

5846 SAYILI FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU'NDA DÜZENLENEN MANEVİ VE MALİ HAKLARA TECAVÜZ SUÇLARI

*Yrd.Doç.Dr. Ahmet Caner YENİDÜNYA**

I- GİRİŞ

Fikir ve sanat eserleri, insanları, diğer canlılardan ayıran ve insan kimliğini en belirgin şekilde temsil eden ürünlerdir¹. Medeniyet, varlığını, bugün ulaştığı seviyeyi ve geleceğini insanoğlunun bu kendine has ürününe borçludur. Sahip olduğu bu misyonun varlığı ile birlikte değerlendirildiğinde insanın en değerli ve esas ürünü olan fikir ve sanat eserlerinin, korunması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır². Bu korumanın kapsamını ve sınırlarını çizebilmek için öncelikle eser sahibinin eseri üzerindeki hakkının niteliğini belirlemek gerekir.

Kelime anlamı ile hak, hukuken korunan menfaat, yasaca tanınan ayrıcalık, sahiplik ileri sürülebilme yetkisi, kişilere tanınan yetki gibi anlamlara gelmekte³ ve "hukukça korunan ve bundan yararlanması hak sahibinin ya da temsilcisinin iradesine bağlı bulunan toplum menfaati ile sınırlı çıkar" şeklinde tanımlanmaktadır⁴. Haklar değişik yönlerden ayrımlara bağlı tutulmakta ya da taşıdıkları belirli özelliklere göre nitelendirilmektedirler. İşte bu şekilde ortaya konulan hak kategorileri içerisinde fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar da mutlak haklar içerisinde kabul edilmektedir⁵.

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK), mutlak haklar içerisinde kabul edilen fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakları, mali ve manevi haklar olmak üzere iki başlık altında düzenlemektedir. Fikir ve sanat eserle-

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi.

1 **Hafızoğulları, Zeki**, "Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi", AÜHFĐ, C.:48, S.:1-4, Ankara 2000, s.1.

2 Bkz. **Ayiter, Nurşin**, Hukukta Fikir ve San'at Ürünleri, Ankara 1981, s.1 vd.

3 **Yılmaz, Ejder**, Hukuk Sözlüğü, Ankara 1996, s.305.

4 **Zevkliler, Aydın-Acarbey, M.Beşir-Gökyayla, K.Emre**, Zevkliler Medeni Hukuk, Ankara 1999, s.119-120.

5 **Ayiter**, s.3,4; **Erel, Şafak N.**, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, İkinci Bası, Ankara 1998, s.2; **Zevkliler-Acarbey-Gökyayla**, s.123.

rine vaki tecavüzlerin de Yasanın 71 ve 72 nci maddelerinde bu ikili ayırım çerçevesinde yaptırma bağlandığını görmekteyiz. Ancak hemen belirtelim ki, fikri hakların manevi-mali hak biçiminde ayırma tabi tutulması yapay bir bölünmedir. Keza bu hakların kullanılması genellikle birbirine bağlı olduğu gibi, haklardan birine yapılan tecavüz kaçınılmaz şekilde diğerini de etkilemektedir⁶. Ancak biz çalışmamızda FSEK.'in sistemine uygun olarak manevi (m.71) ve mali (m.72) haklara tecavüz suçlarını ayrı ayrı inceleyeceğiz.

Bu suç tiplerine ilişkin değerlendirmeler yapılırken özellikle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile getirilen düzenlemeler de dikkate alınacaktır. Zira Türk Ceza Kanunu'nun 5 nci maddesinde; *"bu kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır"* hükmüne yer verilmiştir. Böylece TCK., yürürlük tarihinden önce, mevcut bulunan diğer kanunların genel hükümlere ilişkin kendisiyle çelişen düzenlemelerini (örneğin, iştirake, tekerrüre, tüzel kişilerin sorumluluğuna ilişkin kurallar) ilga etmiş olmaktadır. Bu düzenleme tarzının amacı, özel ceza kanunlarını, TCK'nın genel hükümleri ile uyumlu hale getirmek ve ülkede ceza hukuku uygulamaları bakımından birliği tesis etmektir⁷. Ancak TCK'nın yasalaşmasından yürürlüğe girmesine kadar geçen süre içerisinde (özel ceza kanunlarının sayısının çokluğu da dikkate alındığında) bu yasalar da TCK'nın genel hükümlerine uygun değişiklik yapılmasının olanaksızlığı dolayısıyla, bir anda tüm bu mevzuatın ilga edilecek olması kaygı uyandırmış⁸ ve 11.05.2005 tarih ve 5349 sayılı Kanunla 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna bir geçici madde eklenerek; *"diğer kanunların, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapıluncaya ve en geç 31 Aralık 2006 tarihine kadar uygulanır"* hükmü sevk edilmiştir.

Bu son düzenleme uyarınca, 5 inci madde, 31 Aralık 2006 tarihinden sonra etkilerini doğuracaktır. Bu tarihe kadar özel kanunlarda yapılan değişiklikler, TCK. hükümlerine aykırı veya uygun olup olmadıklarına bakılmaksızın tatbik imkanı kazanacaktır⁹. Şayet özel kanunlarda 31 Aralık

⁶ Erel, s.111.

⁷ Bkz. TCK. m.5'in gerekçesi.

⁸ Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, 2. Bası, Ankara 2006, s.184.

⁹ Zira TCK.'nın 5 inci maddesi normlar hiyerarşisi, yasa koyucunun sonraki iradesinin değeri ve özel-genel norm ilişkisi dikkate alındığında 1 Haziran 2005'ten sonra yapılacak yasal düzenlemeler açısından bağlayıcı değil, tavsiye niteliğindedir. Bkz. Artuk-Gökçen-Yenidünya, s.184.

2006'ya kadar her hangi bir düzenleme yapılmazsa, bu durumda artık 5 inci madde ve dolayısıyla TCK.nın genel hükümleri tatbik olunacaktır¹⁰.

TCK.'nın 5 inci maddesinin düzenlemesi ve özel ceza mevzuatı üzerindeki etkisi nazara alınarak "Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı" (Tasarı) hazırlanmış¹¹ ve 10.04.2006 tarihinde TBMM.'ne sevk edilmiştir. Tasarının 43 üncü maddesi 5846 sayılı FSEK.de yapılacak değişikliklere ilişkindir. Burada inceleme konumuzu oluşturan suç tipleri "manevi ve mali haklara tecavüz" başlığı altında 71 inci maddede bir arada düzenlenmiştir¹². Çalışmamızda yeri geldikçe Tasarıdaki hükümlere de değineceğiz.

10 Makalemizin yayınlanması aşamasında TBMM.'de kabul edilen 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Yasa'nın 15 inci maddesi ile 5252 sayılı Kanun'un Geçici 1 inci maddesinde yer alan "31 Aralık 2006" ibaresi "31 Aralık 2008" olarak değiştirilmiştir (Yasa, henüz RG.'de yayımlanmamıştır, 10.12.2006).

11 Tasarı, Adalet Bakanlığı tarafından bastırılmıştır. Bkz. T.C. Adalet Bakanlığı, Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı, 2006, s. 84-102, 502-506.

12 Tasarı'nın 43 üncü maddesinin (b) bendi uyarınca 71 inci maddenin başlığı "manevi ve mali haklara tecavüz" olarak değiştirilmekte ve şu hüküm sevk edilmektedir; "*Madde 71- Bu Kanunda koruma altına alınan fikir ve sanat eserleriyle ilgili manevi ve mali hakları ihlal ederek: 1.Bir eseri hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın bir ticari faaliyet çerçevesinde işleyen, çoğaltan, dağıtan, yayan, elektronik ortam da dahil olmak üzere yayımlayan ya da hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri satışa arz eden, satan, ticari amaçla satın alan, ithal veya ihraç eden, elinde bulunduran ya da depolayan kişi hakkında bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.*

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

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

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

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

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

7.Aralarında mevcut sözleşme hükümlerine aykırı olduğunu bildiği halde bir eseri çoğaltan, dağıtan, yayan, yayımlayan, satışa arz eden veya satan kişi beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır".

II- MANEVİ HAKLARA TECAVÜZ SUÇU (FSEK.m.71)

1- Genel Olarak

Manevi haklar, eser sahibinin eseri dolayısıyla doğrudan kişiliğine bağlı olarak tanınan yetkileri içermektedir. Bu anlamda eser ile onu meydana getiren arasındaki ekonomik nitelikte olmayan yani kişisel münasebetten kaynaklanan hakları, “manevi haklar” olarak belirtmek mümkündür¹³. Söz konusu haklar herkese karşı ileri sürülebilecek ve uygulanabilecek mutlak ve inhisari yetkiler içermektedir. 5846 sayılı FSEK’in sınırlı olarak (numerus clausus) gösterdiği¹⁴ bu haklar: eseri kamuya sunma hakkı (FSEK m.14), eser sahibinin adının belirtilmesi hakkı (FSEK m.15), eserde değişiklik yapılmasını yasaklama hakkı (FSEK m.16) ve eser sahibinin zilyed ve malike karşı hakları (FSEK m.17) şeklinde sayılmıştır. Söz konusu haklara yönelik tecavüzler ise FSEK’in 71 inci maddesinde yaptırıma bağlanmıştır. Madde- de; “*Bu Kanun hükümlerine aykırı olarak kasten:*

1. Alenileşmiş olsun veya olmasın, eser sahibi veya halefinin yazılı izni olmadan bir eseri umuma arz eden veya yayımlayan,

2. Sahip veya halefinin yazılı izni olmadan, bir esere veya çoğaltılmış nüshalarına ad koyan,

3. Başkasının eserini kendi eseri veya kendisinin eserini başkasının eseri olarak gösteren veya 15 inci maddenin ikinci fıkrası hükmüne aykırı hareket eden,

4. 32, 33, 34, 35, 36, 37, 39 ve 40 ıncı maddelerdeki hallerde kaynak göstermeyen veya yanlış yahut kifayetsiz veya aldatıcı kaynak gösteren,

5. Eser sahibinin yazılı izni olmaksızın bir eseri değiştiren,

Kişiler hakkında, iki yıldan dört yıla kadar hapis veya elli milyar liradan yüz elli milyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak ikisine birden hükmolunur” denmektedir.

Aşağıda manevi haklara tecavüz suçunu inceleyeceğiz.

2- Korunan Hukuki Değer

Suçla korunan hukuki değer, kişinin sahibi olduğu eser üzerindeki doğ-

¹³ Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Üçüncü Bası, İstanbul 2004, s.150; Ayiter, s.113; Kılıçoğlu, Ahmet, “Fikri Hakların İhlalinde Hukuksal Koruma Yolları (Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Olarak)”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.:54, Eylül-Ekim 2004, s.53; Ateş, Mustafa, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara 2003, s.125 vd; Albayrak, Mustafa, Fikir ve Sanat Eserleri ile Markalar Aleyhine İşlenen Suçlar, Ankara 2003, s.17.

¹⁴ Tekinalp, s.150.

rudan kişiliğine bağlı manevi haklarının muhafazasıdır. Keza 71 inci maddede belirtilen hareketler eser sahibinin, eseri üzerindeki yetkilerini ve en temel haklarını ihlal etmekte, ortadan kaldırmaktadır.

3- Suçun Konusu

Manevi haklara tecavüz suçunun konusu “eser”dir. Esasen FSEK.’in amacı da, fikir ve sanat eserlerinin nelerden ibaret olduklarını belirleyerek bu eserler üzerinde hak sahibi olanların manevi ve mali haklarını korumaktır. Nitekim FSEK’te yer alan düzenlemelerin eser kavramı üzerine kurulduğu ve korumanın sadece eser niteliğindeki fikri ürünlerle sınırlandırıldığı görülmektedir¹⁵. Bu sebeple aşağıda suçun konusunu teşkil eden “eser” kavramının anlam ve kapsamı üzerinde durulacaktır.

a) Eser Kavramı

FSEK.in 1/B maddesinde eser kavramının tanımına yer verilmiştir. Maddeye göre; “*sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri*”ne eser denilmektedir. Hemen belirtelim ki, maddede sayılan eser türleri bağımsız olup birbirlerine alternatif teşkil etmemektedir. Bu nedenle de, sayılan eser türlerinden ‘güzel sanatlar’ ile ‘sinema eserleri’ arasında yer verilen “veya” sözcüğü “ve” olarak düzeltilmelidir. Benzer bir durum ‘fikir ve sanat mahsulleri’ ifadesindeki ‘ve’ bağlacı bakımından da söz konusudur. Gerçekten bir ürünün eser olabilmesi için hem fikir hem de sanat mahsulü niteliğini taşıması gerekmektedir¹⁶.

Kanunkoyucu bu düzenlemesi ile eser kavramını¹⁷, açık ve net ifadelerle tarif etmek yerine unsurları göstererek, o unsurları taşıyan fikri mahsullerin kanun nazarında eser sayılacağını belirtmiştir. Bu unsurlardan ilki “sahibinin hususiyetini taşıması” ve ikincisi de “kanunda belirtilen eser türlerinden biri

¹⁵ Bkz. **Üstün, Gürsel**, “Yargısal Uygulamada Fikri Haklar”, İBD., C.:73, S.:4, İstanbul 1999, s.955. Yargıtay da verdiği bir kararda; “... Yasanın isminden de anlaşıldığı veçhile bu yasanın uygulanabilmesi için ortada kişinin yarattığı bir eserin mevcut olması gerekmektedir ...” demiştir. Karar için bkz. Yarg. 4. HD. 01.01.1977, 5913/7617, YKD, Aralık 1978, s.1959-1964. Yine Yargıtay’ın başka bir kararında da; “5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Yasası’nın 1. maddesi bu yasaya göre koruma altına alınan eseri ... tanımlamıştır. Davaya konu, sanık tarafından fotokopi yoluyla izinsiz olarak çoğaltılıp satılan ‘Yeni Puanlı Koşu Bülteni’nin yukarıda yapılan tarif kapsamında bulunmadığı gözetilerek, at yarışlarına ilişkin bilgiler içeren koşu bülteninin fotokopi yoluyla çoğaltılıp dağıtılması eyleminin anılan yasa kapsamına girmediği ...” belirtilmiştir. Yarg. 7. CD. 15.11.2000, 10175/15725, **Albayrak**, s.43.

¹⁶ **Tekinalp**, s.97.

¹⁷ Kavram için bkz. **Uslu, Ramazan**, Türk Fikir ve Sanat Hukuku’nda Eser Kavramı, Ankara 2003, s.23 vd.; **Tekinalp**, s.97 vd.; **Ateş**, s.56;

olması"dır¹⁸.

FSEK kapsamında kabul edilip korumadan istifade eden eser ile korumadan yararlanamayan ürünün ayırt edilebilmesi eserin sahibinin hususiyetini¹⁹ taşıması ile mümkün olur. Eserin sahibinin hususiyetini taşıması için bağımsız bir fikri çalışmanın ürünü olması ve bu minvalde sahibinin yaratıcı gücünü yansıtmaması gerekir. Ancak 'bağımsız bir fikri çalışma ürünü olmak' kendisinden önce yaratılan diğer eserlerden istifade edilemeyeceği anlamına gelmez. Eser sahibi, kendisine atfedilebilecek az çok bağımsız bir fikri emeği olmak kaydıyla önceden açıklanarak toplumun kültürüne mal olmuş eserlerden, fikir ve ideallerden istifade edebilir²⁰.

Eserin sahibinin yaratıcı gücünü yansıtmaması, eserde daha önce duyulmamış veya görülmemiş mutlak bir orijinalite bulunması demek değildir. Eser sahibi var olandan başkasını meydana getirdikten sonra, bunun mevcut bir ürünün başka türlü şekillendirilmesi, tasnifi, incelenmesi, açıklanması, yorumu şeklinde meydana getirilmiş olması önem arz etmez²¹.

İfade edelim ki, hususiyet kavramının doğru şekilde anlaşılması son derece önem taşımaktadır. Gerçekten hususiyet kavramının dar yorumlanması korumadan yararlanacak eserlerin kapsamını daraltıp sadece başyapıt olarak nitelenebilecek eserlerin korumadan yararlanması sakıncasını ve kavramın geniş yorumlanması ise eser olmayan (sıradan) ürünlere bu niteliğin tanınması sonucunu doğurur²².

FSEK anlamında eser niteliğinin tespitinde sahibinin hususiyetini taşımanın yanı sıra kanunda dört ana kategori halinde sayılan eser gruplarından birine dâhil olmak da şart koşulmuştur. Görüldüğü üzere FSEK eser adı altında tüm fikri çabaları değil, sadece maddede sayılmış olan "ilim ve edebi-

18 "... Maddede yer verildiği üzere bir eserin mevcudiyetinden bahsedilmesi için, sahibinin özelliğini taşıması, yaratıcı bir emek mahsulü olması... gerekir. Diğer taraftan sahibinin hususiyetini taşıyan şeyin hukuki himaye görebilmesi de ancak, bilim ve edebiyat, müzik, güzel san'atlar ve sinema dallarında meydana getirilmesiyle kabildir..." Yarg. 7. CD.17.06.1980, 2877/3052 (Erdil, Engin, İçtihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, İstanbul 2004, s.10). Doktrinde *Tekinalp*'e göre ise; bir ürünün FSEK anlamında eser olarak kabul edilip korunabilmesi için dört unsurun varlığı gereklidir. Bunlar: eserin sahibinin hususiyetini taşıması, sahibinin hususiyetini yansıtacak düzeyde şekillenmiş olması, FSEK'de sayılan eser türlerinden birine dâhil olması ve fikri çabanın ürünü olması gereklilikleridir. Bkz. *Tekinalp*, s.97 vd.

19 "Hususiyet" kavramının kapsamı için bkz. *Tekinalp*, s.98 vd.; *Kılıçoğlu, Ahmet M., Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, Ankara 2006, s.114 vd.

20 *Erel*, s.33-34; *Kılıçoğlu*, *Fikri Haklar*, s.115,116.

21 *Erel*, s.34.

22 *Tekinalp*, s.100; *Üstün*, *Yargısal Uygulamada Fikri Haklar*, s.954-955.

yat, musiki, güzel sanatlar ve sinema eserleri"ni koruma kapsamına almıştır. Hemen belirtelim ki; kanunda yapılan bu sayım bakımından sınırlı sayıda olma ilkesi caridir²³. Bu itibarla bir fikir ve sanat ürününün bu gruplardan birine dâhil edilmesinin mümkün olmadığı hallerde o ürünün FSEK anlamında eser sayılması ve korumadan yararlandırılması söz konusu olmaz. Buna karşılık kanunkoyucunun bu eser grupları içerisinde saydığı eser türlerini ise örnek kabilinden kabul etmek gerekir. Dolayısıyla da kanunda sayımı yapılmamış olmasına rağmen eser grubunun ayırıcı niteliklerini taşıyan yeni bir eser türünün bunlara ilavesi her zaman mümkündür²⁴.

b) Eser Çeşitleri

Yukarıda da belirttiğimiz üzere FSEK, eserler için ana gruplar halinde tasnif yoluna gitmiş ve bu gruplara örnek niteliğinde eser türleri belirtmiştir. Bunlar; ilim ve edebiyat eserleri, musiki eserleri, güzel sanat eserleri ve sinema eserleridir. Aşağıda kısaca eser gruplarına değinilecektir.

aa. İlim ve edebiyat eserleri

FSEK'in 2 nci maddesi üç bent halinde ilim ve edebiyat eserlerini saymıştır. Bu sayım sınırlayıcı olmayıp, örnek kabilindedir. Kanunun düzenlemesine göre, ilim ve edebiyat eserleri;

- Herhangi bir şekilde dil ve yazı ile ifade olunan eserler, bilgisayar programları ve bunların hazırlık tasarımları (FSEK m.2/1);

- Rakıslar, yazılı koreografi eserleri, pandomimalar ve buna benzer sözsüz sahne eserleri (FSEK m.2/2)

- Ve nihayet bedii vasfı bulunmayan her nevi teknik ve ilmi mahiyette fotoğraf eserleri, haritalar, planlar, projeler, krokiler, resimler, coğrafya ve topografyaya ait maket ve benzerleri, mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri, mimari maketler, endüstri, çevre ve sahne tasarım ve projeleri (FSEK m.2/3) şeklinde ifade edilebilir.

bb. Musiki eserleri

Musiki²⁵ eserleri, bir düşünceyi, duyguyu, sesle ifade eden ve bireyler tarafından duyma yoluyla algılanan ürünlerdir. Burada eser olan müziğin kendisi olup icrası değildir²⁶. FSEK'nun 3 üncü maddesinde musiki eserleri,

23 Tekinalp, s.106; Erel, s.36; Kılıçoğlu, Fikri Haklar, s.122.

24 Tekinalp, s.106; Erel, s.36.

25 Sözlükte de musiki, kulağa hoş gelen sesler dizisi olarak tarif edilmektedir. Bkz. tdk.gov.tr (genel Türkçe sözlük, 29.11.2006).

26 Tekinalp, s.115; Uslu, s.124 vd.

“her nevi sözlü ve sözsüz besteler” şeklinde ifade edilmiştir.

cc. Güzel sanat eserleri

Güzel sanat eserleri görme duyumuza hitap ederek estetik bir haz uyandıran, bir yüzey üzerinde yahut cisim halinde oluşmuş, dille ifadeleri mümkün olmayan fikri ürünlerdir²⁷. FSEK’in 4 üncü maddesinde de “estetik değere sahip olma” koşulu ile yağlı ve suluboya tablolar; her türlü resimler, desenler, pasteller, gravürler, güzel yazılar ve tezhipler, kazıma, oyma, kakma veya benzeri usullerle maden, taş, ağaç veya diğer maddelerle çizilen veya tespit edilen eserler, kaligrafi, serigrafi, heykeller, kabartmalar ve oymalar, mimarlık eserleri, el işleri ve küçük sanat eserleri, minyatürler ve süsleme sanatı ürünleri ile tekstil, moda tasarımları, fotoğrafik eserler ve slaytlar, grafik eserler, karikatür eserleri ve her türlü tipler güzel sanat eseri olarak gösterilmiştir.

Güzel sanat eserleri bakımından kanunkoyucunun koşul olarak aradığı “estetik değere sahip olma” unsurundan ne anlaşılması gerektiği önemli bir konudur²⁸. Kelime anlamı ile “estetik”, “sanatsal yaratının genel yasalarıyla sanatta ve hayatta güzelliğin kuramsal bilimi, güzel duygu”; “güzel sanatlara ait, bedîî, latif, nadide güzellik ölçülerine uyan, gözü gönlü okşayan, beğenilen” gibi anlamlara gelmekte ve güzelliği inceleyerek bu husustaki görüşleri açıklayan felsefe dalı şeklinde tanımlanmaktadır²⁹. Bu anlamda estetik, tek tek bireyler bakımından değil, genel olarak toplumun bütünü tarafından benimsenen bir güzellik ifadesi olarak anlaşılmalıdır³⁰.

Güzel sanat eserlerinin bir diğer özelliği de, tek olmasıdır. “Tek olma” eserin tek parça olması anlamına gelmemekte eserin orijinalitesi kastedilmektedir. Bu anlamda çeşitli parçaların bir araya getirilmesiyle oluşturulmuş

²⁷ Erel, s.47.

²⁸ “... 5846 sayılı FSEK’nun 4. maddesinin 5’inci fıkrasına göre, fotoğrafın güzel sanat eseri sayılabilmesi için bedii vasfı haiz olması gerekir. Bu itibarla bir fotoğraf üzerinde FSEK’na göre hak iddia edilebilmesi halinde öncelikle o fotoğrafın bedii vasfı haiz olup olmadığının tespiti gerekir... Bu durumda mahkemece yapılacak iş, davacının hak iddia ettiği dava konusu iki fotoğrafın bedii vasfı haiz olup olmadığı, binnetice güzel sanat eseri sayılıp sayılmayacağına tespiti yolunda bu işlerden anlayanlar arasından sonucuna göre bir karara varmaktan ibarettir ...” Yarg.11.HD., 21.03.1989, 4668/1821 (Erdil, s.19-20). Ayrıca bkz. Özcan, Mehmet, “Fotoğrafların Telif Hakları Kapsamında Değerlendirilmesi”, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Yıl:2, S.:5, İstanbul 2006, s.147 vd.

²⁹ Bkz. tdk.gov.tr (genel Türkçe sözlük, 29.11.2006); Şafak, Ali, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, Ankara 2002, s.128; Tekinalp, s.117; Erel, s.47 vd.; Kılıçoğlu, Fikri Haklar, s.131.

³⁰ Uslu, s.140.

olsa dahi eser, bir bütün olarak tek sayılabilecektir. Tek olma, orijinalite özelliğinin sonucu olarak, güzel sanat eserinden kopyalar çıkarılması sadece çoğaltma hakkını ilgilendirecek, yoksa ortaya yeni bir güzel sanat eseri çıkmış olmayacaktır³¹.

dd. Sinema eserleri

Sinema eseri, diyalog, müzik ve resmin kompozisyonuyla birbirini izleyen film karelerinin yarattığı suni olarak canlandırılmış bir bütündür. Sinema, statik bir sanat olan fotoğrafın aksine bir fikir veya konuyu seyirciye dinamik olarak aktarmaktadır³². FSEK.nun 5 inci maddesinde de “her nevi bedî, ilmî, öğretici veya teknik mahiyette olan veya günlük olayları tespit eden filmler veya sinema filmleri gibi, tespit edildiği materyale bakılmaksızın, elektronik veya mekanik veya benzeri araçlarla gösterilebilen, sesli veya sessiz, birbiriyle ilişkili hareketli görüntüler dizisi” sinema eseri olarak belirtilmiştir.

c) İşlenme eserler

FSEK. bizatihi özgün eserleri değil, aynı zamanda özgün bir eserden yararlanılarak oluşturulan, kaynak esere bağlı olmakla birlikte onu başka bir şekle, türe sokan, diğer bir dile aktaran, aranje eden, tertipleyen, toplayan, derleyen, yayınlamaya elverişli duruma getiren ürünleri de korumuştur³³. Fakat yasakoyucu bunları “eser” diye adlandırmamış, esas esere bağlılıkları sebebiyle “işlenme” olarak isimlendirmiş ve bunların sahiplerinin haklarını da muhafaza etmiştir³⁴. Nitekim FSEK.'in 6/1 inci maddesinde işlenme eser; “diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip de, bu esere nispetle müstakil olmayan fikir ve sanat mahsulleri” şeklinde tanımlanmış ve işlenme eser türlerinin başlıcaları sayılmıştır. Söz konusu düzenlemeler çerçevesinde işlenme eserin iki özelliği bulunmaktadır; 1. işlenme asıl esere sadık kalmalı ve onunla ilişkisi belirtilmeli, 2. işleyenin hususiyetini taşımalıdır³⁵.

Bu kavram kapsamında “derleme eser”den de bahsetmek gerekir. FSEK. m.1/B'de işlenme eser ve derleme eser kavramları ayrı ayrı tanımlanmıştır. Derleme eser, özgün eser üzerindeki haklar saklı kalmak kaydıyla ansiklopediler ve antolojiler gibi muhtevası seçme ve düzenlemelerden oluşan ve

31 Erel, s.47.

32 Erel, s.50-51.

33 Tekinalp, s.124.

34 Tekinalp, s.124.

35 Uslu, s.152 vd. Ayrıca bkz. Tekinalp, s.126-127; Erel, s.54 vd.; Kılıçoğlu, Fikri Haklar, s.137-138.

bir düşünce yaratıcılığı sonucu olan ürünü ifade eder (FSEK. m.1/B-d). Kanunun 6 ncı maddesinde “derleme eser”ler de koruma altına alınmıştır.

Belirtelim ki, eser sahibinin sahip olduğu manevi ve mali haklar, işleme veya derleme eser sahibine de tanınmıştır³⁶. Ancak burada işlenmenin asıl eser sahibinin haklarına zarar vermemesi ve işleyenin hususiyetini taşıması gerekir (FSEK. m.6/son).

4- Fail

FSEK m.71’de bir sınırlama olmadığından herkes bu suçun faili olabilir. FSEK’in 74 üncü maddesinde suçun faili ve bu suça iştirak konusunda özel düzenlemelere yer verilmiştir. Bu hüküm, aşağıda iştirak bahsinde değerlendirilecektir.

5-Mağdur

Mağdur, eseri üzerindeki hakları tecavüze uğrayan kişi yani eser sahibidir. FSEK.nun 1/B maddesinde “eser” kavramının tanımına yer verildikten sonra, eseri meydana getiren kişilere “eser sahibi” denileceği düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, bir eser vücuda getiren şahıs, sadece bu meydana getirme olgusu ile eser sahibi sıfatını kazanır (FSEK m.8/1). Ancak yukarıda açıkladığımız eser kavramından hareketle ancak hususiyetini meydana getirdiği esere yansıtabilmiş olan kişiler eser sahibi sıfatını kazanabilir³⁷. Bir işlenmenin veya derlemenin sahibi de asıl eser sahibinin hakları saklı kalmak kaydıyla onu işleyen veya derleyendir (FSEK m.8/2). Keza sinema eserlerinde; yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı ve diyalog yazarı eserin birlikte sahibidir. Canlandırma tekniği ile yapılmış sinema eserlerinde, animatör de eserin birlikte sahipleri arasındadır (FSEK m.8/3).

Şu halde, bir fikir ve sanat eseri tek bir şahsın yaratıcı fikri çalışması neticesinde meydana getirilmiş olabileceği gibi, birden çok şahsın ortak çalışmalarının ürünü de olabilir. Bu şekilde birden çok şahsın eser sahipliği müşterek olabileceği gibi (FSEK m.9/1), iştirak (elbirliği) halinde eser sahipliği şeklinde de ortaya çıkabilir (FSEK. m.10/1). Müşterek eser sahipliğinde meydana geti-

³⁶ **Tekinalp**, s.124-125. Nitekim Yargıtay’ın konuyla ilgili bir kararında; “... Davalının davacıya ait derleme mahiyetindeki (izahlı edebi san’atlar Antolojisi) adlı eserden matbaa tertip ve baskı yanlışlıklarına varıncaya kadar aynen kendisinin daha sonra yayınladığı (Edebi san’atlar Antolojisi) adlı eserine iktibas ettiği halde kaynak olarak hiç gösterilmediği ve her iki kitap arasında pek çok benzerlikler olduğu ve davalının davacıya ait bu karma işleme eserinden geniş ölçüde nakiller yaptığı açıklanmış bulunmaktadır. 5846 sayılı (Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu)’nun 6/9 hükmüne göre davacının işleme ve derleme eserinin kanunun himayesinde olduğunda şüphe bulunmamaktadır ...” denmektedir. Bkz. Yarg.11.HD., 31.12.1976, 4836/5782 (Erdil, s.22).

³⁷ **Erel**, s.69-70.

rilen eserin kısımlara ayrılması mümkün olup eser sahiplerinden her biri vücudunda getirdiği kısmın sahibidir. İştirak halinde eser sahipliğinde ise³⁸, kişiler eser sahibi statüsünü ayrılmaz bütünün oluşması ile kazanırlar³⁹.

Bu açıklamalar çerçevesinde somut olayın özelliğine göre, eser sahibinin ve dolayısıyla mağdurun belirlenmesi gerekir. FSEK, aksi sabit oluncaya kadar eser üzerinde ismi belirtilen veya umumi yerlerde ya da radyo-televizyon aracılığıyla verilen konferans ve temsillerde mutaden eser sahibi olarak tanıtılan kişinin eser sahibi kabul edileceği karinesine yer vermiştir⁴⁰ (FSEK. m.11). Sahibinin adı belirtilmeyen eserlerde ise yayımlayanın, o belli değilse çoğaltanın eser sahibine ait hak ve yetkileri kullanacağı ifade edilmiştir (bkz. FSEK m.12).

İfade edelim ki, eser, fikri bir çabanın ürünü olduğundan, tüzel kişilerin eser sahibi olmaları mümkün değildir. Keza tüzel kişilerin gerçek kişi olan organları veya istihdam ettiği kişiler eser yaratabilir. Bu sebeple tüzel kişiler, ancak eser sahipliğinden doğan hakları kullanma yetkisine sahip olabilirler⁴¹.

6- Maddi Unsur

Yukarıda da belirttiğimiz üzere; eser sahibinin şahsına bağlı olan manevi haklar; eseri kamuya sunma hakkı (FSEK m.14), eser sahibinin adının belirtilmesi hakkı (FSEK m.15), eserde değişiklik yapılmasını yasaklama hakkı

38 Yargıtay vermiş olduğu bir kararda iştirak halinde eser sahipliğinin içeriği ve koşulları üzerinde durmuştur: "...Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 10/1. maddesi "birden fazla kimsenin iştirakiyle vücuda getirilen eser ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa, eserin sahibi onu vücuda getirenlerin birliğidir" kuralı ile "ortak eser" kavramını kabul etmiştir. Ortak eserden söz edebilmek için, "eserin birden fazla kimsenin yaratıcı ortak çabası ve katkılarıyla meydana gelmesi" gerekir. Çaba veya katkıların az veya çok olması önemli değildir; yeter ki "yaratıcı çaba ve katkı" bulunsun. Bu nedenle çaba ve katkının nicelikli değil nitelikli olması gerekir. Sırf yol gösterme veya yardım etmek ortak eser için yeterli olmaz. Bir sanat eserinin yaratılması için "onun şekillenmesine eylemli olarak yaratıcı çaba ile katılmak" gerekir. Bir eserin yaratılmasına yardım söz konusu olması halinde ise; çaba, yaratıcı olmamakta yaratıcı çabaya bağımlı olarak görülmektedir. Bir teknik ressamın kendisine verilen çizmesi, bir profesörün yazacağı bilimsel eser için asistanın bibliyografyaya malzeme toplaması, heykeltıraşın yardımcısının kendisine verilen modele göre bronz kalıbını hazırlaması veya taş blok yontması gibi hallerde ortak eserden söz edilemez. Nitekim FSEK'nun 10/III. maddesinde bu "bir eserin vücuda getirilmesinde yapılan teknik hizmetler veya teferruata ait yardımlar iştirake esas teşkil etmez" şeklinde açıklanmıştır. Bu durumda yapılan yardım, bir vekalet veya eser sözleşmesi ilişkisini ortaya koyar. Olayımızda, davacıların davalı Erdoğan'ın eserinin hazırlanmasında yaratıcı çaba katkıları bulunmadığı, ancak eserin yaratılmasına yardım ettikleri anlaşılmaktadır ..." Yarg. 4.HD. 22.10.1992, 5141/11254 (Erdil, s.33-34).

39 Ayiter, s.100 vd.; Erel, s.75 vd.

40 "Eser sahipliği karinesi" için bkz. Kılıçoğlu, Fikri Haklar, s.166 vd.

41 Kılıçoğlu, Fikri Haklar, s.119.

(FSEK m.16) ve eser sahibinin zilyed ve malike karşı hakları (FSEK m.17) şeklinde ifade edilebilir. FSEK m.71'de, eser sahibinin anılan haklarının ihlali sonucunu doğuracak fiiller beş bent halinde sayılmıştır. Bu fiiller, maddede seçimlik hareketler şeklinde düzenlenmiş olup suçun oluşması bakımından birinin icrası yeterlidir. Aynı hadisede bir kaçının birleşmesi halinde ortada yine tek suç vardır⁴². Ancak bu ihtimalde cezanın tayini aşamasında (bkz. TCK. m.61) ağırlaştırılması mümkündür.

Aşağıda seçimlik hareketler üzerinde duracağız.

a) Alenileşmiş olsun veya olmasın eser sahibi veya halefinin yazılı izni olmadan bir eseri umuma arz etmek veya yayımlamak

FSEK. m.7'de hak sahibinin rızasıyla umuma arz edilen bir eserin alenileşmiş sayılacağı ifade edilmiştir. Bu düzenleme çerçevesinde bir eser henüz alenileşmeden onun varlık ve içeriği hakkında bilgi vermek, kamuya arz edilip edilmeyeceği hususunu belirlemek, kamuya arz edilecekse ne zaman ne şekilde olacağını tespit etmek ve nihayet kamuya arz etmek eser sahibine ait mutlak bir haktır⁴³. Eser sahibi, kendi istek ve arzusu çerçevesinde eserini istediği zamanda ve biçimde topluma sunabilir. İşte bu manevi hakka aykırı olarak eser sahibi veya halefinin yazılı izni olmaksızın eserin kamuya arzı seçimlik hareketi oluşturur. Keza bir eser alenileşmiş olsa da eser sahibi eseri üzerindeki hak ve yetkilerini kaybetmez. Onun veya halefinin yazılı izni olmaksızın alenileşmiş olsa da bir eserin üçüncü kişilerce umuma arzı da bu suçu oluşturur.

FSEK.in 7 nci maddesinin ikinci fıkrasında yayımlama fiili de açıklanmıştır. Buna göre, bir eserin aslından çoğaltmayla elde edilen nüshaları hak sahibinin rızasıyla satışa çıkarılma veya dağıtılma yahut diğer bir şekilde ticaret mevkiine konulma suretiyle umuma arz edilirse o eser yayımlanmış sayılır⁴⁴. Şu halde eser sahibinin manevi haklarına dahil olan "eserini yayım-

⁴² Hatipoğlu, Muzaffer-Parlar, Ali, Özel Ceza Yasaları Uygulamalarında Ekonomik ve Ticari Suçlar, Ankara 2005, s.106.

⁴³ Soysal, Tamer, "Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunun Tarihsel Gelişimi ve 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Düzenlenen Cezai Hükümler", Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Yıl:1, Sayı:3, İstanbul 2005, s.637.

⁴⁴ Kanun koyucu 7 nci maddenin 3 üncü fıkrasında; eserin yayımlanmasında; 5680 sayılı Basın Kanunu'nun 3 üncü maddesinin 2 nci fıkrası hükmünü saklı tutmuştur. Anılan düzenlemede; "basılmış eserlerin herkesin görebileceği veya girebileceği yerlerde gösterilmesi veya asılması veya dağıtılması veya dinletilmesi veya satılması veya satışa arzı" ile yayımın gerçekleşeceği kabul edilmişti. 09.06.2004 tarih ve 5187 sayılı Basın Kanunu (m.30) ile 5680 sayılı Basın Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır. 5187 sayılı Kanununun 2 nci maddesinin (b) bendinde; "yayım: basılmış eserin her hangi bir şekilde kamuya su-

lama” hakkına aykırı olarak eserin üçüncü kişilerce izinsiz şekilde aslından çoğaltılan nüshalarının satışa çıkarılması, dağıtılması veyahut bu surette umuma arz edilmesi FSEK. m.71/1 kapsamında cezalandırılır. Ayrıca belirtilen ki; “yayım”, bir eserin basılması ve daha çok kitap ticareti anlamlarına gelmesine rağmen, bir eserin izinsiz olarak yayımının, eser nüshalarının mekanik yollarla çoğaltıldığı (plak, gravür, röprodüksiyon gibi) diğer alenileştirme yöntemlerini de kapsayacak şekilde anlaşılması gerekir⁴⁵. Keza yasa koyucu suçun oluşumu bakımından fiilin eserin tamamı üzerinde cereyan etmesini aramamaktadır. Bu nedenle de eserin sadece bir kısmının kamuya arz edilmesi veya yayımlanmasıyla da suç tamamlanmış olacaktır⁴⁶.

Eserin umuma arz edilmesi eser sahibinin veya halefinin iznine dayanmakta ise, fiil hukuka uygun olduğundan eylem suç teşkil etmez (ayrıca bkz. TCK. m.26/2)⁴⁷. FSEK. m.71 ilgilinin rızasının yazılı olmasını arayarak sözlü rızaya bir sonuç bağlamamıştır. Bu düzenleme tarzı tatbikatta ispat hukuku açısından kolaylıklara imkân sağlamakla birlikte, ceza yargılamasının delil serbestliği ilkesi⁴⁸ ile çeliştiği gibi adaletsiz sonuçlara da yol açabilir.

b) Sahip veya halefinin yazılı izni olmadan bir esere veya çoğaltılmış nüshalarına ad koymak

Bir esere ad koymak yetkisi eser sahibine aittir (FSEK m.15). Eser üzerinde sahibinin adının belirtilmesi yetkisi eser sahibine, eserin kullandığı her yerde adının belirtilmesini isteme hakkını da bahşeder⁴⁹. Eser sahibi (veya halefi) bu hakkını dilediği takdirde yazılı bir irade beyanıyla bir başkasına devredebilir. Ancak böyle bir yazılı izin olmaksızın eser veya çoğaltılmış nüshalarına ad

nulmasıdır” denilmektedir. Görüldüğü üzere, yeni Basın Kanunu, yayıma ilişkin tanıtımda özellik arz etmemektedir. Aynı doğrultuda bkz. **Kılıçoğlu**, *Fikri Haklar*, s.126, 127.

45 **Albayrak**, s.18; **Ateş**, s.137.

46 **Hafizoğulları**, s.5.

47 **Hafizoğulları**, s.5.

48 Delil serbestliği ilkesi için bkz. **Roxin, Claus**, *Strafverfahrensrecht*, 20. Auflage, München 1987, s.75 vd.; **Öztürk, Bahri- Erdem, Mustafa Ruhan**, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Baskı, Ankara 2006, s.355 vd.; **Centel, Nur-Zafer,Hamide**, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Bası, İstanbul 2006, s.204 vd.; **Toroslu, Nevzat-Feyzioğlu, Metin**, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2006, s.168 vd.

49 **Tekinalp**, s.156; **Soysal**, s.638; “...Bir eserden çoğaltma yolu ile yararlanma hakkı sadece ve münhasıran eser sahibine ait olduğu gibi FSEK.’in 15 inci maddesi uyarınca eser sahibi olarak tanıtılma hakkı da eser sahibinin vazgeçemeyeceği manevi haklardan olup, davalının davacıya ait “Ney Metodu” isimli eserini, fotokopi yapmak ve bunun üzerine kendi adını yazmak suretiyle davacının ... manevi haklarını ihlal ettiği...” Yarg.11.HD., 09.10.2000, 6431/7566 (**Erdil**, s.203).

koymak eser sahibinin manevi haklarına tecavüz teşkil eder⁵⁰.

Burada da yazılı iznin bir hukuka uygunluk sebebi olduğunu belirtmek gerekir. Somut olayda eserin kimin tarafından vücuda getirildiği hususunun uyuşmazlık konusu olması durumunda eserin kime ait olduğuna mahkeme karar verir (FSEK m.15/3)⁵¹.

c) Başkasının eserini kendi eseri veya kendisinin eserini başkasının eseri olarak göstermek veya 15 nci maddenin ikinci fıkrası hükmüne aykırı hareket etmek

FSEK.in 71/3 üncü maddesi ile getirilen bu seçimli hareketin ilk kısmında kişinin, bir başkasına ait eseri kendi emeğinin ürünüymiş gibi göstermesi ile kendi eserini maruf ve meşhur olmuş birisinin eseriymiş gibi göstermesi fiillerinin cezalandırılacağı düzenlenmiştir⁵². Bendin ikinci kısmında ise, 15 inci maddenin ikinci fıkrasına aykırı hareketler suç sayılmıştır. Anılan maddede güzel sanat eserinden çoğaltma ile elde edilen kopyalarla bir işlenmenin aslı veya çoğaltılmış nüshaları üzerinde 1) asıl eser sahibinin ad veya alametinin belirtilmesi, 2) vücuda getirilen eserin bir kopya veya işlenme olduğunun açıkça gösterilmesi mükellefiyetlerine yer verilmiştir. Bu mükellefiyetlere aykırı hareketler eser sahibinin manevi haklarına tecavüz teşkil edeceğinden yaptırıma bağlanmıştır.

d) 32, 33, 34, 35, 36, 37, 39⁵³ ve 40 nci maddelerdeki hallerde kaynak göstermemek veya yanlış yahut kifayetsiz veya aldatıcı kaynak göstermek

Kanun koyucu, bir eser meydana getirirken başkalarının fikirlerinden

50 "... Davacı söz ve müziği kendisine ait olan "sevdim seni" adlı şarkının, davalıya ait filmde izinsiz olarak kullanıldığını ileri sürerek... FSEK'nun üçüncü bölüm A/II kısmında korunan "manevi haklar" açıkça gösterilmiştir. "Adın Belirtilmesi Salahiyeti" başlığı altında düzenlenen 15. maddenin ikinci bendinde "eser üzerinde adının belirtilmesi" manevi hak olarak kabul edilmiştir. Bu haktan vazgeçmedikçe, eserin, sahibinin adı altında açıklanması ve yayımlanması gerekir ..." Yarg. 4.HD., 09.02.1989, 8503/1052 (Erdil, s.44).

51 **Hafizoğulları**, s.6. Yargıtay da konuya ilişkin olarak; "... Eserin kimin tarafından vücuda getirildiğinin ihtilafı olması halinde gerçek eser sahibinin hakkının tesbit edilmesini mahkemeden talep edebileceği ve fakat böyle bir iddia mahkemece karara bağlanmadan önce hiç kimsenin eserin hassen kendisine ait olduğunu ileri süremeyeceği gibi eser üzerindeki dilediğince tasarruf edebilmesinin mümkün olamayacağı ..." demiştir. Bkz. Yarg. 7. CD. 01.03.1988, 1988/2260-1964 (**Gündel, Ahmet**, Açıklama-İçtihatlı Özel Yasalar-daki Asliye Ceza Davaları, Ankara 2000, s.1410).

52 **Albayrak**, s.19.

53 Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 39 uncu maddesi 21.02.2001 tarihli 4630 sayılı Kanun'un 36/e maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

(aynen alarak yahut kendi üslup ve ifadesiyle aktararak) istifade eden kişilerin, kaynak göstermemelerinin veya yanlış veya kifayetsiz veya aldatıcı kaynak göstermelerinin manevi hakları ihlal edeceğini kabul ederek cezalandırılacaklarını belirtmiştir⁵⁴. Görüldüğü üzere eser meydana getiren kişinin, fikri aldığı kaynağı hiç zikretmemesi (tamamıyla görmezlikten gelmesi) ile yanlış yahut kifayetsiz veya aldatıcı kaynak göstermesi arasında fark gözetilmemiştir. Ancak yasa koyucu belirtilen hallerde kaynak gösterme zorunluluğuna ilişkin istisnalar getirmiş ve bunların da yasadaki koşullara uygun olmasını aramıştır. Esasen bu haller münhasıran eser sahibinin eseri üzerindeki haklarının genel ve özel menfaat mülahazaları ile sınırlandırıldığı noktalarda meydana gelen tecavüzlere ilişkin olup, yasada şu şekilde sayılmışlardır:

aa. FSEK m.32'de genel menfaat düşüncesiyle söz ve nutukların haber veya bilgi verme maksadıyla kullanılabilmesi kabul edilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasına göre hadisenin mahiyeti ve vaziyetin icabı gerektirmediği hallerde söz ve nutuk sahibinin adı zikredilmeyebilir. Buna karşılık hadisenin mahiyeti ve vaziyetin icabı gerektirdiği halde söz ve nutuk sahiplerinin adlarını zikretmemek FSEK m.71/4 uyarınca manevi hakka tecavüz suçuna vücut verir.

bb. FSEK m.33'te yayınlanmış bir eserin eğitim-öğretim kurumlarında ve eğitim-öğretim maksadıyla (doğrudan veya dolaylı kar amacı güdülmeksizin) temsiline, eserin ve eser sahibinin adının zikredilmesi, kaynak olarak gösterilmesi şartıyla izin verilmiştir. Bu zorunluluğa uyulmaması halinde eser sahibinin manevi hakkına tecavüz suçu gerçekleşir.

cc. FSEK m.34 uyarınca eğitim ve öğretim maksadıyla seçme ve toplama eserlerin vücuda getirilmesine müsaade edilmiş olmakla birlikte, bu hallerde de eser veya eser sahibinin adının zikredilmemesi suç teşkil eder.

dd. FSEK m.35 uyarınca alenileşmiş eserlerden alıntı yapılırken alıntının belli olacak şekilde yapılması ile ilim eserlerinde eser ve eser sahibinin adının yanı sıra alıntının yapıldığı kısmın gösterilmesi zorunludur. Bu kurala aykırı şekilde eseri ve eser sahibini belirtmeksizin alıntı yapılması suç sayılmıştır.

⁵⁴ Albayrak, s.20; Hafizoğulları, s.6. Nitekim Yargıtay'ın verdiği bir kararda da; "... 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 15/1. maddesi hükmüne göre, bir eseri sahibinin adı veya müstear adı ile yahut adsız olarak umuma arz etme veya yayımlama hususunda karar vermek salahiyeti, yalnız eser sahibine aittir. Aynı Yasanın 34/son maddesi gereğince de, iktibas serbestisi olan hallerde dahi, eser ve eser sahibinin adının zikredilmesi gerekli olduğu gibi, 35/2. maddede de aynı hüküm tekrarlanmıştır ..." denmektedir. Bkz. Yarg. 4.HD., 25.05.1978, 8264/6776 (Erdil, s.45-46).

ee. FSEK m.36'da, gazete veya dergilerden yapılacak alıntılarda, kendisinden alıntı yapılan gazete, dergi ve ajansın ve eğer bunlar da başka bir kaynaktan alınmışlarsa o kaynağın ad, tarih ve sayısından başka makale sahiplerinin ad, müstear ad veya alametlerinin zikredilmesi mecburiyetine yer verilmiştir. Bu mükellefiyete uyulmaması manevi haklara tecavüz sayılmıştır.

ff. FSEK m.37'de, haber niteliğinde olmak ve bilgilendirme maksadını aşmamak kaydıyla günlük hadiselerle ilgili olarak fikir ve sanat eserlerinden alıntı yapılmasına izin verilmiştir. Ancak bu serbestlik hak sahibinin hukuki menfaatlerine zarar verecek şekilde veya eserden normal yararlanmaya aykırı biçimde kullanılamaz. Anılan maddede esere ve eser sahibinin ismine atıf yapılması zorunluluğuna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte kaynak gösterilmeden alıntı yapılmasının suç teşkil edeceği halleri sayan 71 inci maddenin 4 üncü bendinde FSEK m.37 de sayıldığından, bu ihtimal dâhilinde yapılan iktibaslarda eserin ve eser sahibinin adlarının kaynak olarak gösterilmemesi suç teşkil eder⁵⁵.

gg. FSEK m.40'da güzel sanat eserlerinin umumi veya umuma açık yerlerde kopya ve teşhir edilmeleri konusunda kaideler düzenlenmiştir. Madde de belirtilen haller haricinde kaynak göstermeksizin güzel sanat eserlerinin teşhiri, çoğaltılması, yayılması suç teşkil eder.

e) Eser sahibinin yazılı izni olmaksızın bir eseri değiştirmek

Eser üzerinde kısaltma, ekleme ve her ne surette olursa olsun değişiklik yapma yetkisi eser sahibine aittir. Kanun koyucu da FSEK m.16'da eser üzerinde değişiklik yapma hakkının eser sahibine ait olduğunu belirttikten sonra, bu hakka bir takım istisnalar getirerek eser sahibinin, üçüncü kişilerin eserde değişiklik yapmalarını men etmek yetkisini düzenlemiştir.

Belirtmek gerekir ki, eser sahibinin, mali haklarını devrettiği kimselere eserde değişiklik yapmak yetkisini de (belli sınırlar çerçevesinde) devrettiğini kabul etmek gerekir. Örneğin, bir romanın sinemaya uyarlanması, bir piyesin sahneye konulması yahut bir edebi eserin tercüme edilmesi zorunlu bazı değişikliklerin yapılmasını gerektirebilecektir. Bu yüzden de kanun koyucu FSEK m.16'da, bir eseri işleme, çoğaltma, temsil veya yayım haklarını devralmış olanların bu hakların kullanılması için zaruri görülen değiştirmeleri eser sahibinin yazılı izni olmaksızın da yapabileceklerini düzenleme konusu yapmıştır. Yine maddeye göre eser sahibi, dilediği takdirde yazılı izin vermek suretiyle eser üzerinde, iznin konusunu aşmayacak şekilde değişiklik yapma hakkını üçüncü kişilere de devredebilecektir. Bu bağlamda

⁵⁵ Hafızoğulları, s.7.

yazılı bir izin olmaksızın eser üzerinde değişiklik yapan kişilerin fiilleri suç teşkil edecek ve bu kişiler FSEK m.71/5 uyarınca cezalandırılacaktır⁵⁶.

Kanaatimizce FSEK.'e 4630 sayılı yasa ile eklenen "eser sahibinin yazılı izni olmaksızın bir eseri değiştirmek fiilinin cezalandırılacağı" şeklindeki söz konusu düzenleme yerinde olmakla beraber, yeterli değildir. Şöyle ki; eser sahibinin münhasır haklarından eserde değişiklik yapılması hakkının bir sonraki aşaması olan işleme hakkının da bu düzenleme içerisine dâhil edilmesi daha doğru olurdu⁵⁷.

7- Manevi Unsur

"Manevi haklara tecavüz suçu" kasten işlenebilir, taksirle işlenemez. Kanun koyucu FSEK m.71 ile bu hakları bilerek ve isteyerek⁵⁸ ihlal edenlerin fiillerini yaptırma bağlamıştır⁵⁹.

8- Hukuka Aykırılık Unsuru

Manevi haklara tecavüz suçu açısından hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran sebeplerden ilgilinin (mağdurun) rızası üzerinde durmak gerekir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere FSEK. m.71'de yer alan fiiller "eser sahibinin veya halefinin yazılı izni" bulunduğu takdirde hukuka uygun olduğundan suç teşkil etmeyecektir. Bu itibarla eser sahibinin rızası, yazılı ve iradesi ifsat edilmemiş olmakla sonuç doğurur. Rıza açıklamasının suçtan önce ve her halükarda icra hareketlerinin devam ettiği sırada olması gerekir. Rızanın suçun işlendiği sırada veyahut icra hareketleri devam ederken geri alınması geri alma anından itibaren fiili hukuka aykırı hale getirir⁶⁰. Kanaatimizce bu ihtimalde kanunkoyucu yazılı rıza şartına yer verdiği için rızanın

⁵⁶ Albayrak, s.22; Erel, s.122; Can, Mustafa Erdem, "Radyo ve Televizyon Yayınları Üzerindeki Fikri Haklar", AÜHF, C.:48, S.:1-4, Ankara 2000, s.296 vd.

⁵⁷ Düzenlemeyi değerlendiren *Üstün*'e göre de; maddeye 'eserde yapılan değişikliğin duruma göre işleme hakkının ihlali sayılacağı' hususunun eklenmesi gerekmektedir. *Üstün, Gürsel*, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda 4630 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklikler ve Eleştirilerimiz", İBD, C.:75, S.:1, İstanbul 2001, s.158.

⁵⁸ "Sanığın sahaf olup, yaptığı iş ve mesleği gereği... taklit ve bandrolsuz olduğu tespit edilen kitapları fark ve tefrik edebilecek durumda bulunduğu gözetilerek bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir" Yarg. 7. CD. 06.06.2002, 8136/8614 (*Hatipoğlu-Parlar*, s.114).

⁵⁹ *Hafizoğulları*'na göre, kanun koyucu, FSEK m.71'in esasını kusur sorumluluğuna dayandırmasına rağmen m.74'te objektif sorumluluk halinden de bahsetmiş olmakla kendi içerisinde çelişkiye düşmektedir. Bkz. *Hafizoğulları*, s.5.

⁶⁰ Bkz. *Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir*, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C:II, 12. Baskı, İstanbul 1999, s.544; *Önder, Ayhan*, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C:II-III, İstanbul 1992, s.212 vd.; *Soyaslan, Doğan*, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2005, s.367.

geri alınmasının da yazılı şekilde olması aranmalıdır. İfade edelim ki; yasada rızanın yazılı olmasının aranması ispat hukuku açısından pratikte kolaylık sağlarsa da⁶¹ sözlü rızalara da bir değer atfedilmesi ceza yargılamasının ispata ilişkin ilkeleri ile adalete daha uygun düşecektir. Nitekim Tasarının 43 üncü maddesinin (b) bendi ile yapılan değişiklik önerisinde, yazılı izin olmamasına rağmen fiilin hak sahibinin izni ile gerçekleştirildiğinin anlaşılması halinde failin ceza hukuku bakımından sorumlu tutulmayacağı belirtilmiştir.

9- Suçun Özel Görünüş Şekilleri

a) Teşebbüs

Manevi haklara tecavüz suçuna ilişkin FSEK m.71'de sayılan seçimlik hareketler; “umuma arz etmek veya yayımlamak”, “ad koymak”, “başkasının eserini kendi eseri-kendi eserini başkasının eseri gibi göstermek”, “kaynak göstermemek veya yanlış yahut yetersiz veya aldatıcı kaynak göstermek”, “eseri değiştirmek” şeklinde gösterilmiştir. Kanun koyucu suçun gerçekleşmesi için hareketten ayrı bir neticenin varlığını aramadığından manevi haklara tecavüz, sırf hareket suçudur. Bu itibarla ancak icra hareketlerinin tamamlanamaması halinde teşebbüsten bahsedilebilir (TCK.m.35).

b) İştirak

Manevi haklara tecavüz suçuna iştirak bakımından genel hükümler uygulanır. Nitekim FSEK. m. 74/4'te; “*Ceza Kanununun (765 sayılı) 64, 65, 66 ve 67 nci maddelerinin hükümleri mahfuzdur*” denilmektedir. 5252 sayılı “Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun”un üçüncü maddesi uyarınca mevzuatta yürürlükten kaldırılan 765 sayılı TCK.ya yapılan yollamalar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılacağından, TCK.'nın iştirake ilişkin 37 vd. maddeleri burada tatbik imkanı bulur.

FSEK'in 74 üncü maddesinin birinci fıkrasında, 71, 72, 73 ve 80 inci maddelerde yazılı suçların, hizmetlerini ifa ettikleri sırada bir işletmenin

61 Keza FSEK'in “görev ve ispat” başlıklı 76 ncı maddesinin 3 üncü fıkrasında; “*Bu Kanun kapsamında açılacak davalarda mahkeme, davacının iddianın doğruluğu hakkında kuvvetli kanaat oluşturmaya yeter miktar delil sunması halinde korunmakta olan eserler, fonogramlar, icralar, filmler ve yayınları kullananların bu kanunda öngörülen izin ve yetkileri aldıklarına dair belgeleri ve/veya tüm yararlanılan eser, fonogram, icra, film ve yayınların listelerini sunmasını isteyebilir. Belirtilen belge ve/veya listelerin sunulmaması tüm eser, fonogram, icra, film ve yayınların haksız kullanılmakta olduğuna karine teşkil eder*” denilmektedir.

temsilcisi veya müstahdemi⁶² tarafından ika edilmesi halinde, eylemin işlenmesine mani olmayan işletme sahibi veya müdürü yahut hangi nam ve sıfatla olursa olsun işletmeyi fiilen idare eden kimsenin de fail gibi cezalandırılacağı belirtilmiştir. Burada işletme sahibi veya müdürün yahut işletmeyi fiilen idare eden kimsenin suçun işlenmesini engelleme imkânı mevcut değilse, cezai sorumluluğun kapsamı dışında kalacağını belirtmek gerekir⁶³. Anılan kimselerin fiilin işlendiğinden haberdar olmamaları hali buna örnektir. Bununla beraber bu kimseler suçun işlenmesini engellemek imkânına sahip olmalarına rağmen, bu görevlerini kasten ihmal ederek suçu önlememişlerse müşterek fail (TCK.m.37/1) gibi cezalandırılırlar⁶⁴. Zira kanun koyucu anılan düzenleme ile, bu kimselerin neticeyi önleme mükellefiyetlerine işaret etmiştir.

FSEK'in söz konusu düzenlemesi üçüncü kişinin fiilinden sorumluluk kapsamında "objektif sorumluluk" içeren bir hüküm olarak değerlendirilmiştir⁶⁵. Kanaatimizce ceza hukukunda başkasının fiilinden yahut kusursuz sorumluluk şeklinde tezahür eden objektif sorumluluk halleri kabul edilemez. Nitekim TCK.nın 20 nci maddesinin birinci fıkrasında "*ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz*" denildiği gibi, 21 nci maddesinde de "*suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır*" denilerek kusura dayalı (subjektif) sorumluluğa yer verilmiştir. FSEK.in 71 inci maddesinde yer alan suç da "kasten" işlenebilir. Bu itibarla 74 üncü madde hükmü, fiile yönelik kastı bulunmayan kimselere, sorumluluğun genişletilmesi şeklinde sonuç doğurabilecek tarzda tatbik edilmemelidir⁶⁶.

FSEK m.74'ün birinci fıkrasının ikinci cümlesinde; fiilin işletme sahibi veya müdürü yahut işletmeyi fiilen idare eden kimse tarafından emredilmesi halinde, bu kişilerin fail; fiili gerçekleştiren temsilci veya müstahdemine ise yardım eden olarak cezalandırılacağı belirtilmiştir. Anılan hükmün ceza hukukunun temel prensiplerine aykırı olduğu belirtilmiştir. Bizim de iştirak ettiğimiz bu düşünceye göre⁶⁷, konusu suç teşkil eden bir emrin yerine getirilmesi mümkün değildir. Emri veren de yerine getiren de iştirak halinde

62 FSEK m.74'de geçen temsilci ile işletme adına imza atmaya yetkili kimse kastedilmektedir. Müstahdem ise, işletmenin herhangi bir çalışanıdır. Ayrıca bkz. **Tekinalp**, s.319.

63 **Tekinalp**, s.319; **Soysal**, s.654.

64 İcrai suça ihmalî hareketle müşterek fail olarak iştirak edilmesi konusunda bkz. **Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 3. Bası, Ankara 2006, s.512, 513.

65 **Hafızoğulları**, s.4.

66 Doktrinde **Ayiter** de, 74 üncü maddenin 1 inci fıkrasında öngörülen bu ihtimalde de kişinin kasten hareket etmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. **Ayiter**, s.267.

67 **Hafızoğulları**, s.4.

işlenen suçtan sorumludur. Bu itibarla 74 üncü maddenin düzenlemesi gereksizdir. Ayrıca FSEK m.74/4'de "Ceza Kanununun (765 sayılı) 64, 65, 66 ve 67 nci maddelerinin hükümleri mahfuzdur" denilmesine rağmen⁶⁸, suçun faili olan (TCK.m.37/1) temsilci veya müstahdemin müşterek fail değil, yardım eden (bkz. TCK.m.39) olarak sorumlu tutulması da anlaşılır değildir.

FSEK. m.74'ün ikinci fıkrasında temsil edilmesinin kanuna aykırılığını bildiği bir eserin umuma gösterilmesi için -karşılıklı veya karşılıksız olarak- yer tahsis eden veya böyle bir eserin temsilinde vazife veya rol alan kimse- nin suça yardım eden olarak cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Burada da kanunkoyucunun manevi (veya mali) haklara tecavüz niteliğindeki bir temsilde görev veya rol alan kimselerin suçun işlenmesindeki katkılarını değerlendirmeksizin peşinen yardım eden olarak sorumluluklarını öngörmesi yerinde değildir. Gerçekten böyle bir fiilde anılan kimselerin rolü müşterek faillik (TCK.m.37/1) niteliğinde bulunabilir.

FSEK.m.74/2'nin tatbiki açısından temsil mahallinin neresi olduğu (umuma açık yer veya temsile müsait olmayan) önemli değildir. Eserin temsilinde görev ya da rol almak da; bu temsilin organizasyonunu yüklenmek- ten, buna her çeşit katılmayı ve temsilde oyuncu olarak çalışmayı kapsar⁶⁹.

c) İçtima

Manevi haklara tecavüz suçu yasada seçimlik hareketli olarak düzenlen- diğinden, aynı hadisede bu hareketlerden birkaçının birleşmesi suçun tekli- ğini değiştirmez. Bununla birlikte manevi haklara tecavüz teşkil eden hare- ketlerin tekrarı halinde yerine göre zincirleme suç hükümleri uygulanabilir. Örneğin bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda eser sahibinin çeşitli eserlerinin izin alınmaksızın yayımlanması halinde zincir- leme suçtan bahsedilebilir. Suçların içtima bakımından başka ihtimallerin ortaya çıkması da mümkündür. Örneğin başkasının eserini kendi eseri gibi göstererek bundan haksız menfaat elde eden kimse eser sahibinin haklarına saldırı yönünden FSEK. m.71, kandırarak zararına haksız kazanç elde ettiği kimse yönünden de dolandırıcılık (TCK. m.157) suçlarından ayrı ayrı ceza- landırılır.

10- Yaptırım ve Kovuşturma

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 71 inci maddesinde, manevi haklara tecavüz suçunu işleyen kişiler hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis ve

⁶⁸ 5252 sayılı "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun"un üçüncü maddesi uyarınca mevzuatta yürürlükten kaldırılan 765 sayılı TCK.ya yapılan atıflar 5237 sayılı TCK.nın ilgili hükümlerine yapılmış sayılır.

⁶⁹ Tekinalp, s.319.

elli milyar liradan yüz elli milyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden hükmedilebileceği öngörülmüştür. Böylece yasa koyucu terditli yaptırım sistemine yer vererek, suçun ağırlığına göre cezayı belirleme konusunda hâkime takdir yetkisi tanımıştır. Ancak hâkimin takdir yetkisini kullanırken, bu suç bakımından ne gibi hususlara dikkat edeceği konusunda bir belirleme yapılmamıştır. Doktrinde bu sebeple, birbirinden farklı uygulamalara sebebiyet vereceğinden yaptırıma ilişkin düzenleme eleştirilmiştir⁷⁰.

Maddede öngörülen “ağır para cezası” 5252 sayılı Kanun’un 5 inci maddesi uyarınca “adli para cezası”na dönüştürülmüştür. Adli para cezasının ödenmemesi halinde 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 106 ncı maddesi hükümlerine göre hapse çevirme söz konusudur. Bu takdirde bir gün karşılığı olarak 100 milyon TL esas alınır (5252 sk. m.5/3).

FSEK.’in 74 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında, bir tüzel kişinin işleri çevrilirken anılan suçların işlenmesi durumunda hükmedilecek masraf ve para cezasından tüzel kişinin diğer suçlularla birlikte müteselsilen sorumlu olacağı belirtilmiştir. Öncelikle bu düzenleme para cezası yönünden müteselsil sorumluluğu benimsemiş olması dolayısıyla kabul edilemez. Ayrıca TCK.nın 20 nci maddesinde belirtildiği üzere, tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanması, ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibine de aykırıdır. Bu itibarla FSEK.m.74’ün, yukarıda temas ettiğimiz TCK.nın 5 inci maddesi muvacehesinde ceza kanununun genel prensipleriyle örtüşmediğini belirtmeliyiz.

Kanunun 75 inci maddesinde kovuşturma usulü düzenlenmiştir. Buna göre kanunun 71, 72 ve 73 üncü maddelerinde sayılan suçların takibi şikâyete bağlıdır. Aşağıda mali haklara tecavüz suçuna ilişkin değerlendirmeler kapsamında kovuşturma bahsi üzerinde duracağımızdan burada o kısma atıf yapmakla yetiniyoruz.

Son olarak FSEK.in 75 inci maddesinin 7 ve 8 inci fıkralarında tekerrüre ilişkin özel düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, FSEK.de yazılı suçlardan dolayı hakkında kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı olan kişi iki yıl içinde aynı suçu bir defa daha işlerse yeni suçtan dolayı verilecek ceza bir kat arttırılır. Ayrıca tekerrür üzerine verilen hapis cezası ertelenemez ve para cezasına veya tedbire çevrilemez. FSEK.in bu düzenleme tarzının TCK. m.5 muvacehesinde tekerrüre ilişkin genel prensiplerle örtüşmediğini belirtmek

⁷⁰ Nilsson, Gül Okutan, “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Gelişmeler”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.:1, İstanbul 2004, s.64.

gerekir (bkz. TCK. m.58). Nitekim Tasarı'da da tekrüre ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir (Tasarı m.43/ç).

III- MALİ HAKLARA TECAVÜZ SUÇU (FSEK. m. 72)

1- Genel Olarak

Eser sahibine eserinden iktisaden (mali olarak) yararlanma yetkisini veren mutlak haklara mali haklar denilmektedir⁷¹. Esasen, mali haklar denildiğinde, eser sahibine hukuk düzenince tanınan münferit yetkilerden ziyade, bu yetkilerin üçüncü kişilere yasaklanması suretiyle oluşturulan tekel durumu, yani bir nevi imtiyaz hali anlaşılır⁷².

Kanun, fikir ve sanat eserlerine ilişkin mali hakların neler olduğu ve bu hakların kimlere ait bulunduğu hususlarını FSEK m.20 vd. hükümlerinde düzenlemiştir. Buna göre söz konusu haklar; işleme hakkı (FSEK m.21), çoğaltma hakkı (FSEK m.22), yayma hakkı (FSEK m.23), temsil hakkı (FSEK m.24) ve işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı (FSEK m.25) şeklindedir. Kanun'un 72 nci maddesinde de, eser sahibinin, eseri üzerindeki bu haklarına yönelik tecavüzlerin cezalandırılacağı belirtilmek suretiyle eser üzerindeki mali haklar koruma altına alınmıştır.

Ancak hemen ifade etmek gerekir ki, mali hakların cezai himayesi (aynı şekilde hukuki himayesi de) sınırsız değildir. Şöyle ki; kanun koyucu FSEK m.26'da "*eser sahibine tanınan mali haklar zamanla mukayyettir*" demek suretiyle korumanın sadece belli bir süre içerisinde sağlanacağını belirtmektedir. Bu bağlamda mali haklara yönelik koruma, eser sahibinin yaşadığı müddetçe sunulacağı gibi ölümünden itibaren de 70 yıl devam edecektir (FSEK m.27). İfade edelim ki; yukarıda izah ettiğimiz manevi haklar yönünden yasada bir koruma süresi öngörülmemiştir. Bu itibarla eser alenileştikten sonra üzerinden ne kadar süre geçerse geçsin, eser sahibinin manevi hakları devam eder⁷³.

Mali hakların korunması süreleri, mali hakların ihlalini teşkil eden suçlar bakımından da önem arz eder. Dolayısıyla FSEK m.72'de sayılan ihlalleri gerçekleştiren bir kişinin cezalandırılabilmesi için, kanunun suç saydığı fiilin bu süreler içerisinde işlenmiş olması gerekmektedir⁷⁴.

Mali haklara tecavüz suçunu düzenleyen FSEK. m.72'de; "*Bu kanuna*

⁷¹ Ayiter, s.125; Kılıçoğlu, Hukuksal Koruma Yolları, s.53; Albayrak, s.22; Erel, s.133 vd.

⁷² Ateş, s.157.

⁷³ Kılıçoğlu, Hukuksal Koruma Yolları, s.55.

⁷⁴ Hafızoğulları, s.8.

aykırı olarak kasten;

1. Aralarında mevcut bir sözleşme olmasına rağmen bu sözleşme hükümlerine aykırı olarak bir eser veya işlenmelerinin kendi tarafından çoğaltılmış nüshalarını satan veya dağıtan kişiler hakkında, üç aydan iki yıla kadar hapis veya on milyar liradan elli milyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden,

2. hak sahibinin izni olmaksızın bir eseri ve çoğaltılmış nüshalarını, bu Kanununun 81 inci maddesinin yedinci fıkrasında sayılan yerlerde satan kişiler hakkında üç aydan iki yıla kadar hapis veya beş milyar liradan elli milyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden,

3. Hak sahibinin izni olmaksızın;

a) Bir eseri herhangi bir şekilde işleyen,

b) Bir eseri herhangi bir şekilde çoğaltan,

c) Bir eseri herhangi bir şekilde yayan,

d) Bir eserin nüshalarını yasal veya yasal olmayan yollardan ülkeye sokan ve her ne şekilde olursa olsun ticaret konusu yapan,

e) Bir eseri topluma açık yerlerde gösteren veya temsil eden, bu gösterimi düzenleyen veya dijital iletim de dahil olmak üzere her nevi işaret, ses ve/veya görüntü iletimine yarayan araçlarla yayan veya yayımına aracılık eden,

Kişiler hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis veya elli milyar liradan yüzelli milyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden hükmolunur” denmektedir. Aşağıda suç tipini inceleyeceğiz.

2- Korunan Hukuki Değer

Bu suç tipinin ihdası ile eser sahibinin veya halefinin FSEK.de öngörülen mali haklarının korunması amaçlanmıştır. Mali haklar, eser sahibine, eserinden ekonomik olarak yararlanma ve bunun şeklini tayin etme hakkını vermekte ve eserden üçüncü kişilerin bu tarzda faydalanmalarını engelleme yetkisini bahşetmektedir. Kanunkoyucu eser sahibinin eseri üzerindeki işleme, çoğaltma, yayma gibi haklarının ihlalini yaptırıma bağlamıştır⁷⁵.

3- Suçun Konusu

Suçun konusu manevi haklara tecavüz suçunda da olduğu gibi eserdir. Yukarıda bu kavram açıklandığından oradaki bilgilere atıf yapmakla yetiniyoruz.

⁷⁵ Tekinalp, s.166.

4- Fail

Suçun faili, yasada herhangi bir sınırlama bulunmadığından herkes olabilir. FSEK. m.74'te faillik ve iştirak konusunda özel düzenleme getirilmiştir. Yukarıda bu konuya temas etmiştik.

5- Mağdur

Mağdur, eseri üzerindeki mali hakları tecavüze uğrayan kişi yani eser sahibidir. Zira mali hakları kullanma yetkisi münhasıran eser sahibine aittir (FSEK.m. 18/1). Eser sahibi ile üçüncü kişiler arasında mali hakların kısmen veya tamamen devri konusunda ilişkiler kurulabilir⁷⁶ (FSEK. m.48 vd). Bu ihtimalde eser üzerindeki mali hakkı eser sahibinden devralan kimse de, söz konusu hakka yönelik saldırılar bakımından suçun mağduru kabul edilir. Ayrıca aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça, memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki mali haklar⁷⁷, bunları çalıştıran veya istihdam edenler tarafından kullanılır (FSEK.m.18/2). Tüzel kişilerin de, organları aracılığıyla meydana getirilen eserlerin mali haklarına sahip oldukları kabul edilmiştir (FSEK.m.18/2)⁷⁸. Yine bir eserin yapımcısı veya yayımcısı, ancak eser sahibi ile yapacağı sözleşme çerçevesinde mali hakları kullanabilir (FSEK.m.18/3).

⁷⁶ Kılıçoğlu, Hukuksal Koruma Yolları, s.54.

⁷⁷ Zira 18 inci maddenin 2 ve 3 üncü fıkraları mali haklarla ilgili olup, eseri meydana getirenlerin manevi haklarına hanel getirmez. Bkz. **Tekinalp**, s.135. Nitekim Yargıtay'ın konuyla ilgili bir kararında; "... 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 8/2(18/2). maddesine göre, aralarındaki sözleşmeden aksi anlaşılmadıkça, memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserlerin mali hak sahipleri bunları çalıştıran veya tayin edenlerdir. Bu hükme dayanılarak davacı şirket lehine mali haklarına tecavüz olduğundan bahisle maddi tazminata karar verilmiş ise de, davacı şirket anılan maddede açık bir şekilde belirtildiği üzere davaya konu eserin mali hak sahibi olup, eserin manevi haklarının sahibi değildir. Anılan kanunda mali ve manevi haklar ayrı ayrı düzenlenmiş olup, manevi haklar tadadi olarak gösterilmiştir. Sayılan bu haklardan dolayı manevi tazminat isteyemeyeceğinin kabulü ile bu istek kaleminin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde manevi tazminata hükmedilmesi doğru görülmemiştir ..." denilmiştir. Bkz. Yarg. 11.HD., 04.06.2001, 2687/5080 (Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Yıl:1, S.:3, İstanbul 2005, s.794 vd).

⁷⁸ "... Güzel sanat eseri üzerindeki hak sahipliğinin belirlenmesinde ana kural, fikir ürünü olan eserin, onun yaratıcısına ait olmasıdır. Yasadaki anlatımla "sahibinin hususiyetini taşıyan eser, onu vücuda getirenindir (FSEK m.1 ve 8). Ana kural bu olmakla birlikte bazı hallerde kanun onu bizzat üreten veya yaratandan başkasına ait sayılmasını kabul etmiştir. Bu hallerde, eser sahibi sayılan kişinin, eserin yaratılması faaliyetine katkısı, onun özünü oluşturan "özgün fikir ürününü meydana getirme" değil, bu ürünün ortaya çıkışını sağlayan bir takım hukuksal ve ekonomik ilişkilerde ilgili olarak yer almış bulunmaktadır. FSEK'e göre, bu sıfat (yani, eseri bizzat yaratan kişi olmadıkları halde, eserin sahibi olma) belli koşullarda, işverenlere, tüzel kişilere, yayımcılara tanınmıştır. Bunun istisnai bir durum olduğu kuşkusuzdur ..." Yarg. 11.HD., 11.03.1994, 982/2011 (Erdil, s.57).

6- Maddi Unsur

FSEK.in 72 nci maddesinde mali haklara tecavüz suçu üç bent halinde düzenlenmiştir. Maddede her bir bendin yaptırımı ve konusu bağımsız olarak öngörüldüğünden somut olayda farklı bentlerdeki fiillerin birleşmesi halinde birden fazla suçun varlığından söz edilmelidir⁷⁹. Bununla birlikte, birinci ve üçüncü bentlerde birden fazla hareketin seçimlik olarak yaptırımı bağlandığı görülmektedir. Bu itibarla anılan bentlerde yer alan birden fazla hareketin aynı olayda birleşmesi halinde seçimlik hareketli suç tanımı yapıldığından ilgili bent hükmünün bir defa tatbiki gerekir. Örneğin FSEK. m.72/3 anlamında hak sahibinin izni olmaksızın bir eseri çoğaltan ve ardından yayan kişi, hükümdeki iki seçimlik hareketi birden yerine getirmiş olmasına karşın tek suçtan cezalandırılır. Aşağıda mali haklara tecavüz suçu kapsamında yaptırımı bağlanan fiiller ayrı ayrı incelenecektir.

a) Bir eserin sözleşmeye aykırı olarak kendisi tarafından çoğaltılmış nüshalarını satmak veya dağıtmak

FSEK.in 72 nci maddesinin birinci bendinde düzenlenen bu fiilde diğer manevi ve mali haklara tecavüz suçlarından farklı olarak eser sahibi ile fail arasında esere veya işlemelerine ilişkin bir sözleşme bulunması hali temel alınmıştır⁸⁰. Kanunkoyucu mali haklara tecavüz suçunun bu şekilde seçimlik hareketlere yer vermiştir. Söz konusu seçimlik hareketler sözleşmeye aykırı olarak fail tarafından çoğaltılan nüshaların satılması yahut ivazlı veya ivazsız dağıtılmasıdır.

b) Bir eseri ve çoğaltılmış nüshalarını FSEK. m.81/7'de gösterilen yerlerde satmak

Mali haklara tecavüz suçunun bu şekilde hak sahibinin izni olmaksızın bir eserin veya çoğaltılmış nüshalarının bizatihi FSEK.in 81/7 nci maddesinde sayılan yerlerde satılması yaptırımı bağlanmıştır. FSEK.in bahsi geçen 81 inci maddesinin yedinci fıkrasında, kanun kapsamında korunmasına, yasal yollarla çoğaltılmış olmasına ve bandrollü bulunmasına rağmen tüm eserlerin yol, meydan, pazar, kaldırım, iskele, köprü ve benzeri yerlerde satışı yasaklanmıştır⁸¹. Düzenlemede bu şekilde satışa sunulan nüshalara genel

⁷⁹ Bkz. Özgenç, s.202.

⁸⁰ Bkz. Kılıçoğlu, Ahmet, "Fikri Haklar Alanında 5101 Sayılı Kanun'la Getirilen Yanıllıklar", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.:55, Kasım-Aralık 2004, s.75.

⁸¹ Bu hükmün amacı, "korsan yayıncı mücadele" olarak gösterilmiştir. Diğer bir ifadeyle korsan ürünlerin satışı genellikle maddede belirtilen yerlerde yapıldığından kanunkoyucu korsan satışını önleyemediğini kabul ederek, bütün fikir ve sanat eserlerinin bu gibi yerlerde satışını engelleyerek korsan eser satışını da önleyeceğini düşünmüştür. Bkz. Albayrak, Mustafa, "Fikri ve Sınai Haklar Aleyhine İşlenen Suçların Kovuşturulması ve

kolluk ve zabita tarafından görüldüğü yerde el konulması da zorunlu kılınmıştır.

FSEK.in 72/2 nci maddesinde de eser sahibinden izin alınmadan eserin veya çoğaltılmış nüshalarının bu yerlerde satışı yaptırma bağlanmıştır. İfade edelim ki, suça konu eserin sözleşmeye aykırı ya da hak sahibinin rızası dışında çoğaltılmamış olması gerekir. Zira burada bandrol alınması gerekmeyen ya da bandrol alınması gerekli eserlerden ise bandrolü alınmış olan ve hak sahibinin izniyle çoğaltılan bir eserin onun izni olmaksızın anılan mahallerde satılması yaptırma bağlanmıştır⁸². Görüldüğü üzere kanunkoyucu bizatihi eserin 81/7’de sayılan mekânlarda izinsiz olarak satışını yasaklamıştır⁸³. Şayet bandrol alınması gereken bir eser hak sahibinin izni dışında çoğaltılarak bandrol alınmaksızın veya sahte bandrolle bu mahallerde satışa arz edilirse gerek 72 nci maddede yazılı suç, gerekse de 81 inci madde de düzenlenen suç tipi gerçekleşir. Bu ihtimalde yerine göre failin her bir suçtan ayrı ayrı cezalandırılması gündeme gelebileceği gibi, fikri içtima kuralları da uygulanabilir.

Tasarıda 81 inci maddede yapılan değişiklik önerisinde, bandrol yükümlülüğüne aykırılığın aynı eserle ilgili olarak manevi veya mali haklara tecavüz teşkil etmesi durumunda fail hakkında sadece 81 inci madde uyarınca cezaya hükmedileceği belirtilmiştir.

c) Hak sahibinin izni olmaksızın;

aa. Bir eseri herhangi bir şekilde işlemek

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, FSEK.nun 1/B maddesinin (c) bendinde işlenme eserlerin tanımı yapılmış ve 6 nci maddesinde de “işlenme” tanımlandıktan sonra işlenmelerin nelerden ibaret olduğu sayılmıştır. Diğer bir eserden yararlanılmak suretiyle oluşturulan işlenme eser, asıl esere nispetle bağımsız olamaz. Kaldı ki, işleme eser, asıl eserin özelliklerini de yansıtmak zorundadır. Aksi halde, işleme eserden değil, bağımsız bir eserden veya bir öykünmeden bahsediyor oluruz. Diğer taraftan da, “işlenme” ancak bir özellik arz ederek eser niteliği taşırsa korunacaktır⁸⁴. Bu bağlamda işlenme, bir

Yargılamasında Sorunlar ve Çözüm Yolları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.:57, Nisan 2005, s.340. Ayrıca bkz. Nilsson, s.63.

82 İfade edelim ki, FSEK m.81/7’de fikir ve sanat eserinin belirtilen yerlerde satışı kesinlikle yasaklandığı için hak sahibinin yazılı izni sadece FSEK m.72/2’de yazılı suçun oluşmasını engeller. Aynı doğrultuda bkz. Albayrak, Sorunlar ve Çözüm Yolları, s.341.

83 Soysal, s.640.

84 Teoman, Ömer, Otuz Yıl Ticaret Hukuku – Tüm Makalelerim, C.:1, İstanbul 2000, s.104.

eserin başka bir gruba dâhil eser türüne dönüştürülmesi değil, nitelik olarak asıl esere bağlı kalmak kaydıyla kendi grubu içerisinde başka bir türe sokulmasıdır⁸⁵. Örneğin bir romanın tiyatro oyunu haline getirilmesi işlemidir.

Belirtmek gerekir ki, bir eserin işleme hakkını devralan kimse, o hakla beraber onun kullanılması için zaruri olan hakları da devralmış kabul edilir⁸⁶.

Eser sahibinin eseri üzerindeki mali haklarından biri olarak işleme hakkı, FSEK m.21'de düzenlenmiş ve FSEK m.72 ile cezai himayenin konusu yapılmıştır. Buna göre bir eserden, hak sahibinin izni olmaksızın, kasten işleme bir eser meydana getiren kişinin fiili⁸⁷ suç teşkil edecektir.

bb. Bir eseri herhangi bir şekilde çoğaltmak

Çoğaltma, yayınlanarak fikir ve sanat alanına giren bir eserin, aslına ihtiyaç duymadan ondan yararlanma imkânı sağlayacak kopyalarının, ekonomik kazanç sağlamak amacıyla, herhangi bir maddi araç kullanmak suretiyle meydana getirilmesini doğuran teknik bir işlemdir⁸⁸. Hakkın muhafazası bakımından eserin kopyalarının kalıcı olması gerekmemektedir. Şöyle ki, eserden sınırlı bir zaman diliminde yararlanma imkânı veren kopyalamalar da çoğaltma kapsamında değerlendirilmek gerekecektir. Yine benzer şekilde çoğaltma sonucu elde edilen nüshaların sayısı da önemli değildir (buna göre eserden yararlanmayı sağlayacak tek bir nüshanın vücuda getirilmesi dahi yeterlidir). Çoğaltmada kullanılan usul, teknik ve materyal de önemli değildir. Bu bakımdan, matbaa, fotokopi makinesi gibi çoğaltma araçları dışındaki usul, teknik ve vasıtalarla (örneğin daktilo ve benzeri mekanik araçlar ya

85 Erel, s.56, 135; Albayrak, s.23; Ateş, s.72 vd; Can, s.299.

86 Can, s.299.

87 "... Davalının yaptığı filmin, davacının eserinden sadece esinlenme, öykülenme sonunda meydana getirilmiş genel bir etkileşim ürünü olmayıp, intihal düzeyinde alıntılardan oluştuğu sonucuna varılmalıdır. Uygulama ve öğretiyeye göre, bir eserde yapılan alıntılar ortaya çıkan yeni esere galip geliyorsa artık masum alıntıdan söz edilemez... Davalı eylemi, davacının bilimsel eserinden, onun izni olmadan işleme eser meydana getirmedir. Burada davacıya ait bilim eseri işlenerek "sinema eseri" haline dönüştürülmüş. Oysa FSEK 21. maddeye göre bir eserin "işleme hakkı" münhasıran esas eser sahibine aittir. Başkaları tarafından bu hakkın kullanılması (için), davacıya ait işleme hakkı... FSEK 52. madde uyarınca yazılı sözleşme ile davalılara devredilmelidir. Buradaki yazılı olma kuralı geçerlilik şartıdır... Somut olaya dönersek, taraflar arasında eserin işleme hakkının davalılara devir edildiğine dair yazılı bir sözleşme yoktur... Böylece, davalılar, davacıya ait "bilimsel eseri" işleyerek bir "sinema eseri"ne dönüştürmüşler ve işleme eseri çoğaltmak, televizyonda oynatmak suretiyle, eser sahibinin eserini çoğaltma ve yayma hakkını ihlal etmişlerdir ..." Yarg. HGK. 02.04.2003, 4-260/271 (Erdil, s.24-25).

88 Albayrak, s.23; Ateş, s.164 vd.

da elektronik araçlarla hatta el yazısıyla) yapılan teksirler de kanun anlamında çoğaltma sayılacaklardır⁸⁹.

Bir eserin çoğaltılmasına karar verme hakkı eser sahibine aittir (FSEK.m.22). Eser sahibinin eseri üzerindeki çoğaltma hakkının ihlali sonucunu doğuran her türlü fiil, suç olarak kabul edilmiştir. Buna göre hak sahibinin izni olmaksızın, bir fikir ve sanat eserini çoğaltan kimse FSEK m.72’de işaret olunan suçu işlemiş olacaktır.

Ancak eser sahibi dışındakilere getirilmiş olan bu çoğaltma yasağı sınırsız da değildir. Örneğin FSEK m.30 gereğince kamu düzeninin gerektirdiği hallerde ve FSEK m.38 gereğince de kar amacı güdülmeksizin şahsen kullanım amacıyla çoğaltmaya izin verilmiştir. İfade etmek gerekir ki hukuka uygunluk nedeni olan bu iki halin varlığı fiili suç olmaktan da çıkaracaktır⁹⁰. Ayrıca bunlara ek olarak işleme ve yayma konusundaki mali haklarını devreden eser sahibinin, işin niteliği aksini gerektirmedikçe çoğaltma hakkını da devretmiş olduğunu kabul etmek gerekir⁹¹.

cc. Bir eseri herhangi bir şekilde yaymak

FSEK m.23 uyarınca bir eserin veya çoğaltma ile elde edilen nüshalarının kiralınması, ödünç verilmesi, satışa çıkarılması veya diğer herhangi bir yolla ticaret konusu yapılması suretiyle umuma arz edilmesi (dağıtılması), dolayısıyla yayılması hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Esasen burada düzenlenen eser sahibinin mali haklarından çoğaltma hakkının devamı nite-

⁸⁹ Ateş, s.165. aynı doğrultuda bkz. Erel, s.140 vd.

⁹⁰ Hafizoğulları, s.10; Ateş, s.362 vd. Yargıtay da konuya ilişkin olarak verdiği bir kararında; "... yakalama tutanağına göre sanığın cafe ve fotokopi dükkanı olarak işlettiği işyerinde görevliler nezaretinde yapılan aramada müşteki vekilince dava konusu eserin 13 adet fotokopisinin raflardan çıkarılıp alındığı sanık da hazırlık beyanında fotokopisizlik yaptığı, üniversite öğrencilerinin bulamadıkları kitapların fotokopisini çektiklerini, 13 adet siparişi de tanımadığı bir kişinin verdiğini, duruşmada ise öğrencilerin çekilmiş fotokopileri kendi makinelerinde çekilmediğini ileri sürdüğüne göre ... yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılarak fotokopi haline getirilen eserlerin kitap halinde mi yoksa öğrenciler tarafından öğrenim amacıyla hizmet karşılığı sanığa fotokopi olarak çoğaltılıp spiral ciltlenmek suretiyle meydana getirilen bir şey mi olduğu, sanığın da fotokopi hizmeti karşılığında eseri bu hale getirip getirmediği ve hizmet karşılığı bu hale getirdiği kitabı iade edip etmeyeceği ederse 5846 sayılı kanunun 72 nci maddesindeki çoğaltma unsurunun oluşmayacağı eğer fotokopi yoluyla çoğaltıp kitap haline getirerek kitabın tümünü satacaksa anılan suçun oluşacağı hususları tartışılıp araştırılarak bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve soruşturma ile yazılı şekilde hüküm tesisi ...(bozmayı gerektirmiştir)" demiştir. Bkz. Yarg. 7. CD. 27.05.2003, 21821/3608, (Albayrak, s.45).

⁹¹ Erel, s.138.

liğindeki pazarlama aşamasına ilişkin bir haktır⁹². Yayma eserin herhangi bir yolla ticarete sunulmasıdır⁹³. Bu hakkın ihlali sonucunu doğuracak şekilde bir eser veya işlemlerinin, çoğaltılmış nüshalarının, çoğaltan kişi tarafından, hak sahibinin izni olmaksızın⁹⁴ satılması, satışa veya tedavüle çıkarılması suç sayılmıştır. Dolayısıyla eser sahibinin yazılı izin ile bu hakkını bir başkasına devretmesi halinde (FSEK. m.52) hakkı devralan kişinin maddede sayılan eylemi gerçekleştirmesi suç teşkil etmeyecek, fiil hukuka uygun olacaktır⁹⁵.

dd. Bir eserin nüshalarını yasal veya yasal olmayan yollardan ülkeye sokmak ve her ne şekilde olursa olsun ticaret konusu yapmak

Kanunkoyucu bu düzenleme ile eser sahibinin izni ile yurt dışında basılmış, çoğaltılmış olan eser nüshalarının izin alınmaksızın ithal edilmesi yani yurda sokulması eylemini suç olarak kabul etmiştir. Bu düzenlemenin temelini FSEK.in 23 üncü maddesinin ikinci fıkrası oluşturmaktadır. Maddeye göre de; eserin yurt dışında çoğaltılmış nüshalarının yurda getirilerek bunlardan yayma, dağıtma yoluyla faydalanılması hakkı, eser sahibine aittir. Bu bağlamda fikir ve sanat eserinin her ne şekilde ve yolla olursa olsun eser sahibinin (veya yayma hakkı sahibinin) onayı alınmadan yurda sokulup ticaret konusu yapılmasıyla suç oluşur. Şu halde inceleme konusu suç; birleşmiş hareketli olup, bizatihi eserin nüshalarının yurda sokulması yeterli değildir. Hak sahibinin izni dışında ticaret konusu yapılması da gerekir. Gerçekten birleşmiş hareketli suçlarda kanunkoyucu ceza normunda birden fazla hareket gösterir ve suçun oluşması için bu hareketlerin hepsinin mutlaka yapılmasını ister. Hareketlerden yalnız birinin yapılması halinde faile ceza veri-

92 Albayrak, s.24.

93 Belirtelim ki; yayma, yayımlamadan farklı bir kavram olarak ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, yayma, eser veya nüshalarının herhangi bir şekilde dağıtılması iradesini ifade etmekte; buna karşılık yayımlama ise eserin kamuya sunulmasını (yani ilk kez alenileştirilmesini) ifade etmekte olan bir kavramdır. Bkz. Ateş, s.170; Erel, s.145.

94 "... Müdahilin, anılan eseri hak sahibiyile yapılan bir sözleşmeye dayanarak tercüme edip yayınladığına dair bir belge mevcut olup olmadığı araştırılmak suretiyle sonucuna nazaran sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken ..." Yarg. 7. CD. 05.05.1999, 1999/2702-5002 (Gündel, s.1413).

95 "Kitabın yayıncısı olduğunu iddia eden Orta Doğu Reklam Tanıtım Yayıncılık A.Ş. ile kitabın yazarları arasında kitabın basımı ile ilgili anlaşma olup olmadığı var ise, kaç baskı ve ne miktarda anlaşıldığı ve bu anlaşmada kitabın basım çoğaltım ve satışa çıkarma hakkının ... araştırılarak sonucuna göre suç vasfı ve sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi ..." Yarg. 7. CD. 05.04.2000, 972/5005, (Albayrak, s.44).

lemez⁹⁶. Belirtmek gerekir ki, ithal edilen taklit nüshaların vergilerinin ödenmiş olması da fiilin suç teşkil etmesine etki etmeyecek ve ithali yapan kişi cezalandırılacaktır⁹⁷. Buna mukabil vergilerin ödenmemesi diğer bir ifadeyle eserin yurda kaçak sokulması dolayısıyla ortaya çıkan cezai müeyyideler de FSEK bakımından sorumluluğu etkilemez.

ee. Bir eseri topluma açık yerlerde göstermek veya temsil etmek, bu gösterimi düzenlemek veya dijital iletim⁹⁸ de dahil olmak üzere her nevi işaret, ses ve/veya görüntü iletimine yarayan araçlarla yaymak veya yayımına aracılık etmek

Bu bentte eseri temsil hakkının eser sahibinin izni olmaksızın kullanılması cezalandırılmıştır. Hükmün esasını FSEK.in 24 üncü maddesinde yer alan “temsil hakkı” ile 25 inci maddesinde düzenlenen “işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletme hakkı” teşkil etmektedir.

Kanun, fikir ve sanat eserlerinden yaymak, teşhir ve temsil etmek suretiyle yararlanmak haklarını münhasıran eser sahibine vermiş ve bu hakları ihlal edenlerin de cezalandırılacaklarını belirtmiştir. Buna göre, bir eser veya işlenmelerini, eser sahibinin rızası olmaksızın, temsil veya teşhir etmek, umumi yerlerde göstermek veya radyo yahut buna benzer araçlarla yaymak ya da yayımına aracılık etmek maddi unsuru oluşturur. Topluma açık yerlerden kastedilen eserin, aile ve iş ilişkileri dolayısıyla birbirine bağlı olan ve görevi icabı eseri bilen kişiler dışında, çok sayıda, gayrimuayyen kişilere sunulmasıdır⁹⁹. Kanunkoyucu suçun bu şekilde seçimlik hareketler öngörmüş ve söz konusu hareketleri yaptırma bağlamıştır. Örneğin, hak sahibinin izni olmaksızın bir tiyatro eserini topluma açık yerde temsil eden oyuncu, bu gösterimi düzenleyen organizatör, video kamera ile kaydederek video kaseti ya da VCD ile yayan veya buna aracılık eden kimse anılan suçun maddi unsurunu gerçekleştirmiş olur¹⁰⁰.

⁹⁶ Bkz. **Demirbaş, Timur**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2006, s.214, 215; **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Genel Hükümler, s.422-423.

⁹⁷ **Albayrak**, s.25; **Hafızoğulları**, s.11; **Soysal**, s.641.

⁹⁸ *Üstün*, maddede kanun koyucunun ‘sayısal iletim’ kavramını kullanmak yerine ‘dijital iletim’ kavramını kullanmasını eleştirmiştir. *Üstün*, s.158.

⁹⁹ **Soysal**, s.641.

¹⁰⁰ “... Davacıya ait NEWARNEYORK/Seçuk Demirel adlı Galeri Nev tarafından bastırılan Sergi Kataloğunda “M...balo” isimli yapıtındaki 11 ve 12 nolu eserlerinde yer alan figürleri canlandırma -Animation- suretiyle davalı şirkete ait C... Televizyon kanalında yayımlandığı sabittir. Davalının eser sahibinden izin almadan yayın yaptığı, bu eylem davalının FSEK’den doğan işleme, çoğaltma, TV, Uydu ve Kablo yoluyla yayma hakkına tecavüz oluşturur ...” Yarg. HGK., 20.03.2002, 11-176/214 (**Erdil**, s.64).

7- Manevi Unsur

Mali haklara tecavüz suçunun manevi unsuru kasttır. Fail, maddede yazılı hareketleri bilerek ve isteyerek gerçekleştirmelidir¹⁰¹. Suç teşkil eden neticeyi taksirli hareketi ile meydana getiren kişinin bu madde uyarınca cezalandırılması mümkün değildir¹⁰². Bununla beraber mali hakları ihlal eden fiili dolayısıyla anılan kişinin hukuki sorumluluğundan bahsedilebilir.

8- Hukuka Aykırılık Unsuru

Mali haklara tecavüz suçları bakımından da ilgilinin (mağdurun) rızası (TCK m.26/2) fiili hukuka uygun hale getirir. Her ne kadar 72 nci maddede "hak sahibinin izni olmaksızın" denilerek, rıza açıklamasının "yazılı" olması koşuluna yer verilmemişse de mali haklara ilişkin her türlü sözleşme ve tasarrufun yazılı olması FSEK. m.52'de geçerlilik şartı olarak aranmıştır. Bu itibarla mali haklara tecavüz suçu bakımından da hak sahibinin rızasının yazılı olması gerekir¹⁰³.

Hukuka uygunluk sebeplerinden hakkın icrasına da değinmek gerekir (TCK m.26/1). Gerçekten sahip olunan bir hakkın kullanılması, idrak edilmesi (algılanması) hukuka uygunluk sebebidir. Hukuk düzeni bir kimseye belirli bir hakkı vermekle, o hakkın icra edilmesini, idrak edilmesini de hukuka uygun saymış olmaktadır¹⁰⁴. Bu kapsamda FSEK bazı hükümleri ile kişilere eser sahibinin iznine ihtiyaç bulunmaksızın eser üzerinde manevi ve mali haklar kapsamındaki bazı fiillere cevaz vermiştir. Örneğin FSEK.in 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38 ve 40 ıncı maddelerinde yer alan ihtimallerde kanundaki düzenlemeye ve koşullarına uygun olmak şartıyla bazı hareketler hukuka uygun addedilmiştir.

¹⁰¹ "Oluşa ve dosya içeriğine göre suç konusu kitaplar ... izinsiz çoğaltılmış kitaplar olduğunu tespit edilmesi halinde bu işle uğraşan sanığın yaptığı iş icabı bunu bilebileceği hususu da dikkate alınarak... tayin ve takdiri gerekirken eksik incelemeyle hüküm tesisi..." Yarg. 7. CD. 29.10.1999, 9781/10681 (**Hatipoğlu-Parlar**, s. 124).

¹⁰² **Hafizoğulları**, s.9.

¹⁰³ **Hafizoğulları**, s.9. Yargıtay'da konuya ilişkin bir kararında; "... davacı eser sahibinin beş defa baskıya muvafakat etmiş olmasının altıncı baskı için de muvafakatının sözlü olmasını gerektirmeyeceği, FSEK.nun 52 nci maddesi gereğince mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması şartının bir geçerlilik koşulu bulunmasına ve Kanunun koyduğu geçerlilik şartına dayanan bir kimsenin hareketinin kötü niyet belirtisi olarak sayılamayacağına..." demiştir. Bkz. Yarg. 11. HD.04.12.1975, 4967/7001 (**Erdil**, s.126, 127). FSEK m.52 ve Yargıtay uygulamasının değerlendirmesi için bkz. **Üstün**, Yargısal Uygulamada Fikri Haklar, s.975 vd.

¹⁰⁴ Bkz. **Dönmezer-Erman**, II, n.702; **İçel, Kayhan-Akıncı, Füsün Sokullu- Özgenç, İzzet - Sözüer, Adem - Mahmutoğlu, Fatih S. - Ünver, Yener**, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, İstanbul 2000, s.167; **Soyaslan**, s.356 vd.; **Demirbaş**, s.288 vd.

9- Suçun Özel Görünüş Şekilleri

a) Teşebbüs

Mali haklara tecavüz suçuna ilişkin FSEK m.72’de suçun üç bent halinde işleniş şekillerinden bahsedilmiştir. Birinci bentte yaptırıma bağlanan hareketler “satmak” veya “dağıtmak” olarak tespit edilmiştir. Bu ihtimalde suçun oluşması için hareketin yapılması yeterli olup, hareketten ayrı bir neticenin gerçekleşmesi aranmaz. Söz konusu özellik dolayısıyla birinci bentte düzenlenen suça ancak icra hareketlerinin tamamlanamaması halinde teşebbüs mümkündür.

FSEK m.72’nin ikinci bendinde yaptırıma bağlanan hareket “satmak” şeklinde düzenlenmiştir. Böylece hareketten ayrı bir neticenin varlığı aranmadığından suçun bu şekli, sırf hareket suçudur. Bu itibarla ancak icra hareketlerinin tamamlanamaması halinde teşebbüsten bahsedilebilir.

FSEK.in 72 nci maddesinin üçüncü bendinde de (a, b, c, e alt bentlerinde) “işlemek”, “çoğaltmak”, “yaymak”, “göstermek veya temsil etmek”, “düzenlemek”, “yaymak veya yayıma aracılık etmek” hareketlerinden söz edilmiştir. Suçun bu işleniş şekilleri bakımından da sırf hareket suçu özelliği taşıdığını ve ancak icra hareketlerinin kısımlara ayrılabilmesi halinde teşebbüsten söz edilebileceğini ifade etmeliyiz. Bununla birlikte 72 nci maddenin üçüncü bendinin (d) alt bendinde “ülkeye sokan ve ticaret konusu yapan” şeklinde birleşmiş hareketli bir suç tanımına yer verildiğinden, ilk hareket yapıldıktan sonra ikinci hareketin yapılmaması suç tipinin gerçekleşmemesi sonucunu doğurur ve fail teşebbüsten cezalandırılmaz¹⁰⁵.

b) İştirak

Mali haklara tecavüz suçuna iştirak bakımından genel hükümler uygulanır. Bu suç bakımından da tatbik imkânı bulunan FSEK. m.74 hükmü ile ilgili yukarıda açıklama yaptığımızdan oradaki bilgilere atıf yapmakla yetiniyoruz.

c) İçtima

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, FSEK m.72’de her biri bağımsız suç tarifine yer veren üç bent halinde mali haklara tecavüz yaptırıma bağlanmıştır. Bu sebeple somut olayda farklı bentler kapsamında değerlendirilecek fiiller gerçekleştirilirse fail her birinden ayrı ayrı cezalandırılır. Buna mukabil maddenin bir ve üçüncü bentlerinde seçimlik hareketlere yer verildiğinden ilgili bent kapsamında birden fazla seçimlik hareketin somut olayda ihlali suçun tekliğini engellemez.

¹⁰⁵ Önder, II-III, s.60; Artuk-Gökçen-Yenidünya, Genel Hükümler, s.423.

Mali haklara tecavüz teşkil eden hareketlerin tekrarı halinde yerine göre zincirleme suç hükümleri uygulanabilir (TCK m.43).

Son olarak belirtelim ki; somut olayda failin eylemi, hem manevi hem de mali haklara tecavüz niteliği taşıyabilir¹⁰⁶. Bu ihtimalde fiilin teklifi belirlendiğinde fikri içtima ilişkin hüküm uygulanır (TCK.m.44). Failin somut olayda farklı hareketlerle her iki suç tipini ihlal etmesi durumunda ise, ayrı ayrı cezalandırılması gerekir. Örneğin, bir başkasının eserine ad koyarak çoğaltmak ihtimalinde hem 71 inci madde, hem de 72 nci maddede yer alan suç tipi, ayrı ayrı ihlal edilmiş olur.

10- Yaptırım ve Kovuşturma

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 72 nci maddesinde; mali haklara tecavüz suçunu işleyen kişiler hakkında birinci bentte yazılı halde “üç aydan iki yıla kadar hapis veya on milyar liradan elli milyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden”; ikinci bentte yazılı halde “üç aydan iki yıla kadar hapis veya beş milyar liradan elli milyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden” ve üçüncü bentte yazılı halde “iki yıldan dört yıla kadar hapis veya elli milyar liradan yüzelli milyar liraya kadar ağır para cezasına veya zararın ağırlığı dikkate alınarak her ikisine birden” hükmolunacağı düzenlenmiştir. Maddede öngörülen “ağır para cezası” 5252 sayılı Kanun'un 5 inci maddesi uyarınca “adli para cezası”na dönüştürülmüştür. Adli para cezasının ödenmemesi halinde 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 106 ncı maddesi hükümlerine göre hapse çevirme söz konusudur. Bu takdirde bir gün karşılığı olarak 100 milyon TL esas alınır (5252 sk. m.5/3).

FSEK.'in 74 üncü maddesinde yer alan tüzel kişilerle ilgili düzenlemeye yukarıda manevi haklara tecavüz suçunu incelerken temas ettiğimizden oradaki açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz.

FSEK.in 75 inci maddesinin 7 ve 8 inci fıkralarında da tekerrüre ilişkin özel bir hükme yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeler, yukarıda da belirttiğimiz üzere TCK. m.5 muvacehesinde tekerrüre ilişkin genel prensiplerle örtüşmemektedir (bkz. TCK. m.58). Nitekim Tasarıda da tekerrüre ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmeyip, konu genel hükümlere bırakılmıştır

106 “... Bir eserden çoğaltma yolu ile yararlanma hakkı sadece ve münhasıran eser sahibine ait olduğu gibi FSEK 15'inci maddesi uyarınca eser sahibi olarak tanıtılma hakkı da eser sahibinin vazgeçemeyeceği manevi haklardan olup, davalının, davacıya ait “Ney Metodu” isimli eserini, fotokopi yapmak ve bunun üzerine kendi adını yazmak suretiyle davalının mali ve manevi haklarını ihlal ettiği...” Yarg. 11. HD. 09.10.2000, 6431/7566 (Erdil, s.203).

(Tasarı m.43/ç).

Kanunun 75 inci maddesinde kovuşturma usulü düzenlenmiştir. Buna göre kanunun 71, 72 ve 73 üncü maddelerinde sayılan suçların takibi şikâyetle bağlıdır. Bir muhakeme şartı olan şikâyet, suçtan zarar görenin yetkili makamlara müracaat ederek işlenen suçtan zarar gördüğünü ve söz konusu suç faillerinin kovuşturularak cezalandırılmasını istemesidir. İnceleme konusu suçlarda şikâyet hakkı, manevi ve mali hakları tecavüze uğrayan kimselelere aittir. Hakları tecavüze uğrayan kimselerin başında eser sahibi gelir. Eser sahibinin, eser ile ilgili mali haklarını devretmesi halinde devralan kişinin de şikâyet hakkı bulunmaktadır¹⁰⁷. Buna karşılık niteliği itibariyle devredilmeleri mümkün olmayan manevi haklar bakımından böyle bir durum söz konusu olmaz¹⁰⁸. Suçtan zarar göreni birden fazla ise, bunlardan birinin şikâyet etmesi, dava şartının gerçekleşmesi için yeterlidir. Bu, failin değil, fiilin şikâyet edilmesinin bir sonucudur. Yine failin birden fazla olması durumunda, bunlardan biri hakkında şikâyet yapılınca hepsi hakkında da şikâyet yapılmış sayılır. Buna şikâyetin yayılma etkisi denilmektedir¹⁰⁹.

Kanunkoyucu şikâyetin yapılması sırasında hak sahiplerinin haklarını kanıtlayan belge ve/veya nüshaları Cumhuriyet savcılığına sunmalarını aramıştır (FSEK m.75/1).

FSEK bazı şartların varlığı altında, hakları tecavüze uğrayan kişilerden başka kimselerin de şikâyet hakkını kullanabileceklerini düzenlemiştir. Bu düzenleme uyarınca maddede belirtilen hallerle sınırlı olmak üzere; Milli Eğitim Bakanlığı (FSEK. m.75/2-1), Kültür Bakanlığı (FSEK. m.75/2-1,2,3), Basın Yayın Genel Müdürlüğü (FSEK. m.75/2-2), Türk basını temsil eden kuruluşlar (FSEK. m.75/2-2) ve Meslek Birlikleri (FSEK m.75/2-4; m.42) şikâyet hakkına sahiptirler. 5846 sayılı FSEK.de her ne kadar 71 ve 72 nci maddelerde yer alan suçların şahsi dava yoluyla takibi öngörülmüşse de (FSEK m.75-76) 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 9 uncu maddesi uyarınca özel kanun-

¹⁰⁷ "...Sanık hakkında 5846 sayılı kanunun 73/5. maddesine göre dava açılıp anılan yasanın 75. maddesinde de "71. 72. 73. maddelerde sayılan suçlardan dolayı kovuşturma şikâyetle bağlıdır" hükmü bulunduğu, eser sahibi Oxford University Press firması ile Oxford Yayıncılık Ltd. Şti. arasında yapılan 30 Nisan 1997 tarihli lisans sözleşmesinde dava ve şikâyet hakkı tanınmadığı gözetilerek suç tarihi itibariyle dava ve şikâyet hakkı tanındığına dair müşteki şirkete verilmiş yetki belgesi olup olmadığı araştırılıp 5846 sayılı kanunun 76. maddesine 4630 sayılı kanunla eklenen son fıkra da nazara alınarak sonucuna göre şikâyet hakkının değerlendirilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi..." Yarg. 7. CD., 28.10.2003, 1968/9296 (Karar yayınlanmamıştır).

¹⁰⁸ Soysal, s.654-655.

¹⁰⁹ Öztürk-Erdem, s.91.

larda öngörülen şahsi davalar kamu davasına dönüştürülmüştür. Bu davalar hakkında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Ceza Muhakemesi Kanunu'nun uzlaşmaya ilişkin hükümleri de uygulanır (5320 sk. m.9/4).

IV-SONUÇ

Fikir ve sanat eserlerinin kâfi derecede korunması eser sahibinin ürettiği değerden istifadesini arttırmakta, eser sahibi yeniden üretme konusunda teşvik edilmiş olmaktadır. Bu durum ister istemez rekabet ortamını ve nitelikli eserlerin sayısının artmasını sağlayacaktır. Bu çerçevede fikir ve sanat eserlerinin korunmasında alınan tedbirlerin ve getirilen cezai hükümlerin sadece hak sahibi bakımından değil, ülkemiz açısından ifade ettiği değer çok fazladır. Fikri hakların yeteri kadar korunmadığı bir ülkede, iktisadi, kültürel, bilimsel ve sosyal hayatta üretimin, üretimde rekabetin ve kalitenin artmasını beklemek hayalcilik olacaktır.

FSEK'in genel sistemine uygun olarak inceleme konusu suç tipleri “manevi haklara tecavüz” ve “mali haklara tecavüz” ayırımı esas alınarak düzenlenmiştir. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, manevi ve mali haklara saldırı teşkil eden fiiller iç içe geçmiş niteliktedir. Nitekim bir fiil, mağdurun sadece manevi hakkını ya da sadece mali hakkını ihlal edebileceği gibi, her ikisini de ihlal edebilir. Bu itibarla, suni nitelik taşıyan bu ayırımı suç tipinin düzenlenmesinde yer verilmemesi ve bu hakların aynı başlık altında birlikte düzenlenmesi yerinde olur. Suç tipinin bu şekilde kaleme alınması ile yasanın “manevi haklar” ve “mali haklar” şeklindeki ayırımı ile buna bağlanan sonuçlarda her hangi bir farklılık olmayacağı da tabiidir. Tasarı'daki değişiklik önerisi bu anlamda yerinde bir hüküm sevk etmektedir.

İnceleme konumuzu oluşturan suç tiplerinde “eser” ve “eser sahipliği” kavramları önem arz etmektedir. Özellikle mali hakların devrine ilişkin izin, FSEK'te öngörülen kaidelere uygun olması gerekmektedir. Suçun oluşması bakımından önem arz eden bu hususlar, takibi şikâyete bağlı bir suç söz konusu olduğundan, yetkili mercilere suçun işlendiği konusunda şikâyette bulunan kimselerin hak sahibi olup olmadıkları noktasında da dikkate alınmalıdır.

FSEK.'nin, cezai himayeyi sağlayabilmek için çok ağır hapis ve para cezaları öngörmesine rağmen, bu suçların takiplerini kişisel şikâyete bağlı tutması sakıncalı olmuştur. Şöyle ki, ihlallerin önlenmesi eser sahibinin haklarının muhafazası yanında devletin vergi kaybına uğramaması açısından da önemlidir. Özellikle korsan yayıncı mücadele suçun re'sen kovuşturulmasıyla daha etkin olarak yürütülebilir. Ayrıca kanun koyucu suçun takibini şikâyete bağlı tutarak şikâyetçinin eline suiistimale açık bir yetki vermiş olmaktadır.

FSEK.m.74'te yer alan fail ve iştirake ilişkin özel düzenlemenin de ceza hukukunun genel prensipleriyle uyuşmadığını belirtmeliyiz.

Manevi ve mali haklara tecavüz suçlarında kanun koyucu yaptırımın belirlenmesi konusunda hâkime çok geniş bir takdir yetkisi vermiştir. Hâkim eylemin ağırlığını nazara alarak alt ve üst sınırlar arasında hapse veya adli para cezasına veyahut her ikisine birden hükmedebilir. Hapis cezası ile adli para cezasının seçimlik olması ile birlikte hükmedilmesi arasında takdir yetkisinin tayini açısından somut kıstasların getirilmemiş olması kanımızca yerinde değildir.