmünün, FSEK madde 2/f.1-b.3'de düzenlenen eser türleri bakımından da kabul edildiğinden, aynı ifade aracını kullanan güzel sanat eserleri bakımından da *salt bu eserlerin ifade ediliş niteliklerinden* dolayı, bu eser türlerine iktibas yapılmasının bilinçli olarak engellenmesi niyetinin bulunmadığı sonucuna varılır.

Belirtmek gerekir ki, güzel sanat eserlerine yapılacak iktibaslar genelde aynı nitelikte eserlerden yapılacak iktibaslar bağlamında, özellikle de resim ya da fotoğraf niteliğindeki güzel sanat eserlerinden, diğer bir resim ya da fotoğraf eserine iktibas yapılmasında ortaya çıkacaktır. Bu şekildeki iktibaslar da çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir.

Öncelikle başka eserlerle yapılacak fikri tartışmaların sadece dil ile ifade edilen eserlerde, dile ilişkin araçlar kullanılarak değil, güzel sanat eseri niteliğine sahip bir eser kapsamında yapılması da mümkün olabilir. Bu açıdan örneğin politik bir tartışmanın sadece dilsel araçlar ile değil, resimsel ifade araçları ile de ifade edilmesi mümkündür. Bu bağlamda bir güzel sanat eserine, başka bir güzel sanat eserinden ya da özellikle başka bir dil ile ifade edilen eserden de, söz konusu

tartışmaya dayanak olarak iktibas yapılması söz konusu olabilir. Bu kapsamda örneğin bir karikatürün politik bir tartışma temelinde, sadece, söz konusu karikatürle tartışma ortaya koyan, dil ile ifade edilen bir esere değil, başka bir karikatüre de iktibas edilmesi mümkündür. Yani fikir tartışmaları sadece dil ile ifade edilen eserlere özgü bir durum değildir.

Belirtmek gerekir ki, Anayasanın 26'ncı maddesinde, *herkesin düşünce ve kanaatlerini, söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkında sahip olduğu* düzenlenmiştir (Anayasa madde 26/f.1-c. 1). Buna göre düşünceyi açıklama özgürlüğü, ifade araçlarının niteliğine bağlı değildir. Bir düşüncenin *söz ile veya resim ile* ifade edilmesi arasında bir ayrım yapılamaz. Bu kapsamda fikri bir tartışmanın resim ile ifade edilmesi durumunda da, aynen dil ile ifade edilen eserlerde olduğu gibi, başka eserlerden iktibas yapılabilmesi imkânının, fikri tartışma imkânını sağlamak için kabul edilmesi gerekir. Buna göre güzel sanat eserlerinin en baştan, kendisine iktibas edilecek eser türlerinin kapsamından çıkartılması, düşünceyi açıklama özgürlüğünün belirli bir ifade aracı ile sınırlandırılması sonucunu doğuracaktır. Kanun koyucunun düşünceyi ifade özgürlüğünü bu şekilde sadece belirli eser türleri ile sınırlandırmak istediği yönünde bir dayanak ise bulunmamaktadır.

Belirtmek gerekir ki, bir güzel sanat eserinin diğer bir güzel sanat eserine iktibası, daha ziyade sanatsal amaçlarla gerçekleştirilecektir. Nitekim, iktibas objesi olarak özellikle resim eserleri, kendisine iktibas yapılan esere, içerilerinde resmedilen konu veya resimde canlanan semboller(mecazi anlatımlar) yoluyla anlamsal bir dayanak üretebilirler⁸³⁰. Söz konusu amaç, müzik eserlerinde yapılacak sanatsal nitelikteki iktibaslara çok benzemektedir.

Yani müzik eserlerine benzer olarak, iktibas edilen unsurun sembolik gücüne bağlantı kurulması söz konusudur⁸³¹. Özellikle müzik iktibaslarında olduğu gibi, iktibas, güzel sanat eserlerinde de iktibas bir olayın geçtiği çevrenin mekânsal ya da zamansal tasvirinde bir araç olarak da kullanılabilir⁸³². Yine sanatsal bir stil aracı

⁸³⁰ Hertin, (Hertin/Schulze/Walter, Kommentar zum deutschen Urheberrecht), § 51, s. 34, nr. 91.

⁸³¹ Bu konuda Fransız ressam Edouard Manet'in, "Portrait d'Emile Zola" tablosu örnek olarak gösterilebilir. Ayrıntılı açıklama için bkz. Hertin, (Hertin/Schulze/Walter, Kommentar zum deutschen Urheberrecht), § 51, s. 36, dipnot 186. Yine güzel sanat eserlerine iktibasa örnek olarak Jan Vermeer van Delft'in özellikle resimlerdeki kadın figürlerinin bulunduğu oda duvarlarında başka tabloları resmetmesi gösterilebilir.

⁸³² Krause-Ablaß, s. 231.

olarak, başka güzel sanat eserlerinin kolaj formunda kullanılması da söz konusu olabilir.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere FSEK madde 35/f.1-b. 1 kapsamında iktibaslar sanatsal bir ifade ve şekillendirme amacı ile de yapılabilecektir. Buna göre iktibasın, kendisine iktibas yapılan eserin sanatsal şekillendirmesine veya amacına eklenmesi ve böylelikle bağımsız bir sanatsal ifadenin entegre olmuş bir parçası olarak ortaya çıkması durumunda da geçerli bir iktibas amacının varlığından söz edilecektir⁸³³. FSEK madde 35/f.1-b. 1’de iktibas amacı, bilimsel eserlere büyük iktibasta olduğu gibi sınırlandırılmadığından, bu tür iktibaslarda, sanatsal nitelikteki iktibas amaçlarının da kabul edilmesi gerekir. Yine müzik iktibaslarında da iktibas amacı esasen sanatsal şekillendirme aracı olarak ortaya çıkacaktır. Bu da kanun koyucunun iktibasların sanatsal ifade aracı olarak kullanılması imkânını tanıdığını göstermektedir. Bu bağlamda güzel sanat eserleri bakımından iktibas imkânının kabul edilmemesi ve sadece müzik eserlerinde, dil ile ifade edilen eserlerde, ya da dans eserlerinde iktibasların sanatsal şekillendirme ve ifade aracı olarak kullanılabilmesine izin verilmesi, diğer bir eser türünde bu imkânın tamamen kapatılması sonucunu ortaya çıkartır. Bu da Anayasanın sanat özgürlüğüne ilişkin 27’nci maddesi ile bağdaşır bir durum değildir.

Sonuç olarak kanımızca güzel sanat eserlerine iktibas bakımından Kanunda bilinçsiz bir boşluk olduğu ve FSEK madde 35/f.1-b. 1 hükmünün güzel sanat eserlerine iktibas bakımından kıyasen uygulanabileceği kabul edilmelidir.

5. Güzel Sanat Eserlerine İktibasın Koşulları

a. Genel Olarak

Güzel sanat eserlerine iktibas durumunda da, iktibas serbestîsinin genel hukuka uygunluk koşullarının oluşması gerekir. Yani kendisine iktibas yapılan eser bağımsız bir nitelik göstermeli; iktibaslar geçerli bir amaç takip etmeli ve amacın haklı kıldığı çerçevede yapılmalıdır.

⁸³³ BVerfG,GRUR 2001, s. 149.

Bu kapsamda bir güzel sanat eserinin tamamının da FSEK madde 35/f.1-b.1 kapsamında kıyasen iktibas imkânı, iktibaslar yoluyla orijinal eser ile doğrudan bir rekabete girilerek eser sahibinin yararlarının beklenemez ölçüde zedenlenmediği sürece mümkün olmalıdır. Aşağıda güzel sanat eserleri bakımından özellik gösterebilecek olan bağımsızlık ve amaç koşulu ayrıca ele alınmıştır.

b. Kendisine İktibas Yapılacak Güzel Sanat Eserinin Bağımsız Nitelikte Olması

Güzel sanat eserlerine FSEK madde 35 kapsamında başka eserlerden iktibas yapılabilmesi için, genel koşula uygun olarak bu eserlerin de “bağımsız” bir eser niteliği taşımaları gerekir. Buna göre kendisine iktibas yapılacak ürünün FSEK madde 4’e göre eser niteliğine sahip olmasının yanında içerdiği iktibasların her birine ve bütününe nazaran bağımsız nitelikte olması gerekir. Kendisine iktibas yapılan eser iktibasın yapıldığı eserin işlenmesi niteliği göstermemelidir. Yine meydana getirilen eser, var olan eserlerin salt hususiyet dâhilinde seçilmesi, toplanması, düzenlenmesi ile oluşan bir derleme eser niteliği de göstermemelidir. Aksi durumda bu eserin bağımsız niteliğe sahip olduğundan söz edilemeyecektir.

Kendisine iktibas yapılan eserin bağımsız nitelikte olup olmadığı belirlenirken, bu eserin *kendisine ait esaslı bir faaliyet olmaksızın* bir iktibas ya da iktibas görüntüsü altında başka eserleri iktibas edip etmediğine bakılmalıdır⁸³⁴. Daha önce de ifade edildiği üzere, kendisine iktibas yapılan eserin bağımsız niteliğe sahip olup olmadığının tespitinde, bu eserin, iktibaslar olmaksızın da anlaşılabilir olması gibi bir koşul aranmamalıdır⁸³⁵. Zira burada iktibasların salt niceliksel açıdan yeni eserin önemli bir bölümünü oluşturması da, bu eserin bağımsız nitelikte kabul edilmesine engel olmamalıdır. Zira özellikle güzel sanat eserlerine diğer güzel sanat

⁸³⁴ Ulmer,(Urheberrecht), s. 314.

⁸³⁵BGH, “Museums katalog”, GRUR 1994, s. 800, 803; Dreier, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz), § 51, s. 819, nr.7; OLG München ise, Almanya’nın o zamanlar ki savunma bakanının kız arkadaşı ile yüzme havuzunda çekilmiş bir fotoğrafının, bir haber magazin dergisine bu kez çelik bir asker miğferi içerisinde yüzer bir şekilde kullanılması ile ilgili bir olayda, kendisine iktibas yapılan eserin(kapak resminin) bağımsız bir eser niteliğini taşımadığını; zira söz konusu resmin kullanılan fotoğraflar olmaksızın bir anlamı olmadığını; kullanılan fotoğraf atıldığında geriye anlamlı bir şey kalmayıp, sadece boş bir miğfer ile kapak resminin başlığının kaldığını ifade etmiştir, OLG München, ZUM 2003/7, s.575.

eserlerinden yapılan kolaj formundaki iktibaslar düşünülduğünde, böyle bir ilkenin getirilemeyeceğinin kabul edilmesi gerekir⁸³⁶.

Güzel sanat eserlerinde kolaj yönteminde daha önceden var olan eser niteliğine sahip olan veya olmayan materyaller kullanıldığı ve kolaj niteliğindeki çalışmaların özellikle var olan bu materyallerin bir araya getirilmesi ile oluşturulduğu dikkate alındığında, salt niceliksel bir değerlendirme yapılması, bizi kolaj eserlerinin içerdikleri eser ya da eser parçaları nezdinde bağımsız niteliğe sahip olamayacağı sonucuna götürecektir. Zira kolâjda kullanılan eserler atılırsa geriye somut olarak bir şey kalmayacaktır. Bu açıdan bir eserin bağımsızlığının belirlenmesinde kullanılan, *iktibaslar atıldıktan sonra dahi geriye yaratıcısının hususiyetini taşıyan bir faaliyetin kalması ya da iktibaslar olmaksızın da yeni eserin anlaşılabilir olması olarak ifade edilen koşul* motamot kabul edilirse, kolaj niteliğindeki bir eserin bağımsız bir eser olarak nitelendirilmesi imkanı da ortadan kalkacaktır. Buna karşılık kanımızca, *iktibaslar atıldıktan sonra dahi geriye yaratıcısının hususiyetini taşıyan bir faaliyetin kalması* koşulu, daha ziyade, *klasik anlamda*, kendisine iktibas yapılan eserin özellikle FSEK madde 6'da düzenlenen ve derleme eser olarak nitelendireceğimiz, belli bir maksada göre ve hususi bir plan dâhilinde seçme ve toplama eser niteliği taşımaması gerektiğini ifade etmektedir. Kanun koyucu bu düzenleme ile münferit çalışmaların bir araya getirilmesindeki seçme ve tertibe esas oluşturan ve hususiyet taşıyan faaliyete koruma sağlamıştır. Kolâj niteliğindeki eserlerde de, daha önce var olan eserlerin seçilmesi ve bir araya getirilmesi söz konusu olmakla birlikte, burada çoğu kez sanatçı yarattığı esere, kullandığı materyallerin içerdikleri anlamdan tamamen uzaklaşarak, yepyeni bir içerik vermekte, kullanılan materyallerden tamamen farklı, kendisine ait bir sanatsal ifade, söylem ve bir kompozisyon oluşturmaktadır. Böyle bir eserin ise, salt örneğin bir şairin şiirlerini toplayan antolojiler gibi seçme ve toplama eserle aynı kategoriye konulması mümkün değildir.

Bu açıdan, kendisine iktibas yapılacak eserin, FSEK madde 35 kapsamında bağımsız olarak kabul edilmesi yönünden, kendisinden iktibas yapılan eser ya da eserlerin salt miktar/nicelik olarak kendisine iktibas yapılan eserin önemli bir

⁸³⁶ Kolaj (Fransızca Collage-yapıştırma), yapıştırma resim olarak da bilinmektedir. Görsel sanatlarda gazete kâğıdı, kumaş ve duvar kâğıdı gibi buluntu nesnelerin bir pano ya da tuvalde çoğunlukla da boyanmış yüzeylerle birlikte kullanılmasıdır. Yine çeşitli malzemelerin sanatsal amaçla bir araya getirildiği ürünleri de kapsar. AnaBritannica, C. 13, s. 435.

bölümünü oluşturması belirleyici olmamalıdır. Zira iktibaslar ilk bakışta, *niceliksel* olarak bir eserin merkez noktasını ya da önemli bir bölümünü oluştursa bile, burada dikkate alınması gereken nokta, kendisine iktibas yapılan eserin bütünü dikkate alındığında, taşıdığı hususiyetin kendisinden iktibas yapılan eser ya da eserlere ağır basıp basmadığı, yani eserin ağırlıklı noktasını oluşturup oluşturmadığıdır⁸³⁷.

Buna göre kendisine iktibas yapılan eserin sahibinin, eserin bütününe ortaya koyduğu söylemin, fikri içeriğin, iktibaslardan farklı bir söyleme sahip olması; eserine iktibas yapan eser sahibinin kendi sanatsal düşüncelerini gerçekleştirme ve kendisine ait unsurlarla iktibas edilen unsurları karşı karşıya koyarak ya da iktibasları belirli bir çerçevede sunarak kendi sanatsal söylemine ulaşması durumunda, eserin bağımsız bir niteliğe sahip olduğundan söz edilebilecektir⁸³⁸.

Buna karşılık, başka eser parçalarının/ya da eserlerin kullanılması, temel kompozisyondan tanınabilir, hususiyet taşıyan bir faaliyeti doğuracak herhangi bir şekilde biçimlendirilmiş daha derin bir anlam takip edilmeksizin, sadece değiştirilmemiş eser parçalarının sıralanması şeklinde ortaya çıkıyorsa, bu durumda artık FSEK madde 35 anlamında bağımsız bir eserin varlığından söz edilemeyecektir⁸³⁹.

c. İktibas Amacı

Diğer tüm eserlerde olduğu gibi, güzel sanat eserlerine yapılacak iktibaslarda da geçerli bir iktibas amacının bulunması ve iktibasın da ancak bu amaç çerçevesinde gerekli oranda yapılmış olması gerekir.

Güzel sanat eserlerine iktibaslarda aranacak iktibas amacı hakkında da, FSEK madde 35/f.1-b. 1'de düzenlenen küçük iktibasta bulunması gereken iktibas amacına ilişkin açıklamalar geçerlidir (Bkz İkinci Bölüm, IV.E).

⁸³⁷ Bağımsızlığın belirlenmesinde önemli olan kendisine iktibas yapılan eserdeki faaliyetin eserin ağırlıklı noktasını oluşturması olduğu yönünde, **Schrieker**, (**Schrieker**, Urheberrecht), § 51, s. 1033, nr. 22; Aynı yönde **Kakies**, s. 116.

⁸³⁸ **Kakies**, s. 145.

⁸³⁹ **Czernik**, s. 269. Kolaj eserlerinin UrHG madde 24/f.1 kapsamında serbest yararlanmanın konusunu oluşturacağını kabul eden görüş için Bkz., **Czernik**, s. 295 vd.

Buna göre güzel sanat eserlerine yapılacak iktibaslarda güzel sanat eserinin içeriğini aydınlatma amacı öncelikle geçerli bir iktibas amacı olarak değerlendirilecektir. Yine bir güzel sanat eserine özellikle, dil ile ifade edilen başka bir eserden özdeyiş iktibası yapılması geçerli bir iktibas amacı çerçevesinde değerlendirilecektir.

Belirtmek gerekir ki, güzel sanat eserlerine iktibas, bu eserlerin içeriğinin aydınlatılmasından ziyade, eser sahibinin sanatsal şekillendirmesi ve sanatsal söylemine hizmet etmesi noktasında yapılacaktır.

Bu tür eserlere yapılan iktibaslarda, iktibaslar, genellikle, iktibası yapan eser sahibinin kendi içerisinde tamamlanmış açıklamalarının içeriğini aydınlatmaktan ziyade, iktibas yapan eser sahibinin kendi görüşünü ilk kez oluşturmasına katkıda bulunacaktır⁸⁴⁰.

Güzel sanat eserlerine iktibas genel olarak, sanatsal şekillendirme aracı olarak kullanılacaktır. Buna göre, bir güzel sanat eserinin diğer bir güzel sanat eserine iktibası, müzik eserlerine benzer olarak, iktibas edilen unsurun sembolik gücüne bağlantı kurulması için yapılabilir⁸⁴¹. Dil ile ifade edilen bir eserden bu eserin sembolik gücü nedeniyle heykel niteliğindeki bir güzel sanat eserine iktibas yapılması örnek olarak verilebilir⁸⁴². Özellikle müzik iktibaslarında olduğu gibi, iktibas, güzel sanat eserlerinde de iktibas bir olayın geçtiği çevrenin mekânsal ya da zamansal tasvirinde çağrışımsal bir araç olarak da kullanılabilir⁸⁴³. Yine çoğu kez önceki bir ustaya saygı bağlamında, “saygı” iktibası da yapılabilir.

Güzel sanat eserlerine sanatsal ifade ve sanatsal şekillendirme amacıyla iktibas yapılmasında önemli olan iktibasların fonksiyonel olarak kendisine iktibas yapılan eserin sanatsal şekillendirme ve amacına eklenip eklenmediği ve böylelikle bağımsız bir sanatsal ifadenin bütünleşmiş bir kısmı olarak görülüp görülmediğidir⁸⁴⁴.

⁸⁴⁰ **Kakies**, s. 73.

⁸⁴¹ Bu konuda Fransız ressam Edouard Manet'in, “Portrait d'Emile Zola” tablosu örnek olarak gösterilebilir. Bkz., **Hertin**, (**Hertin/Schulze/Walter**, Kommentar zum deutschen Urheberrecht), § 51, s. 36, dipnot 186.

⁸⁴² **Hertin**, (**Hertin/Schulze/Walter**, Kommentar zum deutschen Urheberrecht), § 51, s. 37, nr.94.

⁸⁴³ **Krause-Ablaß**, s. 231.

⁸⁴⁴ BVerfG, GRUR 2001, s. 149.

Yine güzel sanat eserlerine yapılacak iktibaslarda, bunların niteliği gereği belirli bir süsleme amacı bulunmaktadır. Bununla birlikte, iktibaslar sanatsal bir şekillendirmenin aracı olarak kullanıldığı ve bu iktibas amacı mümkün bir süsleme fonksiyonuna ağır bastığı müddetçe, geçerli bir iktibas amacının varlığından söz edilebilecektir. Güzel sanat eserlerinde işin niteliği gereği var olan süsleme fonksiyonu kural olarak iktibasın geçerliliğini etkilemeyecektir. Ancak bu husus her bir somut olayın özelliği bakımından değerlendirilmelidir⁸⁴⁵

Buna karşılık özellikle dil ile ifade edilen eserlerden, salt sanatsal amaçlarla yaratılmayıp, aynı zamanda kullanıma yönelik olarak yaratılan güzel sanat eserlerine, örneğin tekstil ve moda tasarımları, reklâm, kapak veya afiş çizimleri gibi kullanım amacı takip eden sanat eserlerine yapılacak iktibaslarda iktibas amacını belirleme bakımından daha dikkatli davranılmalıdır.

Bu noktada iktibas ile kendisine iktibas yapılan eserde takip edilen kullanım amacı arasında basit bir bağlantı kurulması yeterli sayılmamalıdır⁸⁴⁶. LG München I bir kararında, şiir niteliğindeki bir eserin, bir kentin Turizm Bilgi Bürosunun duvarına iktibasını, burada, iktibas ile iç mimari niteliğindeki esere bir bağlantı kurulmayıp, sadece kullanım amacını destekleyen bir iç bağlantı kurulduğunu ifade ederek, söz konusu kullanımı iktibas serbestisine ilişkin hükümler çerçevesinde geçerli görmemiştir⁸⁴⁷.

⁸⁴⁵ **Kakies**, s. 94.

⁸⁴⁶ **Hertin, (Hertin/Schulze/Walter**, Kommentar zum deutschen Urheberrecht), § 51, s. 37, nr.94.

⁸⁴⁷ LG München I kararında, fikir ve sanat eserleri hukukunca koruma konusu olan şiir satırlarının, München kent Turizm bilgi bürosunun duvarında kullanılmasının iktibas serbestisi kapsamında kabul edilip edilemeyeceği ile ilgili olarak; iktibasın geçerli olabilmesinin kendisine iktibas yapılan mimari eserle iktibas edilen şiir satırları arasında bir iç bağlantı kurulmuş olmasına bağlı olduğunu; ayrıca kendisine iktibas yapılan ürünün de fikir ve sanat eserleri hukukunca korunan bir eser niteliğine sahip olması gerektiğini; mekân gruplarının iç mimarisel tasarımının fikir ve sanat eserleri korumasından yararlanması durumunda dahi, bu korumanın mimari tasarımla sınırlı olduğu ve odaların somut kullanım şekli yoluyla bir genişleme bulamayacağını; odanın tasarımının koruma konusu bir güzel sanat eseri oluşturabilmekle birlikte, odaların şehrin turizm bilgi bürosu olarak kullanılması ile iktibas arasında dâhili bir bağlantı olamayacağını ve iktibas amacının yerine getirilip getirilmediğinin belirlenmesinde bundan dolayı odaların kullanım şeklinin dikkate alınmayacağını belirtmiştir. Kararda iktibasın ne odanın bölümlendirilmesinde, renklendirilmesinde, kullanılan mimari malzemelerde, mobilyaların şeklinde ve diğer iç mimarisel tasarım unsurlarına hizmet ettiği ne de odanın şekillendirilmesinde bir slogan olarak da kullanıldığı ve bundan dolayı da kendisine iktibas yapılan mimari eserle iktibas edilen şiir satırları arasında dahili bağlantının, üretilmeyeceği ifade edilmiştir. Mahkeme kararında duvar yazılarının odayı süslemek ve orijinal bir şekilde turist bilgi odası olarak kullanılması yoluyla turistlerin bu duvar yazıları aracılığıyla şehirdeki edebi faaliyetlere dikkatlerinin çekilmesini desteklediğini ifade etmekle birlikte, bu amacın eser sahibinin haklarını ihlale izin verilmesini haklı kılmayacağını ifade etmiştir. LG München I, NJW 1999, Heft 27, s. 1978.

Belirtmek gerekir ki, özellikle pratik ihtiyaçları karşılamaya yönelik uygulamalı sanat eserlerinde, iktibas konusu eserin sahibinin mali menfaatlerinin zedelenmesi olasılığı klasik güzel sanat eserlerine nazaran daha çok imkân dâhilinde olacaktır. Bu eserlerde hususiyet ve estetik değere nadiren rastlanmakla birlikte, bu koşulları yerine getirmeleri durumunda, çoğu kez seri üretim halinde piyasaya sürüleceklerinden, bu eserlere sanatsal amaçlarla bir iktibas yapılmış olsa bile, bu kullanımın aynı zamanda somut olayın özelliğine göre iktibasa konu eser ile doğrudan bir rekabete girerek, kendisinden iktibas yapılan eserin piyasa şansını azaltmaması gerektiği hususu dikkate alınmalıdır.

II. BİLİMSEL NİTELİK TAŞIMAYAN SINEMA ESERLERİNE İKTİBAS

A. Sinema Eseri Kavramı

Sinema eserleri, FSEK madde 5’de, “*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 dizisi*” olarak tanımlanmıştır(FSEK madde 5). 5224 sayılı Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılması ile Desteklenmesi Hakkında Kanunda⁸⁴⁸ “sinema eseri” kavramı için doğrudan bir tanım bulunmamakla birlikte, Kanunun üçüncü maddesinin “b” bendinde, sinema filmi, “*sinema sanatına özgü dil ve yöntemlerle meydana getirilen belgesel, kurgu, animasyon ve benzeri türlerde; konulu veya konusuz, uzun veya kısa metrajlı, tespit edildiği materyale bakılmaksızın elektronik, mekanik veya benzeri araçlarla gösterilebilen, sesli veya sessiz, birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisinden ibaret filmler*” olarak tanımlanmıştır. FSEK’de sadece dar anlamda sinema sanatına ilişkin filmler değil, bunun dışında kalan diğer filmler de eser sayılmakla birlikte, 5224 sayılı Kanunda sadece sinema sanatına ilişkin filmler koruma kapsamına alınmıştır⁸⁴⁹.

⁸⁴⁸ RG 21.7.2004, S. 25529.

⁸⁴⁹ Kılıçoğlu, s. 134.

UrHG madde 2/f. 1-b. 6'da ise, film eserlerine benzer şekilde meydana getirilen eserler de dâhil olmak üzere, *film eserleri* koruma konusu eser türleri arasında sayılmıştır. FSEK'de ise UrHG'den farklı olarak “film eseri-filmwerk” kavramı değil, “sinema eseri” kavramı kullanılmıştır. Kanımızca FSEK'de de “film eserleri” kavramının kullanılması yerinde olurdu. Zira FSEK'in sinema eserlerini tanımlayan beşinci maddesinde, her nevi bedii, ilmi, öğretici veya teknik mahiyette olan veya günlük olayları tespit eden *filmler* veya sinema *filmlerinden* bahsedilmektedir. Bu açıdan FSEK kapsamında koruma konusu olabilecek bir sinema eserinin mutlaka sinema sanatına özgü bir şekilde sinema filmi olarak meydana getirilmiş olması gerekli değildir. Sinema eseri ifadesi ise, ilk bakışta sinema sanatına özgü bir yaratmanın gerekli olduğu kanısını uyandırdığından, burada sinema sanatına özgü filmleri yani sinema filmlerini ve bunun dışında kalan ve eser olma niteliğini kazanabilecek filmleri kapsayacak şekilde film eseri kavramının kullanılması daha uygun düşmektedir.

Belirtmek gerekir ki, film kavramı ile film eseri kavramı da aynı anlama gelmemektedir. “Film” kavramı öncelikle fotoğraf ve sinema çekimlerinin tespit edildiği ortamların ortak adıdır. Film, sinema çekimleri için duyarlı bir katmanla kaplanmış plastik bir maddeden yapılmış bükülgen bir yaprak, makara, şarjör ve şerit biçimindeki materyale verilen isimdir⁸⁵⁰. Film kavramı aynı zamanda hukuki bir terim olmayıp, ticari amaçlı sinema filmleri ile kültür, çizgi, doğa, reklâm vs. filmlerini ve belgeselleri, günlük olayları ve icraları tespit eden çekimleri, video filmleri ile oyunlarını, hiçbir değere sahip olmayan veya sadece pornografiye odaklanmış yapımları çatısı altında toplayan bir üst kavram olup, “sinema eseri” kavramı filmlerin bir bölümünü oluşturur ve diğerlerinden “eser” niteliği ile ayrılır. Eser niteliği taşımayan filmler kural olarak fikri hukukun koruma konusunu oluşturmazlar. Ancak bunlardan bağlantılı haklar kapsamında koruma konusu olabilecekler FSEK madde 80 kapsamında korunurlar⁸⁵¹.

⁸⁵⁰ Ateş, (Eser), s. 259.

⁸⁵¹ Ateş, (Eser), s. 260. Bu kapsamda televizyon kuruluşlarının ve film yapımcılarının bağlantılı hakları söz konusu olabilir (FSEK madde 80). Bununla birlikte bizim de katıldığımız görüşe göre, ortada bir eser olmadığında, bu eser sahibinin haklarına bağlantılı haklardan da söz edilemeyeceğinden, burada örneğin televizyonda yayınlanan bir programın eser niteliği taşıması gerekir, Arkan, s. 175. Televizyon yayınının FSEK'de sayılan eser türlerinden birini kapsamaması durumunda, ancak FSEK madde 84/f.3 hükmüne dayanılabilir.

Sinema eserlerinde ifade aracı, örneğin ilim ve edebiyat eserlerinde olduğu gibi sözlerden veya güzel sanat eserlerinde olduğu gibi çizgi ve şekillerden değil, aksine zaman itibarıyla birbirini belli süratle takip etmekte olan resimlerden ibarettir⁸⁵². Nitekim FSEK madde 5’de de sinema eserinin belirleyici unsuru, *sesli veya sessiz, birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisi* olarak belirtilmiştir.

Buna göre sinema eserlerinde ifade aracı hareketli resimlerdir⁸⁵³. Sinema eserlerinde resim ve/veya ses dizisi ile hareketli bir olay akışının izleyicilerle paylaşılması söz konusudur⁸⁵⁴. Resimlerin bu şekilde arka arkaya sıralanması yoluyla, tek tek resimlerde bulunmayan bir içerik ortaya çıkarılmaktadır. Sinema eserleri de kendine has bu ifade vasıtası nedeniyle bağımsız bir eser niteliğine sahiptir⁸⁵⁵.

FSEK madde 5’de her nevi bedii, ilmi, öğretici veya teknik nitelikte 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 görüntü dizileri, “sinema eserleri” kapsamında sayılmıştır. FSEK madde 5’de sinema eserleri kapsamında sayılan film türleri örnekseyici niteliktedir⁸⁵⁶. Zira bir fikri ürünün sinema eseri sayılabilmesi sinema eserinin içeriğine bağlı değildir⁸⁵⁷. Yine teknolojik gelişmelere paralel olarak ortaya çıkması mümkün olan yeni alt grupların da sinema eseri sayılması, sinema eseri niteliğine sahip olma koşullarını taşıdıkları sürece mümkün olacaktır⁸⁵⁸.

⁸⁵² **Özcan**, (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 146.

⁸⁵³ **Kınacıoğlu, Naci**, Sinema Eserleri ve Bunlarda Eser Sahipliği, Prof.Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara, 1998, s. 210: Bu eserlerde eserin içeriği birden çok resme suni bir hareketlilik, canlılık kazandırılması yoluyla oluşturulur. Nitekim tek bir fotoğraf ilmi veya teknik nitelikte ise ilim ve edebiyat eseri(FSEK madde 2); estetik niteliğe sahipse güzel sanata eseri olarak korunurken, sinema eserinde ise tek bir fotoğraf değil aksine birbirini izleyen resimler önemlidir.

⁸⁵⁴ **Bullinger, (Wandtke/Bullinger)**, Praxiskommentar zum Urheberrecht), § 2, s. 83, nr. 120.

⁸⁵⁵ **Özcan**, (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 146.

⁸⁵⁶ **Akkayan Yıldırım, Ayça**, 4630 Sayılı Kanun Değişikliği ve Gelişmeler Işığında “Sinema Eseri” ve ‘Sinema Eseri Sahipliği’, Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, C.1, İstanbul, 2001, s. 11; **Ateş**, s. 263; **Kılıçoğlu**, s. 134; **Genc, Arzu**, Sinema ve Müzik Eserleri Açısından 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile 3257 Sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu’nun Karşılaştırılması, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C.II, İstanbul, 2003, s. 259, “gibi” ibaresi ile eser türlerindeki sayımın sınırlı olmadığı vurgulandığı yolunda.

⁸⁵⁷ **Loewenheim, (Schricker)**, Urheberrecht), § 2, s. 127, nr. 181; **Ateş**, (Eser), s. 262.

⁸⁵⁸ **Akkayan Yıldırım**, s. 11.

FSEK madde 5 kapsamında bir sinema eserinden söz edebilmek için, söz konusu filmin yaratıcısının hususiyetini taşıyan bir fikri ürün olması gerekir⁸⁵⁹. Sadece belli bir şemaya göre bir takım resimlerin arka arkaya sıralanması veya bir olayın tabi akışı içerisinde aynen gösterilmesi, bir filme sinema eseri niteliğini kazandırmaz⁸⁶⁰. Bu noktada günlük ya da haftalık aktüalite programları gibi güncel olaylar hakkındaki televizyon haberleri⁸⁶¹, sportif faaliyetler, politik toplantılar hakkında aktüel röportajlar, spor olaylarını, konferans, konferans, nutuk vs. gibi olayları gösteren filmler; tiyatro ve opera icralarının filme alınması veya canlı yayımla iletilmesi⁸⁶² *çoğunlukla*⁸⁶³ sinema eseri niteliğine sahip olamayacaktır. Burada her bir somut olaya göre değerlendirme yapılarak, görüntü dizisinin hususiyet taşıyıp taşımadığına göre, sinema eseri niteliği taşıyıp taşımadığına karar vermek gerekir.

Bu noktada önemli olan resim ve/veya ses dizisinin hususiyet taşıyan bir yaratım olup olmadığıdır. Unsurların seçilmesi, düzenlenmesi ve bir araya getirilmesi, yine münferit resim dizilerinin bir araya getiriliş şeklinin hususiyet taşıyan fikri bir yaratım niteliği göstermesi durumunda artık film eseri niteliği kabul edilecektir⁸⁶⁴. Öğretide, hususiyet taşıyan bir sinema eserinden bahsedebilmek için, sinema tekniğinin kullanılışı, yakın ve uzak plan çekimler, yönetmen ve

⁸⁵⁹ Öğretide, FSEK madde 8/f.3'de sinema eseri sahibi olarak sayılan kişilerden en az birinin yaratıcı emeği sonucunda eserle arasında oluşturduğu aidiyet duygusu dolayısıyla gelen hususiyetin bu anlamda sinema eseri için aranan hususiyet koşulunu yerine getirmek hususunda yeterli sayılmasının Kanunun lafzına ve ruhuna uygun bir yorum olacağı hususunda, **Tosun, Yalçın**, Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları, İstanbul, 2009, s. 75.

⁸⁶⁰ **Öztañ**, (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 148.

⁸⁶¹ Günlük olayları tespit eden filmler çoğu kez sinema eseri niteliğine sahip olmasa da, FSEK madde 5 kapsamında sadece estetik, ilmi, öğretici veya teknik nitelikteki veya sinema filmi niteliğindeki filmler değil, aynı zamanda günlük olayları tespit eden filmlerin de sinema eseri sayılabileceği düzenlenmiş olduğundan, günlük bir olayı naklediyor olsa bile sahibinin hususiyetini taşıyor olması kaydıyla bu görüntü dizilerinin de sinema eseri sayılması mümkün olabilir.

⁸⁶² **Katzenberger, Paul, (Schricker, Gerhard**, Urheberrecht, München, 2006), §95, s. 1820, nr.9; **Öztañ**, (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 148.

⁸⁶³ Belirtmek gerekir ki, FSEK'in 5'inci maddesinde 4630 sayılı Kanun ile yapılan değişikliktten önce sırf beste, nutuk, konferans vs. yi nakle yarayan filmlerin sinema eseri sayılmayacağı ifade edilmişti. Bu düzenleme 4630 sayılı Kanunla kaldırılmıştır. Zira her ne kadar bu tür filmlerin genellikle hususiyet taşımayacağından söz edilebilirse de, konser veren bir orkestranın veya bildiri sunan bir bilim insanının sinema tekniğine ait usuller kullanılarak ve yaratıcıların hususiyeti katılarak filme alınması durumunda ortaya, bir sinema eseri çıkabilecektir, Bkz. **Akkayan Yıldırım**, s. 8. örneğin bir konser nakledilirken yakın plan çekimlerle şef veya müzisyenlerin de hareketlerinin gösterilmesi ve müziğe artistik bir görünümün eşlik etmesi sağlanıyorsa, bir sinema eserinden söz edilebileceği yönünde, **Erel**, (Fikri Hukukta Müzik ve Sinema Eserleri), s. 540.

⁸⁶⁴ Bkz. **Lütje, Stefan (Nicolini, Käte/ Ahlberg, Hartwig**, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz, 2. Auflage, München, 2000), §95, s. 877, nr. 3.

kameramanın teknik çalışmaları, renk ve ışıklandırma, sahnelerin kompozisyonu ve akışı gibi sinema sanatının teknik yönlerine ilişkin hususların özellik göstermesi gerektiği ifade edilmiştir⁸⁶⁵.

Kayıt teknikleri veya kayıt cihazlarının niteliği sinema eseri niteliğinin kazanılmasında önemli değildir. Sadece selüloit madde üzerine yapılan tespitler değil; manyetik bir banda elektromanyetik bir şekilde veya dijital veya diğer yeni tür bir tespitte sinema eseri kapsamında değerlendirilebilir⁸⁶⁶. Televizyon filmleri de sinema eseri kapsamında değerlendirilir. Sinema eseri niteliğinin kazanılması için bir kayıt aracına maddi bir tespit yapılmış olması gerekli olmayıp, televizyon canlı yayınları da koruma konusu olabilirler⁸⁶⁷. Nitekim fikir ve sanat eserleri hukukunun koruması bakımından, ifade ediş aracının geçiciliği ya da sürekliliği önemli olmadığı gibi, kullanılan teknik araçlar da önemsizdir⁸⁶⁸.

Öğretide sinema eserinden söz edebilmek için FSEK madde 8/f.3’de belirtilen sinema eseri sahiplerinin hepsinin bulunmasına gerek olmasa da, yönetmen ve senaryo yazarının bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Ancak buradaki senaryo

⁸⁶⁵ **Erel**, (Fikir ve Sanat Hukuku), s. 74; **Akkayan Yıldırım**, s. 8; **Tosun**, s. 77.

⁸⁶⁶ **Loewenheim**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 2, s. 127, nr.181; **Genç**, s. 260; **Akkayan Yıldırım**, s. 6.

⁸⁶⁷ **Loewenheim**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 2, s. 127, nr.181; **Bullinger**, (**Wandtke/Bullinger**, Praxiskommentar zum Urheberrecht), § 2, s. 83, nr. 121; **Ulmer, Eugen**, Zitate in Filmwerken, GRUR 1972, Heft 5, s. 325, (anılış:Filmzitat). Hukukumuzda “televizyon eseri” adı altında ayrı bir eser türü kabul edilmemiştir. Televizyon, hareketli ya da sabit görüntülerin kablo ya da elektromanyetik dalgalar aracılığıyla iletilmesine dayanan bir iletişim yöntemi ve araçtır. Görüntüler algılandıkları anda bir ekranda yeniden oluşturulabilecekleri gibi, saklanmak üzere kayıt ve tespit de edilebilirler, **Ateş**, (Eser), s. 275. Televizyon yayınları bakımından bunların önceden çekilen dizi ve sinema filmlerinden oluşmaları durumunda eser sahiplerinin hususiyetini taşımak koşuluyla zaten sinema eseri sayılacakları; bu açıdan televizyon eserlerinin sadece canlı yayınlardan oluşacağı ifade edilmiştir. **Akkayan Yıldırım**, s. 10; **Genç**, s. 262; Sinema eserlerinde aranan ölçü ve esasların bulunması koşuluyla “canlı” televizyon eserleri de sinema eseri olarak kabul edileceği öğretide ifade edilmiştir, **Gökyayla**, s. 104–105; **Akkayan Yıldırım**, s. 10. Televizyon yayınlarının ancak canlı yayına konu olmamaları durumunda sinema eseri sayılacağını söylemenin isabetli olmayacağı yönünde, **Tosun**, s. 153; Kanımızca, hukukumuzda televizyon eserleri adı altında ayrı bir eser türü düzenlenmediğinden, ister daha önceden tespit edilmiş bir film olsun isterse canlı yayın niteliğinde olsun, televizyon eserleri de sinema eseri sayılma koşuluna sahip olmak kaydıyla sinema eseri niteliğine sahip olacaktır.

⁸⁶⁸ **Rehbinder**, s. 85, nr. 210; **Öztaş**,(Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 150–151. FSEK’in sinema eserlerini düzenleyen beşinci maddesinde yer alan ifade her ne kadar, sinema eserinin varlığından söz edebilmek için hangi materyale olduğu önemli olmaksızın tespit edilmiş olması gibi bir izlenim uyandırır da, belirtildiği üzere FSEK kapsamında eser niteliğinin kazanılmasının, böyle bir tespit koşuluna bağlanması söz konusu olmamalıdır. Öğretide, tespit edilme koşulunun, “tespit edilebilir ve yeniden gösterilebilir olmaya müsait olma” şeklinde anlaşılması ve televizyon canlı yayınları bakımından tespit edilebilir olmanın tespit koşulunu yerine getirdiği kabul edilerek, sinema eseri sayılma koşullarını taşımaları durumunda sinema eseri olarak sayılmaları gerektiği ifade edilmiştir. **Tosun**, s. 154–155.

kavramının geniş olarak düşünülmesi gerektiği de belirtilmiştir⁸⁶⁹. Kanımızca sinema eseri sayılma için mutlaka önceden kaleme alınmış bir senaryonun bulunmasının aranması koşul olarak kabul edilmemelidir. Burada salt bir yönetmenin varlığının yeterli olarak kabul edilmesi gerekir. Nitekim yönetmenin bir canlı yayın esnasında, önceden kaleme alınmış bir senaryoya bağlı olmaksızın, o anda, hususiyet taşıyan bir hareketli görüntü dizisine vücut vermesi mümkündür⁸⁷⁰. Sinema eserlerinin temel ayırt edici niteliğinin, hareketli görüntü dizilerinde bulunduğu göz önüne alındığında, hali hazırda mevcut bir senaryo olmasa bile, yönetmenin hususiyetini taşıyan bu tür ürünlerin, sinema eseri niteliğine sahip olabileceğinden söz etmek gerekir.

Buna göre televizyon canlı yayınları da, hareketli resim dizileri aracılığıyla bir hususiyet gösterdikleri sürece sinema eseri olarak sayılmalıdır⁸⁷¹.

B. Sinema Eserlerine İktibas

1. Bilimsel Nitelikteki Sinema Eserlerine İktibas

FSEK madde 35/f.1-b. 3’de, alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ve yayımlanmış diğer eserlerin amacın haklı göstereceği bir nispet dâhilinde ve içeriğini aydınlatmak amacıyla bilimsel nitelikte bir esere iktibas edilebileceği düzenlenmiştir. Bu bentte bilimsel eserin türü hakkında bir sınırlandırma yapılmadığından, bir sinema eserinin bilimsel nitelik taşıması durumunda⁸⁷², söz konusu sinema eserine FSEK madde 35/f.1-b. 3 kapsamında başka eserlerden büyük iktibas yapılması mümkün olacaktır. FSEK madde 35/f.1-b. 3 kapsamında kendisinden iktibas yapılacak eser türleri bakımından da bir sınırlandırma getirilmediğinden, bilimsel bir sinema eserine, bir ilim ve edebiyat eserinden(FSEK madde 2), bir müzik

⁸⁶⁹ **Tosun**, s. 86–87;senaryo yazarı ve yönetmeden olmadan bir sinema filminin düşünülemediği yönünde, **Tekinalp**, s. 119, nr. 55.

⁸⁷⁰ Öğretide televizyonda canlı yayımlanan açık oturum, haber bülteni, röportajları konu alan televizyon programları bakımından, bunların genel olarak bir yönetmene sahip olma koşunu yerini getirdiklerinden söz edilebilmekle birlikte, yönetmen dışında, bir senaryo yazarına sahip olma koşulu bakımından problemliler ifade edilmiş ve bu tür eserlerin, sinema eseri sayılmak için gerekli bulunan, senaryo yazarı ve bir senaryoya sahip olma koşulunu yerine getirmediğinden bahsederek, bu tür yayınların eser olarak FSEK kapsamında korunmayacağını ve ancak TTK’nın haksız rekabete ilişkin hükümlerine ve yayın olarak koruma imkânına sahip olacakları ifade edilmiştir, **Tosun**, s. 202–203.

⁸⁷¹ **Rehbinder**, s. 85, nr. 211.

⁸⁷² Nitekim FSEK’in, sinema eserlerini düzenleyen beşinci maddesinde de, açıkça ilmi nitelik gösteren sinema eserlerinden söz edilmektedir.

eserinden(FSEK madde 3), bir güzel sanat eserinden(FSEK madde 4) veya aynı nitelikte bir sinema eserinden(FSEK madde 5) iktibas yapılması mümkündür. Bu konuda özellikle bilimsel nitelik taşıyan belgesel niteliğindeki sinema filmlerine iktibas yapılması örnek olarak gösterilebilir.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere popüler bilimsel eserler de bilimsel eser kapsamında değerlendirilecektir. Ancak bu tür eserlerde eğlence amacının üstün olmaması gerekmektedir. Eğlence amacı üstün olduğunda bu tür eserler bilimsel niteliğini kaybedecektir. Bu açıdan örneğin televizyonda yayınlanan bilgi yarışmaları popüler bilimsel eser niteliği göstermeyecektir⁸⁷³.

2. Bilimsel Nitelik Taşımayan Sinema Eserlerine İktibas

Sinema eserinin bilimsel nitelik taşıması durumunda ise, bu eserlere iktibas yapıp yapılamayacağı ile ilgili açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Nitekim FSEK madde 35/f.1-b.1’de sadece “ilim ve edebiyat” eserlerine iktibasa izin verilmiştir. Sinema eserleri ise ilim ve edebiyat eserleri(FSEK madde 2) içerisinde değil, FSEK madde 5’de ayrı bir eser türü olarak düzenlenmiştir. FSEK madde 35/f.1-b. 2’de ise sadece müzik eserlerine yapılacak iktibaslar düzenlenmiştir. FSEK madde 35/f.1-b.3’de de sadece bilimsel eserlere yapılacak iktibas düzenlendiğinden, bilimsel nitelik taşımayan sinema eserlerine diğer eserlerden iktibas yapıp yapılamayacağı hususu bir soru olarak ortaya çıkmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, FSEK’de kendisine iktibas yapılabilecek eser türleri arasında sayılmayan sinema eserleri, kendisinden iktibas yapılan eser olarak iktibasa konu olabilecektir. Zira FSEK madde 35/f.1-b.3’de bilimsel eserlere yapılacak iktibaslarda, kendisinden iktibas yapılabilecek eser türleri bakımından bir sınırlandırma getirilmediğinden, sinema eserlerinden de bilimsel eserlere iktibas yapılabilecektir. Buna karşılık bilimsel nitelikte olmayan ilim ve edebiyat eserlerine sinema eserlerinden iktibas yapılması hakkında FSEK madde 35/f.1-b. 1’de yer alan küçük iktibasa ilişkin düzenleme uygulama alanı bulacaktır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere FSEK madde 35/f.1-b. 1’de düzenlenen bir eserin bazı cümle ve fıkraları, ibaresinin bir eserin bazı parçalarından iktibas yapılabileceği şeklinde

⁸⁷³ Brauns, s. 42.

yorumlanması gerekecektir. Bu kapsamda bir sinema eserinin parçasının da FSEK madde 35/f.1-b. 1 kapsamında iktibasa konu olması mümkündür. Zira kendisinden iktibas yapılabilecek eser türlerinin sadece dil ile ifade edilen eserlerle sınırlandırılması, iktibas serbestisine ilişkin düzenlemelerin temelinde yatan toplumun kültür ve bilim hayatının gelişmesinin desteklenmesindeki amaca uygun olmayacaktır. Söz konusu amacın gerçekleştirilmesi için sadece dil ile ifade edilen eserlerden değil, diğer tüm eser türlerinde de iktibas yapılabilmesi gerekir.

Belirtmek gerekir ki, bir sinema eserinin münferit resimleri, sinema eserinin önemli parçaları olup, bu resimler, bağımsız olarak değerlendirilebildikleri takdirde film parçaları olarak değil, fotoğraf olarak korunurlar⁸⁷⁴. Sinema eserlerinin sahnelerine ilişkin münferit karelerinin resimleri sinema eserinin bir parçasını oluşturmazlar. Bu açıdan bir sinema eserinin bir sahnesinin fotoğrafının, diğer eserlere iktibas edilmesinde, bir sinema eserinin parçasının iktibasından söz edilmez. Burada resim ilmi veya teknik nitelikte ise ilim ve edebiyat eseri (FSEK madde 2/f.1-b. 3) ya da estetik niteliği bulunmakta ise bir güzel sanat (FSEK madde 4) eserinden iktibas yapıldığından söz edilecektir⁸⁷⁵.

Buna karşılık bilimsel nitelik taşımayan sinema eserlerine iktibasın mümkün olup olmadığı bakımından öncelikle öğretilerde bu hususta ileri sürülen görüşlere değinmek gerekir.

a. Öğretilerde İleri Sürülen Görüşler

Öğretilerde ise sinema eserlerine özellikle FSEK madde 35/f.1-b.1 kapsamında başka eserlerden iktibas yapılması genel olarak kabul görmemektedir.

Arslanlı, küçük iktibas kapsamında iktibas yapabilecek eserlerin sadece ilim ve edebiyat eserleri ile sınırlı olduğunu ve diğer eser türlerine bu madde kapsamında iktibas yapılamayacağını ifade etmiştir⁸⁷⁶. *Erel*, FSEK madde 35/f.1-b. 1 kapsamında kendisinden iktibas yapılacak eserler gibi kendisine iktibas yapılacak eserlerin de ilim ve edebiyat eseri niteliğinde olması gerektiğini ifade etmiştir⁸⁷⁷. Buna göre

⁸⁷⁴ **Öztaş**,(Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 146.

⁸⁷⁵ Bkz. **Genç**, s. 257; Bkz. LG Berlin, ZUM 2000/6, s. 513 vd.

⁸⁷⁶ **Arslanlı**, s. 136.

⁸⁷⁷ **Erel**, (Fikir ve Sanat Hukuku), s. 256.

öğretilerde genel olarak sinema eserlerine FSEK madde 35/f.1-b. 1 kapsamında iktibas yapılmasının kabul edilmediği görülmektedir.

Alman hukukunda ise durum farklıdır. UrHG'nin iktibas serbestisini düzenleyen 51'inci maddesinin, 26.10.2007 tarihli Bilgi Toplumunda Eser Sahibi Haklarının Düzenlenmesine İlişkin İkinci Kanun çerçevesinde yapılan değişiklikten önceki metninde de bilimsel nitelik taşımayan sinema eserlerine iktibas imkânı açıkça kabul edilmemişti. Zira UrHG madde 51/1 kapsamında, bilimsel eserin niteliği bakımından bir sınırlandırma getirilmediğinden, bilimsel nitelik taşıyan film eserlerine iktibas söz konusu olabilmekle birlikte; bilimsel nitelik taşımayan film eserlerine iktibas bakımından UrHG madde 51/2'nin sadece "dil ile ifade edilen eserlere-sprachwerke" iktibasa izin vermesinden dolayı, film eserlerine de bu düzenleme kapsamında iktibas yapıp yapılamayacağı tartışma konusu olmuştur.

Bununla birlikte, Alman öğretisi ve yargısı, UrHG'nin iktibas serbestisini düzenleyen 51'nci maddesinde 26.10.2007 tarihli Bilgi Toplumunda Eser Sahibi Haklarının Düzenlenmesine İlişkin İkinci Kanun çerçevesinde yapılan değişiklikten önce de, sinema eserlerine iktibas yapılması imkânını, dayandıkları gerekçeler farklı olmakla birlikte genel olarak kabul etmekte idi. UrHG'nin iktibas serbestisine ilişkin 51'nci maddesine, 26.10.2007 tarihli Bilgi Toplumunda Eser Sahibi Haklarının Düzenlenmesine İlişkin İkinci Kanun ile "birinci fıkra" halinde eklenen genel hükümde kendisine iktibas yapılacak eser türleri bakımından bir sınırlandırmaya gidilmeyip, genel nitelikte bir düzenleme yapıldığından Alman hukukunda sinema eserlerine de iktibas artık doğrudan kanuni düzenleme çerçevesinde mümkün olacaktır. Nitekim söz konusu değişikliğin gerekçesinde de, Alman Federal Mahkemesi'nin hali hazırda sinema eserlerine iktibas imkânını tanıdığı ifade edilmiştir.

Yukarıda belirttiğimiz üzere UrHG madde 51'de yapılan değişiklikten önce de öğreti ve yargı kararlarında film eserlerine iktibas imkânı genel olarak kabul edilmekle birlikte, bu kabulün dayanağı farklı şekillerde gerekçelendirilmekte idi⁸⁷⁸.

⁸⁷⁸ Buna karşılık, UrHG madde 51/2 kapsamında kendisine küçük iktibas yapılabilecek eserlerin sadece dil ile ifade edilen eserler olduğu ve bu hükmün diğer eser türleri ve bu arada sinema eserleri bakımından uygulama bulamayacağı ve bu bakımdan sinema eseri ile bağlı eser niteliğinde(UrHG madde 9) olan müzik eseri kapsamında olmadığı sürece, müzik eserlerinden sinema eserlerine iktibas yapılamayacağı görüşü için Bkz. **Gamm**, § 51, s. 551, nr.12.

Bir görüş, UrHG madde 51/2'nin, film eserleri bütün bir sanat eseri olarak daima dil ile ifade edilen eserleri de (Sprachwerke) kapsayacaklarından, film eserlerine iktibas hakkında da doğrudan doğruya uygulanabileceğini ifade etmekte idi⁸⁷⁹.

Bir görüş ise, sinema eserlerine iktibasta uygulanması gereken hükümleri, sinema eserlerinin müziği ve metni ile sinema eseri arasındaki eser sahipliği türüne göre ayırım yapmak suretiyle belirleme yoluna gitmişti⁸⁸⁰. Bu görüş, sinema eseri ile müziği arasında sadece UrHG madde 9 kapsamında bağlı eser-paylı eser sahipliği(Werkverbindung) ilişkisi bulunduğunu kabul ettiğinden, sinema eserinin müziğine başka müzik eserlerinden UrHG'nin müzik iktibasları düzenleyen 51'nci maddesinin üçüncü bendi kapsamında iktibas yapılabileceğini⁸⁸¹; sinema eseri ile metni arasında ise UrHG madde 8 kapsamında el birliği/iştirak halinde eser sahipliği (werkeinheit) ilişkisi bulunduğundan burada UrHG madde 51/2 de düzenlenen küçük iktibasa ilişkin hükmün ancak *kıyas* yoluyla uygulanmasının mümkün olduğunu ifade etmişti⁸⁸².

Diğer bir görüşe göre ise burada film eserine dayanak teşkil eden eserlerde hali hazırda ortaya çıkan ve bu şekilde müteakip olarak filmde kullanım bulan iktibaslarla; sadece sinema eserinin kendisinde kullanılmış bulunan iktibaslar arasında bir ayırım yapılmalıdır. İlk grup iktibasa özellikle hali hazırda senaryoda ortaya çıkan dil ile ifade edilen iktibaslar veya film müziğindeki müzik iktibasları örnek olarak verilebilir. Diğer gruba giren iktibaslar ise sadece son ürün olan sinema eserine yapılan iktibaslardır. Bu gruptan özellikle dar anlamda sinema iktibası olarak da adlandırılan, bir sinema eserinin bir parçasının başka bir sinema eserine iktibas

⁸⁷⁹ Vinck, Kai (Fromm, Friedrich Karl/Nordemann, Wilhelm, Urheberrecht, 9. Auflage, Stuttgart 1998), § 51, nr. 7; LG München I'de "Monitor" kararında bu görüşe atf yaparak, bir televizyon programında gösterilen fotoğraflarla ilgili olarak, televizyon programının bütün bir sanat eseri olarak aynı zamanda dil ile ifade edilen eserleri de kapsadığından, UrHG madde 51/2'nin burada kıyasen değil, doğrudan uygulanabileceğini kabul etmişti. LG München I, AfP, 1984/2, s. 119.

⁸⁸⁰ Zira sinema müziklerinden ve sinema eserinin metninden yapılacak iktibaslarda da, uygulanacak hükümlerin, sinema eseri ile sinema müziği ve metni arasındaki ilişkiye göre belirleneceği ifade edilmiştir. Sinema müziği veya sinema metni ile sinema eseri arasında bağlı/paylı eser sahipliği(UrHG madde 9) ilişkisinin bulunması durumunda, iktibas sadece sinema eserinden ayrı olarak var olan eser sahibi haklarını ihlal edeceğinden, sinema müziklerinden iktibasta genel hükümlere(UrHG madde 51/2-3) başvurulacaktır. Ekrutt, s. 36, 41; Buna karşılık el birliği halinde eser sahipliğinin kabul edilmesi durumunda ise iktibas birlik arz eden bir eserden yani sinema eserinin bir parçasından yapılmış olacaktır, Ekrutt, s. 36, 50.

⁸⁸¹ Ekrutt, s. 107.

⁸⁸² Ekrutt, s. 108, 129.

edilmesi anlaşılmaktadır. Buna göre ilk gruba ait iktibaslarda kendisine iktibas yapılan eserin türüne göre ilgili hükümler uygulanır. Örneğin bir sinema eserinin senaryosu dil ile ifade edilen eser niteliği taşıdığından UrHG madde 51/b.2'deki küçük iktibas ilişkin hüküm doğrudan doğruya uygulama alanı bulabilecek; aynı şekilde film müziği de müzik eseri niteliği taşıdığından bu eserlere yapılacak iktibaslarda UrHG madde 51/b. 3'de yer alan müzik iktibaslarına ilişkin düzenleme doğrudan uygulama alanı bulabilecektir. Kendisine iktibas yapılan eser olarak artık daha önceden var olan dil ile ifade edilen ya da müzik eseri değil de aksine sinema eseri ön planda yer alsa da, UrHG madde 51/b. 2-3'de yer alan eser türlerine dolaylı dayanak halen var olduğundan, bu eserlere yapılan iktibasların sinema eseri içerisinde de kullanılması geçerli olacaktır. Buna karşılık filme dayanak olan dil ile ifade edilen eser ya da müzik eserinde bulunmayıp, sadece sinema eserinin kendisine yapılan iktibaslarda ise UrHG madde 51/2 ve 3 artık doğrudan uygulama alanı bulamayacaktır⁸⁸³.

Buna karşılık diğer bir görüş ise, sinema eserinin, içerisinde bulunan resim, müzik ve dil ile ifade edilen eserlerin bütün bir eser içerisinde birleştiği bağımsız bir eser kategorisi olarak düzenlendiği kabul edildiğinde, iktibasın hali hazırda var olan senaryo ya da film müziği gibi eserlerde yer alıp almamış olmasına bağlı olmaksızın geçerli olması gerekeceği ve buna uygun olarak da sinema eserlerine yapılacak tüm iktibaslarda UrHG madde 51/2'nin doğrudan doğruya değil sadece kıyas yoluyla uygulanabileceğini ifade etmişti⁸⁸⁴.

Alman Mahkemeleri de UrHG madde 51/2 hükmünün kıyasen sinema eserleri hakkında da uygulanacağını kabul etmekte idiler. Alman Federal Mahkemesi bu konuda temel oluşturan kararında, UrHG madde 51/2'nin kıyas yoluyla sinema eserlerine de uygulanacağını kabul etmişti⁸⁸⁵.

⁸⁸³ **Haesner**, s. 855; aynı nitelikte **Seydel**, s. 82; Schulz' da, sinema eserlerinden sinema eserlerine iktibas yapılmasını dar ve gerçek anlamda sinema iktibası olarak değerlendirerek, sinema eserlerinin, farklı eser türlerini bütün bir sanat eseri içerisinde birleştirdiğini, sinema eserinin dayandığı bu eserlere yapılan iktibaslarda genel hükümlerin uygulanacağını ifade etmiştir. Buna göre sinema eserinin dil ile ifade edilen kısımlarına(senaryo gibi) ya da film müziğine iktibas yapılması durumunda UrHG madde 51/b. 2 ve 3'de yer alan düzenlemeler uygulanacaktır. **Schulz**, s. 225.

⁸⁸⁴ **Krüger**,s. 169; özellikle UrHG'nin küçük iktibasa ilişkin 51/2 hükmünün tarihi gelişiminden yola çıkarak, sinema eserleri hakkında da küçük iktibasa ilişkin bu kuralın kıyasen uygulanması gerektiği yönünde, **Ulmer**,(Filmzitat), s. 325-326.

⁸⁸⁵ BGH, GRUR 1987/Heft 6, s. 362 vd. Karara konu olan olayda, davalı radyo-televizyon kurumu üç bölümlük ve Almanya'da sesli filmlerin gelişimi ile ilgili bir televizyon serisinin, 43 dakikalık birinci bölümünde, eski bir macera filminden toplam 5 dakika 37 saniye süren iki parça iktibas etmiştir.

b. Değerlendirme

Sinema eserleri, temelinde, birbirinden farklı birçok eser türüne dayanmakla birlikte, FSEK madde 5’de dayandığı eser türlerinden ayrı ve *bağımsız* bir eser türü olarak düzenlenmiştir. Bir sinema eseri temelinde farklı birçok eser türünü barındırır. Sinema eserinin senaryosu ilim ve edebiyat eseri(FSEK madde 2) kapsamında; sinema eserinin müziği, müzik eseri(FSEK madde 3) kapsamında; sinema eserinde kullanılan dekor, kostüm gibi unsurlar da güzel sanat eseri(FSEK madde 4) kapsamında değerlendirilebilir. Bununla birlikte, sinema eseri FSEK madde 5’de dayandığı eser türlerinden bağımsız ayrı bir eser olarak düzenlenmiştir.

Sinema eserlerinde eser sahipliği hususu öğretide tartışmalıdır. Nitekim birden fazla kişi tarafından meydana getirilen eserler, ya birden fazla kişinin yaratıcı çabalarıyla ayrılmaz bir bütün haline gelen bir eserin oluşmasına katkıda bulunmaları(FSEK madde 10) ya da birden fazla bağımsız eserin birbirine bağlanması(FSEK madde 9) şeklinde ortaya çıkmaktadır Öğretide birden çok kişinin aynı eserin sahibi oldukları bu durum toplu mülkiyet rejimine benzetilerek, birinci

BGH, kararında, sinema eserleri bağımsız bir eser niteliğine sahip olduğundan, sinema eserlerinin bütün bir sanat eseri olarak daima dil ile ifade edilen eserleri de kapsayacağını kabul edilemeyeceğini ve bu nedenle UrHG madde 51/2’nin sinema eserleri için doğrudan uygulanamayacağını; ancak söz konusu hükmün sinema eserleri için kıyasen uygulanabileceğini ifade etmiştir. BGH kararında, özellikle sinema eserleri ile dil ile ifade edilen eserlerin arasındaki benzerliklere ve iktibas serbestisine ilişkin düzenlemelerin temelinde yatan, toplumun bilimsel ve kültürel olarak ilerlemesinin ve fikri iletişimin sağlanması amacının UrHG madde 51/2’de ortaya çıkan boşluğun kıyas yolu ile kapatılmasını gerektirdiğini ifade etmiştir. Kararda, iktibas serbestisine ilişkin kuralların eser sahibinin mutlak nitelikteki mali haklarının bir sınırlandırması olarak istisnai nitelikte olmasından dolayı kural olarak dar yorumlanması gerekeceğini ifade etmekle birlikte, bunun, Kanunun hüküm boşluğu içermesi durumunda kıyas yolunu kapatmayacağını ifade etmiş ve UrHG madde 51/2’nin tarihi gelişiminden yola çıkıldığında, kanun koyucunun film eserleri bakımından iktibas bilinçli olarak kabul etmek istemediği yolunda bir niyetinin olmadığını belirtmiştir. Ayrıca iktibas serbestisinin kabul edilmesinin amacın toplumun kültürel ve bilimsel ilerlemesi olduğunu ve bir radyo oyunu ya da bir sahne eseri biçiminde ortaya çıkan dil ile ifade edilen bir eserde iktibas serbestisinin kabul edilip, sinema eserleri için kabul edilmemesi için bir sebep olmadığını; zira toplumun kültürel yaşamının geliştirilmesi amacının her iki eser türünde de aynı şekilde bulunduğunu ifade etmiştir; Alman ilk derece mahkemeleri de film eserlerinde iktibas kabul eden kararlar vermişlerdir; bir gazetede yayımlanan fotoğrafların bir televizyon yayınına iktibas edilmesi ile ilgili olarak, LG Berlin, GRUR 1978, Heft 2, s. 109-110 “Terroristenbild”; UrHG madde 51/2nin sinema eserlerine de kıyasen uygulanacağı yönünde, OLG Köln, GRUR 1994, Heft 1, s. 48, “Filmausschnitte”; LG Frankfurt, bir kararında bir reklam filmi parçasının, reklamla ilgili eleştirel bir haber programına iktibasının konu olduğu bir olayda, UrHG madde 51/2’nin sinema iktibasları için de uygulanabileceğini kabul etmiştir, LG Frankfurt, 1995/4, s. 687–688;bir reklam filminden bir magazin programına iktibasının UrHG madde 51/2’de düzenlenen küçük iktibas kapsamında geçerli olabileceği yönünde, OLG Frankfurt, AfP, 1989/2, s. 553; UrHG madde 51/2’nin kendisine iktibas yapılan eser dil ile ifade edilen eser değil de bir sinema eseri olması halinde de kıyasen uygulanacağı ve buna göre bir televizyon filmine başka bir filmden ya da televizyon programından iktibasın kural olarak mümkün olduğu yönünde, LG Hamburg ,AfP, 1997/6, s. 943.

durum elbirliği mülkiyetine(iştirak halinde mülkiyet) kıyasen “elbirliği(iştirak) halinde eser sahipliği”(FSEK madde 10); ikinci durum ise paylı mülkiyete(müşterek mülkiyet) kıyasen “paylı(müşterek) eser sahipliği”(FSEK madde 9) olarak nitelendirilmektedir⁸⁸⁶.

FSEK madde 9/f.1’de, birden fazla kimselerin birlikte vücuda getirdikleri⁸⁸⁷ eserin kısımlara ayrılması mümkünse, bunlardan her birinin vücuda getirdiği kısmın sahibi sayılacağı düzenlenmiştir. Bu tür eser sahipliğinde, her eser sahibi kendi kısmını diğerinden bağımsız olarak oluşturur ve eser aynı kapak altında ortaya çıkar. Burada bağımsız eserler, niteliklerini bozmadan birbirine bağlanır⁸⁸⁸. Paylı eserleri, el birliği halinde eserlerden ayıran en önemli özellik de bu husustur. Zira elbirliği(iştirak) halinde eserlerde, sadece eserin bütünü bağımsız bir nitelik taşır. Oysa paylı(müşterek) eserlerde, paylı eser sahiplerinden her birinin eserdeki katkısı, bağımsız eser niteliğindedir⁸⁸⁹. Paylı(müşterek) eser sahipliğinden söz edebilmek için birden çok kısımlardan oluşan bir fikir ve sanat eserinin mevcut olması ve bu eserin her kısmının bağımsız bir varlığa ve kendi başına “eser” niteliğine sahip bulunması gerekmektedir⁸⁹⁰. Kısımlara ayrılmayı, parçaların, birbirinden ayrılması veya maddi olarak bölünebilmesi olarak değil, bağımsız olarak da semerelendirilmesi imkânının bulunması olarak anlamak gerekir⁸⁹¹. Paylı eser sahipliğinde herkes kendi vücuda getirdiği kısmın sahibi sayılır. Paylı eserin tamamı üzerinde ise haklar eser sahiplerinin tümüne aittir⁸⁹².

⁸⁸⁶ **Erel**, (Fikir ve Sanat Hukuku), s. 89. Ayiter FSEK madde 9’daki düzenlemeyi “bağlı eser”; FSEK madde 10’da yer alan düzenlemeyi “ortak eser” olarak adlandırmaktadır(**Ayiter**, s. 98); Öztan, FSEK madde 10’da düzenlenen durum için, iştirak halinde eser sahipliği (elbirliğiyle ortaklık, ortak eser sahipliği); FSEK madde 9’da düzenlenen durum için ise “müşterek eser sahipliği (paylı mülkiyet şeklinde eser sahipliği-birbirine bağlı eserler)” kavramlarını kullanmaktadır, **Öztan**,(Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 258, 267; Buna karşılık Kılıçoğlu, FSEK madde 9’da düzenlenen ilişkinin paylı mülkiyet ilişkisine benzetilemeyeceğini; zira paylı mülkiyette, maliklerden hiç birinin mülkiyet konusu malda ayrılabilir, kendisine ait bir kısmı olmadığını ve paydaşlardan her birinin mülkiyet konusu malın her zerresinde payı oranında mülkiyet hakkına sahip olduğunu; paylı eser sahipliğinde ise, her bir eser sahibinin yarattığı kısmın belli olduğunu ve her birinin yarattığı kısmın sahibi olduğunu ifade etmektedir. Paylı mülkiyette ise mülkiyet konusu malın tamamı üzerinde bir pay söz konusudur. **Kılıçoğlu**, s. 181.

⁸⁸⁷ Maddede kullanılan bu ifadenin yerinde olmadığı, zira bu tür eser sahipliğinde, ortak eserin birlikte vücuda getirilmediği yönünde, **Tekinalp**, s. 141, nr.15.

⁸⁸⁸ **Tekinalp**, s. 141, nr.15; Alman Hukukunda bu tür eserler için bağlı eser(verbundener Werke) kavramı kullanılmaktadır(UrHG madde 9) .

⁸⁸⁹ **Gökyayla**, s. 205.

⁸⁹⁰ **Erel**, (Fikir ve Sanat Hukuku), s. 93.

⁸⁹¹ **Ayiter**, s. 99.

⁸⁹² **Erel**, (Fikir ve Sanat Hukuku), s. 94.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 10'da ise, birden fazla kimsenin iştirakiyle vücuda getirilen eserin ayrılmaz bir bütün teşkil etmesi durumunda, eserin sahibinin, onu vücuda getirenlerin birliği olacağı düzenlenmiştir(fıkra 1). Bu birliğe adi şirket hükümleri uygulanacaktır(FSEK madde 10/fıkra 2-cümle 1).

Eserin “ayrılmaz bir bütün oluşturması” ile birden fazla kişi tarafından meydana getirilen eserde, her eser sahibi tarafından, esere yapılan katkının ayrılmaz olması kastedilmektedir. Buna göre farklı katılımcıların katkılarının her birinin, artık birbirinden ayrılmaksızın bütününe bir parçası olacak derecede birbiri ile karışması gerekir⁸⁹³. Elbirliği halinde eser sahipliğinin belirlenmesinde önemli olan husus münferit katkıların, eserin bütününe tamamlanmamış parçaları niteliğini gösterip göstermediğidir. Farklı katkıların birbirinden ayırt edilemediği durumlarda, örneğin birden çok yazarın birlikte bir senaryo yazması gibi, el birliği halinde eser sahipliğinden bulunduğundan söz edilecektir. Bununla birlikte farklı katkıların birbirinden ayırt edilebilmesi durumunda dahi(örneğin bir senaryonun bir sahnesinin bir kişi diğerinin başka kişi tarafından yazılmasında olduğu gibi) el birliği halinde eser sahipliğinin bulunmadığından söz edilemeyecektir. Burada önemli olan birbirinden ayırt edilebilen katkıların tüm eserin tamamlanmamış parçaları yani tamamlanmaya muhtaç parçaları olarak ortaya çıkıp çıkmadığıdır. Tamamlanmaya muhtaç olma sadece ayrılan parçalar açısından değil, aynı zamanda eserin geriye kalan kısmı bakımından da göz önüne alınmalıdır⁸⁹⁴. Bir eserde her bir katkıyı kimin getirdiği tespit edilebilse bile, bu kısımlar eser bozulmadan ayrılmıyorsa yine elbirliği halinde eser sahipliği söz konusudur. Buna göre eser sahipliği birliği eser tahrip edilmeden ortadan kaldırılamaz⁸⁹⁵.

UrHG madde 89/f. 3'de, film eserlerinin meydana getirilmesinde kullanılan roman, senaryo ve film müziği gibi eserler üzerindeki eser sahipliğinden doğan hakların dokunulmaz kalacağı ifade edilmiştir. Alman Hukukunda sinema eser sahipliği bakımından hâkim görüş, sinema eserinin meydana getirilmesinde kullanılan ve roman, dram, sahne eseri gibi gerek doğrudan doğruya film amacıyla yaratılmamış olan ve gerekse doğrudan film amacıyla yaratılan ancak sinema

⁸⁹³ Ekrutt, s. 39.

⁸⁹⁴ Thum, Dorothee (Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried, Praxiskommentar zum Urheberrecht, München, 2009), § 8, s. 149, nr.7.

⁸⁹⁵ Tekinalp, s. 142, 143, nr. 20; bu konuda bir portre ressamının cumhurbaşkanının portresini, bir diğerinin de fonun kompozisyonunu çizmesi durumunu örnek göstermiştir, Tekinalp, s. 142, nr. 20.

eserinin kendisinden ayrılabilir ve ayrı, bağımsız bir şekilde değerlendirilebilir, senaryo, film müziği, gibi eserlerin sahiplerinin sinema eseri sahipleri arasında sayılmayacağı yönündedir⁸⁹⁶. Buna karşılık öğretilerde geliştirilen “çifte karakter teorisine” göre, doğrudan sinema eserine yönelik olarak meydana getirilen yaratıcı katkıların hem sinema eserini birlikte şekillendirdiği hem de bağımsız olarak değerlendirme konusu olabildiği ve bu katkıların sahiplerinin de hem sinema eserinin el birliği halinde sahibi(miturheber) hem de kendi katkılarının bu şekilde sahibi olacakları ve bu kapsamda örneğin senaryo yazarının ve aynı zamanda film bestecisinin de, sinema eserinin birlikte sahibi(miturheber) olacağı ifade edilmektedir⁸⁹⁷.

FSEK madde 8/f.3’de, sinema eserlerinde; yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı ve diyalog yazarının eserin birlikte sahibi olduğu(c. 1); yine canlandırma tekniğiyle yapılmış sinema eserlerinde, animatörün de eserin birlikte sahipleri arasında yer alacağı düzenlenmiştir(c. 2). Bu hükümlerle sinema eseri sahiplerinin belirlenmesi hususunda kategori yöntemi seçilerek, hukuki ve güven ve istikrar ilkesi gereği fikri emeği geçen kişilerden sadece belirli kategoriye dâhil olanlar sinema eseri sahibi olarak kabul edilmiştir⁸⁹⁸. FSEK’de yönetmen, özgün müzik bestecisi, diyalog yazarı, senaryo yazarı ve animatörün sinema eserinin birlikte sahibi oldukları belirtilmiş olmakla birlikte, sinema eserlerinde FSEK madde 9 kapsamında paylı(müşterek) eser sahipliği mi yoksa FSEK madde 10 kapsamında el birliği(iştirak) halinde eser sahipliğinin mi söz konusu olduğu ise tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, sinema eseri üzerinde elbirliği halinde eser sahipliği söz konusudur. Buna göre sinema eseri sahiplerinden her birinin yaratımının kısımlara ayrılması mümkün görülmeyle birlikte, bu kısımların ayrılması halinde sinema eseri, eser olmaktan çıkacağından, sinema eseri üzerinde kanundan kaynaklanan bir el

⁸⁹⁶ **Rehbinder**, s. 106, nr. 274; **Lütje**, (Nicolini/Ahlberg, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz), § 88, s. 820, nr.7; **Nordemann, Jan Bernd**, (Nordemann, Wilhelm/Nordemann, Axel/Nordemann, Jan Bernd, Urheberrecht, 10. Auflage, Stuttgart, 2008), Urheberrecht), Vor §§ 88ff, s. 1408, nr. 17);sinema eseri sahibi olarak ise öncelikle yönetmen kabul edilmekte; sinema eserinin meydana getirilmesine katkıda bulunan diğer kişilerin eser sahibi sayılabilmesinin ise her bir somut olayda ne genişlikte bir yaratıcı faaliyette bulduklarına bağlı olduğu ifade edilmektedir. Buna göre özellikle kameramanlar, montajcı ve ses yönetmeni sinema eseri üzerinde eser sahibi sıfatına sahip olabilir (**Katzenberger, Paul (Schricker, Gerhard**, Urheberrecht, München, 2006), Vor §§ 88ff, s. 1716, nr.61;**Rehbinder**, s. 107, nr.279; **Nordemann, Jan Bernd**, (Nordemann, Nordemann/ Nordemann, Urheberrecht), Vor §§ 88ff, s. 1409, nr. 20).

⁸⁹⁷ **Bohr, Kurt**, Die Urheberrechtsbeziehungen der an der Filmherstellung Beteiligten, Berlin, 1978, s. 44 vd; **Katzenberger, (Schricker**, Urheberrecht), Vor §§ 88ff, s. 1718, nr.69.

⁸⁹⁸ **Genç**, s. 268–269.

birliği halinde eser sahipliğinin kabul edilmesi gerekmektedir⁸⁹⁹. Yine diğer bir görüş, FSEK madde 10’da düzenlenen elbirliği halinde mülkiyeti, “eser sahiplerinin yaratımlarını meydana getirirken yaratıcı emeklerini bütünlüklü bir konsept içinde ve birlikte ve ortak bir bilinçle kullanmalarının ayrılmaz bütünü oluşturan en önemli faktör” olduğunu ifade ederek, sinema eserleri üzerindeki eser sahipliğinin de FSEK madde 10 anlamında “elbirliği halinde mülkiyet” olarak nitelendirmiřtir⁹⁰⁰. Bu görüşe göre sinema eserlerinin özgün müzik ve senaryo gibi unsurlarının bağımsız olarak değerlendirilebilmeleri, sinema eserinin ayrılmaz bir bütün olduğu sonucunu değeristirmeyecektir. Sinema eseri ortaya çıktıktan sonra ortada ayrılmaz bir bütün oluşturan bir eser bulunur ve senaryo ve özgün müzikte tıpkı yönetmenin filmdeki birçok unsuru bir araya getirmesindeki unsur gibi bu eserin ayrılmaz parçaları olur⁹⁰¹.

Diğer bir görüş ise, sinema eserlerini paylı(müşterek) eser olarak kabul etmektedir. Böyle bir eser ancak bir tüm olarak korunabilir. Bununla birlikte filmin bir bütün olarak koruma konusu oluşturması müzik veya senaryo üzerindeki telif haklarının korunmayacağı anlamına gelmez. Tecavüz halinde bunlar da edebiyat ve müzik eseri niteliği ile filminden bağımsız olarak korunurlar⁹⁰².

Buna karşılık diğer bir görüş ise, burada paylı ve elbirliği halinde eser sahipliğinin karşımı olan *sui generis* bir yapı bulunduğunu ifade etmektedir⁹⁰³. Buna göre her ne kadar müzik, olay örgüsü ve bunların sinema teknikleri kullanılarak yansıtılması, sinema eseri bünyesinde, sinema eserini meydana getirmek adına kaynaşmışlar ve artık ayrılması mümkün olmayan bir bütün haline gelmeleri yoluyla, sinema eseri, bünyesinde barındırdığı bağımsız eser türlerinden soyut bir varlık kazanmışsa da, günümüzde kabul edilen hâkim görüş gereğince bir ortak eseri oluşturan parçaların, eserin bütününden bağımsız olarak ekonomik açıdan değerlendirilememesi durumunda el birliği(iştirak) halinde mülkiyet söz konusu

⁸⁹⁹ **Kılıçoğlu**, s. 190; ztan’da, FSEK madde 8/f.3’de geçen düzenlemeyi FSEK madde 10 kapsamında eser sahipleri arasında birlik yani öğretide genel olarak kullanılan ifadeyle “iştirak halinde eser sahipliği” olarak nitelendirmektedir, **ztan**, (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 256.

⁹⁰⁰ **Tosun**, s 311- 312.

⁹⁰¹ **Tosun**, s. 314-315.

⁹⁰² **Ayiter**, s. 63.

⁹⁰³ Erel, müzik bestecisinin ve senaryo yazarının fikri ürünlerinin müzik ve edebiyat eseri olarak zaten başlıbaşına değerlendirme konusu olabileceğini; buna karşılık yönetmenin sinema eserine olan fikri katkısının bu nitelikte olmadığını ve yönetmeni sinema sanat ve tekniğinin çeşitli imkânlarını kullanarak senaryoyu yorumlayan bir icracı sanatçı saymak gerektiğini ifade etmektedir. **Erel**, (Fikir ve Sanat Hukuku), s. 95; **Akkayan Yıldırım**, s. 19; **Genç**, s.269.

olacağından burada salt elbirliği halinde mülkiyetin bulunduğu kabul edilmeyeceğini ifade etmektedir⁹⁰⁴.

Buna göre sinema eserlerinde de eser sahiplerinin bazılarının emeği ve katkısı iktisadi olarak bağımsız değerlendirme konusu olabilir yani bu eserler bağımsızlıklarını korumaya devam ederler. Özgün müzik bestecisi, eserini sinema eserinden ayrı olarak değerlendirebilir. Aynı husus senaryo yazarı için de geçerlidir. Zira senaryo ilim ve edebiyat eseri, film müziği ise müzik eseri niteliğine sahiptir ve bunlar bağımsız olarak koruma konusu oluştururlar. Ancak yönetmenin faaliyeti, diğerlerinden farklı olarak, sinema eserinden bağımsız olarak tek başına değerlendirilemez⁹⁰⁵. Bu açıdan FSEK madde madde 8/f. 3’de geçen “birlikte” tabiri iştirak halinde eser sahipliğine ilişkin FSEK madde 10 hükmünün başlığı olan “Eser Sahipleri Arasındaki Birlik” ibaresine uygun olarak lâfzî şekilde yorumlanmaması ve sinema eserlerinde eser sahipleri birliğinin *sui generis* bir birlik olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁹⁰⁶. Bu kendine özgü birlikte, tüm eser sahiplerinin ortak bir sinema eseri meydana getirme iradesi bulunmaktadır ve sinema eser sahiplerinden her birinin eser sahipliğine ilişkin hakları, sinema eserinin tamamını kapsmalıdır⁹⁰⁷.

Kanımızca sinema eserleri üzerindeki eser sahipliğinin, el birliği halinde eser sahipliği olarak kabul edilmesi gerekir. Böyle bir kabul sinema eserlerinin niteliğine daha uygundur. Zira sinema eserlerinde, her bir eser sahibinin katkısı, tek ve FSEK’de bağımsız olarak düzenlenen bir eser yaratma hususunda birleşmektedir. Sinema eseri meydana getirildikten sonra ise, bu katkıların, sinema eseri tahrip edilmeden ve bozulmadan ayrılması mümkün olmamaktadır. Belirtmek gerekir ki, paylı eser sahipliğinde, bağımsız eser niteliği taşıyan katkıların bir araya getirilmesi, bu katkıların beraber değerlendirilmesi amacına hizmet etmektedir. Örneğin bir kitapta farklı eser sahiplerine ait metin ve resim bölümlerinin birbiri ile

⁹⁰⁴ **Akkayan Yıldırım**, s. 18.

⁹⁰⁵ **Akkayan Yıldırım**, s. 19; **Genç**, s. 269.

⁹⁰⁶ **Genç**, s. 269–270; **Akkayan Yıldırım**, s. 19. FSEK madde 8/f.3’de, müzik eseri sahibinin diğer hak sahipleri ile bir arada “sinema eseri sahibi” olarak sayılmasının yanıltıcı olduğu; zira müzik eserinin sinema eserinden ayrı olarak değerlendirilebilme imkânına sahip olduğu yönünde, **Beşiroğlu, Akın**, Fikir Hukuku Dersleri, 4. Bası, İstanbul, 2006, s. 221.

⁹⁰⁷ Sinema eserinin kendisine özgü yapısından dolayı Borçlar Kanununun adi şirkete ilişkin hükümlerinin ve Medeni Kanununun el birliği mülkiyetine ilişkin hükümlerinin, sinema eser sahibi birliğinin niteliği elverdiği ölçüde, bu birlik çerçevesindeki ilişkide uygulama alanı bulması gerektiği yolunda, **Akkayan Yıldırım**, s. 19.

birleştirilmesi durumunda, ortaya dil ile ifade edilen bir ilim ve edebiyat eseri niteliği gösteren metin ve güzel sanat eseri niteliği gösteren resim eserlerinden bağımsız yeni bir eser türü çıkmamaktadır. Resim, güzel sanat eseri olarak kalmaya; metin kısmı ise dil ile ifade edilen eser olarak kalmaya devam etmekte ve bunlar sadece ortak bir çatı altında değerlendirilmektedir. Eser bütününde ayrı ve bağımsız bir eser türü niteliğinde ortaya çıkmamaktadır. Buna karşılık sinema eserinde, eser sahiplerinin katkıları, birbirinden ayrıldığında sinema eserini bozacak şekilde, birbiri ile kaynaşmakta ve yeni bir eser türü ortaya çıkarmaktadır. Bu açıdan sinema eserleri üzerindeki eser sahipliğinin elbirliği halinde eser sahipliği olarak kabul edilmesinin daha uygun olacağı düşüncesindeyiz⁹⁰⁸.

Belirtmek gerekir ki, FSEK madde 8/f.3’de bir sinema eserinin senaryo ve diyalog yazarının da sinema eserinin birlikte sahipleri arasında olduğu düzenlenmiştir. İçlerinde film diyalogları dışında başka bazı unsurları da barındıran film senaryoları, dil ile ifade edilen bir eser olarak “ilim ve edebiyat eseri(FSEK madde 2)” olarak nitelendirilebilirler ve böylelikle sinema eserinden bağımsız olarak ekonomik olarak değerlendirme konusu yapılabilirler. Zira bir senaryonun kitap haline getirilerek ticaret mevkiine konulması, ya da bir senaryo yazarının senaryo yazım teknikleri ile ilgili çıkartacağı bir kitapta bu senaryoyu da kullanması mümkündür.

Bununla birlikte, film senaryoları sadece münferit diyalogları değil aynı zamanda, sahnelerin, ana aktörlerin, diğer karakterlerinin betimlenmesini ve kamera ayarları gibi birçok bilgiyi içermekte ve bu metin kısımları filmin çekimi sırasında(diyalogların aksine) aynen alınmayıp, sadece filmin çekim aşamasında yararlanılacak bilgiler olarak kullanılmak suretiyle sinema eserinin şekillendirilmesine hizmet etmektedir⁹⁰⁹. Böylelikle senaryoda diyaloglar dışında kalan unsurlar sinema eserinde bir olay akışının ya da bir durumun hareketli görüntü dizileri ile aktarılmasında bir bilgi, bir yol gösterici olarak kullanılmaktadır. Yani senaryoda yer alan, diyaloglar dışındaki unsurlar, sinema eserine, senaryodaki yazılı şekli ile

⁹⁰⁸ Aynı görüşte, **Tosun**, s. 315, yazar, sinema eseri ortaya çıktıktan sonra ortaya ayrılmaz bir bütün oluşturan bir eser ortaya çıktığını ve senaryo ve özgün müziğin de, tıpkı yönetmenin filmdeki bir çok unsuru bir araya getirmesindeki gibi bu eserin ayrılmaz parçalarını oluşturduğunu ifade etmiştir. Bu unsurların müstakil olarak kullanılmasının, işletilmesinin mümkün olmasının, bunun sadece ekonomik olarak değerlendirilebilir olmasından kaynaklandığını ifade etmiştir, **Tosun**, s. 315.

⁹⁰⁹ **Ekrutt**, s. 49.

alınmamakta, daha ziyade hareketli görüntü dizilerinin şekillendirilmesinde kullanılarak tabiri caizse hareketli görüntü dizileri aracılığıyla hayata geçirilmektedir. Senaryoda yer alan diyalog kısımları çoğunlukla, ancak senaryonun diğer parçaları ile birleştiğinde anlamlı bir bütün haline gelmekte ve senaryonun geri kalan kısmındaki betimlemeler olmaksızın anlamlı bir hal alması söz konusu olmamaktadır.

Böylelikle sinema eserlerinin senaryosu, diyaloglar ile senaryodaki diğer unsurların birleşmesi ile anlamlı olmakta; sinema eseri ortaya çıktığında ise bu kez senaryodaki bilgilere göre şekillendirilen hareketli görüntü dizisi ile diyaloglar bir bütünlük halinde kaynaşmaktadırlar. Yani, diyalogların sinema eseri içerisinde anlaşılabilir olmaları, aynı zamanda eş zamanlı olarak akan hareketli görüntü dizisine bağlı olmaktadır. Böylelikle sinema eserlerinde hareketli görüntü dizisi, çoğu kez diyaloglarla bir bütünlük halinde kaynaşmakta ve diyaloglar olmaksızın hareketli görüntü dizisi bir anlam ifade etmediği gibi, eş zamanlı bir hareketli görüntü dizisi olmaksızın da diyaloglar tek başına bir anlam ifade etmemektedir. Böylelikle sinema eseri içerisinde hareketli görüntü dizileri ile sinema eserinin senaryosu birbirinden ayrılamayacak şekilde kaynaşmakta ve böylece ikisi arasında elbirliği halinde eser ilişkisi oluşmaktadır⁹¹⁰. Senaryo filme çekildikten sonra dönüştüğü biçimiyle artık sinema eserinin ayrılmaz bir parçası haline gelir⁹¹¹.

FSEK madde 8/f.3'de belirtilen özgün müzik ise, sinema eseri için özel olarak bestelenmiş müziktir⁹¹². Doğrudan film için meydana getirilen film müziği, çeşitli ifade araçları ile filmin özel gereksinimlerine göre hazırlanmakta ve filme özgü ritimlerin resim diline ve diyaloglara uydurulması, müzikal olarak tamamlanması yani derinleştirilmesi ve böylelikle filmin bütün etkisinin ve ifade gücünün birlikte şekillendirilmesi yoluyla, doğrudan, filmin, film halindeki son

⁹¹⁰ Sinema eserlerinin senaryo yazarının özellikle hem bağımsız olarak değerlendirilebilen edebi nitelikte bir eserin sahibi olduğu ama aynı zamanda sinema eseri üzerinde de iştirak halinde eser sahipliği(Miturheber) olduğu yönünde, **Bohr**, s. 46 vd, buna göre film senaryosu edebi eser olarak sinema eserinden ayrı bir değerlendirmenin konusu yapılabilirken, bunun dışında, sinema eserinde ortaya çıkar çıkmaz, sinema eserine entegre olmuş ve bu fonksiyonu içerisinde bu şekilde artık sinema eserinden ayrılamayacak şekilde sinema eserinin bir kısmını oluşturur, **Bohr**, s. 52.

⁹¹¹ Filme çekilmeden evvel senaristin tek başına yarattığı bir senaryo örneğin ilim ve edebiyat eseri olarak korunabilecekken, bir sinema eseri olarak filme çekildiğinde artık senaryo ve diyalog yazarları bu sinema eserinde içkinleşmiş olan senaryo ya da diyalogları bağımsız bir şekilde kullanamayacaklardır. Yani senaryo filme çekildikten sonra sinema eseri içinde artık başka bir varlık kazanmakta, farklılaşmakta ve başka bir niteliğe bürünmektedir, **Tosun**, s. 312–313.

⁹¹² **Tosun**, s. 313.

şeklinin somut yaratıcı şekillendirilmesine katılmaktadır⁹¹³. Film müziği, münferit olarak filmdeki olay akışına uydurulmakta ve böylelikle filmin son halinde, sinema eseri niteliğindeki bütün sanat eserinin ona entegre olmuş bir kısmı olarak ortaya çıkmaktadır⁹¹⁴.

Sonuç olarak FSEK madde 8/f.3’de düzenlenen kişiler yönünden sinema eseri üzerinde el birliği ile eser sahipliğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Sinema eseri farklı katkıların içerisinde ayrılamayacak bir şekilde kaynaştığı *bağımsız* bir eser türüdür. Bu açıdan sinema eserlerine yapılacak iktibasların, sinema eserinin içerisinde kaynaşan eser türlerinden bağımsız olarak, ayrı ve bağımsız bir eser türü olan sinema eserine(FSEK madde 5) iktibas yapılması kapsamında değerlendirilmesi gerekir. FSEK madde 35/f.1-b.1’de ise, sadece ilim ve edebiyat eserlerine iktibasa izin verilmiştir. Sinema eserleri ise ilim ve edebiyat eseri kapsamında değerlendirilemez. Bu açıdan söz konusu sinema eserlerine yapılacak iktibaslar bakımından, FSEK madde 35/f.1-b.1 hükmünün ancak kıyasen uygulanmasından söz edilebilir. Bu konuya aşağıda değinilecektir.

Belirtmek gerekir ki, bir film müziğine yapılacak müzikal iktibaslarda, sinema eserleri bağımsız bir eser türü olarak düzenlenmesine rağmen, FSEK madde 35/f.1-b.2(UrHG madde 51/f.2-bent 3)’de yer alan düzenlemenin uygulanması, bu düzenlemenin anlam ve amacına uyacaktır. Zira aksi takdirde film müziği bestecisi, diğer bestecilerden daha iyi bir konuma getirilmiş olacaktır⁹¹⁵. Nitekim FSEK madde 35/f.1-b.1 hükmünün sinema eserlerine kıyasen uygulanması kabul edilse bile, bu tür iktibaslarda kendisinden iktibas yapılacak eserin alenileşmiş olması yeterli iken, FSEK madde 35/f.1-b.2’de düzenlenen müzik iktibaslarında, kendisinden iktibas

⁹¹³ Bohr, s. 53.

⁹¹⁴ Özgün müzik bestecisinin de filmin son halinde ortaya çıkan bu temel fonksiyon çerçevesinde (çifte karakteri çerçevesinde aynı zamanda bağımsız olarak değerlendirilebilmekle birlikte) film eserinin birlikte sahibi(Miturheber, UrHG madde 8) olarak nitelendirilmesini gerekli kıldığı yönünde, Bohr, s. 54; filme özgü olarak hazırlanan film müziğinin de çifte karakter taşıdığı ve film müziği bestecisinin hem kendi katkısının tek sahibi hem de filmin eser sahibi arasında sayılması yönünde, Katzenberger, (Schricker, Urheberrecht), Vor §§ 88ff, s. 1718, nr. 69, 70. Buna karşılık film müziğinin uyarlandığı sahnelerden ayrı olarak değerlendirilmesi durumunda etkisini kaybedebileceği, zor anlaşılabilirliği düşünülebilirse de, kural olarak bir film müziğinin müzik eseri olarak filmden ayrı olarak değerlendirilmesi durumunda müzik eseri olarak hususiyetini kaybetmeyeceği ve filmden ayrı bir şekilde ekonomik olarak değerlendirilmesi mümkün olmaya devam edeceği yolunda aksi görüş, Ekruitt, s. 39.

⁹¹⁵ Dreyer, (Dreyer/Kotthoff/Meckel, Urheberrecht), 51, s. 736, nr. 46.

yapılacak eserin yayımlanmış olması gerekmektedir⁹¹⁶. Ancak, FSEK madde 35/f.1-b.2'de sadece bir müzik eserine, başka bir beste parçasından yapılacak iktibaslar düzenlendiğinden, iktibasın doğrudan film müziğine yapılmaması durumunda ise artık FSEK madde 35/f.1-b. 2'in uygulanması söz konusu olmayacaktır. Örneğin filmin aktörünün belirli bir duygu ya da belirli kişi çevresi ile çağrışım kurmak için bu çağrışımı gerçekleştirecek bir besteyi filmde mırıldanması gibi. Burada doğrudan filmin özgün müziğine yapılan bir iktibas değil, doğrudan sinema eserine yapılan bir iktibas söz konusudur.

Burada belirtilmesi gereken bir husus da, hareketli resim ve/veya ses dizilerinin, sinema eseri niteliğine sahip olmaması(FSEK madde 84/f.3) durumunda, artık sinema eserine iktibastan söz edilemeyeceğidir. Zira eser niteliği taşımayan hareketli görüntü ve/veya ses dizilerine iktibas yapılması mümkün olmayacaktır⁹¹⁷.

Bununla birlikte bu tür hareketli resim ve/veya ses dizilerinin, dil ile ifade edilen bir esere eşlik etmesi halinde, hareketli resim dizileri hususiyet taşımadığından, bir sinema eserinden değil, sadece dil ile ifade edilen bir eserin varlığından söz edilebilecektir. Yani bu durumda elbirliği halinde eser sahipliği ilişkisinden söz etmek mümkün değildir, zira ortada sadece tek bir eser olan dil ile ifade edilen eser bulunmaktadır. Ortada dil ile ifade edilen bir eser (yani FSEK madde 2/f.1 anlamında bir ilim ve edebiyat eseri) bulunması durumunda sadece, film veya televizyonun özel teknik koşulları aracılığıyla değerlendirilen bir ilim ve edebiyat eserine yapılan iktibastan söz edilecek ve bu iktibas doğrudan FSEK madde 35/f.1-b. 1 kapsamında değerlendirilecektir⁹¹⁸. Bu durumda örneğin sinema eseri niteliği taşımayan ancak dil ile ifade edilen bir eser niteliği taşıyan bir televizyon

⁹¹⁶ Belirtmek gerekir ki, sinema eserlerinin iktibasa konu olması bakımından ise FSEK madde 35/f.1-b. 1 hükmüne göre sadece dil ile ifade edilen eserler değil, diğer tüm eserlerin bazı parçalarının iktibası mümkün olduğundan, burada dil ile ifade edilen bir eserden ya da doğrudan sinema eserinin bir parçasından iktibas yapıldığından söz edilmesi, uygulanacak hüküm bakımından bir farklılığa yol açmayacaktır. Bir sinema eserinin müziğinden de FSEK madde 35/f.1-b. 1 kapsamında bir ilim ve edebiyat eserine ya da bir sinema eserine iktibas yapılması da mümkündür. Örneğin bir film müziği parçasının, radyoda yayınlanan ve dil ile ifade edilen eser niteliği taşıyan bir programa iktibas edilmesi mümkündür. Buna karşılık, bir sinema eserinin müziğinden diğer bir müzik eserine iktibasın, bu konuda özel bir düzenleme olduğundan ve özgün müzik bestecisinin de diğer bestekârlardan daha kötü bir duruma düşürülmemesi gerekeceğinden, FSEK madde 35/f.1-b. 2 kapsamında değerlendirilmesi doğru olacaktır.

⁹¹⁷ **Schricker**, (Schricker, Urheberrecht), § 51, s. 1041; nr. 41; **Seydel**, s. 81.

⁹¹⁸ **Ekrutt**, s. 108.

programına, başka bir sinema eserinden iktibas yapılabilmesi, dil ile ifade edilen bir esere bir resim iktibas edilmesine benzer bir durum oluşturacaktır.

c. FSEK madde 35/f.1-b. 1 Hükümünün Sinema Eserlerine Yapılacak İktibaslarda Kıyas Yoluyla Uygulanabilmesi

FSEK madde 35/f.1-b. 1’de kendisine iktibas yapılabilecek eser türleri sadece “ilim ve edebiyat” eserleri olarak düzenlendiğinden, bu düzenleme ilim ve edebiyat eseri niteliğine sahip olmayıp FSEK madde 5’de ayrı bir eser türü olarak düzenlenen sinema eserlerine iktibaslar bakımından doğrudan uygulama alanı bulamayacaktır. Ancak bu hükmün kıyas yoluyla sinema eserlerine iktibas bakımından da uygulanabileceği kanısındayız. FSEK madde 35/f.1-b.1 hükmünün kıyas yoluyla sinema eserlerine de uygulanabilmesi için sinema eserleri bakımından ortaya çıkan söz konusu kanun boşluğunun kanun koyucunun bilinçli iradesine dayanmaması, bilinçsiz bir boşluk oluşturması gerekir.

Bu noktada, özellikle iktibas serbestîsinin sadece FSEK madde 35/f.1-b. 1’de ifade edilen ilim ve edebiyat eserlerine iktibasla sınırlanıp, televizyon eserlerini de kapsayan sinema eserlerinin kendisine iktibas yapılabilecek bir eser olarak kabul edilmemesi, Anayasanın 26’ncı maddesinde koruma altına alınan düşünceyi ifade özgürlüğünün belirli medyalarla sınırlanması sonucunu doğuracaktır. Hâlbuki düşünceyi ifade özgürlüğü düşüncelerin sadece söz, yazı, gibi araçlarla değil, her türlü yollarla açıklanmasını ve yayılmasını kapsar(Anayasa madde 26/f.1-c.1). Yine Anayasa madde 26’da düzenlenen düşünceyi ifade ve yayma hürriyeti, aynı zamanda resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber ve fikir *almak veya vermek* serbestliğini de kapsar (Anayasa madde 26/f.1-c. 2). Bu noktada sinema eserleri bakımından iktibas serbestîsinin kabul edilmemesi, fikirleri, düşünceleri ifade etmek için başka eserlere dayanak kurulmasının çoğu kez bir zorunluluk olduğu dikkate alındığında, hem düşüncelerin, fikirlerin açıklanmasının Anayasaya aykırı olarak belirli medyalarla sınırlandırılmasını ve aynı zamanda bunun sonucu olarak fikir alma özgürlüğünün de aynı şekilde sınırlandırılması sonucunu doğuracaktır. Özellikle televizyon eserlerinin günümüzde kişilerin ve toplumun bilgi edinmesi ve fikri tartışma yapılması bakımından belki de en etkili medya türü olduğu da dikkate

alındığında, sinema eserleri bakımından bu hakkın sınırlandırılması ve bu kapsamda özellikle yazılı medya veya radyo gibi işitsel medya ile televizyon gibi görsel ve işitsel medya arasında bir ayrıma gidilmesi kanımızca kabul edilemez bir sonuç olarak ortaya çıkacaktır⁹¹⁹. Zira sinema eserleri aracılığıyla fikri tartışma imkânının yaratılmasındaki yararın, fikri tartışmanın radyo ya da sahne eserleri ile yaratılmasından daha alt seviyede olduğundan da söz edilemez⁹²⁰.

Sinema eserlerine ilişkin düzenlemeler fikir ve sanat eserleri hukukumuzda ilk kez 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun⁹²¹ 5'nci maddesi ile girmiştir. Kanun koyucu FSEK'de sinema eserlerine ilişkin düzenleme(FSEK madde 5) getirmekle birlikte, iktibas serbestisine ilişkin FSEK madde 35/f.1-b. 1'de sinema eserlerine iktibastan bahsetmemiş ve küçük iktibas imkânını sadece ilim ve edebiyat eserlerine yapılacak iktibaslarda tanımıştır. Bununla birlikte burada kanun koyucunun özellikle karşılıklı fikir tartışmaları bakımından, sinema eserleri ile diğer medyalar arasında bir ayırım yaparak, sinema eserleri bakımından bu imkânı tamamen ortadan kaldırmak yolunda bilinçli bir iradesinin olmadığı kanaatindeyiz. Nitekim Kanunun yapıldığı tarihte özellikle televizyon eserlerinin, toplumun fikri hayatında bu derece önemli bir yere geleceği ve televizyon yoluyla yapılacak fikri tartışmaların toplumun kültürel hayatının en önemli unsurlarından birini oluşturacağına kanun koyucu tarafından öngörülmüş olması da mümkün değildir⁹²².

Sinema eserlerinin ayrı ve bağımsız bir eser türü olarak düzenlenmesine rağmen, ilim ve edebiyat eserlerinden özellikle dil ile ifade edilen eserlerle olan benzerliği de, FSEK madde 35/f.1-b. 1 hükmünün kıyasen sinema eserleri için de uygulanmasını gerekli kılar.

⁹¹⁹ Yine sanat özgürlüğü bakımından da eser türleri arasında bir sınırlandırmaya gidilemeyecektir; UrHG madde 51'e değişiklikle genel nitelikli bir birinci fıkraya eklenmesinden önce, UrHG madde 51/2 kapsamında yapılacak iktibasların "dil ile ifade edilen eserlerle" sınırlandırılmasının, Alman Anayasası madde 5'de düzenlenen anayasal özgürlükler dikkate alındığında çok dar olduğu ve bu maddenin sinema eserleri hakkında da kıyasen uygulanmasının kabul edilmesi gerektiği yönünde, **Waldenberger**, (**Nicolini/Ahlberg**, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz), § 51, s. 507, nr. 21; **Schricker**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 51, s. 1040, nr.41.

⁹²⁰ **Krüger**, s. 170.

⁹²¹ RG, 13 Aralık 1951, S. 7981.

⁹²² FSEK'in gerekçesinde belirtildiği üzere, Kanunun ruhunun temas ettiği noktalardan birinin de, eser sahiplerine tanınması gereken mali ve manevi haklar saklı kalmak kaydıyla, gerek toplumun gerekse fertlerin, fikir eserlerinden en geniş ölçüde faydalanmalarını temin etmek düşüncesi de, toplumun kültürel yaşamında ilim ve edebiyat eserleri kadar belki de ondan daha fazla yer kaplayan sinema eserlerine iktibas ihtiyacının kanun koyucu tarafından bilinçli olarak ortadan kaldırılmak istenemeyeceğini göstermektedir kanısındayız.

Sinema eserlerinde içeriğin *hareketli* görüntü dizisi ile anlatılması, onu ilim ve edebiyat eserlerinden ayıran başlıca özelliğidir. Sinema eserlerinde ifade aracı zamansal olarak arka arkaya sıralanan hareketli resimlerdir. Sinema eseri bu şekilde münferit resimlerin içermediği belirli bir içeriği ifade eder. Bu kendine özgü ifade aracından dolayı sinema eserleri, ayrı bir eser türüdür. Bununla birlikte sinema eserleri, ile ilim ve edebiyat eserleri arasında yer alan dil ile ifade eden eserlerle içerik olarak büyük benzerlik göstermektedir. Her iki eser türünde de, farklı ifade araçları kullanılmakla birlikte bir eylem/hareket anlatılmakta ya da bir olay akışı veya bir durumdan bahsedilmektedir⁹²³. Dil ile ifade edilen eserlere benzer şekilde daima bir söylem, fikri bir içerik içeren sinema eserlerinde de, ilim ve edebiyat eserlerine benzer olarak başka eserlerle tartışma ortaya koymak için başka eserlerden iktibas yapma gereğinin olduğu açıktır⁹²⁴.

Bununla birlikte burada, sinema eserleri ile özellikle dil ile ifade edilen eserler arasındaki bir takım farklılıklardan yola çıkılarak kanun koyucunun bilinçli olarak sinema eserlerine iktibas imkânını kabul etmediği ve küçük iktibasa ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla sinema eserlerine uygulanmasının mümkün olmadığı da ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, özellikle sinema eserlerinin gösterdiği nitelikten dolayı, sinema eserlerinden, sinema eserlerine yani dar anlamda iktibasta, küçük iktibasa ilişkin kuralların, kıyasen uygulanması mümkün değildir. Bununla birlikte sinema eserlerinin senaryosuna veya müziğine yapılacak iktibaslarda zaten iktibas serbestisine ilişkin genel hükümlerin(FSEK madde 35/f.1-b.1-2) uygulanacağını ifade eden bu görüşe göre, sinema eserleri, dil ile ifade edilen eserlerin çok sayıdaki türüne nazaran, izleyiciler tarafından nispeten kısa süre içinde algılandığından, seyir

⁹²³ **Ekrutt**, s. 120.

⁹²⁴ **Ekrutt**, s. 111. BGH de, sinema eserleri bağımsız bir eser niteliğine sahip olduğundan, sinema eserlerinin bütün bir sanat eseri olarak daima dil ile ifade edilen eserleri de kapsayacağını kabul edilemeyeceğini ve bu nedenle UrHG madde 51/2'nin sinema eserleri için doğrudan uygulanamayacağını; ancak söz konusu hükmün film eserleri için kıyasen uygulanabileceğini ifade etmiştir. BGH, iktibas serbestisine ilişkin kuralların eser sahibinin mutlak nitelikteki mali haklarının bir sınırlandırması olarak istisnai nitelikte olmasından dolayı kural olarak dar yorumlanması gerektiğini ifade etmekle birlikte, bunun Kanunun hüküm boşluğu içermesi durumunda kıyas yolunu kapamayacağını ifade etmiş ve UrHG madde 51/2'nin tarihi gelişiminden yola çıkıldığında, kanun koyucunun sinema eserleri bakımından iktibas bilinçli olarak kabul etmek istemediği yolunda bir niyetinin olmadığını belirtmiştir. Ayrıca iktibas serbestisinin kabul edilmesinin amacın toplumun kültürel ve bilimsel ilerlemesi olduğunu ve bir radyo oyunu ya da bir sahne eseri biçiminde ortaya çıkan dil ile ifade edilen bir eserde iktibas serbestisinin kabul edilip, sinema eserleri için kabul edilmemesi için bir sebep olmadığını; zira toplumun kültürel yaşamının geliştirilmesi amacının her iki eser türünde de aynı şekilde bulunduğunu ifade etmiştir. BGH, GRUR 1987/Heft 6, s. 362 vd.

sırasında da sadece, çoğunlukla, film için önemli olan az sayıdaki münferit sahne, izleyiciler için filmin içeriğinin, yer, karakterler ve olay akışının tanınabilir olmasını mümkün kılmaktadır. Bu açıdan sadece bu tür film parçalarının izlenmesi ile filmin bütününe etkisinin ve çekiciliğinin, filmin değerlendirilebilirliğini negatif anlamda etkileyecek derecede geniş ölçüde azalmasının ve filmin bütününe olan talebin azalmasına yol açmasının mümkün olduğu; filmin etkisinin bu şekilde azalmasının, özellikle önemli parçaların tekrar eden kullanımları ile birlikte daha da artacağı; film parçalarının özellikle televizyon yayınlarının eğlence değerini yükseltmek bakımından özel bir değeri olduğu ve bunun da televizyon kuruluşlarını, televizyon yayınlarında ilk etapta film parçalarının verilmesine yönlendireceği ifade edilerek; sinema eserlerinden iktibaslar yapılmasının dil ile ifade edilen eserlere nazaran ekonomik anlamda daha farklı etkiler doğuracağı ve bu nedenle de sinema eserlerine iktibasın dil ile ifade edilen eserlere iktibasa benzerlik göstermemesinden ötürü, dar anlamda sinema eserlerinden diğer sinema eserlerine yapılacak iktibaslarda küçük iktibasa ilişkin hükmün burada kıyasen uygulanamayacağı ifade edilmiştir⁹²⁵.

Kanımızca sinema eserleri ile dil ile ifade edilen eserler arasında olduğu ifade edilen bu farklılıklar, FSEK madde 35/f.1-b. 1’de yer alan küçük iktibasa ilişkin kuralların kıyasen sinema eserlerine uygulanmasını da engellemez. Zira ifade edilen bu farklılıklar sinema eserlerine küçük iktibas kapsamında iktibas yapılabilmesi ile ilgili olmayıp, yapılacak iktibasın hukuka uygunluk koşullarının belirlenmesinde dikkate alınması gereken noktalarlardır. Zira kanun koyucu FSEK madde 35/f.1-b. 1 kapsamında yapılacak iktibasları eser parçaları ile sınırlandırmıştır. Bunun sebebi daha önce de ifade ettiğimiz üzere eserin bütününe ya da eserin bütününe olan talebi azaltacak derecede önemli nitelikteki parçaların eserle ilgilenenlere iktibaslar yoluyla sunularak, onların eserin orjinaline olan talebinin azalmasının önlenmek istenmesidir. Kanun koyucu böyle bir tehlikeyi sadece bilimin ilerlemesindeki yararı daha üstün tutarak bilimsel eserlere yapılacak iktibaslarda göze almıştır Bu açıdan kendisinden iktibas yapılacak eser parçalarının miktarı belirlenirken, zaten eser parçalarının miktarı ve niteliği gereği eserin bütününe olan ilgiyi azaltarak eser sahibinin ekonomik menfaatlerini beklenemez ölçüde ihlal etmemesi bir koşul olarak aranacaktır. Bu husus sadece sinema eserleri için değil diğer eser türlerinden

⁹²⁵ Haesner, s. 856–857.

yapılacak iktibaslarda da geçerlidir. Sinema eserlerinden diğer sinema eserlerine yapılacak iktibaslar da, eser sahibinin ekonomik menfaatlerini beklenemez ölçüde zedeleyecek miktarda ise FSEK madde 35/f.1-b.1 kapsamında geçerli bir iktibastan söz edilemeyecektir. Sinema eserlerinden yapılacak iktibaslarda da, iktibas edilen parçanın miktarının belirlenmesinde dikkate alınacak niteliklerden yola çıkılarak, iktibas imkânının sinema eserleri bakımından sınırlandırılmasının mümkün olmayacağı belirtilmelidir. FSEK madde 35/f.1-b. 1 kapsamında geçerli iktibasların kapsamı belirlenirken, zaten bir sinema eserinden yapılacak iktibasın da eserin tümüne olan ilginin azalmasına yol açacak derecede olamayacağı dikkate alındığında, özellikle günümüzde televizyon yayınları aracılığıyla yapılan fikri tartışmaların toplumun düşünce ve kültür hayatında çok önemli bir yer kaplaması karşısında, bu imkânın en baştan kapatılmaması gerekir.

Ayrıca daha önce de ifade ettiğimiz üzere, FSEK madde 2/f.1-b.1 kapsamında ilim ve edebiyat eseri olarak korunan bir dil ile ifade edilen bir esere eşlik eden hususiyet taşımayan hareketli resim dizileri sinema eseri niteliğine sahip olmayacak, burada sadece dil ile ifade edilen bir eserin bulunduğundan söz edilecektir. Bu durumda daha önce de ifade ettiğimiz üzere doğrudan FSEK madde 35/f.1-b. 1 kapsamında dil ile ifade edilen eser niteliğindeki bir ilim ve edebiyat eserine iktibastan söz edilecektir. Bu durumda sadece teknik imkânlarla hareketli resim dizileri aracılığıyla değerlendirilen bir dil ile ifade edilen eserin varlığı söz konusudur. Buna karşılık hareketli resim dizilerinin de hususiyet taşıyan bir yaratım sonucunda meydana gelmesi ve böylelikle dil ile ifade edilen eser ile hareketli görüntü dizilerinin kaynaşarak ortaya bir sinema eserinin çıkması durumunda, FSEK madde 35/f.1-b. 1’de sadece ilim ve edebiyat eserlerine iktibasa izin verildiğinden bahsedilerek, bu esere iktibasa izin verilmemesi çarpık bir sonuç doğuracaktır⁹²⁶.

Bu nedenle ilim ve edebiyat eserleri için kabul edilen iktibas imkânının, sinema eserleri bakımından da *kıyasen* kabul edilmesi gerekmektedir. Buna göre bir sinema eserine başka bir ilim ve edebiyat eserlerinden(FSEK madde 2); müzik eserlerinden(FSEK madde3); güzel sanat eserlerinden(FSEK madde 4) veya diğer bir sinema eserinden(FSEK madde 5) ve yine eser niteliği taşımayan ancak FSEK madde 84/f.3 kapsamında korunan fotoğraflar, benzer usullerle tespit edilen resimler

⁹²⁶ Aynı nitelikte **Ekrutt**, s. 126 vd.

ve sinema ürünlerinden de FSEK madde 35/f.1-b. 1 kapsamında iktibas yapılması *kıyasen* mümkün olacaktır. Yine bağlantılı hak konusu ürünlerden de sinema eserlerine iktibas mümkün olacaktır(Bkz. FSEK madde 80/2.7.4).

C. Sinema Eserlerine İktibasın Koşulları

Sinema eserlerine yapılacak iktibaslar bakımından da FSEK madde 35/f.1-b. 1(küçük iktibas) ve bent 3(bilimsel eserlere büyük iktibas) de belirtilen koşullar aynen geçerli olacaktır. Bu noktada özellikle kendisine iktibas yapılan sinema eserinin bağımsız nitelikte olması; iktibasın geçerli bir amaç⁹²⁷ ile bu amacın belirlediği çerçevede yapılması gerekecektir. Bu kapsamda bilimsel nitelikte bir sinema eserine iktibas yapılabilmesi için FSEK madde 35/f.1-b.3 gereğince “içeriği aydınlatma” amacının bulunması gerekecektir. Buna göre sinema eserine iktibas edilen eser ya da eser parçası, sinema eserinin içeriğini aydınlatmak, yani bu eser içerisindeki görüşleri desteklemek ya da iktibaslarla eleştiri ortaya koymak ya da sadece sinema eserindeki açıklamaların daha iyi anlaşılmasını sağlamak ve bu açıklamaları temellendirmek için bir yardımcı araç olarak kullanılabilir. Aynı iktibas amacı sinema eserlerine FSEK madde 35/f.1-b. 1 ‘e göre yapılacak iktibaslarda da geçerli olacaktır. Örneğin, bir sinema sanatçısının sinema geçmişi ile ilgili hazırlanan bir televizyon programında, sinema hayatının geçirdiği aşamaları göstermek için sanatçının bazı filmlerinden iktibas yapılması; ya da bir müzik akımı ile ilgili olarak hazırlanan bir televizyon programına bu müzik akımından örnekler verilmesi için bazı müzik eserlerinin iktibası gibi. Yine sanatsal olarak şekillendirilen sinema filmlerinde daha önce de ifade ettiğimiz üzere sanatsal amaçlarla iktibas yapılması mümkündür. Bununla birlikte bu tür amaçlarda da, süsleme ve salt eseri zenginleştirme amacının ağır basmaması gerekir⁹²⁸.

⁹²⁷ OLG Köln, 2,25 dakikalık bir film parçasının bir televizyon programına iktibas edilmesini, iktibasın ne bir ispat aracı ne de tartışma temelinde yapılmayıp aksine sadece bir “dekorasyon/süsleme” ve televizyon programının dikkat çekmesi için yapıldığı ve iktibas edilen eser parçaları ile iç bağlantı kurulmadığı gerekçesiyle geçersiz bulmuştur. OLG Köln, GRUR 1994, Heft 1, s. 48, “Filmausschnitt”.

⁹²⁸ Bkz. **Hertin, (Hertin /Schulze/Walter, Kommentar zum deutschen Urheberrecht), § 51, s. 39, nr.98.**

Burada belirtilmesi gereken bir husus da, film müziklerinin bu müziklerin ait olduğu sinema eserinde iktibas serbestîsi kapsamında kullanılmasının söz konusu olamayacağıdır. Bu durumda mutlaka eser sahibinin izni gereklidir. Zira film müzikleri sadece hareketli resim dizileri ile görülen olay akışına akustik olarak eşlik etmek amacıyla yapılırlar. Bundan dolayı iktibas kapsamında değerlendirilemezler⁹²⁹.

Bu kapsamda özellikle sinema eserlerinden özellikle diğer sinema eserlerine FSEK madde 35/f.1-b. 1 kapsamında iktibas edilecek sinema eseri parçalarının miktarının belirlenmesinde de, küçük iktibasta iktibas edilebilecek eser parçalarının miktarının tespitine ilişkin yapılan açıklamalar geçerli olacaktır (Bkz.İkinci Bölüm, IV. D.). İktibas edilebilecek eser parçalarının belirlenmesinde dikkate alınacak en önemli unsurlar, iktibasın amacı ve iktibas edilen parçalar aracılığıyla eser sahibinin mali haklarının beklenemez ölçüde zedelenmemesi, yani iktibasın, eserin tamamının bilinmesi ve bu nedenle de eserin bütününe olan ilginin ortadan kalkması sonucunu doğuracak kapsamda olamayacağı tekrar ifade edilmelidir. Bu açıdan bir sinema eserinin deyim yerindeyse en önemli noktalarının, parçalarının iktibas edilmesi söz konusu değildir. Ayrıca iktibas amacın haklı kıldığı çerçeveyi aşmamalı, amacın sağlandığı yerde kesilmiş olmalıdır.

FSEK madde 35/f.1-b. 1 kapsamında yapılacak iktibaslar sadece eser parçaları ile sınırlandırıldığından, özellikle sinema eserlerinden sinema eserlerine yapılacak iktibaslarda da bir sinema eserinin ne miktardaki parçasının iktibasının FSEK madde 35/f.1-b. 1 kapsamında geçerli olarak kabul edileceğinin belirlenmesi gerekir. Burada daha önce de ifade edildiği üzere rölatif ve mutlak kıstaslar yanında dikkate alınacak husus, iktibasın ancak amacın haklı kıldığı orandaki bir parçayı kapsaması ve iktibas edilen parçanın kendisinden iktibas edilen sinema eserinin, eserle ilgilenenleri eserin kendisini izlemekten alıkoyacak derecede önemli bir kısmının iktibas edilmemesidir.

Bu konuda Alman Mahkemelerinin bazı somut uyuşmazlıklarda verdiği kararlardan örnek vermekte fayda bulunmaktadır:

⁹²⁹ Krüger, s. 172.

BGH, bir kararında, 43 dakikalık bir televizyon programına bir film den toplam uzunlukları 5 dakika 37 saniye olan iki iktibasın yapılmasını geçerli görmüştür. Kararda iktibas edilecek parçaların miktarının belirlenmesinde matematiksel bir ölçüt getirilemeyeceği; somut olayda ise seçilen film parçalarının ve bunların sürelerinin iktibas amacının gerçekleştirilmesi için zorunlu oranda olduğu ve iktibas edilen filmin tüm süresi karşısında geçerli bir miktar olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Mahkeme kararında ayrıca, iktibas edilen eserin tümüne olan ilginin azalmasına neden olacak ve böylelikle kendisinden iktibas yapılan eserin ekonomik olarak değerlendirme imkânlarını daraltacak çerçevede bir iktibasın yapılmadığını da ifade etmiştir⁹³⁰.

OLG Frankfurt ise verdiği bir kararda, 30 saniyelik bir reklâm filminin yaklaşık üçte birlik parçasının, eleştirel nitelikte bir magazin programına iktibasını, iktibas edilen parçaya ispat aracı olarak dayanıldığı ve daha kısa bir iktibas aracılığıyla programdaki açıklamaların yeterli olarak delillendirilemeyeceği gerekçesi ile geçerli bir iktibas olarak kabul etmiştir. Davacı, reklam filminden yapılan iktibaslar aracılığıyla reklamın etkililiğinin azaltıldığını ileri sürse de, mahkeme yapılan iktibasla ne eser sahibinin manevi haklarının ihlal edildiğini ne de kendisinden iktibas yapılan eserle doğrudan bir rekabete yol açılmasının söz konusu olduğunu; reklamın etkinliğini kaybetmesi iddiası ile ise daha çok eserle takip edilen amacın iktibaslarla bağlı eleştiriler aracılığıyla yani davacının ürünü hakkında yapılan eleştiri ile dolaylı olarak zedelenmesinin söz konusu olduğunu ve bu şekilde *dolaylı* bir ihlalin ise eser sahibinin haklarının beklenemez ölçüde engellenmesi sayılmayacağını ifade etmiştir⁹³¹.

III. MULTİMEDYA ESERLERDE İKTİBAS

A. “Multimedya” Eser Kavramı

FSEK’de “multimedya eseri” adı altında ayrı bir eser kategorisine yer verilmemiştir. Medya(Media) kavramı farklı eserleri, resim taşıyıcılarını, ses ve

⁹³⁰ BGH, GRUR 1987, s. 362–364.

⁹³¹ OLG Frankfurt, AfP 1989/2, s. 555.

bilgileri, yayınları, gösterileri ve diğer tüm yaratıcı faaliyetleri ifade eder⁹³². “Multimedya” kavramı ise genel olarak “çoklu ortamlı” iletim anlamına gelmektedir⁹³³. Multimedya, yeni bir teknik yoluyla, bilgilendirme ve eğlendirme konularında üretim ve bunlara aracılık yapılmasını ifade eder. Bu teknik kendini üç özellikle belli eder. Bu özellikler, dijital hale getirmek, iletişimde bugüne kadar bağımsız kullanılan araçları birleştirmek ve katılımcılığı(etkileşimlilik) sağlamaktır⁹³⁴. Dijital teknoloji, farklı eser türlerinin(metin, resim, müzik gibi) birbiri ile birleştirilerek sunulmasına imkân sağlayan yeni yararlanma şekillerini mümkün hale getirmiştir. Web siteleri, bilgisayar oyunları multimedya ürünlerine örnek olarak verilebilir.

Multimedya kavramının temel özelliği içeriklerin yani medyaların dijitalleştirilmesinde ortaya çıkar⁹³⁵. Multimedya eserlerinin dijitalize hale getirilmesi dataların kaydı ve nakli konusunda yapılan teknik bir işlemdir ve insanların bunu algılaması mümkün değildir. Bu konuda bir algılama ancak dijitalize haldeki içeriğin analog hale dönüşmesi ile mümkün olur ki, bunun için de bir PC'ye ihtiyaç duyulur. Dijital hale getirme dataların kaydedilmesinin ve naklinin eskiden olduğu gibi analog sistemde değil, dataların “0”, “1” rakamlarında oluşan bir ikili sayı dizisi şeklinde nakledilmesi anlamına gelir. İçeriğin muhatabın duyularına ulaşması istendiğinde tekrar analog sisteme dönülmektedir⁹³⁶. Söz konusu tekniğin avantajı ile eserin nitelik kaybına uğramaksızın ister çevrim dışı(off-line, örneğin CD(Compact Disc), CD-ROM(Compact Disc-Read Only Memory gibi) ister çevrim içi(on-line, örneğin internetten olduğu gibi) olarak sunulması sağlanmaktadır⁹³⁷. Dijitalleştirme sayesinde dil, resim ve ses gibi tüm veriler aynı veri formatına(Datenformat) sahip olur. Bu teknik, verilerin aynı veri taşıyıcısına kayıt edilerek aynı veri ağından(Datennet) yayılabilmesine ve aynı şekilde bir aygıtla tekrar insanların duyularınca algılanabilmelerine imkân tanıdığı gibi verilerin

⁹³² **Schardt, Andreas**, Multimedia-Fakten und Rechtsfragen, GRUR 1996, Heft 11, s. 827.

⁹³³ **Tekinalp**, s. 121, nr. 60.

⁹³⁴ **Rehbinder**, s. 94, nr. 240; **Öztan**,(Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 152.

⁹³⁵ **Schardt**, s. 827.

⁹³⁶ **Öztan**, (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 152.

⁹³⁷ **Ahlberg, (Nicolini/Ahlberg, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz)**, § 2, s. 106, nr.40.

birbiriyle istenildiği gibi birleştirilebilmesine ve karıştırılabilmesine de imkân sağlar⁹³⁸.

İşte multimedya yoluyla dijital iletişimin bir diğer özelliği de farklı eser türlerinin birbiriyle kombine hale getirilebilmesine imkân sağlamasında ortaya çıkar. Örneğin sözlü ya da yazılı metinler, müzikler, resimler veya sinema filmleri multimedya yoluyla birleştirilebilir hale getirilebilir⁹³⁹. Multimedya ürünlerinde farklı iletişim formlarının tek bir ürün içerisinde birleştirilmesi ile pratikte kullanıcılara doğrusal olmayan ya da etkileşimli bir tarzda içeriklere ulaşım olanağı sağlanabilmektedir⁹⁴⁰.

Multimedya ürünlerin bir diğer niteliği ise katılımcılıktır. Böylelikle kullanıcılar sadece pasif bir şekilde üründen faydalanmamakta, aksine iletişim içeriğini seçmek, iletişim sürecini yönetmek ve program içeriklerini yaratıcı bir şekilde değiştirmek imkânına sahip olmaktadır⁹⁴¹.

B. Multimedya Eserlerin Hangi Eser Türü Kapsamında Korunabileceği Sorunu

Daha önce de belirtildiği üzere FSEK’de “multimedya eser” adı altında ayrı bir eser türü düzenlenmemiştir.

Esasen, FSEK kapsamında sayılan eser türleri kapsamında yer alan eserlerin dijital hale getirilmesi, bu eserleri yeni bir eser türü haline getirmez. Zira eser niteliğinin belirlenmesinde tespit şeklinin önemi olmadığından, bir eser, belirli bir eser türüne olan aidiyetini, tespit şekli ile kaybetmez. Buna göre örneğin bir ilim ve edebiyat eseri ya da müzik eseri dijital olarak tespit edilse de yine ilim ve edebiyat eseri veya müzik eseri olarak kalmaya devam eder⁹⁴².

⁹³⁸ **Loewenheim, Ulrich**, Urheberrechtliche Probleme bei Multimediaanwendungen, GRUR 1996, Heft 11, s. 831.

⁹³⁹ **Rehbinder**, s. 95, nr.242; **Loewenheim**, s. 831.

⁹⁴⁰ **Yılmaz, Murat**, Dijital Kütüphanelerde, Elektronik Veri Tabanlarında ve Multimedya Ürünlerinde Telif Hakkı Sorunu, FMR, C.5, S. 2005/1, s. 95.

⁹⁴¹ **Rehbinder**, s. 95, nr. 243.

⁹⁴² **Loewenheim, (Schricke)**, Urheberrecht, § 2, s. 85–86, nr. 74; **Koch, Frank A.**, Grundlagen des Urheberrechtsschutz im Internet und Online-Diensten, GRUR 1997, Heft 6, s. 417; **Seydel**, s. 133; **Hoeren, Thomas (Loewenheim, Ulrich)**, Handbuch des Urheberrecht, München, 2003), s. 164, nr. 262.

Eserlerin multimedya araçları içerisinde çevrim içi(on-line) ya da çevrim dışı(off-line) sunulması sadece yeni ve teknik bir sunum aracı olup, burada yeni bir eser ya da esasen yeni bir yararlanma türünün varlığından söz edilemez. FSEK’de yer alan düzenlemeler, dijitalleştirilen ve çevrim içi ya da çevrim dışı olarak bilgisayarlar aracılığıyla kullanıcılara sunulan eserler hakkında da uygulanır⁹⁴³. Buna göre bir ilim ve edebiyat eseri(FSEK madde 2), müzik eseri(FSEK madde 3), güzel sanat eseri (FSEK madde 4) veya sinema eserinin(FSEK madde 5) dijitalleştirilerek, bilgisayar aracılığıyla umumun ulaşımına sunulması bu eserin niteliğini değiştirmeyecektir.

Multimedya ürünlerinin temel özelliklerinden birisi de ifade edildiği üzere, farklı eser türlerinin aynı dijital veri formatında(Datenformat) bir araya getirilmesine imkân sağlamasıdır. Dijitalleştirme belirli bir eser türüne ait olma niteliğini değiştirmemekle birlikte, münferit eserlerin kaynaşması, multimedya eserlerin kural olarak artık belirli bir eser türüne ait olamamasına yol açacağından,⁹⁴⁴ bu durumun hali hazırda dayandığı eserlerden farklı ve bağımsız bir eser türü olarak düzenlenmiş sinema eserlerine benzediği ifade edilmiştir. Alman hukukunda sinema eserlerinin multimedyal niteliklerinden dolayı ayrı bir eser türü olarak düzenlediği, multimedya eserlerinin ise gösterdikleri niteliklerden dolayı UrHG madde 2/f.1-b. 6 da düzenlenen “film eserine benzer olarak yaratılan” eserler niteliğinde olmadığından, yeni bir eser türü olarak sınıflandırılması gerektiği ifade edilerek⁹⁴⁵, multimedya eserlerin yeni bir eser türü olarak ortaya çıkacağı ifade edilmiştir. Bu görüş, UrHG madde 2/1’de yedi bent halinde sayılan eser türlerinin sınırlayıcı şekilde sayılmaması ile desteklenmektedir. Buna göre, farklı eser türlerinin kaynaştığı multimedya ürünlerin şimdiye kadar ki eser türleri içerisine girmemesi durumunda, UrHG madde 2/f.1’de yedi bent halinde sayılan eser türlerine ek olarak sekizinci bir eser türü olarak kabul edilebilecektir⁹⁴⁶.

⁹⁴³ **Koch**, s. 417; **Schulz**, s. 231; multimedyanın yeni bir eser türü olmadığı yönünde, **Schulze**, (**Dreier/Schulze**, Urheberrechtsgesetz), § 2, s. 118, nr.243.

⁹⁴⁴ **Loewenheim**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 2, s. 86, nr. 76.

⁹⁴⁵ **Ahlberg**, (Nicolini/Ahlberg, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz), § 2, s. 107, nr. 41.

⁹⁴⁶ **Nordemann, Axel**, (**Nordemann /Nordemann /Nordemann**, Urheberrecht), § 2, s. 173, nr. 231; **Schack**,(Urheberrecht), s. 122, nr. 217; multimedya eserlerinin, UrHG madde 2/f.1’de sayılan diğer eser türlerinden farklı nitelik gösterdiğini ve UrHG madde 2/f.1’deki eser türlerine ilişkin sınırlandırıcı nitelikte olmadığını ifade ederek, multimedya eserlerinin yeni ve bağımsız bir eser türü olduğu yolunda, **Bullinger**, (**Wandtke/Bullinger**, Praxiskommentar zum Urheberrecht), § 2, s. 92, nr. 153.

Buna karşılık hukukumuzda multimedya ürünlerini FSEK’de düzenlenen eser türleri dışında yeni bir eser türü olarak kabul etme imkânı bulunmamaktadır. Zira Alman hukukundan farklı olarak hukukumuzda FSEK’de sayılan eser türleri(FSEK madde 2–5) sınırlı sayıda sayılmıştır ve bir fikri ürünün eser olarak nitelendirilebilmesi için bu eser türlerinden birisinin içerisine gerekmektedir⁹⁴⁷.

Multimedya ürünlerinin farklı eser türlerini bir araya getirebilmesi özelliği de *esasen*, bu ürünlerin farklı bir eser kategorisinde değerlendirilmesini gerektirmeyecektir. Resim, ses, yazı gibi farklı unsurlardan oluşan multimedya ürünlerinin hangi eser türüne göre korunacağı içeriğindeki unsurlara göre değerlendirilecektir⁹⁴⁸.

Zira farklı eser türlerinin birleştirilmesi multimedya eserleri dışında da zaten var olan bir durumdur. Örneğin bir kitap içerisinde dil ile ifade edilen bir ilim ve edebiyat eseri(FSEK madde 2/1) niteliğine sahip bir metnin, güzel sanat eseri niteliğinde bir fotoğraf eseri (FSEK madde 4) ile bir araya getirilmesi sıklıkla rastlanan bir durumdur.

Böyle bir durumda farklı kısımlar ilgili eser türünde geçerli olan kıstaslara göre koruma konusu olabilirler. Multimedya eserlerinde de aynı husus geçerlidir⁹⁴⁹. Buna göre multimedya eserlerinde, farklı eser türlerinin birleşmesi, multimedya ürünlerindeki “dijital hele getirme” niteliğinden dolayı özellikle çok sıkı olsa da, münferit unsurlar, ilgili eser türündeki kıstaslara göre eser niteliğine sahip olurlar⁹⁵⁰.

Örneğin, bir web sitesindeki her bir iletişim formu ait olduğu eser türü içerisinde korunacaktır. Web siteleri bakımından bunların her bir münferit unsurunun ayrı bir eser kategorisinde değerlendirilmesi söz konusu olabilir. Örneğin, bir web

⁹⁴⁷ Aynı yönde, **Tosun**, s. 239; FSEK’de sayılan eser türleri sınırlı sayıda olmakla birlikte, bu eser türleri içerisinde sayılan eser alt türleri ise örnekseyici niteliktedir. Tekinalp, multimedia eserlerin yeni bir eser türü oluşturmadığını, bilgisayar destekli ürünlerin de FSEK madde 1/B(a) anlamında eser sayılması gerektiğini; bunların bir kısmının eser bir kısmının ise işleme olduğunu ifade etmektedir, **Tekinalp**, s.122, nr. 63. Nitekim Eroğlu’da multimedya ürünü niteliğindeki web siteleri bakımından, bunların yeni bir eser türü olarak nitelendirilmesinin, bir çok eserin bir araya gelmesiyle oluşan, ancak buna rağmen bağımsız bir eser olan sinema eserinden hareketle ileri sürülemeyeceğini, zira sinema eserinin bağımsız bir eser olarak korunmasının Kanundaki açık bir düzenlemeye(FSEK madde 5) dayandığını; multimedya eserleri için ise böyle bir düzenleme olmadığını ifade etmiştir. **Eroğlu, Sevilay**, İnternette “Aktif Link”ler yoluyla Fikri Haklara Müdahale, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, C.II, İstanbul, 2003, s. 221.

⁹⁴⁸ **Eroğlu**, s. 218.

⁹⁴⁹ Yani dil ile ifade edilen bir eser kapsamındaki bir ilim ve edebiyat eseri ile bir resmin geleneksel olarak bir kitapta birleşmesi ile bir internet sayfası üzerinde birleşmesi arasında bir fark bulunmaz.

⁹⁵⁰ **Hoeren, (Loewenheim, Handbuch des Urheberrecht)**, s. 164, nr. 263.

sitesinin grafik şekillendirmesinin güzel sanat eseri (FSEK madde 4); dilsel şekillendirmesinin ilim ve edebiyat eseri(FSEK madde 2); kullanıcı platformunun ilmi veya teknik nitelikteki çizim vs.niteliğinde bir ilim ve edebiyat eseri(FSEK madde 2/f.1-b.3) olarak korunması mümkündür⁹⁵¹. Web sitesinin, metin, fotoğraf, grafik, hyperlinklerden oluşan bir bütün olarak, ilmi veya teknik nitelikteki resim vs. olarak görülüp görülemeyeceği ise tartışmalıdır⁹⁵².

Zira farklı eser türlerinin bir araya getirilmesi genellikle paylı(müşterek) eser sahipliği ilişkisi(FSEK madde 9) oluşturur. Multimedya eserleri içerisinde de paylı eser sahipliği (FSEK madde 9; bağlı eser, UrHG madde 9) ilişkisi oluşabilir⁹⁵³. Bu durumda her bir eser türü bağımsız olarak eser olma niteliğini koruyacak, eser sahipleri birleştirilen eserlerin tamamı(multimedya ürünü) üzerinde de haklara sahip olacaklardır. Zira farklı eserlerin aynı eser sahibine ait olması halinde de bir değişiklik olmayacaktır. Örneğin bilimsel bir eserde, eser sahibinin eserin metin kısmı ile hazırladığı ilmi veya teknik nitelikteki haritaları birleştirmesi durumunda, her bir eser bir birinden bağımsız olarak başlı başına koruma konusu olmakla birlikte, birleştirilen eserin tamamını değerlendirme hakkı doğal olarak eser sahibine ait olacaktır.

⁹⁵¹ **Dreyer, (Dreyer/Kotthoff/Meckel, Urheberrecht), § 2, s. 126, nr. 275.**

⁹⁵² Estetik değeri bulunmayan web sayfalarının, koşulları varsa, FSEK 2/f.1-b.3 hükmü gereğince ilim ve edebiyat eseri olarak korunabileceği yönünde, **Ateş, (Eser), s. 161.** Web sayfalarındaki münferit eserler ayrı ayrı koruma konusu olabilmekle birlikte, metin, fotoğraf, grafik, hyperlinkler gibi unsurlardan oluşan bir web sitesinin bütününde de, gerekli hususiyeti taşıması durumunda FSEK madde 2/f.1-b. 3 kapsamında ilmi veya teknik nitelikteki resim vs. kapsamında korunabileceği de ifade edilmiştir. Burada ürünün bütünde yarattığı etki dikkate alınarak, özellikle hususiyet taşıyan şekillendirme unsurlarının(aktif hale getirilebilen linkler, hareketli grafikler, kolay anlaşılır ve kullanıcı dostu kullanım yüzeyi gibi) bulunması durumunda web sayfasının FSEK madde 2/f.1-b.3 kapsamında korunabileceği kabul edilmektedir. **Seydel, s. 135.** Buna karşılık, web sitelerinin FSEK madde 2/3 kapsamında ilmi veya teknik nitelikteki resim vs. olarak görülemeyeceği zira ilmi veya teknik nitelikteki bu tür eserlerin, bilgilerin öğretim veya ders verme anlamında paylaşılmasına hizmet edeceğini ve bu amaca da grafiksel ya da üç boyutlu şekillendirmelerle ulaşılamayacağı yönünde, **Hoeren, (Loewenheim, Handuch des Urheberrecht), s. 165, nr. 266.** Buna karşılık internet web siteleri bilgisayar programı niteliğinde değildirler. Nitekim bilgisayar programlarının korunması, program kodunu, programın organizasyonu ve yapısını içerir **Eroğlu, s. 219.** İnternette kullanılan web tarayıcıları ile arama motorları, e-posta programları veya linklerin aktif hale getirilmesi için kullanılan programlar, bilgisayar programı olarak korunmakla birlikte, internet siteleri kendilerine bir bilgisayar programı entegre edilmiş olsa bile bilgisayar programı niteliğinde eser olarak kabul edilmemektedirler. Zira bilgisayar programı ile programın kendisi ile programı aracılığıyla meydana getirilen ve ekran üzerinde meydana getirilen ürün birbirinden ayrılmalıdır, **Seydel, s. 136; Eroğlu, s. 219; Başpınar, Veyssel/Kocabey, Doğan, İnternette Fikri Hakların Korunması, Ankara, 2007, s. 97.**

⁹⁵³ **Schulze, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz), § 2, s. 118, nr. 243.** FSEK madde 9/f.1'de, birden fazla kimselerin birlikte vücuda getirdikleri eserin kısımlara ayrılması mümkünse, bunlardan her biri vücuda getirdiği kısmın sahibi sayılacağı düzenlenmiştir.

Multimedya ürünlerinin, örneğin multimedya ansiklopedileri gibi, derleme eser niteliği taşıması da mümkündür⁹⁵⁴. Belirtmek gerekir ki derleme eserler paylı eserlerden farklıdır. Zira derleme eserlerde, münferit eser sahipleri arasında hukuki bir ilişki olmayıp, aksine sadece her bir eser sahibi ile yayıncı arasında hukuki bir ilişki bulunmaktadır⁹⁵⁵.

Derleme eser, FSEK madde 1/B-d'ye göre özgün eser üzerindeki haklar saklı kalmak kaydıyla, ansiklopediler ve antolojiler gibi muhtevası seçme ve düzenlemelerden oluşan ve bir düşünce yaratıcılığı sonucu olan eseri ifade etmektedir. Derleme eser özelliğini farklı eser ya da materyallerin belirli bir plan ve amaç çerçevesinde hususiyet taşıyan şekilde seçilmesi, toplanması ve bir araya getirilmesinden almaktadır. Bir eser sahibinin bütün veya aynı cinsten olan eserlerinin külliyat haline konulması(FSEK madde 6/f.1-b. 6);belli bir maksada göre ve hususi bir plan dâhilinde seçme ve toplama eserler tertibi(FSEK madde 6/f.1-b. 7; belli bir maksada göre ve hususi bir plan dâhilinde verilerin ve materyallerin seçilip derlenmesi sonucu ortaya çıkan ve bir araç ile okunabilir veya diğer biçimdeki veri tabanları derleme eserlere örnek olarak verilebilir. Örneğin internet web sitelerinin de FSEK madde 6/f.1-b.11'de düzenlenen veri tabanı(eseri) niteliğindeki bir derleme eser olarak nitelendirilmesi mümkündür. Bununla birlikte sıradan web siteleri çoğunlukla derleyen hususiyetini taşımayacağından derleme eser niteliğinde veri tabanı olarak korunamayacaktır⁹⁵⁶. Bu durumda, yani veri tabanının hususiyet taşınamaması ve veri tabanı eseri olarak nitelendirilememesi durumunda FSEK Ek madde 8 kapsamındaki *sui generis* nitelikteki koruma gündeme gelebilecektir⁹⁵⁷.

Bununla birlikte multimedya ürünlerinde birleştirilen eserlerin tamamen yeni bir konsept ve içerik yaratacak şekilde birbiri ile kaynaştırılması durumunda derleme eserin ötesinde, hususiyet taşıyan bağımsız bir yaratımın varlığından söz edilebilecektir. Zira bu durumda hali hazırda bulunan eser veya materyallerin seçme, toplama ve düzenlenmede hususiyet taşıyacak şekilde bir araya getirilmesi değil, bu

⁹⁵⁴ **Schulze, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz), § 2, s. 119, nr. 243;Hoeren, (Loewenheim, Handbuch des Urheberrecht), s. 166, nr. 268; Schulz, s. 231.**

⁹⁵⁵ **Nordemann, Wilhelm, (Nordemann /Nordemann/ Nordemann, Urheberrecht), § 9, s. 243, nr.13.**

⁹⁵⁶ **Eroğlu, s. 220.**

⁹⁵⁷ İnternet web siteleri de FSEK madde 6/f.1-b.11 kapsamında seçme, toplama ve düzenlemede bir hususiyet taşıyorsa, veri tabanı eseri olarak da nitelendirilebilir; gerekli hususiyetin bulunmaması durumunda ise FSEK Ek madde 8'de sağlanan *sui generis* koruma göndeme gelebilir, Bkz. **Seydel, s. 136.**

unsurların yeni bir ürün(multimedya) yaratılması aşamasında yeni bir içerik ve konsept temelinde birbiri ile etkileşim içerisinde bir araya getirilmesi söz konusudur. Bu açıdan multimedya ürünlerinin derleme eser olarak nitelendirilmesi çoğu kez yeterli olmayacaktır.

Bununla birlikte, bir çok farklı eser türünün birleştirilmesi ile bir eser türüne ait eser parçalarının her birinin ayrı ayrı koruma konusu olması dışında, birleştirme işleminin kendisi de korunabilir⁹⁵⁸. Zira bu birleşim belirttiğimiz üzere derleme eser olmasının ötesinde, bütününde bir yaratıcı faaliyet ortaya çıkartabilir.

Farklı eser türlerindeki unsurların yaratıcı fikri bir içeriğin(mesajın) ifadesi olarak birbirine bağlanması durumunda ortaya çıkan bütün de unsurlarından bağımsız olarak “içerik” koruması kazanır. Örneğin bir ilim ve edebiyat eseri niteliğinde korunan bir metin(FSEK madde 2/1), bir güzel sanat eseri (FSEK madde 4) veya bir ilmi veya teknik nitelikteki bir çizelge(FSEK madde 2/f.1-b.3) gibi farklı eser unsurlarının bütününde sanatsal bir iletinin aracı olarak kolaj yoluyla birleştirilmesi durumunda, her bir eser unsurunun ilgili olduğu eser türünde korunması yanında, bunlar bütününde de güzel sanat eseri(FSEK madde 4) olarak korunabilecektir⁹⁵⁹.

Burada belirtilmesi gereken bir husus da multimedya eserlerinin FSEK madde 5 kapsamında sinema eseri olarak değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Alman öğretisinde, multimedya eserlerin sinema eseri(özellikle film eserine benzer şekilde yaratılan eserlerUrHG madde 2/f.1-b. 6) olarak nitelendirilemeyeceği, zira multimedya eserlerin dijital teknik ile sunulan kullanıcılara çevrim içi(on-line) iletişimi beraber şekillendirme imkânı sağlayan etkileşimlilik (interaktivitaet) özelliğinden dolayı sinema eserleri ile aynı nitelikte görülmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir⁹⁶⁰.

Etkileşimlilik(interaktivitat) sadece multimedya ürünlerinde söz konusudur. Multimedya ürünlerinin bu özelliği gereğince ürünü kullananlar, sanal konuları ya da

⁹⁵⁸ **Dreyer, (Dreyer/Kotthoff/Meckel, Urheberrecht), § 2, s. 94, nr. 174.**

⁹⁵⁹ **Dreyer, (Dreyer/Kotthoff/Meckel, Urheberrecht), § 2, s. 94, nr. 174.**

⁹⁶⁰ **Schack, s. 122, nr. 217; Loewenheim, (Schrieker, Urheberrecht), § 2, s. 86, nr. 76; Ahlberg, (Nicolini/Ahlberg, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz), § 2, s. 107, nr. 41; Seydel, s. 134; Hoeren, (Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts), s. 164, nr. 263. Buna karşılık diğer bir görüş, web siteleri bakımından, bunların sanal ortamda hazırlandıklarını ve internet bağlantısı olmadan web sitesi kavramından söz edilmesi mümkün değilken, sinemanın internetle bir bağlantısı olmadığını ifade ederek, web sitelerinin sinema eseri olarak korunamayacağını ifade etmektedir, **Başpınar/Kocabey, s. 97.****

karakterleri kendi isteklerine göre olay akışını yönetecek komutlar aracılığıyla oynatabilir, belirli bir şarkıyı çalabilir ya da kesebilir veya seçtiği arama ölçütlerine göre belirli bir metne ulaşabilir. Kullanıcı böylelikle eserin akışını kendisi belirler. Buna karşılık sinema eserlerinin yaratım sürecinde, senaryo tek seferliğine yaratılır ve böylelikle hareketli görüntü dizisi ve seslerin içeriği kesin olarak belirlenir ve böylelikle izleyiciler sadece kesin olarak belirlenen bu içeriği görürler⁹⁶¹. Ayrıca sinema eserlerinin ayırıcı özelliği, hareketli resim ve/veya ses dizileridir. Buna karşılık multimedya eserlerin ayırt edici unsuru(web sitelerinde olduğu gibi) hareketli resim dizileri olmaması multimedya ürünlerin sinema eseri olarak nitelendirilmesine engeldir⁹⁶².

Sinema eserleri, FSEK madde 5’de 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 dizisi olarak tanımlanmıştır. Sinema eserini diğer eserlerden ayırt edici unsuru ise hareketli görüntü dizileridir. Buna göre bir multimedya ürününün hareketli görüntü dizileri içermesi ve böylelikle sinema eseri etkisi uyandırması durumunda sinema eseri olarak nitelendirilmesi mümkün olabilir⁹⁶³. Hareketli görüntü dizilerinin birbiri ile ilişkili olması ile kastedilen, görüntüyü oluşturan karelerin birbirinden kopuk, anlam bütünlüğünü zedeleyen bir şekilde, birbirinden bağımsız ve birbiri ile ilgisiz olmamasıdır⁹⁶⁴.

⁹⁶¹ **Asunción, Esteve**, Das Multimeddiawerk in der spanischen Gesetzgebung, GRUR Int, Heft 11, s. 858.

⁹⁶² **Ahlberg, (Nicolini/Ahlberg, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz)**, § 2, s. 107, nr. 41.

⁹⁶³ Tosun ise, multimedya ürünlerin de sinema eseri sayılmak için hareketli görüntü dizisine, eser sahiplerinin hususiyetini ve özellikle bir senaryoya sahip bulunması gerektiğini ifade etmekte; ancak hususiyet şartının araştırılmasının ya da senaryonun bulunup bulunmadığına ilişkin değerlendirmelerde bulunulurken klasik anlamda bir sinema filmiyle aynı ölçüde araştırma yapılmaması gerektiğini ifade etmiştir. Buna göre multimedya ürünler arasında, hareketli görüntü dizisi, hususiyet ve yönetmen-senarist ikilisine sahip olma koşullarından birini bile sağlamayanların sinema eseri niteliğine sahip olmayacağını ifade etmiştir, **Tosun**, s. 244; Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, kanımızca bir sinema eserinden bahsedebilmek için bir yönetmenin bulunması gerekmekte birlikte, hali hazırda mevcut bir senaryonun bulunması gerekli değildir. Burada önemli olan hususiyet taşıyan birbiri ile ilişkili görüntü dizileri olup olmadığıdır. Nitekim, buradaki yönetmenin de klasik sinema filmi anlamında yönetmen olarak değil, söz konusu çalışmayı yürüten ve farklı unsurları bir araya getiren kişinin yönetmen olarak kabul edilmesi mümkündür. Tosun da, geleneksel anlamdaki sinema filmlerindeki yönetmen kavramı ile tam örtüşmese de, böyle durumlarda da bir yönetmenin varlığının kabul edilebileceğini ifade etmektedir, **Tosun**, s. 242.

⁹⁶⁴ **Tosun**, s. 71.

Bir multimedya ürününün sinema eseri kapsamında korunabilmesi için, dijital olarak kaydedilmiş resim ve/veya ses dizilerinin sıralanması aracılığıyla bir hareket akışı etkisinin yaratılmış olması gerekir. Mümkün etkileşimlilik bunu etkilemez⁹⁶⁵. Zira multimedya ürününde, hareketli görüntü dizilerinin kullanıcılar tarafından müdahale edilemeyecek şekilde ve senaryoyla karşılaştırılabilir bir hikâyeye sahip olması da sıklıkla rastlanan bir durumdur.

Buna karşılık bir hareket akışı etkisi uyandırmaksızın münferit resimlerin salt arka arkaya sıralanması multimedya ürünün sinema eseri niteliği taşımasını sağlamaz. Zira örneğin bir multimedya ürününde yer alan bir metnin içeriğinin aydınlatılması için bazı resimlerin arka arkaya sıralanması durumunda sinema eserinin varlığından söz edilemeyecektir⁹⁶⁶. Bir hareket akışı barındırmayan multimedya ürünlerinin sinema eseri olarak nitelendirilmesi mümkün olmaz⁹⁶⁷.

Sonuç olarak multimedya ürünlerinden sinema eseri olma koşunu taşıyanlar sinema eseri(FSEK madde 5) olarak korunabilecektir. Bunun dışında multimedya ürünleri oluşturan eserlerden her biri ait olduğu eser türü kapsamında koruma konusu olacaktır. Yine bu eserlerin veri tabanı olarak korunması da söz konusu olabilecektir.

C. Multimedya Eserlerine İktibas

Multimedya eserleri sinema eserlerine benzer şekilde içlerinde farklı eser türlerini kaynaştırsalar da, FSEK’de düzenlenen eser türleri sınırlı sayıda sayıldığından ve sadece sinema eserlerine içinde birleşen eser unsurlarından

⁹⁶⁵ **Hoeren, (Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts)**, s. 166, nr. 267. Zira multimedya ürün olarak kabul edilen bilgisayar oyunlarının sinema eseri olarak korunması kabul edilmektedir. Modern bilgisayar oyunlarının içerdiği değişken canlandırmalar, üç boyutlu resimler, sahne akışları çoğunlukla sinema eseri sayılmaları için yeterli olacak yaratıcı seviyeye ulaşacaktır. Oyuncuların bilgisayar oyununun akışında resim dizilerine müdahale ederek oyunu etkilemeleri ve resimlerin somut sırasını ilk kez tespit etmelerinin, eser sahibi tüm oyun araçlarının(unsurlarını) çerçevesini hali hazırda önceden verdiğinden, bilgisayar oyunlarının sinema eseri olarak nitelendirilmesine engel olmayacağı ifade edilmiştir, **Bullinger, (Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht)**, § 2, s. 86, nr.129); Tosun da, interaktiflik özelliğinin, bilgisayar oyunlarının eser sahibinin hususiyetini taşıyıp taşımadığı hususunda belirleyici olamayacağını; bilgisayar oyunlarında her ne kadar, bu oyunu oynayan kişilerin hamlelerine göre bir akış oluşacaksa da, oynayan kişinin izleyeceği tüm yolların eseri yaratan kişinin öngörmüş olduğu yollar olduğunu ifade etmiştir, **Tosun**, s. 242.

⁹⁶⁶ Bu konuda, bir anlatımın dijital olarak sunumundan oluşan bir elektronik kitap ve anlatılanların içeriğini aydınlatmak için mantıksal bir sırada dizilen resimler örnek olarak verilebilir, **Asunción**, s. 862.

⁹⁶⁷ **Hoeren, (Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts)**, s. 166, nr. 267.

bağımsız bir eser türü niteliği tanındığından, hukukumuzda multimedya eseri adı altında ayrı ve bağımsız bir eser türünün varlığından söz edilemeyecektir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, eserlerin dijitalleştirilerek multimedya araçları ile kamuya sunulması bu eserlerin ait olduğu eser türünde bir değişikliğe yol açamayacağından, bu durum FSEK madde 35’de düzenlenen iktibas serbestisine ilişkin hükümlerin uygulanması bakımından da esasen bir farklılığa yol açmayacaktır.

Buna göre bilimsel bir eser niteliğine sahip bir multimedya ürününe de FSEK madde 35/f.1-b. 3 kapsamında başka eserlerden büyük iktibas yapılabilecektir. Bu açıdan kendisine iktibas yapılan bilimsel makalenin basılı bir süreli yayında yayımlanması ile bir internet sayfasında umumun erişimine sunulması arasında bir fark yoktur. Özellikle internet üzerinde popüler bilimsel eserlere de sıklıkla rastlanmaktadır. Ancak bu eserlerin FSEK madde 35/f.1-b. 3 kapsamında değerlendirilebilmesi için eserde eğlence unsurunun ağır basmaması gerekir.

Yine bir müzik eserinin multimedya ortamları kullanılarak umuma iletilmesi durumunda da müzik eserinin niteliği değişmeyecek ve bu esere başka bestelerden FSEK madde 35/f.1-b. 2 kapsamında iktibas yapılabilecektir. Multimedya aracılığıyla sunulan ilim ve edebiyat eserlerine de FSEK madde 35/f.1-b. 1 kapsamında başka eser parçalarından iktibas yapılması mümkün olacaktır. Meydana getirilen multimedya ürününün sinema eseri(FSEK madde 5) niteliği göstermesi durumunda, daha önce de ifade ettiğimiz üzere FSEK madde 35/f.1-b. 1 hükmü sinema eserleri hakkında da kıyasen uygulanacağından, multimedya ürünü niteliğindeki sinema eserlerine de aynı şekilde FSEK madde 35/f.1-b. 1 kapsamında başka eserlerden iktibas yapılabilecektir.

Multimedya ürünü farklı eser türlerinin bir araya getirilmesi ile oluşturulmuşsa, esas olarak birleştirilen her bir eser türü birbirinden bağımsız olarak kendi eser türü içerisinde korunacağından, bu eser türlerine yapılacak iktibaslarda da ait oldukları eser türleri dikkate alınacaktır. Örneğin metin ve müzikten oluşan bir web sayfasının metin kısmına yapılacak iktibaslar, bu kısmın niteliğine göre FSEK madde 35/f.1-b. 3 veya b. 1 kapsamında; müzik kısmına yapılacak iktibaslar ise FSEK madde 35/f.1-b. 2 kapsamında değerlendirilebilecektir.

Buna karşılık farklı eserlerin bir derleme eser kapsamında birleştirilmesi durumunda, derleme eser içerisindeki eserlerin iktibas kapsamında kullanıldığından söz edilemez. Zira derleme eserler, var olan eserlerin derleyeninin hususiyet taşıyan bir seçme, toplama ve düzenleme faaliyeti neticesinde bir araya getirilmesi ile oluştuklarından, bu eserler içlerinde bulunan eserlere nazaran bağımsız nitelikte bir eser olarak kabul edilmezler. Buna karşılık farklı eser türlerinin salt seçme, toplama ve düzenlemedeki hususiyeti aşacak şekilde, tamamen farklı bir içerik ve farklı bir konsept bağlamında birleştirilmesi durumunda, meydana getirilen eserin içeriksel olarak, içerisinde birleştirdiği eserlerden bağımsız bir niteliğe sahip olduğundan söz edilebilecektir. Örneğin farklı eser türlerinin kolaj formunda sanatsal bir ifade aracı olarak kullanılması ve meydana getirilen eserin bütünüde içerisinde birleşen eserlerden tamamen farklı kendisine ait bir içeriğe, söyleme sahip olması durumunda, kolaj yoluyla birleştirilen eserlere nazaran bağımsız nitelikte bulunduğundan söz edilebilecek ve birleştirilen eserlerin, başka eserlerden bir güzel sanat eserine yapılan iktibas kapsamında değerlendirilmesi mümkün olabilecektir.

D. Multimedya Eserlerden İktibas

Bir eserin dijital hale getirilmek suretiyle multimedya araçlarından faydalanılarak umuma sunulması durumunda eserin ait olduğu türde bir değişiklik olmayacağından, bu husus FSEK madde 35 kapsamında kendisinden iktibas yapılabilecek eserlerin belirlenmesinde de bir değişiklik yaratmayacaktır. Esasen FSEK madde 35/f.1-b.3 kapsamında bilimsel nitelikteki eserlere yapılacak iktibaslarda kendisinden iktibas yapılabilecek eserin türü bakımından da bir sınırlandırmaya gidilmemiştir. Bu açıdan farklı eser türlerinin birleştiği eser türlerinden iktibas yapılmasında da özellik gösteren bir durum olmayacaktır. Aynı husus FSEK madde 35/f.1-b. 1 kapsamında da geçerlidir. Zira söz konusu bentte her ne kadar bir eserin bazı cümle ve fıkralarının iktibasından söz edilmişse de, ifade ettiğimiz üzere bu düzenlemenin bir eserin bazı parçalarından iktibas yapılabileceği şeklinde yorumlanması gerekir. Yani burada da esasen kendisinden iktibas yapılabilecek eserler bakımından bir sınırlama bulunmamaktadır.

E. Multimedya Eserlerde İktibasın Koşulları

1. Genel Olarak

Multimedya niteliğindeki ürünler aracılığıyla umuma sunulan eserlerde iktibas hususunda da FSEK madde 35’de düzenlenen koşulların bulunması gerekir. Bu koşullar genel olarak kendisine iktibas yapılan eserin bağımsız niteliğe sahip olması, iktibas amacı ve iktibasın amacın haklı kıldığı oranda yapılmış olmasıdır. Yine iktibas yoluyla eser sahibinin haklarının beklenemez ölçüde ihlal edilmemesi gerekir. Tüm iktibas türlerinde kendisinden iktibas yapılacak eserin en azından alenileşmiş olması gerekmektedir. FSEK madde 35/f.1-b.3 kapsamında bilimsel eserlere, güzel sanat eserleri dışındaki eserlerden yapılacak büyük iktibasta ve FSEK madde 35/f.1-b.2’de düzenlenen müzik iktibaslarında ise, kendisinden iktibas yapılacak eserin yayımlanmış olması gerekir.

FSEK madde 35 gereğince kendisine iktibas yapılan eserin bağımsız nitelikte olması gerekmektedir. Salt iktibaslar toplaması niteliğindeki derleme eserler, bağımsız niteliğe sahip olmayacaktır. Bu açıdan, seçme, toplama ve düzenlemede eser sahibinin hususiyetini taşısa da derleme eser niteliğindeki bir eserin iktibaslar karşısında bağımsız bir niteliğe sahip olduğundan söz edilemeyecektir.

İktibas amacı bakımından da, FSEK madde 35/f.1-b. 3 kapsamında yapılacak iktibaslarda iktibas ancak içeriği aydınlatma amacı ile yapılabilecektir. Buna karşılık FSEK madde 35/b. 1’de düzenlenen küçük iktibasta ve esasen müzik iktibaslarında(FSEK madde 35/f.1-b. 2) iktibasların sanatsal ifade ve şekillendirme aracı olarak kullanılması da mümkündür.

Belirtmek gerekir ki, Google gibi arama motorlarının küçük ön izleme resmi(Thumbnails) vermesi durumu iktibas serbestîsi kapsamında değerlendirilemeyecektir. Zira bu durumda çoğunlukla kendisine iktibas yapılan unsurun bağımsız nitelikte bir eser sayılacağından⁹⁶⁸ söz edilemeyeceği gibi gerekli iktibas amacı da bulunmamaktadır. Alman yargı kararlarında bu çeşit bir kullanımın iktibas serbestîsi kapsamında kabul edilmediği görülmektedir. OLG Jena verdiği bir

⁹⁶⁸ Zira bulunanlar listesinin(Trefferliste) salt mekanik olarak bir araya getirilmesi, veri tabanı eseri olarak dahi nitelendirilemeyecektir; aynı zamanda resimleri basit bir küçültülmesi yani sıkıştırılması söz konusu olduğundan, işleme niteliğinde bir eserden de söz edilemeyecektir. OLG Jena, MMR, 2008/6, s. 409 vd, "Thumbnails".

kararda⁹⁶⁹ küçük ön izleme resimlerinin iktibas serbestisine ilişkin hükümler kapsamında değerlendirilemeyeceğini ifade etmiş ve özellikle böyle bir durumda geçerli bir iktibas amacının bulunmadığını ifade etmiştir. Kararda, iktibasların sadece içeriği aydınlatmak amacıyla, ispat vasıtası olması durumunda geçerli bir amaç taşıyacağı belirtilmiştir. Buna göre bir resmin, resimleri sadece mekanik olarak bir araya getiren ve sıklıkla da tamamen saçma sonuçlar getiren bir “bulunanlar listesi” çerçevesinde gösterilmesinde herhangi bir şekilde fikri bir tartışmanın mevcudiyetinden bahsedilemeyeceği ifade edilmiştir⁹⁷⁰.

İktibasın eser sahibinin haklarını beklenemez ölçüde zedeleyip zedelediğinin belirlenmesinde ise iktibas edilen eser ya da eser parçalarının internet aracılığıyla çok geniş bir kesime ulaşacağı da dikkate alınmalıdır. Nitekim LG München I, iktibasın derslere eşlik eden notlara eklenebileceğini ifade etmiştir. Buna karşılık geçerli iktibas amacı bulunsa da, bu notların internette herhangi bir ulaşım sınırlaması olmadan erişime açılması, hak sahibinin mali haklarını fiilen göz ardı edeceğinden, böyle bir kullanımın iktibas serbestisi yoluyla geçerli kılınmayacağına karar vermiştir⁹⁷¹.

Belirtmek gerekir ki, özellikle internet aracılığıyla umumun erişimine tabi kılınan ve güzel sanat eseri dışında bir eser türüne ait olan bir eserin tamamının bilimsel bir esere iktibası problemlili bir durum arz eder. Zira güzel sanat eserleri dışındaki eserlerden bilimsel eserlere büyük iktibas yapılabilmesi bu eserlerin yayımlanmış olması koşuluna bağlanmıştır. Yine FSEK madde 35/f.1-b. 2 kapsamında müzik eserlerine yapılacak iktibaslarda da kendisinden iktibas yapılacak bestenin yayımlanmış olması gerekmektedir. İnternet üzerinden umumun erişimine sunulan müzik ya da diğer eserlerin yayımlanmış kabul edilip edilemeyeceği ise

⁹⁶⁹ OLG Jena, MMR, 2008/6, s. 408 vd, ”Thumbnails”.

⁹⁷⁰ Schack’ da karara ilişkin görüşünde, davalının söz konusu resmi kendisinin fikri tartışma konusu yapmadığını, aksine sadece kullanıcıların söz konusu eseri bulmalarını ve bunun sonrasında fikri tartışma konusu yapma imkânını kolaylaştırdığını ifade etmiştir, **Schack, Haimo**, ”Anmerkung”, MMR, 2008/6, s. 415. Buna karşılık öğretide, bu tür bir kullanımın iktibas serbestisi kapsamında geçerli olup olmadığının belirlenmesinde belirleyici unsurun “amaç” unsuru olduğu; bu amacın da, kullanıcılara, aramada bulunan resimlerin içerikleri hakkında bilgi veren görsel aramalarda bulunacağı ifade edilmiştir. Buna göre, tüm eserin küçültülmüş resmi, kullanıcıların resmin içeriğini gerçekten tanımaları ve arama sonuçlarının ihtiyaçlarını tatmin edip etmediğini anlamaları için, çoğaltmanın çerçevesi amacın haklı kıldığı oranda olduğu sürece gereklidir, **Dreier, (Dreier/Schulze**, Urheberrechtsgesetz), §51, s. 823-824, nr. 24.

⁹⁷¹ LG München I, AfP 2005, Heft 4, s. 405, “Karl Valentin”.

FSEK'in yayımlanma kavramını düzenleyen yedinci maddesindeki düzenleme karşısında problemlili bir durum olarak ortaya çıkmaktadır.

2. Yayımlanmış Olma Koşulunun İnternet Yoluyla Umuma Sunulan Eserler Bakımından Değerlendirilmesi

Günümüzde birçok ve özellikle bilimsel nitelik taşıyan eserler internet üzerinden umuma arz edilmekte ve bu durumda özellikle bilimsel eserlere yapılacak büyük iktibas bakımından büyük bir önem arz etmektedir. FSEK madde 35/f.1-b. 3 gereğince güzel sanat eserleri dışındaki eserlerden bilimsel eserlere büyük iktibas yapılabilmesi için bu eserlerin "yayımlanmış" olması gerekmektedir. Yine müzik eserlerine başka bestelerden iktibas yapılabilmesi de iktibas edilecek bestenin yayımlanmış olması koşuluna bağlanmıştır(FSEK madde 35/f.1-b.2).

FSEK madde 7/f.2'de ise, "bir eserin aslından çoğaltma ile elde nüshaların hak sahibinin rızasıyla satışa çıkarılma veya dağıtılma yahut diğer bir şekilde ticaret mevkiine konulma suretiyle umuma arz edilmesi" halinde yayımlanmış sayılacağı düzenlenmiştir.

FSEK'in, eser sahibinin, eserini, işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkını düzenleyen 25'nci maddesinde, eser sahibinin, eserinin aslı ya da çoğaltılmış nüshalarının telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılmasına veya sunulmasına ve *gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda eserine erişimini sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek* veya yasaklamak hakkına da sahip olduğu düzenlenmiştir. Bir eserin internet üzerinden umuma iletimi de bu madde kapsamındadır. Alenileşme için eserin maddi nüshalara tespit edilerek çoğaltılması gerekli olmayıp, eserin herhangi bir şekilde gerek maddi gerekse maddi olmayan şekilde umuma iletilmesi yeterli olacağından, ilk etapta internet yoluyla umuma iletilen eserlerin, internet kullanıcıları tarafından bu eserlere gerçekten ulaşıp ulaşılmadığına bakılmaksızın "alenileştikten" bahsedilecektir⁹⁷².

⁹⁷² **Katzenberger, (Schricker, Urheberrecht)**, § 6, s. 226, nr. 51. Buna karşılık, kapalı kullanıcı gruplarında, alenileşme için gerekli olan "umum" kavramının oluşmadığından bahsedilebilecektir. Örneğin, bir eserin, sadece işletme ya da bir enstitüde çalışanların kullanabileceği bir veri bankasına girişinin yapılması durumunda, bu eserin alenileştikten bahsedilemeyecektir. Başka yol ve şekillerde de olsa sadece belirli uzmanların veya ilgililerin kullanımında olan veri bankaları için de aynı husus geçerlidir. **Katzenberger, (Schricker, Urheberrecht)**, § 6, s. 226, nr. 52.

Buna karşılık bir eserin internet yoluyla dijital şekilde umuma iletilmesi durumunda bu eserin yayımlanmış sayılıp sayılmayacağı hususu problem arz etmektedir.

Bir eserin, sadece online-sunucuya kaydedilmesi ve bu sunucu aracılığıyla (örneğin bir web-sitesinde) umuma iletilmesi durumunda esasen bu eserin alenileştiğinden bahsedilecek ve bu şekilde alenileşen bir eserden-bu eser güzel sanat eseri olmadığı sürece- kural olarak FSEK madde 35/f.1-b. 3 kapsamında bilimsel eserlere büyük iktibas yapılması söz konusu olmayacaktır. Yine bu şekilde alenileşen müzik eserlerinden de müzik iktibasları yapılamayacaktır. İnternete konulan eserlerden bilimsel eserlere ancak FSEK madde 35/f.1-b. 1 kapsamında küçük iktibas mümkün olabilecektir.

Bununla birlikte günümüzde özellikle bilimsel nitelik taşıyan dil ile ifade edilen eserlerin, örneğin bilimsel makalelerin sıklıkla maddi şekilde umuma iletilmeksizin (örneğin bir uzmanlık alanı dergisinde) sadece internet üzerinden umuma iletildiği ve bu eserlerin çok geniş kitlelere ulaştığı dikkate alındığında, bu eserlerden başka bilimsel eserlere büyük iktibasa imkân tanınmamasının iktibas serbestisine ve bilimsel nitelikteki fikri tartışmaya önemli bir sınırlandırma getirdiğinden söz edilebilecektir.

Öğretide ise yayımlanma kavramının internet üzerinden umuma iletilen eserleri de kapsayıp kapsamayacağı hususunda yoğun bir tartışma yaşanmaktadır. FSEK'in yedinci maddesinin ikinci fıkrası gereğince, bir eserin yayımlandığından bahsedebilmek için öncelikle bir eserin çoğaltılmış nüshalarının üretilmiş olması gerekeceğinden söz edilecektir. Esasen, bir eserin bir internet sunucusuna kaydedilmesi, tespit edilmesi durumunda da bir çoğaltma işleminden bahsedilir. Ancak bu durumda tek bir çoğaltılmış nüshanın meydana getirildiğinden söz edilecektir⁹⁷³.

Bir eserin yayımlanmasından bahsedebilmek için eserin çoğaltılmış nüshalarının bulunması dışında, eserin yeterli sayıda çoğaltılmış nüshasının üretilmiş olması gerekmektedir. Daha önce de ifade edildiği üzere bir eserden yeterli sayıda nüsha üretildiğinden bahsedebilmek için çoğaltılmış nüshaların umurun normal ihtiyaçlarını karşılaması gerekmektedir. Bir eserin internet sunucusuna kaydedilmesi

⁹⁷³ Goebel/Hackemann/Scheller, s. 355; Süßenberger, Christoph, "Argumente Pro", (Süßenberger, Christoph/Czychowski, Christian, Das „Erscheinen“ von Werken ausschließlich über das Internet und ihr urheberrechtlicher Schutz in Deutschland- Einige Argumente Pro und Contra), GRUR 2003, Heft 6, s. 490.

durumunda ise tek bir çoğaltılmış nüshanın varlığından söz edilecektir. Ancak bu tek çoğaltılmış nüshanın internetin çok geniş kitlelere ulaşma özelliği dikkate alındığında, umumun esere olan normal ihtiyaçlarını karşılamak için yeterli olacağından söz edilebilecektir⁹⁷⁴. *Kural olarak*, tüm internet kullanıcıları sınırsız ve diledikleri zaman eserden haberdar olabileceklerdir. Zira internet sunucusuna yapılacak tek bir çoğaltma bile, internet kullanıcılarının eseri kendi bilgisayarlarına kaydetmelerine –indirmelerine- ve eserden haberdar olabilmelerine imkân tanıyacaktır⁹⁷⁵. Bu açıdan, bir eserin bir internet sunucusuna yapılan tek bir çoğaltması bile, yayımlanma için gereken yeterli sayıdaki nüshayı oluşturacaktır⁹⁷⁶.

FSEK madde 7/f.2’de, “bir eserin aslından çoğaltma ile elde nüshaların hak sahibinin rızasıyla satışa çıkarılma veya dağıtılma yahut diğer bir şekilde ticaret mevkiine konulma suretiyle umuma arz edilmesi halinde o eserin yayımlanmış sayılacağı düzenlenmiştir. Buna göre bir eserin yayımlandığından söz edebilmek için çoğaltılmış eser nüshalarının umuma dağıtılması gerekmektedir. Buna karşılık bir eserin internet aracılığıyla umuma sunulması durumunda, esasen çoğaltılmış nüshalar umuma dağıtılmayıp, çoğaltılmış nüshalar, ancak eserin maddi olmayan şekilde kullanıcılara iletilmesinden sonra kullanıcıların kendisi tarafından üretileceğinden (gerek internet sayfasının bilgisayara kaydedilmesi gerekse sayfanın basılı çıktısının alınması yoluyla) FSEK madde 7/f. 2 kapsamında yayımlanmanın varlığından söz edilemeyeceği söylenebilecektir. Ancak kanımızca bu düzenlemenin, yayımlanmadan bahsedebilmek için, mutlaka çoğaltılmış nüshaların üretildikten sonra dağıtımına sunulması gerektiği şeklinde yorumlanmaması gerekir.

Daha önce de ifade edildiği üzere bir eserin yayımlanması, eserin yeterli sayıdaki çoğaltılmış nüshasının maddi olarak doğrudan umuma dağıtılması yoluyla yani çoğaltılmış nüshaların el değiştirmesi yoluyla olabileceği gibi, çoğaltılmış nüshaların eseri umumun bilgisine sunacak araçlara dağıtılması yoluyla da olabilir. Bu açıdan bir eser sahibinin eserini bir internet sunucusuna kaydetmesi durumunda, eserin eser aracısı vasıtasıyla umumun bilgisine sunulması söz konusu olacağından ve tek bir çoğaltılmış nüsha da kural olarak yeterli sayıda kabul edileceğinden, eserin yayımlandığından söz edilebilecektir.

⁹⁷⁴ Bkz. **Goebel/Hackemann/Scheller**, s. 356; **Süßenberger**, s. 491.

⁹⁷⁵ **Süßenberger**, s. 491; **Seydel**, s. 142.

⁹⁷⁶ **Süßenberger**, s. 491.

Buna karşılık bir online sunucunun kendisi tarafından üretilen ve sadece kendi online sitesinde yer alan eserler bakımından yayımlanmanın kabul edilmesi güçlük gösterecektir. Örneğin bir kişinin kendi internet sayfasında bir makale yayınlaması durumunda olduğu gibi. Zira bu durumda eserin çoğaltılmış nüshasının dağıtımına sunulması söz konusu olmayıp, doğrudan doğruya maddi olmayan şekilde umuma iletilmesi söz konusudur. Online sunucunun kendisi, çoğaltılmış eser nüshasının umuma iletilmek üzere kendisine dağıtıldığı bir eser aracısı niteliğine sahip değildir⁹⁷⁷. Yani bu durumda eser sadece maddi olmayan şekilde umuma sunularak eser sahibinin kişisel alanından çıkmakla birlikte, çoğaltılmış eser nüshalarının eser sahibi tarafından umuma dağıtılması söz konusu değildir.

Gerçi bu durumda da eserin internete konulduktan sonra internet kullanıcıları tarafından bilgisayarlarına kaydedilerek veya çıktı alınmak suretiyle çoğaltılması söz konusu olabilir. Zira bu durumda eser sahibi umuma dağıtılacak yeterli sayıdaki eser nüshasını daha önceden kendisi üretmemekle birlikte, sadece eserini internet sunucusuna kaydetmek suretiyle internet kullanıcılarına bu imkânı sunmaktadır.

Bu noktada, öğretilde, yayımlanma kavramının “Kanunun hazırlandığı dönem dikkate alındığında”, özellikle kitapların çoğaltılmış nüshalarının umuma dağıtılması dikkate alınarak düzenlendiği ve bu açıdan, internet alanında gelişmeler sonucunda, söz konusu çoğaltılmış nüshaların kullanıcıların kendisi tarafından elde edilmesinin bir eserin yayımlanmış sayılmasını engellememesi gerekeceği ifade edilmiştir⁹⁷⁸. Zira basılı eserler alanında eserin, sahibinden bağımsızlaşması ancak daha önceden yeterli derecede çoğaltılmış nüshanın dağıtımına sunularak, eserin umum içerisinde dolaşıma geçmesi durumunda söz konusu olabilecektir. Buna karşılık internet alanında, eserin umum tarafından ulaşılabilecek şekilde, bir internet sunucusuna konulması durumunda, kullanıcılar kolaylıkla esere ulaşabilecek ve bu eseri bilgisayarlarına indirip, çıktısını alabileceklerinden, bir eserin sahibinden bağımsızlaşması için bu şekilde eserin çoğaltılmış nüshalarının sirkülasyonuna, dolaşımına ihtiyaç bulunmamaktadır⁹⁷⁹. Bununla birlikte bir eserin bir nüshasının

⁹⁷⁷ Bkz. **Brauns**, s. 68.

⁹⁷⁸ **Süßenberger**, s. 491.

⁹⁷⁹ Bu noktada, bir taraftan yazılı bir eserin 50 adet nüshasının umuma dağıtılması “yayımlanma” olarak kabul edilirken, bir eserin internette sayısı önceden kestirilemeyecek sayıda çok kişi tarafından kaydedilmesinin yayımlanma olarak sayılmamasının hayatın gereklerine de yabancı kalacağı ifade edilmiştir. **Süßenberger**, s. 491.

online sunucuya konularak umuma iletilmesi durumunda, eserin yayımlandığından bahsedebilmek için söz konusu online sunucusunun umuma açık olması ve sürekli olarak ya da en azından belirli bir süre için ulaşılabilir kalması gerekir⁹⁸⁰. Zira eserin umumun normal ihtiyaçlarını karşılaması için *somut olayın özelliklerine* göre en azından belirli bir süre ulaşılabilir kalması gerekir.

Belirtmek gerekir ki, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun yayımlamaya ilişkin düzenlemesi yapıldığı zamanki teknik imkânlar düşünüldüğünde, bu şekilde bir düzenleme getirilmiş olması normaldir. Zira Kanun hazırlandığında var olan yayma teknikleri, eserlerin(özellikle kitap ve plakların) çoğaltılarak bu nüshaların umuma dağıtılması idi. Kanunun düzenlendiği sırada, kanun koyucunun özellikle internet alanındaki gelişmeleri ve bugün geldiği düzeyi öngörmesi düşünülemezdi. Bu açıdan, Kanunun yayımlanmaya ilişkin maddesi yorumlanırken, bu durum da gözden uzak tutulmamalıdır. O zamanki çoğaltma ve dağıtım teknikleri(özellikle kitaplar) bakımından, eserlerin çoğaltıldıktan sonra, çoğaltılan bu nüshaların umuma dağıtılması ile eserlerin internet kullanıcılarının kendileri tarafından çoğaltılması arasında bir fark olmaması gerekir. Eserin çoğaltılmış nüshalarının umuma arz edilerek, yayımlanması ile birlikte eser sahibinin haklarına daha fazla sınırlandırma getirilebilmesi, eserin bu şekilde maddi olarak değerlendirilmesi durumunda, sahibinden daha fazla bağımsızlaşacağı düşüncesine dayanmaktadır. Ancak, günümüzde eserin, sahibinden daha fazla bağımsızlaşmasının, eserin çoğaltılmış nüshalarının umuma arzı ile ölçülmesi anlamını yitirmiştir.

Alman öğretisinde de çoğunlukta olan görüş, eserin tek bir nüshasının internet sunucusuna konulması durumunda, internet kullanıcılarına bu eserden çoğaltma yapabilme imkânı tanındığı sürece, bu eserin yayımlanmış sayılacağı yönündedir⁹⁸¹.

Sonuç olarak FSEK madde 7/f. 2'de yer alan yayımlanma koşullarının, yorum yoluyla, çoğaltılmış nüshaların bir eser aracıyla aracılığıyla umuma

⁹⁸⁰ **Marquardt**, (Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht), § 6, s. 134, nr.29.

⁹⁸¹ **Dreyer**,(Dreyer/Kotthoff/Meckel, Urheberrecht), § 6, s. 185, nr. 62;**Nordemann, Wilhelm**, (Nordemann /Nordemann /Nordemann, Urheberrecht), § 6, s. 219, nr.21; **Dreier**, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz), § 6, s. 160, nr.16;**Marquardt**, (Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht), § 6, s. 134, nr.29. Bu durumda UrHG'nin 6/f. 2-c. 2'de güzel sanat eserleri bakımından getirilen hükmün de kıyas yoluyla uygulanabileceği yönünde.; **Heinz, Stefan**, Urheberrechtliche Gleichbehandlung von alten und neuen Medien, München, 2006, s. 251. Böylelikle internet alanında alenileşme ve yayımlanma kavramlarının aynı olacaktır; Aksi görüş için bkz, **Katzenberger**, (Schricker, Urheberrecht), § 6, s. 228, nr.56; **Schack**, (Online-übermittlung) s. 644.

iletilmesinin dışında, böyle bir durum olmadan da doğrudan internet üzerinden umuma maddi olmayan şekilde sunulması durumunda gerçekleşmiş olacağı kanısındayız. Böylelikle daha önceden alenileşmemiş bir eserin bir internet sunucusuna tek defalık yapılan bir kaydı dahi bu eserin yayımlanmış olmasını sağlayacaktır. Böylelikle alenileşme ve yayımlanma aynı anda gerçekleşecektir. Bu açıdan FSEK’de bir eserin yayımlanmasının eserin çoğaltılmış maddi nüshalarının dağıtımına bağlanmasının günümüzdeki teknik gelişmeler nedeniyle artık geçerliliğini yitirdiği ve bir eserin yayımlanmasının böyle bir koşula bağlanmasının ortadan kaldırılması gerektiği söylenebilecektir⁹⁸². Zira özellikle günümüzde birçok eserin internet üzerinden umuma iletildiği ve bu eserlerden bilimsel eserlere büyük iktibas yapılmasının da bir gereklilik olarak ortaya çıktığı dikkate alındığında, internet üzerinden umuma iletilen eserlerden büyük iktibas yapılabilmesi imkânının tamamen ortadan kaldırılması da haklı bir sonuç olmayacaktır.

Bu noktada internet üzerinden umuma sunulan eserler dışında, genel olarak bilimsel eserlere yapılacak büyük iktibasta(FSEK madde 35/f.1-b. 3) kendisinden iktibas yapılacak eserin yayımlanmış olması koşulunun aranmasının gerekli olup olmadığı da tartışılabilir.

3. Bilimsel Eserlere Yapılacak Büyük İktibasta Kendisinden İktibas Yapılacak Eserin Yayımlanmış Olmasının Aranması Doğru mudur?

FSEK’in 35’nci maddesinin birinci fıkrasının üçüncü bendinde, alenileşmiş güzel sanat eserlerinden büyük iktibas yapılabilmesine izin verilirken, diğer eserlerden bilimsel eserlere büyük iktibas yapılabilmesi, kendisinden iktibas yapılacak eserin yayımlanmış olması koşuluna bağlı tutulmuştur. Fikir ve Sanat Eserleri Kanun’unun gerekçesinde güzel sanat eserleri bakımından getirilen bu düzenlemenin gerekçesi açıkça ifade edilmemiştir. Bununla birlikte güzel sanat eserleri, nitelikleri gereği çoğunlukla orjinallerinin umuma arz edilmesi yoluyla değerlendirilirler. Örneğin bir ressamın bir tablosunun bir müzeye ya da sergiye konularak sergilenmesinde eserin orjinalinin umuma sunulmak suretiyle

⁹⁸² İsviçre kanun koyucusu bu noktada alenileşme ve yayımlanma ayırımından vazgeçmiştir.

alenileştirildiğinden söz edilecektir. Güzel sanat eserlerinde, diğer eserlerde olduğu gibi(örneğin ilim ve edebiyat ya da müzik ya da sinema eserleri gibi), çoğaltılmış nüshalarının umuma arz edilmesi pek söz konusu olmamaktadır.

Kanun koyucunun alenileşmiş güzel sanat eserlerinden iktibasa izin vermesinin temelinde de güzel sanat eserlerinin bu niteliğinin bulunduğu kanısındayız. Zira güzel sanat eserlerinin genel olarak orjinalinin bir sergi vs. yoluyla umuma arz edilmesi suretiyle alenileşmesi söz konusu olduğundan, güzel sanat eserleri bakımından böyle bir istisna tanınmasaydı, güzel sanat eserlerinin bilimsel eserlere büyük iktibas imkânı önemli ölçüde engellenmiş ya da ortadan kaldırılmış olurdu.

Belirtmek gerekir ki, FSEK’de güzel sanat eserlerinin yayımlanmış sayılması bakımından UrHG madde 6/f.2-c.2’de yer aldığı gibi bir düzenleme bulunmamaktadır. Yani hukukumuza göre bir güzel sanat eseri sürekli olarak umuma açık kalsa da yayımlanmış değil, alenileşmiş sayılır. Buna göre örneğin sadece bir gün boyunca bir sergide sergilenen bir güzel sanat eserinden bilimsel bir esere büyük iktibas yapılması geçerli olacaktır. Bir resmin kısa süreliğine ve az sayıdaki kişinin ziyaret ettiği bir sergide sergilenmesi büyük iktibas için yeterli iken, örneğin, deprem fay hatları ile ilgili olarak hazırlanan alenileşmiş ve fakat yayımlanmamış bir tezde yer alan bir deprem haritasının(zira bu harita güzel sanat eseri niteliğinde değildir), eleştiri amacıyla da olsa aynı konuda hazırlanan başka bir bilimsel esere iktibas edilmesi Kanunun lafzı karşısında mümkün gözükmemektedir. Zira Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi nitelikteki fotoğraf eserleri ile her nevi haritalar, olanlar, projeler, krokiler, resimleri de ilim ve edebiyat eserleri kategorisinde sayması karşısında, bu harita bilimsel eserin geri kalanında ayrı bir şekilde başlı başına bir eser niteliğine sahip olacaktır. Bu açıdan bu tür eserlerin bilimsel bir esere tamamen iktibas edilmesi için FSEK madde 35/f.1-b 3’de düzenlenen koşulların gerçekleşmiş olması aranacaktır. Alenileşmiş bir güzel sanat eserinin tamamı sanat tarihi ile ilgili bir bilimsel esere iktibas edilebilirken, alenileşmiş ancak yayımlanmamış bir deprem haritasının başka bir bilimsel esere iktibas edilememesi ise haklı bir durum değildir.

FSEK madde 35/f.1-b. 3’de, güzel sanat eserleri dışındaki eser türlerinden bilimsel eserlere iktibas yapılmasının, bu eserlerin yayımlanmış olması koşuluna

bağlanması, sinema eseri niteliğine sahip olabilecek televizyon canlı yayınları ve televizyon kuruluşlarının kendi ürettikleri yayınlardan⁹⁸³ bilimsel eserlere *büyük* iktibas yapılması imkânını da ortadan kaldırmış gözükmektedir. Zira FSEK madde 7/f.2’de, bir eserin aslından çoğaltma ile elde edilen nüshaların hak sahibinin rızasıyla satışa çıkarılma veya dağıtılma veya diğer bir şekilde ticaret mevkiine konulma suretiyle umuma arz edilen eserin yayımlanmış sayılacağı düzenlendiğinden, belirtilen nitelikteki eser türlerinde, bir eserin aslından elde edilmiş nüshaların umuma dağıtılması söz konusu değildir⁹⁸⁴. Bu açıdan bu tür yayınların FSEK madde 7/f.2 kapsamında “yayımlanmış” sayılması söz konusu olmayacak ve bunların yayın ile birlikte ancak alenileştiğinden(FSEK madde 7/f.1) bahsedilecektir. Bu sonuç ise isabetli değildir.

Günümüzde belirli alanda özellikle de bilimsel alanda uzmanlaşmış nitelikteki kanalların sayısındaki artış ve bu kanallarda yayınlanan bilimsel nitelikteki programların niteliğindeki yükselme, bu tür eserlerden de bilimsel nitelikteki eserlere diğer eser türlerinde olduğu gibi büyük iktibas yapılmasını gerektirebilir⁹⁸⁵. Bu açıdan bu imkânının bu tür eserler bakımından ortadan kaldırılması doğru değildir. Yine örneğin, bir televizyon canlı yayınında, yine örnek olarak bir tarihçinin belirli bir tarihi olay hakkında yaptığı yorumun; ya da bir yorumcunun güncel bir olay hakkında yaptığı bir yorumun, söz konusu yayın sinema eseri niteliği taşısa da, taşımasa da yani sadece dil ile ifade edilen eser niteliğinde kalsa da, yayımlanmış sayıldığından söz edilemeyecektir. Zira burada FSEK madde 7/f.2’deki yayımlanmış sayılma koşulları gerçekleşmemiştir. Bununla birlikte çok geniş bir kitleye ulaşarak toplumun tartışma hayatına çok geniş bir düzlemde giren bu tür bir eserden, bilimsel nitelikteki başka bir esere büyük iktibas imkânının ortadan kaldırılması da doğru olmayacaktır. Bu husus aynı zamanda Anayasada düzenlenen bilim özgürlüğünün de kısıtlanması sonucunu doğuracaktır. Nitekim

⁹⁸³ Bkz. **Brauns**, s. 62.

⁹⁸⁴ Televizyon ve radyo yayınları da çok geniş bir kesime ulaşma niteliğine sahip olmakla birlikte, en azından belirli bir süre umumun ulaşımına açık kılınan ve böylelikle kullanıcının istediği zaman çoğaltma yapmasına imkân tanıyan internet sayfalarından farklı olarak, televizyon ve radyo yayınlarının ve özellikle canlı yayınların genel olarak geçici ve akıcı ve çoğu kez bir defalık bir niteliğe sahip olmasından dolayı, internet üzerinden umuma sunulan eserlerle karşılaştırılmayacağı ve bu şekilde umuma iletilen eserlerin internet üzerinden umuma iletilen eserlere benzer olarak FSEK madde 7/f.2’in şu anki düzenlemesi kapsamında yayımlanmış olarak yorumlanamayacağı kanısındayız.

⁹⁸⁵ Bkz. **Brauns**, s. 74–75.

sadece birkaç saat bir sergide umuma sunulan ve böylelikle alenileşen bir güzel sanat eserinden büyük iktibas yapılmasına imkân tanınırken, bu nitelikteki alenileşme ile karşılaştırılmayacak derecede geniş bir kesime ulaşan bir televizyon yayınından bilimsel bir esere büyük iktibas yapılamaması da haklı bir sonuç olmayacaktır kanısındayız.

Bu noktada eser sahibinin haklarının büyük iktibas yoluyla önemli ölçüde sınırlanması karşısında korumak için, mutlaka eserin alenileşmesinden ziyade yayımlanmış olmasının aranmasına da gerek yoktur.

Zira bilimsel eserlere büyük iktibas, daha sonra açıklayacağımız küçük iktibastaki amaç koşulundan farklı olarak daha sıkı koşullara tabidir ve ancak içeriği aydınlatmak amacıyla yapılabilir. Ayrıca iktibas amacın haklı gösterdiği nispette olmalıdır. Ayrıca bir eserin tamamı başka bir bilimsel esere alınsa dahi, iktibas yapan eserin bağımsızlığını kaybetmemiş olması gerekecektir. Bilimsel bir tezin ya da bir projenin başka bir bilimsel esere bütünüyle veya önemli ölçüde iktibas edilmesi genellikle kendisine iktibas yapılan eserin bağımsızlığını tehlikeye düşürebileceğinden, zaten özellikle dil veya yazı ile ifade edilen eserlerde büyük iktibasa daha az rastlanacaktır.

Kendisinden iktibas yapılan eser sahibinin hakları zaten iktibas serbestisinin diğer koşulları ile (kendisine iktibas yapılan eserin bağımsız olması, iktibas amacı ve iktibasın amacın haklı göstereceği çerçevede yapılması) korunmaktadır. Alenileşmiş bir eserden büyük iktibasın kabul edilmesi durumunda eser sahibinin manevi hakları da ihlal edilmiş olmayacaktır. Zira eser sahibi eserini kamuya sunma hususundaki manevi hakkını zaten alenileştirme ile kullanmıştır. Kaynak gösterme ve eserde değişiklik yapmama hususu da zaten geçerli olmaya devam edecektir⁹⁸⁶.

Belirtmek gerekir ki, bilimsel eserlere sadece maddi şekilde çoğaltılmış nüshaları umuma dağıtılan eserlerden büyük iktibas yapılması imkânının tanınarak, televizyon ve radyo yayınları gibi münhasıran maddi olmayan şekilde umuma iletilen eserlerden bilimsel eserlere büyük iktibas yapılabilmesi imkânının ortadan kaldırılması, Anayasanın bilim özgürlüğünü düzenleyen 27'nci maddesi bakımından da olumsuz bir sonuç olarak ortaya çıkacaktır⁹⁸⁷.

⁹⁸⁶ Aynı görüşte **Krüger**, s. 46.

⁹⁸⁷ Bkz. **Hertin**, (**Hertin/ Schulze/Walter**, Kommentar zum deutschen Urheberrecht), § 51, s. 12, nr.24.

Bu nedenle *kanımızca de lege ferenda* olarak FSEK madde 35/f.1-b. 3'de bilimsel eserlere iktibas edilecek eserlerin “yayımlanmış” eserlerle sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemenin yapılacak bir Kanun değişikliğinde değiştirilmesi ve bir eserin bilimsel bir esere büyük iktibasa konu olabilmesi için sadece alenileşmiş olması yeterli sayılmalıdır.

İsviçre URG'nin iktibas serbestisini düzenleyen 25'nci maddesinde eser türleri bakımından bir ayırım yapılmayarak tüm iktibas türleri bakımından kendisinden iktibas yapılacak eserin alenileşmiş olması koşulu genel bir koşul olarak düzenlenmiştir. Zira URG'de alenileşme ve yayımlanma şeklinde iki ayrı kavram düzenlenmeyip, Kanunda sadece alenileşme düzenlenmiştir.

Yine UrHG'nin iktibasa ilişkin olan 51'nci maddesinde yapılan değişiklikle bilimsel eserlere yapılacak büyük iktibasta(UrHG madde 51/f.2-b. 1), yayımlanmış olma koşulu kaldırılarak alenileşmiş eserlerden bilimsel eserlere büyük iktibas yapılabileceği kabul edilmiştir⁹⁸⁸. 2001/29 sayılı Bilgi Toplumu Direktifinde de, kendisinden iktibas yapılacak eserin alenileşmiş olması yeterli sayılmıştır. (Müzik eserleri bakımından yayımlanmış olma koşulu için Bkz. İkinci Bölüm, V. B. 2.)

F. Aktif Linkler

Multimedya ürünlerde iktibas bakımından ortaya çıkacak bir sorun bir web sayfası içerisindeki bir eserde, başka bir esere ait içeriğe ulaşılması için link verilmesidir. Aktif linkler aracılığıyla başka bir işlemci üzerine yüklenmiş ve başkasına ait olan bir içerikle bağlantı kurulabilmektedir⁹⁸⁹. İnternet kullanıcı linklere “tıklayarak” saniyelerle ölçülen bir zaman dilimi içerisinde bağlantı kurulmak istenen içeriğe ulaşabilmektedirler.

Aktif link verme eylemi iktibas kapsamında değerlendirilmez. Zira başka bir eserin ya da parçasının diğer bir eserde kullanılmayıp aksine sadece o esere(başlığının ya da kaynağının verilmesi gibi) sadece işaret edilmesi iktibas

⁹⁸⁸ Belirtmek gerekir ki, UrHG madde 51'de Bilgi Toplumunda Eser Sahibinin Haklarını Düzenleyen İkinci Kanun çerçevesinde yapılan değişiklikte ise, müzik eserlerine yapılacak iktibasta iktibasa konu olan müzik eserinin yayımlanmış olması koşulu önceki düzenlemede olduğu gibi aynen muhafaza edilmiştir.

⁹⁸⁹ Eroğlu, s. 212.

kapsamında değerlendirilmez. Burada kullanılan bibliyografyaya ilişkin bilgiler koruma konusu değildir ve verilmeleri serbesttir⁹⁹⁰. Aynı şekilde bir web sayfasında başka bir eserin bulunduğu web sayfasına link verilmesinin de iktibas kapsamında değerlendirilmeyeceği ve bir fikri hak ihlali olarak nitelendirilmeyeceği ifade edilmiştir⁹⁹¹.

Aktif link kurma eylemi sadece başkasına ait içerik ile bağlantı kurduğu için çoğaltma sayılmamaktadır⁹⁹². Zira link ile bağlı web sitesi, eserin çoğaltılmış nüshası olarak sadece bağlantı kurulan web sitesinin sunucusu üzerinde bulunmaktadır. Link ile bağlı bu web sitesi, linki kuran tarafından değil, onu tıklayarak aktif hale getiren kullanıcı tarafından çoğaltılmaktadır⁹⁹³. BGH de, hak sahibi tarafından internet üzerinde kamuya ulaşılabilir kılınan bir esere link(deep link) kurulmasının, eser sahibinin mali haklarını ihlal eden bir durum oluşturmadığına karar vermiştir⁹⁹⁴. Buna göre bir eser bir web sitesinde kamunun erişimine sunulduğunda, bu siteye bir link kurulması eser üzerindeki mali hakları ihlal etmez, aksine linkler sadece yararlanıcıların ulaşımını kolaylaştıracak şekilde bu esere işaret ederler⁹⁹⁵. Bu şekilde hukuka uygun bir şekilde internette umumun erişimine kılınan web sayfalarına verilen linkler yoluyla eser sahibinin mali hakları ihlal edilmeyeceğinden, FSEK madde 35’de yer alan iktibas serbestisine ilişkin koşullara dayanılmasına zaten gerek kalmayacaktır.

⁹⁹⁰ **Schricker**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 51, s. 1024, nr. 7; **Waldenberger**, (**Nicolini/Ahlberg**, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz), § 51, s.500, nr.1.

⁹⁹¹ **Schricker**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 51, s. 1024, nr. 7; **Waldenberger**, (**Nicolini/Ahlberg**, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz), § 51, s.500, nr.1. **Dustmann**, (**Nordemann /Nordemann /Nordemann**, Urheberrecht), § 51, s. 974, nr.45.

⁹⁹² **Eroğlu**, s.224; **Koch**, s. 430; **Başpınar/Kocabey**, s. 158.

⁹⁹³ **Eroğlu**, s. 225.

⁹⁹⁴ BGH, GRUR 2003, s. 958, 961, “Paperboy”. Belirtmek gerekir ki, linkler de kendi içlerinde “Aktif linkler, In-line linkler, surface-linkler ve deep linkler gibi bir takım ayrımlara tabi tutulmaktadır. Ayrıntılı bilgi için Bkz. **Eroğlu**, s. 213 vd. Derin linkte, başkasına ait bir web sitesinin daha derininde bulunan sayfaları ile bağlantı kuran bir aktif link söz konusudur. Böylece internet kullanıcısı, başkasına ait bir web sitesinin giriş sayfasından daha ileriye yönlendirilmektedir. **Eroğlu**, s. 214.

⁹⁹⁵ **Rehbinder**, s. 133, nr.349. Link aracılığıyla orijinal eseri içeren başka bir internet sitesine işaret edilmesinin iktibasa ilişkin hükümlerin uygulama alanına girmeyeceği, zira “deep-link” kurulmasında bile eserden yararlanma hakkının ihlal edilmeyeceği(BGH, GRUR 2003, 958, 961, “Paperboy”) yönünde, **Dustmann**, (**Nordemann/ Nordemann/Nordemann**, Urheberrecht), § 51, s. 974, nr.45.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İKTİBAS SERBESTİSİNİN ŞEKLE İLİŞKİN KOŞULLARI ve İKTİBAS YOLUYLA ESERDE DEĞİŞİKLİK YAPILAMAMASI

I. İKTİBAS SERBESTİSİNİN ŞEKLE İLİŞKİN KOŞULLARI

FSEK madde 35 kapsamında yapılacak iktibasların hukuka uygun nitelikte olabilmesi, esasa ilişkin koşulların yanında, iktibasın şekle ilişkin koşullarının da yerine getirilmiş olmasına bağlıdır. Hukuka uygun bir iktibasın şekli koşulları ise FSEK'in iktibas serbestisini düzenleyen 35'nci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. FSEK'in 35'nci maddesinin ikinci fıkrasına göre, “*İktibasın belli olacak şekilde yapılması lazımdır. İlim eserlerinde, iktibas hususunda kullanılan eserin ve eser sahibinin adından başka bu kısmın alındığı yer belirtilir*”. Buna göre FSEK madde 35 kapsamında yapılacak iktibasların hukuka uygun olabilmesi için, iktibasların belli olacak şekilde yapılması; ayrıca bu iktibasların kaynağının gösterilmesi gerekmektedir.

A.İktibasın Belli Olacak Şekilde Yapılması Gerekir

FSEK'in iktibas serbestisini düzenleyen 35'nci maddesinde, iktibasın belli olacak şekilde yapılması gerektiği düzenlenmiştir (FSEK madde 35/f. 2-c. 1).

İktibasın “belli olacak şekilde” yapılmasından, iktibas edilen eser ya da eser parçasının başka bir eserin unsuru olduğunun, yani kendisine iktibas yapılan esere yabancı bir unsur olduğunun, üçüncü kişiler tarafından tanınabilmesi gerektiği anlaşılır⁹⁹⁶. Zira iktibas edilen eser ya da eser parçasının başka bir kişiye ait olduğu,

⁹⁹⁶ URG madde 25/f.2 'de de, iktibasın “iktibas olarak” nitelendirilebilmesinin gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre herhangi bir üçüncü kişinin, yeni eserde iktibas edilen eser parçasını tanıyabilmesi gerekir. **Morant**, s. 209. Ateş ise iktibasın belli olacak şekilde yapılması ile başka bir eserden yapılan iktibasların kime ait olduğunun ve hangi eserden alındığının belirtilmesinin anlaşılacağını belirtmektedir, **Ateş**, (Sınırlandırma), s. 308. Öztan, FSEK'in 35'nci maddesinin ikinci fıkrasında geçen “iktibasın belli olacak şekilde yapılmasının” yeni eserde yararlanılan parçaların iktibas edilmiş olduğu; yani başka bir esere ve eser sahibine ait olduğunun belirtilmesi anlamına geldiğini ifade etmiştir, **Öztan**,(Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku) s. 465; Kanımızca “iktibasın belli olacak şekilde yapılması” ile iktibasın yeni eserde başka bir eserden yapılan bir iktibas olduğunun yani aslen başka bir esere ait yabancı bir unsur olduğunun belli edilmesi gerektiği anlaşılmalıdır. Buna

yani yeni eserde aslında yabancı bir unsur olarak kullanıldığı belli olmazsa bu durum intihalin varlığına sebep olabilir. Belirtmek gerekir ki, iktibasın belli olacak şekilde yapılması ile hukuka uygun bir iktibasın diğer bir şekli koşulu olan kaynak gösterme zorunluluğu birbiri ile ilişkili kavramlar olmakla birlikte, aynı anlama gelmemektedir. Zira iktibasın belli olacak şekilde yapılmış olması, aynı zamanda kaynak gösterme zorunluluğunun yerine getirildiği anlamına gelmez.

İktibasın belli olacak şekilde yapıldığından bahsedebilmek için, iktibas edilen eser ya da eser parçasının, iktibas edilme şekli aracılığıyla tanınabilir kılınması yani burada kendisine iktibas yapılan eserin değil başka bir esere ait bir unsurun bulunduğu, italik yazım, vurgular, tırnak işareti veya diğer işaretler aracılığıyla belli edilmesi gerekir⁹⁹⁷. İktibas edilen kısmın, kendisine iktibas yapılan eserin genel yazım şeklinden farklı bir şekilde yazılması(örneğin iktibas edilen kısımların, içerisine iktibasların yapıldığı metnin geri kalanından farklı olarak italik harflerle gösterilmesi gibi), tırnak içine alınması, vurgulanması ya da örneğin bir sunum gibi maddi olarak tespit edilmeyen dil ile ifade edilen bir eserde iktibasların başlangıcında ve sonunda dilsel bir ifade tarzı ile yani söylenen kelimelerle ifade edilmesi gibi yollarla⁹⁹⁸, iktibas edilen unsurun iktibas yapan eser sahibine ait olmayıp başkasına ait olduğunun belli edilmesi mümkündür.

FSEK'in 35'nci maddesinin son fıkrasının ikinci cümlesi dikkate alındığında hukuka uygun bir iktibastan söz edebilmek için salt iktibas edilen eser ya da eser parçasının başka bir eser sahibine ait olduğunun anlaşılabilir olması yeterli olmayıp, ayrıca kaynak göstermenin şekline ilişkin koşulların da yerine getirilmiş olması

karşılık kaynak gösterme koşulu ise, iktibasın belli olacak şekilde yapılmasının ötesinde, eser sahibinin adı gibi bazı bir takım bilgilerin de bildirilmesini içerir. Nitekim URG madde 25/f. 2'de de, iktibasın "iktibas" olarak belirtilmesi ve kaynak gösterilmesi gerekliliğinden bahsedilmiştir; Erel'de, iktibasın belli edilmesinin yeterli olmayıp, ayrıca kaynak gösterilmesi gerektiğini yani yararlanılan eser ve eser sahibinin adının belirtilmesi gerektiğini ifade etmiştir, **Erel**, (İktibas Serbestisi), s. 342. UrHG'de iktibasın belirli olacak şekilde yapılmasına ilişkin olarak gerek madde 51'de gerekse 63'de açık bir düzenleme olmamakla birlikte öğretilde, iktibasın kendisine iktibas yapılan eserde yabancı bir unsur olduğunun anlaşılır olması ve bu anlamda tanınabilir şekilde kendisine iktibas yapılan eserden ayırt edilebilmesinin zorunlu olduğu kabul edilmektedir. Buna göre iktibaslar yeni eserde yabancı bir katkı olarak tanınabilir olmalıdır, **Dreier**, (**Dreier/Schulze**, Urheberrechtsgesetz), § 51, s. 817, nr. 3; **Waldenberger**, (**Nicolini/Ahlberg**, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz), § 51, s. 500, nr. 1; **Scricker**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 51, s. 1027, nr. 15; **Dreyer**, (**Dreyer/Kotthoff/Meckel**, Urheberrecht), § 51, s. 727, nr. 15.

⁹⁹⁷ **Schulze**, **Gernot**, (**Dreier**, **Thomas/Schulze**, **Gernot**, Urheberrechtsgesetz, München 2008), § 63, s. 953, nr. 13.

⁹⁹⁸ Bkz. **Morant**, s.209.

gerekir⁹⁹⁹. Buna göre iktibas edilen kısmın başka bir esere ait olduğu, örneğin bu kısmın italik harflerle belirtilmesi suretiyle belli edilse bile ayrıca iktibasın kaynağın gösterilmemesi iktibası geçersiz yapar. Bu açıdan yapılan iktibasın kaynağının gösterilmesi ile başka bir eserden iktibas yapılmış olduğunun belli olması kavramları arasındaki farklılığa dikkat etmek gerekir.

Bununla birlikte bazı durumlarda kaynak gösterme aynı zamanda iktibas edilen eser ya da eser parçasının başka bir esere ait olduğunun tanınmasını sağlayabilir. Öğretide, iktibasın *aynen* yapılması yani başka bir eserden alınan eser parçalarının olduğu gibi, yani kelime ve cümlelerinde değişiklik yapılmaksızın alınması durumunda, ilim ve edebiyat eserlerinde aynen iktibas edilen parçanın, kendisine iktibas yapılan eserden farklılığını belirtmek amacıyla, tırnak, ayraç veya parantez içinde gösterilmesi veya kendisine iktibas yapılan eserdeki yazı karakterinden farklı bir yazı karakteri ile yazılması gerektiği ifade edilmiştir¹⁰⁰⁰.

FSEK madde 35/f.2’de iktibasın belirli bir şekilde yapılması gerektiği belirtilmekle birlikte, bu belirliliğinin şekli konusunda açık bir düzenleme öngörülmemiştir. Bu açıdan iktibasın belli olacak şekilde yapılması koşulunun, özellikle dil ile ifade edilen eserlerde çoğunlukla iktibas edilen eser ya da eser parçası ile doğrudan bağlantılı olarak yerine getirilen bir kaynak gösterme ile de yerine getirilmiş olacağı kanısındayız. Örneğin, iktibas edilen bir eser ya da eser parçasının yanında veya iktibas edilen kısmın sonuna eklenecek bir dipnot aracılığıyla iktibas yapılan kaynağın gösterilmesi durumunda, söz konusu eser parçasının kendisine iktibas yapılan eserden başka bir esere ait bir unsur olduğu hali hazırda belli edilmiş olacaktır. Bu açıdan artık burada yapılan iktibasın mutlaka italik harflerle veya tırnak içinde gösterilmesi gerekli değildir. Zira bu durumda yapılan iktibasın iktibas yapılan esere yabancı bir unsur olduğu yeterli derecede belirtilmiş olacaktır.

Bazı eserlerde ise, iktibas edilen eser ya da eser parçalarının, kendisine iktibas yapılan eserde tanınabilir bir yabancı unsur olarak çıkması bazı problemler gösterir. Örneğin müzik iktibasları ve güzel sanat eserlerine yapılacak iktibaslarda,

⁹⁹⁹ Erel, (Fikir ve Sanat Hukuku), s. 250.

¹⁰⁰⁰ Erel, (Fikir ve Sanat Hukuku), s. 250; İktibasın, başkasına ait düşüncelerin aynen alınması suretiyle yapılması durumunda Türkçe yazım kurallarına göre alınan kısımların tırnak içinde yer alması gerektiği yolunda, Kılıçoğlu, s. 335.

iktibasların tanınabilir olması bu eserlerin niteliğinden dolayı, özellikle dil ile ifade edilen eserlere nazaran daha zordur.

Diğer iktibas türlerinde olduğu gibi müzik iktibaslarında da, iktibasın, iktibas edildiği müzik eseri içerisinde yabancı bir unsur olarak tanınabilir olması gerekmektedir. Bu kural FSEK madde 35/f.2’de yer alan iktibasın belli olacak şekilde yapılması gerektiği düzenleme ile ilgilidir ve iktibasın şekli koşullarından biridir. Ancak müzik eserlerinde, iktibasın tanınabilir olması bazı zorluklar içermektedir.

Özellikle “tanınabilirlik” koşulunun oluşmasının hangi kıstaslara ve özellikle hangi kişi çevresine göre belirleneceği sorunu önem arz etmektedir¹⁰⁰¹.

Zira müzik eserlerinde, dil ile ifade edilen eserlerde olduğu gibi, yapılan iktibasın yabancı bir unsur olduğunun örneğin italik harflerle gösterilmesi söz konusu olmaz. Buna rağmen iktibas edilen parçanın başka bir müzik eserine ait olan yabancı bir unsur olduğunun anlaşılabilir olması gerekir. Zira bu aynı zamanda iktibas amacının da bir gereğidir¹⁰⁰².

Burada yabancı müzik parçasından yapılan iktibasların kendisine iktibas yapılan eserden ayrılabilmesi ve bu müzik eserinde tanınabilmesi bakımından, “kısa aralar” verilmesi gibi bir görüş ileri sürülebilse de, müzik parçasının homojen yapıdaki akışının zarar görmemesi bakımından, iktibasın tanınabilmesinin böyle bir koşula tabi tutulmaması ve iktibasın yeni eserin bütünlüğünü bozmadan ve yaratım serbestliğini sınırlandırmadan da mümkün olması gerekir¹⁰⁰³.

Daha önce de belirtildiği üzere, müzik iktibaslarında bulunması gereken iktibas amacı, iktibas edilen müzik parçasının, kendisine iktibas yapılan eserde yabancı bir unsur olarak tanınabilmesini gerekli kılar. Zira bir iktibasın yapıldığı müzik eserine çağrışımsal bağlantının üretilebilmesi için iktibas edilen parçanın, çağrışım kurulmak istenen yabancı bir müzik eserine ait olduğunun anlaşılabilir olması gerekmektedir. Dinleyicilerin kendisinden iktibas yapılan esere, söz konusu çağrışımı kurabilmeleri için ise, iktibas edilen unsurun yabancı bir unsur olduğunu tanıyabilmeleri gerekir. Bu açıdan iktibas amacının yerine getirilebilmesi için, kendisinden iktibas yapılan eser, hali hazırda belirli bir tanınmışlığa sahip olmalıdır.

¹⁰⁰¹ Seydel, s. 62.

¹⁰⁰² Zira iktibas edilen parça dinleyicilerde, kurulması amaçlanan düşünce bağlantısını gerçekleştirmeye uygun olmalıdır, Hanser-Strecker, s. 131.

¹⁰⁰³ Brauns, s. 190.

Tanınabilirlik koşulu, iktibas edilen müzik parçasının genel olarak ünlü ve tanınmış olması durumunda işin doğası gereği oluşacaktır. Yine özel bir zıtlık(kontrast) stiline kullanılması da iktibas kendisine iktibas yapılan eserden ayırt edilmesini sağlayabilir¹⁰⁰⁴. Bununla birlikte, müzik eserlerinde, iktibas edilecek parçaların kendisinden iktibas yapılan esere çağrışım kuracak şekilde yabancı bir unsur olarak ortaya çıkması, özellikle dil ile ifade edilen eserlere nazaran çok daha zor olacağından, müzik iktibaslarına sınırlı sayıda rastlanacaktır.

Bir müzik eserine yapılan iktibasın yabancı bir unsur olarak tanınabilir olduğunun belirlenmesi açısından ise, sadece uzman kişilerin iktibas tanınmasının yeterli olmayıp; daha ziyade müzikten anlamakla birlikte, daha az uzman olan kişilerin dikkate alınacağı kabul edilmektedir¹⁰⁰⁵. Zira iktibas edilen müzik parçası müzikal eğitimi olanların büyük bir kısmı tarafından dahi bilinmiyorsa, kural olarak iktibaslar aracılığıyla bir çağrışımın amaçlanması da söz konusu olmaz¹⁰⁰⁶.

Belirtmek gerekir ki, dinleyicilerin ilk olarak iktibas edilen parçanın tam kaynağını(bestecinin ismi gibi) tanımaları gerekli değildir Dinleyicilerin bestecinin iktibas amacını gerçekleştirecek çağrışımı tanıyabilmeleri yeterlidir¹⁰⁰⁷. Bununla birlikte dinleyicilerin iktibas edilen parçanın tam kaynağını tanımalarının gerekli olmaması, iktibas yapan bestecinin, iktibas edilen parçanın kaynağını ve özellikle bestekârının adını göstermesine gerek olmadığı anlamına gelmemektedir. İktibas serbestîsinin şekli geçerlik koşulu olan kaynak gösterme zorunluluğu müzik

¹⁰⁰⁴ **Schlingloff**, s. 129.

¹⁰⁰⁵ **Gamm**, s. 552, nr. 14; **Krüger**, s. 144; Diğer bir görüşe göre ise, müzikal ifade ediş şekillerinin çeşitliliğinden dolayı bu konuda verilecek karar tek bir kıstasa bağlanamaz. Buna göre değişik müzik türleri bakımından değişik kıstaslar verilebilir. “Tanınabilirliğin” dayanacağı kıstaslar, ilgili müzik eserinin ilgili iktibas amacına göre belirlenmelidir. Bu açıdan ortalama dinleyicilerin ya da az deneyimli müzik meraklılarının kıstas olarak alındığı tek bir ölçü vermenin doğru olmadığı ifade edilmiştir. Geniş halk kesimlerine yönelmiş popüler bir şarkıdan iktibasta, müzikal ilgi ile donatılmamış geniş halk yığınlarının da çağrışımı anlaması beklenebilir. Buna karşılık caz müziği alanında faaliyet gösterenler büyük ölçüde özel kısmen de entelektüel kesime hitap ederler. Opera alanında ise, müzikal olarak meraklı ama az deneyimli müzik uzmanları kıstas olabilir, **Hertin**, s. 164; Buna karşılık, farklı müzik türlerine göre farklı kıstaslar belirlemenin açık olmayacağını ve burada müzik iktibaslarının tanınabilir olup olmadığının ortalama dinleyiciler kıstas alınarak belirlenmesi gerektiğini yönünde, **Seydel**, s. 63.

¹⁰⁰⁶ **Hanser-Strecker**, s. 131.

¹⁰⁰⁷ **Schlingloff**, s. 129.

iktibaslarında da bulunmaktadır. Ancak bu koşulun yerine getirilmesi bazı özellikler gösterir.

Yine güzel sanat eserlerinde de, iktibasların dil ile ifade edilen eserlerde olduğu gibi görsel şekilde belirtilmesi, güzel sanat eserinin genel görünümünü önemli ölçüde zedeleyecektir. Nitekim iktibasın kendisine iktibas yapılan eserde başka bir renkle ya da başka bir emare ile gösterilmesi, bu eserin uyumunu bozacaktır¹⁰⁰⁸. Bununla birlikte güzel sanat eserlerinde de, müzik eserleri ile benzer şekilde, yeni eserin, iktibas ettiği eserle bağlı söylemi sadece, iktibasın izleyiciler tarafından yabancı bir unsur olarak tanınabilmesi durumunda anlaşılabilir. Zira güzel sanat eserlerine yapılacak iktibaslarda iktibasın yabancı unsur olarak tanınmayıp, aksine iktibası yapan eser sahibine atfedilmesi durumunda, iktibas ile takip edilen amaç da, bu durumda sanatsal tartışmanın izleyiciler tarafından anlaşılamayacağı ve yeni eser yabancı eser karşısında artık bağımsız niteliğe sahip olmayacağı için ortadan kalkar. Bu açıdan iktibas edilen eser yeteri kadar bilindikse, görsel bir işaret olmadan da yabancı bir unsur olduğu anlaşılabilir¹⁰⁰⁹.

B.İktibasın Kaynağının Gösterilmesi Gerekir

1.Genel Olarak

FSEK' madde 35/f.2-c. 1'de, iktibasın belli olacak şekilde yapılması gerektiği düzenlendikten sonra, bilimsel eserlerde iktibas hususunda kullanılan eserin ve eser sahibinin adından başka bu kısmın alındığı yerin de belirtileceği düzenlenmiştir(FSEK madde 35/f.2-c. 2).

Kaynak göstermeye ilişkin bu koşul, esasen, eser sahibinin, “eser sahibi olarak tanıtılma” hususundaki manevi hakkı ile de yakından ilişkilidir. FSEK'in “Adın Belirtilmesi Salahiyeti” başlıklı 15'nci maddesinde, eseri, sahibinin adı, müstear adı ile veya adsız olarak, umuma arz etme veya yayımlama hususunda karar verme yetkisinin münhasıran eser sahibine ait olduğu düzenlenmiştir(FSEK madde 15/f. 1). FSEK'in 15'nci maddesinin başlığı her ne kadar “Adın Belirtilmesi Salahiyeti” olsa da, burada kastedilen eser sahibinin, eser sahipliği sıfatının

¹⁰⁰⁸ Kakies, s. 130.

¹⁰⁰⁹ Kakies, s. 132.

belirtilmesi olup, bu hükümle sadece eser sahibinin adının eserde belirtilmesi değil, eser sahibinin eser sahipliğinin eserin kullanıldığı her yerde ve yeterli açıklıkta belirtilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁰¹⁰.

Bununla birlikte, FSEK madde 35/f.2-c. 2’de geçen kaynak gösterme zorunluluğu, eser sahibinin “eser sahibi olarak tanıtılma” hususundaki manevi hakkına bağlı olarak yapılacak bir iktibasta eser sahibinin adının belirtilmesinin ötesinde, başka bir takım unsurlar daha içermektedir. Zira “eser sahibi olarak tanıtılma” hususundaki manevi hak, eser sahibinin adıyla ilgilidir¹⁰¹¹. Hukuka uygun bir iktibasın geçerlik koşulları arasında yer alan kaynak gösterme zorunluluğu ise sadece eser sahibinin adını kapsamayıp, daha geniş kapsama sahiptir¹⁰¹².

Zira kaynak gösterme zorunluluğu, eser sahibinin manevi hakkı olan eser sahibi olarak tanıtılma hakkının yerine getirilmesi ile olan ilişkisinin ötesinde, bir taraftan eser sahibi ve eseri için önemli bir reklâm fonksiyonu yerine getirirken, diğer taraftan da iktibasların doğruluğunun kendisine iktibas yapılan eserden yararlananlar tarafından kolay bir şekilde kontrol edilebilmesini sağlar¹⁰¹³. Bir eser ya da eser parçasının iktibas yoluyla kamuya sunulması durumunda iktibas edilen eser hakkında ilgisi uyanan okuyucu, izleyici ya da dinleyiciler, kaynak gösterme ile eseri en kolay şekilde tanıma ve eserin tamamını satın alarak elde etme imkânı kazanırlar. Kaynak gösterme aynı zamanda iktibas orijinali ile karşılaştırma ve eser ya da eser parçasının kendisine iktibas yapılan esere doğru bir şekilde iktibas edilip edilmediğini denetleme imkânı sağlar¹⁰¹⁴.

¹⁰¹⁰ **Tekinalp**, s. 158, nr. 24.

¹⁰¹¹ **Kılıçoğlu**, s. 226.

¹⁰¹² Nitekim FSEK’in 35’nci maddesinin ikinci fıkrasında, bu madde kapsamında yapılacak iktibaslarda sadece eser sahibinin adının gösterilmesinden değil, aynı zamanda kendisinden iktibas yapılan eserin adının ve bilimsel eserlerde ayrıca iktibasın alındığı yerinde de bildirilmesinden bahsedilmektedir.

¹⁰¹³ **Gass, Wolfram (Nicolini, Käte/ Ahlberg, Hartwig, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz, 2. Auflage, München, 2000), § 63, s. 643, nr. 1; Schulze, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz), § 63, s. 950, nr.1; Krüger, s. 117. Dustmann, Andreas, (Nordemann, Wilhelm/Nordemann, Axel/Nordemann, Jan Bernd, Urheberrecht, 10. Auflage, Stuttgart, 2008) , § 63, s. 1055, nr.1.**

¹⁰¹⁴ **Bullinger, Winfried (Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried, Praxiskommentar zum Urheberrecht, München, 2009), § 63, s. 861, nr.1; Morant, s. 218.**

2.Kaynak Göstermenin Kapsamı

a.Genel Olarak

İktibas edilen eser ya da eser parçasının kaynağının gösterilmesi, eser sahibinin adı dışında, esere ait bazı diğer bilgilerin de verilmesini gerektirir. Nitekim iktibas serbestisine ilişkin düzenlemeler yoluyla eser sahibinin iznine gerek olmaksızın ve bir karşılık ödemeksizin bir eserden yararlanma imkânı tanındığı dikkate alındığında, kaynak gösterme zorunluluğunun getirilmesi ile eserinden iktibas yapılan eser sahibi için ortaya çıkacak bu dezavantajlı durumunun, onun avantajına ortaya çıkacak(reklâm, iktibasların doğruluğunun üçüncü kişilerce kontrol edilebilmesi gibi) sonuçlarla dengelenmesi amacı güdüldüğü söylenebilir. Bu amacın gerçekleştirilmesi için de, sadece iktibasın alındığı eserin sahibinin adının değil, buna ek olarak üçüncü kişilerin esere doğrudan ulaşabilmeleri için gerekli olan bazı diğer bilgilerin de verilmesi gerekmektedir¹⁰¹⁵.

FSEK madde 35/f.2-c. 2’de, “*bilimsel eserlerde iktibas hususunda kullanılan eserin ve eser sahibinin adından başka bu kısmın alındığı yerin de belirtileceği*” düzenlenmiştir Bu ifadeden bilimsel eserlere yapılacak iktibasta, kullanılan eserin ve bu eserin sahibinin adından başka, alınan kısmın yerinin de belirtilmesi gerektiği, buna karşılık bilimsel eserler dışındaki eserlere iktibasta kendisinden iktibas yapılan eserin ve eser sahibinin adının gösterilmesinin yeterli olacağı sonucu çıkmaktadır. Yani tüm eser türlerine yapılacak iktibaslar bakımından esas olarak eser sahibinin ve eserinin adının kaynak bilgisinde verilmesi; buna karşılık bilimsel eserlerde ise bu hususlara ilaveten, iktibas edilen kısmın alındığı yerin de belirtilmesi gerekmektedir.

Belirtmek gerekir ki, UrHG’de “kaynak gösterme zorunluluğu”, FSEK’den farklı olarak, iktibas serbestisine ilişkin düzenlemenin yani madde 51’in içinde değil, eser sahibinin haklarına sınırlandırma getiren UrHG madde 44a ve devamında yer alan hükümleri kapsayan, genel bir düzenleme olarak madde 63’de düzenlenmiştir. UrHG’nin kaynak göstermeyi düzenleyen 63’ncü maddesinde, kaynak gösterme zorunluluğu hakkında, bir eserin maddi şekilde çoğaltılmasının söz konusu olduğu durumlar ile madde 15/f. 2’de örnekseyici olarak türleri sayılan maddi olmayan

¹⁰¹⁵ **Bullinger**, (Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht), § 63, s. 861, nr.1.

şekilde umuma iletimin söz konusu olduğu durumlar arasında ayırım yapılarak, bu konuda farklı düzenlemeler getirilmiştir. Maddi olmayan şekilde umuma iletim durumlarında kaynak gösterme zorunluluğuna ilişkin UrHG'nin 63'ncü maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme 2001/29 sayılı Bilgi Toplumu Direktifine uyum kapsamında 2003 yılında değişikliğe uğramıştır.

UrHG'de, bir eserin veya eser parçasının madde 63'ün birinci fıkrasında belirtilen ve içerisinde iktibas serbestisine ilişkin madde 51'inde sayıldığı sınırlandırmaya ilişkin hükümler kapsamında çoğaltılması durumunda, *kaynak daima açık olarak* gösterilmelidir(UrHG madde 63/f.1-c. 1). Buna göre içerisinde iktibas serbestisini düzenleyen 51'nci maddenin de dâhil olduğu, eser sahibinin haklarına sınırlandırma getiren ve 63'ncü maddede açıkça sayılan hükümler bakımından, kaynağın daima açıkça gösterilmesi gerekmektedir(UrHG madde 63/f. 1-c. 1). UrHG'de, dil ile ifade edilen bir eserin veya bir müzik eserinin tamamen çoğaltılmasında ise eser sahibi yanında, eserin yayımlandığı yayınevinin de gösterilmesi ve bunun dışında eserde kısaltmalar veya diğer tür değişiklikler yapıp yapılmadığının da belirli kılınması gerektiği düzenlenmiştir(UrHG madde 63/f.1-c. 2).

UrHG'nin 63'ncü maddesinin ikinci fıkrasında ise, maddi olmayan şekilde umuma iletim durumunda kaynağın, teamüller gerektirdiği zaman ve bunlar gerektirdiği ölçüde açıkça gösterilmesi gerektiği düzenlenmiştir(UrHG madde 63/f. 2-c. 1). 2001/29 sayılı Bilgi Toplumu Direktifine uyum sürecinde UrHG madde 63/f. 2'de 2003 yılında yapılan değişiklikle bu fıkra yeni cümle eklenerek, iktibas serbestisi kapsamında(UrHG madde 51) yapılacak maddi olmayan nitelikteki umuma iletimlerin de içinde bulunduğu bazı maddi olmayan tarzdaki umuma iletim hallerinde, imkânsız olmadığı sürece kaynağın daima eser sahibinin adının belirtilmesini içereceği düzenlenmiştir. (UrHG madde 63/f. 2-c. 2). Buna göre 2003 yılında yapılan değişiklikten önce Alman hukukunda iktibas serbestisine ilişkin 51'nci madde kapsamında yapılacak maddi olmayan nitelikteki umuma iletimlerde, kaynak gösterme ancak teamüller bunu gerektiriyorsa ve teamüllerin gerektirdiği ölçüde gerekli iken, 2003 yılında yapılan değişiklikten sonra ise imkânsız olmadığı sürece kaynak gösterme zorunluluğu daima bulunacaktır. Yani bu değişiklikten sonra, iktibas serbestisine ilişkin düzenleme kapsamında yapılacak maddi olmayan

nitelikteki umuma iletimlerde kaynak göstermede teamüller bir ölçüt olarak alınmayacaktır.

FSEK madde 35/f.2-c. 2’de yer alan düzenleme dikkate alındığına, hukuka uygun bir iktibas için kendisine iktibas yapılan eserin türüne bağlı olmaksızın, “eser sahibinin adının” ve “ iktibasa konu olan eserin adının” kaynak bilgisinde verilmesi gerekir. Bilimsel eserlere yapılacak iktibaslarda ise bu bilgilere ilaveten ayrıca iktibasın alındığı yerin de belirtilmesi gerekmektedir.

b.Eser Sahibinin Adı

İster bilimsel nitelikte isterse bilimsel nitelik göstermeyen bir eser olsun, tüm eser türlerine yapılacak iktibaslarda kaynak göstermenin mutlaka iktibas edilen eser ya da eser parçasının sahibinin adını içermesi gerekir. Zira bu husus aynı zamanda eser sahibinin “eser sahibi olarak tanıtılması” hususundaki manevi hakkının da bir sonucudur.

UrHG madde 63’de, gösterilecek kaynakta hangi bilgilerin verileceğine ilişkin somut bilgi vermeyip, sadece kaynağın açıkça bildirilmesinden bahsedilmiştir. UrHG’nin 63’ncü maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde geçen “eser sahibi yanında” ve aynı maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde geçen “eser sahibinin adının belirtilmesi” ibarelerinden, başka bir eserden yapılacak iktibaslarda kaynak göstermenin her halükarda *eser sahibinin adını* kapsayacağı sonucu çıkmaktadır¹⁰¹⁶.

Buna göre kaynak bilgisi, öncelikle iktibas yapılan eser ya da eser parçasının sahibinin adının gösterilmesini kapsayacaktır. Burada eser sahibinin sadece soyadının gösterilmesinin yeterli olup olmayacağı sorusu sorulabilir. Bir görüşe göre eser sahibinin ön adını da içerecek şekilde adının tamamının gösterilmesi gerekmektedir¹⁰¹⁷. Diğer bir görüşe göre ise mutlaka gerekmedikçe, eser sahibinin ön adının gösterilmesinden vazgeçilebilir¹⁰¹⁸.

¹⁰¹⁶ **Dietz, Adolf, (Schricker, Gerhard,** Urheberrecht, München, 2006) , § 63, s. 1264, nr.13; Aynı zamanda UrHG madde 13’de düzenlenen eser sahibi olarak tanınmaya ilişkin manevi hak ile olan bağlantıdan da bu sonuç çıkmaktadır. **Krüger,** s. 118.

¹⁰¹⁷ **Schulze, (Dreier/Schulze,** Urheberrechtsgesetz), § 63, s. 952, nr. 11; **Bullinger, (Wandtke/Bullinger,** Praxiskommentar zum Urheberrecht), § 63, s. 863, nr. 12.

¹⁰¹⁸ **Gass, (Nicolini/Ahlberg,** Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz), § 63, s. 645, nr. 14; **Öztan,** (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 465.

Eser sahibi, eserde gerçek adını gösterebileceği gibi, gerçek olmayan adını(müstear) da belirtebilir hatta hiçbir isim gösterilmeksizin eserini kamuya sunabilir (FSEK madde 15/f. 1). FSEK'in 16'ncı maddesinin birinci fıkrasında ise, eser sahibinin izni olmadıkça eserde veya eser sahibinin adında kısaltmalar, ekleme ve başka değiştirmeler yapılamayacağı yönündeki düzenleme de dikkate alındığında, kanımızca iktibasa konu eserin sahibinin adının eserde yer aldığı gibi tam olarak gösterilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte özellikle bilimsel eserlere yapılan iktibaslarda sıklıkla rastlanıldığı üzere, bir eserden birden fazla iktibas yapılmışsa ve bu iktibaslar kendisine iktibas yapılan eserin farklı sayfalarında yer almaktaysa, sadece ilk iktibasta eser sahibinin adını da kapsayacak şekilde eser sahibinin tam adı verilerek, sonra gelen iktibaslarda eser sahibinin sadece soyadının belirtilmesi yeterli olacaktır.

Eser üzerinde eser sahibinin gerçek adı değil de müstear adı bulunuyorsa, kaynak bilgisinde bu müstear ad gösterilecektir. Kendisinden iktibas yapılan eser üzerinde elbirliği halinde eser sahipliğinin bulunması durumunda, kaynak bilgisinde eser sahiplerinin tümünün adının belirtilmesi gerekir. Yine kendisinden iktibas yapılan eserin bir işleme eser niteliğinde olması durumunda işleyen de adının, eserin esas sahibinin adının yanında gösterilmesi gerekir. Örneğin tercüme edilmiş bilimsel bir eserden yapılacak iktibasta, salt bilimsel eserin sahibinin adının değil, tercüme edenin adının da kaynak bilgisinde gösterilmesi gerekmektedir.

c. Eserin Adı

(1) Genel Olarak

FSEK madde 35/f.2-c. 2 gereğince, bir esere yapılacak iktibasta, iktibas edilen eser ya da eser parçasının sahibinin adından başka, kendisinden iktibas yapılan eserin adının da belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu kapsamda kendisinden iktibas yapılan eserin başlığının kaynak bilgisinde gösterilmesi gerekir. Örneğin içinden bazı parçalar iktibas edilen bilimsel bir makalenin ya da kitabın başlığının, kaynak bilgisinde gösterilmesi gerekir.

(2) Eserin Adı Dışındaki Diğer Bilgilerinin Kaynak Bilgisinde Gösterilmesi Zorunlu mudur?

FSEK madde 35/f.2-c. 2’de, verilmesi gereken kaynak bilgisi olarak sadece eser sahibinin adı ve eserin adından söz edilmiştir. Buna karşılık iktibasın(iktibas edilen kısmın) alındığı yerin sadece bilimsel eserlere yapılacak iktibaslarda belirtilmesinin zorunlu olduğu düzenlenmiştir. Buna göre tüm eser türlerine yapılacak iktibas bakımından iktibas edilen eser veya eser parçasının sahibi ve kendisinden iktibas yapılan eserin adının belirtilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte kendisinden iktibas yapılan eserin adının dışında, bu esere ait diğer bilgilerin verilmesi hakkında Kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Örneğin kendisinden iktibas yapılan kitabın başlığı yanında yayım yılı, yeri gibi bilgilerin verilmesi hususunda Kanunda açık bir düzenleme yoktur. *Ateş*, kanunda eserin basıldığı tarih, basımevi ve yerinin gösterilmesi konusunda bir zorunluluk olmamasına rağmen, eserin kaçınıcı baskı olduğu belli ise, yapılacak atıflarda hiç olmazsa bunun veya basım tarihinin belirtilmesinin uygun olacağı görüşündedir¹⁰¹⁹.

Alman öğretisinde ise, “kaynak göstermede”, sadece eser sahibinin adının belirtilmesinin ötesinde, toplumun orijinal eseri(kendisinden iktibas yapılan eseri) bulabilmesini ve eserin tanınmasını sağlayacak unsurların da gösterilmesinin gerekli olduğu ifade edilmektedir¹⁰²⁰. Buna göre kaynak bilgisi, her bir somut olayda eser sahibini ve eserin kimliğini açıkça belirleyebilecek şekilde verilmeli¹⁰²¹ ve eserin ancak büyük bir zahmetle bulunabilmesine yol açmamalıdır¹⁰²². Kaynak bilgisinin, kamunun kendisinden beklenebilir bir çaba ile orijinal esere ulaşabilmesi imkânını sağlaması gerekir¹⁰²³.

¹⁰¹⁹ *Ateş*, (Sınırlandırma), s. 310.

¹⁰²⁰ *Gass*, (Nicolini/Ahlberg, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz), § 63, s. 644, nr.11; *Bullinger*, (Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht), § 63, s. 863, nr. 11; *Dreyer, Gunda*, (Dreyer, Gunda/Kotthoff, Jost/Meckel, Astrid, Urheberrecht, Heidelberg, 2009), § 63, s. 922, nr.10/b.

¹⁰²¹ *Dustmann*, (Nordemann /Nordemann/ Nordemann, Urheberrecht), § 63, s. 1056, nr. 6.

¹⁰²² *Bullinger*, (Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht), § 63, s. 863, nr. 11.

¹⁰²³ *Dustmann*, (Nordemann /Nordemann/ Nordemann, Urheberrecht), § 63, s. 1056, nr. 6.

Alman öğretisinde, kaynak göstermenin, eser sahibinin adı yanında, eserin adını(başlığını) ya da eserin tanınmasını sağlayan diğer bir tanımlamayı kapsamaması gerektiği kabul edilmektedir¹⁰²⁴. Bunun dışında kitaplarda, yayım yılı ve yerinin; eser parçalarından iktibasta iktibas edilen parçanın sayfa numarasının¹⁰²⁵;güzel sanat eserlerinde de eserin meydana getirildiği yıl ve belli olması durumunda sergi yerinin de verilmesinin gerektiği kabul edilmektedir¹⁰²⁶. Yine gazete, dergi veya diğer seçme ve toplama eserlerde olduğu gibi yayın organlarının da kaynak bilgisinde gösterilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁰²⁷.

FSEK madde 35/f.2’de her ne kadar kendisinden iktibas yapılan esere ait ve eserin adı dışında kalan diğer bilgilerin verilmesine ilişkin açık bir düzenleme olmasa da, burada kaynak gösterme zorunluluğunun getirilmesindeki amacın esasen, kamunun orijinal esere çok büyük çaba sarf etmeksizin ulaşmasını sağlayarak, özellikle iktibasların doğruluğunun kontrol edilebilmesinin sağlanması olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Zira kaynak bilgisinin, ancak iktibaslar aracılığıyla eserin orijinaline ilgisi uyanan kişilerin, orijinal esere çok büyük bir çaba sarf etmeksizin ulaşabilmelerine imkân sağlayacak şekilde açık olarak verilmesi durumunda kaynak gösterme zorunluluğunun reklâm ve iktibasların doğruluğunun sınanabilmesi fonksiyonunu yerine getireceğinden söz edilebilir. Bu açıdan verilen kaynak bilgisinin de bu amacı gerçekleştirmeye uygun olması gerekir.

Buna göre kaynak bilgisinin kapsamının belirlenmesinde önemli olan husus, kaynak bilgisinin her bir somut olayda, eser sahibi ve eserin açıkça tanımlanabilmesine uygun olup olmadığı¹⁰²⁸ ve eserin orijinaline büyük bir çaba sarf etmeksizin ulaşılabilmesine imkân sağlayıp sağlamadığıdır. Bu açıdan eser sahibinin ve eserin adı dışında, esere ait diğer bilgilerin verilmesinin gerekli olup olmadığı her

¹⁰²⁴ **Dietz, (Schricker, Urheberrecht), § 63, s. 1265, nr.14; Schulze, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz), § 63, s. 953, nr.12; Bullinger, (Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht), § 63, s. 863, nr. 12; Dreyer, (Dreyer /Kotthoff /Meckel, Urheberrecht), § 63, s. 922, nr.10/b. Bkz 4. HD, T. 19.10.2004, E.2004/9987, K. 2004/11908 (Erdil, Engin, İçtihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, C.1, İstanbul, 2009, s. 815), düşüncesinden yararlanılan esere yollama yapılmakla, basım tarihi, yeri ve sayfa numarası gösterilmekle, okuyucunun gerektiğinde o eserden daha geniş biçimde yararlanma imkânının sağlanmış olacağı yönünde.**

¹⁰²⁵ **Schulze, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz), § 63, s. 953, nr.12; Krüger, s. 118.**

¹⁰²⁶ **Bullinger, (Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht), § 63, s. 864, nr. 12; Schulze, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz), § 63, s. 953, nr.12**

¹⁰²⁷ **Dietz, (Schricker, Urheberrecht), § 63, s. 1265, nr.14; Schulze, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz), § 63, s. 953, nr.12**

¹⁰²⁸ **Dustmann, (Nordemann /Nordemann /Nordemann, Urheberrecht), § 63, s. 1056, nr. 6.**

bir somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir. Örneğin süreli bir yayın içerisinde yayımlanan bilimsel bir makaleden iktibas yapılması durumunda, makalenin sahibinin, makalenin adının kaynak bilgisinde gösterilmesinin dışında, makalenin içinde yayımlandığı süreli yayının adının da belirtilmesi yeterlidir. Hatta bu süreli yayının birden fazla sayısı varsa, basım yılı, sayısı gibi bilgilerin de verilmesi gerekir.

Yine bir eserin birden çok basısı varsa, iktibas edilen eser ya da eser parçasının bulunduğu basının basım yılının da belirtilmesi gerekmektedir. Bu durum özellikle bir kitabın birden çok basısı varsa ve iktibas edilen kısım eserin farklı basılarında farklı şekillerde yer almaktaysa (mesela eser sahibinin bir önceki basıdaki görüşünü değiştirmiş olması gibi) iktibasın alındığı eserin belirlenmesi için basım tarihinin veya sayısının da bilgi olarak verilmesi gereklidir.

Özellikle bir eserin başka eserlerle karışma tehlikesi bulunması durumunda, eser sahibinin adı ve eserin adı dışında diğer bilgilerin de verilmesi gerekir¹⁰²⁹. Örneğin çok az rastlanacak bir durum olsa da, bir eserin ve eser sahibinin aynı adı taşıması durumunda, bu eserleri birbirinden ayırt etmeye yarayacak bilgilerin kaynakta gösterilmesi gerekir.

UrHG madde 63/ f.1-c. 2 gereğince dil ile ifade edilen bir eserin veya bir müzik eserinin tamamının çoğaltılması durumunda, eser sahibinin yanında, eserin yayımlandığı yayınevini de kaynak bilgisinde gösterilmesi gerekir. Alman hukukunun aksine hukukumuzda kaynak göstermenin yayınevini kapsamaması hususunda bir zorunluluk bulunmamaktadır.

Üzerinde paylı eser sahipliği ilişkisi bulunan bir eserde esasen eser sahiplerinin her birinin katkısı birbirinden bağımsız olduğundan, gösterilecek kaynakta da iktibas edilen kısmın ait olduğu eserin sahibinin adının ve bir başlığı varsa bunun belirtilmesi gerekir. Bunun dışında eserin bütününe adının da belirtilmesi gerekmektedir.

¹⁰²⁹ Eser sahibinin ve eserin adının gösterilmesinin gerekli olduğu, buna karşılık diğer bilgilerin başka eserlerle karışma tehlikesi bulunması halinde gerekli olduğu yolunda, **Schulz**, s. 230.

d. Bilimsel Eserlere Yapılacak İktibasta İktibasın Alındığı Yer

FSEK madde 35/f.2 gereğince bilimsel eserlere yapılacak iktibaslarda, iktibas konusu eserin ve eser sahibinin adından başka, iktibasın alındığı yerin de belirtileceği ifade edilmiştir. İktibas edilen kısmın alındığı yerin ise iktibas edilen eser parçasının eserin hangi yerinden, hangi sayfasından alındığı şeklinde anlaşılması gerekir¹⁰³⁰.

Buna göre örneğin bilimsel nitelikteki bir kitaba başka bir kitaptan yapılan iktibasta, iktibasın alındığı sayfa numarasının da gösterilmesi gerekecektir. Kanımızca söz konusu düzenlemenin sadece bilimsel eserlere yapılacak iktibaslarla sınırlı olarak kabul edilmemesi gerekir. Somut olayın özelliklerine göre diğer eser türlerinde de bu tür bir kaynak gösterme gerekebilir. Örneğin bir yazarın kendi romanına başka bir yazarın bir romanından bir cümle iktibas etmesi durumunda, iktibas edilen parçanın bulunduğu sayfa numarasının da gösterilmesi gerekir. Zira kaynak bilgisi, özel bir çaba göstermeksizin yapılan iktibasların doğruluğunun kolaylıkla kontrol edilebilmesini sağlamalıdır.

3. Kaynak Bilgisinin Yeri ve Şekli

Kaynak bilgisinin, kendisine iktibas yapılan eserde gösterilme yeri ve şekli de hukuka uygun bir kaynak göstermenin varlığından söz edebilmek bakımından önemli bir unsurdur. Kaynak bilgisi, kendisine iktibas yapılan esere, toplumun kendisinden iktibas yapılan eser ya da eser parçası ile kolaylıkla ve doğrudan doğruya bağlantı kurabileceği şekilde yerleştirilmiş olmalıdır¹⁰³¹. Yani kaynak bilgisi verildiği yer itibarıyla, kendisine iktibas yapılan eserdeki yabancı unsurun yani iktibasın hangi eser sahibine ve esere ait olduğunu açıkça belirtecek nitelikte olmalıdır¹⁰³².

Kaynak bilgisinin iktibas edilen eser ya da parçasının doğrudan doğruya yanında ya da iktibasın yanına dipnot numarası konularak dipnot aracılığıyla

¹⁰³⁰ Erel, (İktibas Serbestisi), s. 342; Aynı yönde, Bkz. Ateş, (Sınırlandırma), s. 310

¹⁰³¹ Gass, (Nicolini/Ahlberg, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz), § 63, s. 645, nr. 14; Bullinger, (Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht), § 63, 864, nr. 15.

¹⁰³² 4. HD bir kararında, kendisine iktibas yapılan kitabın “Bitirirken” başlıklı kısmında, asıl kitabın yazarından söz edilmesinin geçerli bir kaynak gösterme kapsamında değerlendirilmeyeceğini ifade etmiştir, 4 HD, T. 19.10.2004, E.2004/9987, K. 2004/11908, Erdil, (Şerh), s. 815.

aşağısında belirtilmesi, açık bir kaynak göstermeye örnek olarak verilebilir¹⁰³³. Yine bir resmin iktibas durumunda da, kaynağın kural olarak yapılan resim iktibasının doğrudan yanında gösterilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁰³⁴. Örneğin sanat tarihi ile ilgili bilimsel bir esere iktibas edilen güzel sanat eserinin yanında kaynak bilgisi verilmelidir. Zira bu durumda iktibas edilen eser ya da eser parçasının hangi eser sahibine ve esere ait olduğu açıklıkla belirtilmiş olacaktır. Yine örneğin dil ile ifade edilen bir ilim ve edebiyat eserinin maddi olmayan şekilde umuma iletimi söz konusu ise örneğin radyoda yayınlanıyorsa, bu esere başka eserlerden yapılacak iktibaslarda kaynak bilgisinin iktibaslarla doğrudan bağlantı kurulmasını sağlayacak şekilde iktibastan önce veya sonra *söylenmesi* gerekmektedir.

Özellikle yazılı bir esere yapılan iktibaslara ilişkin kaynakların doğrudan iktibasların buldukları sayfada iktibasların yanında ya da dipnot aracılığıyla altında değil de, eserin önüne veya arkasına eklenen bir indekste gösterilmeleri de bazı durumlarda mümkün olabilir. Bu şekilde eserin önüne veya arkasına eklenen bir kaynak indeksinde gösterilen kaynak bilgilerinin ancak, kaynak bilgilerinin, iktibasların bulunduğu yer ile bağlantı kurularak, hangi eser parçasının hangi esere ve eser sahibine ait olduğunu kolaylıkla belli edecek açıklıkta olması halinde geçerli bir nitelik taşıdığından söz edilebilecektir. Örneğin eserin başına veya sonuna eklenen kaynak listesinin iktibas edilen eserlerin sırasına göre düzenlenmiş olması ve bu kaynak listesinde iktibasların sayfa numarasının gösterilmiş olması gibi. Yine iktibas edilen eserin yanında bu iktibasa belirli bir numara verilerek, kaynak bilgisinin eserin önüne veya arkasına eklenen bir kaynak indeksinde bu numara ile bağlantı kurulacak şekilde verilmesi de yeterli bir kaynak gösterme olacaktır.

Buna karşılık eserin başında veya sonunda kendisinden iktibas yapılan kaynakların genel olarak gösterilmesi yeterli bir kaynak gösterme olmaz. Örneğin bilimsel bir esere yapılan çok sayıda iktibasın kaynağının eser içerisinde değil de, *genel olarak* ve hangi iktibasın hangi eser sahibine ve esere ait olduğunu belli etmeden eserin sonunda kaynakça kısmında gösterilmesi yeterli değildir¹⁰³⁵.

¹⁰³³ Kaynak bilgisinin iktibasın doğrudan yanında verilmesi durumunda kaynak bilgisinin en açık şekilde verildiğinden söz edileceği yönünde, **Dustmann, (Nordemann/Nordemann /Nordemann, Urheberrecht)**, § 63, s. 1056, nr. 10.

¹⁰³⁴ **Bullinger, (Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht)**, § 63, 864, nr. 16.

¹⁰³⁵ Yargıtay ise verdiği bir kararında, davacılar tarafından hazırlanan ders kitabında bazı bilgi, şekil ve grafiklerin aynen davacı eserinden alıntılar yapılarak hazırlandığını, bu hususun kaynakça bölümünde gösterilmediği, bu şekilde davalılar eyleminin 5846 sayılı yasa ile korunan davacı

Nitekim sinema eserlerinde de, kaynak göstermenin iktibaslarla doğrudan bağlantı kurulabilecek şekilde söylenmesi ya da televizyon ekranında gösterilmesi gerekmektedir. Buna göre sinema eserlerinde kaynak bilgisi kural olarak sinema eserinin içerisinde ve izleyiciler tarafından rahatlıkla okunabilecek şekilde yapılmalıdır¹⁰³⁶. Buna karşılık birden fazla kaynağın, yayının başında veya sonundaki jenerikte bir araya getirilmesi geçerli değildir¹⁰³⁷. Zira bu durumda sinema eseri içerisinde iktibas edilen eser ya da parçasının kime ve hangi esere ait olduğunun anlaşılması mümkün olmayacak, yani yapılan iktibaslarla doğrudan bağlantı içerisinde bir kaynak gösterme söz konusu olmayacaktır. Bununla birlikte kendisinden iktibas yapılan eserin sanatsal etkisini orantısız olarak zedeleyeceği durumlarda, kaynak göstermenin *istisnai* olarak ilk veya son jenerikte yapılması geçerli olmalıdır¹⁰³⁸.

Aynı husus güzel sanat eserlerinden güzel sanat eserlerine, özellikle bir resim veya fotoğraf eserinin başka bir resim ya da fotoğraf eserine iktibas edilmesi durumunda da söz konusudur.

Örneğin güzel sanat eseri niteliğindeki bir resme başka bir resimden iktibas yapılması durumunda kaynak bilgisinin doğrudan doğruya bu eserin içerisine yani iktibas edilen resmin yanına yerleştirilmesi mümkün olmayacaktır. Zira bu durumda iktibasın yanına yerleştirilen bir kaynak gösterme kendisine iktibas yapılacak eserin estetik niteliğini tamamen ortadan kaldırır. Böyle bir durumda, yapılan iktibasın yabancı bir unsur olarak tanınabilir olması koşulu olduğu sürece, kaynak göstermenin, kendisine iktibas yapılan eserin kendisinde değil, başka bir yerde

haklarına tecavüz oluşturduğuna karar vermiştir. 11 HD, 28.12.1999, E. 1999/9119, K. 1999/10897, **Suluk/Orhan**, s. 548. Belirtmek gerekir ki karardan açıkça anlaşılmasa da, eser içerisinde iktibas edilen unsurların salt kaynakça kısmında gösterilmesi, iktibaslarla yeterli bağlantı kurulmadığı sürece FSEK madde 35/f.2 anlamında geçerli bir kaynak gösterme oluşturmaz.

¹⁰³⁶ **Krüger**, s. 172; Zira iktibas edilen eser ya da eser parçasının bir sinema eserinde kullanılması durumunda, iktibasın altına rahatlıkla okunabilen ve iktibasın kaynağını gösteren bir metnin montaj yoluyla eklenmesi suretiyle kaynak gösterilmesi mümkündür, **Dreyer**, (**Dreyer/Kotthoff/Meckel**, Urheberrecht), § 63, s. 925, nr.19.

¹⁰³⁷ **Dreyer**, (**Dreyer/Kotthoff/Meckel**, Urheberrecht, § 63, s. 925, nr.19. LG Berlin , bir televizyon programına yedi adet fotoğrafın iktibas ile ilgili olarak verdiği bir kararda, açık bir kaynak göstermenin gerekli olduğunu ifade etmiştir. Kararda, kaynak bilgisinin eser sahibinin özel bir çaba gereksiz anlaşılabilmesi ve iktibasın doğruluğunun kolaylıkla kontrol edilebilmesinin gerektiğini; resim iktibaslarında kaynağın kural olarak iktibasla doğrudan bir bağlantı içerisinde yani ya altında ya da yanında verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. LG Berlin, ZUM 2000/6, 515.

¹⁰³⁸ **Schulz**, s. 230; **Krüger**, s. 172.

gerçekleştirilmesi mümkündür. Örneğin bir eser sergileniyorsa, resmin yanına konulacak bir levhada kaynak gösterilebilir¹⁰³⁹

Buna göre iktibasların doğrudan iktibasın yanında verilmesi, kendisine iktibas yapılan eserin estetik niteliğini orantısız olarak etkileyecekse, iktibasların kendisine iktibas yapılan eserde tanınabilir bir unsur, yani yabancı bir unsur olarak ortaya çıkmaları koşuluyla, kaynak bilgisinin kendisine iktibas yapılan eserin herhangi bir yerinde verilmesi yeterli olmalıdır¹⁰⁴⁰.

Belirtmek gerekir ki, özellikle maddi olmayan şekilde umuma sunulan eserlerde bunların akıcı niteliğinden dolayı, kaynak göstermenin iktibas edilen eser parçası ile doğrudan bir bağlantı kurulacak şekilde yani bu eser parçasının hangi esere ve eser sahibine ait olduğunun açıkça anlaşılabilceği şekilde yapılması çoğu kez mümkün olmamaktadır. Dil ile ifade edilen eserlerde bu şekilde bir kaynak gösterme çoğu kez büyük bir zorluk göstermezken¹⁰⁴¹, özellikle müzik eserlerinde ve dans eserlerinde bu şekilde kaynak göstermek önemli ölçüde zorluk arz etmektedir. Örneğin bir bale gösterisi sırasında dansın kesilerek kendisinden iktibas yapılan dans eserinin ve sahibinin adının belirtilmesi komik bir durum oluşturacaktır. Yine bir müzik eserine başka bir müzik eserinden yapılan iktibasta da, iktibas edilen parçadan sonra eserin akışının kesilerek kaynak gösterilmesi aynı şekilde mümkün değildir.

Alman öğretilinde bu hususu dikkate alan bir görüş, müzik iktibaslarının kural olarak zaten iktibas edilen ses dizisinin kendisine iktibas yapılan eserde yabancı bir unsur olarak tanınabilmek için yeterli derecede bir bilinirliğe sahip

¹⁰³⁹ **Kakies**, s. 135.

¹⁰⁴⁰ Dil ile ifade edilen bir eserle ilgili olarak, OLG Brandenburg "Brecht" kararında, somut olayda iktibas edilen kısımların italik harflerle gösterildiğini; ayrıca kendisine iktibas yapılan eserde geçen bazı ifadelerden de makul okuyucular tarafından kendisinden iktibas yapılan eser sahibinin ve iktibasların yapıldığı eserlerinin anlaşılabilceğini ve bunun ötesinde doğrudan doğruya metne eklenen metin listesinde de kendisinden iktibas yapılan iki eserin de yayın evi ve yayımlanma yıllarının belirtildiği ifade ederek, olayda geçerli bir kaynak göstermenin bulunduğunu ifade etmiştir. OLG Brandenburg, NJW 1997, Heft 17, s. 1163; İktibasların italik harflerle diğer metin kısmından ayrılması ve okuyucuların eserin bütününden kendisinden iktibas yapılan eser sahibine ulaşmaları durumunda geçerli bir iktibastan söz edileceği yolunda, **Bullinger**, (**Wandtke/Bullinger**, Praxiskommentar zum Urheberrecht), § 63, s. 864, nr. 15. Belirtilen karar öğretide, bu durumda göz önüne alınacak kıstasın uzman/deneyimli Brecht okuyucuları olmadığını; aksine açık bir tanınabilirlik ve bağlanabilirlik olduğu; uzman olmayan ama ilgili okuyucuların da kaynağı açık bir şekilde tespit edebilmek için sayfa bilgileri ve diğer bilgileri elde etmesi gerektiği belirtilerek, eleştirilmiştir. **Schulze**, (**Dreier/Schulze**, Urheberrechtsgesetz), § 63, s. 954, nr. 17. İtalik harflerle göstermenin, iktibas, italik harfler aracılığıyla tanınabilir olsa da, eser sahibinin kendisine iktibas yapılan eserin tamamından anlaşılabilmesinin yeterli bir kaynak gösterme olmayacağı yolunda, **Krüger**, s. 119.

¹⁰⁴¹ Buna karşılık, bilgisayar programlarında kaynak gösterilmesi, bu programların yapısal özelliği nedeniyle mümkün değildir, **Eroğlu, Sevilay**, Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, İstanbul, 2000, s. 41, dipnot 192.

olması durumunda söz konusu olabileceğini belirterek, müzik iktibaslarında kaynak gösterme zorunluluğunun tamamen gereksiz olduğunu savunmuştur¹⁰⁴².

UrHG'nin maddi olmayan nitelikteki umuma iletimlerde kaynak göstermeye ilişkin 63'ncü maddesinin ikinci fıkrasının 2003 yılındaki değişiklikten önceki metnini dikkate alan bir görüş ise, müzik iktibaslarında da kural olarak kaynak göstermenin gerekli olmakla birlikte, müzik eserinin temsili sırasında kaynak göstermenin imkânsız olduğunu ve müzik eserlerine iktibas edilen melodilerin kural olarak geniş ölçüde tanınır olmalarından dolayı kaynak gösterme zorunluluğundan birçok durumda vazgeçilebileceğini ifade etmiştir. Buna karşılık tam olarak tanınmayan bir melodinin iktibas edilmesi durumunda kaynak göstermemenin iktibasın geçersizliğine yol açabileceği belirtilmiştir¹⁰⁴³.

Belirtmek gerekir ki, özellikle müzik iktibaslarında(veya dans eserlerine yapılacak iktibaslarda) eserin akışı içerisinde iktibas edilen eser parçasının kaynağının gösterilmesinin mümkün olmadığı pratik bir gerçektir. Özellikle müzik iktibaslarında (ve yine dans eserlerinden yapılacak iktibaslarda) iktibasların kendisinden iktibas yapılan eserle çağrışımsal bir bağ kurmak amacıyla yapıldığı dikkate alındığında, bu çağrışımı kurabilmek için iktibas edilen eserin dinleyiciler nezdinde tanınabilir olması gerektiği söylenebilecektir. Böylelikle iktibaslar kendisine iktibas yapılan eserde yabancı bir unsur olarak ortaya çıkacaktır. Bununla birlikte FSEK'de, kaynak göstermedeki zorluklara rağmen, müzik iktibasları imkânı kabul edilirken, bu tür iktibaslarda kaynak gösterme bakımından istisnai bir düzenleme getirilmemiştir¹⁰⁴⁴. Zira dinleyiciler iktibas edilen eserin kendisine iktibas

¹⁰⁴² **Hertin**, s. 164; **Schricker**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 51, s. 1028, nr.15: kaynak göstermenin imkânsız olduğu durumlarda, bu zorunluluğunun yerine getirilmemesinin iktibası geçersiz kılmamakla birlikte, bu durumda dahi iktibas edilen parçanın kendisine iktibas yapılan eserde yabancı bir unsur olarak tanınabilir kalmasının gerekli olduğu; müzik iktibasları bakımından özellikle maddi olmayan bir şekilde kamuya iletimde eserin kesilerek kaynak gösterme imkânının zor olduğundan burada iktibas edilen melodinin dinleyiciler tarafından yabancı bir unsur olarak tanınabilir olmasının yeterli olduğu yolunda.

¹⁰⁴³ **Oekonomidis**, s. 127.

¹⁰⁴⁴ Kaynak gösterme zorunluluğunun tanınmasında, eserden iktibas yapılan eser sahibi ile iktibas yapan eser sahibinin yararlarının bir ölçüde dengelenmesi amacı yatmaktadır. Kaynak gösterme zorunluluğu ile başka eserlerden eser sahibinin iznine gerek olmaksızın ve herhangi bir tazminat ödemeye gerek kalmaksızın yararlanma imkânı getirilen iktibas serbestisinde de eser sahibinin eser sahipliğinin tanınması hususundaki manevi hakkının korunması garanti altına alınmaktadır. Diğer taraftan kaynak göstermenin reklâm ve kontrol fonksiyonları da dikkate alındığında sadece pratik zorlukların müzik iktibaslarında kaynak gösterme zorunluluğunu ortadan kaldırdığından da bahsedilemeyeceği yönünde, **Schlingloff**, s. 135.

yapılan eserde yabancı bir unsur olduğunu anlasalar bile çoğu kez iktibas edilen eserin ya da sahibinin adını bilmeyebilirler.

Bu açıdan müzik iktibaslarında her ne kadar iktibas edilen eser parçasına ilişkin kaynağın doğrudan kendisine iktibas yapılan eserin içerisinde gösterilmesi imkânsız olsa da, kaynak göstermenin, zaten belirli bir tanınabilirlik düzeyine ulaşmış olması gereken kendisinden iktibas yapılan eserin kaynak bilgilerinin, kendisine iktibas yapılan eserin çoğaltılmış nüshalarında ya da eserle ilgili bilgi kâğıtlarında verilmesinin yeterli olduğu kabul edilmelidir¹⁰⁴⁵.

Bu açıdan iktibas edilen parçanın kaynağının temsiline kendisinde değil de, nota kâğıtlarında, ses taşıyıcılarında veya program kâğıtlarında verilmesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir¹⁰⁴⁶. Örneğin, müzik iktibaslarının bir konser sırasında umuma iletilmesi durumunda, program kâğıdında kaynak gösterilmesi mümkündür¹⁰⁴⁷. Aynı husus dans eserleri için de geçerli olacaktır. Örneğin gösteriden önce dağıtılan programda iktibasların kaynağının gösterilmesi yeterli olacaktır. Yine bilgisayar programlarından yapılacak iktibaslarda da, kaynağın programın kendisinden gösterilmesi mümkün olmamakla birlikte, bu programın bulunduğu taşıyıcılar içerisinde(örneğin cd'lerde) belirtilmesi mümkündür.

Son olarak belirtmek gerekir ki, iktibas yoluyla bir eser ya da eser parçasının kullanılmasında verilecek kaynak bilgisinin, özel bir çaba göstermeksizin eser sahibinin tanınabilmesini ve yapılan iktibasların doğruluğunun kolaylıkla, özel bir çaba gösterilmeksizin kontrol edilebilmesini sağlaması gerekeceğinden¹⁰⁴⁸ kaynak bilgisinin, şekli ve büyüklüğü bakımından da kolaylıkla bulunabilir olması ve özellikle *eser sahibinin* özel bir çaba sarf etmeden belirlenebileceği bir şekilde tamamı anlaşılabilir bir şekilde gösterilmesi gerekir¹⁰⁴⁹. Kaynak bilgisinin, eser parçasının büyüklüğü ile ilişkisine nazaran yüzeysel bir gözden geçirmede gözden kaçabilecek şekilde bir harf büyüklüğü ile şekillendirilmesi veya iktibas edildiği

¹⁰⁴⁵ Çoğaltılmış nüshanın olmaması durumunda, kaynak bilgisinin gösterinin sonunda verilebileceği yönünde, **Morant**, s. 231.

¹⁰⁴⁶ **Schlingloff**, s. 136; **Krüger**, s.146. Ateş'de, müzik eserlerinde iktibasta kaynak göstermenin, bu alandaki mutlak uygulamalara uygun şekilde gösterilmesi gerektiğini ifade etmektedir, **Ateş**, (Sınırlandırma), s. 314.

¹⁰⁴⁷ **Schlingloff**, s. 136.

¹⁰⁴⁸ **Dustmann**, (**Nordemann /Nordemann/ Nordemann**, Urheberrecht), § 63, s. 1056, nr. 10; **Dreyer**, (**Dreyer/Kotthoff/Meckel**, Urheberrecht), § 63, s. 923, nr. 13.

¹⁰⁴⁹ **Gass**, (**Nicolini/Ahlberg**, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz), § 63, s. 645, nr. 14; **Krüger**, s. 118.

yerden dolayı zor bir şekilde bulunması durumunda kaynağın yeterli şekilde gösterilmiş olmayacağından bahsedilecektir¹⁰⁵⁰.

4. Kaynak Gösterme Zorunluluğunun Bulunmadığı Durumlar

a. Genel Olarak

FSEK madde 35’de, kaynak gösterme zorunluluğunun bulunmadığı durumlarla ilgili olarak açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık UrHG madde 63’de kaynak gösterme zorunluluğunun bulunmadığı bazı durumlara ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, FSEK’e göre eser niteliği taşımayan fikri ürünlerden iktibas yapılması FSEK madde 35’de yer alan koşulların oluşmasına bağlı değildir. Bu tür ürünler eser niteliğine sahip olmadıklarından dolayı, bunlardan yararlanılırken kaynak gösterilmemesi FSEK’e göre bir hak ihlaline sebep olmaz. Zira FSEK ancak eser niteliğine sahip fikri ürünleri korumaktadır.

Bununla birlikte bağlantılı hak konusu ürünlerden yapılacak iktibaslar da FSEK madde 35’de yer alan koşullar çerçevesinde yapılabileceğinden bunlardan yapılacak iktibaslarda da kaynak gösterme zorunluluğu bulunacaktır. Yine FSEK Ek madde 8 gereğince korunan, eser niteliğine sahip olmayan veri tabanları bakımından da, veri tabanını içeriğinin önemli bir kısmının veya tamamından yararlanma durumunda da FSEK’de sayılan ve eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmalara ilişkin hükümlerin uygulanacağı düzenlendiğinden, eser niteliği taşımayan ancak FSEK Ek madde 8 kapsamında korunan veri tabanlarının *içeriğinin önemli bir kısmının ya da tamamının* iktibas edilmesi durumunda da kaynak gösterme zorunluluğu bulunacaktır.

Burada gündeme gelebilecek bir husus da FSEK madde 31’de belirtilen resmi nitelikteki eserlerden yararlanılması durumunda da kaynak gösterme zorunluluğunun bulunup bulunmadığıdır. FSEK’in 31’nci maddesinde, *resmen yayımlanan veya ilan olunan kanun, tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge ve kazai kararların çoğaltılması, yayılması, işlenmesi veya her hangi bir suretle bunlardan faydalanmanın serbest*

¹⁰⁵⁰ Bullinger, (Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht), § 63, 864, nr. 16.

olduğu düzenlenmiştir. Uygulamada özellikle başka eserlerden yargı kararlarına yapılan ve yargı kararlarından başka eserlere yapılan iktibaslarla sıklıkla rastlanmaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, yargı kararlarına yapılacak iktibaslar bakımından da, iktibas serbestîsinin şekle ilişkin koşullarına uyulması gerekmektedir. Yani bir yargı kararına başka bir eserden (uygulamada sıkça rastlandığı üzere özellikle hukuki nitelikteki bilimsel eserlerden) iktibas yapılması durumunda da kaynak gösterme zorunluluğunun yerine getirilmesi gerekmektedir. FSEK madde 31’de yer alan düzenleme, yargı kararlarından serbestçe yararlanılmasına ilişkin olup, yargı kararlarında başka eserlerden serbestçe yararlanılabilmesine ilişkin değildir.

FSEK madde 31’de bu maddede belirtilen eserlerden serbestçe yararlanılabileceği düzenlendiğinden, bu eserlerden yararlanmak için FSEK madde 35’de belirtilen iktibas serbestîsine ilişkin koşulların yerine getirilmesine gerek yoktur. Yani bu tür eserlerden yapılan iktibaslarda esasen FSEK madde 35/f.2 gereğince kaynak gösterilmesi zorunlu değildir. Bununla birlikte FSEK madde 31’de “resmen yayımlanan veya ilan olunan kanun..., ve kazai kararların çoğaltılması, yayılması, işlenmesi veya her hangi bir suretle bunlardan faydalanma”nın serbest olduğu düzenlenerek, burada esasen sadece eser sahibinin mali hakları bakımından bir sınırlandırma getirilmiş ancak manevi haklar bakımından açık bir düzenleme yapılmamıştır. Zira FSEK’in eser sahibinin haklarına sınırlandırma getiren bazı hükümlerinde eser sahibinin manevi haklarına açıkça sınırlandırma getirdiği¹⁰⁵¹ ve buna karşılık FSEK madde 31’de bu yönde bir düzenleme olmadığı dikkate alındığında, FSEK madde 31 hükmünün esasen mali haklara getirilen bir sınırlandırma olduğundan söz edilebilecektir. Bu kapsamda bu tür eserlerden

¹⁰⁵¹ Bununla birlikte FSEK’in eser sahibinin haklarına sınırlandırma getiren bazı maddelerinde açıkça, eser sahibinin manevi haklarına da sınırlandırma getirildiği görülmektedir. Örneğin, FSEK madde 32/f.1’de Büyük Millet Meclisinde ve diğer resmi meclis ve kongrelerde, mahkemelerde, umumi toplantılarda söylenen söz ve nutukların, haber ve malumat verme amacıyla çoğaltılması, umumi mahallerde okunması veya radyo vasıtasıyla ve başka suretle yayımının serbest olduğu düzenlendikten sonra, ikinci fıkrada ise, hadisenin mahiyeti ve vaziyetin icabının gerektirmediği durumlarda söz ve nutuk sahiplerinin adının belirtilmeyebileceği düzenlenmiştir. FSEK’in 40’ncü maddesinin üçüncü fıkrasında ise, açık artırma ile satılacak eserlerin umuma teşhir olunabileceği; umumi mahallerde teşhir edilen veya açık artırmaya konulan bir eseri sergi veya artırmayı tertip eden kimseler tarafından bu maksatlarla çıkarılacak katalog, kılavuz veya bunlara benzer araçlar vasıtasıyla çoğaltılması ve yayılmasının geçerli olduğu düzenlendikten sonra, maddenin dördüncü fıkrasında bu gibi durumlarda, aksine yerleşmiş bir adet bulunmuyorsa, eser sahibinin adının belirtilmesi zorunluluğundan vazgeçilebileceği düzenlenmiştir.

yararlanmak her ne kadar kural olarak serbestse de, bu yararlanmalarda eser sahibinin manevi haklarının ihlal edilmemesi gerekir. Bu manevi haklardan birisi de, eser sahibinin “eser sahibi olarak tanıtılması”(FSEK madde 15) hakkıdır. Buna göre kural olarak FSEK madde 31’de belirtilen eserlerden yararlanılması, durumunda da eser sahibinin adının belirtilmesi gerekeceğinden söz edilebilecektir.

Bununla birlikte FSEK madde 8/f.1’de, bir eserin sahibinin onu meydana getiren olduğu düzenlenmiştir. Kanun, bu tanımla, eser sahibinin, yaratıcı gücünü ortaya koyarak eseri yaratan kişi olması ilkesini benimsemiştir. Yaratıcı gücü ortaya koyabilecek olan da, ancak insan ruhu ve zekâsı olacağından ve bir fikri ürünün eser niteliğini taşıması için taşıması gereken hususiyette ancak söz konusu yaratıcı güçten kaynaklanabileceğinden, eser sahibinin yaratıcı güce sahip olan *gerçek kişi* olarak kabul edilmesi gerekir¹⁰⁵². FSEK madde 18/f.2’de ise, aralarındaki özel sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça; memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki hakların bunları çalıştıran veya tayin edenlerce kullanılacağı düzenlenmiştir(FSEK madde 18/f. 2). Bu düzenleme eser üzerindeki hakların kullanılması ile ilgili olup, eser sahibini belirleyen bir düzenleme değildir¹⁰⁵³. Öğretide FSEK madde 18/f.2 hükmünün mali hak sahipliğini mi yoksa sadece mali hakların kullanılmasını mı kapsadığı tartışmalı olmakla birlikte genel olarak manevi hakları kapsamadığı kabul edilmektedir¹⁰⁵⁴.

¹⁰⁵² **Okutan Nilsson, Gül**, Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Tüzel Kişinin Eser Sahipliği Sorunu, Uğur Alacakaptan’a Armağan, C.2, İstanbul, 2008, s. 484. 2004 yılında kabul edilen 4630 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle FSEK’in 8’nci maddesinde eser sahibinin tanımında geçen “gerçek kişi” ibaresinin kaldırılmasının, tüzel kişilerin de eser sahibi olabileceği anlamına gelmeyeceği yönünde, Bkz. **Okutan Nilsson**, s. 496.

¹⁰⁵³ Aynı yönde, **Okutan Nilsson**, s. 489, dipnot 92, FSEK madde 18/f.2 hükmünün, eser sahibini değil, eserden doğan mali hakların sahibini tayin ettiğini ifade etmektedir.

¹⁰⁵⁴ **Baygın, Cem**, Fikri Hukukta Yaratıcı Eser Sahibi ve Eser Üzerindeki Mali Hakları Kullanmaya Kanunen Yetkili Sayılan Kişiler, Prof.Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C.1, İstanbul, 2002, s. 149, mali haklar bakımından ise FSEK madde 18/f.2’de, mali hakkın kendisinin değil sadece kullanma yetkisinin verildiğini ifade etmektedir, s. 149; **Yusufoğlu, Fülarya**, Eseri Meydana Getirenlerin Mali Hak Sahibi Sayılmadıkları Haller, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C.2, İstanbul, 2003, s. 399, yazar, FSEK madde 18/f.2’de yer alan düzenlemenin, maddenin değişiklikten önceki şekli doğrultusunda anlaşılması gerektiğini ifade ederek, çalıştıran veya tayin edenlerin mali hak sahibi sayılacağını ifade etmektedir, s. 404; **Okutan Nilsson**, s. 491, mali haklar bakımından ise Kanunda yapılan değişikliğin mali hak sahipliğinin ortadan kaldırıldığı şeklinde yorumlanamayacağı yönünde, s. 493; 2001 yılında yapılan değişiklikten önce, FSEK madde 8/f.2’de, “Aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça, memur, hizmetli ve işçilerin, işlerini görürken vücuda getirdikleri eserlerin mali hak sahiplerinin bunları çalıştıran veya tayin edenler olduğu düzenlenmişti. 2001 yılında yapılan değişiklikle bu hüküm, “Hakların Kullanılması” başlıklı “8’nci maddeye alınmış ve düzenleme “...eserler üzerindeki haklar bunları çalıştıran veya tayin edenlerce kullanılır” şeklinde değiştirilmiştir; FSEK madde 18/f.2’de yer alan

Belirtmek gerekir ki, bu düzenleme ile eser çalıştıran ve tayin edenlerin “eser sahibi” olarak tanınması söz konusu değildir. Zira FSEK madde 8/f.1 gereğince, eser sahibi onu meydana getirendir. Bu kapsamda işçi, memur ve hizmetlilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserlerin eser sahibi eser sahibinin eseri yaratan kişi olacağı ilkesinden hareketle, eseri yaratan bu kişiler olacaktır. Eser üzerindeki manevi haklar da esasen bu eseri yaratan kişilere ait olacaktır. Bu doğrultuda bu kişilerin meydana getirdikleri eserlerden yararlanılması durumunda da “*eserin sahibinin*” adının belirtilmesi gerekecektir. Bu açıdan eser niteliği taşıyan bir yargı kararından iktibas yapılması ya da bu eserden herhangi bir şekilde yararlanılması durumunda, kural olarak eser sahibinin adının belirtilmesi gerektiği söylenebilirse de, bu noktada eser sahibinin “eser sahibi olarak tanıtılma” hususundaki manevi hakkı bakımından da bir takım istisnaların bulunacağı gözden kaçırılmamalıdır. Özellikle uzmanlık alanına ilişkin uygulamalar ve teamüller bazı durumlarda eser sahibinin anılması zorunluluğunu ortadan kaldıracaktır¹⁰⁵⁵. Bu kapsamda çalışma ilişkisine ilişkin mutata uygulamalar, eserin, eser sahibinin adı belirtilmeksizin alenileştirilmesi hususunda zımni bir anlaşma olarak kabul edilebilir¹⁰⁵⁶. Bu noktada özellikle hâkimlerin ifa ettikleri görev dolayısıyla eser üzerindeki haklarının tamamen görevlerinin arkasında kaldığından söz edilebilir¹⁰⁵⁷. Nitekim yargı kararlarının resmen yayımlanmasında da kararı oluşturan hâkimlerin isimlerinin yazılmaması mutata bir uygulamadır. Kararların resmi yayınlarında, kararı veren hâkimlerin isimleri gösterilmemektedir. Bu açıdan söz konusu kararların üçüncü kişiler tarafından kullanılması durumunda da eseri yaratan hâkimlerin isimlerinin verilmesi gerekliliğinden söz edilemez. Burada özellikle dava taraflarının kendilerine verilen orijinal kararların her ne kadar hâkimlerin isimlerini de içerdiği düşünülebilirse de, söz konusu durum HUMK madde 388/1’den kaynaklanan bir zorunluluk olup, böyle bir isim belirtmenin, FSEK madde 15/f.1’de düzenlenen ve eser sahibinin eseri, adı veya müstear adı ile yahut adsız olarak, umuma arz etme veya yayımlama hususunda karar vermek yetkisi kapsamında olmadığı kabul edilecektir. Zira bu durumda eseri

düzenlemenin hem mali hem de manevi hakların kullanılması şeklinde anlaşılacağı yönünde, **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s. 65.

¹⁰⁵⁵ Bkz. **Schulze, Gernot, (Dreier, Thomas/Schulze, Gernot**, Urheberrechtsgesetz, München 2008) , § 13, s. 228, nr. 26; Bkz. **Öztan**,(Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 310.

¹⁰⁵⁶ **Schulze, (Drier/Schulze**, Urheberrechtsgesetz§ 13, s. 229, nr. 29.

¹⁰⁵⁷ **Öztan**,(Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 433.

adı ile veya adsız olarak umuma arz etme eser sahibinin kendi özgür kararına ait olmayıp, Kanuni bir düzenlemeden doğmaktadır. Hâkimin, FSEK madde 15/f.1 gereğince eserin adı ile veya adsız olarak umuma arz edilmesini belirleme yönünde bir yetkisi yoktur¹⁰⁵⁸.

Böylelikle mahkeme kararlarından FSEK madde 31’de düzenlenen serbesti gereğince, FSEK madde 35’de yer alan koşullar ve bu arada kaynak gösterme zorunluluğu bulunmaksızın yararlanılabilir. Bu noktada eser sahibinin eser sahibi olarak tanıtılma hususundaki manevi hakkı dikkate alınarak eser sahibinin adının kullanımda zikredilmesi gerekeceği söylenebilirse de, FSEK kapsamında eser sahibi olarak nitelendirilecek hâkimlerin yukarıda belirttiğimiz üzere eser niteliğini taşıyan mahkeme kararları üzerinde FSEK madde 15 kapsamında bir manevi haklarının bulunduğundan söz edilemeyeceğinden, artık isimlerinin zikredilmesine de gerek yoktur. Zira burada devletin de eser sahipliği sıfatı bulunmadığından, ilgili yargı organının isminin de belirtilmesi zorunluluğu yoktur.

Diğer taraftan mahkeme kararlarından serbestçe, hiçbir engel olmaksızın yararlanılabilmesinde bulunan toplum yararının büyüklüğü de söz konusu kararlardan hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın yararlanılabilmesini özellikle haklı kılar. Zira toplum bu kararlardan mümkün olan en hızlı ve kolay şekilde haberdar olmalıdır. Bu noktada UrHG madde 5/f.1’de, kanunlar, tüzükler, kararnameler ve resmi duyurular ile yargı kararlarının fikir ve sanat eserleri hukukunun korunması altında olmadığı düzenlendiği de belirtilmelidir. Bu tür eserler üzerinde mali haklar söz konusu olmadığı gibi manevi haklar da bulunmamaktadır. Bu açıdan ne resmi kurumun kendisi ne de üçüncü kişiler yazarın(eser sahibinin) adını anmakla yükümlü değillerdir¹⁰⁵⁹. Aynı husus İsviçre Hukukunda da geçerlidir(URG madde 5).

Böylelikle mahkeme kararlarının kullanılmasının herhangi bir kaynak gösterme zorunluluğuna bağlı olmaksızın serbest olması gerektiği kabul edilmelidir.

Mahkeme kararının, bu kararların bir araya getirildiği derleme eser niteliğine sahip olan bir eserden alınarak kullanılması durumunda da esasen kararın alındığı derleme eserin ve sahibinin isminin verilmesi de FSEK bakımından zorunlu değildir. Zira mahkeme kararlarının kullanılması FSEK madde 31 kapsamında serbesttir.

¹⁰⁵⁸ **Arnold, Claudius**, Amtliche Werke im Urheberrecht, Baden-Baden, 1994, s. 84

¹⁰⁵⁹ **Katzenberger**, (**Schricker**, Urheberrecht), § 5, s. 208, nr. 57; **Dreier**, (**Dreier/Schulze**, Urheberrechtsgesetz), § 5, s. 146, nr. 1.

Buna karşılık derleme eser sahibinin seçme, toplama ve düzenlemede ortaya çıkan hususiyetinin de kullanılması söz konusu, yani salt derleme eserde bulunan mahkeme kararlarının kullanılmasının ötesinde derleme eser sahibinin hususiyetini taşıyan unsurların da kullanılması söz konusu ise bu durumda artık FSEK madde 31 kapsamında bir serbestinin bulunduğundan söz edilmeyecektir.

b. Koruma Süresi Dolmuş Eserler Bakımından

FSEK'e göre eser niteliğine sahip olmakla birlikte, koruma süreleri dolmuş olan fikri ürünlerden de serbestçe iktibas yapılması mümkündür. FSEK'in 26'ncı maddesine göre, eser sahibine tanınan mali haklar zamanla sınırlıdır ve koruma süresinin bitiminden itibaren herkes eser sahibine tanınan mali haklardan faydalanabilir(FSEK madde 26/f. 1). Koruma süresi ise eser sahibi yaşadığı sürece ve ölümünden itibaren 70 yıl devam eder. Bu süre eser sahibinin birden fazla kişi olması durumunda, hayatta kalan son eser sahibinin ölümünden itibaren 70 yıl geçmekle son bulur(FSEK madde 27/f. 1). Sahibinin ölümünden sonra alenileşen eserlerde ise koruma süresi ölüm tarihinden itibaren 70 yıldır(FSEK madde 27/f. 2). İktibas serbestîsi, eser sahibinin mali haklarına getirilmiş bir sınırlandırma niteliğini taşıdığından, eser sahibinin mali hakları üzerindeki koruma süresi dolduktan sonra, FSEK madde 35'de düzenlenen koşullara uyulmasına gerek kalmaksızın söz konusu eserden serbestçe iktibas yapılabilecektir.

Bununla birlikte mali hakların koruma sürelerin dolmuş olması, bir eserden hiçbir koşula tabi olunmaksızın serbestçe iktibas yapılabileceği anlamına gelmez¹⁰⁶⁰. Mali haklar bakımından koruma sürelerinin dolmuş olması durumunda, *esasen*, eser sahibinin mali haklarına getirilen bir sınırlandırma niteliğinde olan iktibas serbestîsine ilişkin FSEK madde 35 hükmünün de uygulanmasına gerek kalmayacağından bahsedilebilmekle birlikte, mali haklar sona ermiş olsa bile manevi haklar devam ettiği sürece, eser sahibinin eserde adının belirtilmesi hususunda manevi hakka (FSEK madde 15) sahip olduğu dikkate alındığında, eser sahibinin *adının* iktibaslarda gösterilmemesi eser sahibinin manevi hakkının ihlali sonucuna yol açacaktır.

¹⁰⁶⁰ **Erel**, (Fikir ve Sanat Hukuku), s. 251.

Belirtmek gerekir ki, FSEK madde 26 ve 27’de mali haklar için öngörülen koruma süreleri manevi haklar için geçerli değildir¹⁰⁶¹. Mali hakların koruma süresi dolmuş olsa bile, manevi haklar eser sahibi yaşadığı müddetçe devam eder¹⁰⁶². Eser sahibinin ölümünden sonra ise manevi haklar değil ama manevi hakları kullanma yetkisi FSEK madde 19’da belirtilen kişilere geçer¹⁰⁶³. FSEK’in 19’ncu maddesinin birinci fıkrası gereğince, eser sahibi FSEK madde 14 ve 15’nci maddelerin birinci fıkraları ile kendisine tanınan yetkilerin kullanılış tarzını tespit etmemişse veya bu hususu herhangi bir kimseye bırakmamışsa bu yetkilerin ölümünden sonra kullanılması vasiyeti tenfiz memuruna; bu belirlenmemişse sırasıyla sağ kalan eşi ile çocuklarına ve mansup mirasçılara, ana-babasına, kardeşlerine aittir¹⁰⁶⁴. Buna göre eser sahibinin adının belirtilmesi yönündeki manevi hakkının kullanılması yetkisi de, eser sahibinin ölümünden sonra yukarıdaki fıkrada belirtilen kişilere geçer. Eser sahibinin FSEK madde 15’de düzenlenen manevi hakkı, eser sahibinin adının sadece eserin değil, eserin kullanıldığı yerlerde de belirtilmesi gerekliliğini kapsayacağından, FSEK madde 19/f. 1’de belirtilen kişilerin bu hakkın ihlaline karşı da hukuki yollara başvurabileceklerinin kabulü gerekir.

Eser üzerindeki mali haklar sona ermiş olsa bile manevi haklar FSEK madde 19/f. 1’de sayılan kişilerin en sonuncusunun ölümüne kadar korunmuş olur. Daha sonra ise serbest kalır¹⁰⁶⁵. Bununla birlikte manevi hakların en az mali hakların devamı süresince korunması kabul edildiğinden¹⁰⁶⁶, FSEK madde 19/f.1’de sayılan son kişinin ölümünden sonra dahi mali haklar üzerindeki koruma süresi dolmamışsa,

¹⁰⁶¹ Alman Hukukunda ise, koruma süreleri bakımından mali haklar ile manevi haklar arasında bir ayrım yapılmamış ve UrHG madde 64’de bu hakların eser sahibinin ölümünden itibaren 70 yıl sonra sona ereceği düzenlenmiştir.

¹⁰⁶² Esasen mali haklar da eser sahibi yaşadığı sürece devam etmekle birlikte, yayımlanmış bir eserin sahibinin FSEK madde 11 gereğince belli olmaması durumunda, eser sahibi bu sürenin bitiminden evvel adını açıklamış olmadıkça, koruma süresi aleniyet tarihinden itibaren 70 yıldır. (FSEK madde 27/3). Böyle bir durumda eser üzerindeki mali haklar alenileşmeden itibaren 70 yıl geçmekle sona ermekle birlikte, eser sahibi bu sürenin bitiminde halen yaşamakta ise manevi haklara sahip olmaya devam edecektir.

¹⁰⁶³ **Gökyayla, K.Emre**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Düzenlenen Hakların Miras Yoluyla İntikali, Prof.Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara, 2006, s. 526–527. (anılış: Miras Yolu İle İntikal)

¹⁰⁶⁴ Bu haklar için öğretilde “yakınların hakları” tabiri kullanılmaktadır, Bkz. **Tekinalp**, s. 152, nr. 6

¹⁰⁶⁵ **Gökyayla**, s. 278. FSEK madde 19/2’de ise, eser sahibinin ölümünden sonra FSEK madde 19/1’de sayılan kişilerin eser sahibine FSEK madde 14, 15 ve 16’nci maddelerin üçüncü fıkralarında tanınan hakları eser sahibinin ölümünden itibaren yetmiş yıl kendi namlarına kullanabilecekleri düzenlenmiştir.

¹⁰⁶⁶ **Ayiter**, s. 200; **Doğanay, İsmail**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Hükümleri Bakımından, Eser Sahibinin Ölümünden Sonra Kimler(Manevi Hakları) Kullanabilirler?, BATIDER, C.XII, Haziran 1983, S. 1, s. 101.

manevi haklar üzerindeki korumanın da sürmeye devam edeceği kabul edilmelidir. Zira böyle bir durumda, örneğin henüz umuma arz edilmemiş bir eserin iktibas yoluyla umuma arz edilmesi durumunda, mali hak sahibinin de eser sahibinin manevi haklarını kullanabileceği kabul edilmelidir. Yine memleketin kültürü bakımından önemli görülen eserler, koruma süreleri dolduktan sonra da Kültür Bakanlığınca korunabilir. FSEK'in 19'ncü maddesinin sonuncu fıkrasında her ne kadar Kültür Bakanlığının FSEK'in 14, 15 ve 16'ncı maddelerinin üçüncü fıkralarındaki hakları kendi namına kullanabileceği belirtilmişse de, kanımızca bu yetkinin sadece bu fıkralarla sınırlı olarak değil, eser sahibinin adının belirtilmesi hakkının ihlali halinde de kullanılabilmesi gerekir.

Sonuç olarak, eser sahibinin mali hakları sona ermiş olsa bile, manevi haklar üzerindeki koruma sona ermemişse, başka bir eserden yapılacak iktibaslar, eser üzerindeki mali hakların sona ermesinden dolayı her ne kadar FSEK madde 35'deki koşullara tabi değilse de, FSEK madde 15 gereğince eser sahibinin adının yapılan iktibasta gösterilmesi gerekmektedir. Aksi halde eser sahibinin manevi hakkı ihlal edilmiş olur.

Belirtmek gerekir ki, eser sahibinin mali ve manevi haklarının sona erdiği eser ya da eser parçalarının başka bir eserde kullanılması ve orijinal eserin sahibinin ve eserin adının gösterilmemesi durumunda, kullanılan eser ya da eser parçası kullanan kişiye ait olmayacaktır. Zira bir fikri ürünün Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu tarafından korunabilmesi için sahibinin hususiyetini taşıması gerekmektedir.

Yine koruma süreleri dolmuş bir eserin kullanılması *FSEK bakımından* serbest olsa da, koruma süresi dolmuş bir eserden yapılan iktibaslarda eser sahibinin ve eserin adının gösterilmemesi özellikle etik açıdan doğru olmayacağı gibi bazı hukuki sonuçlar da doğurabilir. Örneğin, Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin "Üniversite Öğretim Üyeliğinden veya Kamu Görevinden Çıkarma" cezasını düzenleyen 11'nci maddesinin "a" bendinin üçüncü maddesinde, "*Bir başkasının bilimsel eserinin veya çalışmasının tümünü veya bir kısmını kaynak belirtmeden kendi eseri gibi göstermek*" disiplin suçu olarak sayılmıştır. Düzenlemede başkasına ait bilimsel bir eserin yanında bilimsel bir çalışmanın da sahiplenilmesi disiplin suçu olarak sayılmıştır. Buna göre bilimsel bir eser üzerindeki hakların FSEK'de belirtilen

koruma süreleri dolmuş olsa ve bu eserler artık koruma konusu olmasalar bile, bu tür eserlerin kaynak gösterilmeksizin sahiplenilmesi disiplin suçu oluşturabilecektir. *Zira burada cezalandırılan husus, eser sahibinin haklarının ihlal edilmiş olması değil, bilimsel alanda çalışan öğretim üyelerinin bilimsel etiğe uygun olmayan davranışlarıdır.*

c. Kaynak Göstermenin İmkânsız Olması

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere FSEK'in iktibas serbestisini düzenleyen 35'nci maddesinde, kaynak gösterme zorunluluğunun bulunmadığı hallere ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu açıdan FSEK'in iktibas serbestisini düzenleyen 35'nci maddesinde kaynak gösterme zorunluluğunun esas olarak istisnasız olarak düzenlendiğinden bahsedilebilir. Kanun koyucu FSEK'de, eser sahibinin mali haklarına getirilen sınırlandırmaların bir kısmında, eser sahibinin adının belirtilmesi zorunluluğu bakımından bazı istisnai hükümlere yer vermişken, iktibas serbestisine ilişkin 35'nci maddede benzer düzenlemelere yer vermemiştir. Örneğin, FSEK madde 32/f.1'de Büyük Millet Meclisinde ve diğer resmi meclis ve kongrelerde, mahkemelerde, umumi toplantılarda söylenen söz ve nutukların, haber ve malumat verme amacıyla çoğaltılması, umumi mahallerde okunması veya radyo vasıtasıyla ve başka suretle yayımının serbest olduğu düzenlendikten sonra, ikinci fıkrada ise, hadisenin mahiyeti ve vaziyetin icabının gerektirmediği durumlarda söz ve nutuk sahiplerinin adının belirtilmeyebileceği düzenlenmiştir. FSEK'in 40'nci maddesinin üçüncü fıkrasında ise, açık artırma ile satılacak eserlerin umuma teşhir olunabileceği; umumi mahallerde teşhir edilen veya açık artırmaya konulan bir eseri sergi veya artırmayı tertip eden kimseler tarafından bu maksatlarla çıkarılacak katalog, kılavuz veya bunlara benzer araçlar vasıtasıyla çoğaltılması ve yayılmasının geçerli olduğu düzenlendikten sonra, maddenin dördüncü fıkrasında bu gibi durumlarda, aksine yerleşmiş bir adet bulunmuyorsa, eser sahibinin adının belirtilmesi zorunluluğundan vazgeçilebileceği düzenlenmiştir.

Buna karşılık Alman hukukunda, kaynak gösterme zorunluluğu bakımından iktibas serbestisine ilişkin hükmü de kapsayacak şekilde bazı istisnai hükümlere yer verilmiştir. Alman hukukunda, iktibas yoluyla bir eser ya da eser parçasının

çoğaltılması durumunda, kaynak, ne kullanılan eser parçasında veya eserin umuma sunulmasında bildirilmemişse, ne de eserden yararlanan tarafından başka bir şekilde öğrenilmemişse, yani kaynak yararlanan tarafından bilinmiyorsa, kaynak gösterme zorunluluğu söz konusu değildir (UrHG madde 63/f. 1-c. 3). Bununla birlikte kaynağın yararlanılan eser parçası üzerinde belirtilmemiş olması durumunda, bu eser ya da eser parçasından iktibas yapan, bu kaynağı öğrenmek hususunda çaba göstermek ve buna uygun araştırma yapmak zorundadır¹⁰⁶⁷. Burada iktibasta bulunanın yapması kendisinden beklenebilecek bir araştırma yükümlülüğü bulunmaktadır¹⁰⁶⁸. İktibas yapan, kaynağın gösterilmediğini ve bu nedenle kendisi tarafından bilinmediğini ispatlamakla yükümlüdür. Kendisinden beklenen araştırma yükümü bakımından ise, en azından somut olarak bu amaçla bulunduğu faaliyetleri ve bu faaliyetlerin sonuçlarını bildirmek zorundadır¹⁰⁶⁹. İlgili alana ilişkin genel uygulamalar nedeniyle eser sahibinin adının çoğaltılan eser nüshaları üzerinde gösterilmemesi durumunda, bu çoğaltılmış nüshalardan yararlananlar aynı şekilde söz konusu uygulamaya dayanamayıp, aksine eserin kimden kaynaklandığını araştırmak zorundadır¹⁰⁷⁰.

Bir eser ya da eser parçasından *iktibasın* maddi olmayan şekilde umuma iletilmesi yoluyla yapılması durumunda ise kaynak gösterme ancak *imkânsız* olmadığı sürece zorunludur (UrHG madde 63/f. 2-c. 2). UrHG madde 63/f.2-son cümlede, bir eserin iktibas yoluyla maddi olmayan şekilde umuma iletilmesi durumunda, imkânsız değilse, eser sahibinin adı da içinde olmak üzere kaynağın daima gösterilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre kaynak gösterme yükümlülüğü ancak istisnai olarak kaynak göstermenin imkânsız olduğu durumlarda ortadan kalkabilir. UrHG madde 63/f. 2-c. 2'de sayılan sınırlandırmaya ilişkin hükümler(ki iktibas serbestisine ilişkin UrHG madde 51 hükmü de bu kapsamdadır) dışında kalan maddi olmayan şekilde umuma iletim durumlarında, kaynak gösterme ancak teamüller bunu gerekli kılıyorsa bir zorunluluktur. İktibas serbestisi kapsamında yapılacak maddi olmayan şekilde umuma iletimlerde ise Kanunun

¹⁰⁶⁷ **Schulze, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz), § 63, s. 954, nr. 18; Dustmann, (Nordemann/Nordemann/ Nordemann, Urheberrecht), § 63, s. 1057, nr. 12.**

¹⁰⁶⁸ **Dietz, (Schricker, Urheberrecht), § 63, s. 1266, nr. 17/a; Dreyer,(Dreyer/Kotthoff/Meckel, Urheberrecht), § 63, s. 923, nr. 14.**

¹⁰⁶⁹ **Schulze, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz), § 63, s. 954, nr. 20.**

¹⁰⁷⁰ **Schulze, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz), § 63, s. 954, nr. 19; Dustmann, (Nordemann/Nordemann/ Nordemann, Urheberrecht), § 63, s. 1057, nr. 12.**

ifadesine göre kaynak gösterme zorunluluğu ancak bunun imkânsız olması durumunda ortadan kalkar.

UrHG madde 63/f.2-cümle 2'deki düzenleme, aslen 2001/29 sayılı Bilgi Toplumu Direktifinden alınmıştır. Direktifin beşinci maddesinin “d” bendin de, iktibas durumunda, imkânsız olmadıkça eser sahibinin adını da içeren kaynağın gösterilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Buradaki imkânsızlıktan, kaynağa ulaşmanın her durumda objektif olarak imkânsız olduğu durumlar değil, kaynak göstermekle yükümlü olanın sübjektif olarak kaynağa ulaşmasının imkânsız olarak kabul edilip edilemeyeceği hususu anlaşılmaktadır. Burada da beklenebilirlik kıstasının dikkate alınması gerekir. Buna göre iktibasta bulunanın kaynağa ulaşmanın mümkün olmadığından yola çıkabilmesi için hangi araştırmaları yerine getirmek zorunda olduğunun tespit edilmesi gerekir. Yani bu durumda da kaynak gösterme ile yükümlü olanın kaynağı tanıyıp tanımadığı veya kendisinden beklenebilir bir araştırma ile ona ulaşım ulaşamayacağı önemlidir¹⁰⁷¹.

FSEK madde 35/f.2'de kaynak gösterme zorunluluğu bakımından her ne kadar istisnai nitelikte bir düzenleme getirilmemişse de, 2001/29 sayılı Direktifin 5/d maddesindeki istisnanın hukukumuz bakımından da uygulanması için niteliğine uygun düşer. Buna göre kaynağa ulaşmanın imkânsız olduğu durumlarda artık bu yönde bir koşulun da aranmasından vaz geçilmelidir. Zira aksi durumda özellikle fikri ve sanatsal tartışma ve bundan doğacak toplum yararının engellenmesi söz konusu olur.

Buna göre UrHG madde 63'de yer alan düzenlemeler de dikkate alınarak, kaynak bilgisinin kullanılan eser ya da eser parçasından ya da iktibas edilen eserin maddi olmayan şekilde umuma iletiminden anlaşılabilmesi ve iktibas yapan eser sahibi tarafından başka suretle de tanınmaması durumunda artık kaynak gösterme zorunluluğunun bulunmadığı kabul edilmelidir. Ancak burada dikkat edilecek nokta, kaynak göstermenin imkânsız olmasından dolayı bu zorunluluğun ortadan kalkabileceği söylenebilse de, iktibasların iktibas olduğu yani yabancı bir unsur olduğu belli olacak şekilde yapılması gerekliliğinin(FSEK madde 35/f.2-c. 1) devam edeceğidir. Zira bir eserin sahibine ve eserine ait diğer bilgilerin tanınmaması

¹⁰⁷¹ **Dreyer, (Dreyer/Kotthoff/Meckel, Urheberrecht), § 63, s. 924, nr. 16;** İsviçre hukukunda ise, kaynakta eser sahibinin adı belirtilmişse, eser sahibinin adının da aynı şekilde gösterilmesi gerektiği düzenlenmiştir(URG madde 25/fıkra 2).

durumunda dahi, bu eserin sahibi, “eserin sahibi” olarak kalmaya devam eder. Bu durumda söz konusu eserin başka bir eser sahibi tarafından, kendisine mal edilmesi, eser sahibinin haklarını ihlal edecektir¹⁰⁷².

Yine iktibas edilen eserde eser sahibinin adının belirtilmemiş olması¹⁰⁷³ ve eserden yararlananın başka bir şekilde de bu bilgiye ulaşmamış olması, bu eserin adı veya esere ait diğer bilgiler belli ise bunların da gösterilmemesi hakkı sağlamaz. Yani iktibas edilen eserin sahibinin adının bilinmemesi kaynak gösterme zorunluluğu ortadan kalkmaz. Yani eser sahibinin adı olmayan bir eserden iktibas yapıldığında da eserin adının ve esere ulaşılabilmesini sağlayacak bilgilerin yine de verilmesi gerekir. Buna göre üçüncü kişilerin kendisinden iktibas yapılan esere ulaşmalarını mümkün kılmak için, eser sahibinin adının eserde yer almaması durumunda yayıncının ya da çoğaltanın adının da bu sıfatları belirtilerek gösterilmesi gerektiği söylenebilir.

Öğretide de, iktibasa konu olan eserin sahibinin adının eserde yer almaması durumunda, kaynak gösterilirken FSEK madde 12’nci maddesi dikkate alınarak, yayımlayanın(örneğin yayınevini) veya o eseri çoğaltanın bildirilmesi gerekeceği ifade edilmiştir¹⁰⁷⁴.

5. İntihal Kavramı ve Kaynak Gösterme Zorunluluğu İle İlişkisi

“İntihal” kavramı (İngilizcede “plagiarism”, Almancada ise “plagiat”) FSEK’de açıkça tanımlanmamıştır. Türk Dil Kurumu Sözlüğünde “intihal” kavramı karşılığında “aşırma” kelimesi kullanılmaktadır. İntihal karşılığı olarak İngilizcede kullanılan “plagiarism” ve Almancada kullanılan “plagiat” kelimelerinin kökeni Latince, “plagiarius” kelimesinden gelmektedir. Romalı halk ozanı Martialis bir hicviyesinde, şiiirlerinin kendi ağzından çıkmaları ile birlikte azat edilen kölelere benzediklerini, bunları kendi şiiirleriymiş gibi takdim edip orada burada okuyan

¹⁰⁷² Bir eserin anonim olarak yayımlanmış olmasının, eser hırsızlığına hak kazandırmadığı gibi, eser hırsızına hukuki ve cezai yaptırımlar uygulanmasına da engel olmayacağı yönünde, **Tekinalp**, s. 158, nr. 26.

¹⁰⁷³ FSEK madde 15/f.1’de, Eseri, sahibinin adı veya müstear adı ile yahut adsız olarak, umuma arz etme veya yayımlama hususunda karar vermek yetkisinin münhasıran eser sahibine ait olduğu düzenlenmiştir.

¹⁰⁷⁴ **Ateş**, (Sınırlandırma), s. 311.

Fidentinus'un, azat edilen köleleri kaçıran korsan anlamına gelen bir "plagiarius" olduğunu söylemiştir¹⁰⁷⁵.

"İntihal" kavramı, özünde, başka fikri ürünlerin sahiplenilmesini kınamayı içerir. Bundan dolayı "intihal" kavramı, başkasının eser sahipliği konumunun, bilinçli olarak sahiplenildiği bir fikri hak ihlali olarak ortaya çıkar¹⁰⁷⁶. İntihal, bir kimsenin başkasına ait eser sahipliği sıfatını sahiplenmek suretiyle, eser sahibinin hakkını ihlal etmesidir¹⁰⁷⁷. Burada intihal yapan eseri kendisininmiş gibi göstererek sahiplenmektedir¹⁰⁷⁸.

"İntihal" eylemi, eser sahibinin eser sahibi olarak tanıtılmaya ilişkin manevi hakkının (FSEK madde 15) ihlali sonucunu doğurur. Başkasına ait bir eserin bilinçli olarak sahiplenilmesi olan intihalin söz konusu olduğu her durumda, eser sahibinin eser sahibi olarak tanıtılma hususundaki manevi hakkının da ihlal edildiğinden bahsedilecektir. İntihal aynı zamanda eser sahibinin mali haklarına da bir tecavüz oluşturabilecektir. Örneğin intihal yoluyla bir eserin çoğaltılması, eser sahibinin çoğaltma hakkını ihlal edecektir. İntihal durumunda, iktibas serbestisinin FSEK madde 35/f. 2 de düzenlenen şekli koşuluna da uyulmadığı için hukuka aykırı bir iktibasın varlığından söz edilecektir.

FSEK madde 35/f.2-c. 1'de, iktibasın belli olacak şekilde yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre iktibasın, kendisine iktibas yapılan eserde yabancı bir unsur olarak ortaya çıkması gerekir, yani iktibasın, bir iktibas, bir yabancı bir unsur olduğu belli olmalıdır. İktibas edilen eser ya da eser parçası kendisine iktibas yapılan eserde yabancı bir unsur olarak ortaya çıkıyorsa, ancak eser sahibinin adının ve diğer bilgilerin gösterilmemesi söz konusu ise yukarıdaki tanım kapsamında "intihalin" de varlığından söz edilemez. Zira burada başkasına ait bir eser ya da eser parçasının bilinçli olarak sahiplenilmesi söz konusu olmayıp, iktibas edilen eser ya da eser parçasının başkasına ait olduğu anlaşılmakta ancak kaynak göstermeye ilişkin zorunluluk yerine getirilmemektedir. Tabi olarak böyle bir durumda da eser sahibinin

¹⁰⁷⁵ **Tekinalp**, s. 80, nr.6.

¹⁰⁷⁶ **Nordemann, Axel**, (Nordemann /Nordemann/ Nordemann, Urheberrecht), § 23/24, s. 416, nr. 59; **Schulze, (Dreier/Schulze**, Urheberrechtsgesetz), §23, s. 359, nr. 27; **Karınca**, s. 89.

¹⁰⁷⁷ **Öztaş, Fırat**, Bağımlı Eserler, Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara, 2003, s. 545.

¹⁰⁷⁸ **Messina, Salvatore**, (Çeviren: Akipek, N.-İ), Doktrinde, Mukayeseli Mevzuatta, Milletlerarası İçtihat Edebiyat ve Sanat İntihali, AÜHFD, Y.1954, C.11, S. 3-4

eser sahibi olarak tanıtılma hususundaki manevi hakkının(FSEK madde 15) ihlal edildiğinden söz edilecektir.

Belirtmek gerekir ki, iktibasın şekli koşullara uygun olarak yapılmadığı her durumda intihalin varlığından söz edilemeyecektir¹⁰⁷⁹. Yani başkasına ait bir eserin veya eser parçasının bilinçli olarak(kasten) sahiplenilmesi, her durumda hukuka aykırı bir iktibasa neden olurken, iktibas serbestisinin şekli koşullarına uyulmadan yapılan her iktibas intihale yol açmayacaktır. Örneğin başka bir eserden yapılan iktibasta kendisinden iktibas yapılan eser ya da eser parçasının sahibi gösterilmekle birlikte, eserin adının belirtilmemesi gerekli şekli koşullara uyulmadığından hukuka aykırı bir iktibasa yol açacak, ancak intihal olarak nitelendirilmeyecektir.

İfade edildiği üzere “intihal” kavramı FSEK’de açıkça düzenlenmemiştir. Eser sahibinin mali ve manevi haklarının ihlali durumunda açılacak hukuk davaları bakımından da yukarıda belirttiğimiz anlamda “intihal” kavramına ayrıca bazı sonuçlar bağlanmamıştır. Başkasına ait bir eserin bilinçli olarak sahiplenilmesi durumunda da, iktibasın yabancı bir unsur olduğunun belli edilmesi ancak eserinden iktibas yapılan eser sahibinin adının belirtilmemesi halinde de eser sahibinin eser sahibi olarak tanıtılma hususundaki manevi hakkı ihlal edilmiş olacak ve buna bağlı hukuki müeyyidelerin uygulanması söz konusu olacaktır. Zira genel olarak kabul edildiği üzere intihal kavramının oluştuğundan söz edebilmek için başkasına ait bir eserin kasten sahiplenilmesi gerekir. FSEK kapsamında manevi hakların ihlalinden dolayı başvurulacak hukuki müeyyideler için ise eser sahibinin manevi haklarını ihlal eden kişinin kusurlu olması gerekir. Burada kusurun kast şeklinde oluşmasına gerek olmayıp, “ihmal” suretiyle oluşması da mümkündür.¹⁰⁸⁰ Buna karşılık eser sahibinin

¹⁰⁷⁹ Yine aynı şekilde iktibasın salt FSEK madde 35’de düzenlenen maddi koşullarına uyulmaksızın yapılması da “intihal” yapıldığı anlamına gelmez. Bu açıdan bazı yazarlarca belirtilen “bir bilim eserinin sayfalarca aktarılmasının iktibas değil olsa olsa intihal olacağı, **Karınca**, s. 92” şeklindeki ifade ancak böyle bir iktibasta eser sahibinin adının gösterilmemesi, aktarılan sayfaların aktaran tarafından kendisine aitmiş gibi gösterilmesi durumunda söz konusu olabilir.

¹⁰⁸⁰ Belirtmek gerekir ki FSEK madde 70’de, manevi hakları ihlal edilen kişinin, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat ödenmesi için dava açabileceği düzenlenmiştir(FSEK madde 70/f. 1-c. 1). Söz konusu madde 4110 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce, manevi tazminata hükmedebilmek için “kusur ve tecavüzün ağırlığı” koşulu aranmakta idi. Bu hüküm Borçlar Kanununun eski 49’ncü maddesine paralel olarak düzenlenmişti. Borçlar Kanununun 49’ncü maddesi ise 1988 yılında 3444 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle “kusurun ağırlığı” koşulu maddeden çıkartılmıştı. Maddenin yeni metninde “kusur” koşulundan hiç bahsedilmemle birlikte burada kusursuz bir sorumluluğun düzenlenmediği yeni düzenleme ile sadece kusurun ağır olması koşulunun kaldırıldığı öğretilde hakim görüştür. Borçlar Kanununun 49’ncü maddesinde yapılan bu değişiklikle uyum sağlamak amacıyla Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda 1995 yılında 4110 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle de ağır kusur koşulu kaldırılmıştır. Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa göre manevi hakların ihlali durumunda talep

manevi ve mali haklarının ihlaline bağlanan cezai müeyyideler bakımından failin kast ile hareket etmesi gerekmektedir¹⁰⁸¹.

Bununla birlikte “intihal kavramı” FSEK’de düzenlenen cezai hükümler bakımından bir anlam ifade edebilir. FSEK’de “intihal” eylemine bir takım hukuki sonuçlar bağlanmıştır. FSEK’in 71’nci maddesinin 23.1.2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanunla¹⁰⁸² değiştirilmeden önceki üçüncü bendinde, “başkasının eserini kendi eseri veya kendisinin eserini başkasının eseri olarak gösterme” suçu düzenlenmişti. Burada geçen, “başkasının eserini kendi eseri gibi gösterme” eylemi, intihal kavramına karşılık gelmektedir. FSEK madde 71/b. 4’de ise, FSEK madde 35’de dahil olmak üzere sayılan bazı hallerde kaynak göstermemek veya yetersiz ya da aldatıcı kaynak göstermek suçu düzenlenmişti. Kanun koyucu bu maddede hiç kaynak göstermemekle, yetersiz kaynak göstermek arasında bir fark gözetmemiştir¹⁰⁸³.

FSEK madde 71’in’in 5728 sayılı Kanunla değişik birinci fıkrasının üçüncü bendinde ise, *başkasına ait esere, kendi eseri olarak ad koyan kişinin altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılacağı; bu fiilin dağıtmak veya yayımlamak suretiyle işlenmesi hâlinde, hapis cezasının üst sınırı beş yıl olup, adli para cezasına hükmolunamayacağı* düzenlenmiştir. Başkasına ait bir esere kendi eseri olarak ad koyma eylemi de intihal kavramı içerisindedir. Bunun dışında aynı maddenin üçüncü bendinde, *bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunan kişinin altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacağı* düzenlenmiştir. Bir eserden hiçbir şekilde kaynak göstermeksizin iktibasta bulunmak da intihalin oluşmasına neden olabilir. Bununla birlikte, kanımızca, başkasına ait bir eserin, kendisine iktibas yapılan eserde yabancı bir unsur olduğunun anlaşılması, yani başka bir eser sahibine ait olduğunun belli edilmesi ancak eserinden iktibas yapılan eser sahibinin adı da dahil olmak üzere kaynak gösterilmemesi durumunda

edilebilecek kusuru düzenleyen madde 70/f. 1’de de kusurdan bahsedilmese de burada da bir kusur sorumluluğunun olduğu kabul edilmelidir. **Kılıçoğlu**, s.412. Aksi görüşte, **Tekinalp**, s 312, nr.89, Yazar, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 70/f. 1’de yapılan değişikliğin, Borçlar Kanunu madde 49’da yapılan değişikliğe uyum sağlamak amacıyla olduğunu kabul etmekle birlikte, burada yapılan değişiklikle manevi zararda kusur koşulunun kaldırıldığını, manevi hakların ihlalinde açılan ref davası kusur gerektirmediğinden manevi tazminat için de kusur koşulunun aranmaması gerektiğini ifade etmektedir.

¹⁰⁸¹ **Öztaş**, (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 683.

¹⁰⁸² RG, 8.2.2008, S. 26781.

¹⁰⁸³ **Özderyol, Teknail**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Düzenlenen Suçlar, İstanbul, 2006, s. 112.

genel kabul gören intihal kavramının oluşmadığının kabul edilmesi gerekir. Ancak FSEK madde 71/b.3 bakımından “kaynak göstermemek” suç olarak sayıldığından, bu konuda bir ayırım olmaksızın başka bir eserden kaynak göstermemek söz konusu suç kapsamında değerlendirilecektir.

Aynı maddenin beşinci bendinde ise, *bir eserle ilgili olarak yetersiz, yanlış veya aldatıcı nitelikte kaynak gösteren* kişinin altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Bu durumda esasen intihal söz konusu olmayıp, FSEK madde 35/f.2’de belirtilen kaynak gösterme zorunluluğunun yetersiz olarak yerine getirilmesi söz konusudur. Zira burada bir kaynak gösterme olup başkasına ait bir eserin kendi eseri gibi gösterilmesi, sahiplenilmesi söz konusu olmamakla birlikte, gösterilen kaynak yetersiz, aldatıcı veya yanlış niteliktedir. Örneğin yapılan iktibasta eser sahibinin adının gösterilmekle birlikte, eserin adının gösterilmemesi durumunda Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/fıkra 2’ye uygun bir kaynak gösterme gerçekleşmiş olmayacak, kaynak gösterme yetersiz olarak yapılmış sayılacaktır. Yine belirtmek gerekir ki, yapılan bir iktibasta kendisinden iktibas yapılan eserin adı belirtilmekle birlikte eser sahibinin adının belirtilmemesi durumunda da intihal oluşmayacaktır. Zira artık burada başkasına ait bir eserin sahiplenilmesi söz konusu olmayıp, ancak yetersiz kaynak gösterildiğinden bahsedilebilir.

Bunun dışında intihal eylemi, idare hukuku bakımında da bazı sonuçlar doğurmaktadır. Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği’nin “Üniversite Öğretim Üyeliğinden veya Kamu Görevinden Çıkarma” cezasını düzenleyen 11’nci maddesinin “a” bendinin üçüncü maddesinde, “*Bir başkasının bilimsel eserinin veya çalışmasının tümünü veya bir kısmını kaynak belirtmeden kendi eseri gibi göstermek*” disiplin suçu olarak sayılmıştır. Burada düzenlenen eylem genel kabul gören intihal kavramı ile örtüşmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, düzenlemede başkasına ait bilimsel bir *eserin* yanında bilimsel bir *çalışmanın* da sahiplenilmesinin de disiplin suçu olarak sayıldığıdır. Kanımızca söz konusu disiplin suçunun oluşması için mutlaka başkasına ait bir *eserin* sahiplenilmesi gerekli değildir. Başkasına ait bir bilimsel çalışma eser niteliğine kavuşmasa bile bu çalışmanın sahiplenilmesi maddede belirtilen suçu oluşturabilir. Zira düzenlemede açıkça “bilimsel bir eserin veya çalışmanın”

sahiplenilmesinden bahsedilmiştir. Başkasına ait bilimsel bir çalışmanın eser niteliği taşıyorsa bile sahiplenilmesi durumunda bu suçun oluştuğundan söz etmek gerekir. Zira burada cezalandırılan husus, FSEK’de olduğu gibi eser sahibinin haklarının ihlali değil, *öğretim üyelerinin bilimsel etiğe uygun olmayan davranışlarıdır*.

II. İKTİBAS YOLUYLA ESER SAHİBİNİN ESERDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINI ÖNLEME HUSUSUNDAKİ MANEVİ HAKKININ İHLAL EDİLEMESİ

İktibas yoluyla eserde değişiklik yapılmaması gerektiği hususu, FSEK’in iktibas serbestisine ilişkin 35’nci maddesinde hukuka uygun bir iktibasın koşullarından biri olarak düzenlenmemiştir. Bununla birlikte eser sahibinin manevi haklarından biri olan “eserde değişiklik yapılmasını önleme(FSEK madde 16)” hakkından, başka bir eser ya da eser parçasının iktibas serbestisi kapsamında kullanılması halinde de eser sahibinin eserde değişiklik yapılmasını önleme hususundaki manevi hakkı ihlal edilmemesi gerektiği sonucu çıkar. Buna göre eser sahibinin eserde değişiklik yapılmasını önleme hususundaki manevi hakkının ihlal edilmiş olması FSEK madde 35’de yer alan koşullara uygun olarak yapılan bir iktibas, hukuka aykırı hale getirmemekle birlikte, eser sahibinin FSEK madde 16’da düzenlenen manevi hakkının ihlaline yol açar.

Eser sahibinin eserde değişikliği önleme hususundaki manevi hakkı(FSEK madde 16) ile korunan husus, eser sahibinin eserini umuma arz ederken ona verdiği şeklin ve eserin bütünlüğünün bozulmadan devamındaki manevi veya şahsi menfaatleridir¹⁰⁸⁴. Eser sahibinin eserde değişiklik yapılmasını önleme hususundaki manevi hakkı, eser sahibinin şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin nitelik ve özelliğini bozan değişiklikler yapılması halinde söz konusu olur¹⁰⁸⁵. Eserin niteliği veya eser sahibinin saygınlığı doğrudan veya dolaylı müdahalelerle de etkilenebilir¹⁰⁸⁶. Doğrudan müdahalede eserin varlığı etkilenirken, dolaylı

¹⁰⁸⁴ Öztan, (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 317.

¹⁰⁸⁵ Erel, s. (Fikir ve Sanat Hukuku), 146; Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s. 69.

¹⁰⁸⁶ Karahan/Suluk/Saraç /Nal, s. 69.

müdahalede ise eserin kendisinde bir değişiklik olmasa da bu durum eseri etkilemektedir¹⁰⁸⁷.

Bir eserin içinden bir kısmını almak, acemice veya ölçütlerine riayet etmeksizin çoğaltmak; yine özellikle dil ile ifade edilen eserlerde ve sinema eserlerinde kısaltmalar, eklemeler yapılması, eserle verilmek istenen mesajın değiştirilmesi sıklıkla görülen zarar verme şekillerindendir¹⁰⁸⁸.

FSEK madde 16 gereğince, eser sahibinin izni olmadıkça eserde veya eser sahibinin adında kısaltmalar, ekleme ve başka değiştirmeler yapılamaz¹⁰⁸⁹ (FSEK madde 16/f.1). Bununla birlikte kanunun veya eser sahibinin izni ile bir eseri işleyen, umuma arz eden, çoğaltan yayımlayan, temsil eden veya başka bir suretle yayan kimsenin, işleme, çoğaltma, temsil veya yayım tekniği icabı zaruri görülen değiştirmeleri eser sahibinin hususi bir izni olmaksızın yapabilir (FSEK madde 16/f.2).

Eser sahibinin haklarına getirilen sınırlandırmalar (ve bu arada iktibas serbestisi kapsamında başka eserlerden yararlanılmasında, eserde ne ölçüde değişiklik yapılabileceği belirlenirken, burada kanunen izin verilen sınırlandırmanın, yani her bir sınırlandırıcı hüküm kapsamında kanunen izin verilen yararlanma amacının kıstas olarak alınması ve ilgili hükümle takip edilen amaç ile somut tedbirin bu amaç bakımından ne ölçüde gerekli ve eser sahibinden beklenebilir olduğunun araştırılması gerekir¹⁰⁹⁰. Burada, yapılacak bir değişikliğin geçerliliği, karşılıklı yararların değerlendirilmesi ve dengelenmesi ile belirlenecektir¹⁰⁹¹.

Buna göre iktibas edilen eserde yapılan her değişiklik değil, sadece somut olayda yapılan yararların dengelenmesine göre eser sahibinin katlanmasının beklenemeyeceği değişiklikler hukuka aykırılığa yol açar. Böylelikle, başka bir eserden sınırlandırmaya ilişkin bir düzenlemede yer alan amaç kapsamında yararlanılmasının, kullanımın koşullarının ufak değişiklikleri veya basitleştirmeleri

¹⁰⁸⁷ Öztan, (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 320.

¹⁰⁸⁸ Öztan, (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 319.

¹⁰⁸⁹ Öztan, “Kısaltma” ve “eklemeler” de esasen, bir “değiştirme” sayılacağından burada gereksiz bir tekrarı bulduğunun düşünölebileceğini ifade etmiştir, Öztan, (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku), s. 316.

¹⁰⁹⁰ Schulze, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz), § 62, s. 946, nr. 12. UrHG'nin “Değiştirme Yasağı” başlıklı 62'nci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, UrHG madde 39/f.2'de yer alan düzenlemeye gönderme yapılmıştır. Bu düzenlemede, eser sahibinin dürüstlük kuralına göre izin vermekten kaçınmayacağı değişikliklerin yapılması geçerlidir.

¹⁰⁹¹ Dietz, (Schrickler/ Urheberrecht), § 62, s. 1252, nr. 13–14.

gerekli kılması nedeniyle engellenmemesi garanti altına alınmış olur¹⁰⁹². Burada genel kriter olarak müdahalenin yoğunluğu ile yararlanma ve değerlendirme amacı için gerekliliği gibi hususlar dikkate alınacaktır. Buna göre işlemlerde önemli olmayan, alışıldık olarak nitelendirilebilecek değişiklikler, örneğin bir güzel sanat eserinin başka bir büyüklükte verilmesi gibi, eser sahibinin haklarını ihlal eden bir değişiklik olarak görülmemektedir. Bununla birlikte yapılacak değişikliklerle hiçbir şekilde, eserin anlamı ve eğilimine dokunulamaz¹⁰⁹³. Buna göre eserin anlamını bozmayacak, ufak ve önemsiz değişikliklerin yapılmasına izin verilmekle birlikte, önemli nitelikteki değişikliklere izin verilemeyecektir. Kanımızca da FSEK madde 16/f.2’de yer alan “işleme, çoğaltma, temsil veya yayım tekniği icabı zaruri görülen değiştirmeler” ibaresinin de bu doğrultuda yorumlanması gerekir.

Buna göre öncelikle başka bir eserden iktibas yapan, iktibas ettiği eser ya da eser parçalarında, eserin umuma arz, çoğaltma, yayım tekniği icabı zorunlu olan değişiklikleri yapabilecektir. Örneğin, bir fotoğrafın siyah-beyaz yayımlanan bir dergi içerisindeki bilimsel bir makaleye iktibasında, fotoğrafın da siyah beyaz verilmesi mümkündür.

Yine özellikle resim ve fotoğraf niteliğindeki eserlerden yapılacak iktibaslarda boyutlarının büyütülmesi ya da küçültülmesi mümkündür¹⁰⁹⁴. İktibas edilen eser parçalarının doğrudan ya da dolaylı bir anlatıma çevrilmesi¹⁰⁹⁵ ya da kelimelerin yeri değiştirilerek kapsamlı bir cümle yapısına eklenmesi de mümkündür¹⁰⁹⁶.

Özellikle bilimsel eserlere yapılacak iktibaslarda, örneğin, anlam olarak bozulmaması koşuluyla iktibas edilen parçaların iktibas yapanın kendi cümleleri ile verilmesi veya birleşik cümle bağlantıları ile verilmesinde olduğu gibi teknik olarak gerekliyse bu kapsamda yapılan değişikliklere izin verilebilecektir¹⁰⁹⁷. Ancak bu durumda iktibas edilen parçanın anlamının değiştirilmemesi gerekir.

Zira şekil olarak aslına uygun olarak iktibas edilen eser parçasının, kendisinden iktibas yapılan eserin bütününden çözüldüğünde eserin bütünündeki

¹⁰⁹² **Krüger**, s. 127.

¹⁰⁹³ **Rehbinder**, s. 155, nr. 413; **Kakies**, s. 126.

¹⁰⁹⁴ **Schulze, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz)**, § 62, s. 947, nr. 18.

¹⁰⁹⁵ **Krüger**, s. 127; **Schulze, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz)**, § 62, s. 946, nr. 14.

¹⁰⁹⁶ **Schulze, (Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz)**, § 62, s. 946, nr. 14.

¹⁰⁹⁷ **Hertin, (Hertin/Schulze/Walter , Kommentar zum deutschen Urheberrecht)**, § 51, s. 21, nr. 48.

anlama zıt bir anlam çıkıyorsa ya da eserin bütünündeki anlama zıt bir anlam, iktibas edilen eser parçalarına iktibas yapan tarafından eklenen cümlelerle yaratılıyorsa bu durumda da eser sahibinin eserde değişiklik yapılmaması hususundaki manevi hakkının(FSEK madde 16) ihlal edildiğinden söz edilecektir.

Kendisinden iktibas yapılan eserde bulunmayan iktibasların yapılması da eser sahibinin eserde değişiklik yapılmasının önlenmesi hususundaki manevi hakkını ihlal eder¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹⁸ Seydel, s. 39.

SONUÇ

Fikir ve sanat eserlerinin hemen hepsi, kendilerinden önce yaratılmış başka eserler üzerine kurulmaktadır. Yeni bir eser meydana getiren kişinin, kendisinden önce yaratılmış bulunan eserlerden yararlanması vazgeçilmez bir gerekliliktir. Toplumun kültürel hayatının gelişimi ve zenginleşmesi için başka eserlerden yararlanılması gerekliliğini göz önüne alan kanun koyucu, eser sahibinin eseri üzerindeki mutlak nitelikteki mali haklarına bir takım sınırlandırmalar getirmiştir. Bu sınırlandırmalardan biri de, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 35'nci maddesinde düzenlenen "İktibas Serbestîsi"dir. İktibas serbestîsi, başka eserlerle fikri ve sanatsal tartışma imkânını sağlayarak, kültür hayatına yeni eserler kazandırılmasının yolunu açar.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun iktibas serbestîsine ilişkin 35'nci maddesinin göze çarpan en önemli özelliği, Kanunun kabul edildiği 1951 yılından beri üzerinde değişiklik yapılmamış ender maddelerinden birisi oluşudur. Fikir ve sanat eserleri hukukunun belki de en büyük problemlerinden biri olan, kitlesel iletişim yöntemlerindeki baş döndürücü hıza ayak uydurabilme sorunu, iktibas serbestîsine ilişkin FSEK madde 35 hükmü bakımından da aynı şekilde mevcuttur. Bunun dışında söz konusu düzenlemenin, iktibas imkânını eser türlerine göre ayırarak düzenleyen yapısı, uygulamada birçok problemi beraberinde getirebilecek bir nitelik göstermektedir. Zira maddede düzenlenmeyen eser türleri açısından da başka eserlerden iktibasta bulunma gerekliliği sıklıkla ortaya çıkmaktadır. Bu açıdan Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35'de yer alan iktibas serbestîsine ilişkin düzenlemenin yapılacak bir Kanun değişikliğinde, kanun koyucu tarafından tekrar ele alınması gerekmektedir. Çalışmamızda ulaştığımız sonuçlar ve bu doğrultuda iktibas serbestîsine ilişkin düzenlemede giderilmesi gereken eksikler ise özetle şu şekilde tespit edilmiştir:

Kanun koyucu, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun iktibas serbestîsine ilişkin 35'nci maddesinde yer alan düzenlemede, bir eserden başka bir esere yapılabilecek iktibasın kapsamını, kendisine iktibas yapılacak eserin türüne göre belirleme yoluna gitmiştir. İktibas serbestîsine ilişkin 35'nci maddenin özünde ise, bir eserin tamamının iktibasına izin verilmesi anlamına gelen "büyük iktibas" ile bir eserin

sadece parçalarının iktibasına izin verilmesi demek olan “küçük iktibas” arasında yapılan ayırım yatmaktadır. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 35’nci maddesinde, kural olarak bir eserin sadece bazı parçalarının başka bir esere iktibas edilmesine izin verilmiştir. Nitekim 35’nci maddenin, birinci fıkrasının birinci bendinde ve yine müzik eserlerine yapılacak iktibasları düzenleyen ikinci bendinde, sadece eser parçalarının başka bir eser içerisinde kullanılmasına izin verilmiştir. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda, bir eserin tamamının ya da önemli bir bölümünün iktibas imkânı, sadece bilimsel nitelikteki eserlere yapılacak iktibaslar bakımından tanımlanmıştır. İktibas kapsamının bir eserin sadece parçaları ile sınırlandırılmasının altında yatan neden ise, bir eserin tamamının iktibası yoluyla, bu eserin, eserle ilgilenecek kitlenin hali hazırda önüne getirilerek, eserin orijinaline olan ilginin azalmasını, yani kendisinden iktibas yapılan eserle iktibaslar yoluyla doğrudan rekabete girilmesini engellemektir. Zira böyle bir sonucun tanınması, eser sahibinin mali haklarını önemli ölçüde etkileyerek, yeni eserler yaratılması hususundaki istenci zayıflatıp, iktibas serbestîsinin temelinde yatan, “toplumun kültürel gelişiminin sağlanması” amacını tersine çevirebilecektir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun iktibas serbestîsine ilişkin 35’nci maddesinde, iktibas koşulları ve kapsamı farklı eser türlerine göre farklı şekilde düzenlenmiş olmakla birlikte, tüm iktibas türleri için ortak olan koşullar da bulunmaktadır. Bu ortak koşullardan birincisi, iktibasa konu olan ve iktibas yapan fikrî ürünlerin eser niteliğine sahip olması ve yine kendisine iktibas yapılacak fikrî ürünün de *bağımsız* bir eser niteliğine sahip olmasıdır. Buradaki bağımsızlık koşulu, başka eserden iktibas yapan eser sahibinin fikrî faaliyetinin, kendisine iktibas yapılan eserin ağırlıklı noktasını oluşturması gerekeceği şeklinde anlaşılmalıdır. Yine iktibasın belirli bir amacının bulunması ve iktibasın kapsamının bu amacın haklı kıldığı çerçeveyi aşmaması da tüm iktibas türlerinde bulunan ortak koşullardır. İktibas serbestîsine ilişkin düzenleme esas olarak eser sahibinin mali haklarına sınırlandırmalar getirdiğinden, bu hüküm yoluyla eser sahibinin manevi hakları ihlal edilemez. Bu doğrultuda, kendisinden iktibas yapılacak eserin en azından alenîleşmiş olması gerekir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 35'nci maddesinin birinci fıkrasının bilimsel eserlere büyük iktibas düzenleyen üçüncü bendi gereğince, bilimsel eserlere başka bir eserin tamamı ya da önemli bir bölümü iktibas edilebilecektir. Bununla birlikte, ancak içeriği aydınlatma amacının gerektirmesi halinde bu kapsamda bir iktibas yapılabileceğinden söz edilebilir. Belirtmek gerekir ki, söz konusu düzenlemede bilimsel bir esere iktibas edilecek eserlerin güzel sanat eseri niteliği taşıması durumunda alenîleşmiş olması yeterli görülürken, diğer eser türlerinden iktibas yapılabilmesi ise bu eserlerin yayımlanmış olması koşuluna bağlanmıştır. Bununla birlikte, niteliği gereği yayımlanmış sayılmayacak ve bu nedenle sadece alenîleşmiş olduğundan söz edilebilecek eserlerden de bilimsel eserlere büyük iktibas yapılabilmesi gerekliliği olduğundan, bu şekilde bir ayrıma gidilmeksizin, kendisinden iktibas yapılacak eserlerin sadece alenîleşmiş sayılmasının yeterli görülmesi gerekir. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun birinci fıkrasının dördüncü bendinde getirilen, ilmi nitelikteki ders ve konferanslarda güzel sanat eserlerinin projeksiyon ve benzeri vasıtalarla gösterilmesi imkanı ise, sadece Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/fıkra 1-bent 3'de, bilimsel eserlere tanınan büyük iktibas hakkının tamamlayıcısı niteliğindedir. Bu düzenlemede yer alan iktibas imkânı hali hazırda bilimsel eserlere büyük iktibas düzenleyen Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/fıkra1-bent 3 kapsamında da değerlendirilebilir. Zira Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/fıkra1-bent 3'de, alenîleşmiş güzel sanat eserlerinden bilimsel eserlere büyük iktibas yapılması hususunda tanınan imkân, kendisine iktibas yapılacak bilimsel eserin niteliğine bağlı değildir. Bu eser yazılı olabileceği gibi sözlü de olabilir. Bu kapsamda bilimsel nitelikteki konferans ve dersler de, FSEK madde 35/fıkra1-bent 3 kapsamında kendisine iktibas yapılabilecek bir eser niteliğine sahip olabileceğinden ve bu bentte iktibasın yapılış şekli yönünden de bir sınırlandırma getirilmediğinden, bilimsel nitelikteki konferans veya derslerde başka güzel sanat eserlerinin temsil edilmesi FSEK madde 35/fıkra 1-bent 3 kapsamında zaten mümkün olabilecektir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 35'nci maddesinin birinci fıkrasının ilim ve edebiyat eserlerine iktibas düzenleyen birinci bendinde, bir eserin bazı cümle ve fıkralarının başka bir ilim ve edebiyat eserine iktibasına izin verilmiştir. Burada geçen "cümle ve fıkra" kavramının, sadece dil ile ifade edilen eserlerden iktibas

yapılabileceği şeklinde değil, türüne bağlı olmaksızın bir eserin bazı parçalarından iktibasa izin verildiği şeklinde yorumlanması gerekir. Nitekim fikrî ve sanatsal tartışma, sadece belirli bir eser türünden yapılacak iktibaslara izin verilerek, sadece bu eser türleri ile sınırlandırılmamalıdır. Söz konusu düzenleme gereği, her ne kadar bir eserin bazı parçalarının iktibasına izin verildiğinden söz edilse de, niteliği gereği parça olarak iktibas edilemeyecek, örneğin güzel sanat eserleri gibi eserlerden bu düzenleme kapsamında iktibas yapılması imkânı da ortadan kaldırılmamalıdır. Bir eserin tamamının sadece bilimsel eserlere iktibasına izin verilmiş olsa da, bilimsel nitelikteki eserler dışındaki diğer eser türlerine de bir güzel sanat eserinin özellikle bir fikrî ve sanatsal tartışma bağlamında iktibas yapılması gerekli olabilir. Kanun koyucunun Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/fıkra 1-bent 1 kapsamında yapılacak iktibasları, bir eserin sadece parçaları ile sınırlandırmasındaki amaç, bir eserin tamamının iktibası yoluyla, bu eserin eserle ilgilenecek kitlenin önüne getirilerek, eserin orjinaline olan ilginin azalmasını, yani kendisinden iktibas yapılan eserle iktibaslar yoluyla doğrudan rekabete girilmesini engellemektir. Dolayısıyla bu şekilde bir tehlike mevcut değilse, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/fıkra1-bent 1 hükmünün, iktibas amacı zorunlu olarak böyle bir iktibas yapılmasını gerektirdiği müddetçe, bir eserin tamamının bilimsel nitelikteki eserler dışındaki eser türlerine de alınmasında kıyasen uygulanabilmesi gerekir. Bir eserin tamamının iktibası ile eser sahibinin, eserinden elde edebileceği ekonomik menfaatler azaltılıyorsa, ancak daha üstün bir yararın bulunması halinde bu kapsamda bir iktibasa izin verilebilir. Kanun koyucu ise daha üstün bir yarar olarak sadece bilimsel ilerlemenin teşvikini ön görmüştür. Bilimsel nitelik taşımayan ancak toplumu çok yakından ilgilendiren, politik fikir tartışmaları gibi konulardaki eserlere de, bir eserin tamamının iktibas edilmesi gerekebileceğinden, böyle bir iktibasa da, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 35'nci maddesinin bilimsel eserlere büyük iktibas düzenleyen üçüncü bendinin kıyasen uygulanarak izin verilmesi gerekir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/fıkra1-bent 1 kapsamında yapılabilecek küçük iktibasın amacı ise, bilimsel eserlere yapılabilecek büyük iktibasın amacından daha geniş olarak anlaşılmalıdır. Zira bilimsel eserler dışındaki eserlerde, başka eserlerden yararlanma ihtiyacı daha farklı alanlarda ortaya çıkabilecektir. Özellikle sanatsal nitelikteki eserlerde, iktibasların bir sanatsal ifade,

bir sanatsal şekillendirme aracı olarak da kullanılması mümkündür. Bu açıdan Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/fıkra 1-bent 1 kapsamında yapılabilecek iktibaslar, bilimsel eserler için düzenlenen içeriği aydınlatma amacının yanında sanatsal nitelikteki amaçlarla da yapılabilecektir. Bununla birlikte yapılan iktibasların, sadece kendisine iktibas yapılan eseri süsleme ve bu eseri zenginleştirme amacıyla yapılmamış olması gerekir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 35'nci maddesinde, bazı eser türlerine iktibas imkânı açıkça kabul edilmemiştir. Örneğin güzel sanat eserleri ve bilimsel nitelik taşımayan sinema eserleri, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında kendisine iktibas yapılabilecek eser türleri arasında sayılmamıştır. Bununla birlikte, bu tür eserlere yapılacak iktibaslar bakımından da küçük iktibas düzenleyen madde 35/fıkra1-bent 1 kıyasen uygulanabilir. Zira Kanun koyucunun sanatsal ve fikri tartışmayı açıkça belirli bir eser zümresi ile sınırlamak istediği yönünde bir dayanak bulunmamaktadır. Özellikle sinema eserleri ve sinema eseri niteliğinde sayılabilecek televizyon yayınlarının, günümüzde toplumun kültürel yaşamındaki yeri dikkate alındığında, sinema eserleri bakımından iktibas imkânının kabul edilmemesi haklı bir sonuç olmayacaktır. Yine güzel sanat eserleri bakımından da, sanatçıların birbirleri ile sanatsal iletişim ve fikri ve sanatsal tartışma imkânının, bu eser türleri bakımından da tanınması gerekir. İktibas serbestisinin temelinde yatan kültürel ilerlemenin teşviki, sadece müzik eserleri ya da dil ile ifade edilen eserler gibi bazı eser türleri ile sınırlı olarak kabul edilmemelidir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu madde 35/fıkra1-bent 2'de düzenlenen müzik iktibaslarında da, iktibas esasen kendisinden iktibas yapılabilecek eser niteliğindeki bestenin parçaları ile sınırlandırılmıştır. Düzenlemede bir bestenin motif, tema, pasaj ve fikir nevinden parçalarından iktibastan bahsedilmekle birlikte, müzik eserlerinde de kendisinden iktibas yapılacak eser parçalarının sadece bu maddede sayılan parça türleri ile sınırlı olarak kabul edilmemesi gerekir. Bu kapsamda melodilerden de iktibas mümkün olabilmelidir. Nitekim melodilerle, tema ve motiflerin sınırının çizilmesi büyük zorluklar göstermektedir. Bundan dolayı müzik eserlerine yapılacak iktibasların kapsamının belirlenmesinde de, genel olarak FSEK madde 35/fıkra1-bent 1 kapsamında yapılabilecek iktibasların kapsamının belirlenmesinde dikkate alınacak hususular nazara alınacaktır. Buna göre müzik eserlerine yapılacak iktibasların

kapsamının belirlenmesinde, iktibas edilen parçalar aracılığıyla kendisinden iktibas yapılan müzik eseri ile doğrudan bir rekabete girilerek, bu eserin değerlendirilme imkânlarının azaltılmaması gerekeceği dikkate alınmalıdır. Yine iktibasın ancak takip edilen amaca ulaşmak için gereken çerçevede yapılması gerekir.

İktibas serbestisinin şekli koşulları ise iktibasın belli olacak şekilde yapılması ve iktibasın kaynağının gösterilmesidir. İktibasın belli olacak şekilde yapılması ile kastedilen, iktibas edilen eser ya da eser parçasının başka bir eserin unsuru olduğunun, üçüncü kişiler tarafından tanınabilmesidir. Geçerli bir iktibastan söz edilebilmesi için iktibasın belli olacak şekilde yapılmasının ötesinde, kaynak gösterme zorunluluğunun da yerine getirilmiş olması gerekir. Kaynak bilgisinde eser sahibinin adı ve eserin adı yanında, üçüncü kişilerin iktibasa konu esere büyük bir zahmet çekmeksizin ulaşabilmeleri için gerekli olan bilgilerin de verilmesi gerekir. Kaynak bilgisinin gösterilmesinin imkânsız olması yani, kaynak bilgisinin kullanılan eser ya da eser parçasından ya da iktibas edilen eserin maddi olmayan şekilde umuma iletiminden anlaşılabilmesi ve iktibas yapan eser sahibi tarafından başka suretle de tanınmaması durumunda artık kaynak gösterme zorunluluğunun bulunmadığı kabul edilmelidir.

Belirtmek gerekir ki, Kanunun, iktibas serbestisine ilişkin düzenlemenin temelinde küçük ve büyük iktibasa ilişkin olarak yaptığı ayırım mantıklı bir gerekçeye dayanmaktadır. Bununla birlikte, bu ayırım, iktibasın uygulamada çok farklı şekillerde ortaya çıkabilmesinden dolayı, sorunlara yol açabilecek niteliktedir. Yine özellikle kendisine iktibas yapılacak eserlerin sadece bazı eser türleri ile sınırlandırılması ve bazı eser türlerinin kendisine iktibas yapılabilecek eserler kapsamında kabul edilmemesi, başka eserlerle fikri ve sanatsal tartışma imkânlarının sadece belirli eser türlerine tanınması sonucunu doğurabilecek niteliktedir. Dolayısıyla eser türlerine göre yapılan ayırımdan vazgeçilerek, iktibas bakımından eser türleri arasında ayırım yapmayan genel nitelikte bir düzenleme getirilmelidir. Yine günümüzün iletişim teknikleri karşısında yayımlanma ile alenileşme arasındaki ayırım da önemini büyük ölçüde yitirdiğinden, kendisinden iktibas yapılabilecek eserlerin genel olarak alenileşmiş olması yeterli sayılmalıdır. Yine eserin tamamından iktibas imkânının sadece bilimsel amaçlarla bilimsel eserlere yapılacak iktibaslarla sınırlandırılması da, bilimsel amaçlar dışında da özellikle niteliği gereği

ancak tamamen iktibas edilebilecek eserlerden iktibas yapılmasına ihtiyaç duyulabileceğinden, bazı problemlere yol açacaktır. Bu açıdan uygulamada ortaya çıkabilecek problemler de göz önüne alınarak küçük ve büyük iktibas arasında yapılan keskin ayırmadan vazgeçilmelidir. Bununla birlikte Türkiye'nin taraf olduğu uluslar arası sözleşmelerde de düzenlenen ve alman hukukunda hukuka uygun bir iktibasın yazılı olmayan koşullarından biri olarak kabul edilen, iktibasın eser sahibinin yararlarını beklenemez ölçüde zedelememesi koşulu, iktibasın hukuka uygunluğuna karar verilmesinde mahkemeler tarafından dikkate alınmalıdır. Yapılacak düzenlemede kendisine iktibas yapılacak eserin bağımsız niteliğe sahip olması; iktibasın geçerli bir amaç çerçevesinde ve bu amacın haklı göstereceği oranda yapılması gerekliliği muhafaza edilmelidir. İktibas amacı ise, iktibas serbestisine ilişkin düzenlemelerin temelinde yatan, toplumun en geniş anlamda kültürel gelişiminin sağlanmasına paralel olarak sadece fikri tartışmada değil, sanatsal tartışmalar temelinde de gerçekleşebilir.

Kaynak gösterme bakımından da, kaynak göstermenin imkânsız olduğu durumlarda bu zorunluluğunun ortadan kaldırılması gerekir. Kaynak göstermenin altında yatan fonksiyonların yerine getirilebilmesi için, eser sahibinin ve eserin adı dışında, kendisinden iktibas yapılan esere ve iktibasa fazla bir zahmete gerek kalmaksızın ulaşılabilmesi için gerekli olan bilgilerin de verilmesi gerekir.

Bu açıklamalar doğrultusunda yapılacak bir Kanun değişikliğinde, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun iktibas serbestisine ilişkin 35'nci maddesinin şu anki katı nitelikteki düzenlemesinden vazgeçilerek ve iktibas kavramının Türkçe karşılığı "Alıntı" kavramı kullanılarak aşağıdaki şekilde değiştirilmesi önerilebilir:

Alıntı Serbestisi

"Alenilemiş bir eserden, bağımsız bir esere amacın haklı gösterdiği oranda alıntı yapılabilir.

Alıntının belli olacak şekilde yapılması lazımdır. İmkânsız olmadığı sürece, eser sahibinin ve eserin adından başka, esere ulaşılabilmesi için zorunlu olan bilgilerin de belirtilmesi gerekir.

KAYNAKÇA

AHLBERG, Hartwig, (Nicolini, Käte/Ahlberg, Hartwig, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz, München, 2000) içerisinde UrHG §2 ; § 3; §6; § 24

AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut, Türk Medeni Hukuku-Kişiler Hukuku, Dördüncü Bası, İstanbul, 2002

AKKAYAN YILDIRIM, Ayça, 4630 Sayılı Kanun Değişikliği ve Gelişmeler Işığında “Sinema Eseri” ve ‘Sinema Eseri Sahipliği’, Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, C.1, İstanbul, 2001

AKSU, Mustafa, Bilgisayar Programlarının Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması, İstanbul, 2006

AKTÜZE, İrkin, Müziği Anlamak- Ansiklopedik Müzik Sözlüğü, İstanbul, 2004

ALTMANN, Günter, Musikalische Formenlehre, Mainz, 2001

ARIDEMİR, Arzu Genç, Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları, İstanbul, 2003

ARKAN, Azra, Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar, İstanbul, 2005

ARNOLD, Claudius, Amtliche Werke im Urheberrecht, Baden-Baden, 1994

ARSLANLI, Halil, Fikri Hukuk Dersleri, II, İstanbul, 1954

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku- Genel Hükümler, Ankara, 2007

ASUNCIÓN, Esteve, Das Multimediawerk in der spanischen Gesetzgebung,
GRUR Int, Heft 11

ATALAY, Esra, Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Temel
Hak ve Özgürlüklerle İlişkisi, DEÜHFD, C.6, S. 2, 2004

ATEŞ, Mustafa, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve
Sınırlandırılması, Ankara, 2003 (Sınırlandırma)

ATEŞ, Mustafa, Fikri Haklar ve Bağlantılı Haklara İlişkin Uluslararası
Sözleşmeler ve Türkiye, FMR, Y.6, C.6, S. 2006/1 (Uluslararası Sözleşmeler)

ATEŞ, Mustafa, Fikri Hukukta Eser, Ankara, 2007 (Eser)

AYİTER, Nüşin, Hukukta Fikir ve San'at Ürünleri, Ankara, 1981

BAİNBRIDGE, David I, Intellectual Property, Fifth Edition, 2002

BARRELET, Denis/EGLOFF, Willi, Das Neue Urheberrecht, Bern, 2000

BAŞPINAR, Veysel/KOCABEY, Doğan, İnternette Fikri Hakların
Korunması, Ankara, 2007

BAYGIN, Cem, Fikri Hukukta Yaratıcı Eser Sahibi ve Eser Üzerindeki Mali
Hakları Kullanmaya Kanunen Yetkili Sayılan Kişiler, Prof.Dr. Ömer Teoman'a 55.
Yaş Günü Armağanı, C.1, İstanbul, 2002

BAYREUTHER, Frank, Beschränkungen des Urheberrechts nach der
neuen EU-Urheberrechtsrichtlinie, ZUM 2001/11

BECKER, Bernhard von, Parodiefreiheit und Güterabwägung, GRUR 2004, Heft 2(Parodiefreiheit)

BECKER, Bernhard von, Zitat und Kunstfreiheit- Das » Brecht- Zitate « - Urteil des Bundesverfassungsgerichts-, ZUM, 2000/10

BERGER, Christian, (Löffler, Martin, Presserecht, 5. Auflage, München 2006) içerisinde, “Urheber- und Verlagsrecht der Presse”

BERKING, Christina, Die Unterscheidung von Inhalt und Form im Urheberrecht, Baden-Baden, 2002

BERZEK, Ayşe Nur, Fikri ve Sınâî Hukuk Mevzuatı, İstanbul, 2004

BEŞİROĞLU, Akın, Fikir Hukuku Dersleri, 4. Bası, İstanbul, 2006

BİLGE, Necip, Hukuk Başlangıcı, Ankara, 2000

BOHR, Kurt, Die Urheberrechtsbeziehungen der an der Filmherstellung Beteiligten, Berlin, 1978

BORNKAMM, Joachim, Der Dreistufentest als urheberrechtliche Schrankenbestimmung, Festschrift für Willi Erdmann, Köln-Berlin-Bonn-München, 2002 (Dreistufentest)

BORNKAMM, Joachim, Ungeschriebene Schranken des Urheberrechts?, Festschrift für Henning Piper, München 1996 (Schranken)

BRAUNS, Christian, Die Entlehnungsfreiheit im Urheberrechtsgesetz, Baden-Baden, 2001

BULLINGER, Winfried (Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried, Praxiskommentar zum Urheberrecht, München, 2009), içerisinde, UrHG § 2; § 3; § 12; § 24; §63.

CHERPÏLLOD, Ivan, (Von Büren, Roland/David, Lucas, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrechte, Basel-Genf-München, 2006) içerisinde, “Schranken des Urheberrechts”.

CZERNİK, Ilja, Die Collage in der Urheberrechtlichen Auseinandersetzung zwischen Kunstfreiheit und Schutz des Geistigen Eigentums, Berlin, 2008

ÇOLAK, Uğur, Topluluk ve Türk Hukukunda Veri Tabanlarına Sağlanan Sui Generis Koruma ve Spinn-Off Teori, FMR, Y.5, C.5, S. 2005/1

ÇÖL, Hüseyin Cem, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na Göre Eser Dışında Koruma Konuları, AÜHFD, Y.2003, C.52, S.4,

DEUTSCH, Sarah, Fair Use in Copyright Law and the Nonprofit Organization: A Proposal for Reform, The American University Law Review, 1985, Vol.34.(Heinonline)

DEVELLİOĞLU, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara, 2003

DİETH, Mathias, Musikwerk und Musikplagiat im deutschen Urheberrecht, Baden-Baden, 2000

DİETZ, Adolf, (Schricker, Gerhard, Urheberrecht, München, 2006) içerisinde, UrHG Vor §§12ff.; § 62; 63

DİNÇ, Güney, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Malvarlığı Hakları, Ankara, 2007

DOĞANAY, İsmail, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Hükümleri Bakımından, Eser Sahibinin Ölümünden Sonra Kimler(Manevi Hakları) Kullanabilirler?, BATIDER, C.XII, Haziran 1983, S. 1

DREIER, Thomas, (DREIER, Thomas/SCHULZE, Gernot, Urheberrechtsgesetz, München, 2008) içerisinde, UrHG § 5; §6; Vor §§ 44aff. ;§ 49; § 51.

DREIER, Thomas, Die Umsetzung der Urheberrechtsrichtlinie 2001/29/EG in deutsches Recht, ZUM 2002/1

DREYER, Gunda, (DREYER, Gunda/KOTTHOFF, Jost/MECKEL, Astrid, Urheberrecht, Heidelberg, 2009), içerisinde UrHG § 6; § 51; 63

Duden, Deutsches Universal-Wörterbuch, 4. Auflage, Mannheim-Leipzig-Wien-Zürich.

DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt 2, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2006

DUSTMANN, Andreas, (NORDEMANN, Wilhelm/NORDEMANN, Axel/NORDEMANN, Jan Bernd, Urheberrecht, 10. Auflage, Stuttgart, 2008), içerisinde UrHG § 51; §63.

EKRUTT, Joachim W., Urheberrechtliche Probleme Beim Zitat von Filmen und Fernsehsendungen, Hamburg, 1973

ENGELS, Stefan, (NİCOLİNİ, Käte/ AHLBERG, Hartwig, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz, 2. Auflage, München, 2000) içerisinde, UrHG § 50

ENGİSCH, Karl, Einführung in das juristische Denken, 10. Auflage, Stuttgart, 2005

ERDİL, Engin, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler, İstanbul, 2003

ERDİL, Engin, İçtihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, C.1, İstanbul, 2009 (Şerh)

EREL, Şafak N., Fikri Hukukta Musiki ve Sinema Eserleri ve 3257 Sayılı “Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu”nun İncelenmesi ve Tenkidi, Yargıtay Dergisi, C.13, Ekim 1987, S. 4, s. 536 (Fikri Hukukta Müzik ve Sinema Eserleri)

EREL, Şafak N., Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bası, Ankara, 2009 (Fikir ve Sanat Hukuku)

EREL,Şafak N., Fikri Hukukta İktibas Serbestisi, Sınırları ve Yargıtay’ın 18.2.1981 günlü, Esas 1980/1, Karar 1981/2 Sayılı İçtihadı Birleştirme Hukuk Bölümü Kararının İncelenmesi ve Tenkidi, YD 1989, C.XV, S.1-4 (İktibas Serbestisi)

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku, 8. Bası, İstanbul, 2003

EROĞLU, Sevilay, İnternette “Aktif Link”ler yoluyla Fikri Haklara Müdahale, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, C.II, İstanbul, 2003

EROĞLU, SEVİLAY, Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, İstanbul, 2000

ERTAŞ, Şeref, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Ankara, 2008

ESENER, Turhan, Hukuk Başlangıcı, İstanbul, 2000

FECHNER, Frank, Geistiges Eigentum und Verfassung, Tübingen, 1999

FİNDEISEN, Frank, Die Auslegung urheberrechtlicher Schrankenbestimmungen, Heidelberg, 2005

FÖRSTER, Achim, Fair Use, Tübingen, 2008

GAMM, Otto-Friedrich von, Urheberrechtsgesetz, Kommentar, München, 1968

GARLOFF, Peter, Copyright und Kunstfreiheit – zur Zulässigkeit ungenehmigter Zitate in Heiner Müllers letztem Theaterstück, GRUR 2001, Heft 6

GASS, Wolfram, (NICOLINI, Käte/ AHLBERG, Hartwig, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz, 2. Auflage, München, 2000) içerisinde, UrHG § 63

GEİGER, Christophe, Der Urheberrechtliche Interessenausgleich in der Informationsgesellschaft- Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts, GRUR Int 2004, Heft 10.

GENÇ, Arzu, Sinema ve Müzik Eserleri Açısından 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile 3257 Sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu'nun

Karşılaştırılması, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C.II, İstanbul, 2003

GOEBEL, Jürgen W./HACKEMANN, Martin/SHELLER, Jürgen,
Zum Begriff des Erscheinens beim Elektronischen Publizieren, GRUR, 1986/5

GÖKYAYLA, K. Emre, Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi,
Ankara, 2000

GÖKYAYLA, K.Emre, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen
Hakların Miras Yoluyla İntikali, Prof.Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara, 2006
(Miras Yolu İle İntikal)

GÖTTING, Horst-Peter, (Loewenheim, Ulrich, Handbuch des
Urheberrechts, München, 2003) içerisinde, “§30 Übersicht über die Schranken des
Urheberrechts”; “§ 31 Einzelfälle der Urheberrechtsschranken”.

GÖTTING, Horst-Peter, Der Schutz wissenschaftlicher Werke, Festschrift
für Wilhelm Nordemann zum 70. Geburtstag, München, 2004

GÖTTING,Horst-Peter, (Götting, Horst-Peter/ Schertz, Christian/Seitz,
Walter, Handbuch des Persönlichkeitsrechts), München 2008

GÖZLER, Kemal, Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu, Bursa, 1999

GÖZLER, Kemal, Hukuka Giriş, Üçüncü Baskı, Bursa, 2006

GRIMM, Dieter, Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des
Bundesverfassungsgerichts, NJW 1995/27

GÜNEŞ, İlhami, Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2008

HABERSTUMPF, Helmut, Handbuch des Urheberrechts, Berlin, 1996

HAESNER, Christoph, Zitate in Filmwerken, GRUR 1986, Heft 12

HANSER-STRECKER, Carl Peter, Das Plagiat in der Musik, München, 1968

HART, Tina/FAZZANİ Linda, Intellectual Property Law, Third Edition, 2004

HEİNZ, Stefan, Urheberrechtliche Gleichbehandlung von alten und neuen Medien, München, 2006

HELVACI, Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul, 2001

HERTİN, Paul W., (HERTİN, Paul W./SCHULZE, Marcel/WALTER, Michel, Kommentar zum deutschen Urheberrecht, Band 1.1, München, 2008) içerisinde UrHG § 51.

HERTİN, Paul, W., Das Muzikzitat im deutschen Urheberrecht, GRUR 1989 Heft 3

HİRŞ, Ernst E., Fikri ve Sınai Haklar, Ankara, 1948

HOEREN, THOMAS, (Loewenheim, Ulrich, Handbuch des Urheberrechts, München 2003) içerisinde, “II. Einordnung von Multimedia-Werken” başlığı altındaki açıklamalar

HUBMANN, Heinrich, Urheber- und Verlagsrecht, 6. Auflage, München, 1987

İZGİ, Ömer/GÖREN, Zafer, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, C. I, Ankara, 2002, s. 372

JEHORAM, Herman Cohen, Einige Grundsätze zu den Ausnahmen im Urheberrecht, GRUR Int 2001, Heft 10

KAKİES, Celia, Kunstzitate in Malerie und Fotografie, Köln-Berlin-München, 2007

KARAHAN, Sami/SULUK, Cahit/SARAÇ, Tahir/NAL, Temel, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara, 2007

KARINCA, Eray, İktibas ve İntihal, AD, Ocak 2002, Y.93, S. 10, s. 94.

KATZENBERGER, Paul, (SCHRICKER, Gerhard, Urheberrecht, München, 2006) içerisinde, UrHG § 5; § 6; Vor §§ 88ff ; §95

KATZENBERGER, Paul, TRIPS und das Urheberrecht, GRUR Int 1995/Heft 6

KELLERHALS, Miriam, Bemerkungen über das Urheberpersönlichkeitsrecht, Ufita 2000/3

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara, 2006

KINACIOĞLU, Naci, Sinema Eserleri ve Bunlarda Eser Sahipliği, Prof.Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara, 1998

KIRCA, Çiğdem, Örtülü(Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama(TELEOLOGISCHE REDUKTION), AÜHFD, Y.2001, C. 50, S.1

KOCH, Frank A., Grundlagen des Urheberrechtsschutz im Internet und Online-Diensten, GRUR 1997, Heft 6

KRAUSE/ABLAB, Günter, Zitat aus Aufführungen, Tonaufnahmen, Filmen und Sendungen in Film und Rundfunk, GRUR 1962/5

KRÖGER, Detlef, Enge Auslegung von Schrankenbestimmungen – wie lange noch?, MMR, 2002/1

KRÜGER, Tatjana, Die Freiheit des Zitats im Multimedia- Zeitalter, Berlin, 2004

LARENZ, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin-Heidelberg, 1991.

LEINVEBER, Gerhard, Nochmals:Der Urheberrechtliche Fall “Kandinsky”, GRUR 1969/3

LEINVEBER, Gerhard, Rechtsprobleme um das sog. “große und kleine Zitat” zu wissenschaftlichen Zwecken, GRUR 1966/9

LETTL, Tobias, Urheberrecht, München, 2008

LOEWENHEIM, Ulrich, (SCHRICKER, Gerhard, Urheberrecht, München, 2006) içerisinde, UrHG § 2; § 9; §23; § 24

LOEWENHEIM, Ulrich, Handbuch des Urheberrechts, München, 2003.

LOEWENHEIM, Ulrich, Urheberrechtliche Probleme bei
Multimediaanwendungen, GRUR 1996, Heft 11

LÖFFLER, Martin, Das Grundrecht auf Informationsfreiheit als Schranke
des Urheberrechts, NJW, 1980, Heft 5

LÖFFLER, Martin/GLASER, Hans, Grenzen der Zitierfreiheit, GRUR
1958/10

LUTZ, Peter, Grundriss des Urheberrechts, Heidelberg, 2009

LÜFT, Stefan, (WANDTKE, Artur-Axel/BULLINGER, Winfried,
Praxiskommentar zum Urheberrecht, München, 2009) içerisinde UrHG Vor§§ 44ff.;
§ 51.

LÜTJE, Stefan (NICOLINI, Käte/ AHLBERG, Hartwig, Möhring/Nicolini
Urheberrechtsgesetz, 2. Auflage, München, 2000) içerisinde, UrHG §95.

MAABEN, Wolfgang, Bildzitate in Gerichtsentscheidungen und juristischen
Publikationen, ZUM 2003/11

MACCIACCHINI, Sandro, Urheberrecht und Meinungsfreiheit, Bern,
2000,

MARQUARDT, Malte C G.(WANDTKE, Artur-Axel/BULLİNGER, Winfried, Praxiskommentar zum Urheberrecht, München, 2009) içerisinde UrHG § 6

MELİCHAR, Ferdinand, (SCHRİCKER, Gerhard, Urheberrecht, München, 2006) içerisinde, UrHG Vor §§ 44ff.

MESSİNA, Salvatore, (Çeviren: Akipek, N.-İ), Doktrinde, Mukayeseli Mevzuatta, Milletlerarası İctihatta Edebiyat ve Sanat İntihali, AÜHFD, Y.1954, C.11, S. 3-4

METZGER, Axel, “Germania 3 Gespenster am toten Mann” oder Welchen Zweck darf ein Zitat gemäß §51 Nr.2 UrhG verfolgen?, ZUM 2000/11

MOLTKE, Bertram von, Das Urheberrecht an den Werken der Wissenschaft, Baden-Baden, 1992

MORANT, Marc O., Das Zitat aus urheberrechtlicher Sicht, Basel-Genf-München, 2006

NORDEMANN, AXEL, (NORDEMANN, Wilhelm/NORDEMANN, Axel/NORDEMANN, Jan Bernd, Urheberrecht, 10. Auflage, Stuttgart, 2008) içerisinde, UrHG § 2, § 23/24.

NORDEMANN, Jan Bernd, (NORDEMANN, Wilhelm/NORDEMANN, Axel/NORDEMANN, Jan Bernd, Urheberrecht, 10. Auflage, Stuttgart, 2008) içerisinde, UrHG Vor §§ 88ff.

NORDEMANN, Wilhelm, (NORDEMANN, Wilhelm/NORDEMANN, Axel/NORDEMANN, Jan Bernd, Urheberrecht, 10. Auflage, Stuttgart, 2008) içerisinde, UrHG §6; 9; Vor §§44aff.; § 49

NORDEMANN, Wilhelm/VINCK, Kai/HERTIN, Paul W., Internationales Urheberrecht und Leistungsschutzrecht, Düsseldorf, 1977

OEKONOMIDIS, Demetrius, Die Zitierfreiheit im Recht Deutschlands, Frankreichs, Großbritanniens und der Vereinigten Staaten, Berlin und Frankfurt A.M., 1970

OĞUZ, Sefer, Veri Tabanı Hakkı ve Sui Generis Veri Tabanı Hakkının Sınırları, Prof.Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara, 2006

OĞUZMAN, M.Kemal /BARLAS, Nami, Medeni Hukuk, 12. Bası, İstanbul, 2005

OĞUZMAN, M. KEMAL/ÖZ, M. TURGUT, Borçlar Hukuku, İstanbul, 2006

OKUTAN NILSSON, Gül, Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Tüzel Kişinin Eser Sahipliği Sorunu, Uğur Alacakaptan'a Armağan, C.2, İstanbul, 2008

OLENHUSEN, Albrecht Götz, Urheber-und Persönlichkeitsrechtsschutz bei Briefen und Dokumentationsfreiheit, UFITA 67, 1973

ÖZDERYOL, Teknail, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar, İstanbul, 2006

ÖZSUNAY, Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul, 1979

ÖZTAN, Fırat, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler, Prof.Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara, 1998, (İşlenme Eser)

ÖZTAN, Fırat, Bağımlı Eserler, Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara, 2003

ÖZTAN, Fırat, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2008 (Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku)

ÖZTRAK, İlhan, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, Ankara, 1971

PAHUD, Eric, Die Sozialbindung des Urheberrechts, Bern, 2000

PALANDT, OTTO, Bürgerliches Gesetzbuch, 68. neubearbeitete Auflage, München, 2009

PİROĞLU, Ünsal, Eserden Doğan Manevi Haklar Tazminatı ve Kişilik Haklarıyla İlişkisi, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara, 2001

PLATHO, Rolf, Die Parodie: Eine frei Bearbeitung nach § 23 UrHG, GRUR 1992, Heft 6

POLL, Günter, TV-Total- Alles Matscheibe, oder was?, ZUM, 2004/7

PÜSKÜLLÜOĞLU, Ali, Türkçe Sözlük, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul, 1999

RAUE, Peter, Zum Dogma von der restriktiven Auslegung der Schrankenbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes, Festschrift für Wilhelm Nordemann zum 70. Geburtstag, München, 2004

REHBINDER, Manfred, Urheberrecht, 15. Auflage, München, 2008

REIMER, Dietrich/ULMER, Eugen, Die Reform der Materiellrechtlichen Bestimmungen der Berner Übereinkunft, GRUR Int 1967, Heft 12

REINBOTHE, Jörg, Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR Int 2001, Heft 8–9

ROMATKA, Georg, Bild-Zitat und ungenehmigte Übernahme von Lichtbildern, AfP 1971/1

SCHACK, Haimo, Rechtsprobleme der Online-Übermittlung, GRUR 2007, Heft 8 (Online-Übermittlung)

SCHACK, Haimo, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 4. neue bearbeitete Auflage, Tübingen, 2007 (Urheberrecht).

SCHACK, Haimo, Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, FS Gerhard Schricker, München, 2005 (Schranken)

SCHACK, Haimo, „Anmerkung“, MMR, 2008/6

SCHARDT, Andreas, Multimedia-Fakten und Rechtsfragen, GRUR 1996, Heft 11

SCHLINGLOFF, Jochen, „Fotografieren verboten! “ Zivilrechtliche Probleme bei der Herstellung und Reproduktion von Lichtbildern ausgestellter Kunstwerke, AfP 1992/2 (Fotografieren verboten!)

SCHLINGLOFF, Jochen, Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit bei urheberrechtlich geschützten Werken der Musik, Frankfurt am Main, 1990

SCHRICKER, Gerhard, (Schricker, Gerhard, Urheberrecht, 3. neubearbeitete Auflage, München, 2006), içerisinde UrHG § 51.

SCHULZ, Wolfgang, Das Zitat in Film – und Multimediawerken, ZUM 1998/3.

SCHULZE, Gernot, (DREIER, Thomas/SCHULZE, Gernot, Urheberrechtsgesetz, München 2008) içerisinde, UrHG § 2; Vor 12; § 12; § 13; § 23, § 24; § 62; § 63.

SEÇKİN, A.Recai, Anayasa Mahkemesinden Başka Mahkemelerin Anayasayı Uygulamaları ve O Mahkemelerce Hukuk Kurallarının Anayasaya Uygun Yorumu, Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı, İstanbul, 1968

SENFTLEBEN, Martin, Die Bedeutung der Schranken des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft und ihre Begrenzung durch den Dreistufentest (Hilty, Reto M./Peukert, Alexander, Interessen Ausgleich im Urheberrecht, Baden-Baden, 2004 (Hilty/Peukert, Interessen Ausgleich im Urheberrecht)

SENFTLEBEN, Martin, Grundprobleme des Urheberrechtlichen Dreistufentests, GRUR Int. 2004, Heft 3

SEROZAN, Rona, Medeni Hukuk, İstanbul, 2004

SEYDEL, Thomas, Die Zitierfreiheit als Urheberrechtsschranke, Köln-Berlin-Bonn-München, 2002

SPINDLER, Gerald, Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR 2002, Heft 2

STUHLERT, Sabine, Die Behandlung der Parodie im Urheberrecht, München, 2002

SULUK, Cahit/ORHAN, Ali, Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, C.II, İstanbul, 2005

SÜßENBERGER, Christoph, “Argumente Pro”, (**Süßenberger, Christoph/Czychowski, Christian,** Das „Erscheinen“ von Werken ausschließlich über das Internet und ihr urheberrechtlicher Schutz in Deutschland- Einige Argumente Pro und Contra), GRUR 2003, Heft 6

TANÖR, Bülent/ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, 8. Bası, İstanbul, 2006

TEKİNALP, Ünal, Derleme Eser, Düşünce Yaratıcılığı ve Bunun “Hususiyet” Üzerindeki Etkisi, FMR 2005/1

TEKİNALP, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Dördüncü Bası, İstanbul, 2005

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Borçlar Hukuku, Yedinci baskı, İstanbul, 1993

TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara, 2004.

THUM, Dorothee, (Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried, Praxiskommentar zum Urheberrecht, München, 2009), içerisinde, UrHG § 8

TOSUN, Yalçın, Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları, İstanbul, 2009

Türk Dil Kurumu -Türkçe Sözlük (1), 9. Baskı, Ankara, 1998

ULMER, Eugen, Urheber-und Verlagsrecht, Berlin-Heidelberg-New York, 1980(Urheberrecht)

ULMER, Eugen, Zitate in Filmwerken, GRUR 1972, Heft 5 (Filmzitat)

USLU, Ramazan, Türk Fikir ve Sanat Hukuku'nda "Eser" Kavramı, Ankara, 2003

ÜSTÜN, Gürsel, Fikri Hukukta Eser Sahibi Lehine Yorum İlkesi, FMR, Y.6, C.6, S. 2006/1 (Eser Sahibi Lehine Yorum)

ÜSTÜN, Gürsel, Küreselleşmeden Kaynaklanan Eser Sahibi Aleyhine Eğilimler ile Mali Haklardaki Tahditler ve Tahditlerin İstisnaları, Hukuk ve Adalet, Y.1, S.4, Ekim-Aralık 2004 (Tahditler)

VİNCK, Kai (Fromm, Friedrich Karl/Nordemann, Wilhelm, Urheberrecht, 9. Auflage, Stuttgart 1998) içerisinde, UrHG § 51.

VOGEL, Martin (Schricker, Gerhard, Urheberrecht, München, 2006) içerisinde, UrHG § 50

WALDENBERGER, Arthur, (NİCOLİNİ, Käte/ AHLBERG, Hartwig, Möhring/Nicolini Urheberrechtsgesetz, 2. Auflage, München, 2000) içerisinde, UrHG § 51.

WİLD, Gisela, (Schricker, Gerhard, Urheberrecht, 3. neubearbeitete Auflage, München, 2006), içerisinde UrHG § 97.

WOLPERT, Fritz, Der Schutz der Melodie im neuen Urheberrechtsgesetz, UFİTA 50/Teil C, (1967/3)

YARSUVAT, Duygun, Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, İstanbul, 1984

YASAMAN, Hamdi, Fikir ve Sanat Eserlerinde İyiniyet ve Dürüstlük Kuralı, Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2006

YILMAZ, Murat, Dijital Kütüphanelerde, Elektronik Veri Tabanlarında ve Multimedya Ürünlerinde Telif Hakkı Sorunu, FMR, C.5, S. 2005/1

YUSUFOĞLU, Fülarya, Eseri Meydana Getirenlerin Mali Hak Sahibi Sayılmadıkları Haller, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C.2, İstanbul, 2003

ZEVKLİLER, Aydın/ACABEY, M. Beşir/GÖKYAYLA, K. Emre, Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara, 2000