

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (KARŞILAŞTIRMALI HUKUK)
ANABİLİM DALI**

**KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA MÜZİK
ESERLERİNİN DİJİTAL İLETİMİ**

Yüksek Lisans Tezi

Zehra ÖZKAN

Ankara- 2007

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (KARŞILAŞTIRMALI HUKUK)
ANABİLİM DALI**

**KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA MÜZİK ESERLERİNİN
DİJİTAL İLETİMİ**

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Arzu OĞUZ

Hazırlayan
Zehra ÖZKAN
04911904

Ankara- 2007

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (KARŞILAŞTIRMALI HUKUK)
ANABİLİM DALI

**KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA MÜZİK ESERLERİNİN DİJİTAL
İLETİMİ**

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Arzu OĞUZ

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

Prof. Dr. Arzu OĞUZ

A. Oğuz

Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR

G. Güngör

Doç. Dr. Esra G. DARDAĞAN

E. Dardağan

Tez Sınavı Tarihi 29.05.2007

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR CETVELİ	V
BİBLİYOGRAFYA	VIII
GİRİŞ – KONUNUN SUNULMASI VE SINIRLANDIRILMASI.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK MÜZİK ESERLERİ VE MÜZİK ESERİ

SAHİPLERİNİN HAKLARI

I. MÜZİK ESERLERİ VE FİKRÎ HAKLARIN GELİŞİMİ.....	3
A) MÜZİK KAVRAMI VE MÜZİK ENDÜSTRİSİNİN GELİŞİMİ.....	3
B) MÜZİK ESERLERİNİN KORUNMASININ TARİHİ GELİŞİMİ	7
1. Ulusal Hukuk Düzenleri Bakımından Gelişimi	7
2. Uluslararası Düzenlemeler Bakımından Gelişimi.....	10
a) Evrensel Nitelikli Uluslararası Düzenlemeler.....	11
aa) Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi	11
bb) Evrensel Fikrî Haklar Sözleşmesi	12
cc) Dünya Fikrî Mülkiyet Teşkilatı (WIPO) Fikrî Haklar Anlaşması	12

dd) Dünya Ticaret Örgütü (WTO)- Sahte Mal Ticareti Dahil Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Anlaşması (TRIPS)	13
b) Bölgesel Nitelikli Uluslararası Düzenlemeler	14
c) Bağlantılı Haklara İlişkin Düzenlemeler.....	15
II. FİKRİ VE SANAT ESERLERİ HUKUKU BAĞLAMINDA MÜZİK ESERLERİ	17
A) GENEL ŞARTLAR	17
B) HUKUK DÜZENLERİNE GÖRE MÜZİK ESERİ	20
III. MÜZİK ESERİ SAHİPLİĞİ	26
A) BİR KİŞİNİN ESER SAHİPLİĞİ.....	26
B) BİRDEN ÇOK KİŞİNİN ESER SAHİPLİĞİ	29
1. Ortak Eser.....	29
2. Toplu Eser	33
IV. FİKRÎ HAKLARIN NİTELİĞİ VE KAPSAMI.....	36
A) FİKRÎ HAK KAVRAMI VE FİKRÎ HAKLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	36
B) FİKRÎ HAKKIN ESER SAHİBİNE VERDİĞİ YETKİLER	39
C) BAĞLANTILI HAKLAR.....	45

İKİNCİ BÖLÜM

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA

MÜZİK ESERLERİNİN İNTERNET ORTAMINDA KULLANIMI

I. MÜZİK ESERLERİNİN İNTERNET ORTAMINDA KULLANMA YOLLARI

..... 51

A) GENEL OLARAK 51

B) MÜZİK ESERLERİNİN İNTERNET ORTAMINDA KULLANIMININ
HUKUKİ NİTELİĞİ..... 55

1. Çoğaltma Hakkı 56

2. Yayma Hakkı 60

3. Temsil Hakkı..... 63

4. Kamuya İletim Hakkı..... 64

II. MÜZİK ESERİ SAHİPLERİNİN HAKLARININ İNTERNET ORTAMINDA İHLALİNDEN DOĞAN SORUMLULUK 70

A) GENEL OLARAK SORUMLULUK VE SORUMLULUK TÜRLERİ..... 70

B) SORUMLULUK SÜJELERİ 72

C) VERİ PAYLAŞIM PROGRAMLARINDA SORUMLULUK 81

III. TEKNOLOJİK YÖNTEMLER VE HAK YÖNETİM BİLGİLERİNE İLİŞKİN YÜKÜMLÜLÜKLER..... 87

A) TEKNOLOJİK YÖNTEMLER 87

B) DİJİTAL HAK YÖNETİMİ	91
SONUÇ.....	94
ÖZET.....	99
SUMMARY	100

KISALTMALAR CETVELİ

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
Am.U.J.Int'l.L.&Pol'y	: American University Journal of International Law and Policy
Ariz.L.Rev.	: Arizona Law Review
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzinan Hukuk Fakültesi Dergisi
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BBS	: Bulletin Board System
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Cardozo Arts&Ent.L.J.	: Cardozo Arts&Entertainment Law Journal
Colum.J.Transnat'l.L.	: Columbia Journal of Transnational Law
Columb-V.L.A.J.L.&Arts	: Columbia -V.L.A Journal of Law&the Arts
DePaul.L.Rev.	: DePaul Law Review
DePaul-LCA J.Art&Ent.L.	: DePaul-LCA Journal of Art and Entertainment Law
der.	: Derleyen
DMCA	: Digital Millenium Copyright Act

ECDR	: European Copyright and Design Reports
EIPR	: European Intellectual Property Review
Fordham Intell.Prop.Media&Ent.L.J.	: Fordham Intellectual Property Media&Entertainment Law Journal
FMHD	: Fikrî Mülkiyet Hukuku Dergisi
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
Hukuk ve Adalet	: Hukuk ve Adalet Dergisi
IBL.	:International Business Lawyer
IIC	: International Review of Industrial Property and Copyright Law
ISBN	: International Standard Book Number
ISMN	: International Standard Music Number
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
Loy.L.A.Ent.L.Rev.	: Loyala of Los Angeles Entertainment Law Review
J.M.Rev.Intl.Prop.L.	: John Marshall Review of Intellectual Property Law
LEGAL	: Legal Fikrî ve Sınaî Haklar Dergisi
md.	: madde
Mü-Yap	: Bağlantılı Hak Sahibi Müzik Yapımcıları Meslek Birliği

N.Y.U.Ann.Surv.Am.L.	: New York University Annual Survey of American Law
O.J.	: Official Journal
P2P	: Peer to Peer
RG.	: Resmi Gazete
RIAA	: Recording Industry Association of America
RIDA	: Revue Internationale Du Droit D’auteur
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
Temple Env’tl.L&Tech.J.	: Temple Environmental Law&Technology Journal
Touro Int’l L.Rev.	: Touro International Law Review
Tul.L.Rev.	: Tulsa Law Review
U.Hav.L.Rev.	: University of Hawaii Law Review
UrhG	: Urheberrechtsgesetz
C.	: Volume
v.	: versus
vb.	: ve benzeri
WIPO	: World Intellectual Property Organisation
WTO	: World Trade Organisation
Y.	: Yıl

BİBLİYOGRAFYA¹

I. Kitap ve Makaleler

- AKİPEK, Ş./DARDAĞAN, E. : “Sanal Ortamda Telif Hakları”, Batider, C.21, Y.2001, s.47-77.
- AKESTER, P./LIMA, F. : “*Copyright and P2P: Law, Economics and Patterns of Evolution*”, EIPR, C.28, Y.2006, s.576-579.
- AKESTER, P. : “*Copyright and the P2P Challenge*”, EIPR, C.27, Y.2005, s.106-112.
- APPLEBAUM, J.R. : “*The Visiual Artists Rights of 1990: An Analysis Based on the French Droit Moral*”, Am.U.J.Int’l L.&Pol’y, C.8, Y.1992, s.183-223.
- ARKAN, A. : Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar, İstanbul 2005.
- ARNOLD, R. : *Performers’ Right*, London 2004.
- ARSLANTUNALI, M. : Temel Bilgisayar Eğitimi, İstanbul 2003.
- ATEŞ, M. : Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara 2003.
- AUSTIN, G.W. : “*The Berne Convention as a Canon of Construction: Moral Rights after Dascar*”,

¹ Birden çok eserine başvuru alan yazarların, eserleri ile ilgili kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir.

- N.Y.U.Ann.Surv.Am.L., C.61, Y.2002-2003, s.111-150.
- AYİTER, N. : Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara 1972.
- BAGEHOT, R. : *Music Business Agreements*, London 1990.
- BAINBRIDGE, D. : *Intellectual Property Law*, New York 2002.
- BAND, J. : “*The Digital Millenium Copyright Act: A Balanced Result*”, EIPR, C.21, Y.1999, s.92-94.
- BALABAN, D. : “*The Battle of the Music Industry: The Distribution of Audio and Video Works via the Internet, Music and More*”, Fordham Intel.Prop.Media&Ent.L.J., C.12, Y.2001-2002, s.235-288.
- BALAŇÁ VICENTE, S. : “*The Originality Requirement in Copyright Law- a Comparative Study Between the Spanish, French, Uk, US, German and Italian Jurisdictions*”,
http://www.miplc.de/research/gen_projects/Completed Projects/balana_originality/
<10.12.2006>.
- BAYGIN, C. : “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na Göre Eser Sahibinin Hakları ile Bağlantılı Haklar”, AÜEHFD, C.5, Y.2001, s.297-329.

- BELGESAY, M. : Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1955.
- BENTLY, L./SHERMAN, B. : *Intellectual Property Law*, New York 2001.
- BERGER, E. : “*The Legal Problems of the MP3*”, Temple Env'tl.L.&Tech.J., C.18, Y.1999, s.1-25.
- BEŞİROĞLU, A. : Düşünce Ürünleri Üzerinde Haklar, İstanbul 2004.
- BURKE SYLVA, J. : “*Digital Delivery and Distribution of Music and Other Media: Recent Trends in Copyright Law; Relevant Technologies and Emerging Business Models*”, Loy.L.A.Ent.L.Rev., C.20, Y.2000, s.217-241.
- CAREY, P./VEROW, R. : *Media and Entertainment Law*, Bristol 2003.
- CORNISH, W./LYWELYN, D. : *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, London 2003.
- DARDAĞAN, E. : Fikir ve Sanat Eseri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara 2000.
- DAVIES, G. : *Copyright and Public Interest*, London 2002.
- DESURMONT, T. : “*The European Community, Authors’ Rights and the Information Society*”, RIDA, C.190, Y.2001, s.2-69.

- DOHERTY, M./GRIFFITHS, I. : “*The Harmonisation of European Union Copyright Law for the Digital Age*”, EIPR, C.22, Y.2000, s.17-23.
- DWORKIN, G. : “*The Moral Right of the Author: Moral Rights and the Common Law Countries*”, COLUMBIA J.L.&ARTS, C.19, Y.1994-1995, s.229-267.
- ERDİL, E. : Fikir ve Sanat Hukukunda İşlenme Eserler, İstanbul 2003.
- EREL, Ş. : Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara 1998.
- ERGÜL, N./ARAT, T. : Temel Bilgisayar Teknolojileri Kullanımı ve Bilgisayar Bilimleri, Konya 2004.
- ESPINEL, V. : “*The US Recording Industry and Copyright Law: An Overview, Recent Developments and the Impact of the Digital Technology*”, EIPR, C.21, Y.1999, s.53-62.
- FIENE, S. : “*The Music Owners’ Listening Rights Act of 2000: I Want My Mp3*”, DePaul-LCA J.ART&ENT.L., C.10, Y.2000, s.515-535.
- FENMEN, M. : Müzikçinin El Kitabı, Ankara 1997.
- GARNET, K./DAVIES, G./JAMES, J.R. : *Copinger and Skone James on Copyright* Volume 2, London 1999.

- GENÇ ARIDEMİR, A. : Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları, İstanbul 2003.
- GENDREAU, Y. : “*The Reproduction Right and the Internet*”, RIDA, C.178, Y.1999, s.2-75.
- GERVAIS, D. : “*The Protection under International Copyright Law of Works Created with or by Computers*”, IIC, C.22, Y.1991, s.628-660 (created).
- _____ :”*Transmissions of Music on the Internet: An Analysis of the Copyright Laws of Canada, France, Germany, Japan, the United Kingdom and the United States*”, Vand.J.Transnatl.L., C.34, Y.2001, s.1363-1416 (internet).
- _____ : “*The Compatibility of the Skill and Labour Originality Standard with the Berne Convention and the TRIPS Agreement*”, EIPR, C.26, Y.2004, s.75-79 (Berne-TRIPS).
- INGSBURG, J. : “*A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America*”, Tul.L.Rev., C.64, Y.1989-1990, s.991-1031 (copyright).
- _____ : “*The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law*”, DePaul.L.Rev., C.52, Y.2002-2003, s.1063-1092 (comparative).

- INGSBURG, J.C./GAUBIAC, Y. : “*Infringement, Provision of Means and Fault: Outlook in the Common Law and Civil Law Systems Following the Grokster and Kazaa Rulings*”, RIDA, C.207, Y.2006, s.2-97.
- GOLDSTEIN, P. : *International Copyright Principles, Law and Practice*, New York 2001.
- GÖKYAYLA, E.K. : Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, Ankara 2001.
- GROSHEIDE, W.F. : “*Is the Appropriate EU Legal Framework in Place for Music Online Part 1?*”, IIC, C.32, Y.2002, s.586-599 (part 1).
- _____ : “*Is the Appropriate EU Legal Framework in Place for Music Online Part 2?*”, IIC, C.33, Y.2002, s.698-717 (part 2).
- GRUENBERGER, M. : “*A Duty to Protect the Rights of Performers? Constitutional Foundations of an Intellectual Property Right*”, Cardozo Art&Ent.L.J., C.24, Y.2006-2007, s.617-686.
- GÜNEŞ, İ. : “İnternet Ortamında Fikrî Hak İhlalleri”, LEGAL, C.6, Y.2006, s.312-327.
- HALE, C. : *The Music Industry*, Iowa 1990.
- HALPERN, A.W./NARD, : *Fundamentals of United States Intellectual*

- C.A./PORT, K.L. : *Property Law: Copyright, Patent and Trade Mark*, Hague 1999.
- HART, M. : “*The Copyright in the Information Society*”, EIPR, C.24, Y.2002, s.58-64.
- HART, M./HOLMES, S. : “*Implementation of the Copyright Directive*”, EIPR, C.26, Y.2004, s.254-257.
- HIRSCH, E. : Hukukî Bakımdan Fikrî Sâı İkinci Cilt, İstanbul 1943 (fikrî sâı).
- _____ : Fikrî ve Sinaî Haklar, Ankara 1948 (fikrî ve sinaî haklar).
- HUGENHOLTZ, P.B. : “*Caching and Copyright: The Right of Temporary Copying*”, EIPR, C.22. Y.2000, s.482-493.
- İNSEL, A. : “Telif Hakkı Tartışmalarının Tarihi Arka Planı, Hukuk ve Adalet”, C.4, Y.2004, s.12-19.
- JULIÁ-BARCELÓ, R. : “*On-Line Intermediary Liability Issues: Comparing EU and US Legal Frameworks*”, EIPR, C.22, Y.2000, s.105-119.
- KAPLAN, Y. : İnternet Ortamında Fikrî Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk, Ankara 2004.

- KARAKIS, B. : “*Moral Rights: French, United States, and Soviet Compliance with Article 6 bis of the Berne Convention*”, *Touro Int’l.L.Rev.*, C.5, Y.1994, s.105-138.
- KARAKUZU BAYTAN, D. : *Fikir Mülkiyeti Hukuku*, İstanbul 2005.
- KAYGISIZ, M. : *Müzik Tarihi*, İstanbul 1999.
- KENDİGELEN, A./BOZBEL, S. : “*Telif Hakları Açısından İnternette Veri Paylaşımı (Peer to Peer File Sharing)*”, *İnternet ve Hukuk*, der. Yeşim Atamer, İstanbul 2004, s.491-537.
- KERRY, K. : “*Music on the Internet: Is Technology Moving Faster than Copyright Law*”, *Santa Clara L.Rev.*, C.42, Y.2001-2002, s.967-993.
- KILIÇOĞLU, A. : *Sinaî Haklarla Karşılaştırmalı Fikrî Haklar*, Ankara 2006.
- KILLIAN, M. : “*A Hallow Victory for the Common Law? TRIPs and the Moral Rights Exclusion*”, *J.M.Rev.Intl.Prop.L.*, C.2, Y.2003, s.320-336.
- KÖHLER, C./BURMEISTER, K. : “*Copyright Liability on the Internet Today in Europe (Germany, France, Italy and EU)*”, *EIPR*, C.21, Y.1999, s.485-499.
- KRASILOVSKI, M.W./

- SHEMEL, S. : *This Business of Music*, New York 2003.
- LAI, S. : “*Digital Copyright and Watermarking*”, EIPR, C.21, Y.1999, s.171-175.
- LARAQUE, E.E. : “*No Free Music: Effect of A&M Records Inc. v. Napster Inc. on the Music Industry and Internet Copyright*”, U.Hav.L.Rev., C.23, s.767-793.
- LEVINE, K.L. : “*Digital Music Distribution via the Internet: Is It a “Platinium” Idea or a “One Hit Wonder”*”, W.Va.L.Rev., C.104, Y.2001-2001, s.209-258.
- LEWINSKI, S. : “*The Implementation of the Information Society Directive*”, RIDA, C.202, Y.2004, s.10-41.
- LINDSEY, M. : *Copyright Law on Campus*, Washington 2003.
- LIPTON, N. : *Music: The Law and Music Contracts*, Hertfortshire 2000.
- LODDER, A.R. : *E-Directives: Guide to European Union Law on E-Commerce*, The Hague 2002.
- MAUR, R.A. : “*Internet Distribution of Music Performances*”, IBL., C.27, Y.1999, s.165-171.

- MEMİŞ, T. : Fikrî Hukuk Bakımından Müzik Eserlerinin İnternet Ortamında Sunumu, Ankara 2002 (müzik sunumu).
- _____ : “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile İnternet Ortamında Fikrî Hak İhlallerinin Engellenmesi İçin Getirilen Usul ve Bu Usulün Değerlendirilmesi”, FMR, S.2, Y.2005-2006, s.57-74 (ihlal engelleri).
- MOSER, J.D. : *Moser on Music Copyright*, Boston 2006.
- ÖZDİLEK, A.O. : İnternet ve Hukuk, İstanbul 2002.
- ÖZTRAK, İ. : Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, Ankara 1977.
- PARKER, N. : *Music Business*, London 2004.
- PHILLIPS, J./FIRTH, A. : *Introduction to Intellectual Property*, Wiltshire 2001.
- PROPPER, I. : “*American Popular Music and Copyright Law*”, Copyright Law Symposium, C.3, Y.1940, s.164-246.
- RYAN, T.J. : “*Infringement Com: RIAA v. Napster and the War Against Online Music Piracy*”, Ariz.L.Rev., C.44, Y.2002, s.495-519.

- SAW, C.L. : *“Protecting the Sound of Silence in 4’33”*: A Timely Revisit of Basic Principles in Copyright Law”, EIPR, C.27, Y.2005, s.467-375.
- SAY, A. : Müziğin Kitabı, Ankara 2001 (kitap).
- _____ : Müzik Tarihi, Ankara 2003 (tarih).
- SCHRICKER, G. : *“Farewell to the Level of Creativity (Schöpfungshöhe) in German Copyright Law”*, IIC, C.26, Y.1995, s.40-55.
- SCHWARZ, A.B. : “Yabancı Memleketlerde Telif Hakkının Bugünkü Durumu”, İÜHFM, C.7, Y.1941, s.519-540.
- SHAH, A. : *“UK’s Implementation of the Anti-Circumvention Provisions of the EU Copyright Directive: An Analysis*, Duke L.&Tech.Rev., Y.2004, S.3, <http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/2004dltr0003.html>. <15.04.2007>.
- SÖZER, V. : Müzik Ansiklopedik Sözlük, İstanbul 2005.
- STERLING, J.A.L. : *“Philosophical and Legal Challenges in the Context of Copyright and Digital Technology”*, IIC, C.21, Y.2000, s.508-525 (digital technology).

- STOKES, S. : *Digital Copyright Law and Practice*, Hampshire 2002.
- STRACHAN, J. : “*The Internet of Tomorrow: The New-Old Communications Tool of Control*“, EIPR, C.26, Y.2004, s.123-136.
- STRAVİNSKİ, İ. : Müzik Sanatı, Ankara 2000.
- STROWEL, A. : “*The Liability of Online Service Providers: Recent Developments in Europe and the United States*“, Perspectives on Intellectual Property, London 2003, s.133-162.
- TALAY, F. : Musiki Tarihi, İstanbul 1951.
- TEKİNALP, Ü. : Fikrî Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2004.
- TELLER, B. : “*Toward Better Protection of Performers in the United States: A Comparative Look at the Performers’ Right in the United States, Under the Rome Convention and in the France*“, Columb.J.Transnat’l.L., C.28, Y.1990, s.775-800.
- TOPALOĞLU, M. : Bilişim Hukuku, Adana 2005 (bilişim).
- _____ : “İnternette Fikrî Haklar Sorunları”, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_28.htm (internette fikrî haklar) <22.03.2007>.

- TORREMANS, P. : “*Authorship, Ownership of Right and Works Created by Employees: Which Law Applies?*”, EIPR, C.27, Y.2005, s.220-224.
- TÜRKEKUL, E. : “İnternet Ortamında Fikir ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, İnternet ve Hukuk, der.Yeşim Atamer, İstanbul 2004, s.561-596.
- TÜRKEKUL, E./SEVİM, T. : “İnternet Ortamında Müzik Eserlerinin Kullanımı”, LEGAL, Y.2005, S.3, s.702-743.
- UÇAN, A. : Müzik Eğitimi, Ankara 1994 (eğitim).
- _____ : İnsan ve Müzik, İnsan ve Sanat Eğitimi, Ankara 1996 (insan ve müzik).
- USLU, R. : Türk Fikir ve Sanat Hukukunda Eser Kavramı, Ankara 2003.
- WANDTKE, A./SCHÄFER, O. : “*Music on Demand-A New Type of Use on the Internet?*”, IIC, C.32, Y.2001, s.285-297.
- WEATHERALL, K. : “*An End to Private Communications in Copyright? The Expansion of Rights to Communicate Works to Public: Part 1*”, EIPR, C.21, Y.1999, s.342-353.
- WIESE, H. : “*The Justification of the Copyright System in the Digital Age*”, EIPR, C.24, Y.1999, s.396.

- _____ : *Lionel Sawkins v. Hyperion Records Ltd.*,
ECDR, C.10, Y.2005, s.464-483.
- _____ : “*Joint Authorship in Intellectual Property Rights*”,
[http://www.iprhelppdesk.org/documentos/docsPublicacion/html_xml/8_JointOwnership\[00000000649_03\].html](http://www.iprhelppdesk.org/documentos/docsPublicacion/html_xml/8_JointOwnership[00000000649_03].html). <18.12.2006>.
- _____ : “20.000 Kişi Bu Sektörden Yemek Yiyor”,
<http://turk.internet.com/haber/yazigoster.php3?yaziid=14615> <20.04.2007>.

II) Sözleşmeler, Raporlar ve Diğer Belgeler

1. Amerika Telif Hakları Kanunu metni: <http://www.copyright.gov/title17/circ92.pdf> <10.04.2007>.
2. Digital Millenium Copyright Act metni: <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf> <10.04.2007>.
3. İngiliz Telif, Tasarım ve Patent Kanunu metni http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1988/Ukpga_19880048_en_1.htm <10.04.2007>.
4. Alman Telif Hakkı Kanunu metni (Urheberrechtgesetz-UrhG) http://www.gesetze_im.internet.de/urhg/BJNR012730965.html#BJNR012730965BJNG000301377 <10.04.2007>.
5. 2001/29 sayılı ve 22 Mayıs 2001 Tarihli Bilgi Toplumunda Eser Sahibinin Hakları ve Bağlantılı Hakların Uyumlaştırılması Hakkında Parlamento ve Konsey Direktifi

İngilizce

metni

http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&numdoc=32001L0029&model=...-101k <10.04.2007>.

6. 2000/31 sayılı ve 08 Haziran 2000 tarihli İç Pazarda Bilgi Toplumu Hizmetlerinin Özellikle Elektronik Ticaret'in Hukuki Yönleri'ne İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi İngilizce metni http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2000/l_178/l_17820000717en00010016.pdf. <10.04.2007>.

7. Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi İngilizce metni www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/trtdocs_wo001.html <10.04.2007>.

8. WIPO Fikrî Haklar Anlaşması İngilizce metni www.wipo.int/clea/docs/en/wo/wo033en.htm <10.04.2007>.

9. WIPO İracılar ve Fonogram Yapımcıları Anlaşması İngilizce metni www.wipo.int/treaties/en/ip/wppt/trtdocs_wo34.html. <10.04.2007>.

10. İracı Sanatçılar, Fonogram Yapımcıları ve Yayın Kuruluşlarının Korunmasına İlişkin Uluslararası Roma Sözleşmesi İngilizce metni www.wipo.int/treaties/en/ip/rome/trtdocs_wo24.html <10.04.2007>.

GİRİŞ

KONUNUN SUNULMASI VE SINIRLANDIRILMASI

Dijital teknolojinin, özellikle internetin, hayatımıza girmesiyle pek çok hukuki sorun gündeme gelmiştir. Fikrî mülkiyet hukuku bakımından da kendisini gösteren bu sorunlar özellikle müzik eserlerini etkilemiştir. Gelişen dijital teknolojiyle müzik eserlerinin ses kaybı yaşanmadan ve son derece hızlı bir şekilde kaydedilmesi ve internet ortamında çeşitli yollarla kullanımı söz konusu olmuştur.

Müzik eserlerinin bilgisayara yüklenmesi, çeşitli internet sitelerinden ücretsiz olarak indirilmesi, gerçek zamanlı iletimler ile radyo ve televizyon kuruluşlarının internet ortamından yayın yapmasıyla müzik endüstrisinde yeni iş alanları doğmuştur. Müzik eserlerinin analog formdan dijital (sayısal) forma çevrilmesi ve sıkıştırma algoritmalarıyla ses dosyalarının 1/12 oranında sıkıştırılmasıyla, ses dosyalarının bilgisayarlarda ve hard diskte daha az yer kaplaması ve daha hızlı iletimi sağlanmıştır. İnternette ücretsiz edinilebilen veri paylaşım programları aracılığıyla ise Mp3'lerin kullanıcılar arasında paylaşımı mümkün hale gelmiştir. Ancak bu paylaşım programları aracılığıyla çoğunlukla müzik eserlerinin yasal olmayan yayılımı söz konusu olmuştur. Bu durum da müzik eseri sahiplerine ve müzik endüstrisine büyük ölçüde zarar vermektedir.

Tüm bu gelişmeler doğrultusunda öncelikle diğer eser türlerinin ve müzik eserlerinin internette kullanımının hukuki olarak nasıl nitelendirileceği gündeme gelmiş ve eser sahibine tanınan hakların dijital teknoloji ve internet karşısında tekrar ele alınmasına gerek olup olmadığı tartışılmış ve ulusal ve uluslararası alanlarda çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Bunun dışında müzik eserlerinin internet ortamında

hukuka aykırı olarak kullanımının sorumluluğunun kime ait olduğu konusu ele alınmış ve bu hukuka aykırılığın nasıl önlenileceğı hukuk düzenlerinin ve uluslararası kuruluşların en önemli sorunlarından biri haline gelmiştir.

Çalışmamız giriş ve sonuç bölümlerinin dışında iki bölümden oluşmaktadır.

Çalışmamızın birinci bölümünde müzik, müzik eseri, müzik eseri sahibi ve fikrî hakların niteliğı ve kapsamı ele alınmıştır. Çalışmanın müzik eserlerine ilişkin olması dolayısıyla öncelikle müzik ve müzik endüstrisindeki gelişim incelenmiştir. Müzik eserlerinin korumasının ulusal ve uluslararası alanda gelişimi ele alındıktan sonra bir müziğin hangi koşullar altında müzik eseri olarak korunduğı ve bu eserler üzerindeki haklardan kimlerin yararlandığı açıklanmıştır. Ardından fikrî hak kavramı ve hukuki niteliğı belirtilip eser sahibine tanınan haklar kısaca incelenmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümü ise temel olarak karşılaştırmalı hukukta müzik eserlerinin dijital iletimini içermektedir. Dijital iletim kavramının kapsamı geniş olduğundan çalışma, müzik eserlerinin internet ortamında kullanımıyla sınırlandırılmıştır. Bu bölümde öncelikle müzik eserlerinin internette kullanım yolları belirtilmiş ve daha sonra bölümde sıkça değinilecek olan bir takım kavramlar açıklanmıştır. Ardından bu kullanımların ulusal ve uluslararası hukuk düzenlemelerinde nasıl nitelendirildiğı incelenmiştir. Müzik eseri sahiplerinin haklarının internet ortamında ihlalinden kimlerin, nasıl sorumlu olacağı ele alınmış ve bu sorunun giderilmesi için öngörülen çözüm yolları belirtilmiştir.

Sonuç bölümünde ise müzik eserlerinin internet ortamında kullanımına ilişkin varılan sonuçlar belirtilmiş ve bu sonuçlar karşılaştırmalı hukuk bakımından değerlendirilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK MÜZİK ESERLERİ VE MÜZİK ESERİ SAHİPLERİNİN HAKLARI

I. MÜZİK ESERLERİ VE FİKRÎ HAKLARIN GELİŞİMİ

A) MÜZİK KAVRAMI VE MÜZİK ENDÜSTRİSİNİN GELİŞİMİ

Eski Yunanca *musike*², Latince *musica*³ sözcüğünden gelen “Müzik”, çok çeşitli, zengin ve bir o kadar da farklı ve karmaşık çağrışımlar uyandıran bir kavramdır. Farklı disiplinlerden gelen birçok yazar yaklaşık 3500 yıldır din, dil, içerik, yapı ve biçim, müziğin öğeleri, oluşum ve gerçekleşim, alan-dal gibi farklı açılardan müziği tanımlamaya çalışmıştır⁴. *Schelling*, müziği sonsuzluğun bir anlatımı olarak; *Eflatun*, Tanrı’nın bir dili olarak; *Koch*, sesler aracılığıyla duyguların anlatımı olarak; *Rousseau*, sesleri kulağa hoş gelecek biçimde düzenleme sanatı olarak; *Hüschen*, öğeleri seslerden oluşan bir sanat olarak; *Darbaz* ise sesler bilimi ve o sesleri insanlığın karakterine ve duygularına uygun bir biçimde kullanma ve uygulama sanatı olarak tanımlamışlardır⁵.

Tanımların tümü incelendiğinde müziğin temel yapıtaşının ses olduğu görülmektedir⁶. Sesler; su şırıltısı, rüzgâr uğultusu, gök gürültüsü gibi doğal sesler; bağırma, tartışma, konuşma, gülme, yalvarma gibi toplumsal sesler; makine, taşıt,

² Say, A.: Müzik Tarihi, Ankara 2003, s.17 (tarih).

³ Talay, F.: Musiki Tarihi, İstanbul 1951, s.3.

⁴ Talay, s.3; Uçan, A.: İnsan ve Müzik, İnsan ve Sanat Eğitimi, Ankara 1996, s.11 (insan ve müzik).

⁵ Uçan, s.11-12 (insan ve müzik).

⁶ Talay, s.6; Uçan, A.: Müzik Eğitimi, Ankara 1994, s.10 (eğitim); Uçan, s.15 (insan ve müzik); Kaygısız, M.: Müzik Tarihi, İstanbul 1999, s.33; Stravinski, İ.: Müzik Sanatı, Ankara 2000, s.31; Say, A.: Müziğin Kitabı, Ankara 2001, s.17 (kitap); Say, s.17 (tarih).

motor, gibi kültürel sesler olmak üzere üç gruba ayrılmaktadır. Bu ayrım, seslerin kaynakları ve oluşma ortamlarının temel özellikleri bakımından yapılmaktadır. Müzik diğer seslerden hem kaynak, hem oluşum, hem de işlev bakımından farklılık göstermektedir⁷. Nitekim kulağa hoş gelen, insana zevk veren sesler kimi zaman güzel bir müzik olarak adlandırılırsalar da sadece basit ancak müziksel hammadde⁸ olarak nitelendirilebilecek seslerdir. Bu ses öğeleri ancak insan tarafından bilinçli olarak birleştirilip, düzenlendikleri zaman müziği oluştururlar⁹. Düzenli, uyumlu ve uylaşımlı olan ses ve ses öbekleri estetik bir yapı içerisinde veya estetik bir yapı oluşturulacak biçimde birleştirilmekte ve düzenlenmektedir¹⁰.

Ayrıca bu ses ve ses öbekleri duygu, düşünce, tasarım ve izlenimleri ve bazı araç ve gereçlerin katkısıyla birtakım durum, olgu ve olayları da anlatmaktadır¹¹. Bununla birlikte müziğin her zaman herkeste aynı duygu ve düşünceyi uyandırması mümkün olmadığından, kimi yazarlar müziğin duygu ve düşünceleri anlatan bir sanat olmadığı görüşündedirler¹². Müziğin belli bir amaç ve yöntemle yapılan bir çalışma sonucu oluşturulduğu konusunda ise yazarların hemfikir olduğu görülmektedir¹³.

Bugüne kadar yapılan tanımlardaki yukarıda da anlatılan temel unsurlar göz önüne alındığında, müziğin; belli bir amaç ve yöntemle, belli bir güzellik anlayışına

⁷ Uçan, s.11 (eğitim).

⁸ Stravinski, s.31.

⁹ Say, sh 17-18 (kitap); Stravinski, s.31.

¹⁰ Uçan, s.13 (insan ve müzik); Say, s.17 (tarih).

¹¹ Uçan, s.11 (eğitim); Say, s.17 (kitap); Kaygısız, s.33.

¹² Stravinski, s.34; Uçan, s.10 (insan ve müzik).

¹² Uçan, s.10 (eğitim).

¹³ Uçan, s.10 (eğitim).

göre birleştirilmiş seslerden oluşan estetik bütünü olarak tanımlandığı görülmektedir¹⁴.

Müzik; müzikologlar, müzik bilimcileri ve müzik felsefecileri tarafından özellikle müzisyene kendi müzik stili konusunda sistematik bir metot benimsemesinde yardımcı olmak amacıyla yıllardır analiz edilmektedir. Bu analizlere göre müzik; temel olarak ritim, melodi ve armoni olmak üzere üç öğeden oluşmaktadır¹⁵.

Birçok yazar tarafından ritim olarak da adlandırılan ritim, müziğin en temel ve en eski öğesidir. Müziğin hareketini belirlediğinden müziğin özü olarak kabul edilmektedir. Ritim en az iki sesin art arda gelip, o iki sestten birinin daha güçlü duyulmasıyla oluşmaktadır ve eserin iyi ifade edilmesinde melodiye can vermektedir¹⁶.

Melodi ya da bir başka anlatımla ezgi, birbirini izleyen seslerin anlam oluşturduğu etkileyici müzik deyişidir. Ritme sıkı sıkıya bağlı olan melodinin kökeni insan ve hayvan haykırışlarıdır. Ritim ve melodi birlikte uzun asırlar boyunca müziği ifade etmeye yeten monodiyi (tek seslilik) oluşturmuştur¹⁷.

17. yüzyılda ortaya çıkan armoninin temel prensibi birkaç sesin aynı anda işitilmesi anlamına gelen akordur. Akordan doğan tonalite ise bir gamı oluşturan temel prensiptir. Akor ve tonalite birlikte armoniyi oluşturmaktadır¹⁸.

¹⁵ Say, s.94 (kitap); Talay, s.8; Kaygısız, s.50; Fenmen, M.: Müzikçinin El Kitabı, Ankara 1997, s.21.

¹⁶ Say, s.94 (kitap); Fenmen, s.22.

¹⁷ Talay, s.9; Sözer, V.: Müzik Ansiklopedik Sözlük, İstanbul 2005, s.460.

¹⁸ Talay, s.9; Sözer, s.46-47.

Sürekli değişen ve gelişen müziksel çevrede kaynağı, türü, işlevi çeşitli olan ve müzik teknolojisinin, kitle iletişim araçlarının ve uluslararası ilişkilerin gelişip yaygınlaşmasıyla birlikte çeşitliliği artan müzikler bulunmaktadır. Bu müzik çeşitleri değişik açılardan ele alınarak değişik biçimlerde sınıflandırılmaktadırlar.

Sınıflandırmalar başlıca müziğin ait olduğu yüzyıla göre; 20. yüzyıl müziği, 19. yüzyıl müziği vb. olarak, dinsel olup olmadığına göre; dinsel müzik, dünyasal müzik olarak, sözlü olup olmadığına göre; sözlü müzik, sözsüz müzik olarak, kullanılan seslerin niteliğine göre; soyut müzik, somut müzik, elektronik müzik olarak, örgüsüne-dokusuna göre; monofonik, polifonik ve homofonik müzik olarak; dayandığı ses sistemine göre; makamsal müzik, tonal müzik, atonal müzik olarak, yerleştireme göre ya da seslendirilişle ilgili öğelerin görevlendiriliş düzenine göre; enstrümantal müzik ve vokal müzik olarak özetlenebilmektedir¹⁹.

Antik Yunan Uygarlığı'nda ritmik ve melodik hareketlerin kalıcılığını sağlayan müzik yazısının kullanılmaya başlanması, müziksel iletişimin ve dolayısıyla oluşan müziksel çevrenin gelişiminde ilk önemli aşamayı oluşturmaktadır. Bunu müzik yazısındaki işaretlerin herkes tarafından anlaşılacak bir standarda kavuşmasını ve müzik yazısının çoğaltılmasını sağlayan ve 15. yüzyılda gerçekleşen nota basımı takip etmiştir²⁰. Bu dönemde notaların satılmaya başlanmasıyla sadece tiyatrolarda müzik eserlerinin icrasından oluşan müzik endüstrisine yeni bir soluk gelmiştir. *Thomas Edison*'un 1877 yılında ses titreşimlerini kalay kağıdına kaydeden fonografi icat etmesi ise kayıt endüstrisinin başlangıcı olarak kabul edilmektedir. *Emile Berliner* ve *Elridge Johnson* sadece bir plağa kaydedebilme problemini kaldırarak

¹⁹ Uçan, s.18 (insan ve müzik).

²⁰ Say, s.20 (kitap).

kopyalanabilen düz yüzeyli plakları bularak fonografi geliştirmişler ve gramofon adıyla patentini almışlardır²¹. 1925 yılında ilk kez kayıtlarda elektriğin kullanılmasıyla dakikada 78 dönüşlü modern plakların kullanımına kadar kayıtlar akustik yöntemle yapılmıştır. 1948 yılında ise *Columbia* firmasının dakikada 33 1/3 kez dönen ve daha uzun kayda imkan veren plakları piyasaya sürmesiyle endüstrinin başka bir dönüm noktası gerçekleşmiştir. 1960'lı yılların sonunda müzik kasetleri, 1980'lerde ise CD (*Compact Disc*)'ler müzik endüstrisine girmiştir. 1990'lı yıllarda ise müzik eserleri analog formdan dijital (sayısal) forma dönüştürülmüştür. Son yıllarda ise müzik endüstrisinin en büyük sorunlarından biri haline gelen Mp3'ler ortaya çıkmıştır²².

B) MÜZİK ESERLERİNİN KORUNMASININ TARİHİ GELİŞİMİ

1. Ulusal Hukuk Düzenleri Bakımından Gelişimi

Toplum gelişiminin vazgeçilmez unsuru olan, müzik eserlerinin de dahil olduğu, kişilerin fikrî çabalarının sonucu ortaya koydukları fikrî ürünlerin korunması, bu ürünler üzerinde bir hakkın bulunduğu kabulü ancak matbaanın icadından sonraki dönemlerde gündeme gelmiştir. Nitekim ilk çağlarda ve orta çağın başlangıcında fikrin cisme bağlı olduğu görüşü hakimdi ve fikir cisimlendiği maddi şeyden ayrı bir varlık olarak kabul edilmiyordu²³. Bununla birlikte ilk Yunan şarkıcıları olan ozanlar, bağlı oldukları gruptan ayrılmamakla yükümlüydüler ve bu

²¹ Hale, C.: *The Music Industry*, Iowa 1990, s.1-2.

²² Parker, N.: *Music Business*, London 2004, s.56-57; Arkan, A.: Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar, İstanbul 2005, s.131-132.

²³ Hirsch, E.: Fikrî ve Sinaî Haklar, Ankara 1948, s.17 (fikrî ve sinaî haklar); Ayiter, N.: Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara 1972, s.14-15; Erel, Ş.: Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara 1998, s.16; Tekinalp, Ü.: Fikrî Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2004, s.80; Ateş, M.: Fikir ve Sanat Eserleri

yükümlülüğü şarkıcıların elde edecekleri ünün yanı sıra oyunlar ve koroların temsili sonucu alacakları paranın teşvik etmesi günümüz telif ücretinin ilk görünümü olarak değerlendirilmektedir²⁴.

Baskı tekniklerinin bulunması özellikle de matbaanın icadıyla mekanik çoğaltma ve kamuya arz etme mümkün hale gelmiş ve fikrî ürünler iktisadi bir değere kavuşmuştur. Bu dönemde idari otoriteler tarafından matbaacılara verilen basım imtiyazı ve matbaa imtiyazı görülmektedir. Eserin başkaları tarafından basılmasını engelleme amacı taşıyan ve belirli bir ücret ve süre karşılığında verilen basım imtiyazı zamanla fikrî ürün yaratıcısının haklarını bertaraf eden matbaa mülkiyeti yaklaşımına dönüşmüştür. Bu yaklaşıma göre, matbaacılar ödedikleri ücret karşılığında eseri çoğaltarak satma hakkının yanı sıra eserin mülkiyetini kazanıp, imtiyaz süreleri boyunca baskıları yenileme hakkına sahip olmuşlardır. Ancak imtiyazlarla fikrî ürünün yaratıcısını korumak değil, baskı işini teşvik edip geliştirmek amaçlanmıştır. 16. yüzyılın ortalarında ise fikrî ürün yaratıcılarına da az bir ücret karşılığında imtiyazlar tanınmaya başlanmıştır²⁵.

Yeni ve yakın çağlarda imtiyaz sistemi kötüye kullanılmış ve bu sistem, bazı kişi ve kurumların zenginleşmesine ve fikrî ürün yaratıcılarının daha az eser

Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara 2003, s.32; Gökyayla, E.K.: Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, Ankara 2001, s.28-29; Erdil, E.: Fikir ve Sanat Hukukunda İşlenme Eserler, İstanbul 2003, s.4; Arkan, s.3.

²⁴ Propper, I.: “*American Popular Music and the Copyright Law*”, Copyright Law Symposium, C.3, Y.1940, s.167-168.

²⁵ Garnet, K./Davies, G./James, J.R.: *Copinger and Skone James on Copyright*, C.2, London 1999, s.32-33; Hirsch, s.21-24 (fikrî ve sınaî haklar); Ayiter, s.17-18; Erel, s.16-17; Tekinalp, s.82-83; Cornish, W./Llewelyn, D.: *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, London 2003, s.345-347; İnsel, A.: “Telif Hakkı Tartışmalarının Tarihi Arka Planı”, Hukuk ve Adalet, C.4, Y.2004, s.12; Ateş, s.34-35; Gökyayla, s.31-32; Erdil, s.4-5; Arkan, s.4-5.

üretmesine neden olmuştur²⁶. Bu olumsuz gelişmeler bir taraftan da ulusal ekonomiler bakımından tehdit unsuru oluşturmaya başlamıştır²⁷. Ayrıca bu dönem eserin onu meydana getiren kişinin en kutsal mülkiyeti olduğu anlayışını savunan tabiî hukuk öğretisinin etkisi altında kalmıştır²⁸.

Tüm bu gelişmelerin etkisiyle, fikrî hukuk alanındaki ilk yasal düzenleme olan ve “*Statute of Anne*” olarak adlandırılan kanun, 1709 tarihinde İngiltere Parlamentosu tarafından kabul edilmiştir²⁹. Kıta Avrupası ülkelerinde ise imtiyaz sistemi ilk olarak Fransa’da, Fransız Devrimi ile birlikte kaldırılmış ve devrimin etkisiyle 1791 yılında temsil hakkına ve 1793 yılında fikrî haklara ilişkin iki kanun çıkartılmıştır³⁰. Fransız Kanunları tamamen tabiî hukuk öğretisi temel alınarak hazırlanmıştır. Bu kanunlarla ilim ve edebiyat eserlerinin yanı sıra dramatik, müzik ve sanat eserleri koruma altına alınmıştır³¹.

İngiltere ve Fransa’daki kanunlaştırma hareketleri bu dönemde hemen hemen dünyadaki tüm ülkeleri etkilemiş ve ülkeler, eserin sahibine, o eser üzerinde belirli bir süre ile tekel hakkı tanıyan kanunlar çıkarmışlardır³².

²⁶ Davies, G.: *Copyright and Public Interest*, London 2002, s.11.

²⁷ Hirsch, s.33 (fikrî ve sınaî haklar); Ayiter, s.17.

²⁸ Garnet/Davies/James, s.36; Davies, s.11; Ayiter, s.18.

²⁹ Bu kanundan önce başka kanunlar da çıkartılmıştır ancak bu kanunun diğerlerinden farklı olarak, kral emri olarak değil, Parlamento tarafından çıkartılması ve sansür içermemesi nedenleriyle bu kanun, bu alandaki ilk yasal düzenleme olarak kabul edilmektedir. Garnet/Davies/James, s.36; Ateş, s.36.

³⁰ Hirsch, s.37-38 (fikrî ve sınaî haklar); Goldstein, P.: *International Copyright Principles, Law and Practice*, New York 2001, s.8; Schwarz, A.B.: “Yabancı Memleketlerde Telif Hakkının Bugünkü Durumu”, İÜHF, C.7, Y.1941, s.520; Davies, s.135; Erel, s.18; Ateş, s.37.

³¹ Hirsch, s.38 (fikrî ve sınaî haklar); Ateş, s.37; Gökyayla, s.34; Arkan, s.6.

³² Hirsch, s.40 (fikrî ve sınaî haklar); Ayiter, s.18-19; Davies, s.23; Tekinalp, s.83.

Türk hukukundaki gelişmeler bu doğrultuda olmakla birlikte bazı farklar bulunmaktadır. Nitekim fikrî haklar alanında dönüm noktası oluşturan matbaa, Osmanlı İmparatorluğu'na ancak 1727 yılında gelebilmiştir. Bu sebeple de bu alandaki düzenlemeler diğer ülkelerden oldukça geç gerçekleşmiştir³³. Eser sahibine hak tanıyan ilk hukuki düzenleme 1857 tarihli Encümen-i Danış Nizamnamesi ve ilk kanun 1910 tarihli Hakkı Telif Kanunu'dur. Hakkı Telif Kanunu, 1952 tarihli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihe kadar uygulanmıştır³⁴. Bu kanun ise 1983, 1995, 2001 ve 2004 yıllarında değişikliğe uğramıştır.

Fikrî haklar alanındaki gelişim daha çok ilim ve edebiyat eserleri bakımından gerçekleşmiştir. Tarihi, edebiyat eserlerinden çok daha eskiye hatta insanlığın var olduğu döneme dayanan müzik eserlerinin korunması ancak 18. yüzyılda söz konusu olmuştur³⁵. Bir görüşe göre bunun nedeni, eski zamanlarda, edebi bir eserin ancak üstün bir yetenek tarafından yaratılabileceği, müzik eserlerinin ise ortak kültürün bir parçası olduğu ve bu eserleri sıradan insanların dahi oluşturabileceği düşüncesidir³⁶.

2. Uluslararası Düzenlemeler Bakımından Gelişimi

Ulusal kanunlar eser sahiplerine ancak kendi ülkelerinde koruma sağlamıştır. Ancak haberleşme ve ulaştırma araçlarındaki teknolojik gelişim, fikir ve sanat eserlerinin meydana getirildikleri ülkelerin dışındaki ülkelere de yayılmasına imkan tanımıştır. Bu durum da eserlerin, ulusal sınırların dışında da korunmasını zorunlu kılmıştır. İlk olarak benzer kültür seviyesindeki ülkeler arasında iki taraflı anlaşmalar

³³ Tekinalp, s.83; Ateş, s.38-39; Gökyayla, s.40-41; Arkan, s.6.

³⁴ Öztrak, İ.: Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, Ankara 1977, s.10-12; Erel, s.28-29; Tekinalp, s.83-84; Gökyayla, s.42; Ateş, s.40; Arkan, s.7.

³⁵ Propper, s.172; Tekinalp, s.79.

³⁶ Propper, s.172.

yapılmış, ancak bu anlaşmalar, uluslararası alanda tam ve etkin bir koruma sağlayamamıştır. Fikir ve sanat eserlerinin korunmasına ilişkin ilk uluslararası metin 1886 tarihli Bern Sözleşmesi'dir³⁷.

a) Evrensel Nitelikli Uluslararası Düzenlemeler

*aa) Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi*³⁸

1886 yılında imzalanan ve 1887 yılında yürürlüğe giren Bern Sözleşmesi 1896 yılında Paris'te, 1908 yılında Berlin'de, 1914 yılında Bern'de, 1928 yılında Roma'da, 1948 yılında Brüksel'de ve 1967 yılında Stockholm'de ve son olarak 1971 ve 1977 yıllarında Paris'te değişikliklere ve revizyonlara uğramıştır. Başlangıçta Almanya, Belçika, İspanya, Tunus, Fransa, Haiti, İngiltere, İrlanda, İsviçre, İtalya'nın taraf olduğu bu sözleşmeye sonraki tarihlerde pek çok devlet daha taraf olmuştur³⁹. Bu sözleşmeye ağırlıklı olarak Avrupa devletleri katılmıştır ve dolayısıyla sözleşme daha çok Kıta Avrupası hukuk düzeni ilkeleri doğrultusunda hazırlanmıştır⁴⁰.

Bern Sözleşmesi'yle, fikir ve sanat eserleri alanında yeknesak kurallar koymak değil, bu alanda taraf devletlerde asgari haklar getirmek amaçlanmıştır⁴¹. Bu suretle de taraf devletler, ulusal hukuk hükümlerini Bern Sözleşmesi'yle uyumlu hale

³⁷ Hirsch, s.42-43 (fikî ve sınaî haklar); Ayiter, s.22; Goldstein, s.16-17; Öztrak, s.6-7; Erel, s.18-19; Ateş, s.41; Erdil, s.10-11.

³⁸ Bundan sonra Bern Sözleşmesi olarak anılacaktır. Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/trtdocs_wo001.html <10.04.2007>.

³⁹ Hirsch, s.47-48 (fikrî ve sınaî haklar); Ayiter, s.22; Goldstein, s.20; Öztrak, s.7-8; Erel, s.19-20; Tekinalp, s.67-68; Ateş, s.42; Erdil, s.11.

⁴⁰ Öztrak, s.7; Ateş, s.44.

⁴¹ Hirsch, s.48 (fikrî ve sınaî haklar); Ayiter, s.22; Goldstein, s.20; Öztrak, s.8; Erel, s.19-20; Tekinalp, s.68; Beşiroğlu, A.: Düşünce Ürünleri Üzerinde Haklar, İstanbul 2004, s.38; Ateş, s.43; Gökyayla, s.37; Erdil, s.11; Arkan, s.13-14; Karakuzu Baytan, D.: Fikir Mülkiyeti Hukuku, İstanbul 2005, s.271.

getirmek zorunda kalmışlardır⁴². Sözleşmede edebiyat ve sanat eserleri türleri sayılmış, eser sahiplerinin hakları ve hakların koruma süreleri tespit edilmiştir⁴³.

bb) Evrensel Fikrî Haklar Sözleşmesi

Fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar konusunda Amerika kıtası devletleriyle Avrupa devletleri arasındaki yaklaşım farklılığını gidermek ve bu alanda ortak bir zemin hazırlamak amacıyla UNESCO öncülüğünde Cenevre’de bir konferans toplanmıştır⁴⁴. Bu konferansın sonucunda imzalanan 1952 tarihli Evrensel Fikrî Haklar Sözleşmesi’yle, Bern Sözleşmesi ve Buenos Aires Sözleşmesi arasında bir köprü kurmak amaçlanmıştır⁴⁵. Ancak Bern Sözleşmesi’yle kıyaslandığında fikrî hakların korunmasını daha minimal düzeyde ele aldığı görülen ⁴⁶ Evrensel Fikrî Haklar Sözleşmesi’nde, koruma süreleri daha az tutulmuş ve birtakım formaliteler getirilmiştir⁴⁷.

cc) Dünya Fikrî Mülkiyet Teşkilatı (WIPO) Fikrî Haklar Anlaşması

Dünya Fikrî Mülkiyet Hakları Teşkilatı (WIPO), Bern Sözleşmesi ile 1883 tarihli Sinaî Mülkiyet Haklarının Korunmasına İlişkin Paris Sözleşmesi’ne taraf olan devletler tarafından 14 Haziran 1967 tarihinde Stockholm’de imzalanan bir sözleşme ile kurulmuştur⁴⁸. 1996 tarihli bu Anlaşmayla teknolojik gelişmeler karşısında fikrî haklar tekrar ele alınmış, bilgisayar programlarının ilim ve edebiyat eseri olarak

⁴² Erel, s.19; Ateş, s.43; Gökyayla, s.37; Erdil, s.11.

⁴³ Goldstein, s.20-21; Öztrak, s.8; Ayiter, s.43; Erel, s.20; Tekinalp, s.68; Beşiroğlu, s.38.

⁴⁴ Öztrak, s.10; Ayiter, s.23; Erel, s.21; Beşiroğlu, s.38; Ateş, s.44; Gökyayla, s.38; Erdil, s.12; Arkan, s.14.

⁴⁵ Goldstein, s.28; Tekinalp, s.70.

⁴⁶ Gökyayla, s.38; Erdil, s.12.

⁴⁷ Cornish/Llyewelyn, s.352-353; Goldstein, s.28-29; Tekinalp, s.70; Ateş, s.44.

⁴⁸ Erel, s.20; Tekinalp, s.77; Ateş, s.45; Erdil, s.12-13.

korunacağı, veri tabanlarının ise fikrî ürün teşkil ettiği belirtilmiştir. Bunun dışında Anlaşmada fikrî hakların internet ortamında kullanımına ilişkin bir takım düzenlemeler getirilmiştir⁴⁹.

dd) Dünya Ticaret Örgütü (WTO)-Sahte Mal Ticareti Dahil Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Anlaşması (TRIPS)⁵⁰

Teknolojik gelişmelerle ulaşımın ve iletimin hızlanması bir taraftan ulusal ve uluslararası alanlarda ticaretin gelişimini sağlarken, diğer taraftan taklit ve korsan malların yaygınlaşmasına ve dolayısıyla fikrî ve sınâî hakların ihlalinin kolaylaşmasına yol açmıştır. Bu nedenle de 1948 yılında yürürlüğe giren Tarifeler ve Ticaret Genel Anlaşması (GATT)'nın 1986 yılında başlayan müzakerelerine fikrî ve sınâî haklar konusu da dahil edilmiştir. Bu müzakereler sonucunda 15 Nisan 1994 tarihinde imzalanan bir anlaşmayla Dünya Ticaret Örgütü (WTO) kurulmuş ve 114 ülke ve Avrupa Topluluğu tarafından Sahte Mal Ticareti Dahil Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPS) imzalanmıştır⁵¹.

TRIPS Anlaşması, sınâî mülkiyet haklarına ilişkin Paris Sözleşmesi, Bern Sözleşmesi, Roma Sözleşmesi ve Washington Entegre Devreler Anlaşması'nda öngörülen normları kabul etmekte ve fikrî hakların korunmasına ilişkin idari ve hukuki tedbirler öngörmektedir. Anlaşmanın bir diğer özelliği ise taraf devletleri, anlaşmada belirtilen hakların tanınması ve korunması konusunda yükümlülük altına

⁴⁹ Goldstein, s.33; Cornish/Lyewelyn, s.367-368; Ateş, s.46-47.

⁵⁰ Bundan sonra TRIPS olarak anılacaktır.

⁵¹ Goldstein, s.53-54; Ateş, s.47-48; Erdil, s.13.

sokmak ve bu yükümlölüklerini yerine getirmeyen devletlere müeyyide uygulamaktır⁵².

b) Bölgesel Nitelikli Uluslararası Düzenlemeler

Evrensel nitelikli uluslararası düzenlemelerin yanı sıra bölgesel nitelikli düzenlemeler de yapılmıştır. Bu düzenlemelerin en önemlileri Amerika kıtasında yapılanlar ile Avrupa Topluluğu hukuku bünyesinde çıkartılan direktif ve konsey kararlarıdır.

Amerika kıtasındaki devletler Bern Sözleşmesi'nin, bazı hükümlerini uygun bulmadıklarından bölgesel sözleşmeleri tercih etmişlerdir⁵³. Amerika kıtasındaki ilk sözleşme yedi güney Amerika ülkesinin katıldığı, Bern Sözleşmesi'nin simetriği olarak kabul edilen⁵⁴, 1889 tarihli Montevideo Sözleşmesi'dir. Bunun takiben dört sözleşme daha yapılmıştır. Amerika kıtasındaki 21 devletin taraf olduğu ve Amerika kıtasında olmayan diğer devletlere kapalı olan ve 1946 yılında Washington'da imzalan fikrî haklar alanındaki sözleşme ile diğer sözleşmeler yürürlükten kaldırılmıştır⁵⁵.

Avrupa Topluluğu kurucu anlaşmalarında her ne kadar fikrî haklara ilişkin genel ifadeler kullanılsa da Roma Anlaşması'nın "sınaî ve ticari mülkiyet" ifadesinin fikrî haklar kapsamına giren tüm hakları içerdği hem doktrinde hem de topluluk içtihatlarında kabul edilmiştir. Bu alandaki ilk topluluk düzenlemesi 1988 tarihli Fikrî Haklar tasarı metnidir. Bu metni takiben Avrupa Birliği'nde fikrî hakların

⁵² Goldstein, s.54-55; Ateş, s.49; Erdil, s.14.

⁵³ Goldstein, s.34; Karakuzu Baytan, s.272.

⁵⁴ Goldstein, s.34; Tekinalp, s.69.

⁵⁵ Goldstein, s.34; Öztrak, s.8-9; Erel, s.21; Tekinalp, s.69-70; Ateş, s.50; Gökyayla, s.38; Erdil, s.12.

uyumlaştırılmasına ilişkin bir dizi konsey direktifi ve parlamento kararı çıkartılmıştır⁵⁶.

c) Bağlantılı Haklara İlişkin Düzenlemeler

Eseri yorumlayan veya icra eden sanatçıların, fonogram yapımcılarının ve yayın kuruluşlarının haklarını içeren bağlantılı hakların Bern Sözleşmesi kapsamına alınması söz konusu olmuş, ancak bu çalışmalar sonuçsuz kalmıştır. UNESCO ve Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)'nun önderliğinde uzun süren çalışmalar sonucunda 1961 yılında Roma'da düzenlenen diplomatik bir konferansta ortak bir metin üzerinde uzlaşmaya varılmıştır⁵⁷. İcracı Sanatçılar, Fonogram Yapımcıları ve Yayın Kuruluşlarının Korunmasına dair Roma Sözleşmesi⁵⁸, 26.10.1961 tarihinde, konferansa katılan 18 devletin temsilcileri tarafından imzalanarak 1964 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşmeyle, icracıların, fonogram yapımcılarının ve yayın kuruluşlarının hakları ilk defa uluslararası alanda koruma altına alınmıştır⁵⁹.

Roma Sözleşmesi; gerek fonogramların yetkisiz ithalatı ve dağıtımına karşı minimum hakları içermemesi, gerekse taraf olan devlet sayısının azlığı nedenleriyle, uluslararası alanda fonogram korsanı sorununu önlemede yetersiz kalmıştır. Kayıt endüstrisinin baskısı sonucu, WIPO ve UNESCO bu sorunu uluslararası alanda çözümleyebilmek amacıyla 1971 yılında Cenevre'de devlet temsilcilerinin katılımıyla bir komite oluşturmuştur⁶⁰. Komitenin çalışmaları sonucunda 20.10.1971

⁵⁶ Goldstein, s.35; Ateş, s.51-52.

⁵⁷ Goldstein, s.37.

⁵⁸ Bundan sonra Roma Sözleşmesi olarak anılacaktır. Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. www.wipo.int/treaties/en/ip/rome/trtdocs_wo24.html <10.04.2007>.

⁵⁹ Goldstein, s.37-38; Erel, s.22; Arkan, s.15.

⁶⁰ Goldstein, s.41.

tarihinde Fonogramların İzinsiz Çoğaltılmasına Karşı Yapımcıların Korunmasına dair Cenevre Sözleşmesi⁶¹ imzalanmış ve 18.04.1973 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kısaca Cenevre Sözleşmesi olarak adlandırılan düzenlemenin amacı, her âkit devlet uyruğundaki yapımcının aynı oranda korunması ve yapımcının izni olmadan çıkarılan kopyanın üretim, ithalat ve dağıtımının engellenmesidir. Seslerin ilk defa tespit edildiği veya fonogramın ilk yayımlandığı yılın sonundan itibaren başlayan koruma süresi, 20 yıldan az olmamak koşuluyla devletlerin ulusal düzenlemelerine bırakılmıştır⁶².

Televizyon yayınlarının korunmasına ilişkin 1960 tarihli Televizyon Yayınlarının Korunmasına dair Avrupa Sözleşmesi ile 1989 tarihli Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi imzalanmıştır⁶³. 21.05.1974 tarihinde imzalan Uydu Yayınlarına dair Brüksel Sözleşmesi ise uydular aracılığıyla nakledilen programların taşıyıcı sinyallerinin ülkeler arasında dağıtımını düzenlemek amacını taşımaktadır⁶⁴.

Bu konuya ilişkin son uluslararası düzenleme 1996 tarihli WIPO İcralar ve Fonogramlar Anlaşması⁶⁵'dir. Bu sözleşme, Bern Sözleşmesi, TRIPS Anlaşması ve Roma Sözleşmesi temel alınarak hazırlanmıştır. Roma Sözleşmesi'nde olduğu gibi her âkit devlet ülkesindeki icracının, yapımcının diğer âkit devletlerde de aynı şekilde korunması öngörülmüş ve Roma Sözleşmesi'nden farklı olarak yapımcıların

⁶¹ Bundan sonra Cenevre Sözleşmesi olarak anılacaktır.

⁶² Goldstein, s.41-42; Erel, s.25.

⁶³ Erel, s.25-26; Erdil, s.14; Arkan, s.16.

⁶⁴ Goldstein, s.45-46; Erel, s.26, Erdil,s.14, Arkan, s.16.

⁶⁵ Bundan sonra WPPT olarak anılacaktır. Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. www.wipo.int/treaties/en/ip/wppt/trtdocs_wo34.html. <10.04.2007>.

asgari koruma süresi 20 yıldan 50 yıla çıkartılmıştır. Sözleşmenin bir diğer özelliği ise, icracılara manevi hak tanıyan ilk uluslararası düzenleme olmasıdır⁶⁶.

II. FİKRİ VE SANAT ESERLERİ HUKUKU BAĞLAMINDA MÜZİK ESERLERİ

A) GENEL ŞARTLAR

Bir fikrî ürünün hukuken korunması için öncelikle somut olması yani gözle görülebilir, elle tutulabilir, kulakla duyulabilir, özetle algılanabilir olması gerekmektedir. Bunun dışında somut olarak ifade edilen duygu ve düşüncelerin açıklanış formatı da önem arz etmektedir. Nitekim uluslararası sözleşmeler ve ulusal kanunlarda, her duygu ve düşünce açıklanış formatına eser niteliği tanınmamış⁶⁷ ve hangi fikrî ürünlerin eser olarak korunacağı eser kategorileri sayılmak suretiyle belirlenmiştir. Bir fikrî ürünün korunabilmesi için bu eser kategorilerinden birine dahil olması gerekmektedir. Müzik eserlerinin gerek uluslararası sözleşmelerde gerek ulusal kanunlarda bu eser kategorilerinden birini oluşturduğu görülmektedir⁶⁸.

Diğer eser kategorileri gibi müzik eserlerinin de korunması için başka bir eserin kopyası olmaması ve eser sahibinden kaynaklanması gerekmektedir. Bu konu uluslararası düzenlemelerde açıkça belirtilmemiştir. Bern Sözleşmesi'nde eser kategorilerinin sayıldığı paragrafta, özgünlük ve yaratıcı düşünce ürünü olmak üzere iki ayrı nitelikten söz edilirken, Evrensel Fikrî Haklar Sözleşmesi'nin önsözünde

⁶⁶ Goldstein, s.42-43.

⁶⁷ Erel, s.35; Ateş, s.60-61; Gökyayla, s.66-67; Genç Arıdemir, A.: Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları, İstanbul 2003, s.19; Erdil, s.18.

⁶⁸ Garnet/Davies/James, s.54; Cornish/Llewelyn, s.384; Tekinalp, s.97; Phillips, J./Firth, A.: *Introduction to Intellectual Property*, Wiltshire 2001, s.138; Ateş, s.60; Gökyayla, s.73; Erdil, s.19.

eserlerin düşünce ürünü olması gerektiğinden söz edilmiştir⁶⁹. Avrupa Topluluğu Hukukunda bu konuya ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte veri tabanlarına ve fotoğraflara ilişkin direktiflerde bu eserlerin orijinal olabilmesi için eser sahibinin fikrî yaratısı olması gerektiği belirtilmiştir⁷⁰. Ulusal kanunlarda ise terminoloji birliği bulunmamakla birlikte bu konu genel olarak objektivist ve sübjektivist olmak üzere iki ayrı teoriyle açıklanmaktadır⁷¹.

Objektivist görüş, genel olarak *common law* ülkelerinde benimsenmektedir ve bu ülkelerin kanunlarında orijinalite-özgünlük ifadesiyle yer almaktadır⁷². Bu görüş eser sahibini değil, eseri yani objeyi kıstas olarak kabul etmekte ve eserin özgün-orijinal olması gerekliliğini savunmaktadır⁷³. *Common law* ülkeleri için özgünlüğü tanımlayan temel dava olarak kabul edilen *University of London Pres Ltd. v. University Tutorial Press Ltd.* davasında mahkeme, bir eserin orijinal olması için ifade edilişinin buluş niteliğinde olmasının gerekmediğini, ancak eserin başka bir eserin kopyası olmaması ve sahibinin hüneri, çabası sonucu ortaya çıkması ve sahibinden kaynaklanması gerektiğini belirtmiştir⁷⁴. Amerikan hukukunda ise bir

⁶⁹ Beşiroğlu, s.72; Uslu, R.: *Türk Fikir ve Sanat Hukukunda Eser Kavramı*, Ankara 2003, s.32-33.

⁷⁰ Balaña Vicente, S.: “*The Originality Requirement in Copyright Law- A Comparative Study between the Spanish, French, UK, US, German and Italian Jurisdictions*”, http://www.miplc.de/research/gen_projects/Completed_Projects/balana_originality/. <10.12.2006>

⁷¹ Ateş, s.58; Gervais, D.J.: “*The Protection under International Copyright Law of Works Created with or by Computers*”, IIC, C.22, Y.1991, s.635-636 (created).

⁷² Goldstein, s.161-162; Ateş, s.57; Karakuzu Baytan, s.18.

⁷³ Ateş, s.58.

⁷⁴ Garnet/Davies/James, s.110-111; Cornish/Llyewelyn, s.388; Goldstein, s.162; Philips/Firth, s.142; Carey, P./Verow, R.: *Media and Entertainment Law*, Bristol 2003, s.3; Gervais, D.: “*The Compatibility of the Skill and Labour Originality Standard with the Berne Convention and the TRIPS Agreement*”, EIPR, C.26, Y.2004, s.77 (Berne-TRIPS); Saw, C.L.: “*Protecting the Sound of Silence in 4’33’’: A Timely Revisit of Basic Principles in Copyright Law*”, EIPR, C.27, Y.2005, s.473; *Lionel Sawkins v. Hyperion Records Ltd.*, ECDR, C.10, Y.2005, s.106.

eserin orijinal olması için, sahibi tarafından bağımsızca yaratılması başka bir anlatımla diğer bir eserin kopyası olmaması ve en azından minimal düzeyde yaratıcılık içermesi gerektiği kabul edilmektedir⁷⁵.

Genel olarak Kıta Avrupası ülkelerinde benimsenen sübjektivist görüş ise, eseri meydana getiren kişiyi yani süjeyi temel almakta ve eserin, sahibinin bireyselliğini yansıtmayı gerektiğini kabul etmektedir⁷⁶. Bu durum Alman Fikrî Haklar Kanunu'nda "bireysel düşünce yaratısı", İtalyan Fikrî Haklar Kanunu'nda "yaratıcı nitelik taşıyan düşünce ürünleri", Türk Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda⁷⁷ ise "eser sahibinin hususiyeti" terimleriyle ifade edilmiştir⁷⁸. Alman Fikrî Haklar Kanunu'nda bireysellik, düşünce gelişimini ve herkesin üretebileceğinden farklılığı ifade etmekte⁷⁹ ve eser sahibi, eser ile olan fikrî ve bireysel ilişkisi ölçüsünde korunmaktadır. Fransız hukukunda ise eser, insan aklının bir ürünü olmalı ve insanın fikrî katkısı sonucu oluşmalıdır.

Ulusal kanunlardaki terminoloji farklılıklarına rağmen hukuk düzenlerinin hemfikir olduğu hususlar bulunmaktadır. Öncelikle düşünceler, duygular, yöntemler, uygulama esasları değil, düşüncelerin ve duyguların ifade ediliş tarzı korunmaktadır. Nitekim bu durum, 1996 tarihli WIPO Fikrî Haklar Antlaşması'nın 2. maddesinde de açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla eserlerin önceden bilinmeyen, tamamen özgün,

⁷⁵ Halpern, A.W./Nard C.A./ Port, K.L.: *Fundamentals of United States Intellectual Property Law: Copyright, Patent and Trademark*, Hague 1999, s.49; Moser, J.D.: *Moser on Music Copyright*, Boston 2006, s.23-24; Sterling, J.A.L.: "Philosophical and Legal Challenges in the Context of Copyright and Digital Technology", IIC, C.21, Y.2000, s.511 (digital technology).

⁷⁶ Ateş, s.62; Gervais, s.637 (created).

⁷⁷ RG. 13.12.1951-7981. FSEK olarak anılacaktır.

⁷⁸ Goldstein, s.161-162; Ateş, s.57; Karakuzu Baytan, s.18.

⁷⁹ Schricker, G.: "Farewell to the "Level of Creativity (Schöpfungshöhe) in German Copyright Law", IIC, C.26, Y.1995, s.44.

buluş niteliğinde bir düşünceyi ortaya koyması gerekmekte, özgünlük veya bireysel yaratıcılığın eserlerin ifade ediliş biçimlerinde, başka bir anlatımla, eserlerin biçim, düzen ve anlatımında bulunması gerekmektedir⁸⁰. Bununla birlikte eserin orijinal veya bireysel yaratıcı düşünce ürünü olup olmadığı tespit edilirken estetik veya sanatsal değerinin bir önemi bulunmamaktadır⁸¹. Eserin diğer eserlerin kopyası olmaması, diğer eserlerden farklı olması gerekmektedir. Yani eser sahibi eserini oluştururken, diğer eserlerden gaspa veya intihale varmayacak ölçüde yararlanabilmektedir⁸². Ancak eserin fikrî bir çabanın sonucu oluşması gerekmektedir⁸³.

Müzik eserlerinde ifade biçimini sesler oluşturduğundan, kaynağı ister insan ister bir çalgı aleti olsun, bireyin fikrî çabasının sonucu ortaya çıkan ses bileşimleri müzik eseri kapsamına girmektedir⁸⁴. Bir müzik eserindeki orijinallik veya bireysel yaratıcılık ise kendisini melodinin, armoninin ve ritmin birleşiminde başka bir anlatımla seslerin düzenleniş biçiminde göstermektedir.

B) HUKUK DÜZENLERİNE GÖRE MUZİK ESERİ

Müzik eserleri gerek Bern Sözleşmesi'nde edebiyat ve sanat eserleri kapsamında, gerek Evrensel Fikrî Haklar Sözleşmesi'nde de edebiyat, bilim ve sanat

⁸⁰ Garnet/Davies/James, s.108; Cornish/Llyewelyn, s.388; Tekinalp, s.99-100; Beşiroğlu, s.74-75; Lipton, N.: *Music: The Law and Music Contracts*, Hertfortshire 2000, s.6-7; Phillips/Firth, s.142; Halpern/Nard/Port, s.50; Lindsey, M.: *Copyright Law on Campus*, Washington 2003, s.2; Carey/Verow, s.3; Karakuzu Baytan, s.18-19; Saw, s.473.

⁸¹ Goldstein, s.162; Belgesay, M.R.: *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi*, İstanbul 1955, s.14; Halpern/Nard/Port, s.50.

⁸² Belgesay, s.14-15; Öztrak, s.14; Erel, s.33-34; Gökyayla, s.71.

⁸³ Garnet/Davies/James, s.108; Cornish/Llyewelyn, s.388; Goldstein, s.161; Erel, s.33; Tekinalp, s.98-99; Beşiroğlu, s.74-75; Lipton, s.6; Phillips/Firth, s.142; Halpern/Nard/Port, s.49-50; Carey/Verow, s.3; Ateş, s.57; Gökyayla, s.70-72; Genç Arıdemir, s.18; Erdil, s.17-18; Karakuzu Baytan, s.17; Saw, s.473.

⁸⁴ Belgesay, s.22; Erel, s.44; Gökyayla, s.88; Genç Arıdemir, s.28; Uslu, s.127; Erdil, s.27.

eserleri kapsamında sayılmıştır. Evrensel Fikrî Haklar Sözleşmesi'nde herhangi bir tanım yapılmazken, Bern Sözleşmesi'nde müzik eserleri, sözlü veya sözsüz müzik besteleri olarak belirtilmiştir. Ulusal kanunlar ele alındığında da müzik eserlerinin ayrı bir eser kategorisi olarak düzenlendiği ancak bu eser türünün örnekleri veya müziğin tanımının yapılmadığı görülmektedir⁸⁵. Bununla birlikte 1902 tarihli İngiliz Müzik Eserleri Üzerindeki Fikir Hakları Kanunu'nda müzik eserleri; notaya alınarak, yazılı, basılmış ya da grafik olarak üretilmiş ya da çoğaltılmış bir melodi ve armoni bütünü olarak tanımlanmıştır⁸⁶.

Müzik eserlerinin belirlenmesinde müziğin sözlük veya müzikologlar tarafından tanımlandığı biçimi esas alınmamaktadır. Nitekim daha önce de ayrıntılı bir biçimde belirtildiği gibi müzik; seslerin estetik bir biçimde birleşimi olan ve melodi, armoni ve ritim unsurlarından oluşan bir sanattır⁸⁷. Oysa müziğin müzik eseri olarak kabul edilmesi için, içerdiği estetik değeri önem taşıyıp taşımadığının yanı sıra melodi, armoni ve ritim unsurlarından hepsinin birlikte bulunması da gerekmemektedir. Bununla birlikte gerek 1886 tarihli Bern Sözleşmesi⁸⁸ gerekse ulusal hukuk düzenleri, eskiden müzik eseri oluşabilmesi için müziğin üç unsurunun da bir arada bulunması gerektiğini kabul etmekteydi⁸⁹. Ancak günümüzde atonal olarak yapılan, belli bir melodiye dayanmayan, ritim, armoni ve kontrpuan kurallarına ya da bilinen müzik formlarına uymayan ve hatta rastlantısal olarak meydana getirilen müzik eserleri söz konusudur ve bunlar koruma

⁸⁵ Garnet/Davies/James, s.74; Beşiroğlu, s.83; Ateş, s.63; Karakuzu Baytan, s.25; *Lionel Sawkins v. Hyperion Records Ltd.*, s.104; Saw, s.468.

⁸⁶ Garnet/Davies/James, s.74; Beşiroğlu, s.84.

⁸⁷ Bkz. yukarı s.1-2.

⁸⁸ Saw, s.469.

⁸⁹ Belgesay, s.22-23; Saw, s.469.

kapsamındadırlar⁹⁰. Bu nedenlerle de müzik kavramı tanımlarında olduğu gibi dar yorumlanmamalıdır⁹¹.

Bern Sözleşmesi ve ulusal hukuk düzenlerine göre, gerek tek bir çalgı aleti, gerek büyük orkestralar için yazılan reklam jeneriklerinden armonilere, korolara, senfonilere kadar tüm müzikler bu kategoriye dahil edilmiştir⁹². Bestenin uzunluğu açısından nota sayısı veya süre gibi kıstaslar getirilmemekle⁹³ birlikte tek bir notanın⁹⁴ korunmayacağı konusunda ise hukuk düzenleri hemfikirdirler.

Ulusal kanunların müzik eserlerine yaklaşımlarında temel olarak iki farklılık bulunmaktadır. Bazı ülkeler, müzik eserinin oluşabilmesi için bestenin tespit edilmesini şart koşarken, bazı ülkeler bestenin tespit edilmesini gerekli görmemişlerdir. Bern Sözleşmesi Paris metninde ise, bestenin tespitinin gerekip gerekmediğine ilişkin bir kural getirilmemiş, ulusal kanunların tercihine bırakılmıştır⁹⁵.

1988 tarihli İngiliz Fikrî Haklar Kanunu'na göre; bir bestenin müzik eseri olarak kabul edilmesi için yazıyla veya nota yoluyla ifade edilmesi gerekmezken, hukuken korunması için eser sahibi veya bir başkası tarafından notaya dökülmesi veya kaydedilmesi gerekmektedir⁹⁶. 1976 Amerikan Telif Hakkı Kanunu'na göre ise; diğer eser kategorileri gibi müzik eserlerinin de korunabilmesi için; eserin, sahibi veya onun yetkili kıldığı bir kimse tarafından somut bir ortama, başka bir anlatımla

⁹⁰ Erel, s.4; Ateş, s.63; Gökyayla, s.89; Uslu, s.126-127; Genç Arıdemir, s.29; Erdil, s.27; Saw, s.469.

⁹¹ Garnet/Davies/James, s.74; Phillips/Firth, s.151; Ateş, s.64; Saw, s.469.

⁹² Goldstein, s.169.

⁹³ Bagehot, R.: *Music Business Agreements*, London 1990, s.227; Tekinalp, s.115; Uslu, s.84.

⁹⁴ Goldstein, s.184; Moser, s.25.

⁹⁵ Goldstein, s.169.

⁹⁶ Garnet/Davies/James, s.74-75; Phillips/Firth, s.151; Lipton, s.7.

doğrudan veya bir cihaz ya da makinenin yardımıyla algılanabilecek veya çoğaltılabilecek ya da başka bir şekilde iletilebilecek bir ortama tespit edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla Amerikan hukukuna göre bir beste, nota halinde yazıldığı, manyetik teybe kaydedildiği, videoya alındığı ya da bilgisayara veya diskete kaydedildiği sürece korunacaktır⁹⁷. Türk hukukuna göre ise, müzik ürününün müzik eseri olarak kabul edilebilmesi için notalı olup olmadığının veya herhangi bir ortama tespit edilip edilmediğinin bir önemi bulunmamaktadır⁹⁸. Bununla birlikte notaya dökülmüş bir müzik ürünü seslendirilmediği sürece müzik eseri olarak değil, ilim ve edebiyat eseri olarak korunmaktadır⁹⁹. Örneğin bir besteci daha önceden kafasında tasarladığı ancak tespit etmediği veya o an doğaçlama çaldığı bir besteyi konserde icra ettiği zaman Amerikan hukukuna göre müzik eseri oluşmamaktadır ve koruma söz konusu değildir. İngiliz hukukuna göre müzik eseri oluşmuştur ancak tespit edilmediği için korunmayacaktır. Tespit öngörmeyen hukuk düzenlerine göre ise müzik eseri koruma hükümlerinden yararlanacaktır. Ancak bu bestenin, sahibinin izni veya bilgisi olmadan kaydedilmesi veya izleyenlerden biri tarafından belleğinde korunarak daha sonra notaya alınması halinde, söz konusu farklılıklara rağmen tüm hukuk düzenleri eser sahibinin hakkının ihlal edildiğini kabul etmektedirler¹⁰⁰.

Ulusal hukuk düzenleri yaklaşımları arasındaki diğer fark; bazı ülkelerin yalnızca besteyi, bazı ülkelerin ise hem güfteyi hem de besteyi müzik eseri kategorisinde korumalarıdır. 1988 tarihli İngiliz Fikrî Haklar Kanunu'na göre müzik eseri; söylemek, konuşmak veya icra etmek niyeti taşıyan sözler veya eylemler hariç

⁹⁷ Halpern/Nard/Port, s.41; Lindsey, s.3; Moser, s.24-25.

⁹⁸ Erel, s.44; Ateş, s.64; Gökyayla, s.88; Genç Arıdemir, s.28; Erdil, s.27.

⁹⁹ Erel, s.44; Ateş, s.64.

¹⁰⁰ Beşiroğlu, s.85; Halpern/Nard/Port, s.41; Lipton, s.7.

olmak üzere yalnızca müzikten oluşan eserdir¹⁰¹. 1976 tarihli Amerikan Fikrî Haklar Kanunu'nda ise, müziğin ve ona eşlik eden sözlerin müzik eseri kategorisinde korunacağı belirtilmiştir¹⁰². Fransız Fikrî Mülkiyet Kanunu'nda ise, Bern Sözleşmesi'nde olduğu gibi, sözlü veya sözsüz müzik bestelerinin korunacağı ifade edilmiştir. FSEK'de ise müzik eserleri, her nevi sözlü veya sözsüz besteler olarak düzenlenmiştir¹⁰³. Bununla birlikte güftenin edebi nitelik taşıması durumunda, güftenin hem müzik eseri hem de ilim ve edebiyat eseri olarak korunacağını ileri süren bir görüş de bulunmaktadır¹⁰⁴. Hukuk düzenleri arasındaki ayırım, bestecinin ve güfte yazarının ayrı kişiler olması durumunda kendisini göstermektedir. Nitekim güftenin müzik eseri olarak korunmadığı hukuk düzenlerinde güfte, ilim ve edebiyat eseri olarak korunmaktadır ve koruma süreleri farklı zamanlarda sona ermektedir¹⁰⁵.

Belirtilmesi gereken bir diğer husus ise Bern Sözleşmesi ile Evrensel Fikrî Haklar Sözleşmesi'nde ve bazı ulusal kanunlarda ayrı bir dramatik-müzik eseri kategorisinin bulunduğuudur. Her iki sözleşmenin de eski metinlerinde yer alan bu kategori; oyunlar, operalar, operetler ve müzikal komedileri koruma kapsamına almak amacıyla konulmuştur¹⁰⁶. İngiliz hukukunda ayrı bir dramatik-müzik eseri kategorisi bulunmamakla birlikte, müzik eserleri herhangi söz veya eylem içermezken, kanunda dans ve pandomima içeren eserler olarak belirtilen dramatik eserlerin, müzik içerebileceği kabul edilmektedir. Ancak 1988 tarihli İngiliz Fikrî

¹⁰¹ Cornish/Llyewelyn, s.394; Phillips/Firth, s.151; Lipton, s.8; Bagehot, s.228; Carey/Verow, s.6.

¹⁰² Halpern/Nard/Port, s.4; Lindsey, s.2.

¹⁰³ Hirsch, s.148 (fikrî ve sınaî haklar); Belgesay, s.22; Erel, s.44; Beşiroğlu, s.85-86; Ateş, s.63; Gökyayla, s.87; Genç Arıdemir, s.27; Uslu, s.126; Erdil, s.26; Arkan, s.23; Karakuzu Baytan, s.25.

¹⁰⁴ Erel, s.44; Erdil, s.26.

¹⁰⁵ Cornish/Lyewelyn, s.394; Goldstein, s.170; Phillips/Firth, s.150.

¹⁰⁶ Goldstein, s.167.

Haklar Kanunu uyarınca; operada olduğu gibi dramatik eserlere eşlik eden müzik, müzik eseri kategorisinde korunmaktadır¹⁰⁷. 1976 tarihli Amerikan Telif Hakları Kanunu’nda, İngiliz hukukunun aksine, dramatik eserlere eşlik eden müziğin bu kategoriye dahil olduğu düzenlenmiştir. Fransız Fikrî Mülkiyet Kanunu’nda ise, Bern Sözleşmesi’nde olduğu gibi ayrı bir dramatik-müzik eseri kategorisi bulunmakta ve opera, operet, müzikal, müzikal komediler bu kategori kapsamında korunmaktadır¹⁰⁸. FSEK’de dramatik-müzik eseri kategorisi bulunmamakta ve sözsüz sahne eserlerinin müzik içermesi durumunda, eşlik eden müziğin şartları taşıması halinde müzik eseri kategorisinde korunacağı kabul edilmektedir¹⁰⁹.

Hem Bern Sözleşmesi’nde hem de ulusal kanunlarda müzik düzenlemeleri müzik eseri olarak değil işleme eser olarak korunmaktadır ve bu konuya ilişkin kanuni düzenlemeler genel olarak birbirine benzerdir. Korunan bir müzik eserinin düzenlemesi, eser sahibi tarafından yapılabileceği gibi eser sahibinden izin alınması koşuluyla üçüncü bir kişi tarafından da yapılabilmektedir. İşleme eserler ayrı bir eser kategorisi olarak korunduğundan diğer eser kategorileri için aranan genel şartları içermeli başka bir anlatımla, düzenlemeyi yapan kişinin fikrî çabasının sonucu oluşmalıdır. Besteleme türleri olarak kabul edilen çeşitleme, eşlikleme, çalgılama, orkestralama, korolama, uyarlama ve düzenleme, müzik düzenlemesi yani işleme eser kapsamına girmektedir¹¹⁰.

¹⁰⁷ Garnet/Davies/James, s.75; Carey/Verow, s.6.

¹⁰⁸ Goldstein, s.167.

¹⁰⁹ Erel, s.41; Gökyayla, s.84.

¹¹⁰ Goldstein, s.173-174; Beşiroğlu, s.120-121; Halpern/Nard/Port, s.76-77; Ateş, s.77.

III. MÜZİK ESERİ SAHİPLİĞİ

A) BİR KİŞİNİN ESER SAHİPLİĞİ

Eser sahipliği fikir ve sanat hukukunun özünü oluşturmaktadır. Nitekim gerek uluslararası düzenlemelerle, gerek ulusal kanunlarla eser sahibinin haklarının korunması ve eser sahiplerinin teşvik edilmesi amaçlanmıştır. Bununla birlikte uluslararası düzenlemelerde korumaya konu olan eser kategorilerinin ve bunlar üzerindeki hakların düzenlendiği, ancak eser sahipliği konusunun açıkça belirtilmediği görülmektedir¹¹¹. Nitekim Bern Sözleşmesi'nde eser sahipliğinin tanımı yapılmamış ve sadece 15. maddede eser sahipliğine ilişkin bir karine getirilmiştir. Buna göre; yayımlanmış bir eserin üzerinde olağan bir biçimde gösterilen ad sahibi eser sahibi olarak kabul edilecektir¹¹².

Hem *common law* ülkeleri hem de Kıta Avrupası ülkeleri kural olarak eseri tasarlayan ve tanımlayan, meydana getiren kişiyi diğer bir anlatımla fikrî emek harcayan kişiyi eser sahibi olarak kabul etmektedir¹¹³. Eser sahipliği, eserin yaratılmasıyla ortaya çıkan bir hukukî statüdür. Dolayısıyla eseri yaratan kişi, tescil, izin, bildirim gibi başka hiçbir hukuki işlem gerekmeksizin bu statüyü aslen kazanmaktadır. Her ne kadar *common law* ülkelerinde bu statünün kazanımı için bir zamanlar kayıt ve tescil sistemi öngörülmüşse de, günümüzde bu gereklilik hemen hemen tüm *common law* ülkeleri tarafından terk edilmiştir¹¹⁴.

¹¹¹ Öztürk, s.28-29; Erel, s.59; Beşiroğlu, s.157-158; Ginsburg, J.C.: “*The Concept of Authorship in Comparative Copyright Law*”, Depaul.L.Rev., C.52, Y.2002-2003, s.1069 (comparative).

¹¹² Goldstein, s.206; Beşiroğlu, s.158; Ginsburg, s.1069 (comparative).

¹¹³ Bkz.: İngiliz Fikrî Haklar Kanunu md.9, Alman Fikrî Haklar Kanunu md.7, FSEK, md.9.

¹¹⁴ Ateş, s.78.

Hukuk düzenleri, tüzel kişilerin ve işverenlerin eser sahipliği konusunda farklılık göstermektedir. Almanya, Fransa, İsviçre ve Türk hukuklarında, Alman doktrini tarafından ileri sürülmüş olan “yaratma gerçeği ilkesi” hakimdir. Bu ilkeye göre, sadece gerçek kişiler, yalnızca yaratma olgusuyla eser sahipliğini aslen kazanmaktadırlar ve tüzel kişiler bakımından eser sahipliği söz konusu olmamaktadır¹¹⁵. Bununla birlikte bazı teknik gereklilikler ve eserin yaratımındaki menfaatler gereği bu ilkeye, işverenler ve tüzel kişiler bakımından istisna getirilmiştir¹¹⁶. Bu istisna eser sahipliği bakımından değil, eser üzerindeki hakların kullanımı bakımından söz konusudur¹¹⁷. İşverenlerin veya işi tayin edenlerin eser üzerindeki hakları kullanabilmeleri, eserin, işçilerin işlerini görürken oluşmasına, sözleşmede aksinin öngörülmemesine ve işin niteliğinden aksinin anlaşılmamasına bağlıdır. Aynı hüküm tüzel kişiler bakımından da söz konusudur. Dolayısıyla aksi sözleşmeden veya halin icabından anlaşılmadığı müddetçe, tüzel kişi organları tarafından meydana getirilen eser üzerindeki haklar tüzel kişi tarafından kullanılmaktadır¹¹⁸. Bununla birlikte Fransız hukukunda bu kurala istisna getirilmiştir. Toplu eserlerin gerçek veya tüzel kişinin adı ve yönetimi altında oluşturulduğu belirtildikten sonra eser sahibinin, aksi ispatlanmadıkça, adı ve

¹¹⁵ Erel, s.69; Gökyayla, s.200-201; Genç Arıdemir, s.38-39.

¹¹⁶ Ateş, s.85; Gökyayla, s.210.

¹¹⁷ Tekinalp, s.134; Gökyayla, s.210. 5846 sayılı FSEK md.8’in ilk metninde işverenler ve tüzelkişiler eser sahibi olarak nitelendirilmiştir. Ancak 1995 yılında bu maddenin uygun bulunmadığı kabul edilmiş ve önce 4110 sayılı kanunla sonra da 4630 sayılı kanunla iki kez değiştirilmiş ve son olarak hakların kullanılması kenar başlıklı 18. maddede, işverenlerin ve tüzel kişilerin, eserin mali hak sahipleri olduğu belirtilmiştir. Bkz. Ateş, s.86.

¹¹⁸ Goldstein, s.205; Erel, s.81-82; Beşiroğlu, s.179; Ateş, s.86-87; Gökyayla, s.211-212;. Ayrıca bkz. Alman Fikrî Haklar Kanunu md. 43, Fransız Fikrî Haklar Kanunu md.9, FSEK md.19.

yönetimi altında oluşturan gerçek veya tüzel kişi olacağı düzenlenmiş ve dolayısıyla tüzel kişilerin eser sahipliği kabul edilmiştir¹¹⁹.

Common law ülkeleri eser sahibinin gerçek kişi olması gerekliliği konusunda Kıta Avrupası ülkeleri kadar ısrarcı bir tutum içerisinde değildir. İngiliz hukuku'nda, Kıta Avrupası hukuk düzenlerinde olduğu gibi gerçek kişilerin eser sahipliği kural olmakla birlikte bu kuralın bazı istisnaları bulunmaktadır. Bu istisnalar, insan faktörünün olmadığı sadece bilgisayar ürünü eserler ile eski fotoğraflardır. Ancak Kıta Avrupası hukuk düzenlerinden farklı olarak, işçilerin iş sözleşmelerinde aksi öngörülmedikçe, işlerini yürütürken meydana getirdikleri eserlerin sahibi işverenlerdir ve işveren gerçek kişi veya tüzel kişi olabilir¹²⁰. Amerikan hukukunda Türkçe'ye "adam tut eser oluştur, sahibi ol" olarak çevrilen "*work for hire*" ilkesi hakimdir. 1976 Amerikan Telif Hakları Kanunu'nda, aksi sözleşmede açıkça ve yazılı biçimde belirtilip, tarafların her ikisi tarafından imzalanmadığı sürece, işçinin işini görürken oluşturduğu eserin sahibinin işveren veya işi tasarlayan, hazırlayan kişinin olacağı belirtilmiştir¹²¹.

Common law ve Kıta Avrupası hukuk düzenleri arasındaki ayrım, kural hükmün farklılığından kaynaklanmaktadır. Kıta Avrupası hukuk düzenlerinde kural, işçinin eser sahipliği iken, *common law* ülkelerinde kural işverenin eser sahipliğidir. Kıta Avrupası ülkelerinde iş sözleşmelerinde genellikle işçinin eser üzerindeki haklarını devredeceğine dair bir madde bulunmakta, *common law* ülkelerinde ise

¹¹⁹ Goldstein, s.205.

¹²⁰ Garnet/Davies/James, s.186; Lipton, s.16-17; Carey/Verow, s.16; Torramens, P.: "*Authorship, Ownership of Right and Works Created by Employees: Which Law Applies?*", EIPR, C.27, Y.2005, s.223.

¹²¹ Goldstein, s.211.

sözleşmeye işçinin eser sahibi olacağına dair bir madde konulmamaktadır. Dolayısıyla kanunlardaki farklılığa rağmen uygulamaya bakıldığında sonuç değişmemektedir¹²².

B) BİRDEN ÇOK KİŞİNİN ESER SAHİPLİĞİ

Eserler tek bir kişi tarafından oluşturulabileceği gibi iki veya daha çok kişi tarafından da oluşturulabilir. Birden çok kişinin katkısıyla oluşan eserler ya ortak eser olarak ya da toplu eser olarak korunmaktadır.

1. Ortak Eser

Bir eserin birden çok kişinin katkısıyla işbirliği içinde oluşturulması ve katkıların birbirinden ayrılmaz bir bütün teşkil etmesi durumunda bu eser ortak eser ve bu eserin oluşumuna katkıda bulunan kişiler ise ortak eser sahipleri olarak adlandırılmaktadır¹²³. Kişilerin katkılarının değeri ve yoğunluğu önemli olmamakla birlikte, bu katkıların kişilerin fikrî çabası sonucu oluşması ve özgün veya yaratıcı düşünce ürünü olması gerekmektedir¹²⁴.

Ulusal kanunlar ortak eseri hemen hemen benzer biçimde tanımlamışlardır. Fransız Fikrî Mülkiyet Kanunu'nda ortak eser, birden çok gerçek kişinin katkısı olarak tanımlanırken¹²⁵, İngiliz Fikrî Haklar Kanunu'nda, bu kişilerin katkılarının

¹²² Goldstein, s.210-211.

¹²³ Garnet/Davies/James, s.297; Hirsch, E.: Hukuki Bakımdan Fikrî Say İkinci Cilt, İstanbul 1943, s.87 (fikrî sây); Goldstein, s.207; Belgesay, s.39-40; Öztrak, s.45; Erel, s.71-72; Beşiroğlu, s.167; Tekinalp, s.141; Ateş, s.83; Gökyayla, s.204; Carey/Verow, s.15; ___, "Joint Authorship in Intellectual Property Rights", s.2-3. [http://www.iprhelpdesk.org/documentos/docsPublicacion/html_xml/8_JointOwnership\[0000000649_03\].html](http://www.iprhelpdesk.org/documentos/docsPublicacion/html_xml/8_JointOwnership[0000000649_03].html). <18.12.2006>.

¹²⁴ Erel, s.71; Gökyayla, s.204; ___, "Joint Authorship in Intellectual Property Rights", s.2.

¹²⁵ Goldstein, s.208; ___, "Joint Authorship in Intellectual Property Rights", s.4.

birbirinden ayırlamayacak bir şekilde olması vurgulanmış¹²⁶, Amerikan Telif Hakları Kanunu'nda ise bu unsura ek olarak bu kişilerin eş zamanlı iradeleri aranmıştır¹²⁷. Alman Fikrî Haklar Kanunu ise kişilerin katkılarını ekonomik açıdan ele almış ve birden çok kişinin birbirinden ayrı olarak değerlendirilemeyen katkılarının birleşimiyle oluşan eserleri ortak eser olarak nitelendirmiştir¹²⁸. FSEK md.10'da, birden çok kişinin katkısıyla oluşan ve ayrılmaz bir bütün teşkil eden eserin sahibinin, onu oluşturan kişilerin birliği olduğu belirtilmiştir¹²⁹.

Ortak eser sahipleri arasındaki ilişki, Kıta Avrupası hukuk düzenlerinde benzer şekilde düzenlenmiştir. Eser sahiplerinin birbirinden ayırlamayan katkılarıyla eser parçalanmaz bir bütün oluşturmakta ve her bir eser sahibi eser üzerindeki haklara bütün olarak sahip olmakta ve bu haklar üzerinde ayrıca tasarruf hakkı bulunmamaktadır. Dolayısıyla bir eser sahibi diğerlerinin rızası olmadan eseri devredememekte, yayınlamamakta, eserde değişiklik yapamamaktadır¹³⁰. Eser üzerindeki tasarruflar ancak eser sahiplerinin oybirliğiyle yapılabilir. Bu nedenlerle de ortak eser sahiplerinin ilişkisi eşya hukukundaki iştirak halinde mülkiyete benzer. Bununla birlikte Fransız hukukunda bu kurala bir istisna getirilmiştir. Fransız hukukunda opera gibi dramatik-müzik eserleri ortak eser olarak korunmaktadır. Ancak operada bestenin, librettodan bağımsız olarak değerlendirilmesi mümkündür. Bu örnekte olduğu gibi, ortak esere katkısı bulunan

¹²⁶ Garnet/Davies/James, s.297; Lipton, s.18; Carey/Verow, s.15.

¹²⁷ Halpern/Nard/Port, s.55.

¹²⁸ Goldstein, s.208; Beşiroğlu, s.167.

¹²⁹ Öztrak, s.45; Erel, s.71-71; Tekinalp, s.142-143; Beşiroğlu, s.166; Ateş, s.82-83; Gökyayla, s.204-205.

¹³⁰ Goldstein, s.207; Belgesay, s.40-41; Öztrak, s.46; Erel, s.74; Tekinalp, s.142; Ateş, s.83; Gökyayla, s.207; _____, "Joint Authorship in Intellectual Property Rights", s.11.

kimselerin katkılarının farklı eser kategorilerine dahil olması durumunda, taraflarca aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça ortak eser sahiplerinden her biri, diğerlerinin rızasını almaksızın, ortak eser sahipliğinin menfaatini ihlal etmemek koşuluyla, kendi kişisel katkılarını ekonomik olarak değerlendirebilmektedir¹³¹. Bu istisnayla Fransız hukuku Alman hukukuna yaklaşmaktadır. Nitekim Alman hukukunda birden çok kişinin katkısıyla oluşan eserlerde, katkıların birbirinden ayrı olarak değerlendirilmesi durumunda bu katkılar ortak eser altında değil, başlı başına ayrıca korunmaktadır. Bu sebeple de opera ele alındığında libretto ve müzik her ne kadar beste libretto için yazılsa da ortak eser oluşturmamaktadır. İki hukuk düzeni arasında farklılık koruma sürelerinden kaynaklanmaktadır. Fransız hukukunda operanın koruma süresi ortak eserin koruma süresine bağlıyken, Alman hukukunda ayrı eser kategorileri olarak kabul edildiğinden librettonun ve bestenin koruma süreleri ayrı ayrı sona ermektedir¹³². Türk hukukunda ise bestenin librettodan ayrı değerlendirilebileceği kabul edilmekle birlikte, librettonun besteden ayrı değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir¹³³.

Eseri oluşturan kişiler aralarındaki ilişkiyi bir sözleşmeyle düzenleyebilirler. Ancak belirtilen koşullara sahip olmayan kişiler bir sözleşme yaparak ortak eser sahipliği oluşturmazlar. Başka bir anlatımla ortak eser sahipliği kendiliğinden oluşmaktadır, sözleşmeyle kurulamaz¹³⁴. Kıta Avrupası hukuk düzenleri, ortak eser oluşturulurken eser sahiplerinin adi şirket kurma konusunda zımni iradelerinin olduğunu varsaymakta ve ortak eser sahipliğine adi şirkete ilişkin genel hükümlerin

¹³¹ Goldstein, s.208; _____, “*Joint Authorship in Intellectual Property Rights*”, s.14.

¹³² Goldstein, s.208.

¹³³ Beşiroğlu, s.84.

¹³⁴ Goldstein, s.209; Tekinalp, s.142.

uygulanacağını kabul etmektedirler. Nitekim ortak eser sahiplerinin payları aksi sözleşmeyle kararlaştırılmadıkça eşittir ve eser üzerindeki tasarruflar ancak oybirliği ile alınabilmektedir¹³⁵.

İngiliz hukukunda diğer hukuk düzenlerinden farklı olarak kural, ortak eserlere eşya hukukunda yer alan müşterek mülkiyet rejiminin uygulanmasıdır. Bununla birlikte eser sahipleri aralarında yazılı olarak yapacakları sözleşmeyle eser sahipliğine iştirak halinde mülkiyetin uygulanacağını da kararlaştırabilmektedirler. Her iki mülkiyet rejiminde de aksi kararlaştırılmadıkça eser sahiplerinin eser üzerindeki paylarının eşit olduğu ve bir eser sahibinin eser üzerinde ancak diğer kişilerin rızasıyla tasarrufta bulunabileceği kabul edilmektedir¹³⁶. Amerikan hukuku diğer ulusal hukuklardan farklı bir düzenlemeye sahiptir. Amerikan yargı kararlarıyla ortak eser sahiplerinden her birine eser üzerindeki hakları diğerlerinin rızası olmadan kullanma ve üçüncü kişilere devretme hakkı tanınmış ancak elde edilen kazancın tüm eser sahiplerine dağıtılması zorunluluğu getirilmiştir. Ancak her bir eser sahibine sadece basit lisans verme hakkı tanınmış, tam lisansın ise ancak eser sahiplerinin oy birliğiyle verilebileceği kabul edilmiştir. Üçüncü kişilerin basit lisans dışındaki lisansları kabul etmedikleri göz önünde bulundurulursa pratik uygulamadaki sonucun değişmediği görülecektir. Tabii ortak eser sahipleri aralarında düzenleyecekleri bir sözleşmeyle bunun aksini de kararlaştırabilirler¹³⁷.

¹³⁵ Beşiroğlu, s.169-170; Öztürk, s.86; Erel, s.73-74; Tekinalp, s.142; Ateş, s.81; Gökyayla, s.206-207; _____, “*Joint Authorship in Intellectual Property Rights*”, s.14.

¹³⁶ Garnet/Davies/James, s.299; Lipton, s.18; _____, “*Joint Authorship in Intellectual Property Rights*”, s.14.

¹³⁷ Goldstein, s.209.

2. Toplu Eser

Çeşitli eser sahiplerinin eserlerini tek bir eser adı altında birleştirmesiyle oluşturulan eserler toplu eser olarak adlandırılmaktadır. Ortak eserden farklı olarak toplu eserde tek bir eserin oluşmasına katkıda bulunan kişilerin katkıları birbirinden ayrılabilmekte ve her bir katkı ayrı ayrı telif hakkı konusu oluşturmaktadır¹³⁸. Toplu eser kavramı Alman, İsviçre, Fransız, Amerikan Telif Hakları Kanunları'nda ve FSEK'de düzenlenirken, İngiliz Fikrî Haklar Kanunu'nda düzenlenmeyip, mahkeme kararlarıyla geliştirilmiştir. Alman ve İsviçre hukuklarında bağlı eser, Fransız ve Amerikan hukuklarında toplu (birleşik) eser olarak adlandırılmakta, FSEK'de ise özel bir terim kullanılmamakta ve md.9'da "eser sahiplerinin birden fazla oluşu" alt başlığında düzenlenmektedir. Doktrinde ise kimi yazarlar müsterek¹³⁹, kimileri ortak eser¹⁴⁰ kimileri ise toplu eser¹⁴¹ terimlerini kullanmaktadır.

Fransız hukukuna göre toplu eser oluşabilmesi iki koşulun gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu koşullardan ilki eserin, bir gerçek veya tüzel kişinin girişimi ve düzenlemesi ile kendi yönetimi altında bir araya getirilmiş çeşitli eser sahiplerinin kişisel katkılarıyla yayımlanmış veya gerçekleşmiş olmasıdır. Bu gerçek veya tüzel kişi toplu eserin sahibidir. İkinci koşul ise toplu eseri oluşturan kişilerin bu eserin bütünü üzerinde ayrı ayrı hak ileri sürebilme olanağının bulunmamasıdır¹⁴². Bu koşul Fransız hukukunda çeşitli biçimlerde yorumlanmıştır. Bazı mahkeme kararları, bu koşulun gerçekleşmesi için eser sahipleri arasında işbirliği bulunmaması, eseri

¹³⁸ Belgesay, s.38-39; Öztrak, s.43-44; Tekinalp, s.139; Ateş, s.81-82; Gökyayla, s.208-209.

¹³⁹ Belgesay, s.38; Öztrak, s.43; Erel, s.75; Ateş, s.81; Gökyayla, s.209.

¹⁴⁰ Tekinalp, s.139.

¹⁴¹ Beşiroğlu, s.160.

¹⁴² Goldstein, s.210; Beşiroğlu, s.161; _____, "Joint Authorship in Intellectual Property Rights", s.5.

birlikte oluşturmamaları kıstasını ileri sürerken, bazıları ise eser sahiplerinin katkılarının birbirinden ayrı olarak telif konusu olması kıstasını ileri sürmüşlerdir. Toplu eserin temel kriteri olarak bir kişinin yönetimi altında gerçekleşmesi belirtilmiş ve gazete, dergi, antoloji, ansiklopedi gibi yayınlar bu eser türünün örnekleri olarak sayılmıştır¹⁴³. Alman Fikrî Haklar Kanunu’nda bağlı eser; birden fazla eser sahibinin eserlerini ortaklaşa değerlendirmek amacıyla bir araya getirmeleri olarak tanımlanmış ve eser sahiplerinden her birine, iyi niyet esasları doğrultusunda, bağlı eserin yayımlanmasını, ekonomik yönden değerlendirilmesini veya eserde değişiklik yapılmasını talep etme hakkı tanınmıştır. Alman hukukunda her ne kadar her bir toplu eser sahibinin bireysel eser sahipliği devam etse de, eser üzerinde tasarruf yapılabilmesi için diğerlerinin de rızası gerekmektedir¹⁴⁴. FSEK md. 9’a göre; birden fazla kimsenin birlikte vücuda getirdikleri eserin kısımlara ayrılmasının mümkün olması durumunda, her biri vücuda getirdiği kısmın sahibidir. Ancak toplu eserlerde birden fazla kimse tek bir eseri birlikte oluşturmamakta, hatta bu kimseler çoğunlukla birbirleri ve diğer eserler hakkında bilgi sahibi olmamaktadır. Bu nedenle de kanunun “birlikte vücuda getirdikleri” ifadesi doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir¹⁴⁵. Toplu eser üzerindeki haklar eser sahiplerinin tümüne aittir ve her bir eser sahibi diğerlerinin rızası olmadan toplu eser üzerinde tasarrufta bulunamazken, kendi eseri üzerinde tasarrufta bulunabilmektedir¹⁴⁶.

¹⁴³ _____, “*Joint Authorship in Intellectual Property Rights*”, s.5.

¹⁴⁴ Goldstein, s.208; Beşiroğlu, s.165.

¹⁴⁵ Tekinalp, s.139; Beşiroğlu, s.165; Ateş, s.82.

¹⁴⁶ Öztrak, s.44-45; Erel, s.77; Tekinalp, s.140; Beşiroğlu, s.166; Ateş, s.82; Gökyayla, s.209.

Toplu eser 1911 tarihli İngiliz Fikrî Haklar Kanunu'nda tanımlanmakla birlikte bu madde sonraki değişikliklerde kaldırılmış ve bu konu mahkeme kararlarıyla geliştirilmiştir. 1911 tarihli kanuna göre toplu eser; ansiklopedi, sözlük, yıllıklar ya da benzeri eserler, gazete, dergi ve benzeri yayınlar ile çeşitli bölümleri, çeşitli yazarlar tarafından oluşturulan eserler olarak tanımlanmıştır¹⁴⁷. Mahkeme kararlarıyla her bir eser sahibinin kendi eseri üzerinde hakkı bulunduğu, toplu eser sahibinin ise bu eserleri tek bir eser altında toplayan editör olduğu kabul edilmiştir¹⁴⁸. Amerikan Telif Hakkı Kanunu'nda toplu eser, birden fazla kişinin birbirinden ayrı bağımsız eserlerinin, süreli yayınlar, antoloji veya ansiklopedi gibi tek bir eser altında birleştirilmesiyle oluşan eserler olarak tanımlanmıştır. Her bir eser sahibinin kendi eseri üzerindeki haklarının varlığını koruduğu, toplu eser sahibinin ise onu gerçekleştiren kişi olduğu kabul edilmiştir. Ancak eser sahipleri haklarını bu kişiye devretmedikçe, toplu eser sahibinin sadece bu eseri çoğaltma ve yayma hakkı bulunmaktadır¹⁴⁹.

Müzik eseri sahipliği ne uluslararası düzenlemelerde, ne de ulusal kanunlarda özel olarak düzenlenmediğinden eser sahipliğine ilişkin genel hükümlere tabidir. Dolayısıyla müzik eserinin sahibi İngiltere dışındaki ülkelerde müzik eserleri sözlerle birlikte korunduğundan, güfteyi yazan ve besteyi yapan kişidir.

¹⁴⁷ Beşiroğlu, s.161.

¹⁴⁸ Goldstein, s.210.

¹⁴⁹ Goldstein, s.210; Halpern/Nard/Port, s.57.

IV. FİKRÎ HAKLARIN NİTELİĞİ VE KAPSAMI

A) FİKRÎ HAK KAVRAMI VE FİKRÎ HAKLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Her ne kadar fikrî hak kavramı uluslararası düzenlemelerde ve ulusal kanunlarda tanımlanmamış olsa da, genel olarak kişinin her türlü fikrî çaba ve emeği sonucu ortaya çıkardığı ürünler üzerinde hukuken korunan ve hak sahibinin isteği doğrultusunda bu korumadan yararlanma yetkisi veren menfaatler olduğu kabul edilmektedir¹⁵⁰. Fikrî hakkın konusunu eser niteliği kazanmış, insanın fikrî çabası ve emeği oluşturmaktadır. Dolayısıyla fikrî haklar, fikir ve sanat eserlerinin dışında kalan, sınaî haklar konusuna giren patentler, ticari markalar, faydalı modeller, coğrafi işaretler gibi diğer fikrî ve sınaî emek sonucu ortaya çıkan fikrî ürünleri kapsamamaktadır¹⁵¹. Bununla birlikte fikrî hak kavramı bazı ülkelerde geniş anlamıyla ele alınmakta ve sınaî hakların konusuna dahil olan fikrî ürünleri de kapsamaktadır. Ayrıca özellikle *common law* ülkelerinde sınaî hak ve fikrî hak kavramını kapsayan fikrî mülkiyet hakları terimi kullanılmaktadır. Bu terim gerek uluslararası düzenlemelerde¹⁵² gerekse Avrupa Topluluğu resmi metinlerinde kabul görmüş ve kullanılmıştır¹⁵³. Bu çalışmanın konusunu müzik eserleri üzerindeki haklar oluşturduğundan, fikrî haklar kavramı dar anlamıyla kullanılacaktır.

Fikrî hakların yanı sıra uygulamada ve doktrinde bazı yazarlar telif hakkı terimini kullanmaktadırlar. Telif hakkı kavramı geniş anlamda fikrî hakları karşılarken, dar anlamda sadece eser sahibinin eser üzerindeki mali haklarını ifade

¹⁵⁰ Ateş, s.93.

¹⁵¹ Erel, s.5; Ateş, s.93-94; Gökyayla, s.124.

¹⁵² WIPO Sözleşmesi ve TRIPS’de bu ayrım kaldırılmıştır.

¹⁵³ Cornish/Llywelyn, s.4; Bainbridge, D.: *Intellectual Property Law*, New York 2002, s.3; Tekinalp, s.1; Phillips/Firth, s.3; Ateş, s.93-94.

etmektedir¹⁵⁴. Çalışmada ağırlıklı olarak fikrî haklar terimi kullanılmakla birlikte geniş anlamda telif hakkı terimi de kullanılmaktadır.

Fikir ve sanat eserlerini konu edinen fikrî hakların hukuki niteliğini belirten pek çok teori ileri sürülmüştür. Fikrî hakların niteliğine ilişkin temel yaklaşım fikrî mülkiyet teorisidir. Tabii hukuk öğretisinin etkisiyle gelişen ve fikrî ürünler üzerinde mülkiyet hakkı olduğunu savunan bu teori, Kıta Avrupası ülkelerinin kanunlarında etkili olmuştur. Ancak, fikrî hakların, eserin meydana getirilmesiyle kazanılması, belli bir süreye tabi olması ve mali unsurun yanı sıra şahsiyete dair unsurlar taşıması özelliklerinin mülkiyet hakkı ile bağdaşmaması nedeniyle fikrî hakların mülkiyet hakkı kapsamında nitelendirilemeyeceği ileri sürülmüştür. Her ne kadar günümüzde klasik anlamda mülkiyet teorisinin savunucusu bulunmasa da, bu teori imtiyazlar döneminde eser sahibinin eser üzerindeki haklardan yararlanmasının kabul edilmesinde etkili olması nedeniyle önem taşımaktadır¹⁵⁵.

Kişisel haklar teorisi, kişinin eseri yaratmasıyla eser ile sahibi arasında tabii ve kişisel bir bağ oluştuğunu ve eserin, sahibinin kişiliğinin ayrılmaz bir parçası olduğunu ileri sürmüş ve eser üzerindeki hakkın özünün sahibinin kişiliği olduğunu savunmuştur. Nitekim bu teoriye göre, eser sahibini ekonomik zarara uğratmayan ihlallerde dahi kişilik haklarının ihlal edilmiş olması nedeniyle eser sahibinin haklarına tecavüz edildiği kabul edilmektedir. Bu teori, fikrî hakların asıl amacının sahibinin kişiliğini değil, ekonomik nitelikli menfaatlerini korumak olduğu, teorisinin eser sahibinin bu menfaatlerini ikinci plana ittiği ayrıca eserin, sahibinin ölümünden sonra da korunması, mirasa konu olması ve devredilmesi bakımlarından şahsiyet

¹⁵⁴ Kılıçoğlu, A.: Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikrî Haklar, Ankara 2006, s.14; Ateş, s.96.

¹⁵⁵ Erel, s.9-10; Tekinalp, s.85-86; Ateş, s.106-107; Gökyayla, s.125-126.

hakları kapsamında nitelendirilemeyeceği gerekçeleriyle eleştirilmiştir. Bununla birlikte gerek ulusal kanunlarda, gerek Bern Sözleşmesi gibi uluslararası düzenlemelerde kabul edilen eser üzerindeki manevi hakların gelişimine katkıda bulunmuştur¹⁵⁶.

Her iki teorinin de fikrî hakların hukuki niteliğini açıklamada yetersiz kalması üzerine, iki teorinin de görüşlerini kapsayan *sui generis* bir teori ileri sürülmüştür. Bu teori eser üzerindeki hakkın insanın dışında gayri maddi bir mal üzerinde olduğunu dolayısıyla koruma konusunun şahsiyetten ve mülkiyetin konusu olan eşyadan ayrı olan bu mal olduğunu savunmuştur. Bu teoriyi benimseyenler arasında da monist ve düalist olmak üzere bir ayrım gerçekleşmiştir¹⁵⁷. Düalist teoriyi savunanlara göre, eser sahibinin, eser üzerinde mali ve manevi olmak üzere iki ayrı tür hakkı bulunmaktadır. Bu teori, eserin bir bütün olduğu ve bu iki hakkın birbiriyle bağlantılı olduğu gerekçeleri ileri sürülerek eleştirilmektedir. Monist teori ise, fikrî hakkın iki ayrı tür hakkın toplamından oluştuğunu kabul etmemekte, tek bir mutlak hak olduğunu ve eser üzerindeki mali ve manevi hakkın ise bu tek hakkın unsurları olduğunu savunmaktadır¹⁵⁸. *Sui generis* teorinin her iki yaklaşımı da ulusal kanunlarda benimsenmiştir. Düalist teorinin Fransız Fikrî Mülkiyet Kanunu'nda, monist teorinin ise Alman Fikrî Haklar Kanunu'nda etkilerini görmek mümkündür. Her iki teori de eser üzerinde mali ve manevi hak olduğunu savunmakla birlikte, iki teori arasındaki farklılık kendisini hakların devrinde göstermektedir. Alman Fikrî Haklar Kanunu'na göre, fikrî haklar mali ve manevi unsuru olan tek bir hak olduğundan, fikrî hak sahipliği değil, sadece eserin münhasır veya sınırlı bir

¹⁵⁶ Tekinalp, s.86-87; Ateş, s.107-108; Gökyayla, s.127-128.

¹⁵⁷ Tekinalp, s.88-89; Ateş, s.106.

¹⁵⁸ Goldstein, s.9; Tekinalp, s.88-89; Ateş, s.108-109; Gökyayla, s.129-130.

kullanımı devredilebilmektedir. Manevi hakların devredilmezliği ilkesi, fikrî hak sahipliğinin devrine engel olmaktadır. Düalist teorinin hakim olduğu Fransız hukukunda ise her ne kadar mali ve manevi haklar iç içe geçmiş görünse de iki ayrı çeşit himayenin konusunu oluşturduğundan, maddi unsurların üçüncü kişilere devredilmesi mümkündür¹⁵⁹.

B) FIKRÎ HAKKIN ESER SAHİBİNE VERDİĞİ YETKİLER

Yukarıda da değinildiği üzere, Kıta Avrupası hukuk düzenlerindeki ulusal kanunlarda, fikrî hakkın niteliğini açıklayan teorilerden düalist ve monist teori etkili olmuştur. Her iki teoride fikrî hak kapsamı içerisinde mali ve manevi hakkı kabul etmektedir¹⁶⁰. *Common law* ülkelerinde ise Kıta Avrupası ülkelerinden daha farklı bir yaklaşım izlendiği görölmektedir. Her iki hukuk düzeni arasındaki farklılık, fikrî hakların tarihi gelişiminden kaynaklanmaktadır. Her ne kadar her iki hukuk düzeninde de tabiî hukuk öğretisinin etkileri görölse de, Kıta Avrupası hukuk düzenlerinde bu etki daha fazla olmuş hatta ulusal kanunlar bu öğreti temel alınarak hazırlanmıştır. Nitekim bu teori eser sahibi ve eser arasında eserin yaratımıyla doğan doğal bir bağ olduğunu kabul etmekte ve düzenlemelerin merkezine eser sahibini koymaktadır. Bu durum terminolojide de kendisini göstermekte ve fikrî haklar, Kıta Avrupası ülkelerinde “eser sahibinin hakkı” olarak ifade edilmektedir¹⁶¹. *Common law* hukuk düzeninde ise eserin kullanım değerin korunması amaçlanmıştır. Bu nedenle de yasal düzenlemelerde eseri meydana getiren kişi değöl, eser üzerindeki

¹⁵⁹ Cornish/Llewelyn, s.452-453; Goldstein, s.9; Tekinalp, s.88-89; Ateş, s.110; Gökyayla, s.129-130.

¹⁶⁰ Cornish/Llewelyn, s.452-453; Goldstein, s.9; Tekinalp, s.88-89; Ateş, s.108-109; Gökyayla, s.129-130.

¹⁶¹ Gingsburg, J.: “A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America”, Tul.L.Rev., C.64, Y.1989-1990, s.992 (copyright).

hakları kullanma yetkisine sahip kişi esas alınmıştır. Bu durum *common law* hukuk düzenini benimseyen ülkelerde “*copyright*” terimiyle kendisini göstermektedir¹⁶². Söz konusu ülkelerde mali ve manevi hak ayrımı yapılmadan eser üzerindeki hakları kullanmaya yetkili kişiye kazuistik bir düzenleme ile inhisarî haklar tanınmıştır¹⁶³.

Eser sahibine, eserinden iktisaden yararlanma yetkisini veren haklar mali haklar olarak adlandırılmaktadır. Kıta Avrupası ülkelerinde ekonomik veya mali haklar terimi kullanılırken, *common law* hukuk düzeninde eser sahibinin inhisari hakları teriminin kullanıldığı görülmektedir. Kökeni imtiyaz sistemine dayanan mali haklar, bir taraftan eser sahibine eserini dilediği gibi değerlendirme konusunda inhisari bir takım yetkiler verirken, diğer taraftan üçüncü kişilerin eserinden faydalanmalarını engelleme yetkisi vermektedir¹⁶⁴. Her ne kadar mali hakları içeren yetkiler konusunda ulusal kanunlarda kimi farklılıklar görülsede, bazı yetkiler konusunda gerek ulusal gerekse uluslararası düzenlemelerde yeknesaklık olduğu görülmektedir¹⁶⁵.

Mali haklar; Bern Sözleşmesi’nde çeşitli yetkilerden oluşan haklar listesi halinde, Amerikan Telif Hakları ve İngiliz Fikrî Haklar Kanunu’nda eser sahibinin hakları başlığı altında, Fransız ve Alman Fikrî Haklar Kanunları’nda, maddi format içerisinde kullanılabilen ve kullanılamayan mali yetkiler olmak üzere iki ayrı bölümde, Türk hukukunda ise her bir yetki ayrı ayrı maddelerde düzenlenmiştir.

¹⁶²Gingsburg, s.993 (copyright); Phillips/Firth, s.128; Applebaum, J.R.: “*The Visual Artists Rights Act of 1990: An Analysis Based on the French Droit Moral*”, Am.U.J.Int’l.L.&Pol’y, C.8, Y.1992, s.197; Ateş, s.121.

¹⁶³ Ateş, s.121.

¹⁶⁴ Beşiroğlu, s.227-228; Phillips/Firth, s.175; Ateş, s.159; Gökyayla, s.160.

¹⁶⁵ Ateş, s.159.

Genel olarak bu haklar; çoğaltma hakkı, yayma hakkı, işleme hakkı, kiralama ve ödünç verme hakkı, temsil hakkı, eseri kamuya iletme hakkıdır¹⁶⁶.

Eser sahibi ile eser arasındaki kişisel bağlantıyı ifade etmek için kullanılan ve amacı eser sahibinin kişiliğini korumak olan manevi haklar, mali haklardan sonraki bir dönemde Fransız mahkeme kararlarıyla kabul görmüş ve diğer Kıta Avrupası ülkelerini de kısa bir süre içinde etkisi altına almıştır. *Common law* ülkelerinde ise manevi haklar uzun süreli tartışmalar sonucunda kabul edilmiştir. Her iki hukuk düzeni arasındaki bu farklılık ve konuya ilişkin tartışmalar uluslararası düzenlemelerde de kendisini göstermiştir. Kıta Avrupası ülkelerinin etkisiyle ilk defa 1928 tarihli Roma Konvansiyonu ile Bern Sözleşmesi'ne dahil edilmiş ve Stockholm revizyonu ile son haline ulaşmıştır¹⁶⁷. TRIPS Anlaşması'nda taraf devletlere Bern Sözleşmesi'nin ilk 21 maddesine uyma yükümlülüğü getirilmekle birlikte taraf devletlerin hak ve yükümlülüklerinin düzenlendiği 9. maddede, mükerrer 6. maddeye ilişkin bir istisna getirilmiştir¹⁶⁸. İngiliz hukukunda 1988 tarihli kanunla tanınan manevi hakların Amerikan hukukunda tanınması ise yine aynı yıl Amerika'nın Bern Sözleşmesi'ne taraf olmasıyla mümkün olmuştur¹⁶⁹. Manevi hakların eser sahibine tanıdığı bazı yetkiler üzerinde kısmen uzlaşılsa da, ulusal kanunların bu konuya

¹⁶⁶ Öztrak, s.54; Beşiroğlu, s.227-228; Tekinalp, s.166-167; Phillips/Firth, s.175; Ateş, s.159; Gökyayla, s.160; Carey/Verow, s.23.

¹⁶⁷ Bently, L./Sherman, B.: *Intellectual Property Law*, New York 2001, s.234; Karakis, B.: "Moral Rights: French, United States, and Soviet Compliance with Article 6 bis of the Berne Convention", *Touro Int'l L.Rev.*, C.5, Y.1994, s.106-107.

¹⁶⁸ Bently/Sherman, s.233; Austin, G.W.: "The Berne Convention as a Canon of Construction: Moral Rights after *Dascar*", *N.Y.U. Ann. Surv. Am. L.*, C.61, Y.2002-2003, s.116; Killian, M.: "A *Hallow Victory for the Common Law? TRIPs and the Moral Rights Exclusion*", *J.M.Rev.Intl.Prop.L.*, C.2, Y.2003, s.321.

¹⁶⁹ Applebaum, s.184

ilişkin düzenlemelerinde farklılıklar bulunmaktadır. Bern Sözleşmesi mükerrer 6. maddesine göre; eser sahibi, mali haklardan bağımsız olarak ve bu hakların devrinden sonra dahi eser üzerinde eser sahipliğini dermeyeran etmek ve eserinin her türlü tahrifine, bozulmasına ve diğer değişikliklere ya da şeref ve şöhretine zarar verebilecek her türlü küçük düşürücü fillere karşı koymak hakkına sahiptir. Manevi hakların minimum standardı olarak kabul edilen ve üzerinde uzlaşılan haklar eser sahipliğinin tanınmasını isteme ve eserin bütünlüğünün korunması hakkıdır¹⁷⁰.

Amerikan doktrininden birçok yazar, Bern Sözleşmesi'ne taraf olunmadan önce çeşitli federal ve federe kanunlarla, eser sahiplerine manevi haklarla tanınan yetkilerin verildiğini, hatta Kıta Avrupası ülkelerinde sağlanan korumaya eş değer bir koruma sağlandığını belirtmişlerdir. Bazı yazarlar eser sahipliğinin tanınmasını isteme hakkının *Lanham* Kanunu'nun 43. maddesiyle rekabet hukuku hükümleriyle düzenlendiğini, bazı yazarlar ise söz konusu iki hakkın rekabet hukuku, kişilik haklarına saldırı, sözleşme hukuku teorileriyle tanındığını savunmuşlar ve özellikle sözleşme hukuku teorisi olmak üzere bu teorilerin eser sahiplerine yeterli koruma sağlamadığını belirtmişlerdir. Bern Sözleşmesi'ne taraf olunduktan sonra ise Amerikan Telif Hakkı Kanunu'nda bir değişiklik yapılmamış ve aynı yıl çıkartılan Bern Sözleşmesi Uygulama Kanunu ile söz konusu teoriler yeterli görülmüştür¹⁷¹. 1990 tarihinde çıkartılan "Görsel Sanatçıların Hakları Kanunu" ile Telif Hakkı Kanunu'na yeni bir madde eklenmiş ve bu maddeyle Bern Sözleşmesi'nden farklı

¹⁷⁰ Ateş, s.128; Karakis, s.120; Austin, s.116; Dworkin, G.: *"The Moral Right of the Author: Moral Rights and the Common Law Countries"*, Columb-V.L.A.J.L.&Arts, C.19, Y.1994-1995, s.239.

¹⁷¹ Karakis, s.121-126; Austin, s.116-117; Applebaum, s.198-199; Killian, s.326; Dworkin, s.235-236.

olarak sadece görsel sanat eserleri¹⁷² sahiplerine, söz konusu haklar tanınmıştır¹⁷³. Kimi yazarlar bu kanunu manevi hakların Amerikan hukukunda daha kapsamlı korunmasına ilişkin bir adım olarak değerlendirirken, kimi yazarlar ise bu kanunun manevi hakları sınırlandırdığını düşünmektedirler¹⁷⁴. Sanat eserleri dışındaki eserlerde olduğu gibi müzik eseri sahiplerinin manevi hakları ise yukarıda değinilen teoriler kapsamında korunmaktadır¹⁷⁵.

İngiliz hukukunda 1988 tarihli kanundan önce “manevi haklar” kavramı tanınmamakla birlikte dolaylı yollardan ve bazı hükümlerle ancak çoğunlukla sözleşmelerle eser sahibinin hakları korunmaktaydı¹⁷⁶. 1988 tarihli kanunda eser sahibine eser sahibi veya direktör olarak tanınma, küçük düşürücü fiillere karşı koyma, yanlış bir şekilde eser sahibi olarak tanıtılmama haklarıyla belirli fotoğraflar ve filmler bakımından mahremiyet hakkı tanınmıştır. Manevi haklara getirilen sınırlandırmalar ve formaliteler¹⁷⁷ nedeniyle, kanunun Bern Sözleşmesi’ne tam anlamıyla uymadığı da ileri sürülmektedir. Bazı yazarlar, bu hakların İngiliz hukuku bakımından yeni olduğunu ve Kıta Avrupası ülkelerinde olduğu gibi mahkeme kararlarıyla geliştirileceğini belirtmektedirler. Diğer birtakım yazarlar ise manevi

¹⁷² Görsel sanat eserleri 101(A) maddesinde; birbirini izleyen, 200 veya daha az baskı ile sınırlanmış, boyanmış resim, çizimler, taşbasmaları resim ve heykeller ve sergileme amacıyla çekilmiş fotoğraflar olarak tanımlanmaktadır.

¹⁷³ Kanunun Bern Sözleşmesi ile farklılıklarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Karakis, s.126-128; Applebaum, s.201-208; Killian, s.326-327.

¹⁷⁴ Karakis, s.129; Applebaum, s.201; Dworkin, s.241.

¹⁷⁵ Karakis, s.136; Austin, s.128; Applebaum, s.204.

¹⁷⁶ Dworkin, s.232-233.

¹⁷⁷ Bilgisayar programları sahipleri ve işçiler bakımından bu hakların uygulanmaması kanunda düzenlenen sınırlamalara örnek teşkil etmektedir. Ayrıca eser sahibi olarak tanınma hakkının kullanılabilmesi için eser sahipliği iddiasını ileri sürme ön şartının çeşitli formalitelerle zorlaştırılması da eleştirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Dworkin, s.252-255; Bently/Sherman, s.241-246.

hakların Kıta Avrupası hukuk düzenine ait olması, kamu menfaati karşısında bireysel menfaati öne çıkarması gibi düşünceler ileri sürerek İngiliz hukukuna iktibasının mümkün olmadığını ifade etmektedirler¹⁷⁸.

Fransız, Alman ve Türk hukukları ele alındığında manevi hakların çok daha kapsamlı olduğu görülmektedir. Nitekim Fransa, Almanya ve Türk hukuklarında eser sahipliğinin tanınması ve eserin bütünlüğünün korunması hakları dışında; eseri kamuya sunma ve eseri kamuya sunmaktan vazgeçme hakkı tanınmıştır. Her ne kadar Alman Fikrî Haklar Kanunu'nda cayma hakkı manevi haklar başlığı altında yer almasa da eser sahibine bu hak tanınmıştır. Kamuya sunma hakkı, eser sahibine eserinin kamuya sunup sunmama ve eğer sunacaksa ne zaman ve nasıl sunacağına karar verme ve eseri kamuya sunmaktan vazgeçme yetkisi içermektedir. Kamuya sunmaktan vazgeçme yetkisi ancak eser sahibinin mali haklarını üçüncü bir kişiye devretmesinden sonra söz konusu olmaktadır. Eser sahibinin söz konusu hakkı kullanması durumunda üçüncü kişinin zararını karşılamakla yükümlüdür¹⁷⁹. 5846 sayılı FSEK'de manevi haklar arasında eser sahibi ile eseri elinde bulunduran kişi arasındaki ilişki başlığı altında eserin aslına erişim hakkı düzenlenmiştir. FSEK dışında sadece Avusturya Fikrî Haklar Kanunu'nda manevi haklar başlığı altında düzenlenen bu hak, eser sahibinin, kanunun öngördüğü koşullar çerçevesinde eserin malikinden eserin aslını geçici bir süre için isteyebilmesidir. Alman Fikrî Haklar Kanunu'nda ise bu hak "Eser Sahibinin Diğer Hakları" başlığı altında düzenlenmiş

¹⁷⁸ Bently/Sherman, s.234-236; Dworkin, s.257-258.

¹⁷⁹ Beşiroğlu, s.212-217; Ateş, s.132-137; Karakis, s.113-115.

ancak mahkeme kararlarıyla bu hak ile manevi haklar arasında kuvvetli bir ilişki olduğu kabul edilmiştir¹⁸⁰.

Kıta Avrupası ülkeleri ile *common law* ülkeleri arasında manevi haklar konusunda yeknesaklık sağlanamamıştır. Ancak kabul etmek gerekir ki bu hakların Bern Sözleşmesi'ne alınması ve Amerikan ve İngiliz hukuklarındaki düzenlemeler, bu iki hukuk düzenini Kıta Avrupası hukuk düzenine yaklaştırmaktadır.

C) BAĞLANTILI HAKLAR

Teknolojinin ilerlemesi ve eserlerin kaydının mümkün hale gelmesiyle birlikte eser sahiplerinin dışında, eserin geniş kitlelere ulaşmasına aracılık eden kimselerin de korunması zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Bu kimselerin eserlere kendi yaratıcı faaliyetlerini katmamaları nedeniyle eser sahibi olarak korunmaları mümkün olmamış ve bu sorun Kıta Avrupası ve *common law* ülkeleri tarafından farklı iki yaklaşım benimsenerek çözümlenmiştir. Bu kimselerin hakları Kıta Avrupası ülkelerince komşu haklar veya bağlantılı haklar adı verilen ayrı bir hak kategorisi altında, *common law* ülkelerince ise eser sahipleriyle aynı hükümler çerçevesinde düzenlemiştir¹⁸¹.

Bern Sözleşmesi ve Evrensel Fikrî Haklar Sözleşmesi'nde bu konu ele alınmazken daha önce de belirtildiği üzere Roma Sözleşmesi ve WPPT'de bu konunun ayrıntılı bir şekilde düzenlendiği, TRIPS Anlaşması'nda ise bu konuya değinildiği görülmektedir. Söz konusu uluslararası düzenlemelerle icracı sanatçılara, fonogram yapımcılarına ve yayın kuruluşlarına bir takım haklar verilerek, bu

¹⁸⁰ Öztrak, s.52-53; Beşiroğlu, s.223-224; Tekinalp, s.161-162; Ateş, s.152-154; Gökyayla, s.158-160.

¹⁸¹ Goldstein, s.274; Arkan, s.39.

kimseler koruma altına alınmıştır¹⁸². Ulusal hukuk düzenleri incelendiğinde ise bu konuya ilişkin bir yeknesaklık bulunmadığı görülmektedir Bunun sebebi olarak da bu hukuki kurumun henüz çok yeni olduğu dolayısıyla da tam olarak yerleşmediği ileri sürülmektedir¹⁸³.

Gerek uluslararası düzenlemeler, gerek ulusal düzenlemeler incelendiğinde terim konusunda bir yeknesaklık olmadığı görülmektedir. Türk hukukunda ise tanımların düzenlendiği FSEK md.1/B’de komşu haklar; icracı sanatçıların, fonogram yapımcılarının ve radyo-televizyon kuruluşlarının hakları olarak, bağlantılı haklar ise komşu hak sahipleri ve film yapımcısının hakları olarak tanımlanmaktadır. Nitekim bu hakların düzenlendiği md.80’de de söz konusu ayrımın yapıldığı görülmektedir. Buradan icracı sanatçıların, fonogram yapımcılarının ve radyo-televizyon kuruluşlarının haklarının komşu hak, film yapımcısının hakkının ise bağlantılı hak olduğu anlaşılmaktadır¹⁸⁴. Her iki gruba tanınan hak türünün de aynı olması dolayısıyla düzenlemenin her iki grubu da içine alacak şekilde birleştirilmesi ve üst başlık olarak da komşu haklar veya bağlantılı haklar terimlerinden birinin tercih edilmesi gerekmektedir.

İracı sanatçılar Roma Sözleşmesi md.3’te; edebiyat ve sanat eserini canlandıran, oynayan, söyleyen veya diğer her hangi bir biçimde icra eden aktörler, şarkıcılar, müzisyenler ve dansçılar olarak tanımlanmış ve TRIPS Anlaşması’nda da bu tanım benimsenmiştir. WPPT’nin 2. maddesinde ise verilen icra örneklerine,

¹⁸² Arnold, R.: *Performers’ Rights*, London 2004, s.21; Tekinalp, s.254; Gruenberger, M.: “*a Duty to Protect the Rights of Performers? Constitutional Foundations of an Intellectual Property Right*”, Cardozo Arts&Ent.L.J., C.24, Y.2006-2007, s.627-628; Arkan, s.39.

¹⁸³ Goldstein, s.274; Arkan, s.36-39.

¹⁸⁴ Tekinalp, s.252; Ateş, s.212; Arkan, s.38

yorumlamanın ve edebiyat ve sanat eserlerine folklorun eklendiği görülmektedir. İcracı sanatçının korunabilmesi için Bern Sözleşmesi anlamında bir edebiyat ve sanat eserinin gerçek bir kişi tarafından icra edilmesi gerekirken, bu eserin korunup korunmaması önem arz etmemektedir. Roma Sözleşmesi asgari standart getirmeyi amaçladığından taraf devletlerin kendi ulusal mevzuatlarında Sözleşmedeki düzenlemeden daha geniş bir yaklaşım benimsemeleri mümkündür¹⁸⁵.

Ulusal hukuk düzenleri Roma Sözleşmesi'nin minimum standardını benimsediklerinden icracı sanatçı tanımlarının birbirine oldukça benzediği görülmektedir. İngiliz Fikrî Haklar Kanunu'nda diğer hukuk düzenlerinden farklı olarak icracı sanatçının değil, icra türleri belirtmek suretiyle icranın tanımının yapıldığı, Amerikan Telif Hakkı Kanunu'nda ise açık bir tanımın yapılmadığı görülmektedir.

Her ne kadar tanımlar birbirine benzese de icracı sanatçıların kimler olduğunun yorumlanarak bulunması gerekmekte ve hukuk düzenlerinin bazı kişilerin korunması bakımından farklılık gösterdiği görülmektedir. Orkestra şeflerinin veya koro şeflerinin durumu tartışılmış ve genel olarak onların da icracı sanatçı olarak korunması kabul edilmiştir¹⁸⁶. Ses kaydı yapan ve yayınlanmasını sağlayan tonmaysterler ise elektronik müzik dönemine kadar icracı sanatçı olarak korunmamaktaydılar. Bu dönemden sonra doktrinde en azından müzik kontrol masasının, bestecinin talimatları doğrultusunda müzik aleti olarak kullanılması durumunda bu kişilerin korunması gerekliliği ileri sürülmüştür¹⁸⁷. Bununla birlikte

¹⁸⁵ Goldstein, s.199-200.

¹⁸⁶ Arnold, s.63; Arkan, s.45.

¹⁸⁷ Arnold, s.61; Arkan, s.46.

tonmaysterlerin her koşulda icracı sanatçı olarak korunması gerekliliğini savunan yazarlarda bulunmaktadır¹⁸⁸.

ABD Roma Sözleşmesi'ne taraf değildir ve yukarıda da değinildiği gibi Amerikan Telif Hakları Kanunu'nda bağlantılı haklar veya komşu haklar ayrı bir hak kategorisi olarak düzenlenmemiştir. Amerikan hukukunda bir icranın korunabilmesi için diğer eser türlerinde olduğu gibi tespit edilmesi ve orijinal olması gerekmektedir. Bir sirk performansının sinema filmine veya videoya alınması durumunda bu icra sinema filmi olarak, bir şarkıcının icrasının teybe, CD'ye veya her hangi bir ortama tespit edilmesi durumunda ise bu icra ses kaydı olarak korunacaktır. Tespit edilmeyen icralar ise bu konuya ilişkin federal bir düzenleme olmadığından, ancak eyalet kanunları veya rekabet hukuku hükümleri doğrultusunda koruma altına alınabileceklerdir. Söz konusu düzenleme kimi yazarlar tarafından eleştirilmekte kimi yazarlar tarafından ise mevcut düzenlemenin yeterli olduğu savunulmaktadır¹⁸⁹.

İcracı sanatçıya icrasını tespit hakkı, çoğaltma hakkı, yayma hakkı, kiralama ve ödünç verme hakkı, temsil hakkı, umuma iletim hakkı tanınmıştır. 1996 tarihli WPPT ile ise ilk defa bağlantılı hak sahiplerine manevi haklar tanınmıştır. Buna göre; icracı sanatçıya icra sahibi olarak tanıtılma ve icracının itibarını zedeleyecek şekilde değiştirilmesini yasaklama hakkı verilmiştir¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Arkan, s.46; Baygın, C.: "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na Göre Eser Sahibinin Hakları ile Bağlantılı Haklar", AÜEHFD, C.5, Y.2001, s.300.

¹⁸⁹ Goldstein, s.200; Gruenberg, s. 651-654; Teller, B.: "Toward Beter Protection of Performers in the United States: A Comparative Look at Performers' Rights in the United States, Under the Rome Convention and in France", Colum.J.Transnat'l.L., C.28, Y.1990, s.780.

¹⁹⁰ Goldstein, s.276-278; Tekinalp, s.261; Beşiroğlu, s.373-374; Arkan, s.69-74.

Fonogram yapımcıları bakımından da daha önce değinilen *common law*-Kıta Avrupası ayrımı söz konusudur. Nitekim İngiliz ve Amerikan hukuklarında ses taşıyıcıları eser olarak, onların yapımcıları ise eser sahibi olarak korunmaktadır. Kıta Avrupası hukukunda ise sadece fonogram yapımcılarına bağlantılı haklar çerçevesinde bir takım haklar tanınmıştır. Bazı hukuk düzenleri fonogramı, bazı hukuk düzenleri ise ses taşıyıcısı terimini kullanmaktadır. Fonogramın hem ulusal hem de uluslararası düzenlemelerde genel olarak görsel veya işitsel eserler içerisindeki seslerin tespiti olarak tanımlandığı görülmektedir. Fonogram yapımcısı ise sesleri ilk defa tespit eden gerçek veya tüzel kişidir¹⁹¹. Doktrinde eser niteliği taşımayan seslerin tespiti durumunda fonogram yapımcısının hakkının korunup korunmayacağı tartışmalıdır. Bu konuya ilişkin hakim görüş; tespit edilen seslerin eser niteliği taşımasının bir önemi olmadığıdır. Ulusal düzenlemelerde bu konuya ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, Roma Sözleşmesi'nde fonogram yapımcısının bir icra ürününü veya diğer sesleri ilk defa tespit eden kişi olarak tanımlanmasının bu düşüncede etkili olduğu ileri sürülmektedir¹⁹². Fonogram yapımcılarına genel olarak doğrudan veya dolaylı olarak çoğaltma, yayma, kiralama ve ödünç verme hakkı, temsil ve kamuya iletim hakkı tanınmıştır¹⁹³.

Radyo-televizyon yayın kuruluşları yayın yapan kuruluşlardır. Bu kuruluşların tüm ulusal ve uluslararası hukuk düzenlerinde korunduğu ancak bu düzenlemelerde hangi tür yayınların korunduğu konusunda bir yeknesaklık bulunmadığı görülmektedir. Roma Sözleşmesi ve TRIPS Anlaşması'nda o

¹⁹¹ Goldstein, s.201; Laddie, H./Prescott, P./Vitoria, M./Speck, A./Lane, L.: *The Modern Law of Copyright and Designs*, London 2000, s.354-355; Tekinalp, s.262-263; Arkan, s.134-136.

¹⁹² Arkan, s.138.

¹⁹³ Goldstein, s.278; Beşiroğlu, s.388; Arkan, s.145.

dönemdeki teknolojik gelişmeye paralel olarak sadece kablosuz yayınlar koruma altına alınmıştır. Ancak günümüzde kablolu, kablosuz ve uydu yayınlarının tümü ulusal düzenlemelerle korunmaktadır. Korumanın söz konusu olabilmesi için yayının halka ulaşabilmesi gerekmektedir¹⁹⁴. Radyo ve televizyon kuruluşlarına genel olarak tespit hakkı, çoğaltma hakkı, yayma hakkı, kiralama ve ödünç verme hakkı, temsil hakkı ve kamuya iletim hakkı tanınmıştır¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Goldstein, s.201; Beşiroğlu, s.392-392; Arkan, s.179-182.

¹⁹⁵ Goldstein, s.279; Beşiroğlu, s.398-399; Arkan, s.184.

İKİNCİ BÖLÜM

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA MÜZİK ESERLERİNİN İNTERNET ORTAMINDA KULLANIMI

I. MÜZİK ESERLERİNİ İNTERNET ORTAMINDA KULLANMA YOLLARI

A) GENEL OLARAK

1969 yılında Amerika’da çeşitli askeri araştırmaları desteklemek amacıyla uzaktaki bilgisayarların birbirine bağlanması düşüncesiyle ortaya çıkan internet, bir çok bilgisayar sistemini birbirine bağlayan ve sürekli büyüyen bir iletişim ağıdır. Günümüzde bilgiye kolay, ucuz, hızlı ve güvenli ulaşmanın ve veri paylaşmanın en kolay yolu haline gelmiştir¹⁹⁶.

Müzik eserleri bakımından da durum değişmemektedir, artık çeşitli veri formatlarında ve farklı teknolojiler aracılığıyla internet üzerinden veya internet aracılığıyla müzik eserlerine ulaşılabilir. Müzik dosyaları bilgisayara yüklenebilmekte (*upload*), sunucudan bilgisayarın hard diskine veya herhangi bir belleğe indirilebilir (*download*). Ayrıca kullanıcılar hizmet veren sisteme bağlı kaldıkları sürece “*streaming*” tabanlı teknolojiler aracılığıyla gerçek zamanlı olarak müzik eserlerinden yararlanılabilecekleri gibi eserlere veri paylaşım programları “*peer to peer file sharing (P2P)*” aracılığıyla da ulaşabilmektedirler¹⁹⁷.

Streaming (gerçek zamanlı veri akışı) teknolojisiyle sıkıştırılmış ve dijital formdaki işitsel veya görsel-işitsel dosyaların internete bağlı kullanıcılara iletimi

¹⁹⁶ Ergül, N./Arat, T.: Temel Bilgisayar Teknolojileri Kullanımı ve Bilgisayar Bilimleri, Konya 2004, s.353; Arslantunali, M.: Temel Bilgisayar Eğitimi, İstanbul 2003, s.331-332.

¹⁹⁷ Türkekul, E./Sevim, T.: “İnternet Ortamında Müzik Eserlerinin Kullanımı”, Legal, Y.2005, S.3, s.704-705; Grosheide, W.F.: “*Is the Appropriate EU Legal Framework in Place for Music Online? Part I*”, IIC, C.32, Y.2002, s.595 (Part 1).

sağlanmaktadır. Bu teknolojinin özelliği dosyaların geçici bir süre ile bilgisayarın ön belleğinde (RAM-*Random Access Memory*) saklı tutulması ve iletimin sonunda kullanıcıların, *streaming* yazılımının izin verdiği haller dışında, kalıcı kopya elde edememeleridir. Bu teknoloji aracılığıyla ulaşılan dosyaların ses kalitesi nispeten daha düşük olmakla birlikte Mp3 dosyalarını bilgisayara indirmekten (*downloading*) daha kısa sürmektedir¹⁹⁸.

Önceleri ses dosyaları hem bilgisayarın belleğinde çok yer kaplamaktaydı hem de bilgisayara indirilmesi çok uzun sürmekteydi. Bu sıkıntıları bertaraf etmek amacıyla çeşitli sıkıştırma algoritmaları geliştirilmiştir. En çok kullanılan sıkıştırma algoritması olan Mp3 (*MPEG Audio Layer 3*) ses dosyalarını ses kalitesini korumak şartıyla 1/12 oranında sıkıştırmaya olanak sağlayan bir teknoloji standardıdır. Bu teknoloji sayesinde hem ses dosyalarının hard diskte veya diğer belleklerde daha az yer kaplaması hem de bu dosyaların bilgisayara indirilmesinin daha kolay olması sağlanmıştır¹⁹⁹. *Streaming* teknolojisinden ayrı olarak indirilen veya dönüştürülen bir Mp3 istenildiği zaman internete bağlı olmaksızın dinlenebileceği gibi bilgisayar dışında Mp3 çalarlar aracılığıyla da dinlenebilmektedir²⁰⁰.

Bir ses dosyasının Mp3 formatına dönüştürülmesi için ses CD'lerinin genel olarak "ripper" olarak adlandırılan bir program aracılığıyla "wav" formatına

¹⁹⁸ Maur, R.A.: "Internet Distribution of Music Performances", IBL, C.27, Y.1999, s.165; Krasilovsky, M.W./Shemel, S.: *This Business of Music*, New York 2003, s.401; Balaban, D.: "The Battle of the Music Industry: The Distribution of Audio and Video Works via the Internet, Music and More", Fordham Int'l Prop Med&Ent.L.J., C.12, Y.2001-2002, s.241; Balaban, s.242.

¹⁹⁹ Maur, s.165; Özdilek, A.O.: *İnternet ve Hukuk*, İstanbul 2002, s.83-84; Topaloğlu, M.: *Bilişim Hukuku*, Adana 2005, s.141; Türkekul/Sevim, s.705; Ryan, T.J.: "Infringement Com: RIAA v. Napster and the War Against Online Music Piracy", Ariz.L.Rev., C.44, Y.2002, s.498; Grosheide, s.595 (Part1).

²⁰⁰ Ryan, s.499; Berger, E.: "The Legal Problems of the MP3", *Temple Env'tl.L.&Tech.J.*, C.18, Y.1999-2000, s.2.

dönüştürülmesi ve bunun ardından genel olarak “*Mp3 encoder*” olarak adlandırılan bir programla sıkıştırılması gerekmektedir. Bunun dışında yazılım teknolojilerinin gelişmesiyle CD’leri direkt Mp3’e dönüştüren yazılımlar da bulunmaktadır. Gerek “*ripper*” programları, gerek “*Mp3 encoder*” programları internetten ücretsiz olarak indirilebildiğinden ses dosyalarını Mp3’e dönüştürme işlemi oldukça basittir. Ancak Mp3 dosyalarının da dinlenebilmesi için “*winamp*” gibi ayrı yazılım gerekmektedir ki bu yazılımlar da internetten ücretsiz olarak elde edilebilmektedir²⁰¹.

Mp3 formatına dönüştürme işleminin hukuki niteliğine ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir kısım yazarlar Mp3’lerin işleme eser olduğunu savunurlarken²⁰² bir kısım yazarlar ise bu görüşe karşı çıkmışlardır.

Bir müzik eserinde işlemeyen söz edilebilmesi için asıl esere bağlı kalınarak eserin orijinalinde sunulan estetik bütünlüğüne yeni bir takım özellikler eklenmesi gerekmektedir. Mp3’e dönüştürme işleminde ise eserin orijinali aynen korunmakta, sadece bir takım teknik usul ve programlar kullanılarak dalga boyları ayıklanarak ses dosyası sıkıştırılmakta dolayısıyla insan kulağının algılayamayacağı kadar küçük oranda bir takım farklılıklar söz konusu olmaktadır. Her ne kadar müzik eserinin formatında bir değişiklik olsa da bu değişiklik mekanik vasıtalarla yapıldığından esere herhangi bir unsurun eklenmediği kabul edilmektedir. Dolayısıyla sadece müzik eserinin boyutu değişmektedir. Ayrıca, işleme eserin işleyen kişinin yaratıcı faaliyeti sonucu ortaya çıkması gerekmektedir, başka bir anlatımla işleme eserin

²⁰¹ Maur, s.165; Karasilovsky,/Shenel, s.401; Ryan, s.499; Stokes, S.: *Digital Copyright Law and Practice*, Hampshire 2002, s.135-136.

²⁰² Topaloğlu, M.: “İnternette Fikrî Haklar Sorunları”, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_28.htm (internette fikrî hak sorunları) <22.03.2007>.

özgün veya yaratıcı düşünce ürünü olması gerekmektedir. Mp3’lerde ise bu özellikten de söz etmek mümkün olmadığından, Mp3’lerin işleme eser olarak nitelendirilmeleri haklı olarak eleştirilmektedir²⁰³.

Bir diğer görüş ise Mp3’e dönüştürme işlemini eser üzerinde değişiklik yapılmasını men etme hakkı kapsamında değerlendirmektedir. Manevi haklar arasında yer alan bu hakka göre hiç kimse, eser sahibinin izni olmadan eserde veya eser sahibinin adında değişiklik yapamaz. Bir kısım yazarlar bir müzik eserinin sahibinin izni olmadan Mp3’e dönüştürülmesi durumunda eser sahibinin bu hakkının ihlal edildiğini savunmaktadırlar²⁰⁴. Bu görüş; Mp3’e dönüştürme işleminde eserin boyutunda bir değişiklik yapıldığı ancak içeriğinin aynı kaldığı ve eserin boyutunun değiştirilmesi veya başka bir materyale kaydedilmesinin eserde değişiklik yapma anlamında değerlendirilemeyeceği gerekçeleriyle eleştirilmektedir²⁰⁵.

Müzik eserlerinin internet ortamında kullanılmasını sağlayan bir diğer yol ise internet üzerinden Mp3 değişimini sağlayan veri paylaşım programlarıdır (*file sharing*). Arama motoru ve e-mail fonksiyonlarının birleştirildiği bu programlar merkezi ve merkezi olmayan programlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Merkezi veri paylaşım programlarında bir web sitesinde veri paylaşımını sağlayan bir yazılım bulunur ve kullanıcı siteye üye olarak bu yazılımı kendi bilgisayarına indirir (*download*). Daha önce bu yazılımı indirmiş kimselerin çevrim içi olmaları durumunda onların bilgisayarlarına yüklü Mp3 formatındaki müzik parçaları listesi sunucuda hazır bulundurulmaktadır ve kullanıcının arama yaptığı esere ilişkin tüm

²⁰³ Kendigelen/Bozbel, s.510-511; Özdilek, s.85; Memiş, T.: Fikrî Hukuk Bakımından Müzik Eserlerinin İnternet Ortamında Sunumu, Ankara 2002 (müzik sunumu), s.109; Güneş, İ.: “İnternet Ortamında Fikrî Hak İhlalleri”, LEGAL, C.6, Y.2006, s.321.

²⁰⁴ Özdilek, s.86.

²⁰⁵ Memiş, s.74-75 (müzik sunumu).

bilgiler bilgisayar ekranında görünür. Kullanıcı bir taraftan, yazılımı kullanan diğer kişilerin verilerine ulaşırken, diğer taraftan yazılımı kullanan diğer kişiler de kullanıcının bilgisayarında yüklü Mp3'lere ulaşabilmektedir. Paylaşım, çevrimiçi ortamda Mp3 formatındaki müzik eserini elinde bulunduran kişi ile o bilgiye ulaşmak isteyen kişi arasında gerçekleşir ve karşı taraf dilerse kullanıcının Mp3'ü kopyalamasına izin vermeyebilir. Bu programların en iyi bilinen örneği *Napster*'dir. Merkezi olmayan programlar, merkezi programlardan farklı olarak sadece programa ilişkin bilgi veren çeşitli web sitelerden indirilebilmektedir. Programın, kullanıcının bilgisayarına indirilmesiyle programın indirildiği web sitesiyle kullanıcı arasında bir bağ olmaksızın müzik değişimi yapılabilinmektedir. Dolayısıyla değişim programını yazan ve sunan kişilerin müzik değişiminin içeriğine ilişkin bilgilerinin bulunmamasının yanı sıra söz konusu değişim aracılığıyla telif hakkı ihlalinin gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmeleri veya denetlemeleri oldukça güçtür. Bu programlara da örnek olarak ise *Kazaa*, *Gnutella* ve *Mojo Nation* verilebilir²⁰⁶.

B) MÜZİK ESERLERİNİN İNTERNET ORTAMINDA KULLANIMININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Müzik eserlerinin analog formdan dijital forma dönüştürülmesi ve ilerleyen teknoloji karşısında müzik sektöründe “öde ve seyret”, “öde ve dinle” veya “talep üzerine dinleme” gibi yeni iş modelleri ortaya çıkmıştır. Bunun dışında ses kalitesini düşürmeden ve daha az maliyetle kopyalama yapılması mümkün hale gelmiştir. Tüm bu gelişmeler ise eser sahibine tanınan haklarının tekrar ele alınmasına neden olmuştur. Bu hakların teknolojik gelişmeleri karşılayıp karşılamadığı, bu hakların

²⁰⁶ Memiş, s.46-47 (müzik sunumu); Güneş, s.321; Türkekul/Sevim, s.710-711; Kendigelen/Bozbel, s.498-499.

gözden geçirilmesine gerek olup olmadığı sorunu ortaya çıkmıştır. Sorun özellikle eserlerin internet yoluyla iletiminde kendisini göstermektedir.

1. Çoğaltma Hakkı

Fikrî hakların temelini oluşturan çoğaltma hakkı Bern Sözleşmesi'nin 9. maddesinde düzenlenmiş ve korunan edebiyat ve sanat eserlerinin hangi yöntem veya biçimle olursa olsun çoğaltılmasına izin verme hususunun eser sahibinin inhisari hakkı olduğu belirtilmiştir. “Herhangi yöntem veya biçim” ifadesinin ise mekanik veya manyetik kayıt da dahil olmak üzere her türlü çoğaltmayı içine alacak kadar geniş bir kavram olduğu kabul edilmiştir²⁰⁷. Ulusal kanunlarda da Bern Sözleşmesi'ne benzer ifadeler kullandığı görülmektedir.

Fransız hukukunda çoğaltmanın eserin dolaylı olarak kamuya iletimini sağlayan herhangi bir yöntemle fiziki olarak tespit edilmesiyle oluştuğu belirtilmiştir (L.122-3). Korunan eserlerin internet yoluyla iletimi de çoğaltma hakkı kapsamında ele alınmıştır. Nitekim Fransız mahkemesine konu olan 1996 tarihli *Sardou* davasında, yüksek mahkeme, eserlerin, sahibinin izni olmadan sunucuya yüklenerek kamuya iletilmesinin çoğaltma hakkının ihlali olduğuna karar vermiş ve eserlerin dijitalleştirilmesinin de çoğaltma olduğunu belirterek eser sahibinden izin alınması gerektiği belirtilmiştir. Aynı tarihli *Brel* davasında da mahkeme, *Jacques Brel'in* şarkılarının izinsiz olarak web sitesine yüklenmesiyle, eser sahibinin çoğaltma ve temsil haklarının ihlal edildiği sonucuna varmıştır²⁰⁸.

²⁰⁷ Goldstein, s.249-250; Beşiroğlu, s.231; Ateş, s.169.

²⁰⁸ Gervais, D.J.: “*Transmissions of Music on the Internet: An Analysis of the Copyright Laws of Canada, France, Germany, Japan, the United Kingdom and the United States*”, Vand.J.Transnatl. L., C.34, Y.2001, s.1378 (Internet); Gendreau, Y.: “*The Reproduction Right and the Internet*”, RIDA, C.178, Y.1999, s.25-26; Akipek, Ş./Dardağan, E.: “Sanal Ortamda Telif Hakları”, Batider, C.21, Y.2001, s.57; Kendigelen/Bozbel, s.511.

Alman hukukunda çoğaltma hakkı hangi sayıda ve hangi yöntemle olursa olsun eserin kopyalanması olarak tanımlanmış(UrhG §16) ve bir eserin bilgisayar hafızasına veya sunucuya yüklenmesinin çoğaltma olduğu kabul edilmiştir²⁰⁹. Alman hukukunda eser sahibinin eserinden maddi formatta ve gayri maddi formatta yararlanabileceği belirtilmiş ve çoğaltma hakkı da maddi formatta yararlanılan haklar arasında yer almıştır. Dolayısıyla çoğaltmanın söz konusu olabilmesi için kopyaların fiziki kopya olması gerekmektedir²¹⁰.

İngiliz Fikrî Haklar Kanunu'nda çoğaltma hakkı, herhangi bir maddi formda çoğaltılma olarak düzenlenmiştir. Amerikan hukukunda ise çoğaltmanın kopyalar ve fonogramlar bakımından geçerli olacağı belirtildikten sonra çoğaltma hakkı değil ama kopyanın tanımı yapılmıştır. Amerikan Telif Hakkı Kanunu §106/1'e göre kopya; eserin bugün bilinen veya ilerde geliştirilecek olan herhangi bir yöntemle tespit edildiği ve tespitlerin eserin doğrudan veya bir aygıt yardımıyla algılanabilmesini, çoğaltılabilmesini veya her hangi bir biçimde kamuya iletebilmesini sağlayan maddi nesnelerdir²¹¹.

Görülmektedir ki ulusal hukuk düzenlerine göre çoğaltmanın yöntemi ve biçimi önemli olmamakla birlikte çoğaltma genel olarak fiziki kopyalar bakımından geçerlidir. Başka bir anlatımla eserin sabit bir madde üzerine tespit edilmesi gerekmektedir. İnternet yoluyla iletimin zorunlu bir parçası olarak bilgisayarın ön

²⁰⁹ Gervais, s.1379 (Internet).

²¹⁰ Lewinski, S.: *"The Implementation of the Information Society Directive into German Law"*, RIDA, C.202, Y.2004, s.13-14. Gervais, s.1379 (Internet).

²¹¹ Goldstein, s.250; Gendreau, s.8-9.

belleğinde oluşan ve bilgisayarın kapatılmasıyla yok olan kopyaların durumu ise fikir ve sanat eserleri hukukunda bir sorun yaratmıştır²¹².

WIPO Fikrî Haklar Anlaşması'nın diplomatik konferansında da özellikle geçici kopyalar bakımından çoğaltma hakkının yeniden düzenlenmesine gerek olup olmadığı tartışılmıştır. Anlaşmanın tasarısında çoğaltma hakkının eserlerin hangi yöntem veya biçimde olursa olsun, geçici veya kalıcı olarak, doğrudan veya dolaylı bir şekilde çoğaltılması olduğunu düzenleyen bir madde üzerinde anlaşılmış ancak bu madde görüşmelerin sonunda anlaşma metninden çıkartılmıştır. Bern Sözleşmesi'nin herhangi bir yöntem veya biçim ifadesinin, geçici çoğaltmayı da kapsayacak nitelikte geniş olduğu kabul edilmiştir. Ayrıca eserin elektronik ortamdaki dijital formunun yüklenmesi Bern Sözleşmesi'nin 9. maddesine göre çoğaltma sayılacağı Anlaşmaya ekli bir Mutabakat Zaptına derç edilmiştir. Sonuç itibariyle bilgisayara yükleme, bilgisayara indirme, *caching*, *browse* gibi kaçınılmaz veya tesadüfi kopyaların çoğaltma hakkı kapsamına dahil olduğu kabul edilmiştir²¹³.

2001/29 sayılı ve 22 Mayıs 2001 tarihli Bilgi Toplumunda Eser Sahibinin Hakları ve Bağlantılı Hakların Uyumlaştırılması Hakkında Parlamento ve Konsey Direktifi'nin²¹⁴ WIPO Fikrî Haklar Anlaşması'na uyumlu olduğu görülmektedir. Direktifin 2. maddesinde düzenlenen çoğaltma hakkı; herhangi bir yöntem veya şekilde, tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı olarak, kalıcı veya geçici tüm

²¹² Gendreau, s.10; Tekinalp, s.70; Ateş, s.164.

²¹³ Goldstein, s.251; Ateş, s.168–169; Gendreau, s.19–20; Reinbothe, J./Lewinski, S.: *The WIPO Treaties 1996*, London 2002, s. 37-44; Desurmont, T.: “*The European Community, Authors' Rights and the Information Society*”, RIDA, C.190, Y.2001, s.8; Grosheide, F.W.: “*Is the Appropriate EU Legal Framework in Place or Music Online Part 2*”, IIC, C.33, Y.2002, s.700 (part 2); Hugenholtz, P.B.: “*Caching and the Copyright: The Right of Temporary Copying*”, EIPR, C.22, Y.2000, s.486-487.

²¹⁴ O.J.L-167, 22.06.2001. Bundan sonra Bilgi Toplumu Direktifi olarak anılacaktır.

kopyaları içermektedir. Bununla birlikte Direktifte geçici kopyaların bazı durumlarda çoğaltma olmayacağı, Direktifin tek emredici istisnası olarak düzenlenmiştir. Bu madde ile teknolojik sürece dahil ve sürecin önemli bir parçasını oluşturan, tek başına ekonomik bir değer taşımayan ve tek amacı eserin yasal kullanımı veya üçüncü kişiler arasında aracı olarak network'e iletmek olan geçici veya tesadüfi kopyaların çoğaltma hakkını ihlal etmeyeceği kabul edilmiştir. Ancak teknolojik sürece dahil ve önemli bir parçası olma ve tek başına ekonomik bir değer taşımama ifadelerinin nasıl yorumlanacağının belirsiz olması nedeniyle bu madde eleştirilmektedir²¹⁵.

Direktifin ardından Alman Fikrî Haklar Kanunu'nda yapılan 2003 değişiklikleriyle geçici kopyaların çoğaltma hakkının kapsamında olduğu eklenmiş ve UrhG §44a ile de Direktifteki zorunlu istisna olduğu gibi kabul edilmiştir. Alman hukukunda eserlerin korunması eserin bütününe veya bir parçasını kapsadığından Direktifteki "tamamı veya bir kısmı" ifadesi hükme alınmamıştır²¹⁶. Direktifteki zorunlu istisna Alman hukukunun yanı sıra Fransız ve İngiliz Fikrî Haklar Kanunları'na da alınmıştır.

Her ne kadar Amerikan Telif Hakları Kanunu'nda açıkça geçici kopyaların çoğaltma olduğu belirtilmemişse de mahkeme kararlarıyla bilgisayarın ön belleğinde (RAM) oluşan kopyaların algılanabilir, çoğaltılabilir veya diğer yollarla iletilebilir olduğu gerekçesiyle bu bellekte oluşan geçici kopyaların çoğaltma olduğu kabul

²¹⁵ Hart, M.: "The Copyright in the Information Society Directive: An Overview", EIPR, C.24, Y.2002, s.58-59; Hart, M./Holmes, S.: "Implementation of the Copyright Directive in the United Kingdom", EIPR, C.26, Y.2004, s.254; Hugenholtz, s.486-487; Köhler, C./Burmeister, K.: "Copyright Liability on the Internet Today in Europe (Germany, France, Italy and EU)", EIPR, C.21, Y.1999, s.485.

²¹⁶ Lewinski, s.13-14.

edilmiştir²¹⁷. Nitekim 1995 tarihli Beyaz Rapor'da da korunan eserlerin bilgisayar hafızasına yerleştirilmesinin çoğaltma hakkı ihlali olduğuna ilişkin bir şüphe olmadığı belirtilip, dijital dosyaların bilgisayara yüklenmesi ve indirilmesini, dosyaların bir kullanıcıdan diğerine gönderilmesini ve eserlerin disk, disket, bilgisayarın ön belleğine veya ana belleğine kaydedilmesi gibi eylemlerin çoğaltma olduğu vurgulanmıştır. Bu nedenle de WIPO Fikrî Haklar Anlaşması'nın ardından herhangi bir değişiklik yapılmamıştır²¹⁸.

Türk hukuku incelendiğinde ise 4630 sayılı kanun ile yapılan değişiklikten sonra FSEK md.22'de düzenlenen çoğaltma hakkının Direktifteki tanıma uygun olduğu görülmektedir. Bağlantılı hakların düzenlendiği FSEK md.80'de icracı sanatçıların, fonogram yapımcılarının ve radyo-televizyon kuruluşlarının çoğaltma hakkı olduğu kabul edilmiştir. Ancak söz konusu maddelerdeki çoğaltma hakkı, ne md.22'de olduğu gibi açıkça belirtilmiş ne de bu maddeyle md.22'ye atıfta bulunulmuştur. Ya çoğaltma kavramının FSEK tanımlar bölümünde md.22'ye uygun olarak tanımlanması ya da bağlantılı hak sahiplerinin haklarının düzenlendiği maddelerde çoğaltma hakkının ayrıntılarıyla belirtilmesi gerektiği düşünülmektedir. Bunun yanı sıra md.22 ile geçici kopyaların çoğaltma olduğu kabul edilmiş olmakla birlikte bu konuya ilişkin herhangi bir istisna getirilmemiştir. Bu nedenle de FSEK eleştirilmektedir.

2. Yayma Hakkı

Dijital olarak çoğaltılmış bir müzik eserinin bir web sayfasına veya sunucuya yüklenmesinin yayma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunan

²¹⁷ Espinel, V.: *"The US Recording Industry and Copyright Law: An Overview, Recent Developments and the Impact of Digital Technology"*, EIPR, C.21, Y.1999, s.55; Gendreau, s.15.

²¹⁸ Gingsburg, J.C.: *"Putting Cars on the Informaion Superhighway: Authors, Exploiters and Copyright in the Cyberspace"*, Columb.L.Rev., C.95, Y.1995, s.1476 (cyberspace); Espinel, s.55; Gendreau, s.25-26.

yazarlar olmuştur. Genel olarak yayma hakkı; eserin aslının veya kopyalarının satım, kiralama veya diğer yollarla ticaret konusu yapılmak suretiyle tedavüle sokulması olarak tanımlanabilir. Bern Sözleşmesi'nde yayma hakkına sadece sinematografik uyarlamalar ve sinematografik eserler bakımından değinilmektedir²¹⁹. Ulusal hukuk düzenleri incelendiğinde ise yayma hakkının çoğaltma hakkının aksine sadece birkaç hukuk düzeninde düzenlendiği görülmektedir. Nitekim yayma hakkı; Alman, Amerikan ve Türk hukuklarında ayrı bir mali hak olarak düzenlenirken, Fransız hukukunda hem eseri tedavüle çıkarma tarzını denetleme hem de bundan faydalanma yollarını sınırlama yetkilerini içerdiği kabul edilerek ve gönderme veya tahsis hakkı (*right of destination*) olarak adlandırılarak çoğaltma hakkı kapsamında ele alınmıştır²²⁰. İngiliz hukukunda ise 1988 tarihli kanunla düzenlenen bu hak, yayımlama ve ticari yayım kurumları altında değerlendirilmiştir²²¹.

Müzik eserlerinin bir sunucuya veya web sayfasına yüklenmesi sırasında fiziki kopyalar oluşmamaktadır²²². Eserler sanal ortama yüklenip diğer kişilerin erişimine açıldıktan sonra, eserlerin kullanıcılara ulaşması tesadüflere ve kullanıcıların iradesine tabi olmaktadır. Bunun yanı sıra esere ulaşan kişilerin bunu başkalarına kopyalaması, e-mail veya diğer yollarla göndermesi durumunda tükenme veya ilk satış ilkesi gereği bu kişilerin sorumluluğu doğmamaktadır. Nitekim tükenme veya ilk satış ilkesine göre yayma, eserin ilk kez tedavüle konulmasıyla tükenmektedir. Tüm bu nedenlerle diğer eser kategorilerinde olduğu gibi müzik eserlerinin de internet yoluyla iletiminin yayma hakkı kapsamında değerlendirilmesi

²¹⁹ Goldstein, s.254-255; Tekinalp, s.172-173; Kılıçoğlu, s.243; Ateş, s.170.

²²⁰ Goldstein, s.254; Dardağan, E.: Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara 2000, s.77-78.

²²¹ Goldstein, s.254; Garnet/James/Davies, s.448-449; Ateş, s.170-171.

²²² Gervais, s.1380 (Internet).

haklı olarak eleştirilmektedir²²³. Nitekim Bilgi Toplumu Direktifi'nin 4. maddesinde yaymanın eser sahiplerinin inhisari hakkı olduğu belirtildikten sonra bu hakkın eserin aslına veya maddi formattaki kopyalarına ilişkin olduğu ve çevrimiçi (online) yaymanın veya hizmetlerin bu hakkın kapsamı dışında olduğu açıkça belirtilmiştir²²⁴.

Her ne kadar Amerikan Fikrî Haklar Kanunu'nda eserlerin iletiminin o eserlerin yayılması olup olmadığına ilişkin açık bir düzenleme bulunmasa da dijital iletimi yayma hakkı kapsamında ele alan mahkeme kararları bulunmaktadır²²⁵. Örneğin *Playboy Enterprises Inc. v. Frena* davasında, mahkeme, sahibinin izni alınmadan fotoğrafların bir web sitesine yüklenmesinin eser sahibinin çoğaltma hakkını ihlal ettiği kadar yayma hakkını da ihlal ettiğine karar vermiştir. Hatta Kongre'den geçmeyen Ulusal Bilgi Altyapısı Fikrî Haklar Koruması 1995 tarihli kanun tasarısında yayma hakkının dijital iletimi de kapsayacak şekilde değiştirilmesi önerilmiştir. Her ne kadar kanun Kongre'den geçmemiş olsa da internet yoluyla iletimlerin yayma hakkı kapsamında da değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir²²⁶. 1976 tarihli kanunun WPPT'ye uyarlanması gerekmediği nitekim WPPT'nin 12. maddesinin kayıt yapımcılarına, fonogramların aslını veya nüshalarını satım veya mülkiyetini devredecek diğer herhangi bir şekilde kamuya iletme hakkı verdiği belirtilmektedir. Her ne kadar WPPT'nin Mutabakat Zaptı'nda yayma hakkının uygulanmasının sadece fiziki kopyalar bakımından geçerli olduğu, dolayısıyla internet yoluyla iletimin zorunlu bir parçası olarak bilgisayarın

²²³ Akipek/Dardağan, s.59; Wandtke, A./Schäfer, O.: “*Music on Demand-A New Type of Use on the Internet*”, IIC, C.32, Y.2001, s.291-292; Köhler/Burmeister, s.485.

²²⁴ Hart, s.59.

²²⁵ Espinel, s.56.

²²⁶ Gingsburg, s.1481-1482; Espinel, s.56.

hafızasında oluşan dijital kopyaları içermediği yer olsa da, Amerikan öğretisinde yayma hakkını daha geniş ele aldıkları belirtilmektedir²²⁷.

3. Temsil Hakkı

Temsil hakkı eserlerin gayri maddi formda kamuya iletiminin bir yoludur. Bern Sözleşmesi'nde md.11(ii) ile dramatik olan ve olmayan müzik eseri sahibine, eserlerini hangi yöntemle olursa olsun temsil etme ve ikinci mükerrer md.11 (i-ii) ile ise edebiyat eseri sahiplerine hangi yöntemle olursa olsun eserini topluma anlatma ve anlatılan eserleri topluma iletme hakkı verilmiştir²²⁸. Ulusal hukuk düzenleri irdelendiğinde temsil hakkının düzenlenişinde bir yeknesaklık olmadığı görülmektedir.

Alman hukuku incelendiğinde; eserlerin gayri maddi formda iletilmesi kamuya iletim hakkı başlığı altında düzenlenmiş ve bu hakkın kapsamına giren yetkiler ayrıca belirtilmiştir (UrhG §15/2). Bu maddeyle eser sahibine anlatma, temsil ve teşhir hakkı, ses ve görüntü nakline yarayan araçlarla iletim hakkı, radyo yayınları ile iletim ve kamuya erişimine açma hakkı verilmiştir²²⁹. Fransız hukukunda da temsil hakkı, eserin sabit olmayan bir formatla, herhangi bir şekilde kamuya iletimi olarak tanımlanmış ve bu hakkın içerdiği yetkiler belirtilmiştir (L.122-2). Bu maddeye göre kamuya iletim; eserin anlatımını, söylenmesini, sahnelenmesini ve bunların icra edildikleri yerden başka bir yere iletimini ve telli

²²⁷ Espinel, s.56.

²²⁸ Goldstein, s.262; Beşiroğlu, s.; Ateş, s.179.

²²⁹ Goldstein, s.262; Gervais, s.1379 (Internet); Kılıçoğlu, s.249, Memiş, s.83 (müzik sunumu); Ateş, s.179.

yayınını içermektedir. Telli yayın ise ses, görüntü, doküman, veri ve mesajların telekomünikasyon yöntemleriyle yayımı anlamına gelmektedir²³⁰.

İnternet yoluyla iletim Fransız hukukunda aynı zamanda temsil hakkı kapsamında değerlendirilmiştir. Nitekim iki öğrencinin müzik eserlerini kendi web sitelerine yüklemelerinin ardından bu öğrencilere karşı eser sahibinin hem çoğaltma hakkını hem de temsil hakkını ihlal ettikleri gerekçesiyle dava açılmıştır. Mahkeme her ne kadar eserleri kendi web sitelerine yükleseler de öğrencilerin bu eserleri kamuya iletmeye niyetlerinin bulunduğu gerekçesiyle eser sahibinin temsil hakkını ihlal ettiği yönünde karar vermiştir²³¹.

Türk hukukunda da ise temsil hakkı md.24'te düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; bir eserden umumi mahallerde okumak, çalmak, oynamak, göstermek suretiyle yararlanmak eser sahibinin münhasır hakkıdır. Temsil doğrudan olabileceği gibi ses ve görüntü nakline yarayan araçlarla da olabilmektedir. Ayrıca eser sahibine md.24/2 ile umuma arz edilmek üzere vuku mahalden başka bir yere herhangi bir vasıta ile nakledilmesi konusunda da bir yetki tanınmıştır²³². Temsilin belirli bir yer ve zamanda gerçekleşmesi aranmamakta, farklı kişilere, farklı zamanlarda ve farklı yerlerde iletilmesi yeterli görülmektedir. Bu nedenle de korunan bir eserin sahibinden izinsiz olarak internet ortamında kullanılması temsil hakkının ihlali olarak kabul edilmektedir²³³.

4. Kamuya İletim Hakkı

Bern Sözleşmesi 11 mükerrer (i ve ii) ile eser sahiplerine; eserlerini, radyo ve televizyon ile yayınlanma ya da telsiz olarak işaret, ses ve görüntü nakline yarayan

²³⁰ Goldstein, s.262; Gervais, s. 1375; Ateş, s.179.

²³¹ Gervais, s.1375 (İnternet).

²³² Ateş, s.180-183; Kendigelen/Bozbel, s.515.

²³³ Akipek/Dardağan, s.60; Kendigelen/Bozbel, s.516.

her türlü araç ile topluma sunma ve kablo ile topluma iletme ya da radyo- televizyon yayınlarının ilk kuruluştan başka bir kuruluş tarafından yapılması halinde tekrarlanmasına izin verme hakkı tanınmıştır²³⁴. WIPO Fikrî Haklar Anlaşması'yla, Bern Sözleşmesi'yle tanınan haklar garanti altına alınmış ve teknolojik gelişmeler doğrultusunda gerek eser türleri gerekse de kamuya iletim yöntem ve araçları genişletilmiştir²³⁵. 8. maddede düzenlenen kamuya iletim hakkıyla; Bern Sözleşmesi'nin yukarıda değinilen maddeleri ihlal edilmeksizin eser sahibine eserini kablolu veya kablosuz anlamda kamuya iletmeye hakkının yanı sıra kamu erişimine açma hakkı da verilmiştir. Maddenin ilk kısmı Bern Sözleşmesi ve pek çok ulusal kanundaki düzenlemeleri tamamlayıcı nitelikte, kamu erişimine açma hakkı ise teknolojik gelişmeleri karşılamak amacı taşımaktadır²³⁶. Anlaşmada temsil hakkı, bu hakkın kapsamı dışında tutulmuştur. Buna gerekçe olarak; Bern Sözleşmesi'nde temsil hakkının kamuya iletim hakkı kapsamı dışında tutulduğu ve eğer kapsam dahilinde olsaydı Bern Sözleşmesi'ni ihlal etmeme şartının hiçbir anlam ifade etmeyeceği ileri sürülmüştür. Bern Sözleşmesi'nde düzenlenen kamuya iletim hakkının yayını da kapsadığı görülmektedir. Ancak teknolojik gelişmelere bağlı olarak, yayın çok sınırlı olarak düzenlenmiştir. WIPO Fikrî Haklar Anlaşması md.8'in Bern Sözleşmesi'nde düzenlenmeyen yayınları içerdiği kabul edilmektedir²³⁷.

Kamu erişimine açma hakkıyla, online iletişimin, fiziki nüshaların tedavüle çıkarılmasına ilişkin olan yayma ve kiralama hakkı kapsamında nitelendirilmemesi

²³⁴ Goldstein, pg;264; Beşiroğlu, s.273; Ateş, s.179.

²³⁵ Reinbothe/Lewinski, s.100; Goldstein, s.269; Ateş, s.187.

²³⁶ Goldstein, s.269; Reinbothe/Lewinski, s.108.

²³⁷ Reinbothe/Lewinski, s.105-106.

amaçlanmıştır. Ancak Anlaşma âkit devletlerin iç hukuklarında on-line iletişimi başka bir hak kapsamında değerlendirmelerine engel olmamaktadır. Dolayısıyla taraf devletler bu hakkı *sui generis* olarak düzenleyebileceği gibi diğer hakların örneğin yayma veya çoğaltma hakkının kapsamında da ele alabilirler²³⁸. Avrupa ve Amerika hukuklarının bu konuya yaklaşımları farklıdır. Amerikan Dijital Milenyum Telif Hakları Kanunu ayrıca kamu erişimine açma hakkını içermemekte ve online iletişimleri yayma hakkı kapsamında ele almaktadır²³⁹. Ülkeler ulusal düzenlemelerinde bu hakkı başka bir hak kapsamında değerlendirseler dahi bu hak sadece Anlaşma'nın 10. maddesi uyarınca sınırlandırılabilirler. Bir örnekle açıklanacak olursa eğer bir ülke, eylemi, yayma hakkı kapsamında ele alırsa ilk satış veya tükenme ilkesi uygulanmayacaktır²⁴⁰. Bu hakkın ihlal edilebilmesi için kullanıcıların esere ulaşması gerekmemekte, eserin sunucuya yüklenmesi yeterli görülmektedir. Kullanıcının ulaştığı bir müzik eserini hoparlörle başka bir yere iletmesi veya bir ekrana yansıtması durumunda ise eser sahibinin kamu erişimine açma hakkının değil temsil hakkının ihlal edildiği kabul edilmektedir²⁴¹.

Hakkın ihlal edilmesi için kullanıcıların esere birlikte ve aynı yerde değil bireysel olarak seçtikleri yerde ve zamanda erişimleri yeterli görülmüştür. “*On-Demand*” hizmetler bireysel seçimin en iyi örneğini oluşturmaktadır. Bununla birlikte geleneksel radyo ve televizyon yayınları veya bunların internet üzerinden yayınları, izle ve seyret, izle ve dinle hizmetler ise, kullanıcının yayın zamanını

²³⁸ Reinbothe/Lewinski, s.108; Gendreau, s.60; Desurmont, s.8-9; Grosheide, s. 700 (part2); Weatherall, K.: “*An End to Private Communications in Copyright? The Expansion of Rights to Communicate Works to Public PartI*”, EIPR, C.21, Y.1999, s.343.

²³⁹ Grosheide, s.700; Weatherall, s.347.

²⁴⁰ Reinbothe/Lewinski, s.108; Gendreau, s.60; Desurmont, s.8-9; Grosheide, s. 700 (part2).

²⁴¹ Reinbothe/Lewinski, s.108-109.

tercih edememesi ve programa bağılı olması nedeniyle kamu erişimine açma hakkı kapsamında nitelendirilmemektedir. Telif hakkı ihlal eden bir eserin veya bir eserin sahibinin izni olmadan iletimin ekli dosya veya normal olarak gönderilen elektronik mesajlar veya mail listeleri ile gerçekleşmesi durumunda ise kullanıcıların söz konusu esere kendi tercih ettikleri yerde ve zamanda ulaşmaları nedeniyle eser sahibinin kamu erişimine açma hakkının ihlal edildiği kabul edilmektedir. Aynı durum veri paylaşım programları bakımından da söz konusudur²⁴².

WIPO Fikrî Haklar Anlaşması'na paralel olarak Bilgi Toplumu Direktifi'nin 3. maddesinde eserlerin kamuya iletimi düzenlenmiştir. Burada da amaç eserlerin internet veya yayın aracılığıyla kamuya iletimini düzenlemektir. Direktifte kamu kavramı tanımlanmamış ancak fiziki nüshaların bu hakkın kapsamına girmediği kabul edilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasıyla bu hak; icracı sanatçılar, fonogram ve film yapımcıları bakımından sınırlandırılmış ve bu kişilerin sadece eserlerini kamu erişimine açmaları durumunda hak sahibi olacakları belirtilmiştir²⁴³.

Kamu kavramı ise gerek WIPO Fikrî Haklar Anlaşması'nda, gerek Direktifte tanımlanmayıp, âkit devletlerin iç düzenlemelerine bırakılmıştır. Bununla birlikte Anlaşmanın dibacesinde kamu kavramının dar yorumlanması yasaklanmıştır²⁴⁴. Ulusal hukuk düzenlerinde genellikle “kamu” kavramının tanımlanmadığı görülmekle birlikte kamu kavramı tüm hukuk düzenlerinde sınırlı arkadaş çevresi veya aile efradının dışı olarak kabul edilmektedir.²⁴⁵ Ancak yargı kararlarında gerek aynı hukuk düzeninde, gerek farklı hukuk düzenlerinde bu komuya ilişkin farklı

²⁴² Reinbothe/Lewinski, s.109-110; Maur, s.169.

²⁴³ Hart, s.58; Desurmont, s. 8-9; Wandtke/Schäfer, s.293.

²⁴⁴ Reinbothe/Lewinski, s.111; Weatherall, s.347.

²⁴⁵ Goldstein, s.263; Tekinalp, s.179; Ateş, s.178-179; Weatherall, s.348-349.

sonuçlara varıldığı görülmektedir. Fransız mahkemeleri radyo ve televizyon yayınının otel odalarına iletimi konusunda ikiye ayrılmış, İtalyan Yüksek Mahkemesi sağlık kliniği odasına televizyon programının iletimini kamuya iletim olarak değerlendirmemiş, Federal Alman Mahkemesi ise yayının hastane odalarına yeniden iletiminin telif hakkı ihlali olduğuna karar vermiştir. Amerikan hukukunda kamuya iletimin, eserin kamuya açık olan bir yerde yapılması gerektiği belirtilmiştir. Bu ifadeyle kamuya açık yerden, giriş ücretinin dışında bir sınırlama getirilen veya hiçbir sınırlama olmaksızın herkesin girebildiği yer anlaşılmaktadır. Amerikan mahkemeleri videokaset kiralama mağazasından film kiralayan kişilerin kendi özel kulübelerinde bu filmi seyretmelerinin temsil hakkı ihlali olduğuna karar verirken, otelin kiraladığı VCD'leri ziyaretçilerin kiralayıp odalarında seyretmelerinin, otel odasının kamusal alandan daha özel olduğu gerekçesiyle telif hakkı ihlali oluşturmadığına karar vermiştir²⁴⁶. İngiliz hukukunda ise iletimin kamuya yapıp yapılmadığı hususunda, izleyiciyi oluşturan kimselerin aralarında özel bir bağ bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerekliliği kabul edilmiştir²⁴⁷.

Yukarıda da değinildiği gibi Alman hukukunda eserin gayri maddi formatta iletilmesi tek bir başlık altında ve kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir. Her ne kadar açıkça değinilmese de kamu erişimine açma hakkının da bu kapsama dahil olduğu ileri sürülmüş ve kanunda değişiklik gerekmediği savunulmuştur. Buna rağmen 2002 değişiklikleriyle Direktifteki ifadeler kullanılarak kamu erişimine açma hakkı tanımlanmıştır²⁴⁸. İngiliz ve Fransız hukuklarında da geçici kopyalar bakımından

²⁴⁶ Goldstein, s.264; Ginsburg, s.1480 (cyberspace).

²⁴⁷ Gervais, s.1387 (Internet).

²⁴⁸ Lewinski, s.13-15.

getirilen zorunlu istisna ve kamu erişimine açma hakkı doğrultusunda değişiklikler yapılmıştır²⁴⁹.

Türk hukukunda ise kamuya iletim hakkı FSEK md.25’de işaret, ses ve görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı kenar başlığı altında düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme taraf olunması düşünülen WIPO Fikrî Haklar Anlaşması’na uygun hale getirilmeye çalışılmıştır. Dolayısıyla da Türk hukukunda bir eserin sunucuya veya bilgisayara yüklenmesi ve internet yoluyla iletimi, kamuya iletim hakkının ihlali kapsamında değerlendirilmektedir. Bu açık hükümle zorlama nitelik taşıyan hükümlere ihtiyaç duyulmamaktadır²⁵⁰. Söz konusu maddede bazı eksiklikler olduğu düşünülmektedir. Öncelikle, madde, radyo ve televizyon gibi araçlarla yayın hakkını ve kamuya iletim hakkını içermesine rağmen maddenin başlığı maddenin içeriğine uygun değildir. Nitekim başlık ile temsil hakkının ve bu hakkın birbirinden ayırt edilmesi güçleşmektedir²⁵¹. Özellikle md.25/2’ de telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde dağıtım ve sunumu ifadelerinin gereksiz olduğu düşünülmektedir. Nitekim “sunum” ifadesiyle kablolu veya kablosuz yollarla kamuya iletim anlaşılmakta ancak bu konu birinci fıkrada zaten düzenlenmiştir. Dağıtım ifadesi ise yayma hakkını çağrışmaktadır. İkinci fıkrada kamuya iletim hakkının, yayın hakkının yanı sıra eserin kamuya erişimine açma hakkını da içerdiğinin belirtilmesinin daha doğru bir uygulama olduğu düşünülmektedir. Nitekim böylece maddenin hem WIPO Fikrî Haklar Anlaşması’na hem de Bilgi Toplumu Direktifi’ne tam olarak uyumu sağlanmış olur.

²⁴⁹ Hart/Holmes, s.254.

²⁵⁰ Tekinalp, s.179-180; Ateş, s.193; Kendigelen/Bozbel, s.521-522.

²⁵¹ Kılıçoğlu, s.249; Türkekul, E.: “İnternet Ortamında Fikir ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Sorunlar ve Öneriler”, İnternet ve Hukuk, der.Yeşim Atamer, İstanbul 2004, s.587.

Sonuç itibariyle internet yoluyla iletimde çoğaltma, yayma, temsil ve iletim haklarının ihlali nedeniyle söz konusu fiili yapan kişiye karşı dava açılabilecektir. Ancak Türk hukuku bakımından FSEK md.25/2 ile yayma hakkı kapsam dışında tutulduğundan sadece çoğaltma, temsil ve ses ve görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkının ihlali ileri sürülebilecektir²⁵².

II. MÜZİK ESERİ SAHİPLERİNİN HAKLARININ İNTERNET ORTAMINDA İHLALİNDEN DOĞAN SORUMLULUK

A) GENEL OLARAK SORUMLULUK VE SORUMLULUK TÜRLERİ

Eser sahibine tanınan inhisari hakların izinsiz olarak kullanılması durumunda, eser sahibinin haklarını ihlal eden kişi veya kişilerin sorumluluğu doğmaktadır ve eser sahibine tüm hukuk düzenlerince ihlali durdurmasına, önlemesine ve ihlal dolayısıyla uğradığı zararın tazminine ilişkin dava açma hakkı tanınmıştır. Kıta Avrupası ve *common law* ülkeleri sorumluluk konusuna farklı yaklaşmaktadırlar.

Her iki hukuk düzenine göre telif hakkı ihlallerine sözleşme dışı sorumluluk ilkeleri uygulanmaktadır. Nitekim Avrupa Birliği Parlamentosu ve Konseyi Âkit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Tüzük Önerisi'nin 8. maddesinde de fikrî mülkiyet haklarının ihlali âkit dışı borç ilişkisi olarak nitelendirilmiştir²⁵³. Dolayısıyla ihlal nedeniyle açılan davalarda kusur şartı aranmazken, yine eser sahibine zararını gidermesini sağlamak için tanınan tazminat davalarında kusur şartı aranmaktadır. Kast veya ihmâl şeklinde ortaya çıkacak kusura dayanılmadan tazminat davası açılmamaktadır. İnternet yoluyla iletim sırasında gerçekleşen ihlallerde hafif ihmâl dayanan sorumluluk ile kusursuz sorumluluğun kolay ayırt

²⁵² Erel, s.150; Tekinalp, s.168; Akipek/Dardağan, s.60-61; Kaplan, Y.: İnternet Ortamında Fikrî Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk, Ankara 2004, s.140.

²⁵³ Kaplan, s.157.

edilememesi sorunuyla karşılaşmaktadır. Bu sorun özellikle internet kullanımını sağlayan servis sağlayıcılar bakımından kendisini göstermektedir²⁵⁴.

Common law'da klasik sorumluluk ilkelerinin yeterli olmayacağı kabul edilmiş ve yargı kararlarıyla bu ilkeler geliştirilmiştir. Nitekim Amerikan Telif Hakkı Kanunu'nda sadece doğrudan sorumluluğa yer verilmiş, telif hakkı ihlallerine katılım yoluyla ve başkasının fiilinden dolayı sorumluluğun uygulanması ise yargı kararlarıyla söz konusu olmuştur. Bu ülkelerde doğrudan sorumluluk, katılım yoluyla sorumluluk ve başkasının fiilinden sorumluluk olmak üzere üç tür sorumluluğun düzenlendiği görülmektedir²⁵⁵.

Eser sahibine tanınan inhisari hakların doğrudan ihlal edilmesi durumunda doğrudan sorumluluk doğmaktadır. Çeşitli yargı kararlarında ve doktrinde doğrudan sorumluluğun doğabilmesi için, hukuk düzeni tarafından korunan bir eserin eser sahibinden farklı bir kişi tarafından kopyalanması ve ihlal iddiasında bulunan eser sahibinin iddiasını ispatlaması gerekmektedir. Bununla birlikte davalıya ait herhangi bir ihlal niyetinin ve/veya davalının ihlali bilmesi durumunun ispatlanması aranmamaktadır²⁵⁶.

İkincil nitelikte bir sorumluluk olan katılım yoluyla sorumluluğun doğabilmesi için davalının korunan bir eserin başkası tarafından ihlal edildiğini

²⁵⁴ Juliá-Barceó, R.: “On-Line Intermediary Liability Issues: Comparing EU and US Legal Frameworks”, EIPR, C.22, Y.2000, s.106; Akipek/Dardağan, s.68.

²⁵⁵ McEvedy, V.: “The DMCA and the E-Commerce Directive”, EIPR, C.24, Y.2002, s.65; Akipek/Dardağan, s.69.

²⁵⁶ Burke Sylva, J.: “Digital Delivery and Distribution of Music and Other Media: Recent Trends in Copyright Law; Relevant Technologies and Emerging Business Models, Loy.L.A.Ent.L.Rev., C.20, Y.2000, s.225; Akipek/Dardağan, s.69; Kaplan, s.156.

bilmesi ve ihlal eden kişinin bu yöndeki davranışına sebebiyet vermesi, bu davranışı teşvik etmesi ve fiilen katkıda bulunması gerekmektedir²⁵⁷.

Aslında İngiliz hukukunda işverenin çalıştırdığı işçilerin fillerinden dolayı sorumluluğunu, Amerikan hukukunda ise müteselsil sorumluluğu ifade eden başkasının fiilinden sorumluluğun doğabilmesi için, davalının hem doğrudan ihlalde bulunan kişiyi ve onun davranışlarını denetleme hak ve yetkisinin olması hem de bu ihlalden dolayı doğrudan maddi bir çıkar elde etmesi gerekmektedir²⁵⁸. Amerikan yargı kararlarında başkasının fiilinden sorumluluk kurumunun uygulanmasında iki ayrı yaklaşım benimsenmiştir. İlk yaklaşım söz konusu sorumluluğun kapsamını dar yorumlamaktadır. Denetleme unsurunun gerçekleşmesinin oldukça güç ve pratik olmadığı savunulmuş ve davalının ihlali önlemek için bir şeyler yapabilecek olmasına dayanılarak denetleme yükümlülüğünü yerine getirmediğine karar verilemeyeceği belirtilmiştir. Diğer yaklaşım ise bu tür sorumluluğu oldukça geniş bir biçimde ele almıştır. Nitekim pek çok balo salonu, başkalarına ait müzik eserlerinin söylenmesi veya çalınması durumunda, temsilin içeriğini denetlemedikleri için sorumlu tutulmuştur²⁵⁹. Doğrudan maddi çıkar elde etme unsurunun ise çoğu davada gerçekleştiği görülmektedir. Örneğin bu unsur bilgisayara dosya indirmenin veya bağlantı süresinin ücretlendirmesi durumunda gerçekleşmektedir²⁶⁰.

B) SORUMLULUK SÜJELERİ

İnternet ortamında telif haklarının ihlalinden sorumlu olan kişi tabii ki öncelikle kullanıcıdır. Kullanıcı her somut olay için ayrıca değerlendirilmelidir.

²⁵⁷ Larocque, E.E.: “No Free Music: Effect of A&M Records, Inc v. Napster Inc. on the Music Industry and Internet Copyright Law”, U.Hav.L.Rev., C.23, Y.767, s.770-771; Burke Sylva, s.225; Akipek/Dardağan, s.70; Kaplan, s.156.

²⁵⁸ Strachan, J.: “The Internet of Tomorrow: The New-Old Communications Tool of Control”, EIPR, C.26, Y.2004, s.125; Burke Sylva, s.225; McEvedy, s.65; Akipek/Dardağan, s.71; Laraque, s.772; Kaplan, s.156.

²⁵⁹ Strachan, s.124-125; Burke Sylva, s.225.

²⁶⁰ Burke Sylva, s.226.

Nitekim kullanıcı *Brel* davasında olduğu gibi başkasına ait müzik eserini ondan izin almadan web sitesine yükleyip kamunun erişimine açan kişi veya e-mail yoluyla başkalarına gönderen kişi olabileceği gibi bir web sitesinden başkasına ait bir müzik eserini bilgisayarına indiren kişi de olabilmektedir.

Kullanıcılar internete ancak servis sağlayıcılar aracılığıyla bağlanabilmektedir. Bu nedenle de telif hakkı ihlallerinde kullanıcıların yanı sıra servis sağlayıcılarının da sorumlu olup olmayacağı hususu gündeme gelmiştir. Her ne kadar kimi yazarlar aksini ileri sürseler de gerek *common law*, gerek Kıta Avrupası ülkeleri internet ortamındaki telif hakkı ihlallerinden dolayı servis sağlayıcılarının da sorumluluğunun doğacağını kabul etmişlerdir²⁶¹.

Servis sağlayıcılarının sorumluluğu kabul edilmekle birlikte sorumluluğun türü bakımından bir yeknesaklık olmadığı görülmektedir. ABD’de konuya ilişkin farklı yargı kararları bulunmaktadır. *Playboy Enter. I v. Frena* davasında mahkeme oldukça katı bir yaklaşım benimseyerek *Frena*’yı, işlettiği bilgisayarlı bilgi sistemine²⁶² bilgisi dışında fotoğraflar aktarılması nedeniyle, aktarımın eser sahibinin dışında gerçekleştiğini öğrendikten sonra fotoğrafları kaldırmasına rağmen, doğrudan sorumlu bulmuştur. *Sega Enterprises v. MAPHIA* davasında ise *Sega*, kullanıcıların, eser sahibinin kendisi olduğu video oyunlarını BBS’ye yüklemelerine ve kendi bilgisayarlarına indirmelerine izin verdiği ve video oyununun yasa dışı kopyalanmasını sağlayan bir araç sattığı iddiasıyla *MAPHIA*’ya karşı açtığı davada mahkeme, *MAPHIA*’yı katılım yoluyla sorumlu tutmuştur. Gerekçe olarak da

²⁶¹ Akipek/Dardağan, s.64.

²⁶² İngilizcesi *Bulletin Board System* olan telefonla, modem üzerinden bağlantı kurularak erişim sağlanan ve başka kullanıcılara mesaj bırakmanın, BBS’nin dahil olduğu mesajlaşma ağlarından mesaj okumanın, dosya transferi yapmanın veya oyun oynamanın mümkün olduğu sistemlerdir. Bundan sonra BBS olarak anılacaktır.

MAPHIA'nın kullanıcıların oyunları kopyaladığını bildiğini, kullanıcıları oyunları yüklemeleri için teşvik ettiğini, bu nedenle de ihlal teşkil eden fiile katkıda bulunduğunu ve fiilin gerçekleşmesine sebebiyet verdiğini ve indirilebilecek olan *Sega* oyunlarına kolayca ulaşılabilmesi için bir site haritası bulundurduğunu göstermiştir²⁶³. *Religious Technology Center v. Netcom* davasında, tarikatın eski üyelerinden birinin tarikatın kurucularından birine ait eserleri, Netcom aracılığıyla hizmete giren bir BBS'ye yüklemesinin üzerine; eser sahibi, yüklemeyi yapan kişiyi, BBS operatörünü ve Netcom'u uyarmasına rağmen eserler erişimden kaldırılmadığı için bu kişilere dava açmıştır. Mahkeme Netcom'un başkasının fiilinden dolayı sorumlu olup olmadığını ayrıntılarıyla incelemiş ve kopyalama eylemini doğrudan başlatmadığı için sorumlu olmadığına karar vermiştir²⁶⁴. Bu konuya ilişkin yargı kararlarının farklılığı ve verilen kararların kimi zaman uygulanmasının güçlüğü nedeniyle, hem eser sahiplerinin hem de servis sağlayıcıların menfaatlerini dengelemek amacıyla 1998 tarihli Dijital Milenyum Telif Hakkı Kanunu²⁶⁵,nda servis sağlayıcıların sorumluluğu düzenlenmiş ve belli koşullar altında sınırlandırılmıştır.

Kıta Avrupası ülkelerindeki gelişim Amerikan hukukuna benzer bir biçimde gerçekleşmiştir. Almanya'da ve İsveç'te konuya ilişkin ulusal düzenleme bulunmakla birlikte diğer ülkelerde böyle bir düzenlemenin bulunmadığı, yargı kararlarının ise birbirinden farklı olduğu görülmektedir. Almanya'da 1997 yılında Bilgi ve Komünikasyon Hizmetleri Kanunu'nu ile birleştirilen *Teledienstgesetz*²⁶⁶

²⁶³ Juliá-Barceó, s.106; Strowel, s.153-155; Akipek/Dardağan, s.70.

²⁶⁴ Juliá-Barceó, s.106; Strachan, s.124-125; Akipek/Dardağan, s.65-66.

²⁶⁵ Bundan sonra DMCA olarak anılacaktır.

²⁶⁶ Bundan sonra TDG olarak anılacaktır.

çıkartılmıştır. Servis sağlayıcılarının sorumluluğunu düzenleyen ve uygulama alanı sadece fikrî haklar olmayan bu kanun 2000/31 sayılı ve 08 Haziran 2000 tarihli İç Pazarda Bilgi Toplumu Hizmetlerinin Özellikle Elektronik Ticaret'in Hukuki Yönleri'ne İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi²⁶⁷, ne de esin kaynağı olmuştur. Fransız mahkemeleri yer sağlayıcıları, yazı işleri müdürü olarak nitelendirmiş ve bu doktrinde eleştiriye uğramıştır²⁶⁸. *Hallyday* isimli bir sanatçı fotoğraflarının kendisinin izini olmadan, yer ve erişim sağlayıcısının *Lacambre* olduğu bir sitede yayınlanmasından dolayı açtığı davada Paris Yüksek Mahkemesi, yer sağlayıcı *Lacambre*'yi, sunucusunda depolanan bilgileri denetlemediği için sorumlu bulmuştur²⁶⁹. Hollanda'da verilen bir mahkeme kararında, yer sağlayıcılarının sadece kamuya iletim imkanı tanıdıklarını ve onlar aracılığıyla internete erişenler üzerinde bir etkilerinin olamayacağı belirtilmiştir. Fransa'da ise bir başka mahkeme kararında benzer nedenlerle erişim sağlayıcılar bakımından böylesi bir kontrolün teknik açıdan mümkün olmadığı ileri sürülmüştür²⁷⁰.

DMCA'da ve Elektronik Ticaret Direktifi'nde basit iletimler, *caching* ve yer sağlayıcılarının sorumlulukları benzer hükümlerle sınırlandırılmıştır²⁷¹. Servis sağlayıcılarına yayınladıkları bilgiyi denetlemeleri veya hukuka aykırılığa işaret edebilecek maddi vakıa ve durumları araştırma yükümlülüğü verilip verilmemesi konusu tartışılmış ve her iki metinde de servis sağlayıcılara böyle bir yükümlülüğün

²⁶⁷ O.JL-178, 17.07.2000. Bundan sonra Elektronik Ticaret Direktifi olarak anılacaktır.

²⁶⁸ Juliá-Barceó, s.106-107; Strowel, A.: "*The Liability of Online Service Providers: Recent Developments in Europe and United States*", Perspectives on Intellectual Property, London 2003, s.139; Strowel, s.141.

²⁶⁹ Juliá-Barceó, s.106-107; Akipek/Dardağan, s.65.

²⁷⁰ Juliá-Barceó, s.106-107.

²⁷¹ Band, J.: "*The Digital Millennium Copyright Act: A Balanced Result*", EIPR, C.21, Y.1999, s.93; Juliá-Barceló, s.106; Strowel, s.141.

verilemeyeceği kararlaştırılmıştır²⁷². Servis sağlayıcısının faaliyetleri DMCA’da veya Direktifte düzenlenen faaliyetlerdense, öngörülen koşulların gerçekleşmesi durumunda servis sağlayıcı filllerinden dolayı sorumlu tutulmayacaktır. Ancak somut olayda öngörülen koşulların gerçekleşmemesi her zaman servis sağlayıcının sorumlu olduğu anlamına gelmemektedir. Nitekim servis sağlayıcılar hem fikrî haklar mevzuatında öngörülen hem de genel sorumluluk ilkelerine getirilen sınırlandırmaları her zaman ileri sürebilecektir. Bir örnekle açıklamak gerekirse servis sağlayıcı her iki koşulda da kendi fiilinin kişisel kullanım olduğunu iddia edebilecektir²⁷³.

Direktif, DMCA’nın aksine sadece internet ortamındaki telif hakları ihlallerinden doğan değil tüm hukuka aykırılıklardan doğan hukuk ve ceza davalarında uygulanmaktadır²⁷⁴. Ayrıca Direktif ile getirilen yeni düzenlemelerden dolayı servis sağlayıcılarının hak kaybına uğratılmaması amacıyla Bilgi Toplumu Direktifi’nin Elektronik Ticaret Direktifi’nden önce yürürlüğe girmemesi kararlaştırılmıştır²⁷⁵.

Direktifin basit iletim faaliyetleri başlıklı 12. maddesinde, veri aktarımını ve network’e erişimi sağlayan servis sağlayıcılarının sorumluluğu sınırlandırılmıştır. Servis sağlayıcılarının sorumluluktan kurtulabilmesi için aktarımı başlatmamaları, alıcıları ve verinin içeriğini seçmemeleri ve verileri değiştirmemeleri gerekmektedir. Ayrıca bu maddede sınırlamaların otomatik, geçici iletimler bakımından da geçerli

²⁷² Lodder, A.R.: *E-Directives: Guide to European Union Law on E-Commerce*, The Hague 2002, s.89; McEvedy, s.69; Juliá-Barceló, s.107; Strachan, s.127; Kendigelen/Bozbel, s.529; Türkekul, s.591.

²⁷³ Strowel, s.144; Juliá-Barceló, s.109.

²⁷⁴ McEvedy, s.69; Juliá-Barceló, s.108; Strowel, s.147; Strachan, s.130.

²⁷⁵ Strowel, s.151.

olduğu belirtilmiştir. Ancak bu tür iletimlerin sadece veri aktarımı amacı taşımaları ve veri aktarımının gereğinden fazla süre ile depolanmamaları gerekmektedir²⁷⁶.

Direktifin *caching* faaliyetleri başlığını taşıyan 13. maddesinde ise verilerin network'e aktarılması sırasında, aktarımın verimliliğini ve hızını arttırmak amacıyla verilerin kaydedilmesi faaliyetleri düzenlenmiştir. İnternetin en önemli fonksiyonlarından biri olan *caching* faaliyetlerinden, sadece verilerin alıcılara daha etkin bir biçimde aktarımını sağlamak için verileri kısa süreli ve otomatik kaydeden faaliyetler muafiyet kapsamına alınmıştır. Bu faaliyetleri yürüten servis sağlayıcılarının söz konusu muafiyetten yararlanabilmeleri için, aktardıkları verileri değiştirmemeleri, verinin kaldırıldığını, veriye erişimin yasaklandığını veya yetkili makamların kaldırma veya erişimi yasaklama kararı aldığını öğrenir öğrenmez veriyi kaldırması veya erişimi engellemesi gerekmektedir²⁷⁷.

Direktifin *hosting* faaliyetleri başlığı taşıyan 14. maddesinde ise, *hosting* faaliyeti sürdüren servis sağlayıcılarının cezai ve hukuki sorumluluğu ayrı ayrı ele alınmıştır. Yer sağlayıcısının cezai sorumluluktan kurtulabilmesi için, üçüncü kişiler tarafından aktarılan içeriğin ihlal teşkil ettiğini bilmemesi yeterliyken, hukuki sorumluluktan kurtulabilmesi için ise bu unsura ilaveten somut olayın koşullarına göre bu ihlali bilebilecek durumda olmaması da gerekmektedir. Bununla birlikte ihlali bilebilecek durumda olan veya bilen yer sağlayıcılarının bu verileri kaldırması ve verilere erişimi engellemesi durumunda da sorumlulukları kalkmaktadır²⁷⁸.

²⁷⁶ Lodder, s.87; Juliá-Barceló, s.109; Strowel, s.148; Türkekul/Sevim, s.722-723.

²⁷⁷ Lodder, s.87-88; Köhler/Burmeister, s.499; Juliá-Barceló, s.110; Strowel, s.149; Türkekul/Sevim, s.723.

²⁷⁸ Lodder, s.88; Köhler/Burmeister, s.499; Juliá-Barceló, s.110; Strowel, s.150; Kendigelen/Bozbel, s.527-529; Türkekul, s.590-591.

DMCA'nın 512 maddesinde de servis sağlayıcılarının sorumluluğu aynı madde başlıklarıyla ve benzer hükümlerle sınırlandırılmıştır²⁷⁹. Bununla birlikte DMCA'da bir servis sağlayıcısının söz konusu muafiyetlerden yararlanabilmesi için, hak ihlaline sebebiyet veren kullanıcıların, hangi koşullarda üyeliklerinin sona erdirileceğine ilişkin bir politikaları olmaları ve standart teknolojik önlemleri almaları ön şart olarak kabul edilmiştir²⁸⁰. Bunun dışında Direktiften farklı olarak DMCA'da “uyar ve kaldır” olarak Türkçeye çevrilen “*notice and take down*” uygulaması benimsenmiştir. Bu uygulamaya göre; telif hakkının ihlal edildiğini iddia eden kişi, ihlal teşkil eden materyali Telif Hakları Bürosu tarafından yayınlanan bir form aracılığıyla servis sağlayıcısına gönderir ve bildirim yazısı kendine ulaşan servis sağlayıcısının, o materyali ya derhal kaldırması ya da o materyale erişimi derhal engellemesi gerekmektedir. Aksi takdirde servis sağlayıcısı ihlali bilmediğini ileri süremez ve ihlalden dolayı kendisi de sorumlu tutulur. Ayrıca bildirim yazısında ihlal teşkil ettiği iddia edilen materyalin iyi bir şekilde tanımlanması ve bildirimin servis sağlayıcısının materyali kaldırabilmesi için makul derecede yeterli bilgiyi içermesi ve aynı kişinin birden çok eserinin aynı sitede ihlal edilmesi durumunda ise bildirimde her birinin ayrı ayrı belirtilmesi gerekmektedir²⁸¹.

Her ne kadar Direktif md.21/2'de bu prosedürün gerekliliği konusunun tekrar ele alınacağı belirtilmişse de Direktif henüz bu konuya ilişkin bir düzenleme

²⁷⁹ Juliá-Barceló, s.106; Band, s.718-719.

²⁸⁰ Fiene, S.: “*The Music Owners’ Listening Rights Act of 2000: I Want My Mp3*”, DePaul-LCA J.Art&Ent.L., C.10, Y.2000, s.520; McEvedy, s.67; Juliá-Barceló, s.109; Strachan, s.127; Türkekul/Sevim, s.719.

²⁸¹ McEvedy, s.68; Juliá-Barceló, s.109; Strowel, s.145; Strachani s.128-129; Türkekul/Sevim, s.719.

gertirmemesi nedeniyle eleştirilmektedir²⁸². Bildirim yazısı belli koşullara bağlanmadığı için Avrupa’da servis sağlayıcıları kendilerine gelen her türlü bildirim karşısında ihlal teşkil eden materyali kaldırma eğilimi göstermektedirler. Bu da kimi zaman haksız uygulamalara yol açıp kişilerin ifade özgürlüklerini zedelemektedir. Ayrıca bir web sitesinin veya sayfasının DMCA’da öngörülen koşullara uygun bir bildirim gereği haksız olarak kaldırılması durumunda servis sağlayıcısının sebep olduğu zararlardan servis sağlayıcısının değil, ihlal iddiasında bulunan kişinin sorumlu olacağı belirtilmiştir. Direktifte bu konuya ilişkin bir düzenleme olmadığından genel sorumluluk ilkeleri uygulanacaktır²⁸³.

Direktiften farklı olarak DMCA’da bilgi yeri aracı sağlayıcılarının da sorumluluğu sınırlandırılmıştır. Bilgi yeri sağlayıcılarının; robotlar veya insanlar aracılığıyla, web sitelerini tanımlama ile indexleme ve kullanıcının isteği üzerine belirli bir veriyi içeren web sitelerinin listesini görüntüleme olmak üzere iki ayrı işlevi bulunmaktadır. İkinci işlevi arama motoru olarak da adlandırılan bilgi yeri sağlayıcılarının listelerinde telif hakkı ihlali içeren bir web sitesi olması, başka bir anlatımla telif hakkı ihlali içeren bir web sitesine link vermeleri durumunda, bilgi yeri sağlayıcısı bu ihlalden katılım yoluyla sorumlu olacaktır. Ancak arama motorlarının hangi sitelerin ihlal içerdiğini tespit etmelerinin mümkün olmamasından dolayı DMCA, bilgi yeri sağlayıcılarının sorumluluğunu sınırlandırmıştır. DMCA §512 (d)’ye göre; bilgi yeri sağlayıcıları, ihlali bilmiyor veya bilebilecek durumda değillerse veya böyle bir bilginin kendilerine ulaşması halinde derhal siteyi kaldırır

²⁸² Juliá-Barceló, s.111; Strachan, s.132-133; Memiş, T.: “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile İnternet Ortamında Fikrî Hak İhlallerinin Engellenmesi İçin Getirilen Usul ve Bu Usulün Değerlendirilmesi”, FMHD, Y.2005-2006, S.2, s.60-61.

²⁸³ Juliá-Barceló, s.111; Strachan, s.132-133.

veya erişimi engellerlerse sorumlu tutulmayacaklardır. Direktif bilgi yeri aracı sağlayıcılarının sorumluluğunu sınırlandırmadığı için eleştirilmektedir.

Direktifin ardından Avrupa Birliği üye devletleri kanunlarını Direktifle uyumlaştırmak için düzenlemeler yapmışlardır. Ancak bu düzenlemelerde kimi farklılıklar görülmektedir. İspanya E-Ticaret Kanunu'nda bilgi yeri aracı sağlayıcılarına da koruma sağlanırken, Fransız hukukunda sadece *hosting* faaliyeti yürüten servis sağlayıcılarının sorumluluğu sınırlandırılmıştır²⁸⁴.

Türk hukukunda ise internet servis sağlayıcılarının cezai sorumluluğuna ilişkin hükümler bulunmakla birlikte hukuki sorumluluğuna ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığından, genel hükümler yani BK md.41 haksız fiil hükümleri uygulanacaktır²⁸⁵. Bu hükümlerden yola çıkılarak erişim sağlayıcılara herhangi bir kusur isnat edilemediğinden erişim sağlayıcılar söz konusu ihlallerden sorumlu tutulmayacaklardır. *Hosting* faaliyeti yürüten servis sağlayıcıları ise eser sahibinin haklarının ihlalinin haberdarlarsa ve bunu engelleyecek teknik donanıma sahip değillerse müteselsil sorumluluk hükümlerine göre sorumlu olacaktır²⁸⁶. FSEK ek-4. maddesi, 03.03.2004 tarihinde değiştirilmiş ve değişiklik 12.03.04 tarihinde yürürlüğe girmiştir²⁸⁷. Bu değişiklik ile Türk hukukuna “uyar ve kaldır” sistemine benzer bir sistem getirilmiştir. İşaret, ses-görüntü ve naklini sağlayan araçlarla hakkı ihlal edilen eser sahibi, ihlal teşkil eden unsurun siteden üç gün içinde kaldırılmasını talep eder ve site bu süre zarfında kaldırılmazsa üç iş günü içinde Cumhuriyet

²⁸⁴ Strachan, s.132.

²⁸⁵ Kaplan, sh;158; Memiş, s.154 (müzik sunumu).

²⁸⁶ Kendigelen/Bozbel, s.532; Memiş, s.154 (müzik sunumu).

²⁸⁷ R.G. 12.03.2004-25400.

savcılığına başvurur²⁸⁸. Bu düzenlemeyle dünyadaki gelişmeler takip edilmekle birlikte madde de bazı eksiklikler bulunmaktadır. Gerek Direktif, gerek DMCA’da olduğu gibi servis sağlayıcılarının tanımlarının yapılmasının ve sorumluluklarının da ayrıntılı bir biçimde düzenlenmesinin daha uygun olacağı düşünülmektedir.

C) VERİ PAYLAŞIM PROGRAMLARINDA SORUMLULUK

Müzik eserlerinin internet ortamında kullanımının en büyük sorunlarından biri de veri paylaşım programı sağlayan kişilerin telif hakkı ihlallerinden sorumlu tutulup tutulmayacağıdır. Amerika’da görülmüş ünlü *A&M Records v. Napster* davasında mahkeme *Napster*’ı hem katılım yoluyla hem de başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutarken, *Aimster* davasında mahkeme *Aimster*’in sadece katılım yoluyla sorumlu olup olmadığını incelemiştir²⁸⁹.

Amerikan Kayıt Endüstrisi’nin (RIAA) merkezi veri paylaşım programlarından biri olan *Napster*’e karşı açtığı dava büyük ilgi uyandırmıştır. *Napster*, kullanıcılarının eylemlerinin adil kullanım (*fair use doctrine*) dahilinde olduğunu, dolayısıyla söz konusu davada telif hakkı ihlalinin mevcut olmadığını iddia etmiş, bu nedenle de kendisinin her hangi bir sorumluluğunun olamayacağını belirtmiştir. Amerikan hukukunda adil kullanım, eser sahibinin haklarını sınırlamaktadır ve bir olayda adil kullanım olup olmadığının tespiti için dört kıstas geliştirilmiştir. Bu kıstaslar: kullanım amacının niteliği (ticari bir kullanım olup olmadığı), yararlanmanın boyutu ve önemi, söz konusu kullanımın korunan eserin potansiyel pazarı veya değeri üzerindeki etkisidir. Gerek Bölge Mahkemesi (*Discri Court*), gerekse temyiz mercii, kullanıcıların eylemlerini bu bakımdan incelemiştir.

²⁸⁸ Memiş, s.57-58 (ihlal engelleri).

²⁸⁹ Akester, P./Lima, F.: “*Copyright and P2P: Law, Economics and Patterns of Evolution*”, EIPR, C.28,Y.2006, s.577.

Yüksek mahkeme; tek bir kişinin, internetten söz konusu program aracılığıyla bir müzik eserini kendi bilgisayarına yüklemesinin ticari bir kullanım olmayacağını, ancak söz konusu olayda kullanımın açık ve sınırlandırılmamış bir alanda gerçekleştiğini, ayrıca kullanıcıların normalde satın alacakları müzik eserlerini ücretsiz olarak elde ettiğini belirterek, Bölge Mahkeme'sinin aksine kullanımın ticari olduğuna karar vermiştir. *Napster*'ın kullanıcıların satın almadan önce müzik örneklerini dinlemek için bu eserleri paylaşma sokağı iddiasını ise Yüksek Mahkeme, eserin belli bir kısmının değil tümünün indirilmesi nedeniyle kabul etmemiştir. Ayrıca *Napster*'ın CD satışlarını düşürmesi nedeniyle müzik piyasasını doğrudan zarara soktuğı da belirtilerek kullanıcıların adil kullanım hükümlerinden yararlanamayacağı kabul edilmiştir²⁹⁰.

Napster adil kullanım dışında, kullanıcıların eyleminin 1992 tarihli *Audio Home Recording Act (AHRA)*²⁹¹ kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini iddia ederek, *RIAA v. Diamond Multimedia Sys, Inc.* davasını referans göstermiştir. Bu kanunun 1008. maddesi, tüketicilerin ticari bir amaç taşımaksızın, eserleri dijital veya analog cihazlara kaydetmelerinin eser sahibinin haklarını ihlal etmediğini düzenlemektedir. Mahkeme ise RIAA davası ile söz konusu davanın benzerlik içermediğini, nitekim RIAA'nın, Mp3 çalar üreten ve satan *Diamond Multimedia Şirketi*'ni, Mp3 çaların bir kayıt cihazı olduğu ve kayıt cihazlarından alınan

²⁹⁰ Akester, P.: "Copyright and the P2P Challenge", EIPR, C.27, Y.2005, s.106; Memiş, s.61-62 (müzik sunumu); Kerry, K.: "Music on the Internet: Is Technology Moving Faster than Copyright Law", Santa Clara L.Rev., C.42, Y.2001-2002, s.981-982; Levine, K.L.: "Digital Music Distribution via the Internet: Is It a Platinum Idea or a One Hit Wonder?", W.Va.L.Rev., C.194, s.231; Ryan, s.509-510; McEvedy, s.72.

²⁹¹ Bundan sonra AHRA olarak anılacaktır.

kesintilerin bu şirketten de alınması gerektiğini iddia ederek dava açtığını belirtmiştir²⁹².

Napster'ın sorumluluğu DMCA'da getirilen muafiyet hükümleri çerçevesinde değerlendirilmiştir. Paylaşılan müzik dosyalarını *Napster* ilemediğinden veya yönlendirmediğinden ve iletim doğrudan kullanıcılar arasında gerçekleştiğinden *Napster*'ın faaliyeti geçici iletim olarak nitelendirilmemiştir. Ancak *Napster*'ın bünyesinde bir arama motoru bulunması nedeniyle *Napster* bir bilgi yeri aracı sağlayıcısıdır. Belirtilmesi gereken bir diğer husus ise *Napster*'ın DMCA'da ön koşul olarak belirtilen kullanıcıların hak ihlali durumunda onların üyeliklerinin sona erdirilmesine ilişkin bir politikası bulunmadığıdır. Bilgi yeri aracı sağlayıcıları bakımından getirilen sınırlamalardan yararlanabilmesi için *Napster*'ın ihlali bilmemesi gerekmektedir. Ancak söz konusu olayda gazete haberlerinin takip edilmesi durumunda dahi bu hukuka aykırılıktan haberdar olunabileceği belirtilmiştir²⁹³.

Bunun dışında *Napster, Sony Corp. of America v. Universal City Studios* davasını referans göstererek, kendilerinin önemli bir teknoloji geliştirdiklerini ve bu teknolojinin eser sahiplerinin haklarının ihlal edilmesi amacıyla geliştirilmediğini sadece söz konusu olayda kullanıcıların teknolojiyi bu yönde kullandıklarını bu nedenle de kendisinin sorumlu olmayacağını iddia etmiştir. Ancak referans gösterilen dava, *Sony*'nin video kayıt cihazı sattığı müşterilerinin telif hakkı ihlalinden sorumlu olduğu gerekçesiyle açılmış ve mahkeme video kayıt cihazının telif hakkı ihlali

²⁹² Memiş, s.63-64 (müzik sunumu). Ayrıntılı bilgi için bkz.: Levine, s.223-226; Fiene, s.524-525; Ryan, s.505-508.

²⁹³ Akester, s.107-108; McEvedy, s.72; Kendigelen/Bozbel, s.502; Memiş, s.66-67 (müzik sunumu); Kerry, s.984.

amacıyla üretilmediğini ve fikrî hakların ihlali dışında da kullanıldığını gerekçe göstererek bu cihazların satımından *Sony*'nin sorumlu olmayacağına karar vermiştir. Söz konusu dava da ise mahkeme *Napster*'in, programı aracılığıyla eser sahibinin haklarının ihlal edildiğini bildiğini ve buna rağmen hiçbir önlem almadığını belirterek *Napster*'in savunmasını reddetmiştir²⁹⁴.

Mahkeme sonuç olarak RIAA'dan, *Napster*'e hangi eserlere yönelik ihlal gerçekleştiğini ayrıntılarıyla belirten bir bildirim yapmasına ve bu bildirimin ardından *Napster*'in bu eserlere erişimi engellemesine karar vermiştir²⁹⁵.

Alman mahkeme kararlarına göre bir müzik eserinin veri paylaşım programları aracılığıyla internetten izinsiz olarak bilgisayara indirilmesi, eser sahibinin kamuya iletim hakkını ihlal etmektedir. *Napster* davasının başka bir versiyonu ise Almanya'da açılmıştır. Mahkeme korunmakta olan bir eserin paylaşım programı kullanıcıları aracılığıyla internette hazır bulundurulmasının kamuya iletim hakkının ihlali olduğuna ve bu ihlalden birinci derece de *Napster*'in sorumlu olduğuna karar vermiştir. Bu kararın gerekçesi olarak da *Napster*'in sağladığı program aracılığıyla eser sahibinin haklarının ihlal edildiğini ve *Napster*'in bünyesinde bir arama motoru bulundurduğunu ileri sürmüştür. Sonuç itibarıyla mahkeme davacının eserlerinin ve müzik bilgilerinin internet ortamında çoğaltılmasına imkan veren yazılım programının sunulmasını yasaklamıştır.

²⁹⁴ McEvedy, s.72; Akester, s.106; Memiş, s.65 (müzik sunumu); Levine, s.233; Fiene, s.526; Ryan, s.503-504; Gingsburg, J.C./Gaubiac, Y.: “*Infringement, Provision of Means and Fault: Outlook in the Common Law and Civil Law Systems Following the Grokster and Kazaa Rulings*”, RIDA, C.207, Y.2006, s.10.

²⁹⁵ Akester, s.106; Kendigelen/Bozbel, s.502; Memiş, s.65 (müzik sunumu); Fiene, s.526; Ryan, s.504-505; Gingsburg/Gaubiac, s.11.

Buma/Stemra v. Kazaa davası ise veri paylaşımlarına ilişkin Hollanda’da görülmüş bir davadır. Ancak burada *Kazaa*’nın *Napster*’dan farklı olarak merkezi olmayan bir veri paylaşım programı olduğunun başka bir anlatımla programın indirildiği web sitesi ile kullanıcılar arasında bir bağlantı olmadığı, sadece internet sitesinden ücretsiz olarak paylaşım programı indirilebildiğinin belirtilmesi gerekmektedir. Hollanda’da besteciler ve şarkı yazarları meslek birliği olan *Buma/Stema*’nın açtığı davada ilk derece mahkemesi, *Kazaa*’nın korunan eserlerin hukuka aykırı olarak paylaşımını kolaylaştırdığı gerekçesiyle *Kazaa*’yı sorumlu bularak sitenin kapatılmasına karar vermiştir. İstinaf mahkemesi ise sitenin kapatılmasının arama ve veri paylaşımını önlemeyeceğini, sadece ihlal edilen eserlere erişiminin engellenmesinin ise teknik olarak mümkün gözükmediğini, eser sahibinin haklarını ihlal eden eylemlerin *Kazaa* tarafından değil, onun veri paylaşım programını kullananlar tarafından gerçekleştirildiğini ve bu programın sadece telif hakkı ihlalleri amacıyla kullanılmadığı gerekçelerini göstererek, söz konusu davada *Kazaa*’nın sorumlu olmadığına karar vermiştir²⁹⁶. Bununla birlikte aynı nedenlerle *Kazaa* aleyhine Avustralya’da açılan davada, hakim, P2P programlarının fotokopi makinasına veya dev bir korsan makinasına benzeterek *Kazaa*’yı sorumlu bulmuştur²⁹⁷.

ABD’deki mahkemeye intikal eden diğer bir uyuşmazlık ise *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.* uyuşmazlığıdır. MGM, *Kazaa* gibi merkezi olmayan veri paylaşım programı olan *Grokster*’a karşı, bu yazılım ile yapılan iletimlerin çok büyük bir oranının telif hakkı ihlali içerdiği ve *Grokster*’ın bunu kamunun erişimine açarak bu ihlale katkıda bulunduğu iddiasına dayanarak dava

²⁹⁶ Akester, s.109-110; Kendigelen/Bozbel, s.503-505; Türkekul/Sevim, s.714-715.

²⁹⁷ Memiş, s.94-95 (müzik sunumu).

açmıştır. Mahkeme yukarıda değinilen *Sony* davasını referans göstererek, bir teknolojik aracın hak ihlali yaratmayacak fonksiyonlarının bulunması durumunda, bu araç yoluyla gerçekleştirilen telif hakkı ihlali dolayısıyla araç sağlayıcısının sorumlu olmayacağı belirtmiştir. Bunun dışında mahkeme, söz konusu veri paylaşım programının sadece telif hakkı ihlali gerçekleştirmek amacı taşımadığını, ayrıca *Napster*'dan farklı olarak merkezi bir sisteme dayanmadığını ve *Grokster*'in veri paylaşım yoluyla iletilen dosyaları kontrol etmesinin teknik olarak mümkün olmadığı gerekçeleriyle *Grokster*'in sorumlu olmadığına karar vermiştir. Ancak 2005 yılında tekrar önüne gelen *Grokster* davasında mahkeme, ilk kararından vazgeçerek *Grokster*'in sorumlu olduğuna karar vermiştir. Bu kararında ise bu sistemin izinsiz dosya paylaşımını teşvik ettiğini gerekçe göstermiştir²⁹⁸.

Türk hukukunda ise 2005 yılı haziran ayından itibaren Mü-Yap (Bağlantılı Hak Sahibi Müzik Yapımcıları Meslek Birliği) ücretsiz veri paylaşım programı indirilebilecek sitelerin kapatılması veya programlara erişimin engellenmesine ilişkin bir mücadele sürdürmektedir. Bununla birlikte mahkemelerin verdiği kapatma kararları eleştirilmektedir. Nitekim şu ana kadar kapatılan siteler *Kazaa* örneğinde olduğu gibi merkezi olmayan veri paylaşım programlarıdır²⁹⁹. Bununla birlikte yukarıda da değinildiği gibi ülkeler merkezi olmayan veri paylaşım programlarını da sorumlu tutma eğilimi göstermektedirler.

²⁹⁸ Gingsburg/ Gaubiac, s.14-18; Akster/Lima, s.577-578; Strachan, s.135-136; Türkekul/Sevim, s.714-715.

²⁹⁹ “20.000 Kişi Bu Sektörden Yemek Yiyor”, <http://turk.internet.com/haber/yazigoster.php3?yaziid=14615> <20.04.2007>

III. TEKNOLOJİK YÖNTEMLER VE HAK YÖNETİM BİLGİLERİNE İLİŞKİN YÜKÜMLÜLÜKLER

A) TEKNOLOJİK YÖNTEMLER

İnternet ortamında gerçekleştirilen telif hakkı ihlali sorunu karşısında doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bazı yazarlar getirilen her hukuki düzenlemenin çıkartıldığı gün yetersiz kaldığı gerekçesine dayanarak, teknolojik gelişmeler karşısında hukukun yeterli olamayacağını düşünmektedir. Kimi yazarlar ise fikir ve sanat eserleri hukuku tarihinin bu düşüncüyü haksız çıkardığını, nitekim kayıt cihazları, radyo-televizyon, uydu yayınları gibi teknolojik gelişmelerin ortaya çıkardığı sorunların getirilen düzenlemelerle çözüme kavuşturulduğunu, aynı durumun internet açısından da geçerli olacağını savunmuştur³⁰⁰.

Asıl sorun internet ortamında telif hakkı ihlalinin önlemede hukukun yeterli olup olmayacağından ziyade hukuk düzeninin bu durumu nasıl çözüme bağlayacağıdır. Günümüzde internet ortamındaki fikrî hak ihlallerinin sadece hukuk düzenlemeleriyle önlenemeyeceği, hukukun ve teknolojinin birlikte hareket etmesi gerektiği kabul edilmiş ve eser sahiplerinin kullandığı teknolojik yöntemler WIPO Fikrî Haklar Anlaşması, WPPT, DMCA ve Bilgi Toplumu Direktifi'yle düzenleme altına alınmıştır. Bu düzenlemeler hem hukukun teknolojik yöntemleri kabul ettiğini vurgulama hem de söz konusu yöntemlerin kötüye kullanılmasını ve bu yöntemlerden kaçılmasını engelleme amacı taşımaktadır. Teknolojik yöntemler genel olarak; erişimi veya çoğaltımı denetleme yoluyla, üçüncü kişilerin eser sahibinin haklarından yararlanmasını engelleme amacıyla tasarlanan teknolojik araçlar olarak

³⁰⁰ Wiese, H.: *"The Justification of the Copyright System in the Digital Age"*, EIPR, C.24, Y.1999, s.389.

tanımlanmaktadır. Teknolojik yöntemler erişim denetleme yöntemleri ve çoğaltım denetleme yöntemleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Erişim denetleme yöntemleri; şifre, kullanıcı adı veya elektronik imza gibi bilgilere eser sahibinin rızası dışında erişilebilinmesini önleyen ve dolayısıyla bilgilerin içeriğini koruyan teknolojik yöntemlerdir. Çoğaltım denetleme yöntemleri ise; dijital ses teypleri için geliştirilen “*Serial Copy Management System*” gibi üçüncü kişilerin, eserin eser sahibinden izinsiz olarak çoğaltılmasını önleyen teknolojik yöntemlerdir³⁰¹.

Teknolojik yöntemlerin korunması sırasında eser sahipleri ile bu eserlerden, yazarın veya kanunun öngördüğü koşullar çerçevesinde yararlananların ve ilgili iş çevrelerinin menfaatleri arasında bir denge kurulması gerekmektedir. Bu nedenle de teknolojik yöntemlerin, kanunun eser sahibinin inhisari haklarına getirdiği sınırlamalara zarar vermemesi gerektiği kabul edilmiştir. Nitekim teknolojik yöntemlerle sadece eser sahibinin inhisari haklarını potansiyel olarak ihlal edecek olan kişilerin değil, aynı zamanda örneğin adil kullanım çerçevesinde bu eserden yararlanacak olan kişilerin de eserlere ulaşması engellenecektir. Bu nedenle de eser sahipleri ve kullanıcılar arasındaki dengenin çok iyi ayarlanması gerekmektedir. Ayrıca teknolojik yöntemlerle sadece korunan eserlere değil örneğin koruma süresi dolmuş eserlere veya düşüncelere ulaşım da önlenmektedir³⁰². Bir örnekle açıklanacak olursa Michael Jackson’ın 2001 yılında çıkarttığı CD sadece CD çalarda

³⁰¹ Reinbothe/Lewinski, s.140; Türkekul, s.570; Lai, S.: “*Digital Copyright and Watermarking*”, EIPR, C.21, Y.1999, s.172; Braun, N.: “*The Interface Between the Protection of Technological Measures and the Exercise of Exceptions to Copyright and Related Rights: Comparing the Situation in the United States and in the European Community*”, EIPR, C.25, Y.2003, s.496; Shah, A.: “*UK’s Implementation of the Anti-Circumvention Provisions of the EU Copyright Directive: An Analysis*”, Duke L.&Tech.Rev, Y.2004, No.3, s.2, <http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/2004dltr0003.html> <15.04.2007>.

³⁰² Wiese, s.394; Shah, s.; Fogerd, s.526.

dinlenebilmektedir. Kayıt şirketi Sony teknolojik bir yöntem geliştirerek bu CD'nin bilgisayarların CD-Rom sürücülerinde dinlenmesini engellemiştir. Dolayısıyla CD'yi evlerindeki bilgisayarlarında kişisel amaçlı dinleyecek olan kişilerin bu hakları engellenmiş olmaktadır.

WIPO Fikrî Haklar Anlaşması md.11 ve WPPT md.18'de teknolojik yöntemlere ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Bu maddelere göre; eser sahiplerinin ve bağlantılı hak sahiplerinin haklarının izinsiz ve yasaya aykırı kullanımını önlemek amacıyla, haklarını etkin bir biçimde kullanabilmeleri için, âkit devletlere teknolojik yöntemlerden kaçışları engelleyecek yeterli hukuki koruma ve etkili hukuki çözümler öngörme yükümlülüğü getirmiştir. Öngörülen hukuki çözümlerin hangi hukuk dalı altında düzenlendiği önemli olmamakla birlikte, bu çözümlerin süratli ve caydırıcı olması gerektiği kabul edilmektedir. Her iki Anlaşmada da sadece devletlere yeterli hukuki koruma ve etkin hukuki çözüm sağlama yükümlülüğü verilmiş, bu teknolojik yöntemlerin ne olacağı ya da hangi eylemlerin yasaklanacağı gibi ayrıntılar düzenlenmeyip, âkit devletlerin iç hukuklarına bırakılmıştır³⁰³. 1998 tarihli DMCA ve Bilgi Toplumu Direktifi'inde de teknolojik yöntemlerden kaçışlara ilişkin hükümler bulunmaktadır.

DMCA'da hem erişim denetleme hem de çoğaltım denetleme yöntemleri koruma altına alınmıştır. DMCA §1201'e göre; erişim denetleme yöntemlerinden kaçma eylemleri, erişim ve çoğaltım denetleme yöntemlerinden kaçışı sağlayan aygıt ve hizmetlerin imal edilmesi, satılması veya diğer her hangi bir yolla piyasaya sürülmesi yasaklanmıştır. Bu maddeden de anlaşıldığı üzere Amerikan hukukunda çoğaltma denetleme yöntemlerinden kaçış eylemleri değil sadece bu yöntemlerden

³⁰³ Reinbothe/Lewinski, s.142; Foged, s.529.

kaçışı sağlayan aygıt ve hizmetlerin imal edilmesi, satılması veya diğer her hangi bir yöntemle piyasaya sürülmesi yasaklanmıştır. Böylece korunan eserlerin adil kullanım çerçevesinde çoğaltılmasının sağlanması amaçlanmıştır³⁰⁴. Söz konusu aygıt ve hizmetlerin yasaklanabilmesi için bunların öncelikle teknolojik yöntemlerden kaçma amacı taşıyarak tasarlanması veya üretilmesi, ticari amacının önemli ölçüde sınırlandırılması ve bu yöntemlerden kaçmak için kullanılmak üzere pazarlanması gerekmektedir³⁰⁵. Aynı maddede getirilen bu yasaklara bir takım istisnalar da getirilmiştir. Bu istisnalara göre; kar amacı gütmeyen kütüphaneler ve eğitim kuruluşların iyi niyetli olarak esere erişmek istemeleri, bilgisayarın güvenliğini test etme amacı taşınması, küçüklerin korunması, kişisel gizlilik, şifreleme araştırmaları, bilgisayar programının kopyasını diğer programlarla birlikte kullanılabilen programlar bakımından analiz etme amacının taşınması durumunda söz konusu madde uygulanmayacaktır. Bunun dışında DMCA ile erişim denetleme yöntemlemlerinden kaçışın önlenmesinin geliştirilebilmesi için her üç yılda bir Telif Hakları Ofisi'nin başkanlığında idari bir komitenin toplanması kabul edilmiştir³⁰⁶.

Direktifin 6. maddesinde düzenlenen teknolojik yöntemler genel olarak DMCA'ya benzemekle birlikte, iki düzenleme arasında bazı farklılıklar da bulunmaktadır. Direktif, teknolojik yöntemlerden kaçılmasının engellenmesi hükümlerine DMCA'dan farklı olarak sübjektif bir unsur eklemiştir. Buna göre; teknolojik yöntemlerden kaçan veya kaçımı sağlayan kişinin sorumluluğunun doğabilmesi için, bu kişinin söz konusu davranışı bilerek veya makul nedenler dolayısıyla bilebilecek durumda yapması gerekmektedir. İki düzenleme arasındaki

³⁰⁴ Braun, s.497; Foged, s.530; Shah, s.5; Türkekul, s.578.

³⁰⁵ Braun, s.497; Foged, s.531; Türkekul, s.578.

³⁰⁶ Braun, s.498; Foged, s.531.

bir diğerk fark ise DMCA’da sadece çoğaltım denetleme yöntemlerinden kaçışı sağlayan aygıt ve hizmetler yasaklanırken, Direktif’te sadece aygıt ve hizmetler değil aynı zamanda çoğaltım denetleme yöntemlerinden kaçış eylemleri de yasaklanmıştır.

Türk hukukunda ise teknolojik yöntemlere ilişkin tek düzenleme FSEK md.73’te yer almaktadır. Ancak bu düzenleme bilgisayar programlarının kullanımına ilişkin olup, FSEK’in 91/250 sayılı ve 14 Mayıs 1991 tarihli Bilgisayar Programlarının Korunması Hakkında Avrupa Konseyi Direktifi³⁰⁷,ne uyumlaştırılması amacıyla konulmuştur. Teknolojik yöntemler yukarıda değinildiği gibi hem WIPO Anlaşmaları’nda hem DMCA’da hem de Bilgi Toplumu Direktifi’nde yer alırken, FSEK’de düzenlenmemiştir. FSEK’de bu yönde bir değişiklik yapılması gerektiği düşünülmektedir.

B) DİJİTAL HAK YÖNETİMİ

Hak yönetim bilgisi WIPO Fikrî Haklar Anlaşması’nın 12. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre hak yönetimi; eseri, eserin sahibini, eser üzerindeki hakkın kime ait olduğunu, koruma süresini ve eserin kullanımını tanımlayan bir şifreleme sistemidir. Bu sistem teorik olarak üç bileşenden oluşmakla birlikte bu üç bileşenle sınırlandırılmamıştır: Kimlik tespiti, Giriş Kontrolü; Kayıt ve Hesap.

Kimlik tespiti, eserin internet ortamında yasalara uygun bir biçimde kullanılabilmesi için eserin çok açık bir biçimde tanımlanabilir olmasını sağlamaktadır. Bunu sağlayabilmek için kitaplara getirilen ISBN numaralarıyla benzer işlevi gören ve “*International Standard Music Number*” ISMN olarak adlandırılan bir numaralama sistemi geliştirilmiştir. Bir de daha çok müzik datalarında kullanılan “*digital watermarking*” sistemi bulunmaktadır. Bu sistem eser

³⁰⁷ O.J-L 122, 17.05.1991.

bilgilerinin yanı sıra lisans sözleşmesinin varlığı ve eser sahibinin diğer haklarına dair bilgiler de içermektedir³⁰⁸.

Giriş kontrolü bileşeni belli tekniklerin kullanılmasıyla kişilerin korunan eserlere ulaşmalarını engellemektedir. Bu eserlere sadece belirli bir bedel ödeyen kişiler ulaşabilmektedirler. Bu sistemin işleyişinde öncelikle dijital forma dönüştürülmüş olan eserler şifrelenmekte, bu eserlere ulaşmak isteyen kişilere şifre sorulmakta ve hak sahibi kullanıcılara şifrenin ne olduğu söylenmektedir. Bu sisteminde bazı zayıf noktaları bulunmaktadır. Yetkisiz bir kişi şifreyi bir kere kırarak her zaman bu esere ulaşabilmektedir³⁰⁹.

Üçüncü bileşen ise kayıt ve hesaptır. Bu bileşenin işlevi, kullanıcının kullanımına göre uygun kayıtları tutmak ve kullanıcının eser sahibine ödeyeceği ücreti hesaplamaktır. Ödeme yapıldıktan sonra eser kullanıcıya teslim edilmektedir ancak eserin aslından kopya çıkartılmaması amacıyla eser çeşitli teknik önlemlerle donatılmaktadır.

WIPO md.12 ile dijital hak yönetim bilgilerinin yetkisiz olarak değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması ile bu hak yönetim bilgilerinin yetki dışı değiştirildiği veya ortadan kaldırılmış olduğunun bilinmesine rağmen eserlerin asıllarının veya kopyalarının dağıtılması, dağıtılmak üzere ithal edilmesi, radyo ve televizyonla yayınlanması veya topluma sunulması eylemlerinin bilerek yapılmasına karşı taraf devletlere yeterli önlem alma yükümlülüğü yüklenmiştir. Direktifin 7. maddesinin de WIPO Fikrî Haklar Anlaşması'na oldukça benzediği görülmektedir³¹⁰.

³⁰⁸ Memiş, s.169-170 (müzik sunumu); Türkeul/Sevim, s.725; Türkeul, s.571; Lia, s.173.

³⁰⁹ Memiş, s. 171 (müzik sunumu); Lia, s.174.

³¹⁰ Reinbothe/Lewinski, s.146; Lai, s.172; Türkeul, s.573.

Türk hukukunda ise FSEK ek md. 4/1'le eser ve eser sahibi ile eser üzerindeki haklardan herhangi birinin sahibi veya eserin kullanımına ilişkin süreler ve şartlarla ilgili olarak eser nüshaları üzerinde bulunan veya eserin topluma sunulması sırasında görülen bilgiler ve bilgileri temsil eden sayılar veya kodların yetkisiz olarak kaldırılamayacağı ve değiştirilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bilgileri veya bilgileri temsil eden sayıları ve kodları yetkisiz olarak değiştirilen veya ortadan kaldırılan eserlerin asıllarının veya kopyalarının dağıtımı, dağıtılmak üzere ithal edilmesi, yayınlanması ve topluma iletilmesi yasaklanmıştır. Bir sonraki fıkrayla da bu hükmün fonogramlar ve fonograma tespit edilmiş icralar bakımından da geçerli olduğu belirtilmiştir. FSEK'deki düzenlenmenin gerek WIPO Fikrî Haklar Anlaşması'na, gerek Direktife genel olarak uygun olduğu görülmektedir. Bununla birlikte dijital hak yönetimi kavramının tanımlanıp, maddenin bu çerçevede ele alınmasının daha iyi olacağı düşünülmektedir.

SONUÇ

Müzik tarihinin insanlık tarihi kadar eski olmasına rağmen müzik eserlerinin fikir ve sanat hukuku bağlamında korunması ancak 17. ve 18. yüzyıllarda söz konusu olabilmıştır. İlk dönemlerde edebiyat eseri olarak korunan müzik eserlerinin önemi ise sesleri kaydedip tekrar dinleyebilme imkanının doğmasıyla yani fonografin icat edilmesiyle artmıştır. Teknolojik gelişmeler doğrultusunda ise yeni hukuki sorunlar gündeme gelmiştir.

Müzik eserleri fikir ve sanat eserleri hukukunda ayrı bir eser kategorisi oluşturmaktadır. Ulusal hukukların müzik eserlerine ilişkin düzenlemelerinde temel olarak iki farklılık bulunmaktadır. Bazı ülkeler hem söz, hem de besteyi müzik eseri olarak korurlarken; diğer ülkeler ise sözleri ilim ve edebiyat eseri, besteyi ise müzik eseri olarak korumaktadırlar. Bir diğer farklılık ise bazı ülkeler bir müzik parçasının müzik eseri olarak korunabilmesi için tespit edilmiş olması gerektiğini ileri sürerlerken, diğer ülkeler bakımından böyle önkoşul getirilmemektedir.

Müzik eseri sahipliği ulusal ve uluslararası düzenlemelerde ayrıca ele alınmamıştır. Kıta Avrupası ülkelerinde Alman doktrininde ileri sürülen “yaratım gerçeği ilkesi” başka bir anlatımla eserin yaratılmasıyla eser sahipliğinin kazanıldığı kabul edilmektedir. Aynı zamanda bu ilkeye göre sadece gerçek kişiler eser sahibi olabilmekle birlikte tüzel kişiler ve işçilerin eserleri bakımından sınırlama getirilmiştir. *Common law* ülkelerinde ise böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Gerek ulusal gerekse de uluslararası hukuk düzenlerin de bir kişinin eser sahipliği ve birden çok kişinin eser sahipliği ayrımı yapılmıştır. Birden çok kişinin eser sahipliğinde katkıların birbirinden ayrılabilmesi durumunda ortak eser, katkılarının birbirinden ayrılabilmesi durumunda ise toplu eser söz konusu olmaktadır.

Fikrî hakların özünü oluşturan ve eser sahibine eserinden ekonomik olarak yararlanma imkanı tanıyan haklar mali haklardır. Genel olarak işleme, çoğaltma, kiralama ve ödünç verme, yayma, temsil ve kamuya iletim hakları olarak sayılabilmektedirler. Amacı eser sahibinin kişiliğini korumak olan manevi haklar konusunda, ulusal hukuk düzenlerinde farklılıklar görülmektedir. İngiliz ve Amerikan hukukları manevi haklarla Bern Sözleşmesi'nin kabul edilmesiyle birlikte tanışmıştır. İngiliz hukukunda sadece eser sahipliğinin tanınmasını isteme ve eserin bütünlüğünü koruma hakkı kabul edilmiştir. Amerikan hukukunda ise sadece onay kanunuyla geçirilmiş ve 1990 yılında görsel sanatçılar bakımından bu haklar tanınmıştır. Kıta Avrupası ülkelerinde ise özellikle Fransa'da bu kurum oldukça geliştirilmiş ve bu hakların dışında eseri kamuya sunma ve eserin aslına erişim hakkı da tanınmıştır.

Teknolojinin gelişimi ve kayıt imkanının ortaya çıkmasıyla eser sahiplerinin dışındaki bazı kimselerinde korunması gerekliliği ortaya çıkmıştır. Bağlantılı hak veya komşu hak sahibi olarak korunan bu kişiler; icracı sanatçılar, fonogram yapımcıları ve radyo-televizyon kuruluşlarıdır. Bu konuya ilişkin bir yeknesaklık olmadığı görülmektedir. Bazı yazarlar buna gerekçe olarak henüz konunun yeni olduğunu ve tam olarak oturmadığını ileri sürmektedirler. Bu konuya ilişkin en temel düzenleme Roma Sözleşmesi olmakla birlikte 1996 tarihli WPPT en son düznelemedir. Bağlantılı hak sahiplerine genel olarak çoğaltma, yayma, temsil, kamuya ileme ve kiralama ve ödünç verme hakları tanınmıştır.

Müzik eserleri internet ortamında gerçek zamanlı, bilgisayara yüklenerek veya indirilerek, veri paylaşım programları gibi pek çok şekilde kullanılabilir. Bu kullanımların hukuken nasıl nitelendirileceği ise bir sorun

teşkil etmiştir. Öncelikle kimi yazarlar ses dosyalarının 1/12 oranında sıkıştırılmasıyla elde edilen Mp3'leri işleme eser olarak nitelendirirler de, bir ses dosyasını Mp3 formatında dönüştürme işleminde çoğaltma söz konusudur.

Bu dönemde 2001/29 sayılı Bilgi Toplumunda Eser Sahibinin Hakları ve Bağlantılı Hakların Uyumlaştırılması Hakkında Parlamento ve Konsey Direktifi ve WIPO Fikrî Haklar Anlaşması'nın etkili olduğu görülmektedir. Çoğaltma hakkı, özellikle geçici çoğaltmanın bu hak kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ele alınmış, WIPO Fikrî Haklar Anlaşması Tasarısı'nda uzlaşılan madde çıkartılmıştır. Bilgi Toplumu Direktif'inde ise Direktifin tek zorunlu istisnası geçici kopyalar bakımından getirilmiştir.

Bir müzik eserinin internet sitesine veya bilgisayara yüklenmesinin ne Direktifte ne de Anlaşmada ilk satış –tükenme ilkesinin uygulanması bir anlam ifade etmeyeceği düşünülerek yayma hakkı kapsamına alınmak istenmediği görülmektedir. Ancak Amerikan hukukunda ise bu konuya ilişkin bir düzenleme getirilip internet iletimlerinin bu hak kapsamına alınmak istenmiştir.

Temsil hakkı ve kamuya iletim hakkı aslında tüm hukuk düzenlerinde düzenlenmekle birlikte sistematiikleri oldukça farklıdır. Bazı ülkelerde tek bir üst başlıkla yer alırken, kimi ülkeler de ise ayrı ayrı ele alınmıştır. Ülkelerin yargı kararları incelendiğinde, bir eserin internet sitesine yüklenmesinin kimi zaman temsil hakkı çerçevesinde ele alındığını görmekteyiz. Hem WIPO Fikrî Haklar Anlaşması hem de Direktif'ye kamuya iletim ve kamunun erişimine açma hakkı düzenlenmiştir. Türk hukukunda ise FSEK md.25 bu doğrultuda değiştirilmiş ancak bir takım eksiklikler giderilememiştir. Direktifte özellikle bir eserin internet sitesine yüklenmesinin yayma hakkı kapsamında ele alınmaması gerektiği belirtilmiştir.

İnternet ortamındaki telif hakkı ihlallerinden kullanıcıların yanı sıra servis sağlayıcılarının da sorumlu olmasının gerekip gerekmediği ele alınmıştır. Bu konuya ilişkin ise DMCA ve E-Ticaret Direktifi son derece önem arz etmektedir. Her iki direktifinde birbirine oldukça yakın düzenlemeler yaptıkları görülmektedir. Her iki düzenleme de *caching*, *hosting* ve basit iletim faaliyetleri sürdüren servis sağlayıcılarının sorumluluklarını sınırlandırmıştır. DMCA’da Direktiften farklı olarak, bilgi yeri araçlarının da sorumluluğunun sınırlandırıldığı ve “bildir ve kaldır” sisteminin getirildiği görülmektedir.

Veri paylaşım programları bakımından ise sorumluluk, paylaşım programının merkezi olup olmadığına göre değişkenlik göstermektedir. Ancak son zamanlarda verilen kararlarda merkezi olmayan paylaşım programlarının da sorumluluğuna karar verildiği en azından bu yönde bir eğilim olduğu belirtilmelidir.

Diğer eser türlerinde olduğu gibi müzik eserlerinin de internet ortamında ihlal edilmesinin önüne geçebilmek için hukukun yanı sıra bir dizi teknolojik yöntemle de başvurulması gerektiği kabul edilmiştir. Teknolojik yöntemlerden kaçılmasının önlenmesi için WIPO Fikrî Haklar Anlaşması’nın düzenlemesinin ardından DMCA ve Bilgi Toplumu Direktifi de bu yönde düzenlemeler içermektedir. Teknolojik yöntemlerle eser sahiplerinin hakları ile kullanıcıların haklarının dengelenmesi gerekmektedir. Bu düzenlemeler kimi zaman özellikle kişilerin kişisel kullanımını engellediği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Eserlerde dijital hak yönetimi olarak da adlandırılan eserin yetkisiz kullanımını engelleme amacıyla eserin, eser sahibinin veya eseri kullanmaya yetkili kişinin adı ve lisans süresi gibi bilgileri içeren şifreler ve kodlar bulunmaktadır. Bu şifre ve kodların da korunması gerektiği

kabul edilmiş ve uluslararası ve ulusal düzenlemeler ile bu şifre veya kodları değiştirilmesine veya oradan kaldırılmasına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir.

Görüldüğü üzere internet gelişimi ve müzik eserlerinin internet ortamında kullanılması pek çok yeni hukuki düzenleme gerektirmiştir. Bu düzenlemeler karşılaştırmalı hukuk bakımından ele alındığında henüz bu konunun oturmadığını, Direktiflerin ardından AB ülkelerinin çoğunun kanunlarını 2006'da çıkardıklarını söylemek gerekmektedir. Ancak belirtilmesi gerekir ki hukuk düzenlerinin sorunu aynıdır ve internet gibi son derece hızlı ve global bir iletişim kullanılarak gerçekleştirilen ihlallerin en azından kontrol altına alınması isteniyorsa kesinlikle yeknesak bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır.

ÖZET

Tezimizin konusu “Müzik Eserlerinin Dijital İletimi”dir. Çalışmamız giriş ve sonuç bölümünün dışında iki bölümden oluşmaktadır.

Giriş bölümünde, konunun kapsamı ve sınırları açıklanarak, tez konusu müzik eserlerinin internet ortamında kullanılmasıyla sınırlandırılmıştır.

Birinci bölümde, genel olarak müzik ve müzik endüstrisi ile müzik eserlerinin korunmasının gelişimi ele alınmıştır. Müzik eserleri, müzik eseri sahibi ve eser sahibine tanınan haklar incelenmiştir.

İkinci bölümünde ise müzik eserlerinin internet ortamında kullanım türleri ortaya konmuş ve çalışmanın diğer bölümlerinde sıkça değinilecek olan kavramlar açıklanmıştır. Müzik eserlerinin internet ortamında kullanımının hukuki niteliği incelendikten sonra sorumluluk türleri ve sorumluluk süjeleri belirtilmiştir. Son olarak da teknolojik yöntemlere ve dijital hak yönetimine değinilmiştir.

Sonuç bölümünde ise varılan sonuçlara karşılaştırmalı hukuk metodu kullanılarak değerlendirilmiştir.

SUMMARY

Our thesis is related to “Digital Transmission of Musical Works”. The thesis consists of two parts except of the introduction and conclusion.

In introduction part, presentation and restriction of the subject is explained and the subject of the thesis is restricted to using musical works in internet.

In first part, music and music business and development of the protection of the musical work is studied. After then, musical works, the author of the musical work and the rights of the author of the musical work is researched.

In second part, ways of using musical works in internet is stated and the terms that are oftenly used in the other parts of the thesis are explained. After the legal aspects of using musical works in the internet are researched, liability kinds and liability subjects are stated. Finally technological measures and digital right management is studied.

In conclusion part, findings about using the musical works in the internet is explained and these findings are evaluated with the method of comparative law.