

İSTANBUL BAROSU

**Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli
Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun
Tasarısı'nın Son Metnindeki**

F S E K

İle İlgili Hükümler

ve

Eleştirilerimiz

Dr. Gürsel ÜSTÜN

**İSTANBUL BAROSU DERGİSİ 2007/1 SAYI
AYRI MAKALE**



İSTANBUL BAROSU YAYINLARI

İstiklal Caddesi, Orhan Adli Apaydın Sokak, Baro Han

Tel: (0212) 251 63 25 • Faks: (0212) 293 89 60

e-mail: info@istanbulbarosu.org.tr

**Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda
Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nın Son Metnindeki
FSEK
İle İlgili Hükümler ve Eleştirilerimiz**

Dr. Gürsel ÜSTÜN*

1 Giriş

Makalemizin konusu oluşturan ve “*Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı*” olarak tanımlanan Kanun Tasarısı'nın amacı “*Türk Ceza Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu ve Kabahatler Kanunu hükümleri dikkate alınmak suretiyle, ceza hükmü içeren kanunlarda yer alan hükümlerin, bu kanunlarla uyumlu hâle getirilmesi, ayrıca, bazı suçların unsurlarında 5237 sayılı Kanuna uyum sağlanması*” şeklinde özetlenebilir. Ancak, aşağıda ayrıntılı olarak irdeleneceği gibi, özellikle Tasarı'nın Adalet Komisyonu'na sevk edilen ilk metninden, enazından FSEK kapsamında yapılan değişikliklerle, anılan amacın dışına çıkılarak, özellikle “*eser sahibi*” aleyhine haksız hükümler de getirilmek istendiği izlenimine varılması mümkün idi. Bunun nedeni -belki de- Tasarı'nın ilk metninin salt “*Ceza Hukuku*” gözlüğüyle hazırlanmış olması ve Fikri Hukuk'un temel ilkeleri görmezden gelinmiş olması idi. Tasarı'nın ilk metnindeki; Anayasa'daki “*eşitlik ilkesi*” uyarınca getirildiği ileri sürülen bazı hükümler ise, fiziki mülkiyet sahipleri ile fikri mülkiyet sahipleri “*eşit konum*”da olmadığından⁽¹⁾ -belki de- Anayasa'ya aykırı nitelik taşımakta idi. Böylece, sonuç olarak, Tasarı'nın ilk metniyle -bilerek veya bilmeyerek- “*eser sahibi*” aleyhine bazı ifadelerin FSEK kapsamına alınması amaçlanmıştı; ya da enazından böyle bir izlenim gündeme gelebilecek idi.

Adalet Komisyonu tarafından yapılan değişiklikler sonucunda, Tasarı'nın ilk metnindeki, eser sahibi aleyhine sonuçlar oluşturabilecek bazı hükümler iyileştirilmiştir; ancak, Tasarı'nın son metninde dahi, olumlu

(*) İTÜ Mimarlık Fak. Endüstriyel Tasarım Bölümü Tasarım Hukuku Öğr. Görevlisi

bazı hükümler yanında, hatalı ve eser sahibi aleyhine bazı hükümler de yer almaktadır. Şunu eklemek gerekir ki, Adalet Komisyonu tarafından yapılan değişikliklerin de gösterdiği gibi, Tasarı'nın amacı, sadece “ceza yasalarıyla uyum” olmayıp, bu “vesile” ile FSEK kapsamındaki “sair değişiklikleri” de gerçekleştirmektir. Dolayısıyla, bu çalışmanın amacı, Tasarı'daki ve Yasa'daki hataların düzeltilmesi için çaba gösterilmesi yanında -bu vesileyle- birkaç hatalı hükmün de değiştirilmesi gereğini tartışmaya açmaktır.

2 Tasarı'nın FSEK açısından Kapsamı

Anılan Kanun Tasarısı'nın Adalet Komisyonu'nda kabul edilen son metni ile Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki dört hüküm Kanun'dan çıkarılmakta ve ayrıca on madde değiştirilmektedir. Çıkarılan hükümler FSEK. m. 73 - FSEK. m. 74 - FSEK. m. 79 ve FSEK m. 80'in son fıkrası olup, değiştirilenler ise FSEK. m. 68 - FSEK. m. 71 - FSEK. m. 72 - FSEK. m. 75 - FSEK. m. 76 - FSEK. m. 77 - FSEK. m. 81 - FSEK. m. 85 - FSEK. m. 86 ve bunlara ek olarak FSEK. ek. m. 10'dan ibaret gibi imiş görünmektedir. Oysa, Tasarı'nın Adalet Komisyonu'nda (kısmen de olsa) iyileştirilmiş son metninden dahi -aslında örneğin- FSEK. m. 52 gibi “eser sahibi” lehine ve “emredici” nitelikteki bazı hükümlerin “delinmek istenildiği” izlenimine varılması hiç de zor değildir.

2.1 Tasarı'daki hükümlerin İzahı ve Eleştirilerimiz

Aşağıda, Tasarı'daki, FSEK kapsamındaki “değişiklikler”in son metinleri (Tasarı'daki önceki metinlere ve değişiklik gerekçelerine dipnotlarda veya makale sonunda yer verilerek) ayrı başlıklar altında iletilecek ve bu “değişiklikler” ile “ilga edilen hükümler”e ilişkin görüşlerimiz tartışmaya açılacaktır. Yukarıda belirtildiği gibi, Tasarı'nın yegane amacının “ceza yasalarıyla uyum” olmadığı açık olduğuna göre, bu vesileyle, FSEK kapsamında değiştirilmesi gereken birkaç hüküm ile ilgili düşüncelerimizin de belirtilmesinde hiçbir sakınca olmadığı düşünülmektedir.

Şunu eklemek gerekir ki, anılan Tasarı'da, AB müktesabata ile “uyum” bahane edilerek, bu “sözde amaç” ile hiçbir ilgisi olmayan (FSEK kapsamı dışında) pekçok hükmün de Türk Hukuku'na “yama yapılmaya” çalışıldığı izlenimine varmak hiç de zor değildir.

2.1.1 FSEK. m. 68 açısından

Tasarı'nın Adalet Komisyonu tarafından değiştirilmiş olan metnindeki FSEK. m. 68 ile ilgili kısım şu şekildedir⁽²⁾:

(2) Tasarı'nın Adalet Komisyonu'na gelen (önceki) metnindeki 43.fıkrasının (a) bendinde ise FSEK.m.68 açısından şu ifade bulunmakta idi:

“68 inci madde aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Madde 143- 5/12/1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 68 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 68 - Eseri, icrayı, fonogramı veya yapımları hak sahiplerinden bu Kanuna uygun yazılı izni almadan, işleyen, çoğaltan, çoğaltılmış nüshaları yayan, temsil eden veya hertürlü işaret ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletenlerden, izni alınmamış hak sahipleri sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebilir.

İzinsiz çoğaltılan kopyalar satışa çıkarılmamışsa hak sahibi çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların imhasını veya üretim maliyet fiyatını geçmeyecek uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesini ya da sözleşme olması durumunda isteyebileceği miktarın üç kat fazlasını talep edebilir. Bu husus, izinsiz çoğaltanın huku-ki sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

İzinsiz çoğaltılan kopyalar satışa çıkarılmışsa hak sahibi, tecavüz edenin elinde bulunan nüshalar hakkında ikinci fıkradaki şıklardan birini kullanabilir.

İkinci ve üçüncü fıkraların eser sahibinden başka hak sahiplerince uygulanabilmesi için eser sahibinin bu Kanunun 52 nci maddesine uygun yazılı çoğaltma izni aranır.

Hak sahiplerinden biri ikinci ve üçüncü fıkralar uyarınca talepte bulduklarında Ceza Muhakemesi Kanununun el koymaya ilişkin hükümleri delil elde etmek amacı dışında uygulanmaz.

Bedel talebinde bulunan kişi, tecavüz edene karşı onunla bir sözleşme yapmış olması halinde haiz olabileceği bütün hak ve yetkileri ileri sürebilir.⁽³⁾

Eser, eser sahibinin izni olmadan çevrilmiş, sözleşme dışı veya sözleşmede belirtilen sayıdan fazla basılmış, diğer biçimde işlenmiş veya radyo-televizyon gibi araçlarla yayınlanmış veya temsil edilmiş ise; izni alınmamış eser sahibi, sözleşme yapılmış olması hâlinde isteyebileceği bedelin veya emsal veya rayiç bedel itibarıyla uğradığı zararın en çok üç kat fazlasını isteyebilir.

Bedel talebinde bulunan kişi, tecavüz edene karşı onunla bir sözleşme yapmış olması hâlinde haiz olabileceği bütün hak ve yetkileri ileri sürebilir”

(3) Adalet Komisyonu'nun FSEK.m.68 ile ilgili “değişiklik gerekçesi” şöyledir :

“5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 68 inci maddesinde değişiklik yapılmasını öngören kırküçüncü fıkranın (a) bendi, maddenin birinci fıkrası yeniden düzenlenerek, ‘eser’ ibaresinin yanı sıra ‘icra, fonogram ve yapımları’ ibarelerine de yer verilmiştir. Maddeye ikinci ve üçüncü fıkralar olarak eklenen yeni fıkralarda, izinsiz olarak çoğaltılan kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların özel hukuk hükümlerine göre nasıl bir işleme tabi tutulacağı hususuna ilişkin düzenleme yapılmıştır. Böylece hakkı ihlal edilen kişiye hak ihlalinin önlenmesi ve etkilerinin mümkün olduğunca azaltılması amacıyla maddi olarak tercihi bulunma yetkisi tanınmaktadır.

Maddeye eklenen dördüncü fıkrada, ‘ikinci ve üçüncü fıkraların eser sahibinden başka hak sahiplerince uygulanabilmesi için eser sahibinin bu Kanunun 52 nci maddesine uygun yazılı çoğaltma izni aranır.’ hükmüne yer verilmiştir. Maddeye eklenen beşinci fıkraya hükmüyle, ceza muhakemesi hukukunda koruma tedbiri olarak elkoymaya bir sınırlama getirilmektedir. Buna göre şayet hak sahibi ikinci ve üçüncü fıkralardaki tercih yetkisini kullanmadığı takdirde, suçun konusunu oluşturan eşyanın tamamına elkonulabilecektir. Buna karşılık, hak sahibi ikinci ve üçüncü fıkralardaki tercih yetkisini kullanmışsa, sadece maddi gerçeğin araştırılmasına yönelik delil elde etmek amacıyla elkoyma koruma tedbiri uygulanabilecektir.

Görüldüğü gibi, (eski) FSEK.m.68.f.1.c.2'deki "Bu bedelin tespitinde öncelikle meslek birliklerinin görüşü alınır" şeklindeki ifade, isabetli olarak, metinden çıkarılmıştır⁽⁴⁾; ayrıca, birinci fıkra, eser sahipleri yanında, (yayıncı dışındaki) bağlantılı hak sahiplerinin de FSEK.m.68 uyarınca "mutad sözleşme bedelinin üç katı"nı isteyebileceklerine açıklık getirecek ifadelerin eklenmesi de doğrudur. Ayrıca, sürekli olarak "yanlış anlamalar"a neden olan, mevcut FSEK.m.68'deki "uğradığı zararın üç katı" şeklindeki ifadenin madde metninde çıkarılması da fevkalade isabetli olmuştur⁽⁵⁾.

Ancak, yeni dördüncü fıkradaki "İkinci ve üçüncü fıkraların eser sahibinden başka hak sahiplerince uygulanabilmesi için eser sahibinin bu Kanunun 52 nci maddesine uygun yazılı çoğaltma izni aranır" ifadesi, amaç sözkonusu iznin varlığına açıklık getirmek olsa dahi, gereksiz bir fazlalık niteliğindedir. Çünkü, ikinci ve üçüncü fıkradaki olanaklardan yararlanılabilmesi için, bağlantılı hak sahiplerince -esasen- eser sahiplerinden FSEK.m.52 hükmüne uygun yazılı izin alınması zorunludur ve FSEK.m.80.f.1 hükmü de bunu teyit etmektedir. Dolayısıyla (yeni) Tasarı'daki FSEK.m.68.f.4 hükmünün sözkonusu metni -ileride- eser sahipleri aleyhine, bağlantılı hak sahipleri lehine, örneğin (özetle) "Birinci fıkra da belirtilen (çoğaltma dışındaki) işleme, çoğaltılmış nüshaları yayma, temsil veya hertürlü işaret ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim için eser sahibinin 52 nci maddeye uygun izni artık aranmamaktadır" şeklinde, fevkalade tehlikeli yorumlara yol açabilecektir. Çünkü, birinci fıkra da "izin"den söz edilmekle beraber, bu izin icra-fonogram-yapım sahiplerinin eser sahiplerinden alacağı "izin" anlamında olmayıp, bunları kullananların icra-fonogram-yapım sahiplerinden alması gereken yazılı izin mahiyetindedir.

Adalet Komisyonu'na gelen -önceki- Tasarı metni ile 80. maddenin onuncu fıkrasına eklenen "ikinci fıkra"daki "Bu maddede belirlenen hak-

Bu durumda, yürütülen soruşturma ve kovuşturma kapsamında suçun konusunu oluşturan izinsiz olarak çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzeri araçların tamamına elkonulması yoluna gidilmeyecektir. 68 inci maddeye eklenen bu fıkralarla maddenin ikinci fıkrası altıncı fıkra olarak teselsül ettirilmiştir.

Alt Komisyon tarafından, yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere yapılmış olan bu değişiklik, Komisyonumuzca da uygun görülmüş ve söz konusu bent, 143 üncü madde olarak kabul edilmiştir"

(4) FSEK.m.68.f.1'deki "Bu bedelin tespitinde öncelikle meslek birliklerinin görüşü alınır" şeklindeki son cümlelerin sakıncaları için bkz. ÜSTÜN, G., "Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda 4630 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişiklikler ve Eleştirilerimiz" (makale), İstanbul Barosu Dergisi (İBD), Mart 2001 (s.110-228) s.168-169

(5) Anılan hatalı ifade, aslında FSEK.m.70.f.2'de yeralan "zarar" kavramı ile çelişmekte ve eser sahibi veya malî hak sahibinin "kâr yoksunluğunun üç katı"nı isteyebileceği şeklinde fevkalade yanlış yorumlara neden olmakta idi; bkz. ÜSTÜN, G., Fikri Hukukta Maddi Tazminat Davaları, İstanbul 1995 (yayımlanmış ancak alenileşmemiş Doktora Tezi) s.261 dipnot 516; ayrıca bkz. PİROĞLU, Ü., "FSEK 68'in Farklı Konumu" (makale), Yargıtay Dergisi, Ekim 2004; ÜSTÜN, G., Fikri Hukukla İlgili Bilirkişi Raporları II, İstanbul 2001, s.15-16; ÜSTÜN, G., "Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda 4630 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişiklikler ve Eleştirilerimiz", İstanbul Barosu Dergisi (İBD), Mart 2001 (s.110-228), s.167-168; FSEK.m.68'deki bedel talebinin ileri sürülebilmesi için, eser sahibinin veya halefinin herhangi bir zararın kanıtlanmasına gerek olmadığına ilişkin isabetli bir Yargıtay Kararı'ndaki "68 inci madde hükmü tazminat davalarındaki zarar miktarını isbat külfeti gibi ağır bir külfete katlanmaya ihtiyaç olmaksızın hak sahiplerinin zararlarını karşılamayı hedef tutması bakımından.." ifadesi için bkz. 4.HD. 18.7.1958 T., 957/7180 E., 5077 K; OLGAC, S., Fikir Hakları ve Yayın Sözleşmeleri, Ankara 1979, s.92-93.

ların kullanılması ile ilgili olarak icracı, fonogram yapımcısı, radyo televizyon yayıncısı veya film yapımcısının izninin varlığı hâlinde, cezaya hükümlenmez” ifadesi -muhtemelen- eser sahiplerinin haklarını koruyan meslek birliklerince gündeme getirilen itirazlar üzerine, Tasarı metninden çıkarılmış iken⁽⁶⁾, acaba, (yeni) 68. maddedeki sözkonusu dördüncü fıkra ile, eser sahipleri için daha da ağır bir hüküm getirilmek mi istenmektedir? Eğer böyle bir kasıt yoksa, (yeni) 68. maddedeki sözkonusu dördüncü fıkra şöyle olmalıdır : “Birinci, ikinci ve üçüncü fıkraların eser sahibinden başka hak sahiplerince uygulanabilmesi için eser sahibinin bu Kanunun 52 nci maddesine uygun yazılı çoğaltma izni aranır”

Şunu eklemek gerekir ki, FSEK.m.68 hükmünde yapılan (yeni beşinci fıkra dışındaki) değişikliklerin Tasarı'nın genel amacı olan “temel Ceza Yasalarıyla uyum” ile nasıl bir ilişkisi olduğunu anlamak mümkün olmadığı gibi, anılan hükümde “yayıncı” ve “film yapımcısı”na neden değinilmediği de meçhuldür. Oysa, FSEK.m.80'de “Bir sinema eserinde, olağan şekilde adı bulunan gerçek ve tüzel kişi aksine bir kanıt bulunmadıkça film ilk tespitini gerçekleştiren yapımcı olarak kabul edilir” şeklinde - FSEK.m.52 hükmüne aykırı- bir ifade bulunmaktadır ve Tasarı'nın yegane amacının “ceza yasalarıyla uyum” olmadığı açıkça anlaşıldığına göre, hazır fırsat varken, FSEK.m. 80'deki anılan hatalı ifadenin de düzeltilmesi gerekmektedir idi⁽⁷⁾.

2.1.2 FSEK.m.71 açısından

Tasarı'nın Adalet Komisyonu tarafından değiştirilmiş olan metnindeki FSEK.m.71 hükmü ile ilgili kısım şu şekildedir⁽⁸⁾ :

“Madde 144- 5846 sayılı Kanununun 71 inci maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

1. Manevî, mali veya bağlantılı haklara tecavüz

Madde 71- Bu Kanunda koruma altına alınan fikir ve sanat eserleriyle ilgili manevî, mali veya bağlantılı hakları ihlal ederek:

(6) Hatta, FSEK.m.80'de yapılmak istenen değişikliklerin tümü Adalet Komisyonu'nca metinden çıkarılmış iken, Tasarı'daki FSEK.m.68.f.4 hükmü olduğu gibi kalmıştır.

(7) FSEK.m.80'deki anılan hatalı ifade ile ilgili eleştirilerimiz için bkz. ÜSTÜN, G., “Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda 4630 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişiklikler ve Eleştirilerimiz”, İstanbul Barosu Dergisi (İBD), Mart 2001 (s.110-228), s.182 ve sonnot 76; ayrıca bkz. ÜSTÜN, G., “Küreselleşmeden Kaynaklanan Eser Sahibi Aleyhine Eğilimler ile Mali Haklardaki Tahditler ve Tahditlerin İstisnaları” (makale), Hukuk ve Adalet Dergisi, Yıl 1, Sayı 4, İstanbul Ekim-Aralık 2004, (s.118-s.175), s.119, s.127 ve dipnot 23-24, s.128-129 ve dipnot 27; eğer, anılan eleştirilerimiz gözönüne alınsa idi, FSEK.m.80'deki anılan hükmün de ilgası veya (FSEK.m.52 hükmüne uygun şekilde) düzeltilmesi de gündeme gelebilecek idi; ayrıca bkz. aşağıda dipnot 34 civarı

(8) Adalet Komisyonu'na gelen (önceki) Tasarı'nın 43.fıkrasının (b) bendinden ise FSEK.m.71 hükmünün şu metinle değiştirilmek istenildiği anlaşılmakta idi:

“71 inci madde başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Manevî ve mali haklara tecavüz

Bu Kanunda koruma altına alınan fikir ve sanat eserleriyle ilgili manevî ve mali hakları ihlal ederek:

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

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

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

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

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

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

Bu Kanununun Ek 4. maddesinin birinci fıkrasında bahsi geçen fiilleri yetkisiz olarak işleyenler ile bu Kanunda tanınmış hakları ihlâl etmeye devam eden bilgi içerik sağlayıcılar hakkında, fiilleri daha ağır cezayı ge-

1. Bir eseri hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın bir ticari faaliyet çerçevesinde işleyen, çoğaltan, dağıtan, yayan, elektronik ortam da dahil olmak üzere yayımlayan ya da hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri satışa arz eden, satan, ticarî amaçla satın alan, ithal veya ihraç eden, elinde bulunduran ya da depolayan kişi hakkında bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

2. Bir eserin, bu Kanun hükümlerine aykırı olarak, eğlence yeri niteliğindeki bir ticari işletme bünyesinde gösterime sunulması veya dinletilmesi hâlinde fail (1) numaralı bent hükmüne göre cezalandırılır.

3. Yazılı izin olmamasına rağmen, (1) ve (2) numaralı bentlerdeki fiillerin hak sahibinin izniyle gerçekleştirildiğinin anlaşılması hâlinde kişi, ceza hukuku bakımından sorumlu tutulmaz.

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

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

6. Bir fikri ürünü, tanınmış bir başkasının adını kullanarak çoğaltan, dağıtan, yayan veya yayımlayan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılır.

7. Aralarında mevcut sözleşme hükümlerine aykırı olduğunu bildiği hâlde bir eseri çoğaltan, dağıtan, yayımlayan, satışa arz eden veya satan kişi beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır”

rektiren bir suç oluşturmadığı takdirde, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

Hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı satışı arz eden, satan veya satın alan kişi, kovuşturma evresinden önce bunları kimden temin ettiğini bildirerek yakalanmalarını sağladığı takdirde, hakkında verilecek cezadan indirim yapılabileceği gibi ceza vermektен de vazgeçilebilir.⁽⁹⁾

Öncelikle şu hususu belirtmek gerekir ki, (yeni) FSEK.m.71 hükmü hem manevi hem de mali haklara tecavüz hallerine ilişkin cezai yaptırımları içerdiği için -bazan- önceki FSEK.m.72’de değinilen suç eylemlerini de kapsamaktadır.

FSEK.m.71’deki değişiklikler ve ekler ile görüşlerimiz şöyledir :

a) Düzgün bir Türkçe kullanılması amacıyla, gerek bu maddedeki, gerekse adli para cezası içeren diğer hükümlerdeki -örneğin- “beş yıla kadar adli para cezası” şeklindeki ifadelerin, 5237 sayılı TCK.m.52’deki “karşılığı” sözcüğü eklenerek ve “gün” bazında, -örneğin- “1825 gün karşılığı adli para cezası” şeklinde düzeltilmesi gerekmektedir.

b) Mevcut FSEK.m.71 hükmünün başlangıcındaki “*Bu Kanunun hükümlerine aykırı olarak kasten*” ifadesinin metinden çıkarılması eser sahipleri veya bağlantılı hak sahipleri lehine bir unsurdur⁽¹⁰⁾. Çünkü, anılan

(9) Adalet Komisyonu’nun FSEK.m.71 ile ilgili “değişiklik gerekçesi” şöyledir :

“5846 sayılı Kanunun 71 inci maddesinde değişiklik yapılmasını öngören, fıkranın (b) bendinde, maddenin başlığı madde metninde yapılan değişikliğe paralel olarak ‘1. Manevi, mali veya bağlantılı haklara tecavüz’ şeklinde değiştirilmiştir. Keza, maddenin birinci fıkrasındaki ‘manevi ve mali hakları’ ibaresi ‘manevi, mali veya bağlantılı hakları’ olarak değiştirilmiştir. Birinci fıkranın (1) numaralı bendinde yapılan değişiklikle suçun konusu olarak ‘eser’ ibaresinin yanı sıra ‘icra, fonogram ve yapım’ ibarelerine de yer verilmiştir. ‘bir ticari faaliyet çerçevesinde’ ibaresi bent metninden çıkarılmıştır. Suçu oluşturan seçimlik hareketlerle bağlantılı olarak, ‘işleyen’ ibaresinden sonra gelmek üzere ‘temsil eden’, ‘elektronik ortam da dahil olmak üzere’ ibaresi yerine, ‘dağıtan’ ibaresinden sonra gelmek üzere ‘her türlü işareti, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma ileten’, ‘yayan’ ibaresi yerine, ‘satan’ ibaresinden sonra gelmek üzere ‘kiralamak, ödünç vermek veya sair şekilde yayan’, keza, ‘elinde bulunduran’ ibaresinden önce gelmek üzere ‘kişisel kullanım amacı dışında’ ibarelerine yer verilmiştir. Birinci fıkranın (1) numaralı bendine gerek suçun konusu gerek suçu oluşturan seçimlik hareketler bakımından yapılan eklemeler dolayısıyla fıkranın (2) ve (3) numaralı bentleri metinden çıkarılmış ve diğer bent numaraları buna göre teselsül ettirilmiştir. Fıkranın (4) numaralı bent olarak teselsül ettirilen (6) numaralı bendinde yer alan ‘eser’ ibaresinin yanı sıra ‘icra, fonogram ve yapım’ ibarelerine de yer verilmiştir. Birinci fıkranın (1) numaralı bendindeki düzenleme karşısında fıkranın (7) numaralı bendi metinden çıkarılmıştır. 71 inci maddenin yapısının tamamen değişmesi dolayısıyla, Kanunun bu maddeye yollamada bulunan ek 4 üncü maddesindeki yükümlülüklerle aykırılığın yaptırımını belirlemek amacıyla, 71 inci maddeye ‘Bu Kanunun ek 4 üncü maddesinin birinci fıkrasında bahsi geçen fiilleri yetkisiz olarak işleyenler ile bu Kanunda tanınmış hakları ihlâl etmeye devam eden bilgi içerik sağlayıcılar hakkında, fiilleri daha ağır cezağı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.’ şeklinde ikinci fıkra eklenmiştir. Maddeye üçüncü fıkra olarak eklenen yeni fıkrada etkin pişmanlık hükümlerine yer verilmiştir.

Alt Komisyon tarafından, yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere yapılmış olan bu değişiklik, Komisyonumuzca da uygun görülmüş ve söz konusu bent, 144 üncü madde olarak kabul edilmiştir”

(10) Aşağıda belirtileceği gibi, aynı değişiklik FSEK.m.72 hükmü için de sözkonusu olup, ayrıca, FSEK.m.73’deki “kastен” sözcüğü de metinden çıkarılmıştır.

değişiklik sonucunda FSEK.m.71'de tanımlanan suç eylemlerinin “tak-sir”te işlenmesi halinde de failin cezalandırılması mümkün olabilecektir⁽¹¹⁾.

c) Mevcut FSEK.m.71-m.72.f.1.b.3-m.73.f.1.b.2'deki “iki yıl” olan bazı hapis cezalarının asgari haddinin “üç ay”a indirilmesi, mütecevizler lehine olup olumsuz niteliktedir; oysa, patentlerle ilgili 551 sayılı KHK.m.73a.'da, tasarımlarla ilgili 554 sayılı KHK.m.48a.f da ve markalarla ilgili 556 sayılı KHK.m.61a'da cezanın asgari haddi bir yıl olarak varlığını sürdürmektedir.

d) Tasarı'nın Adalet Komisyonu'na gelen (önceki) metninde bulunmayan (bir eseri) “değiştiren” ifadesinin birinci fıkraya eklenmesi isabetlidir; ancak, bu ifadenin, suç tanımına açıklık getirmek amacıyla (önceki 5. benttekine benzer şekilde) “*eser sahibinin veya bağlantılı hak sahibinin yazılı izni olmaksızın değiştiren*” şeklinde değiştirilmesinde yarar vardır.

e) İkinci bentteki “Başkasına ait esere, kendi eseri olarak ad koyan kişi” ifadesi, ceza hukuku açısından, yetersiz ve muğlak olup bu ifadeyle (muhtemelen) alenileşmiş eserler kastedildiğinden, “Başkasına ait esere, kendi eseri olarak ad koyan ve böylece açıklayan kişi” şeklinde değiştirilmelidir.

f) Üçüncü bentteki “*kaynak göstermeksizin iktibas*” şeklindeki suç tanımının, bilimsel eserlerdeki “fikirler”in dahi -kaynak gösterilmeden alıntılanmasını kapsayacak şekilde genişletilmesi ve “*Bir eserden kaynak göstermeden iktibasta bulunan kişi*” ifadesinin “*Bir eserden kaynak göstermeden iktibasta bulunan veya bir bilimsel eserdeki fikirleri kendi eserinde kaynak göstermeden kullanan kişi*” şeklinde değiştirilmesi gerekmektedir⁽¹²⁾.

(11) Nitekim, doktrinde önceki FSEK.m.71'deki anılan ifadeye değinilirken “Yukarıda yer alan eylemlerin kasten işlenmesi gerekir. Yani fail yapmış olduğu hareketi ve bu hareketten doğacak bütün sonuçları bilecek ve isteyecektir. Taksirle hareket edilmesi halinde bu suçlar meydana gelmez .. Başka bir ifade ile.. suçunun faili, kanun hükümlerine aykırı olarak eser sahibinin manevi haklarına saldırıda bulunduğunu bilecek ve isteyecektir” denilmektedir; bkz. YARSUVAT, D., Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, İstanbul 1984, s.231

(12) Bilimsel eserdeki fikirlerden kaynak gösterilmeden yararlanılmasının “mealen intihal” oluşturduğuna ilişkin olarak “İktibas ya ‘aynen’ veya ‘mealen’ olur. Aynen iktibas yararlanılan eserdeki kelime, cümle veya ifade tarzının olduğu gibi yeni esere aktarılmasıdır. İlim ve edebiyat eserlerinde bu tür iktibasın tınak içinde gösterilmesi gerekir. ‘Mealen iktibas’ ise yararlanılan eserdeki fikirlerin iktibası yapanın kendi cümleleri, ifade tarzı ve üslubuyla aktarılmasıdır .. İktibas ister aynen, ister mealen yapılmış olsun, yeni eserde yararlanılan parçaların iktibas edilmiş olduğu, yani başka bir esere ve eser sahibine ait bulunduğu açıkça belirtilmelidir. Ancak sadece iktibasın belli edilmesi de yeterli değildir; ayrıca kaynak gösterilmeli, yani yararlanılan eserin ve eser sahibinin adı da belirtilmelidir. İlim eserlerinde bundan başka iktibas edilen kısmın, yararlanılan eserin neresinden, hangi sayfasından alındığı da açıklanmalıdır (FSEK md. 35/son. fık.). Gerekli şekil şartlarına uyulmadan yapılan iktibas ‘intihal’ denilen duruma yol açar” şeklindeki isabetli görüş için bkz. EREL, Ş., Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara 1998, s.206; ayrıca “Başkalarına ait fikirler, ister aynen alınsın, ister araştırmacının kendi üslup ve ifadesiyle aktarılmış olsunlar, normal olarak alındıkları kaynağın gösterilmesi gerekir. Bilimsel araştırmalarda kaynak gösterme, bilim ahlakının bir gereği olduğu kadar, çalışmanın doğruluk ve güvenirliliğinin de bir kanıtı sayılır (150)” ifadesi için bkz. ALBAYRAK, M. “Fikir Ve Sanat Eserleri Kanununda Düzenlenen Suçlar” (makale), Adalet Dergisi sayı 16; (Halil Seyidoğlu; Bilimsel Araştırma ve Yazma El Kitabı, İstanbul, 2000, s.156'dan naklen); Yargıtay Tetkik Hakimi Sayın Albayrak'ın bu makalesi için bkz. www.adalet.gov.tr

g) İkinci ve üçüncü bentteki eylemler birbiriyle irtibatlı olduğu halde, çok farklı cezaların öngörülmesi doğru olmamıştır.

h) Tasarı'nın Adalet Komisyonu'na gelen (önceki) metnindeki yedinci bentte yeralan “Aralarında mevcut sözleşme hükümlerine aykırı olduğunu bildiği hâlde bir eseri çoğaltan, dağıtan, yayan, yayımlayan, satışa arz eden veya satan kişi beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır” ifadesinin Adalet Komisyonu tarafından metinden çıkarılması doğru olmamıştır. Gerçi, Tasarı'nın Adalet Komisyonu'na gelmeden önceki “gereğesi”nde Anayasanın 38. maddesinin sekizinci fıkrasındaki “Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz” şeklindeki ilkedden sözedilmektedir; ancak, burada önemli olan, mütecavizin “sözleşmede kararlaştırılan miktardan daha fazla eser nüshası çoğaltması veya yayması ya da eseri sözleşmede belirlenen sayıdan fazla temsil etmesi veya umuma iletmesi” olup, anılan eylemler -ayrıca ve öncelikle- “haksız eylem” oluşturduğundan, anılan ilkenin ihlal edilmesi sözkonusu değildir. Dolayısıyla, yeni FSEK.m.71 hükmüne bir bent daha eklenerek “sözleşmede kararlaştırılan miktardan daha fazla eser nüshası çoğaltılması veya yayılması ya da eserin sözleşmede belirlenen sayıdan fazla temsil edilmesi veya umuma iletilmesi” şeklinde bir “suç eylemi”nin tanımlanmasında hiçbir sakınca olmadığı benimsenmelidir⁽¹³⁾.

ı) Son fıkra metninin “umuma iletim” eyleminin de eklenmesiyle “Hukuka aykırı olarak üretilmiş, işlenmiş, çoğaltılmış, dağıtılmış veya yayımlanmış, umuma iletilmiş bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı satışa arz eden, satan veya satın alan ya da tekrar umuma ileten kişi, kovuşturma evresinden önce bunları kimden temin ettiğini bildirerek yakalanmalarını sağladığı takdirde, hakkında verilecek cezadan indirim yapılabileceği gibi ceza vermekten de vazgeçilebilir” şeklinde değiştirilmesi gerekir.

Tasarı'nın Adalet Komisyonu'na gelen (önceki) metnindeki 1.bentte “temsil” hakkının ihlalinden sözedilmeyip, 2.bentte bu hakkın sadece “ticari nitelikteki eğlence yerleri”ndeki ihlaline ilişkin cezai yaptırımların belirtilmesi, hatalı olduğundan, Adalet Komisyonu'nca yapılan değişiklik sonucunda birinci bente “temsil hakkı”nın da eklenmesi ve “Bir eserin, bu Kanun hükümlerine aykırı olarak, eğlence yeri niteliğindeki bir ticari işletme bünyesinde gösterime sunulması veya dinletilmesi hâlinde fail (1) numaralı bent hükmüne göre cezalandırılır” şeklindeki, hak sahipleri aleyhine olan, (önceki ikinci bentteki) ifadenin metinden çıkarılması doğru olmuştur.

Tasarı'nın Adalet Komisyonu'na gelen (önceki) metnindeki 3. bentte yeralan “Yazılı izin olmamasına rağmen, (1) ve (2) numaralı bentlerdeki fiillerin hak sahibinin izniyle gerçekleştirildiğinin anlaşılması hâlinde kişi,

(13) Böylece, önceki FSEK.m.72.b.1'deki hatalı ifade düzeltilerek yeni FSEK.m.71 hükmüne ithal edilmiş olacaktır.

ceza hukuku bakımından sorumlu tutulmaz” ifadesinin Adalet Komisyonu’nca metinden çıkarılması da fevkalade isabetli olmuştur. Çünkü, anılan hükümde FSEK.m.52’den söz edilmemekle beraber, bu ifade, eser sahiplerinin -adeta- “*tapu dairesi*” mahiyetindeki⁽¹⁴⁾ FSEK.m.52 hükmünün “*delinmesi*” amacına yönelik gibi bir izlenim uyandırmakta idi. Ayrıca, anılan hükümde “*ceza hukuku bakımından sorumlu tutulmaz*” denilmekte ise de, ceza mahkemelerinin bu yöndeki (ancak hukuk mahkemelerince daha önce verilmiş “*inşai*” nitelikteki kararları dışında kalan⁽¹⁵⁾) kararlarının hukuk mahkemesini de bağlayabileceği olasılığı görmezlikten gelinmiş idi⁽¹⁶⁾.

- (14) FSEK.m.52 hükmünün önemi itibarıyla -adeta- “*Fikri Hukukun tapu dairesi olduğu*”na ilişkin olarak bkz. ÜSTÜN, G., *Fikri Hukukta İşleme Eserler*, İstanbul 2001, s.219-223, ÜSTÜN, G., “*Yargısal Uygulamada Fikri Haklar*” (makale), İstanbul Barosu Dergisi (İBD), İstanbul 1999, s 976
- (15) Doktrindeki “*Buna karşılık, inşai hükümler yalnız taraflara değil, üçüncü kişilere karşı da hüküm ifade eder*” ifadesi için bkz. KURU, B., *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt IV, İstanbul 1984, s.3552; “*. inşai tesir (Gestaltungswirkung) herkese karşı ileri sürülebilir*” ifadesi için bkz. KURU, B., *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt IV, İstanbul 1984, s.3578; “*inşai hükümler herkese karşı tesiri haizdir (inter omnes) ..*” ifadesi için bkz. ÜSTÜNDAĞ, S., *Medeni Yargılama Hukuku*, Cilt 1-2, İstanbul 1985, s.575.
- (16) *Ceza Mahkemesinin kesinleşmiş kararının hangi hallerde hukuk mahkemesini de bağlayıcı olabileceği yönündeki ilginç bir görüşteki* “*Her ne kadar, Borçlar Yasasının 53. maddesi metninde, ceza mahkemesince verilen kararların hukuk hakimini bağlayacağına ilişkin açık bir hüküm yoksa da, bu maddenin genel yorumundan ve özellikle son cümlesinin karşı anlamından, ceza mahkemesince verilen mahkumiyet kararındaki, eylemin hukuka aykırılığını ve nedensellik bağıni saptayan maddi olay konusundaki kabulünün hukuk hakimini de bağlayacağı hem bilimsel, hem de kökleşmiş içtihatlarla benimsenmiş bulunmaktadır. Esasen HMUK. nun kesin kanıtla ilişkin 295. maddesinin 1.fikrasının hükmü de Borçlar Yasasının 53. maddesi hükmünün bu biçimde yorumlanmasını gerektirmektedir; bkz. 4.HD. 19.3.2001 gün 2000/12073 E. 2001/2587 sayılı kararı (YKD.2001/10-1509) – 11. HD.26.11.1984 gün 5785-5810 sayılı kararı (YKD.1985/3-379)- HGK.16.5.1973 gün E. 1970/4-577, K. 427 sayılı kararı (İKİD.1973/2305) – HGK.11.10.1989 gün E. 11/373 K,472 sayılı kararı (Uygur,a.g.e, sf.852) –HGK.11.12.1985 gün E.9/199-1054 (YKD.1987/6-821) – 4..HD. 4.2.1992, 12957/959 (YKD.1992/5-693), 5.10.1987, 4123/7124 (YKD.1987/12-1770), 5.10.1982, 72112/8488 (Uygur, 849), 264.1976,7635/4285 (YKD.1977/10-1377)- 11.HD. 26.11.1984, 5785/5810- 13.HD. 31.5.1990,7987/3953 (YKD.1991/4-585) - 2. HD. 29.9.1998,7363/9606 (YKD.1989/4-481)..Ceza mahkemesinin, uyumsuzluk konusu bir olayın tespitine, başka bir deyişle, olayın varlığı ve bu olayın sanık tarafından işlendiğine ilişkin maddi nedensellik ilgisini tespit eden kesinleşmiş hükmü, hukuk mahkemesi yönünden de kesin hüküm demektir. Bunun nedeni, ceza yargılamasında ispat araçları bakımından, ceza hakiminin hukuktakiinden çok daha elverişli bir durumda oluşudur. Bu nedenle, ceza mahkemesinin maddi nedensellik ilgisini tespit eden kesinleşmiş hükmünün, hukuk hakimini bağlamasına, B.K. 53. maddesi de engel değildir; bkz. HGK.16.9.1981 gün E. 979/1-131, K. 1981/587 (YKD.1982/1-13);*

*Ceza mahkemesinde, haksız eylemin öğelerinden eylem, nedensellik bağı ve hukuka aykırılık yönleri saptanmış ve bunlar kesinleşmişse, bu üç öğe bakımından ceza mahkemesinin mahkumiyet ya da beraat kararı hukuk hakimini bağlayacaktır; bkz. 4. HD. 27.10.1981 gün 9167-11779 sayılı karar (Yasa HD. 1981/12-1644,no:439); Sonuç olarak ceza hakimi, suçun işlendiğini veya işlenmediğini kesinlikle saptamışsa, bu hukuk hakimini bağlayacaktır; bkz. T.Uygur, a.g.e., sf.849-852- Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, a.g.e,sf. 711-716 – Karahasan, a.g.e, sf.438 v.d. – K. Oğuzman / T. Öz., *Borçlar Hukuku*, 2000, sf. 530-533- S. Olgaç, *Borçlar Hukuku*, 1976, C.I., sf. 899-916-V. Tuhr, *Borçlar Hukuku*, sf. 412-K. Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, C.I., sf. 530” ifadeleri için bkz. ÇELİK, A.Ç, “*Tazminat Davalarında Ceza Zamanasının Uygulanması*” (makale); anılan makale için bkz. www.turabirural.av.tr/html/zamanasimi_dosyalar/zamanasimi.3htm; ancak, hukuk mahkemesinin “*inşai*” nitelikteki kararlarının ceza mahkemesince değiştirilemeyeceğini de kabul etmek gerekmektedir; aksi takdirde, toplumdaki “*adalet güvenliği*” duygusunun zedelenmiş olacağı aşikârdır.*

2.1.3 FSEK.m.72 açısından

Tasarı'nın Adalet Komisyonu tarafından değiştirilmiş olan metnindeki FSEK.m.72 hükmü ile ilgili kısım şu şekildedir⁽¹⁷⁾:

"Madde 145- 5846 sayılı Kanunun 72 nci maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

2. Koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri

Madde 72- *Bir bilgisayar programının hukuka aykırı olarak çoğaltılmasının önüne geçmek amacıyla oluşturulmuş ilave programları etkisiz kılmaya yönelik program veya teknik donanımları üreten, satışı arz eden, satan veya kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran kişi altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır"⁽¹⁸⁾*

Bu ifade (önceki) FSEK.m.73.f.1'deki (c) benti metnine benzer nitelikte olmakla beraber, madde metnine, "üreten" sözcüğünden önce gelmek üzere "kullanan" sözcüğünün eklenmesi gerekmektedir. Ayrıca, cezanın asgari haddi olan altı aylık süre, "caydırıcı" nitelikte olmadığından, arttırılmalıdır. Nitekim, 5237 sayılı TCK.m.49.f.2 uyarınca kısa süreli hapis cezasının üst sınırı bir yıl olup, TCK.m.50.f.1-a uyarınca sadece kısa süreli hapis cezaları, bazı koşulların varlığı halinde, adli para cezasına çevrilebilmekte, TCK.m.50.f.2 hükmü ise, hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesine olanak tanımamaktadır⁽¹⁹⁾.

2.1.4 FSEK.m.73 hükmünün ilgası açısından

Tasarı ile "Diğer suçlar" başlıklı (mevcut) FSEK.m.73 hükmü Yasa metninden çıkarılmış olup, Adalet Komisyonu'nun Raporu'nda bunun gerekçesine değinilmemektedir. Ancak, genel gerekçedeki bazı ifadelerden çıkarılan sonuca göre, sözkonusu "ilga"nın sebebi, FSEK.m.73'de tanımlanan bazı suç eylemlerine -artık- FSEK.m.71 kapsamında yer verildiği şeklindedir; örneğin, FSEK.m.73.f.1'deki (c) bendinde tanımlanan suç eylemi bu türdendir. Ancak, FSEK.m.73.f.1 (a) ve (b) bentlerindeki "bilmesi

(17) Tasarı'nın önceki metninin 43.fıkrasının (c) bendi ile FSEK.m.72 hükmü aşağıdaki şekilde değiştirilmekte idi:

"72 nci maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri :

Bir bilgisayar programının hukuka aykırı olarak çoğaltılmasının önüne geçmek amacıyla oluşturulmuş ilave programları etkisiz kılmaya yönelik program veya teknik donanımları üreten, satışı arz eden, satan veya ticari amaçla elinde bulunduran kişi altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır"

(18) Adalet Komisyonu'nun FSEK.m.72 ile ilgili "değişiklik gerekçesi" şöyledir :

"5846 sayılı Kanunun 72 nci maddesinde değişiklik yapılmasını öngören, fıkranın (c) bendinde, 72 nci maddede yer alan "ticari amaçla" ibaresi uygulamada ortaya çıkması muhtemel boşlukların önüne geçilmesi açısından "kişisel kullanım amacı dışında" olarak Alt Komisyonca değiştirilmiş ve bu değişiklik Komisyonumuz tarafından benimsenmiş ve söz konusu bent, 145 inci madde olarak kabul edilmiştir"

(19) YALVAÇ, G., age. s.138-139

icap ettiği” şeklindeki, eser sahibi lehine nitelikteki, ifadeden vazgeçilmesi gerekmektedir idi⁽²⁰⁾. Kaldı ki, patentlerle ilgili 551 sayılı KHK. m. 73 a.f.1/(b)’de, tasarımlarla ilgili 554 sayılı KHK.m.48a.f.1/(b)’de ve markalarla ilgili 556 sayılı KHK.m.61a.f.1/(b)’de “*bilmesi gerektiği*” ifadesi varlığını sürdürmektedir.

2.1.5 FSEK.m.74 hükmünün ilgası açısından

Mevcut FSEK.m.74 hükmü tümüyle ilga edilmiş olmakla beraber, bunun gerekçesini anlamak mümkün değildir. Gerçi, FSEK.m.74.f.1 hükmünün Anayasa’ya aykırı olduğu iddiası değerli bir Yargıç⁽²¹⁾ tarafından Anayasa Mahkemesi’ne götürülmüş, ancak, bu talebin FSEK. m. 74. f.1.c.2 ile ilgili kısmı için “5846 sayılı Yasa’nın 74. maddesinin birinci fıkrasının ikinci tümcesinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme’nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu tümceye ilişkin başvurunun Mahkeme’nin yetkisizliği nedeniyle reddine” şeklinde bir Karar verilmiş olup⁽²²⁾, FSEK.m.74 hükmünün tümüyle hukuka aykırı olmadığını, (varsa) sakıncalı ifadelerin düzeltilmesiyle yetinilmesi gerektiğini kabul etmek gerekmektedir. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi’nin vereceği Kararı beklenmeden, zaman zaman hukuk davalarında dahi -zaman zaman- “*kıyasen*” uygulanan, FSEK.m.74 hükmünün tümüyle ilgası doğru olmamıştır.

2.1.6 FSEK.m.75 açısından

Tasarı’nın Adalet Komisyonu tarafından değiştirilmiş olan metnindeki FSEK.m.75 hükmü ile ilgili kısım şu şekildedir⁽²³⁾:

“Madde 146- 5846 sayılı Kanunun 75 inci maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

II- Soruşturma ve kovuşturma

Madde 75- 71 ve 72 nci maddelerde sayılan suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması şikâyete bağlıdır. Yapılan şikâyetin geçerli kabul edilebilmesi için hak sahiplerinin veya üyesi oldukları meslek birliklerinin haklarını kanıtlayan belge ve sair delilleri Cumhuriyet başsavcılığına vermeleri gerekir. Bu belge ve sair delillerin şikâyet süresi içinde

(20) Nitekim doktrinde, anılan ifade’nin modern ceza hukukunda terkedilmiş olan bir “karine”nin ürünü olduğuna değinilmektedir; bkz. YARSUVAT, D., age. s.237; ÜSTÜN, G., “agdt” s.93 ancak, anılan “karine”nin eser sahibi lehine sonuçlar oluşturduğunu da kabul etmek gerekmektedir; bkz. ÜSTÜN, G., “Eser Sahibi Lehine Yorum İlkesi” (makale), Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR), Ankara 2006/1, s.72 dipnot 27, s.85 dipnot 57

(21) İstanbul 3. No’lu Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi’nin (o zamanki) Yargıç Uğur Çolak tarafından, FSEK.m.74.f.1 ve FSEK.m.76.f.3 hükümlerinin Anayasa’ya aykırılığı nedeniyle iptali “itiraz” yolu ile talep edilmiş bulunmaktadır.

(22) Bkz. 1996 Yılından İtibaren Anayasa Mahkemesi’nde açılan itiraz ve iptal davalarını gösteren Çizelge (1996-4.10.2006) s.222; www.Anayasa.gov.tr.

(23) Tasarı’nın ilk metnindeki 43.fıkranın (ç) bendindeki FSEK.m.75 hükmü şöyle idi:

Cumhuriyet başsavcılığına verilmemesi hâlinde kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir.

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

Şikâyet üzerine Cumhuriyet savcısı suç konusu eşya ile ilgili olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre elkoyma koruma tedbirinin alınmasına ilişkin gerekli işlemleri yapar. Cumhuriyet savcısı ayrıca, gerek görmesi hâlinde, hukuka aykırı olarak çoğaltıldığı iddia edilen eserlerin çoğaltılmasıyla sınırlı olarak faaliyetin durdurulmasına karar verebilir. Ancak, bu karar yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunulur. Hâkim tarafından yirmidört saat içinde onaylanmayan karar hükümsüz kalır^{*(24)}

Tasarı'nın "gerekeşi"nde belirtildiği gibi, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda şahsî hak davasına yer verilmediği için, mevcut FSEK.m.75.f.1'deki "Bu madde hükümlerinin uygulanmasında 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 344 üncü maddesinin birinci fıkrasının (8) numaralı bendi uygulanmaz" ifadesinin metinden çıkarılması isabetli olduğu gibi, mevcut FSEK.m.75.f.1'deki ". bu Kanunun 76 ıncı maddede hükümleri saklıdır" ifadesinin metinden çıkarılması da, aşağıda izah edileceği gibi, doğru olmuştur. Ayrıca, yukarıdaki metinde yeralan "Yapılan şikâyetin geçerli kabul edilebilmesi için hak sahiplerinin veya üyesi ol-

"5846 sayılı Kanunun 75 inci maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Soruşturma ve kovuşturma

71, 72 ve 80 inci maddelerde sayılan suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması şikâyete bağlıdır. Yapılan şikâyetin geçerli kabul edilebilmesi için hak sahiplerinin haklarını kanıtlayan belge ve sair delilleri Cumhuriyet başsavcılığına vermeleri gerekir. Bu belge ve sair delillerin şikâyet süresi içinde Cumhuriyet başsavcılığına verilmemesi hâlinde kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir.

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

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

(24) Adalet Komisyonu'nun FSEK.m.75 ile ilgili "değişiklik gerekeşi" şöyledir :

"5846 sayılı Kanunun 75 inci maddesinde değişiklik yapılmasını öngören, fıkranın (c) bendinde, maddenin birinci fıkrasında yer alan '71, 72 ve 80 inci' ibaresi '71 ve 72 nci' olarak değiştirilmiştir. Söz konusu fıkraya 'hak sahiplerinin' ibaresinden sonra gelmek üzere uygulamada ortaya çıkması muhtemel sorunların önüne geçilmesi amacıyla 'veya üyesi oldukları meslek birliklerinin' ibaresi Alt Komisyonca eklenmiştir. Maddeye yapılmış olan bu ekleme, Komisyonumuz tarafından benimsenmiş ve söz konusu bent, 146 ncı madde olarak kabul edilmiştir"

dukları meslek birliklerinin haklarını kanıtlayan belge ve sair delilleri Cumhuriyet başsavcılığına vermeleri gerekir. Bu belge ve sair delillerin şikâyet süresi içinde Cumhuriyet başsavcılığına verilmemesi hâlinde kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilir” ifadesi de, özellikle şikâyet hakkını (FSEK.m.76.f.3 hükmünün hatalı uygulamasına benzer şekilde) kötüye kullanmak eğiliminde olan meslek birliklerinin engellenmesi açısından, fevkalade isabetli olmuştur. Böylece, tüm üyelerinden yetki belgesi veya eser devir belgesi ya da icra devir belgesi gibi zorunlu belgeleri almadan, tüm üyeleri adına şikâyetle bulunan meslek birliklerinin olumsuz davranışları önlenebilecektir. Kanımızca, aşağıda değinileceği gibi, FSEK.m.76 hükmüne de bu yönde bir ifade eklenmesinde yarar vardır.

FSEK.m.75'deki şikâyet süresi, 5237 sayılı TCK.m.73/1'deki (eski TCK.m.108'deki) altı aylık süredir; oysa, patentlerle ilgili 551 sayılı KHK.m.73a.'da, tasarımlarla ilgili 554 sayılı KHK.m.48a'da ve markalarla ilgili 556 sayılı KHK.m.61a'da, şikâyet süresi, fiil ve failden haberdar olma tarihinden itibaren, iki yıl olarak belirlenmiştir.

2.1.7 FSEK.m.76 açısından

Tasarı'daki, Adalet Komisyonu tarafından değiştirilmeksizin⁽²⁵⁾ benimsenmiş olan (yeni) FSEK.m.76 hükmü ile ilgili kısım şu şekildedir:

“Madde 147- 5846 sayılı Kanunun 76 ncı maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 76- *Bu Kanunun düzenlediği hukukî ilişkilerden doğan davalarda, dava konusunun miktarına ve Kanunda gösterilen cezaya bakılmaksızın, görevli mahkeme Adalet Bakanlığı tarafından kurulacak ihtisas mahkemeleridir. İhtisas mahkemeleri kurulup yargılama faaliyetlerine başlayıncaya kadar, asliye hukuk ve asliye ceza mahkemelerinden hangilerinin ihtisas mahkemesi olarak görevlendireceği ve bu mahkemelerin yargı çevreleri Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenir.*

Bu Kanun kapsamında açılacak hukuk davalarında mahkeme, davacının iddianın doğruluğu hakkında kuvvetli kanaat oluşturmaya yeter miktar delil sunması hâlinde, korunmakta olan eserler, fonogramlar, icralar, filmler ve yayınları kullananların, bu Kanunda öngörülen izin ve yetkileri aldıklarına dair belgeleri veya tüm yararlanılan eser, fonogram, icra, film ve yayınların listelerini sunmasını isteyebilir. Belirtilen belge veya listelerin sunulmaması tüm eser, fonogram, icra, film ve yayınların haksız kullanılmakta olduğuna karine teşkil eder”

Bu çerçevede öncelikle şu hususu belirtmek gerekir ki, şahsi dava ile ilgili ikinci fıkranın metinden çıkarılması, yukarıda da belirtildiği gibi, doğru olmakla beraber, Tasarı'daki “Türk Ceza Kanunu, Ceza Muhakeme-

(25) Nitekim, Adalet Komisyonu Raporu'nda şöyle denilmektedir “5846 sayılı Kanunun 76 ncı maddesinde değişiklik yapılmasını öngören, fıkranın (d) bendi, 147 nci madde olarak aynen kabul edilmiştir”

si Kanunu ve Kabahatler Kanunu hükümleri dikkate alınmak suretiyle, ceza hükmü içeren kanunlarda yer alan hükümlerin, bu kanunlarla uyumlu hâle getirilmesi, ayrıca, bazı suçların unsurlarında 5237 sayılı Kanuna uyum sağlanması” şeklindeki genel gerekçenin amacının dışına çıkılmasın veya çıkılmasın, FSEK. m. 76.3 hükmünün son cümlesindeki “tüm” sözcüğünün bu vesileyle hükümden çıkarılması gerekmekte idi⁽²⁶⁾. Çünkü, Yüce Yargıtay’ın bazı hatalı kararlarında salt anılan “tüm” sözcüğüne dayanılarak (örneğin) sadece 10 esere veya icraya ilişkin “yetki belgeleri”ni sunabilen bazı meslek birliklerinin açtığı davalarda, davacı meslek birliklerinin temsilcilik hakkı iddia ettiği “tüm eserler” için müdahelenin men’i gerektiği sonucuna varılmış bulunmaktadır⁽²⁷⁾.

Oysa, mevcut FSEK.m.75.f.1.c.1-c.2’deki⁽²⁸⁾ (76.madde hükümlerinin saklı olduğu dışındaki) ifadeyle çok yakın benzerlik gösteren önerilen metindeki “Yapılan şikâyetin geçerli kabul edilebilmesi için hak sahiplerinin haklarını kanıtlayan belge ve sair delilleri Cumhuriyet başsavcılığına vermeleri gerekir. Bu belge ve sair delillerin şikâyet süresi içinde (ki altı aydır) Cumhuriyet başsavcılığına verilmemesi hâlinde kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilir” şeklindeki ifadeye göre, ceza hükümleri uyarınca, hak sahiplerinin ve bu arada -doğal olarak- davacı meslek birliklerinin altı ay içinde hak sahipliğini belgelemeleri gerekirken, FSEK. m. 76. f. 3 uyarınca, tümüyle aksi yönde, yani “altı ay içinde belge ve delillerini sunamamış” olan meslek birlikleri lehine olarak (özetle) “korunmakta olan eserler, fonogramlar, icralar, filmler ve yayınları kullananların, bu Kanunda öngörülen izin ve yetkileri aldıklarına dair belgeleri ve/veya tüm yararlanan eser, fonogram, icra, film ve yayınların listelerinin sunamamasının, tüm eser, fonogram, icra, film ve yayınların haksız kullanılmakta olduğuna kârîne teşkil edeceği”nin öngörülmesi hukuk mantığıyla hiçbir şekilde bağdaşmamakta ve gerek mevcut FSEK.m.75.f.1.c.1-c.2, gerekse öngörülen yeni FSEK.m.75.f.1⁽²⁹⁾ açısından “açık bir çelişki” oluşturmaktadır.

(26) Nitekim, değerli bir Yargıç tarafından (mevcut) FSEK.m.76.f.3 hükmünün Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne itiraz yoluyla başvurulmuş olup, henüz Anayasa Mahkemesi’nce bu başvuru ile ilgili bir karar verilmemiştir; bkz. yukarıda dipnot 21-22 civarı.

(27) Bkz. ÜSTÜN, G., “FSEK.m.76.f.3 ile ilgili bir Yargıtay Kararı’nın Eleştirisi” (makale), Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR), Yıl 5, Cilt 5, Sayı 2005/4, (s.97-s.108), s.98 vd.

(28) Mevcut FSEK.m.75’de “71, 72, 73 ve 80 inci maddelerde sayılan suçlardan dolayı soruşturma şikâyetine bağlıdır. Şikâyet üzerine hak sahiplerinin haklarını kanıtlayan belge ve/veya nüshaların sunulmaması halinde takipsizlik kararı verilir, bu Kanunun 76 nci maddede hükümleri saklıdır. Bu madde hükümlerinin uygulanmasında 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 344 üncü maddesinin birinci fıkrasının (8) numaralı bendi uygulanmaz” ifadesi bulunmaktadır.

(29) Nitekim, Adalet Komisyonu tarafından benimsenmiş olan (yeni) FSEK.m.75.f.1’de “71 ve 72 nci maddelerde sayılan suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması şikâyete bağlıdır. Yapılan şikâyetin geçerli kabul edilebilmesi için hak sahiplerinin veya üyesi oldukları meslek birliklerinin haklarını kanıtlayan belge ve sair delilleri Cumhuriyet başsavcılığına vermeleri gerekir. Bu belge ve sair delillerin şikâyet süresi içinde Cumhuriyet başsavcılığına verilmemesi hâlinde kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilir” denilmekte olup, bu ifadenin FSEK.m.76.f.3 hükmü ile çeliştiği açıktır. FSEK.m.76.f.3 hükmünün Yargıtay tarafından hatalı olarak yorumlandığına ilişkin olarak bkz. ÜSTÜN, G. “FSEK.m.76.f.3 ile İlgili Bir Yargıtay Kararı’nın Eleştirisi” (makale), Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR), Ankara 2005/4, s.97-s.108

2.1.8 FSEK.m.77 açısından

Tasarı'nın Adalet Komisyonu tarafından değiştirilmiş metnine göre, yeni FSEK.m.77 hükmü ile ilgili kısım aşağıdaki şekildedir⁽³⁰⁾ :

“Madde 148- 5846 sayılı Kanunun 77 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 77- *Esaslı bir zararın veya ani bir tehlikenin yahut emrivakilerin önlenmesi için veya diğer her hangi bir sebepten dolayı zaruri ve bu hususta ileri sürülen iddialar kuvvetle muhtemel görülürse hukuk mahkemesi, bu Kanunla tanınmış olan hakları ihlal veya tehdide maruz kalanların ya da meslek birliklerinin talebi üzerine, davanın açılmasından önce veya sonra diğer tarafa bir işin yapılmasını veya yapılmamasını, işin yapıldığı yerin kapatılmasını veya açılmasını emredebileceği gibi, bir eserin çoğaltılmış nüshalarının veya hasren onu imale yarıyan kalıp ve buna benzer sair çoğaltma vasıtalarının ihtiyati tedbir yolu ile muhafaza altına alınmasına karar verebilir. Kararda, emre muhalefetin İcra ve İflas Kanununun 343 üncü maddesindeki cezai neticeleri doğuracağı açıklanır.*

Haklara tecavüz oluşturulması ihtimali hâlinde yaptırım gerektiren nüshaların ithalat veya ihracatı sırasında, 4458 sayılı Gümrük Kanununun 57 nci maddesi hükümleri uygulanır.

Bu nüshalara gümrük idareleri tarafından el konulmasına ilişkin işlemler Gümrük Yönetmeliğinin ilgili hükümlerine göre yürütülür⁽³¹⁾

Bu değişiklik ile ilgili görüşlerimiz şöyledir :

Tasarı'daki (yeni) FSEK.m.77 hükmü ile sadece hukuk mahkemeleri tarafından ihtiyati tedbir kararı verilebileceği kabul edilmiştir. Ceza Mahkemesinde görülmekte olan davalarda, esaslı zarar-ani tehlike-emrivaki gibi unsurları kolayca saptayacak olan mahkeme -doğal olarak- ceza davasına bakan ceza mahkemesi olduğundan, bu değişikliği olumsuz olarak nitelendirmek gerekir. Dolayısıyla, hiç olmazsa ceza davası süreci içinde, ceza davasına bakmakta olan mahkemeye de ihtiyati tedbir kararı verme yetkisi tanınmasında yarar olduğu düşünülmektedir.

(30) *Tasarı'nın önceki metnindeki 43.fıkranın (e) bendine göre, FSEK.m.77 şöyle idi:*

“77 nci madde aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Bu Kanunun koruma altına aldığı hakların ihlal edildiği iddiasıyla yürütülen soruşturma veya kovuşturma işlemlerinin dışında, manevi ve mali hakların korunması ve tazmini amacıyla yönelik olarak hakkı ihlal edilen kişiler tarafından başvurulması hâlinde genel hükümlere göre ihtiyati tedbir kararı alınır.

Haklara tecavüz oluşturulması ihtimali hâlinde yaptırım gerektiren nüshaların ithalat veya ihracatı sırasında, 4458 sayılı Gümrük Kanununun 57 nci maddesi hükümleri uygulanır”

(31) *Adalet Komisyonu'nun “değişiklik gerekçesi”nde ise şöyle denilmektedir :*

“5846 sayılı Kanunun 77 nci maddesinde değişiklik yapılmasını öngören, fıkranın (e) bendinde, maddenin birinci fıkrası yeniden değiştirilerek özel bir ihtiyati tedbir rejimi getirilmiştir. Keza, söz konusu maddenin Tasarıyla yürürlükten kaldırılması düşünülen üçüncü fıkrası uygulamada ortaya çıkması muhtemel boşlukların önüne geçilmesi amacıyla Alt Komisyonca yeniden metne ilave edilmiş, Komisyonumuz bu madde üzerinde yapılan değişiklikleri yerinde görmüş ve söz konusu bent, 148 inci madde olarak kabul etmiştir”

2.1.9 FSEK.m.78'de yapılması gereken değişiklik açısından

Anılan Tasarı'da FSEK.m.78 hükmü ile ilgili herhangi bir değişiklik bulunmamakla beraber, yeri gelmiş iken, anılan hükümdeki "İlan hakkı, hükmün kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde kullanılmazsa düşer" ifadesinin, özellikle "karar düzeltme" taleplerinin reddi halinde, anılan "red kararı"nın taraflara -her nedense- tebliğ edilmemesi nedeniyle kesinleşme tarihinin saptanamaması sonucunda, üç aylık süre -çoğu kez- kaçırıldığından, "İlan hakkı, hükmün kesinleşmesinin tebliğinden itibaren üç ay içinde kullanılmazsa düşer" şeklinde değiştirilmesi gerekmekte idi.

2.1.10 FSEK.m.79 hükmü ile FSEK.m.80.f.10 hükmünün ilgası açısından

Tasarı'nın Adalet Komisyonu'na gelen ilk metninde, FSEK.m.80.f.10 hükmüne yeni bir fıkra eklenmesi öngörülmüş olmakla beraber⁽³²⁾, Adalet Komisyonu, bu fıkradaki suç eylemleri ile yaptırımların (yeni) FSEK. m. 71'e aktarıldığı gerekçesiyle, FSEK.m.80.f.10 hükmünü tümüyle ilga et-

(32) Nitekim, Tasarı'nın "kaldırılan hükümler" başlıklı önceki 649.maddesinin son hali "5/12/1951 tarihli ve 5846 sayılı Kanununun 73, 74 ve 79 uncu maddeleri ile 80 inci maddesinin onuncu fıkrası ve ek 4 üncü maddesinin dördüncü fıkrası.." şeklinde olup, Tasarı'nın ilk metnindeki 43.fıkranın (f) bendine göre, FSEK.m.80.f.10 aşağıdaki şekilde metinle değiştirilmekte idi:

"80 inci maddenin onuncu fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve maddeye bu fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

(Birinci fıkra)

Bu maddede belirlenen hakların 71 inci maddede yer alan füllerin işlenmesi suretiyle ihlâli hâlinde, fail hakkında anılan maddeye göre cezaya hükmolunur.

(İkinci fıkra)

"Bu maddede belirlenen hakların kullanılması ile ilgili olarak icracı, fonogram yapımcısı, radyo televizyon yayıncısı veya film yapımcısının izninin varlığı hâlinde, cezaya hükmolunmaz."

FSEK.m.80 hükmünün fıkra-bent yapısı fevkalade karmaşık ve anlaşılabilir nitelikte olduğundan, "onuncu fıkra"nın hangi fıkra olduğunu kesin olarak saptamak oldukça zor olmakla beraber, ilk izlenim olarak, FSEK.m.80 hükmünün (muhtemelen) son fıkrasındaki "Bağlantılı hak sahiplerinin haklarını ihlâl edenler hakkında; a) Bir icra, fonogram veya yapımın izinsiz çoğaltılmış nüshalarının bu Kanunun 81 inci maddesinin yedinci fıkrasında sayılan yerlerde satışı ile ilgili ihlâllerde üç aydan iki yıla kadar hapis veya beşmilyar liradan ellimilyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden, b) Bu madde ile belirlenen diğer hakların ihlâlinde iki yıldan dört yıla kadar hapis veya ellimilyar liradan yüzellimilyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden .. hükmolunur" ifadesi yerine "Bu maddede belirlenen hakların 71 inci maddede yer alan füllerin işlenmesi suretiyle ihlâli hâlinde, fail hakkında anılan maddeye göre cezaya hükmolunur" hükmünün getirildiği düşünülebilir.

Ayrıca, yukarıda görüldüğü gibi, (yeni) ikinci fıkra kapsamında, "eser sahibinin yazılı izni"ne gerek duyulmaması şeklinde, "vahim bir sonuç" önerilmekte idi

Nitekim, ilgili "madde gerekçesi"nde de "Onuncu fıkradan sonra gelmek üzere maddeye son fıkra olarak onbirinci fıkra eklenmiştir. Böylece 80 maddenin konusunu oluşturan eserlerle ilgili olarak bu maddede belirlenen hakların kullanılabilmesi için, eser sahibinin rızası araştırılmaksızın, icracı, fonogram yapımcısı, radyo televizyon yayıncısı veya film yapımcısının izninin varlığı yeterli görülmemiştir" denilmektedir. Oysa, "eser sahibi"nin hakları her zaman "bağlantılı hak sahipleri"nin hak ve yetkilerinin ölümlüdür. Evrensel ilkelere aykırı olan anılan hükmün hangi "gerçek sebep"le(?) Tasarı'ya konulduğunu anlamak mümkün olamamıştır. Bu itibarla, Adalet Komisyonu tarafından anılan ikinci fıkra'da ısrar edilmemesi fevkalade isabetli olmuştur; ayrıca bkz. yukarıda dipnot 6 ve civarı.

miş bulunmaktadır⁽³³⁾. FSEK.m.79 hükmü de benzer bir gerekçeyle ilga edilmiştir.

Ancak, Tasarı'nın yegane amacının "ceza yasalarıyla uyum" olmadığı anlaşıldığına göre, bu "vesile"yle, FSEK.m.52 hükmüne aykırı olarak FSEK.m.80'e monte edilen ve "film yapımcısı sayılma karinesi" olarak tanımlanabilecek "Bir sinema eserinde, olağan şekilde adı bulunan gerçek veya tüzel kişi aksine bir kanıt bulunmadıkça filmin ilk tespitini gerçekleştiren yapımcı olarak kabul edilir" şeklindeki fıkraya "FSEK.m.52 hükmü saklıdır" şeklinde bir ifadenin eklenmesi gerekmektedir⁽³⁴⁾.

Şunu eklemek gerekir ki, FSEK.m.80.B-1'de "fonogram yapımcıları" için ve FSEK.m.80.C hükmünün son cümlesinde "radyo-televizyon yayıncıları" için kullanılan "münhasıran hak sahibidir" şeklindeki ifade, uygulamada hatalı şekilde salt "lafzen" yorumlanarak -adeta- "eser sahibinin iznine gerek yoktur" şeklinde şekilde anlaşılmaktadır. Oysa, FSEK. m. 18'de (tüm FSEK hükümlerini kapsayacak şekilde) "Mali hakları kullanma yetkisi münhasıran eser sahibine aittir" ve "Bir eserin yapımcısı veya yayımcısı, ancak eserin sahibi ile yapacağı sözleşmeye göre mali hakları kullanabilir" şeklinde emredici ifadeler yer almaktadır ve FSEK.m.80'deki anılan hükümlerin konuluş amacı (ratio legis), "komşu haklar" ile ilgili Roma Antlaşması'yla "uyum" sağlamak olup, Roma Antlaşması'nın 1. maddesinde "Bu Sözleşme ile öngörülen koruma, edebiyat ve sanat eserleri üzerindeki telif haklarının korunmasını hiçbir surette ihlal etmez ve etkilemez. Bu sebeple bu Sözleşme'nin hiçbir hükmü, işbu korumayı ihlal edebilecek şekilde yorumlanamaz" denildiği gibi⁽³⁵⁾, Antlaşma'nın (fonogram yapımcıları ile ilgili) 10. maddesinde veya (yayın kuruluşları ile ilgili) 13.maddesinde "münhasır" bir yetkiden söz edilmemektedir⁽³⁶⁾. Dolayısıyla, FSEK.m.80.B-1'deki ve FSEK.m.80.C hükmünün son cümlesindeki "münhasır" sözcüğünü içeren ifadelere "Eser sahiplerinin hakları saklıdır" şeklinde birer cümle eklenmesi zorunludur.

2.1.11 FSEK.m.81 açısından

Tasarı'daki Adalet Komisyonu tarafından benimsenmiş FSEK.m.81 şöyledir⁽³⁷⁾:

(33) Nitekim, Adalet Komisyonu'nun FSEK.m.80 ile ilgili "değişiklik gerekçesi" şöyledir :

"5846 sayılı Kanunun 80 inci maddesinde değişiklik yapılmasını öngören, fıkranın (f) bendi, 5846 sayılı Kanunun diğer maddelerinde, 80 inci maddede yapılması öngörülen değişiklikleri kapsayacak nitelikte değişiklikler yapılması sebebiyle Tasarı metninden çıkarılması yönünde Alt Komisyonca yapılmış olan değişiklik, Komisyonumuzca da kabul edilmiştir"

(34) Bkz. yukarıda dipnot 7 ve civarı

(35) Bkz. ÇEÇEN, A., *Düşünce Hukuku*, Ankara 1995, s.454

(36) Bkz. ÇEÇEN, A., *age.* s.458-459

(37) Aşağıda, Tasarı'nın önceki metnindeki 43.fıkranın (g) bendi ile değiştirilen FSEK.m.81 hükmünün tüm metnini değil, yer darlığı nedeniyle, sadece Adalet Komisyonu'na değiştirilen fıkraların önceki şeklini sunuyoruz :

“Madde 149- 5846 sayılı Kanunun 81 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

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

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

Bandrol yapıştırılması zorunlu nüshaların tespit edilmesi ve çoğaltılmasına ilişkin materyalleri üreten⁽³⁸⁾ veya bu materyallerin dolum ve çoğaltımını yapan yerler, bu maddede belirtilen taahhütnamenin bir kopyasını almak, saklamak ve istendiğinde yetkili makamlara ibraz etmekle yükümlüdür.

Bandrol yükümlülüğüne aykırı ya da bandrolsüz⁽³⁹⁾ olarak bir eseri çoğaltıp satışa arz eden, satan, dağıtan veya ticarî amaçla satın alan ya da kabul eden kişi bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır.

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

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

FSEK.m.81.f.3 : “Bandrol yapıştırılması zorunlu nüshaların tespit edilmesi ve çoğaltılmasına ilişkin materyalleri üreten ve/veya bu materyallerin dolum ve çoğaltımını yapan yerler, bu maddede belirtilen taahhütnamenin bir kopyasını almak, saklamak ve istendiğinde yetkili makamlara ibraz etmekle yükümlüdür”

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

FSEK.m.81.f.13 : “Bandrol yükümlülüğüne aykırılığın aynı eserle ilgili olarak 71 inci maddenin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde tanımlanan suçla birlikte işlenmesi hâlinde, fail hakkında sadece 71 inci maddeye göre cezaya hükümlenir. Ancak, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır”

(38) Buradaki “ve” sözcüğü Adalet Komisyonu'nca metinden çıkarılmıştır.

(39) Buraya Adalet Komisyonu'nca “ya da bandrolsüz” ifadesi eklenmiştir.

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

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

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

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

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

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

Bandrol yükümlülüğüne aykırılığın aynı eserle ilgili olarak 71 inci maddenin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde⁽⁴⁰⁾ tanımlanan suçlardan biriyle birlikte işlenmesi hâlinde, fail hakkında sadece 71 inci maddeye göre cezaya hükmolunur. Ancak, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.

Bu Kanunda tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, ilgili tüzel kişi hakkında Türk Ceza Kanununun tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur⁽⁴¹⁾

Söz konusu değişiklikler ile ilgili görüşlerimiz şöyledir :

Tasarı'nın Adalet Komisyonu'nca benimsenen son metninde yer alan FSEK.m.81'deki 1-2-3.fıkralarda bir değişiklik yapılmamıştır. Bununla beraber, 2.-3.fıkra metindeki "taahhütname" ile ilgili kısmın çıkarılması gerekir. Çünkü, gerçek hak sahibi olmayan kişi ve kuruluşlar anılan taahhütnamele ile ilgili kısma dayanarak -bazan- "suistimal"e yönelmekte ve örneğin "her türlü sorumluluğu kabul ediyorum" şeklindeki bir taahhüt-

(40) Adalet Komisyonu'nca buradaki "71 inci maddede tanımlanan" yerine "71 inci maddenin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde tanımlanan" ifadesi getirilmiş, "bu maddede tanımlanan suçtan dolayı" ifadesi metinden çıkarılarak "71 inci maddeye göre" ifadesi eklenmiş ve ayrıca "Ancak, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır" şeklinde bir cümle fıkraya ilave edilmiştir.

(41) Adalet Komisyonu'nun FSEK.m.81 ile ilgili "değişiklik gerekçesi" şöyledir :

"5846 sayılı Kanunun 81 inci maddesinde değişiklik yapılmasını öngören, fıkranın (g) bendinde, uygulamada ortaya çıkması muhtemel boşlukların önlenmesi amacıyla, maddenin dördüncü fıkrasına, "Bandrol Yükümlülüğüne aykırı olarak" ibaresinden sonra gelmek üzere "bandrolsüz olarak" ibaresi Komisyonumuzca eklenmiş, ayrıca, maddenin onuncu fıkrasında yer alan "kullanan" ibaresi "tatbik eden olarak değiştirilmiştir. Ayrıca, maddenin onüçüncü fıkrasında yapılan değişiklikle, özel bir içtima hükmü öngörülmüştür. Alt Komisyonca yapılmış olan değişiklik, Komisyonumuzca da kabul edilmiş ve söz konusu bent, 149 uncu madde olarak kabul edilmiştir"

name ile bandrol (veya FSEK.m.13'de değinilen eser işletme belgesi) albilmektedirler⁽⁴²⁾

Şunu eklemek gerekir ki, 2006'da kabul edilen (yeni) Kayıt ve Tescil Yönetmeliği kapsamındaki⁽⁴³⁾, m.5/2-b'de değinilen (Yönetmelik EK 1'deki), m.5/3'de değinilen (Yönetmelik EK 2'deki), m.7'de değinilen (Yönetmelik EK 3'deki) ve m.8'de değinilen (Yönetmelik EK 4'deki) "taahhütnameler" de büyük çapta suistimale yol açabilecek ve FSEK kapsamında, FSEK.m.13'de sözedilen kayıt-tescil işleminin yapılması amacıyla "gerçek dışı beyan"da bulunulması haline ilişkin cezai yaptırımlara yer verilmemişinden⁽⁴⁴⁾, bu türden "yanlış beyanlar" vasıtasıyla FSEK.m.52 hükmünün kolayca aşılması mümkün olabilecektir. Dolayısıyla, bu "vesile"yle de olsa, ya (mevcut) FSEK.m.13'deki "beyan sistemi" ile (yeni) Kayıt ve Tescil Yönetmeliği ve (yeni) FSEK.m.81.f.2-f.3 kapsamındaki"taahhütname sistemi"nin tümüyle kaldırılması, ya da, (mevcut) FSEK.m.13 ve (yeni) Kayıt ve Tescil Yönetmeliği kapsamında "gerçek dışı beyan"da bulunulması haline ilişkin cezai yaptırımlara FSEK'de açıkça yer verilmesi gerekmektedir.

Diğer görüşlerimizi ise, sair fıkralar itibariyle ayrı ayrı sunmak gerekmiştir :

Dördüncü fıkra açısından:

* Tasarı'daki yeni FSEK.m.81'de ve yeni dördüncü fıkroda, mevcut FSEK.m.81.f.9'deki (hatta mevcut FSEK.m.80.f.10'daki) "kasten" sözcüğüne yer verilmemesi, bu sözcüğün metinden çıkarılması anlamında olup, yukarıda belirtildiği gibi, "kasten" sözcüğünün metinden çıkarılması sonucunda, yeni FSEK.m.81'de tanımlanan suçları "taksir"le işleyenlere de ceza verilmesi mümkün olacaktır⁽⁴⁵⁾.

* Mevcut FSEK.m.81.f.9/1'deki "icra ve yapımlar" ifadesi metinden çıkarılmış olduğundan, sadece "eser" niteliğindeki fikri ürünler için cezai yaptırım sözkonusu olacak, "eser mahiyetinde olmayan fikri ürünler"i içeren "taşıyıcı materyaller" için bu hüküm uygulanamayacaktır. Dolayı-

(42) İlga edilen önceki Yönetmelik uyarınca Kültür Bakanlığında "eser işletme belgesi" alınabilmesi için düzenlenen bazı "taahhütnameler"e ilişkin hukuki sakıncalarla ilgili olarak bkz. ÜSTÜN, G., "FSEK.m.76.f.3 ile İlgili Bir Yargıtay Kararı'nın Eleştirisi" (makale), Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR), Ankara 2005/4 (s.97-s.108) s.100-s.102. Gerçi, 5224 SK.m.16 ile önceki Kayıt ve Tescil Yönetmeliği'nin dayanağı olan 3257 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır; ancak, sözkonusu Kanun'un Geçici 2.maddesine göre, daha önce verilmiş işletme belgeleri geçerliğini sürdürmektedir; 5224 SK. için bkz. RG 21.07.2004/25529

(43) Bkz. RG 17.05.2006/26171

(44) Gerçi, mevcut FSEK.m.13.f.2'de "Ancak, kayıt ve tescil işlemlerine esas teşkil edecek işlemlerde, mevcut olmadığını bildiği veya bilmesi icap ettiği veya kendisine ait olmayan mali ve manevi haklara ilişkin yanlış beyanda bulunanlar, bu Kanunda öngörülen hukuki ve cezai müeyyidelere tabidirler" şeklinde bir ifade bulunmaktadır; ancak, FSEK kapsamında, "bandroller"le ilgili "gerçekdışı taahhütnameler"le ilgili olanlar dışında, FSEK.m.13'de değinilen türden "yanlış beyanlar"a ilişkin herhangi bir cezai veya hukuki yaptırıma rastlanılmamaktadır.

(45) Bkz. yukarıda dipnot 11 ve civarı

ıyla, “icra ve yapımlar” ifadesinin tekrar metne ithal edilmesi gerekmektedir.

* Mevcut FSEK.m.81.f.9/1-b'deki “çoğaltan ve yayan” yerine “çoğaltıp satışı arzeden, satan, dağıtan” ifadesinin yeğlenmesi sonucunda, salt “çoğaltan” için cezai yaptırım öngörülmemiş olup, bu hatanın düzeltilmesi gerekmektedir.

* Ayrıca, mevcut FSEK.m.81.f.9/1-b'deki “bedelsiz yayan” ifadesinin madde metninden çıkarılması da hatalı olmuştur; çünkü, fail belki de gerçek dışı mali kayıtlar göstererek cezadan kurtulabilecektir.

* Buna karşın (yeni) FSEK.m.81.f.4'de “bandrolsüz eserleri ticari amaçla satın alan ya da kabul eden kişi” için de cezai yaptırım öngörülmüş olması olumludur.

* Cezalar -örneğin- “iki yıldan dört yıla kadar hapis veya 50-150 milyar TL ya da her ikisine birden” yerine “bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası” şeklinde değiştirilmiş olup, buradaki “ve” sözcüğü caydırıcılık açısından isabetli olmuştur.

Beşinci fıkra açısından: Yeni 5.fıkra mevcut 4.fıkradaki ilk üç cümleyi aynen içermektedir. Mevcut 4.fıkradaki “Bu maddede belirtilen ihlallerde, genel kolluk ve zabıta; re'sen ve/veya hak sahipleri, komisyon, meslek birlikleri, Bakanlık veya ilgili diğer kanunlarla kendisine yetki ve görev verilmiş olanların ihbarı üzerine harekete geçerek, usulsüz ve izinsiz olarak çoğaltılmış ve yayılmış nüsha ve yayınlar ile bunları çoğaltmaya yarayan her türlü aracı ve diğer delilleri toplayarak, taşınmaz olanlarını emanet altına aldıktan sonra, toplanan delilleri Cumhuriyet savcısına suç duyurusu ile birlikte sevk eder” şeklindeki son cümle ise metinden çıkarılmış, böylece, genel kolluk ve zabitanın, re'sen veya komisyon ya da meslek birliklerinin ihbarı üzerine, yasadışı nüsha ve çoğaltma araçlarını, delilleri toplayarak emanete alma ve Cumhuriyet Savcısına suç duyurusu ile sevk etme yetkisi kaldırılmıştır. Bu değişikliğin sebebi, olası hasımlara karşı hukuka aykırı bir silah olarak kullanılan önceki hükmün bu türden sakıncalarını ortadan kaldırmak ise, sözkonusu değişiklik isabetlidir.

Altıncı fıkra açısından: 6.fıkra'nın atıfta bulunduğu FSEK. m. 75. f.3'de “*Şikâyet üzerine Cumhuriyet savcısı suç konusu eşya ile ilgili olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre elkoyma koruma tedbirinin alınmasına ilişkin gerekli işlemleri yapar. Cumhuriyet savcısı ayrıca, gerek görmesi hâlinde, hukuka aykırı olarak çoğaltıldığı iddia edilen eserlerin çoğaltılmasıyla sınırlı olarak faaliyetin durdurulmasına karar verebilir. Ancak, bu karar yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunulur. Hâkim tarafından yirmidört saat içinde onaylanmayan karar hükümsüz kalır*” denilmektedir ki, bu yeni düzenlemenin amacının -gerçekten- “*ceza yasalarıyla uyum*” olduğu düşünülebilecektir.

Ayrıca, mevcut beşinci fıkradaki “Cumhuriyet savcısı üç gün içinde yetkili mahkemeden usulsüz çoğaltılmış nüsha veya yayınlara el konulmasını, imhasını, bu konuda kullanılan teknik araçların mühürlenmesini ve satışını ve usulsüz çoğaltımın gerçekleştirildiği yerin kapatılmasını talep eder” ve mevcut altıncı fıkradaki “Nüsha ve yayınların el konulduğu tarihten itibaren onbeş gün içerisinde, eser veya hak sahipleri tarafından yetkili mahkemeye herhangi bir şikâyet veya başvuruda bulunulmaz ise, Cumhuriyet savcısının talebi üzerine yetkili mahkeme, davaya esas olacak sayıda nüshanın muhafaza edilerek, diğerlerinin imhasına veya bunların hammadde olarak yeniden kullanımlarına dair imkânların olması halinde, mevcut halleriyle veya bir daha kullanılmayacak derecede vasıfları bozulmak suretiyle, hammadde olarak satışına karar verir. Belirtilen süre içinde eser veya hak sahipleri tarafından bir şikâyet veya başvuru yapılması halinde bu Kanununun 68 inci madde hükümleri uygulanır” hükümleri de yürürlükten kaldırılmıştır. İlga edilen anılan son hüküm uyarınca FSEK. m. 68'deki “mutad bedelin üç katı” veya “hukuka aykırı eser nüshalarının imhası” ya da “hukuka aykırı eser nüshalarının mülkiyetinin geçirilmesi” seçeneklerinin hangisinin re'sen uygulanacağı belirsiz olduğundan, bu fıkranın ilga edilmesi isabetlidir.

Yedinci fıkra açısından: Bu fıkranın ilk cümlesi mevcut yedinci fıkranın ilk cümlesi ile aynı olup, bu ifadeye (mevcut) FSEK.ek.m.10.b.1 hükmüne benzer şekilde “Bu yasağa aykırı hareket edenler, Kabahatlar Kanununun 38 inci maddesinin birinci fıkrasına göre cezalandırılır” cümlesi eklenmiştir. Bununla beraber, mevcut yedinci fıkra'daki “Bu nüshalara da genel kolluk veya zabıta gördüğü yerde el koymak ve topladığı nüsha ve yayınları yetkili mercilere göndermek zorundadır. Bu şekilde toplanan nüsha ve yayınların, satış veya diğer yollarla değerlendirilme şekli ilgili alan meslek birliklerinin de görüşlerini almak suretiyle Bakanlıkça belirlenir” ifadesinin fıkra metninden çıkarılması da, yukarıda belirtilen “komisyon veya meslek birliğinin ihbarı üzerine re'sen harekete geçme” yetkisinin ilga edildiği yönündedir. Ayrıca, önceki FSEK.m.81.9/1-a'daki “Bu maddenin yedinci fıkrasında sayılan yerlerde, bandrol almaksızın satılanlar hakkında, üç aydan iki yıla kadar hapis veya beşmilyar liradan elimilyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden.. hükmolunur” yerine “Bu yasağa aykırı hareket edenler, Kabahatler Kanununun 38 inci maddesinin birinci fıkrasına göre cezalandırılır” hükmü getirilmiş olup, öngörülen ceza, 5326 sayılı Kanun'un “işgal” başlığı altındaki 38/1.maddesi uyarınca 50 Lira olarak saptanmıştır⁽⁴⁶⁾. Mevcut FSEK.ek.m.10.b.1'deki üç milyar TL tutarındaki para cezası ile kıyaslandığında, anılan para cezasının komik düzeyde ve caydırıcılıktan uzak olduğu açık olduğundan, bu hatanın düzeltilmesi gerekmektedir.

(46) YALVAÇ, G., Karşılaştırmalı ve Gereğçeli TCK-CMK-CGTİK, Ankara 2005, s.1199

Sekizinci fıkra açısından: Bu fıkrada, “*bu madde*” ile kastedilenin, “*yedinci fıkra*” mı, yoksa “*81.madde*” mi olduğu anlaşılamadığından, bu hususa açıklık getirilmesi zorunludur. Ayrıca, burada Bakanlık’ça çıkarılacak bir “yönetmelik”ten söz edilmektedir ki, çıkarılacak Yönetmelik’in (daha önce sıkça yapıldığı gibi) “*yasaya aykırı olmaması*”nı da temenni etmek gerekmektedir.

Dokuzuncu fıkra açısından: Bu hüküm mevcut FSEK. m. 81. f. 9/3’ün benzeri olmakla beraber, mevcut FSEK.m.81.f.9/3’deki “sahte bandrolden her ne şekilde olursa olsun ticari menfaat sağlayan” ifadesinin metinden çıkarılması itibariyle olumsuz nitelikte taşımaktadır; ancak, önceki metinde olmayan “*kabul eden veya kullanan*” ifadesi olumlu sayılmıdır; ayrıca mevcut FSEK.m.81.f.9/3’deki “*üç yıldan altı yıla kadar hapis ve elli milyar liradan ikiyüzelli milyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden .. hükmolunur*” yerine “*üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır*” ifadesinin getirilmesi de olumlu sayılabilecektir.

10-11. fıkralar açısından: Bu fıkralardaki “*yetkili olmadığı halde hileli davranışlarla bandrol temin eden*” ve “*yetkisi olmayan kişilere bandrol temin eden*” şeklindeki ifadeler, önemli bir boşluğu ortadan kaldırmakta olup, anılan hükümler olumlu birer değişiklik olarak kabul edilmelidir.

Onikinci fıkra açısından: Bu hükmün “*fikri içtima*” ilkesine uygun sayılıp sayılamayacağı da kuşkuludur.

Ondördüncü fıkra açısından: Bu hükümdeki ifade, ilga edilmiş olan (mevcut) FSEK.m.74’ün 3.fikrasına benzer niteliktedir. TCK.m.60’da yeterince belirtildiğinden⁽⁴⁷⁾, bu hükümde değinilen “*güvenlik tedbirleri*”nin açıkça belirtilmesine gerek olmadığı kanısındayız.

2.1.12 FSEK.m.85 açısından

Tasarı’nın Adalet Komisyonu’nca benimsenen son metnindeki FSEK.m.85 ile ilgili kısım şöyledir⁽⁴⁸⁾:

“*Madde 150- 5846 sayılı Kanununun 85 inci maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.*

(47) YALVAÇ, G., age. s.161

(48) *Tasarı’nın önceki metnindeki 43.fıkranın (ğ) bendinden, FSEK.m.85 hükmünün üçüncü ve dördüncü fıkralarının aşağıdaki metinle değiştirilmek istenildiği anlaşılmaktadır:*

“*85 inci maddenin üç ve dördüncü fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.*

Yukarıdaki hükümlere aykırı hareket edenler hakkında Borçlar Kanununun 49 uncu maddesi ve Türk Ceza Kanununun 132, 134, 139 ve 140 ıncı maddeleri hükümleri uygulanır.

Birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre yayımın caiz olduğu hallerde de 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 24 üncü maddesi hükmü mahfuzdur.”

h) 86 ncı maddesinin üç ve dördüncü fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Birinci fıkra hükmüne aykırı hareket edenler hakkında Borçlar Kanununun 49 uncu maddesi ile koşulları varsa, Türk Ceza Kanununun 134, 139 ve 140 ıncı maddeleri hükümleri uygulanır.

Birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre yayımın caiz olduğu hallerde de Türk Medeni Kanununun 24 üncü maddesi hükmü mahfuzdur”

Yukarıdaki hükümlere aykırı hareket edenler hakkında Borçlar Kanununun 49 uncu maddesi ve Türk Ceza Kanununun 132, 134, 139 ve 140 uncu maddeleri hükümleri uygulanır.

Birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre yayımın caiz olduğu hâllerde de 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 24 üncü maddesi hükmü saklıdır⁴⁹⁾

Bu değişiklik salt “uyum”a yönelik olmakla beraber, son fıkrada -ayrıca- (eski MK.m.24a) MK.m.25 hükmünün saklı olduğuna da değinilmesi gerekmektedir.

2.1.13 FSEK.m.86 açısından

Tasarı'nın Adalet Komisyonu'nca kabul edilen son metnindeki FSEK.m.86 ile ilgili kısım şöyledir⁵⁰⁾ :

“Madde 151- 5846 sayılı Kanunun 86 ncı maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Birinci fıkra hükmüne aykırı hareket edenler hakkında Borçlar Kanununun 49 uncu maddesi ile koşulları varsa, Türk Ceza Kanununun 134, 139 ve 140 uncu maddeleri hükümleri uygulanır.

Birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre yayımın caiz olduğu hâllerde de Türk Medenî Kanununun 24 üncü maddesi hükmü saklıdır⁵¹⁾

Bu değişiklik ile ilgili olarak da, son fıkradaki MK.m.24 yanına (eski MK.m.24a) MK.m.25 hükmünün de saklı olduğunun eklenmesi gerektiğini belirtmek gerekmektedir.

2.1.14 FSEK.ek.m.10 açısından

Tasarı'nın Adalet Komisyonu'nca benimsenen son metnindeki FSEK.ek.m.10 hükmü ile ilgili kısım şöyledir⁵²⁾ :

(49) Adalet Komisyonu'nun FSEK.m.85-m.86 ve ek.m.10 ile ilgili “değişiklik gerekçesi” şöyledir :

“5846 sayılı Kanunun 85 inci, 86 ncı ve ek 10 uncu maddelerinde değişiklik yapılmasını öngören, fıkranın (ğ), (h) ve (i) bentleri, 150 nci, 151 inci ve 152 nci maddeler olarak aynen kabul edilmiştir”

(50) Tasarı'nın ilk metnindeki 43.fıkranın (h) bendinden, FSEK.m.86 hükmünün üçüncü ve dördüncü fıkralarının aşağıdaki metinle değiştirilmek istenildiği anlaşılmaktadır:

“86 ncı maddenin üç ve dördüncü fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Birinci fıkra hükmüne aykırı hareket edenler hakkında Borçlar Kanununun 49 uncu maddesi ile koşulları varsa, Türk Ceza Kanununun 134, 139 ve 140 uncu maddeleri hükümleri uygulanır.

Birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre yayımın caiz olduğu hâllerde de Türk Medenî Kanununun 24 üncü maddesi hükmü mahfuzdur”

(51) Adalet Komisyonu'nun FSEK.m.86 ile ilgili “değişiklik gerekçesi” için bkz. yukarıda dipnot 49

(52) Tasarı'nın 43.fıkrasının (i) bendinden FSEK.ek.m.10 hükmünün aşağıdaki metinle değiştirilmek istenildiği sonucuna varılması mümkündür:

“Ek 10 uncu maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Aşağıda belirtilen hâllerde idarî para cezası uygulanır:

1. 44 üncü madde gereğince alınması zorunlu sertifikaları almaksızın faaliyet gösteren kişi mahallî mülki amir tarafından onbin Türk Lirasından otuzbin Türk Lirasına kadar idarî para cezasıyla cezalandırılır. İlgili tüzel kişi hakkında verilecek idarî para cezasının üst sınırı ellibin Türk Lirasıdır.

2. Ek 5 inci madde hükümlerine aykırı olarak derlenmesi gereken eserler süresi içinde vermeyen kişi Kültür ve Turizm Bakanlığının telif haklarının korunmasıyla ilgili biriminin amiri tarafından bin Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar idarî para cezasıyla cezalandırılır.

“Madde 152- 5846 sayılı Kanunun ek 10 uncu maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Ek madde 10- Aşağıda belirtilen hâllerde idarî para cezası uygulanır:

1. 44 üncü madde gereğince alınması zorunlu sertifikaları almaksızın faaliyet gösteren kişi mahallî mülkî amir tarafından onbin Türk Lirasından otuzbin Türk Lirasına kadar idarî para cezasıyla cezalandırılır. İlgili tüzel kişi hakkında verilecek idarî para cezasının üst sınırı ellibin Türk Lirasıdır.

2. Ek 5 inci madde hükümlerine aykırı olarak derlenmesi gereken eserleri süresi içinde vermeyen kişi Kültür ve Turizm Bakanlığının telif haklarının korunmasıyla ilgili biriminin amiri tarafından bin Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar idarî para cezasıyla cezalandırılır.

Bu madde hükümlerine göre verilen idarî para cezalarından tahsil edilen miktarın yüzde ellisi Kültür ve Turizm Bakanlığının hesabına aktarılır⁽⁵³⁾

Bu madde ile ilgili görüşlerimiz şöyledir :

Mevcut FSEK.ek.m.10'daki birinci bentte yeralan üç milyar TL tutarındaki para cezasının komik düzeye indirilerek (yeni) FSEK.m.81.f.7'ye kaydırıldığına yukarıda değinmiş idik; mevcut FSEK.ek.m.10'daki ikinci ve üçüncü fıkraların metinden çıkarılması ise, anılan iki fıkra uygulamaya açıklık getirmekte olduğundan, hatalı olmuştur.

2.2 Tasarı'daki olumlu unsurlar

Tasarı'nın Adalet Komisyonu tarafından benimsenen son metnindeki hükümlerin bir kısmı “olumsuz” nitelikte olmakla beraber, bazı “olumlu unsurlar”ın varlığını da inkar etmemek gerekir.

Bu çerçevede,

a) Mevcut FSEK.m.68.f.1'deki “meslek birlikleri”nin görüşünün alınmasına ilişkin hükmün ilga edilmesi, bu fıkraya, eser sahipleri yanında, (yayıncı dışındaki) bağlantılı hak sahiplerinin de FSEK.m.68 uyarınca “mutad sözleşme bedelinin üç katı”nı isteyebileceklerine açıklık getirecek ifadelerin eklenmesi, gene bu fıkradaki, sürekli olarak “yanlış anlamlar”a neden olan “uğradığı zararın en çok üç katı” şeklindeki ifadenin madde metninde çıkarılması,

b) Mevcut FSEK.m.71-m.72-m.73 ve FSEK.m.81.f.9-f.10'daki “kastan” sözcüğünün (doğrudan veya dolaylı olarak) metinden çıkarılması,

c) Tasarı'nın Adalet Komisyonu'na gelen (önceki) metninde bulunmayan (bir eseri) “değiştiren” ifadesinin birinci fıkraya eklenmesi,

Bu madde hükümlerine göre verilen idarî para cezalarından tahsil edilen miktarın yüzde ellisi Kültür ve Turizm Bakanlığının hesabına aktarılır

(53) Adalet Komisyonu'nun “değişiklik gerekçesi” için bkz. yukarıda dipnot 49

d) Tasarı'nın Adalet Komisyonu'na gelen (önceki) metnindeki (yeni) FSEK.m.71.f.3 kapsamında yeralan “Yazılı izin olmamasına rağmen, (1) ve (2) numaralı bentlerdeki fiillerin hak sahibinin izniyle gerçekleştirildiğinin anlaşılması hâlinde kişi, ceza hukuku bakımından sorumlu tutulmaz” ifadesinin Adalet Komisyonu'nca metinden çıkarılması,

e) Adalet Komisyonu'nca yapılan değişiklik sonucunda, Tasarı'nın ilk metninde yeralan (önceki) FSEK.m.71.f.3'e “*temsil hakkı*”nın da eklenmesi ve (önceki) FSEK.m.71.f.2'deki “*Bir eserin, bu Kanun hükümlerine aykırı olarak, eğlence yeri niteliğindeki bir ticari işletme bünyesinde gösterime sunulması veya dinletilmesi hâlinde fail (1) numaralı bent hükmüne göre cezalandırılır*” şeklindeki, “*temsil hakkı*”nın ihlalini hak sahipleri aleyhine sınırlayan ifadenin metinden çıkarılması,

f) 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda şahsi hak davasına yer verilmediği için, mevcut FSEK.m.75.f.1'deki “*Bu madde hükümlerinin uygulanmasında 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 344 üncü maddesinin birinci fıkrasının (8) numaralı bendi uygulanmaz*” ifadesinin metinden çıkarılması,

g) Mevcut FSEK.m.75.f.1'deki “*. bu Kanununun 76 ıncı madde hükümleri saklıdır*” ifadesinin metinden çıkarılması,

h) Mevcut FSEK.m.75.f.1'deki muğlak ifadeler yerine, “*Yapılan şikâyetin geçerli kabul edilebilmesi için hak sahiplerinin veya üyesi oldukları meslek birliklerinin haklarını kanıtlayan belge ve sair delilleri Cumhuriyet başsavcılığına vermeleri gerekir. Bu belge ve sair delillerin şikâyet süresi içinde Cumhuriyet başsavcılığına verilmemesi hâlinde kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilir*” ifadesinin kullanılması,

i) Tasarı'daki (yeni) FSEK.m.81.f.4'de “*bandrolsüz eserleri ticari amaçla satın alan ya da kabul eden kişi*” için de cezai yaptırım öngörülmüş olması,

Tasarı'nın son metnindeki bazı olumlu değişiklikler için örnek niteliğindedir.

2.3 Tasarı'daki olumsuz unsurlar

Bunların bir kısmını , örnek mahiyetinde olmak üzere,

a) Tasarı'daki FSEK.m.68.f.4 kapsamında yeralan “*İkinci ve üçüncü fıkraların eser sahibinden başka hak sahiplerince uygulanabilmesi için eser sahibinin bu Kanununun 52 nci maddesine uygun yazılı çoğaltma izni aranır*” ifadesi,

b) Mevcut FSEK.m.71-m.72'deki “*iki yıl*” olan hapis cezalarının asgari haddinin Tasarı'da “*üç ay*”a indirilmesi,

c) Tasarı'daki FSEK.m.71 hükmünde “*Kaynak göstermeksizin iktibas*” şeklindeki suç eylemi tanımının, bilimsel eserlerdeki “*fikirler*”ın mealen intihalini de kapsayacak şekilde açıklık içermemesi,

d) Tasarı'ya Adalet Komisyonu'nca eklenen, (bir eseri) "değiştiren" ifadesinin, mevcut FSEK.m.71.b.5'deki gibi -örneğin- "*hak sahibinin yazılı izni olmaksızın değiştiren*" şeklinde açıklık içermemesi,

e) Tasarı'daki FSEK.m.71.b.2'de yeralan "Başkasına ait esere, kendi eseri olarak ad koyan kişi" ifadesinin, örneğin "Başkasına ait esere, kendi eseri olarak ad koyan ve böylece açıklayan kişi" açıklık içermemesi,

f) Tasarı'daki FSEK.m.71.b.3'de yeralan "*Bir eserden kaynak göstermeden iktibasta bulunan kişi*" ifadesinin, örneğin "*Bir eserden kaynak göstermeden iktibasta bulunan veya bir bilimsel eserdeki fikirleri kendi eserinde kaynak göstermeden kullanan kişi*" şeklinde açıklık içermemesi,

g) Tasarı'daki FSEK.m.71.b.2-b.3'de tanımlanan suç eylemler birbiriyle irtibatlı olduğu halde, çok farklı cezaların öngörülmesi ,

h) Tasarı'nın Adalet Komisyonu'na gelen (önceki) metnindeki yedinci bentte yeralan "*Aralarında mevcut sözleşme hükümlerine aykırı olduğunu bildiği hâlde bir eseri çoğaltan, dağıtan, yayan, yayımlayan, satışa arz eden veya satan kişi beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır*" ifadesinin Adalet Komisyonu tarafından metinden çıkarılması,

i) Tasarı'daki FSEK.m.71 hükmünün son fıkrasında "*umuma iletim*" eyleminden söz edilmemesi,

j) Tasarı'daki FSEK.m.72'de "*kullanan*" sözcüğüne yer verilmemesi,

k) Tasarı'daki cezanın asgari haddi olan üç aylık sürelerin "*caydırıcı*" nitelikte olmaması,

l) Mevcut FSEK.m.73.f.1 (a) ve (b) bentlerindeki "*bilmesi icap ettiği*" şeklindeki -eser sahibi lehine- ifadeden vazgeçilmiş olması,

m) FSEK.m.74 hükmünün tümüyle Yasa metninden çıkarılması,

n) FSEK.m.75'deki altı aylık -çok kısa- şikayet süresinin -bu vesileyle- artırılmamış olması,

o) FSEK.m.76.3 hükmünün son cümlesindeki "*tüm*" sözcüğünün bu vesileyle hükümden çıkarılmamış olması,

p) Tasarı'daki (yeni) FSEK.m.77 hükmü ile ceza mahkemeleri tarafından ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceğinin benimsenmiş olması,

r) FSEK.m.78'deki "*kararın kesinleşmesi*" ile ilgili cümlelerin -bu vesileyle- örneğin "*İlan hakkı, hükmün kesinleşmesinin tebliğinden itibaren üç ay içinde kullanılmazsa düşer*" şeklinde değiştirilmemesi,

s) Tasarı'nın yegane amacının "*ceza yasalarıyla uyum*" olmadığı anlaşıldığına göre, bu "*vesile*"yle, FSEK.m.52 hükmüne aykırı olarak FSEK.m. 80'e monte edilen "*Bir sinema eserinde, olağan şekilde adı bulunan gerçek veya tüzel kişi aksine bir kanıt bulunmadıkça filmin ilk tespitini gerçekleştiren yapımcı olarak kabul edilir*" cümlesine "*FSEK.m.52 hükmü saklıdır*" şeklinde bir ifadenin eklenmemiş olması,

t) Bu “vesile”yle de olsa, ya (mevcut) FSEK.m.13’deki “*beyan sistemi*” ile (yeni) Kayıt ve Tescil Yönetmeliği ve (yeni) FSEK.m.81.f.2-f.3 kapsamındaki “*taahhütname sistemi*”nin tümüyle kaldırılması, ya da, FSEK.m.13 ve (yeni) Kayıt ve Tescil Yönetmeliği kapsamında “*gerçek dışı beyan*”da bulunulması haline ilişkin cezai yaptırımlara FSEK’de açıkça yer verilmesi gerektiği halde, anılan zorunlu değişikliklerin yapılmaması olması,

u) FSEK. m. 80.B-1’deki ve FSEK.m.80.C hükmünün son cümlesindeki “*münhasır*” sözcüğünü içeren ifadelere “*Eser sahiplerinin hakları saklıdır*” şeklinde birer cümlelerin eklenmemesi olması,

şeklinde özetlemek mümkündür.

3 Sonuç

Tasarı’nın Adalet Komisyonu önüne gelen ilk metni, fevkalade vahim ve eser sahibi aleyhine hükümler içerdiğinden, eser sahiplerini temsil eden bazı meslek birlikleri Tasarı’nın ilk metnine karşı çıkma gereğini duymuş olmalı ki, Adalet Komisyonu (kısmen de olsa) sağduyu ile hareket ederek Tasarı’yı “*iyileştirmek*” zorunda kalmıştır. Ancak -gene değerli bilim adamı Hirsch tarafından temelleri atılan FSEK kapsamındaki “*eser sahipleri*” lehine olan bazı hükümleri delegecek nitelikteki bazı ifadeler varlığını sürdürmektedir.

İlginc olan, Tasarı’nın Adalet Komisyonu’nca kabul edilen son metni 2006 Ağustos ayı ortasında açıklandığı halde, Tasarı’daki vahim hatalara (bu makale dışında) hiçbir şekilde karşı çıkılmamış olmasıdır. Bu ataletin sebebi, pekçok çağdaş ülke yanında (her nedense) devamlı olarak yarıştığımız Yunanistan’da bile Fikri Hukuk’un, Ticaret Hukuku’nun bir alt-dalı değil, (salt master eğitime yönelik) “*bağımsız bir alan*” olarak kabul edilmesine karşın⁽⁵⁴⁾, Üniversitelerarası Kurul’un yıllardan beri, Fikri Hukuk’un “*bağımsız bir alan*” olduğunu reddetmesi ve böylece Ülkemiz’de gerçek fikri hukukçuların yetiştirilememesi olarak izah edilebilecektir. Sözkonusu (çağın gerçeklerine aykırı) tutumun sonucunda, Fikri Hukuk -adeta- “*durumdan vazife çıkaran*” bazı (uzman olmayan) hukukçuların istilasına uğramış ve böylece, Hirsch’in veya Arslanlı ya da Ayiter veya Ereli’n (1988) eserlerini yeterince okumadan, böylece gerekli uğraşmayı gös-

(54) Bkz. STAMATOUDI, İrini A., “*Legal Education in Greece*” (makale), bkz. <http://webjcli.ac.uk>; anılan makale’nin (B) bölümünde (aynen) “*The subjects that students are taught during their studies are in particular: Constitutional and Administrative law (public law); Civil law and its subdivisions, i.e. general principles of civil law, contract, property law, tort, family law and hereditary law; Civil Procedure; Commercial law and its subdivisions, i.e. general principles of trade law, companies, cheques and negotiable instruments, Bankruptcy law; Labour law; Criminal law and Criminal Procedure; Private and Public International law; European law; Sociology of law and Methodology of law. In addition to these there is also a list of elective subjects to choose from: e.g. maritime law, air law, tax law, comparative law, insurance law, legal history, Roman law, Byzantine law, medical law, sociology, ancient Greek laws, intellectual property law, environmental law, the law of the church, Cypriot law and so on*” ifadesi mevcuttur.

termeden “bilgi sahibi” olmaya çalışanların, salt (küreselleşmenin ürünü olan) AB Hukuku’nu ezberlemek suretiyle “fikir sahibi” gibi görünerek, yargı organlarını dahi “hatalı yönde” etkilediği bugünkü olumsuz sonuçlara ulaşılmıştır.

Gerçi, (uzmanı olmasa dahi) her hukukçunun veya herhangi bir kişinin Fikri Hukuk alanında makale yazmasına engel oluşturan “yazılı bir kural” yoktur; ancak -artık- yazılı olmayan “etik kurallar”ın da gözönüne alınması gerekmektedir.

Son olarak şunu vurgulamak gerekir ki, bir taraftan “çağdaş teknoloji” veya “ar-ge”nin veya (moda deyimiyle) “innovasyon”un ya da “eser sahipleri ve bağlantılı hak sahipleri”nin öneminden söz edilirken, diğer taraftan, bütün bu unsurları hukuk şemsiyesi altına alacak olan Fikri Hukuk’un, “bağımsız bir alan” olarak kabul edilmemesinin ve böylece, ileride onarılması olanaksız “vahim sonuçlar” oluşturacak şekilde, uzman olmayanların istilasına terk edilmesinin nedenini anlamak mümkün değildir.

Bu bağlamda, “Fikri Hukuk”un artık “Ticaret Hukukunun alt dalı” değil, tümüyle “bağımsız bir alan” olduğu kabul edilmesi⁽⁵⁵⁾ ve Ülkemiz’in, bu hukuk dalı açısından, “çağdışı” veya “geri kalmış” olarak nitelendirilmesinin önüne geçilmesi açık bir zorunluluk oluşturmaktadır.

KAYNAKÇA

ALBAYRAK, Mustafa; “Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Düzenlenen Suçlar” (makale), Adalet Dergisi sayı 16; www.adalet.gov.tr

ÇEÇEN, Anıl; *Düşünce Hukuku*, Ankara 1995

ÇELİK, Ahmet Çelik; “Tazminat Davalarında Ceza Zamanasının Uygulanması” (makale); www.turabitoral.av.tr

EREL, Şafak Naci; *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, Ankara 1998

HIRSCH, Ernest E.; *Hukuki Bakımdan Fikri Sâ-y İkinci Cilt, Fikri Haklar*, İstanbul 1943

KURU, Baki; *Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt IV*, İstanbul 1984

OLGAÇ, Senai; *Fikir Hakları ve Yayın Sözleşmeleri*, Ankara 1979

ÖNER, Levent; “Uluslararası İlaç Patenti Başvuru Sıralamasında Ülkemizin Yeri” (makale), *Cumhuriyet Bilim Teknik (CBT 1033)*, 05.01.2007, s.7

PIROĞLU, Ünsal; “FSEK 68’in Farklı Konumu” (makale), *Yargıtay Dergisi*, Ekim 2004

STAMATOUDI, İrini A.; “Legal Education in Greece” (makale), [http:// webjcli.ac.uk](http://webjcli.ac.uk);

(55) Nitekim, çok sayıda anlı şanlı hukuk profesörünce bu “zorunluluk” görmezden gelinirken, değerli bir eczacı Profesör’ün yazdığı bir makale’de “Üniversitelerde Rektörlüklere bağlı Fikri ve Sınai Haklar birimleri kurulmalı..” şeklinde fevkalade isabetli görüşler dile getirilmiştir ; bkz. ÖNER, L., “Uluslararası İlaç Patenti Başvuru Sıralamasında Ülkemizin Yeri” (makale), *Cumhuriyet Bilim Teknik (CBT 1033)*, 05.01.2007, s.7

ÜSTÜN, Gürsel; *Fikri Hukukta Maddi Tazminat Davaları*, İstanbul 1995 (alenilemiş ancak yayımlanmamış Doktora Tezi)

ÜSTÜN, Gürsel; *Fikri Hukukta İşleme Eserler*, İstanbul 2001

ÜSTÜN, Gürsel; *Fikri Hukuk ile İlgili Bilirkişi Raporları II*, İstanbul 2001

ÜSTÜN, Gürsel; *Fikri Hukukla İlgili Bazı Uluslararası Antlaşmalar ve İktibas Sorunları*, İstanbul 2001 (alenilemiş ancak yayımlanmamış Doçentlik çalışması)

ÜSTÜN, Gürsel; “Yargısal Uygulamada Fikri Haklar” (makale), *İstanbul Barosu Dergisi (İBD)*, Aralık 1999 (s. 954-s.981)

ÜSTÜN, Gürsel; “Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda 4630 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişiklikler ve Eleştirilerimiz”, *İstanbul Barosu Dergisi (İBD)*, Mart 2001 (s.110-228)

ÜSTÜN, Gürsel; “Küreselleşmeden Kaynaklanan Eser Sahibi Aleyhine Eğilimler ile Mali Haklardaki Tahditler ve Tahditlerin İstisnaları” (makale), *Hukuk ve Adalet Dergisi*, Yıl 1, Sayı 4, İstanbul Ekim-Aralık 2004, (s.118-s.175)

ÜSTÜN, Gürsel; “FSEK.m.76.f.3 ile ilgili bir Yargıtay Kararı’nın Eleştirisi” (makale), *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR)*, Ankara 2005-4, (s.97-s.108)

ÜSTÜN, Gürsel; “Fikri Hukukta Eser Sahibi Lehine Yorum İlkesi” (makale), *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR)*, Ankara 2006-1 (s.63-s.119)

ÜSTÜNDAĞ, Saim; *Medeni Yargılama Hukuku*, Cilt 1-2, İstanbul 1985

YALVAÇ, Gürsel; *Karşılaştırmalı ve Gerekçeli TCK-CMK-CGTİK*, Ankara 2005

YARSUVAT, Duygun; *Eser Sahibi ve Hakları*, İstanbul 1984

TASARI'NIN (ilk metnindeki) GENEL GEREKÇE

I. XX. Yüzyılda, Birinci Dünya Savaşından önceki dönemde gerçekleştirilen kanun değişikliklerinde ve meydana getirilen yeni ceza kanunlarında pozitif teo-ri-nin etkileri görülmüştür. İki Dünya Savaşı arasındaki dönemde ise, ceza kanun-ları değiştirilmekle birlikte bunları tamamlayıcı kanunlarla ikmal etme yolu da tutulmuş böylece genel ceza kanunu dışındaki belirli sosyal ve ekonomik alan-la ilişkin ve ceza hükümlerini içeren çok sayıda özel kanun meydana getirilmiş-tir. Bu tip kanunlara genel olarak öğretilerde "Ceza Hükümlerini İçeren Tamamlayı-cı Kanunlar" denilmektedir. Bir alanın, çeşitli kısımları itibariyle ve değişik hukuk dalları yönünden düzenlenmesi ve yaptırımları oluşturan cezaların da aynı bün-yede yer alması suretiyle uygulayıcılara kolaylık sağlması ihtiyacı ortaya çıkmış-tır. Ceza mevzuatı, çağın gereklerine ve yeniden oluşan milli ve insanlığın ortak değerlerini vurgulayan, insan haklarını ve toplumsal güveni korumayı hedefleyen bir "suç ve ceza siyasetine" dayandırılmalıdır. Suç siyaseti, barış esasına dayalı toplum düzeninin devamı için hukuka aykırı fiillerin hangilerinin suç olarak ta-nımlanması gerektiğinin belirlenmesinde izlenen yolu göstermektedir. Hukuka aykırı herhangi bir fiile suç niteliğini kazandıran koşullar, izlenen suç siyaseti ile belirlenmektedir. Suç siyaseti ile güdülen amaca ulaşabilmek için uyulması gere-ken ana ilkeler; kusur ilkesi, hukuk devleti ilkesi ve hümanizm ilkesidir.

II. Bilindiğı üzere, ceza adalet sistemimizi oluşturan temel ceza kanunları olarak adlandırılan Türk Ceza Kanunu, Kabahatler Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu ve Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun Türkiye Büyük Millet Meclisince kabul edilerek 1 Haziran 2005 tarihi itibariyle yürürlüğe girmiştir.

Türk Ceza Kanunuyla özel suç tanımlarına yer veren diğer kanunlar arasın-daki ilişki, Anayasamızda güvence altına alınan hukuk devleti, adalet ve eşitlik il-kelerine uygun olarak yeniden belirlenmiştir. Türk Ceza Kanununun izlemiş ol-duğı suç ve ceza siyaseti ilkeleri dikkate alındığında kanunun suç ve ceza teo-ri-sine ilişkin kabul ettiğı normatif hükümler ceza hükmü içeren diğer kanunlar ba-kımından da etkilerini doğurmuştur. Bu cümleden olmak üzere:

1. Yaptırım sisteminde, ondokuzuncu yüzyıl ceza hukuku anlayışının kalın-tısı olan "asli ceza - fer'i ceza" ayırımı kaldırılmış ve çift şeritli yaptırım esası be-nimsenmiştir. Buna göre yaptırımlar, cezalar ve güvenlik tedbirleri olmak üzere iki ana tasnife tâbi tutulmuştur. Suç karşılığı uygulanacak yaptırımlar hapis ve adli para cezası olarak belirlenmiş, hapis cezaları da ağırlaştırılmış müebbet ha-pis cezası, müebbet hapis cezası ve süreli hapis cezası olarak düzenlenmiştir.

2. Ceza sorumluluğunun şahsiliğı kuralı bağlamında, özel hukuk tüzel kişi-leri hakkında ceza yaptırımının uygulanamayacağı; buna karşılık, güvenlik tedbi-ri niteliğinde yaptırımlara hükmedilebileceğı kabul edilmiş, işlenen her bir suçla ilgili olarak ayrı ayrı cezaya hükmedileceğı öngörülmüştür. Böylece verilen her bir ceza, bağımsızlığını koruyacaktır.

3. Suçlar arasındaki “cürüm” ve “kabahat” ayırımı terk edildiği için, hürriyeti bağlayıcı ceza açısından kabul edilen “hapis” ve “hafif hapis” ayırımı da kaldırılmış, böylece, temel ceza olarak, hapis cezası benimsenmiştir. Suçlar arasındaki “cürüm” ve “kabahat” ayırımının kaldırılmasının diğer bir sonucu da para cezası bakımından “ağır para cezası - hafif para cezası” ayırımının terk edilmesidir. Ancak, suç karşılığı öngörülen ve mahkeme tarafından hükmedilen para cezası ile idarî yaptırım olarak uygulanan para cezası arasındaki kavram karışıklığını önlemek amacıyla, ceza hukuku yaptırımı niteliğindeki para cezasının adı adli para cezası olarak belirlenmiş ve gün para cezası sistemi kabul edilmiştir.

4. Özellikle ekonomik çıkar amaçlı suçlarda suçun işlenmesiyle bir çıkar elde edildiği kesin olarak öngörülmekle birlikte, bunun miktarının belirlenemediği durumlara özgü olarak hapis cezasının yanısıra adli para cezası da öngörülmüştür.

5. İşlediği suç nedeniyle hapis cezasına mahkûm edilen kişi, toplumda belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmaktadır. Ancak, bu yoksunluk, kural olarak, mahkûm olunan hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar devam edecektir. Cezanın infazı, kişinin işlediği suçtan dolayı etkin pişmanlık duymasını, yeniden topluma kazandırılmasını gerektirdiğine göre; cezasını çekmiş olan kişi artık toplumla barışmış, suç işlemekle kaybettiği toplumsal güveni geri kazanmış demektir. Bu bakımdan, benimsenen yaptırım sisteminde, belli bir suç işlemekten dolayı cezaya mahkûmiyetin sonucu olarak ömür boyu devam edecek bir hak yoksunluğu söz konusu değildir. Müsadereye ilişkin olarak Türk Ceza Kanununda genel ve kuşatıcı bir düzenleme yapıldıktan sonra diğer kanunlarda çeşitli suç tanımlarıyla bağlantılı olarak özel müsadere hükümlerine yer verilmemelidir.

6. Anayasada da belirtildiği gibi; hangi fiillerin suç oluşturduğunun kanunda açık bir şekilde belirlenmesi gerekir. Bu düşüncenin bir sonucu olarak, ancak bir kanuni tanımda belirlenen muayyen fiiller, ceza yaptırımını gerekli kılabilir. Bu bakımdan, belirli bir kanuna yollamada bulunmak suretiyle soyut olarak bu kanuna aykırı davranışların ceza yaptırımına bağlanması, suçta kanunilik ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

III. Ceza hükmü içeren kanunlarda, suç tanımlarına yer verilmesinin yanısıra çoğu zaman örneğin; teşebbüs, iştirak ve içtima gibi konularda da Türk Ceza Kanununda benimsenen ilkelerle çelişen hükümlere yer verilmektedir. Böylece, ceza kanununda benimsenen genel kurallara aykırı uygulamaların yolu açılmakta ve temel ilkeler dolanılmaktadır. Tüm bu sakıncaların önüne geçebilmek bakımından, ayrıca, hukuk uygulamasında birliği ve hukuk güvenliğini sağlamak için diğer kanunlarda sadece özel suç tanımlamalarına yer verilmesi veya bu suçlarla ilgili yaptırımların belirlenmesiyle yetinilmelidir. Buna karşılık, suç ve yaptırımlarla ilgili olarak Türk Ceza Kanununda belirlenen genel ilkelerin özel kanunlarda tanımlanan suçlar açısından da uygulanmasının temin edilmesi gerekmektedir.

Haksızlık oluşturan bir fiilin suç veya kabahat olarak tanımlanmasında, izlenen suç politikası etkili olmaktadır. Ancak, bir fiilin suç veya kabahat olarak ta-

nımlanmasında, bunun esasen haksızlık ifade etmesi gerektiği hususu göz önünde bulundurulmalıdır. Esas itibarıyla haksızlık ifade etmeyen, hukuka aykırı olmayan bir fiil hiçbir surette suç veya kabahat olarak tanımlanamaz. Haksızlıklar arasında bu yönde bir tasnif yapılması durumunda; bu tasnifte, hukuka aykırı olan fiilin ifade ettiği haksızlık içeriği esas alınmalıdır. Bu bakımdan, esasen hukuka aykırı olan ve haksızlık ifade eden fiiller arasında suç veya kabahat olarak bir ayırım yapılması, bir nitelik farkı oluşturmamaktadır. Söz konusu tasnif, haksızlıklar arasındaki nicelik farkına dayanmaktadır. Bu tasnif, haksızlıklar arasında sadece bir işlem farklılığı doğurmaktadır.

Türk Ceza Kanununda suça teşebbüs cezalandırılabilirken, Kabahatler Kanununda kabahate teşebbüs kural olarak cezalandırılmamaktadır. Suça iştirakte suç ortakları arasında fail ve şerik ayırımı yapılmaktadır. Kabahatler Kanununda yer alan hükümlere göre, kabahate iştirakte tek tip fail sistemi kabul edilmiştir. Tekerrür bakımından da suçlarla kabahatler arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır.

Kabahatleri suç olmaktan ve ceza kanunlarının kapsamı dışına çıkarma eğiliminin bir sonucu olarak, çeşitli hususlarda düzenleme getiren özel kanunlarda bazı fiiller karşılığında idarî yaptırımlar öngörülmektedir. Bu fiiller karşılığında, genellikle parasal nitelikte bir yaptırım öngörülmektedir. Ancak, bu parasal yaptırım, bir ceza hukuku yaptırımı olan "adli para cezası" değil; idarî yaptırım olarak "idarî para cezası" niteliği taşımaktadır. Esasen, her ikisi de belli bir miktar paranın kişiden alınıp devlet hazinesine intikalinden ibaret gibi görünürse de; adli nitelikteki para cezası ile idarî nitelikteki para cezası arasında, karar veren merci, yaptırımın infaz sureti, yaptırımı bağlanan kanunî neticeler bakımından önemli farklılıklar bulunmaktadır. İdarî nitelikteki "para cezası", bir uyarı fonksiyonu gördüğü gibi, kamu açısından oluşmuş olan zararın giderilmesi amacıyla da hizmet edebilir. Bu nedenle, idarî para cezasının misli nitelikte olması mümkündür.

Özellikle ekonomik hayata ilişkin düzenlemeler kapsamında oldukça sık bir şekilde idarî nitelikte ceza yaptırımlarına yer verilmektedir. Bu bağlamda yürürlüğe konan kanunlarda veya kanun hükmünde kararnamelerde kazuistik hükümlere yer verilmektedir. Bu kazuistik düzenlemeler arasında bir sistem birliğinin varlığından söz edilemez. Bunlar arasında bir ahenksizlik hâkim bulunmaktadır. Bu nedenle, idarî nitelikteki yaptırımlarla ilgili olarak genel bir kanun olarak Kabahatler Kanunu kabul edilmiştir. Bu Kanunda, idarî yaptırımları gerektiren fiiller yani kabahatler açısından kanunilik ilkesi, zaman bakımından uygulama ve sorumluluk esasları, zamanaşımı, idarî yaptırımların hukukî niteliği, çeşitleri ve sonuçları, bu yaptırımların yerine getirilmesi rejimi gibi konular, bir sistematik çerçevesinde düzenlenmiştir. Ayrıca, idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yolu da düzenlenmiştir. Kabahatler Kanununda idarî yaptırımlarla ilgili olarak belirlenen genel hükümler nedeniyle, bu hükümlerin özel kanunlarda tanımlanan kabahatler hakkında da uygulanması gerekmektedir.

IV. Suç ve ceza siyaseti ilkelerine uygun olarak ceza hükmü içeren kanunlarda Tasarıyla yapılan değişikliklerde aşağıdaki temel ilkeler esas alınmıştır.

1. Bazı ihlallerin cezai yaptırıma bağlanması, çeşitli sakıncalar doğurabilmektedir. Bu ihlallerin suç olarak kalması yargılama sürecinde iş yükünü artırmakta ve zaman kaybına neden olmaktadır. Bu ise ceza hukuku yaptırımlarında aranan ceza hukuku yaptırımlarındaki caydırıcılık gücünü ciddi şekilde zayıflatmaktadır. Suç olmaktan çıkarılan ancak toplumsal düzeni bozduğuna inanılan haksızlık oluşturan davranışlar, devlet idaresi tarafından cezalandırılabilir idarî bir yaptırıma bağlanmalıdır. Gelişen sosyal, siyasal ve ekonomik koşullar karşısında suç politikalarında da bir değişimin yaşanması kaçınılmaz bir gerçektir. Tasarıyla, bu değişim ve ilkelere uygun olarak haksızlık oluşturan hareketin niceliği ve bunun toplumsal ve siyasal yaşamdaki etkileri göz önünde tutularak bazı fiillerin yaptırımı idarî yaptırım olarak değiştirilmiş, bazıları da kabahat nevinden olan yaptırım çeşidinden çıkartılarak suç karşılığı bir ceza yaptırımına dönüştürülmüştür. Bu dönüştürülme sonucunda da özellikle idarî yaptırımı gerektiren kabahatlerde, idarî para cezasını gerektiren yaptırım dışındaki diğer idarî yaptırımlar bakımından Kanunlarda bazı yaptırım türlerine de yer verilmiştir.

2. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda, temel olarak suç karşılığı uygulanan soruşturma ve kovuşturma usulüne yer verildiğinden Tasarıyla suç karşılığı uygulanan usul hükümleri bakımından bazı hükümler, 5271 sayılı Kanuna uyarlanmış veya 5271 sayılı Kanunda düzenleme olması sebebiyle Kanun hükümlerinden çıkartılmıştır.

3. Suç karşılığı uygulanacak yaptırımlarda cezaların alt ve üst hadleri arasındaki makas açık tutularak, hâkime cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirmesi bakımından 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 61 inci maddesi hükümlerine göre temel cezayı belirlemede takdir yetkisini kullanma olanağı tanınmıştır. Bu hükme paralel olacak şekilde, kural olarak kanunlarda yer alan suç konusu değerlerin fahiş olması veya az olması gibi değişken koşullara bağlı, cezada artırım veya indirim yapılmasını gerektirir düzenlemeler, ilgili kanun maddelerinden ayıklanmıştır.

4. Tasarıyla, suç karşılığı uygulanan yaptırımlarda temel cezanın alt sınırı belirlenirken, kanun değişikliğine müsteniden uygulamada “yasa bozması” olarak adlandırılan sonucun önlenmesi amacıyla, özellikle cezaların alt sınırında indirim yapılmamasına özen gösterilmiştir. Esasen kanun değişikliklerinde ilgili madde-deki suçun unsurunda veya temel cezasında sanık lehine sonuçların doğması, bu suçlara ait dosyaların kanun yolu incelemesi sürecinde dava zamanaşımı süresinin dolması riski taşıdığından, yapılan düzenlemelerde bu riskin önlenmesine yönelik tedbirlere de yer verilmiştir.

5. Tasarıda idarî yaptırıma dönüşen fiiller bakımından uygulamada doğabilecek tereddütlerin giderilmesi amacıyla, idarî yaptırım kararlarını verecek merci açıkça gösterilmiştir.

6. İdarî yaptırım kararlarının tebliği, kesinleşmesi, kanun yolu, takip ve tahsile ilişkin düzenlemeler, Kabahatler Kanunu hükümleri dikkate alınarak ilgili Kanun hükümlerinden çıkartılmış, ancak kanun yolu bakımından bazı kanunlarda istisnai hükümlere yer verilmiştir.

7. 5252 sayılı Kanun hükümleri dikkate alınmak suretiyle, ilgili kanunlarda yer alan hafif hapis veya hafif para cezaları kural olarak idarî para cezasına dönüştürülmüş ancak, haksızlık oluşturan hareketin kapsam ve niteliği dikkate alınarak bazı fiiller bakımından bu yöntem benimsenmemiştir.

8. İlgili Kanunlarda suç karşılığı uygulanan ağır para cezaları kural olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun ilgili maddesi hükümleri dikkate alınarak, suçun kapsam ve niteliğine göre bazen alt sınır gösterilmek suretiyle, bazen de alt sınır gösterilmeyerek adli para cezasına dönüştürülmüştür.

9. İdarî yaptırım kararını gerektirip de ilgili kanunda tekerrür hükmüne yer verilmiş olması hâlinde aykırılığın haksızlık oluşturan fiilin niceliğine göre teker-rür hali, fiilin tekrarı olarak düzenlenmiş ve fiilin tekrarı ilgili kanun maddesinde öngörülen idarî para cezasının artırılması veya idarî yaptırımın başka bir nevine dönüştürülmesi olarak düzenlenmiş, bazı durumlarda da idarî para cezasının alt ve üst sınırları arasında makas açılmak suretiyle bu cezayı uygulayacak makama takdir yetkisi tanınmıştır.

10. Tasarıyla, yaptırım teorisinin verilerine aykırı olarak çeşitli kanunlarda yer verilen belli bir suçtan mahkûmiyete bağlı hak yoksunluklarını gerektiren ka-züistik hükümlerin önüne geçilerek yeni bir rejim getirilmiştir.

11. Ceza hükmü içeren kanunlarda bir mahkûmiyet hükmünün sonucu ola-rak belirtilen hak yoksunlukları bakımından yasak hakların geri verilmesine yö-nelik olarak yeni hükümlere yer verilmiştir.

12. Ceza hükmü içeren kanunlarda yer alan yaptırımlardan üst sınır göste-rilmeyen hapis cezaları bakımından üst sınır gösterilmek suretiyle 5235 sayılı Ka-nun hükümleriyle uyum sağlanmıştır.

V. Tasarıyla; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 5326 sayılı Kabahatler Kanu-nunun yürürlüğe girmesinden sonra, idarî yaptırım kararı gerektiren fiiller ve suç açısından uygulama birliği sağlanması, ceza hükmü içeren kanunların uygulan-masından kaynaklanan tereddütlerin giderilmesi, Türk Ceza Kanunu, Ceza Mu-hakemesi Kanunu ve Kabahatler Kanunu hükümleri dikkate alınmak suretiyle, ceza hükmü içeren kanunlarda yer alan hükümlerin, bu kanunlarla uyumlu hâ-le getirilmesi, ayrıca, bazı suçların unsurlarında

5237 sayılı Kanuna uyum sağlanması amaçlanmıştır.

Tasarı, yukarıda belirtilen amaçlarla hazırlanmıştır

Tasarı'nın İlk Metnindeki FSEK ile İlgili Madde Gerekçeleri

71. madde gerekçesi: Fıkranın (b) bendiyle, Kanunun 71 inci maddesi de-ğiştirilmiştir. Kanunun mevcut metninde suçlar tanımlanırken, manevi haklara tecavüz ve malî haklara tecavüz ayırımı esas alınmıştır. Öncelikle belirtmek ge-rekir ki, bu Kanunun koruma altına aldığı malî ve manevi haklara tecavüz fiille-ri iç içe bir mahiyet taşımaktadır. Bir fiille, bir kişinin sadece manevi hakkı veya malî hakkı ya da bunların her ikisi de ihlal edilmiş olabilir. Korunan haktan ha-reketle aynı fiilin iki ayrı suç olarak nitelendirilmesi yoluna gidilmesi, ceza huku-

kundaki suç tanımlamalarında esas alınan suç politikası ilkeleriyle bağdaşmaktadır.

Dikkat edilmelidir ki, maddede beş bent halinde sayılan fiiller, söz konusu fıkra kapsamında birer seçimlik hareketler değillerdir. Her ne kadar aynı cezaî yaptırım öngörülmüş ise de; bu beş bentten her birinde yer alan hareketler ayrı ayrı suç oluşturmaktadır. Çünkü her bir bent kapsamına giren fiillerin konusu birbirinden farklıdır. Halbuki seçimlik hareketli suçtan söz edebilmek için, konunun aynı olması gerekir.

Bu nedenlerin yanı sıra, 72 nci maddenin değiştirilmesine ilişkin aşağıdaki gerekçeler de göz önünde bulundurulurken, suç tanımı yapılırken işbu Kanunun koruma altına aldığı manevi ve mali haklar bakımından bir ayırım yapılmamıştır. Ancak, dikkat edilmelidir ki, bu düzenlemeyle fikri haklarla ilgili olarak Kanunun benimsediği manevi ve mali hak ayırımı kaldırılmış değildir.

Yapılan değişikliklerle, madde kapsamında çeşitli suç tanımlarına yer verilmiştir. Bütün bu tanımların ortak özelliği, suç oluşturan fiillerin bu Kanunda koruma altına alınan fikir ve sanat eserleriyle ilgili manevi ve malî hakları ihlal etmesidir.

Maddenin (1) numaralı bendi altında seçimlik hareketli bir suç tanımı yapılmıştır. Söz konusu suçu oluşturan fiiller, bir eseri hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın bir ticarî faaliyet çerçevesinde işlemek, çoğaltmak, dağıtmak, yaymak, elektronik ortam da dahil olmak üzere yayımlamak ya da hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri satışa arz etmek, satmak, ticarî amaçla satın almak, ithal veya ihraç etmek, elinde bulundurmamak ya da depolamak olarak gösterilmiştir. Suçun konusu bu Kanunla koruma altına alınan manevi veya mali hakların ilişkili olduğu fikri eserdir. Bu suçun oluşabilmesi için, söz konusu seçimlik hareketlerden birinin, hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın gerçekleştirilmesi gerekir.

Maddenin (2) numaralı bendinde, ayrı bir suç tanımına yer verilmiştir. Bu suçu oluşturan fiiller, bir eserin bu Kanun hükümlerine aykırı olarak gösterime sunulması veya dinletilmesidir. Eserin gösterime sunulduğu veya dinletildiği yerin, eğlence hizmetinin verildiği bir ticarî işletme olmalıdır. Eğlence yeri kavramından neyin anlaşılması gerektiğini 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununa göre belirlemek gerekir.

Bu bent hükmünde ayrı bir suç tanımına yer verilmiş olmakla birlikte, bu suçun karşılığı olan ceza yaptırımı bakımından (1) numaralı bende atıfda bulunulmuştur.

Hak sahibi kişilerin izninin varlığı, maddenin (1) numaralı bendi kapsamındaki fiillerin hukuka uygun hale getirmektedir. Ancak, söz konusu bent hükmünde bu rızanın yazılı olması şartı aranmıştır. İspat sorununun gereği olarak, rıza ile ilgili bu yazılılık koşuluna bent hükmünde yer verilmiştir. Ancak, bu koşulun, maddi gerçeğin araştırılması ereğinden hareket eden ceza muhakemesi hukukuna uygun olarak yumuşatılması amacıyla, maddenin (3) numaralı bendi formüle edilmiştir.

Maddenin (4) ve (5) numaralı bentlerinde çeşitli intihal fiilleri bağımsız suçlar olarak tanımlanmıştır. (5) numaralı bentte bilimsel etik kurallarına aykırı olarak bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunma fiili ceza yaptırımına altına alınmıştır.

(6) numaralı bentte, içeriği ile ilgili olarak ayrıca açıklamaya gerek olmayan bağımsız bir suç tanımına yer verilmiştir.

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

72. madde gerekçesi: Fıkranın (c) bendiyle, Kanunun 72 nci maddesi değiştirilmiştir. Maddenin mevcut metninde sadece mali haklar göz önünde bulundularak suç tanımlaması yapılmıştır. 71 inci maddedeki değişiklik gerekçesinde açıklandığı üzere, suçlar tanımlanırken, salt manevi haklara tecavüz ve mali haklara tecavüz ayırımının esas alınması ceza hukukundaki suç tanımlamalarında esas alınan suç politikası ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.

Belirtilen nedenlerle, 72 nci maddenin mevcut metninde yer alan suç tanımı 71 inci maddeyle birleştirilerek bir düzenlemeye tabi tutulmuştur.

Ancak, bu madde altında Kanunun mevcut metnindeki 73 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendindeki suç tanımı değiştirilerek yeniden tanımlanmıştır.

Bu madde kapsamında yer alan fiillerin bir kısmı, 71 inci madde kapsamında tanımlanan yeni suçları oluşturmaktadır. Ayrıca, maddenin (c) bendi kapsamında yer alan suç, tanımı değiştirilerek 72 nci maddede yeniden tanımlanmıştır.

75. madde gerekçesi: Fıkranın (ç) bendiyle, Kanunun 75 inci maddesi başlığıyla birlikte değiştirilmiştir. Şikayet kurumu, Türk Ceza Kanununda ayrıntılı olarak düzenlenmiş bulunduğu için, bu hakkın kimler tarafından, ne sürede ve ne suretle kullanılacağı hususunda ayrıca düzenleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır. Ayrıca, bu suçlardan dolayı şikayet hakkının kullanılmasının şikayet hakkına sahip olan kişiler bağlamında genişletilmesi, özellikle şikayet süresi bakımından bu kurumu işlevsiz hale getirmektedir.

Madde metninde ayrıca bu Kanunda yer alan suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma evresinde yapılması gereken usul işlemleriyle ilgili olarak, Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleriyle uyumlu düzenlemeler yapılmıştır.

76. madde gerekçesi: Fıkranın (d) bendiyle, Kanunun 76 ncı maddesi değiştirilmiştir.

Maddenin birinci fıkrasında teknik bir düzeltme yapılmıştır.

Ceza Muhakemesi Kanununda şahsî hak davasına yer verilmediği için, maddenin ikinci fıkrasına madde metninde yer verilmemiştir.

Bir suçtan dolayı delil toplama yöntemleri Ceza Muhakemesi Kanununda ayrıntılı olarak düzenlenmiş olduğu için, maddenin üçüncü fıkrasındaki düzenlemenin sadece hukuk davaları açısından uygulanabilmesine yönelik olarak fıkra metninde değişiklik yapılmıştır.

77. madde gerekçesi: Fıkranın (e) bendiyle, Kanunun 77 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundaki ihtiyati tedbire ilişkin hükümlerin uygulanabilirliği olan hususlarla ilgili olarak işbu Kanunda ayrıca düzenleme yapılmasına gerek görülmediği için, madde metninde ihtiyati tedbirle ilgili olarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundaki hükümlere atıfta bulunulmakla yetinilmiştir.

Ayrıca, adli kolluk görevlisi olan gümrük muhafaza memurlarının görevleriyle bağlantılı olarak ortaya çıkan bir suç şüphesi karşısında nasıl muamelede bulunacakları, Ceza Muhakemesi Kanununun koruma tedbirlerine ilişkin hükümleriyle belirlenmiş olduğu için, bu Kanunda bu hususta ayrıca hükümlere yer verilmeye gerek görülmemiştir.

Dikkat edilmelidir ki, Kanunun mevcut metninde bir suç nedeniyle yapılan soruşturma ve kovuşturma kapsamında başvuru koruma tedbirleriyle, bir özel hukuk uyuşmazlığı bağlamında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundaki ihtiyati tedbir, birbirine karıştırılmıştır. Bunun ortaya çıkardığı sakıncaları gidermek için, madde metninde değişiklik yapılmıştır.

80. madde son fıkra gerekçesi: Fıkranın (f) bendiyle, Kanunun 80 inci maddesinin onuncu fıkrası değiştirilmiş ve bir fıkra eklenmiştir. Maddenin onuncu fıkrasında yapılan değişiklik, Kanunun değiştirilen 71 inci maddesine atıfta bulunulmuştur. Böylece 80 inci madde kapsamında koruma altına alınan manevi ve malî hakların ilişkin oldukları eserler açısından da aynı türden fiillerin işlenebileceği düşüncesiyle, ayrı bir suç tanımı yapılmaksızın 71 inci maddedeki bütün suç tanımlarının bu eserler bakımından da uygulanabileceği kabul edilmiştir.

Onuncu fıkradan sonra gelmek üzere maddeye son fıkra olarak onbirinci fıkra eklenmiştir. Böylece 80 maddenin konusunu oluşturan eserlerle ilgili olarak bu maddede belirlenen hakların kullanılabilmesi için, eser sahibinin rızası araştırılmaksızın, icracı, fonogram yapımcısı, radyo televizyon yayıncısı veya film yapımcısının izninin varlığı yeterli görülmüştür.

81. madde gerekçesi: Fıkranın (g) bendiyle, Kanunun 81 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasından sonra gelmek üzere dördüncü fıkra eklenmiştir. Bu fıkra metninde bandrol yükümlülüğüne aykırı çeşitli davranışlar seçimlik hareketli suç olarak tanımlanmıştır. onuncu fıkrasında yapılan değişiklik, Kanunun değiştirilen 71 inci maddesine atıfta bulunulmuştur. Böylece 80 inci madde kapsamında koruma altına alınan manevi ve malî hakların ilişkin oldukları eserler açısından da aynı türden fiillerin işlenebileceği düşüncesiyle, ayrı bir suç tanımı yapılmaksızın 71 inci maddedeki bütün suç tanımlarının bu eserler bakımından da uygulanabileceği kabul edilmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunundaki düzenlemeler karşısında, maddenin mevcut metnindeki dördüncü beşinci ve altıncı fıkralardaki soruşturma ve kovuşturma

evresindeki belli işlemlerle ilgili düzenlemeler gereksiz görülerek yürürlükten kaldırılmıştır.

Maddenin yedinci fıkrasındaki ikinci ve üçüncü cümleler yürürlükten kaldırılmış ve birinci cümlesindeki yasağın ihlali halinde, Kabahatler Kanununun uygulanacağı yönünde düzenleme yapılmıştır.

Maddenin sekizinci ve dokuzuncu fıkraları değiştirilmiş ve metne on, onbir oniki ve onüçüncü fıkralar eklenmiştir.

Bu fıkralarda, bandrol yükümlülüğüne aykırılık oluşturan çeşitli davranışlar ile, sahte bandrol üretimi, ticareti veya kullanılması fiilleri ayrı suçlar olarak tanımlanmıştır. Onikinci fıkrada özel bir içtima hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, bandrol yükümlülüğüne aykırılığın aynı eserle ilgili olarak 71 inci maddede tanımlanan suçlardan biriyle birlikte işlenmesi halinde, fail hakkında sadece bandrol yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla cezaya hükmolunacaktır; ayrıca 71 inci maddedeki suçtan dolayı cezaya hükmolunmayacaktır. Son fıkrada, bu maddede tanımlanan suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da bunlara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

85. madde gerekçesi: Fıkranın (ğ) bendiyle, Kanunun 85 inci maddesinin üç ve dördüncü fıkralarında yapılan değişikliklerle Türk Ceza Kanunu ile Türk Medeni Kanununa yapılan atıflar, 5237 ve 4721 sayılı Kanunlarla uyumlu hale getirilmiştir.

86. madde gerekçesi: Fıkranın (h) bendiyle, Kanunun 86 ncı maddesinin üç ve dördüncü fıkralarında yapılan değişikliklerle Türk Ceza Kanununa yapılan atıflar, 5237 sayılı Kanuna uyarlanmıştır.

Ek madde 10 gerekçesi: Fıkranın (ı) bendiyle, Kanunun ek 10 uncu maddesi değiştirilmiştir. Bu değişikliklerle idarî para cezaları güncelleştirilmiş, para cezalarına karar verme yetkisi olan makam belirlenmiş ve bunlardan tahsil edilen miktarın belli bir oranının Kültür ve Turizm Bakanlığının hesabına aktarılacağı yönünde düzenlemeler yapılmıştır.

Tasarı'daki Yürürlük ile İlgili Hükümler

GEÇİCİ MADDE 2- Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte kovuşturma evresinde bulunan dava dosyaları hakkında:

a) Mahkemenin görevli olmaması hâlinde, dosya üzerinde yapılacak inceleme sonucunda verilecek görevsizlik kararıyla dosya, görevli mahkemeye gönderilir.

b) Daha önce soruşturma ve kovuşturma evrelerinde yapılmış olan işlem ve kararlar hukukî geçerliliklerini sürdürürler.

GEÇİCİ MADDE 3- Bu Kanun hükümlerine göre suç karşılığı uygulanan yaptırımı idarî yaptırma dönüşen fiiller nedeniyle;

a) Soruşturma evresinde Cumhuriyet başsavcılığınca,

b) Kovuşturma evresinde mahkemece,

idarî yaptırım kararı verilir.

Birinci fıkra kapsamına giren fiillerden, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında bulunan işlerde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca, Yargıtayın ilgili daire sinde bulunan işlerde ise ilgili dairece, bu Kanuna göre işlem yapılmak üzere gelişlerindeki usule uygun olarak dava dosyası hükmü veren mahkemeye gönderilir.

MADDE 3- Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 4- Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

