

Fikir ve sanat eserlerinin kamuya sunulması: Alenileşmemiş ve yayımlanmamış eserler fikrî hukuka göre korunamaz mı? ^(*)

(Making available to the public of intellectual and artistic works: Is it impossible to protect unpublished works under the Turkish copyright law?)

Dr. Mustafa ATEŞ

1. GENEL OLARAK

Fikir ve sanat eserinin kamuya sunulması, kısaca, “eserin onu vücuda getirenin mahremiyetinden çıkararak üçüncü kişilerin idrakine sunulması” şeklinde tarif edilebilir. Eserin kamuya sunulmasının çeşitli yol ve yöntemleri vardır. Bu yol ve yöntemler fikir ve sanat eserinin niteliğine göre değişir. Örneğin bir ilim ve edebiyat eseri olan şiir, onun şairi tarafından kamuya açık şekilde ilk kez okunduğunda, bir sinema eseri ilk kez umuma açık bir mahalde gösterildiğinde, bir güzel sanat eseri de ilk kez teşhir edildiğinde kamuya sunulmuş olur. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunumuzda (FSEK) eserlerin kamuya sunulması “alenileşme” ve “yayım” kavramlarıyla ifade olunmaktadır. Filhakika bu konuyu düzenleyen 7. maddenin kenar başlığı da “Alenileşmiş ve yayımlanmış eserler” şeklindedir.

Alenileşme, kısaca, eserin onu vücuda getirenin hususi sahasından çıkararak ifşa edilmesi ve kamuya açıklanması demektir. Diğer bir deyimle hukuken eser sayılan bir fikir ve sanat ürününün onu meydana getiren kişinin kişisel alanından çıkarılarak, üçüncü kişilerin esere ulaşmalarına ve erişmelerine imkân sağlanması demektir.¹ Buna eserin “alenileşmesi” dendiği kadar “umuma arzı” veya “kamuya sunulması” da denilmektedir. Yayım ise eserin alenileşmesinde kullanılan yöntemlerden biridir. Çoğaltılmaya elverişli fikir ve sanat eserinin aslından elde edilen nüshaların dağıtılması suretiyle kamuya sunulmasına yayım denilmektedir.

Fikrî hukuk alanında eserin kamuya sunulması ile ilgili olarak “alenileşme” ve “yayım” kavramları özel önem taşıyan mefhumlardır.² Aleniyet ve yayım eserin sahibinin gizlilik alanından çıkarılarak kamuya açıklanmasında başvurulan yöntemleri oluşturmaktadır. Çoğu zaman bu iki kavram günlük hayatta birbirinin yerine kullanılıyor olsa da, fikrî hukuk alanında kendilerine farklı hüküm ve sonuçlar bağlandığı için, fikir ve sanat eserleri kanunları bunları ayrı ayrı düzenleme konusu yapmaktadır.³

Bu iki kavram arasındaki en mühim fark, eserin kamuya sunulabilmesi için çoğaltılmış olup olmamasında kendisini gösterir. Alenileşmede, eserin kamuya sunulabilmesi için çoğaltılmış olması zorunlu olmadığı halde, yayımdan söz edilebilmesi için eserin çoğaltılmış olması şarttır.⁴ Buna göre, daha önce kamuya sunulmamış bir edebiyat veya bilim eserinin kamuya açık olarak okunması, bir müzik eserinin kamuya açık

(*) Yazarın bu makalesi daha önce **BATIDER, C. XII, 2006/3, sh. 22-253**'de yayımlanmıştır.

¹ **Lucas & Plaisant**, “France” in (Eds. Geller & Nimmer), *International Copyright Law and Practice*, Vol. 1, New York 1995, sh. 106.

² Alenileşme kavramı İngilizce’de “*divulgation*” Almanca’da “*Veröffentlichung*” kavramlarıyla ifade olunurken, “yayım” kavramı ise İngilizce’de “*publication*” Almanca’da “*Erscheinen*” kavramlarıyla ifade olunmaktadır

³ **Dietz, A**, “Germany” in (Eds. Geller & Nimmer), *International Copyright Law and Practice*, Vol. 1, New York 1995, sh. 70-71. Alman FSEK bu kavramları md. 6’da iki ayrı fıkra ile tanımlamaktadır.

⁴ **Dietz**, 70.

olarak çalınması, bir güzel sanat eserinin kamuya açık olarak teşhir edilmesi “aleniyet” kavramı kapsamında değerlendirilebilecek fiilleri oluştururken;⁵ bir edebiyat eseri olan romanın basım yoluyla veya herhangi bir şekilde elde edilen nüshalarının dağıtım ve tedavüle konulması “yayım” fiilini oluşturmaktadır.

Öğretide fikir ve sanat hukuku kapsamında korunabilmesi için eserin kamuya sunulmuş olması, yani eser sahibinin mahremiyetinden çıkarak üçüncü kişilerce erişilebilir hale gelmesi gerektiği savunulmaktadır.⁶ Bu görüşe göre, kamuya sunulmamış bir eser sahibinin kişilik alanında bir hukuki varlık ve değerdir. Böyle bir eser fikir ve sanat hukuku alanında himaye görmez. Alenileşmemiş yayımlanmamış bir eseri ancak kişiliğin korunmasına dair hükümler çerçevesinde korumak mümkün olur. Çünkü alenileşmemiş bir eser, bu haliyle eser olarak değerlendirilmez, ancak kişinin mahremiyeti kapsamında anlam ifade eden bir varlıktır. Üçüncü kişiler bakımından eser sayılabilmesi için eserin mutlak surette kamuya sunulması gereklidir.

Alenileşme ve yayım kavramları fikrî hukukun temel kavramlarından biri olmakla birlikte hukukumuzda bu kavramlar üzerinde yeterince durulduğu ve mahiyet ve kapsamalarının yeterince tartışıldığını söylemek zordur. O nedenle aslında üzerinde bir tez yazılabilmek kapasitesine sahip bu konuyla ilgili olarak bu makalemizde biz eserin kamuya sunulması bakımından temel kavramlar niteliğinde olan alenileşme ve yayım kavramlarının Türk fikrî hukuk bakımından anlamı, mahiyeti ve önemini irdelemeye gayret ettik. Bu çerçevede, alenileşme ve yayım kavramlarına bağlanan hukuki sonuçları da dikkate alarak öğretilerde bazı yazarlarca savunulan alenileşmemiş ve yayımlanmamış bir eserin FSEK hükümlerine göre korunamayacağı şeklinde görüşün pozitif hukukumuz bakımından değer taşıyıp taşımadığını tespit etmeye çalıştık.

2. ESERİN ALENİLEŞMESİ KAVRAMI VE UNSURLARI

A) Alenileşmenin Tanımı

Genel anlamıyla “alenileşme” ait olduğu kişiden başka kişilerce bilinmeyen yani gizli olan bir bilginin, olgunun, olayın veya şeyin üçüncü şahısların bilgisine, görmesine, dokunmasına, dinlemesine kısaca üçüncü kişilerin idrakine sunulmasıdır. Fikrî hukukta alenileşme ise, bir fikir ve sanat ürününün okunması, gösterilmesi, temsil edilmesi, yayımlanması suretiyle üçüncü kişiler tarafından idrak edilebilir hale gelmesidir. Alenileşme nihâi tahlilde, eserin, eser sahibinin kişilik alanından çıkartılarak kamuya sunulması, yani umuma açıklanmasıdır.⁷

Eserin ilk kez eser sahibinin özel alanından dış aleme çıkması anlamında alenileşme, FSEK’in 14. maddesinde eserin umuma arz yetkisi başlığı altında eser sahibinin manevî haklarından biri olarak düzenlenmiştir. Fikir ve sanat eserleri hukuku açısından kendisine büyük önem atfedilen bu kavram FSEK’in 7. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre “Hak sahibinin rızasıyla umuma arz edilen bir eser alenileşmiş sayılır” (md. 7/I). Alman Fikrî Haklar Kanunu da alenileşmeyi kanunumuzdaki gibi “fikrî hak sahibinin

⁵ Dietz, 71.

⁶ Arslanlı, Hüseyin, *Fikrî Hukuk Dersleri II –Fikir ve Sanat Eserleri*, İstanbul 1954, sh. 43; Erel, Şafak, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, Ankara 1998, sh. 87-88.

⁷ Ulmer, E., *Urheber-und Verlagsrecht*, 3. ed., Berlin, 1980, 114; Hirsch, E. *Die Rechtsfolgen der Veröffentlichung*, UFITA 1964, Bd. 42, 14 vd. [Ayiter, Nuşin, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri*, Ankara 1981, sh. 107, no. 47’den naklen].

muvafakatiyle kamunun erişimine elverişli hale getirilen eser, alenileşmiş sayılır” şeklinde tarif etmektedir.⁸ Bu tanımlardan hareketle eserin alenileşmesinden söz edilebilmesi için iki temel şartın veya unsurun gerekli olduğu söylenebilir. Bunlardan ilki, eserin umuma arzını müncer olan eylem yani eseri *umuma arz filini*, ikincisi ise kanunda eser sahibinin rızası deyimiyile ifade olunun *eseri umuma arz iradesidir*.

B. Alenileşmenin Unsurları

Alenileşme eseri umuma arz iradesi ve filinden oluşmaktadır. Eserin umuma arzına ilişkin fiile maddî unsur, umuma arz için gerekli olan iradeye yani eser sahibinin eseri umuma arzına rıza göstermesine de manevî unsur denilmektedir.

a) Eserin Umumu Arzı (Maddi Unsur)

“Umuma arz” genel olarak, bir bilginin, olayın veya olgunun toplumun bilgisine sunulmasıdır. Eserin “umuma arzı” ya da “kamuya sunulması”, eser niteliğini taşıyan fikrî ürünün onu meydana getirenin gizlilik alanından çıkarılarak üçüncü kişilerin bilgisine sunulması eylemini ifade eder. Ancak, pozitif hukuk metinlerinde yer verildiği halde tanımları yapılmamış olan “umum” veya yeni deyimleriyle “kamu” ya da “toplum” kavramlarının mahiyetini ortaya koymak gerekmektedir. Bu nedenle, örneğin bir fikrî ürün, acaba üçüncü kişi durumunda bulunan kaç kişiye açıklanırsa, umuma arz edilmiş sayılacaktır? Keza, eserin hangi mekanda açıklanması halinde kamuya sunulmuş sayılacağı ve hangi tür fiillerin “açıklama” eylemine vücut vereceği de bu sorunun diğer tartışma konularını oluşturmaktadır.

“Umum”, “kamu” ve “toplum” gibi terimler, genellikle belirsiz sayıdaki kişi ve grupları ifade eden sözcüklerdir. Ancak, hangi sayısal büyüklükteki kişilerin umum, toplum ve kamu sayılacağını tespit etmek her zaman kolay değildir. Zira, bu kavramlar zamana, yere ve kişiye göre farklı anlam ve içeriğe sahip olabileceklerinden izâfi ve subjektiftirler. Bununla beraber, genel anlamıyla “umum”, “kamu” veya “toplum” kavramlarının belirsiz ve sınırlı olmayan sayıdaki kişiler topluluğunu ifade ettiği söylenebilir.⁹ Nitekim, bu konunun üzerinde basın hukukunda basılmış eserlerin kamuya sunulmasıyla ilgili olarak da durulmaktadır. Umuma arz ya da diğer ifadesiyle kamuya sunulma 5680 sayılı mülga Basın Kanununun 3/II. maddesinde düzenlenen “neşir” kavramı çerçevesinde tartışma konusu yapılmaktaydı. Kanun neşir kavramını “Basılmış eserlerin herkesin görebileceği veya girebileceği yerlerde gösterilmesi veya asılması veya dağıtılması veya dinletilmesi veya satılması veya satışa arzı” biçiminde tanımlanmıştı. 2004 tarihinde kabul edilen 5187 sayılı yeni Basın Kanunu ise umuma arz olgusunu “yayım” olarak adlandırılmış ve bu kavram “Basılmış eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulması” şeklinde tanımlanmıştır (md. 2/b).

Fikrî hukuk anlamında umuma arz ile basın hukuku arasındaki umuma arz arasında iradi unsur bakımından önemli farklar vardır. Fikrî hukukta umuma arz, eserin hem aleniyeti hem de yayımı bakımından eser sahibinin rızasını gerektirir. Diğer bir deyimle eser sahibinin muvafakati olmadan kamuya sunulan bir eser fikrî hukukta aleniyet ve yayıma bağlanan sonuçları doğurmaz. Buna karşılık, basın hukuku anlamında kamuya sunulmada, iradi unsur önemli değildir. Yani basın hukukunun, bir basın açıklamasının

⁸ Alman FSEK md. 6(1). Ayrıntı için bak. **Beier/Schricker/Fikentscher** (Ed.), *German Industrial Property, Copyright and Antitrust Laws, Legal Texts with Introduction*, IIC Studies 2nd Ed. Munich 1989, sh. 150.

⁹ **Ricketson, Sam**, *The Bern Convention for the Protection of Literary and Artistic works: 1886-1986*, London&Reading 1987, sh. 187.

kamuya sunulmasına bağladığı sonuçların doğması için, basın açıklamasını yapanın veya açıklamaya konu olanın iradesinin bir fonksiyonu yoktur. Burada iradi unsur, sadece açıklamanın hukuka aykırılığını ortadan kaldıran bir sebep olabilir; yoksa, iradi unsur geçerli bir basın açıklamasının (umuma arz eyleminin) kurucu unsuru değildir. Bundan dolayı FSEK, eserin alenileşmesi ve yayımı ile ilgili tanımına yer verdiği 7'nci maddenin son fıkrasında, mülga 5680 sayılı Basın Kanununun md. 3/II hükmünü mahfuz tutmuştur.

Umuma arzın mahiyetinin aydınlatılmasında “umum”, “kamu” ve “toplum” gibi kavramların eski Basın Kanunun basılmış eserin kamuya sunulmasını tarif eden hükümlerden istifade edilebilir. Buna göre mülga 5680 sayılı Kanunun 3. maddesindeki “herkesin girebileceği yerler” ifadesinde kullanılan “herkes” kavramının fikir ve sanat hukukunda kullanılan “kamu”, “toplum” ve “umum” gibi deyimleri ifade ettiği söylenebilir. Buradaki “herkes” kavramı “belirsiz ve sınırlı olmayan sayıdaki kişiler topluluğu” şeklinde anlaşılmaktadır.¹⁰ Bu tanımın “herkes” terimiyle eş anlamlı olmaları nedeniyle FSEK’te yer alan “umum”, “toplum” veya “kamu” kavramları bakımından da geçerli sayılmalıdır. Bunun sonucu olarak, niteliğine göre bir eser sınırlı olmayan ve belirsiz sayıda kişilere okunduğunda, gösterildiğinde, dinletildiğinde, teşhir edildiğinde veya temsil ve icra edildiğinde umuma arzedilmiş sayılmalıdır. Nitekim *Ricketson* da esere erişim imkanı belli sayıda kişilerle sınırlandırılmamış ise sahibinin iradesiyle açıklanmış eserin kamuya sunulmuş sayılması gerektiği görüşünü savunmaktadır.¹¹ Burada önemli olan, eserin kaç kişiye açıklandığı değil; eseri açıklayanın, açıklamayı ne kadar kişiye yapmak arzu ve niyetinde olduğudur. Bundan dolayı, sınırsız ve belli olmayan sayıda kişilere açıklanmak niyetiyle bir kişiye dahi açıklanan eserin umuma arz edilmiş sayılması gerekir.¹²

Bir eserin ne zaman kamuya açıklanmış sayılacağı, olayın ve eserin mâhiyetine göre farklılık gösterir. O sebeple “umum”, “kamu” ve “toplum” gibi kavramlar ile neyin amaçlandığı, davaya bakan mahkemece her olayın özelliklerine göre tayin edilecektir.¹³

Alenileşme açısından eseri kamuya açıklamak için kullanılan fiilin tekerrürüne ihtiyaç yoktur. Bu nedenle eseri bir kez umuma açıklamak, alenileşmeye ilişkin hüküm ve sonuçların doğması için kâfidir.¹⁴ Aynı şekilde, eserin açıklandığı yerin umuma açık veya kapalı bir yer olması da önemli değildir. Örneğin güzel sanat eserini kamuya sunmak maksadıyla evinde toplanan kişilere gösteren kişi ile, aynı maksatla sokakta teşhir eden kişi yönünden sonuç değişmez. Keza, eserin açıklandığı yerin resmi veya özel bir yer olmasının, parayla girilen veya sadece belli niteliklere sahip kişilere açık bir yer olmasının da önemi yoktur.¹⁵

Aleniyeti sağlayan fiiller eserin niteliğine göre farklılık gösterir. Örneğin edebi eserler okunmak, müzik eserleri çalınmak ve söylenmek, tiyatro eserleri sahnelemek, güzel sanat eserleri teşhir edilmek, sinema eserleri gösterilmek, musiki eserlerinin icraları ise, canlı olarak veya telli yahut telsiz vasıtalarla temsil edilmek ve dinletilmek suretiyle alenileştirilirler.

¹⁰ **Kılıçoğlu, Ahmet**, *Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk*, Ankara 1992, sh. 24.

¹¹ **Ricketson**, 187.

¹² **Ayiter**, 108; **Topçuoğlu, Hamide**, *Fikrî Haklar (Ders Notları)*, Ankara 1964, sh. 55; **Erel, Şafak**, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, B. 2, Ankara 1998, sh. 89.

¹³ **Hirsch, Ernst E**, *Fikrî ve Sınai Haklar*, Ankara 1948, sh. 159.

¹⁴ **Arslanlı**, 43; **Erel**, sh. 88.

¹⁵ **Arslanlı**, 44; **Erel**, 88.

b) Eseri Umuma Arz İradesi (Manevî Unsur)

Eserin kamuya sunulmasının eser sahibinin iradesine dayanıp dayanmaması, eserin fiilen alenileşmesi bakımından önem taşımamakla birlikte, aleniyete bağlanan hukûkî sonuçlar etkilerini ancak sahibinin rızasına dayanılarak yapılan bir açıklama ile gösterir. Zira, eserin umuma arz edilmesi yetkisi, eser sahibinin manevî nitelikteki münhasır haklarından biridir. O nedenle “Bir eserin umuma arz edilip edilmemesini, yayımlanma zamanını ve tarzını münhasıran eser sahibi tayin eder” (FSEK 14/I).¹⁶ Esasen, FSEK’in 7. maddesinin ilk fıkrasında, ancak “hak sahibinin rızasıyla umuma arz edilen eserin alenileşmiş sayılacağı” hükme bağlanmış olduğundan, aleniyetin fikrî hukuk alanındaki etkileri, eserin eser sahibinin muvafakati sonucunda alenileşmesiyle ortaya çıkacaktır.¹⁷

Bu derece önemli olmasına rağmen Kanun “eser sahibinin rızası” kavramından ne anlaşılacağını tayin etmiş değildir. O nedenle, bu deyimden neyi ifade ettiğini ortaya koymak gerekmektedir. “Rıza” kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği hukûkî varlık ve değerlere karşı, üçüncü kişilerce yapılacak müdahalelere önceden açık veya örtülü olarak izin vermesidir. Ancak, buradaki “rıza” kavramı özel hukuk veya ceza hukukunda hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenen “rıza” kavramından biraz daha geniş kapsamda anlaşılmalıdır.¹⁸ Bir eserin alenileşmesinde eser sahibinin rızası, alenileşme kavramının kurucu unsurudur. O nedenle, eserin alenileşmesini sağlayan fiillerin bizzat eser sahibince yerine getirilmesi veya bu fiillerin, eser sahibinin iradesine aykırı olmamak kaydıyla, başkalarınca meydana getirilmesi de FSEK md. 7 anlamında kullanılan rıza kavramı içerisinde düşünülmelidir. Diğer bir deyimle, FSEK md. 7 hükmüne göre eser, eser sahibince bizzat veya onun açık veya örtülü iradesine uygun olarak başkalarınca kamuya sunulduğu takdirde alenileşmiş sayılacaktır. Zira, eseri kamuya sunmak, onu meydana getirenin manevî haklarından biri olduğundan, eser sahibi dilerse kendisi eserini kamuya sunar; dilerse bu yetkisini üçüncü kişiler marifetiyle kullanır. Eseri kendisinin kamuya açıklaması halinde aleniyetin gerçekleşmesi bakımından tereddüt yaşanmayacaktır.

Ancak, eser üçüncü kişiler tarafından kamuya sunulduğu takdirde, aleniyete bağlanan hukuki sonuçların gerçekleşebilmesi için, kamuya arz fiillerinin eser sahibinin iradesine dayanıp dayanmadığının tespitinde özel bir önem vardır. Eserin üçüncü kişilerce alenileştirilmesi halinde, bu alenileştirmenin hukuka uygunluğundan söz edilebilmesi için, dolayısıyla FSEK anlamında alenileşmeden söz edilebilmesi için, eseri alenileştiren fiile eser sahibince muvafakat edilmiş olmalıdır. Muvafakat açık olarak verilebileceği gibi, örtülü olarak da verilebilir. Örneğin, bir şair kendisine ait bir şiiri alenen üçüncü kişilere karşı okuması için sözlü veya yazılı beyanla bir arkadaşını yetkili kılabilir. Bu takdirde, eser sahibinin eseri kamuya sunma fiiline verdiği muvafakat sarihtir, açıktır.

¹⁶ FSEK Madde 14 uyarınca ayrıca “Bütünü veya esaslı bir kısmı alenileşmemiş olan, yahut ana hatları her hangi bir suretle henüz umuma tanıtılmayan bir eserin muhtevası hakkında ancak o eserin sahibi malumat verebilir” (II. Fıkra). Ayrıca, “Eserin umuma arz edilmesi veya yayımlanma tarzı, sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek mahiyette ise eser sahibi, başkasına yazılı izin vermiş olsa bile eserin gerek aslının gerek işlenmiş şeklinin umuma tanıtılması veya yayımlanmasını menedebilir. Menetme yetkisinden sözleşme ile vazgeçmek hükümsüzdür. Diğer tarafın tazminat hakkı saklıdır.” (03/03/2001 tarih ve 4630 sayılı Kanununun 8. maddesiyle değişik III. fıkra).

¹⁷ Erel, 88.

¹⁸ Hukuka uygunluk sebebi olarak rıza, genellikle, üçüncü kişilerce yapılan müdahaleye karşı, iradi bir pasif duruşu, harekete geçmemeyi, engel olmamayı ifade eder. Oysa, FSEK md. 7, eseri kamuya açıklama fiilinin hem üçüncü kişiler tarafından yapılması karşısındaki iradi pasif duruşu, hem de bizzat eser sahibince işlenmesi şeklinde aktif bir pozisyonu içerecek şekilde anlaşılmalıdır.

Buna karşılık, daha önce hiçbir yerde teşhir edilmemiş olsa bile, bir tablonun bir sanat galerisine veya müze gibi mahiyeti itibariyle bu tür eserleri kamuya teşhir etme işlevine sahip kişi ve kurumlara satılması halinde, eser sahibi tarafından teşhiri yasaklayıcı bir kayıt ileri sürülmemiş ise, eserin kamuya sunulmasına zımnen muvafakat edildiğinin kabulü gerekir. Bununla birlikte, eser sahibinin umuma arz niyeti bulunmaksızın, eserin dar bir akraba, arkadaş, eş ve dost meclisinde okunması, gösterilmesi, dinletilmesi gibi açıklayıcı fiiller eserin umuma arz edilmesi olarak nitelendirilemez.¹⁹ Örneğin, bir yazarın yazdığı bir kitabın müsveddelerini, bir müzisyenin yaptığı musiki notalarını, bir yapımcı ve yönetmenin hazırladığı sinema filmini, bu eserler hakkında eleştiri veya görüşlerini almak üzere sadece belli şahıslara ve sınırlı sayıdaki kişilere göndermeleri halinde, bu durum, söz konusu eser sahiplerinin eserlerinin kamuya sunulmasına muvafakat etmiş oldukları yönünde yorumlanamaz.²⁰

Umuma arz iradesinin mevcut olup olmadığını tespit için, eserin açıklanış tarzına bakmak gerekir. Eserin, eser sahibince bizzat teşhiri veya üçüncü kişiler aracılığıyla sergilenmesi, üçüncü kişilere eserle ilgili olarak açıklama yapma yetkisi verilmesi, eserin yayın hakkının devri veya işlenmesine müsaade edilmesi gibi eser üzerinde yapılan çeşitli tasarrufları, eser sahibinin umuma arz iradesinin bulunduğu şeklinde yorumlamak mümkündür.²¹

Yukarıda da işaret edildiği üzere, eser kamuya sunulmak arzu ve niyetiyle tek bir kişiye açıklanmış olsa dahi, hukuka uygun bir aleniyet gerçekleşmiş olur. Bununla beraber, eserin açıklanması konusunda eser sahibinin açık veya örtülü bir muvafakatının bulunduğu tespit edilemiyorsa, olayın özelliğinden de eser sahibinin iradesinin hangi yönde tecelli etmiş olabileceği konusunda bir sonuca varılamıyorsa, eser sahibi lehine olan bir yorumu tercih etmek daha doğru olacaktır.²² Zira, fikrî hukukun amacı öncelikle eser sahibinin haklarını korumaktır. Bu sebeple, hakkında açık ve kesin neticelere varılamayan hallerde, uygulayıcıların tercihlerini eser sahipleri yönünde kullanmaları, bu hukuk alanının maksadına uyan bir yorum ve davranış tarzı olacaktır.

3. ESERİN YAYIMLANMASI KAVRAMI VE UNSURLARI

A. Yayım Kavramı

Yayım esas itibariyle eserin alenileşme tarzıdır. Ancak “yayım” ifade ettiği anlamı itibariyle “alenileşme” kavramından daha dar bir içeriğe sahip olup, alenileşmenin pek çok tezahür şekillerinden sadece birini oluşturur.²³ Diğer bir deyimle yayım da bir eserin alenileşme suretiyle kamuya açıklama şeklidir; fakat eserin alenileşmesi suretiyle kamuya açıklanması sadece yayımla sınırlı değildir. Yayım yoluyla yapılmayan fakat eserin alenileşmesi sonucunu doğuran başka türlü kamuya açıklama şekilleri de vardır ve eserin umumi mahallerde temsili ve teşhiri bu tür kamuya açıklama şekillerinin örneğini oluşturur.²⁴ Bununla beraber hukuk düzeni diğer umuma arz şekillerine nazaran yayım

¹⁹ Ayiter, 108.

²⁰ Ricketson, 188.

²¹ Topçuoğlu, 55; Ayiter, 108; Erel, 89.

²² Ricketson, 179.

²³ Hirsch, Fikri ve Sınai Haklar, 160.

²⁴ Burada “yayımlama” kavramı ile “yayma” kavramlarının her zaman aynı anlama gelemediğini de vurgulamak gerekir. Gerçekten “yayma” kavramı eser veya nüshalarının herhangi bir şekilde dağıtılma iradesini, “yayımlama” ise bu iradeyi açıklayan fiili durumu ifade eder. Diğer bir deyimle yayma

tarzında yapılan aleniyet şekline özel bir önem vermiş ve bu tür kamuya açıklama biçimine bağladığı hukuki sonuçları özel olarak düzenleme konusu yapmıştır.

Bu çerçevede FSEK'in 7. maddesinin II. fıkrası yayım kavramını özel olarak tanımlayan bir kanun hükmüdür. Söz konusu hüküm uyarınca “Bir eserin aslından çoğaltma ile elde edilen nüshaları, hak sahibinin rızasıyla satışa çıkarılma veya dağıtılma yahut diğer bir şekilde ticaret mevkiine konulma suretiyle umuma arz edilirse, o eser yayımlanmış sayılır.”²⁵ Alman Kanununun md. 6(2) hükmü ise yayımı “eser, eser sahibinin muvafakati bulunmak kaydıyla, aslından yeterli sayıda çoğaltılmış nüshaların topluma satışa veya tedavüle sunulması halinde alenileşmiş sayılır” şeklinde tanımlamaktadır.

Görüldüğü gibi, yayım kavramının tanımıyla ilgili olarak kanunumuzla Alman Kanunu arasında bir paralellik bulunmaktadır. Zira her iki kanunda da “yayımdan” söz edilebilmesi için çoğaltılmış nüshaların eser sahibinin muvafakatiyle yayınlanması şart koşulmaktadır. Ancak, Alman FSEK'in söz konusu maddesi sanat eserleri bakımından özel bir hüküm daha içermektedir. Buna göre Alman Kanunu md. 6(2)'nin ikinci cümlesinde “aslı veya çoğaltılmış nüshası eser sahibinin muvafakatiyle sürekli olarak kamuya erişilebilir kılınan bir sanat eseri de alenileşmiş sayılır” denilmektedir.²⁶

Yayımin tanımına Bern Sözleşmesinde de yer verilmiştir. Sözleşmenin md. 3(3)'ün ikinci cümlesi “yayımlanmış eser” kavramından “eserin niteliği dikkate alınmak kaydıyla, hangi araç ve yöntemle çoğaltılmış olursa olsun, sahiplerinin muvafakatine dayanılarak toplumun normal ihtiyacını karşılayacak sayıda basılmış olan eser nüshalarının” anlaşılması gerektiğini hükme bağlamaktadır. Bern Sözleşmesi sadece yayım kavramını tanımlamakla kalmamış, ayrıca hangi fiillerin yayım olarak değerlendirilmemesi gerektiğini de ortaya koymuştur. Buna göre “bir dramatik, dramatik-müzikal, sinematografik veya musiki eserinin *temsil ve icrası* ile, bir edebiyat eserinin kamuya açık *temsili*, bir edebiyat veya sanat eserinin *radyo ve televizyon aracılığıyla yayımlanması veya kablo ile iletimi*, bir sanat eserinin *teşhir edilmesi* ve bir mimarlık eserinin *inşa edilmesi* ‘yayım’ teşkil etmez”. Bern Sözleşmesinin dramatik eserleri, sinema eserlerini, edebiyat ve sanat eserleri ile mimarlık eserlerinin temsil, icra ve inşalarını yayım kavramı dışında tutmasının nedeninin bu eserlerin öz niteliğinden veya kamuya sunma şekil ve tarzındaki farklılıktan kaynaklandığı söylenebilir. Örneğin dramatik eserler genellikle sahne eserleridir. Bunların yayımından söz edilebilmesi için zorunlu unsur olan “çoğaltma” faaliyetine konu oluşturmazlar. Diğer bir deyimle, sahne eserinin ikinci bir kopyası çıkarılamaz. Keza, edebiyat ve sanat eserlerinin temsile konu olmaları halinde de yayımdan söz edilemez.

Evrensel Fikrî Haklar Sözleşmesi ise yayımı “eserin, okunabilecek veya görsel bir biçimde idrak edilebilecek nitelikteki maddi bir format içerisinde çoğaltılması ve çoğaltılmış nüshaların kamuya sunulması” biçiminde tanımlamaktadır.²⁷

ekonomik nitelikteki bir yetkinin kullanılması, yayımlama ise FSEK'in 7. maddesi anlamında eserin kamuya sunulmasını ifade eder. Bak. **Ayiter**, 133-134; **Erel**, 145; **Tekinalp**, 177; **Ateş, Mustafa**, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması*, Ankara 2003, sh. 70.

²⁵ Eseri yayma yetkisi ayrıca FSEK'in 23/I. maddesinde bir malî hak olarak da düzenlenmiştir. Buna göre “Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtmak hakkı münhasıran eser sahibine aittir.” Yayın hakkı konusunda ayrıntı için bak. **Ateş**, 170-177.

²⁶ Alman FSEK md. 6(2) için bak. **Beier/Schricker/Fikentscher**, 150. Ayrıca, **Dietz**, vd.

²⁷ EFHS, md. VI.

Yayımla ilgili olarak kanunumuzda, Alman FSEK ve Bern Sözleşmesinde yer alan tanımlar bakımından “eser sahibinin muvafakati” deyiminin ortak bir unsur teşkil ettiği söylenebilir. Esasen sadece Türk ve Alman kanunları değil dünyadaki diğer bir çok ülkenin kanunlarında yayım ile ilgili düzenlemelerde Bern Sözleşmesinde yapılan tanımın etkilerini görmek mümkündür. Zira çoğu ülkelerin kanunları yayımın tanımında eser sahibinin muvafakatine açıkça atıfta bulunmaktadır.²⁸ Bu itibarla, denilebilir ki, eserin yayımlanmasından söz edilebilmesi için, yayım teşkil eden fiillerin eser sahibinin rızasına dayanması ilkesi, hem ulusal hukuk düzenleri ve hem de uluslararası hukuk açısından kabul görmüş bir temel şarttır.

Yayımla ilgili diğer terimler ise “çoğaltma” ve “tedavüle koyma/dağıtım” deyimleridir. Yayım, kısaca “bir eserin çoğaltılmış nüshalarının tedavüle konulması yani dağıtılarak piyasaya sürülmesi” olarak tanımlanacak olursa, “çoğaltma” ve “tedavüle koyma” deyimlerinin, yayımın temel unsurları arasında yer aldığı sonucuna varılabilir. Zira, yayım fiilinin gerçekleşebilmesi için önce “bir eserin aslından çoğaltma ile elde edilen nüshalarının mevcut olması” sonra da bu “nüshaların bir şekilde tedavüle konulması” gerekmektedir.

B. Yayımla Unsurları

a) Eserin Çoğaltılması

Yayımla eserin kamuya sunulması tarzlarını da kapsayan alenileşmeden ayıran en önemli fark çoğaltmadır.²⁹ Çünkü eserin çoğaltılmış nüshaları yerine aslının piyasaya sürülmesi, alenileşme olarak değerlendirilebilir de, yayım olarak nitelendirilemez. Örneğin, bir hikâyenin herkesin gelip geçtiği bir sokakta okunması, bir tiyatro eserinin herkesin girmesi mümkün olan bir salonda sahnelenmesi, herkesin dinleme imkânına sahip olduğu radyo veya televizyonda yapılan konuşmalar çoğaltma değildir.³⁰ Bundan dolayıdır ki Bern Sözleşmesinde açıkça “*temsil, icra, teşhir ve radyo ile yayım fiillerinin yayım olarak değerlendirilmeyeceği*” hükmüne yer verilmiştir.³¹ Sözleşmenin bu tür fiilleri yayım kapsamı dışında mütalaa etmesinin nedeni, bu tür kamuya sunma fiillerinin anlık olarak (*ephemeral*) meydana getirilebilen fiiller olmaları; geçici ve uçucu bir nitelik arz ettikleri için de sabit bir cisim üzerinde maddileştirilememelerinden kaynaklanmaktadır.³² Bu fiiller, fikir ve sanat eserlerinin alenileştirilmesini sağlayabilir de, bu fiiller yardımıyla kamuya sunulan bir eser, FSEK md. 7/II anlamında “yayımlanmış” sayılmaz. Zira, yayım sadece aslından çoğaltma ile nüshalar elde edilebilecek eserler yönünden mümkün olabilen bir kamuya açıklama şeklidir.³³

Yayımla kavramı kapsamında “çoğaltma” teriminin neyi ifade edeceği kanunda belirtilmemiştir. Ancak, bu kapsamda çoğaltmayı, çeşitli yöntem ve teknikler kullanılarak eserin aslına uygun örnekler çıkarılması, şeklinde tarif etmek mümkündür. Bu bakımdan, çoğaltmada önemli olan eserin aslına uygun nüshalar üretilmesidir. Bern Sözleşmesinde ifade edildiği gibi,³⁴ eserin kopyalarının üretilmesinde kullanılan araç, gereç, yöntem ve tekniğin önemi yoktur. Dolayısıyla matbaa, fotokopi makinesi ve diğer manyetik veya

²⁸ Örneğin Portekiz FSEK, md. 6(1); Hollanda FSEK, md. 47(3).

²⁹ Bir malî hak olarak çoğaltma ile ilgili ayrımı için bak. Ateş, 160-170.

³⁰ Arslanlı, 45; Ayiter, 109; Erel, 89.

³¹ Bern Sözleşmesi, Madde 3(3) ikinci cümle.

³² Ricketson, 188-189.

³³ Erel, 89.

³⁴ Bern Sözleşmesi, md. 3(3) ilk cümle.

elektromanyetik teknikler kullanılarak eserin kopyalarının çıkarılması mümkündür. Hatta bir eserden el yazısı ile yeni nüshaların çıkarılması dahi bu anlamda çoğaltma sayılır.³⁵

Eskiden daha çok matbuat ve kitap yayıncılığı alanında kullanılan çoğaltma kavramı, günümüzde eserlerin maddi vasıtalarla tecessüm ettirilmek suretiyle örneklerinin çıkarılabildiği her alanda kullanılır hale gelmiştir.³⁶ Bu sebeple, bir kitabın herhangi bir yöntemle muhtelif sayıda kopyasının çıkarılması çoğaltma olduğu gibi, çeşitli ses ve görüntülerin kayıtlarının yapıldığı kaset, band, CD gibi araç-gereçlerin örneklerinin çıkarılması da yayım kavramının tanımlanması anlamında “çoğaltma” sayılmaktadır. Buradaki anlamıyla çoğaltma sadece matbaa vb araçlarla çoğaltmayı kapsamadığı için, FSEK kapsamında kullanılan “yayım” kavramı, Borçlar Kanununun 372. maddesi vd hükümlerinde düzenlenen “neşir” kavramından daha kapsamlı bir fiili içermektedir.³⁷ Sonuç itibariyle, yayım fiili kapsamında çoğaltmanın, bir eserin aslından veya kopyasından yararlanılarak maddi bir varlık üzerinde fiziki nitelik taşıyan nüshalar meydana getirilmesi şeklinde anlaşılması gerekir.

Bu çerçevede son yirmi yıllık zaman dilimi içerisinde gündeme gelen “dijital” ya da “elektronik” yayıncılıkta söz konusu olan çoğaltmaya da temas etmek gerekir. Dijital yayın veya elektronik yayın, fikir ve sanat ürünlerinin kağıt, metal, plastik gibi maddi şeyler yerine, bir takım sayısal formüller kullanılarak elektronik ortamda tecessüm ettirilmesi veya diğer deyimini ile ifade edilmesinden oluşmaktadır. Örneğin bir roman el ile veya matbaa gibi teknikler kullanılarak kağıt vb maddi bir cisim üzerine yazılmak yerine, bilgisayarın geçici hafızasına (RAM) veya sabit diskine tespit edilebilir. Elektronik ortama tespit edilen bu eser istenilirse disket, CD gibi manyetik ortamlara kopyalanarak çoğaltılabilir. Nitekim, bugün bir çok kitap, sözlük ve ansiklopedi gibi eserler bilgisayarın sabit diskine ya da CD denilen manyetik ortamlara tespit edilerek piyasaya sürülmektedir.

Keza müzik ve sinema eserleri de bu şekilde çoğaltılarak tedavüle konulmaktadır. Hatta, 1990’lı yılların başından itibaren gündeme gelen İnternet olgusu, neredeyse CD vb manyetik ortamlara kaydedilerek çoğaltmayı gölgede bırakmıştır. O nedenle denilebilir ki, İnternet fikir ve sanat eserlerinin çoğaltılmasında geleneksel çoğaltma anlayışını değiştirmiş, yeni ve klasik çoğaltmadan farklı bir yöntemi fikir ve sanat alanının gündemine taşımıştır. Zira, internet ortamında olan bir eserin çoğaltılabilmesi için onun CD vb manyetik ortamlara kaydedilmesine ihtiyaç yoktur. Önemli olan eseri hafızasında taşıyan bilgisayarın bir ağa (*network*) bağlı ve erişime açık olmasıdır. Zaten, bilgisayarların birbiriyle veri alışverişi ve ortak iş yapacak biçimde bağlanmasıyla oluşan ağların toplamına “internet” denilmektedir.³⁸ Diğer bir anlatımla internet birden çok bilgisayar ağının birbirine bağlı olduğu küresel bir ağ sistemidir. Bundan dolayı, internet yoluyla yapılan bir yayımın eser sahibinin haklarını ihlâl tehlikesindeki yoğunluk, geleneksel yayım metotlarına nazaran kıyas edilemeyecek derecede büyüktür.³⁹ Zira, dünyanın neresinde

³⁵ Erel, 90.

³⁶ Hawken, William, “Reprographic Technology: Present and Future” in (Hattery & Bush), *Reprography and Copyright Law*, American Institute of Biological Sciences Publication, Washington 1964, sh. 39-49.

³⁷ Aynı yönde bak. Erel, 90.

³⁸ Acun, Ramazan, “İnternet ve Telif Hakları”, [*Bilgi Dünyası*, (2000) 1, 10].

³⁹ Bunun en tipik örneği eski Cumhurbaşkanı François Mitterand ile ilgili olarak Fransa’da yaşanmıştır. Mitterand 1996 yılında öldükten birkaç gün sonra, eski doktorlarından biri *Le Grand Secret* adıyla bir anı kitabı yayımlamıştı. Söz konusu kitapta, Mitterand’ın “özel hayatını” da ilgilendiren bir takım bilgilere de yer verilmesi nedeniyle müteveffa Başkanın mirasçıları bu yayımın murislerinin ölümünden sonraki haklarını ihlâl ettiği iddiasıyla dava açmışlar ve mahkemeden kitabın dağıtımının durdurulması

olursa olsun internet denilen “küresel ağ” ile irtibatı olan bir bilgisayardaki esere, dünyanın bir başka yerindeki bilgisayarla bağlanarak, sözkonusu eseri o bilgisayarın geçici hafızasına (RAM) yükleyerek okumak mümkün olduğu gibi, daha sonra başvurmak üzere kağıt vb maddi ortamlara yazdırmak, bilgisayarın sabit diskine veya bağımsız bir disket yahut CD’ye kaydetmek mümkündür. Keza, dijital ortamdaki bir eseri, orijinal nüsha kalitesinde, istenilen sayıda ve çok az bir maliyetle çoğaltmak mümkündür.⁴⁰ Bir bilgisayar ağı üzerindeki esere, ağa bağlı başka bir bilgisayar aracılığıyla erişim sağlanması klasik anlayışla bağdaşmıyor gibi görülse de modern bir “çoğaltma” yöntemidir.

Ancak, böyle hallerde çoğaltmadan söz edilebilmesi için, ağa bağlı bilgisayardaki eserin, ona erişim sağlayan bilgisayara kopyalanması, kağıt üzerine bir çıktısının (*print out*) alınması, yahut sabit disk, disket veya CD’ye kopyalanması şart değildir. O nedenle, dijital yayıncılıkta çoğaltma denildiğinde, bu kavramı geleneksel anlamdaki çoğaltma kavramına nazaran daha dar yorumlamak icabeder. Örneğin bir kitaptan matbaa baskısıyla 10-15 nüsha elde edilmesi “kamunun ihtiyacını karşılayacak kadar” veya “dağıtım kâfi miktar” oluşturmaz ise de, aynı eserin milyonlarca değil belki ağa bağlı sadece bir bilgisayara konulmuş olması, yayım şartının tahakkuku için “yeterli bir çoğaltma” sayılabilir.⁴¹ Bununla beraber, ağa konulan bir esere sınırlı sayıda kişiye erişim imkanı sağlanıyorsa, yayım için yeterli sayıda çoğaltma şartının gerçekleşip gerçekleşmediğini olayın özelliğine göre değerlendirmek gerekir. Örneğin bir asistan hazırladığı tezi üniversitenin yerel ağına (*intranet*) koyabilir. Ancak, o metne erişim için şifre koyar ve bu şifreyi de sadece birkaç hocası ile arkadaşına açıklayarak, onların erişimine imkan sağlarsa, dijital ortamda yayım için yeterli çoğaltmadan söz edilemez.

Burada, yayım kavramıyla ilgili olarak kullanılan çoğaltma deyimini ile, eser sahibine tanınan malî haklardan biri olan “çoğaltma hakkı” deyiminin birbirine karıştırılmaması gerekir.⁴² Zira, çoğaltma hakkının söz konusu olduğu hallerde, eserin tekrarlanması imkânını sağlayan her fiil “çoğaltma” kavramı kapsamında düşünülür. Buna göre, eserden tek bir nüsha oluşturmak dahi bu anlamda çoğaltma sayılmaktadır. Oysa, eserin yayımlanması için kullanılan çoğaltma kavramı daha dar bir anlamı ifade etmekte, bu

ve daha önce dağıtılan nüshalarının da toplatılması yönünde bir karar almışlardı. Kitabın tüm nüshaları kitapçı raflarından toplanmadan evvel bir Internet Cafe sahibi müteşebbis, 190 sayfadan oluşan kitabın tamamını elektronik bir tarayıcı (*scanner*) kullanarak dijital ortama aktarmış, sonra da bunu görüntü dosyası halinde internet ile erişilebilecek bir ortamda koymuştu. *Mitterand* ailesinin tehditlerinden dolayı söz konusu elektronik nüsha kısa süre sonra Fransa’daki İnternet Sunucusundan kaldırılmıştı. Ancak, aradan fazla bir süre geçmeden bu nüshaların birer örneği ABD, İngiltere ve Kanada’daki internet sitelerinde görülmeye başlandı. Konunun milletlerarası özel hukuk açısından değerlendirilmesi ile ilgili ayrıntı için bak. **Gingsburg, C**, *Private International Law Aspects of Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted Through Digital Networks*, WIPO Document: GCPIC/2, Geneva, December 1998. Olayla ilgili Fransız basınında yer alan haber ve yorumlar için bak. **Alberganti, Michel & Hervé Morin**, “Internet contourne la censure du ivre du docteur Gubler” *Le Monde*, Jan. 25, 1996; **Tavoillot, Paul-André**, “Le droit de l’Internet existe personne ne l’a reconstruit” *La Tribune*, Jan. 25, 1996, at p.6, col. 1; **Dufresne, David**, “Besançon, site sismique” *Le Cahier Multimedia de Liberation*, Jan. 26, 1996, at, I-II (**Gingsburg**, 5, no 1’den naklen).

⁴⁰ **Schlachter, Eric**, “The Intellectual Property Renaissance in Cyberspace: Why Copyright Law could be Unimportant on the Internet” http://www.law.berkeley.edu/journals/btj/articles/12_1 (17.08.2000);

Topaloğlu, Mustafa, *Bilişim Hukuku*, Adana 2005, sh. 146 vd.

⁴¹ Bunun nedeni, ağın özelliğinden kaynaklanmaktadır. Ağa bağlı ortama konulan bir eser, deyim yerindeyse “ağızdan çıkmış söz gibidir”. Zira, konuluğu anda başkalarının erişimine kapı açılmış olur. Gerçi sözkonusu veriye başkalarının girişini engelleyecek bazı tedbirler alınmaktadır. Şifreleme, dijital filigran gibi yöntemler kullanarak istenilmeyen kişilerin erişim imkanı ortadan kaldırılabilir. Ancak, bu alanda faal korsanlar, bu gibi tedbirleri de kolaylıkla etkisiz hale getirilebilmektedirler.

⁴² Eser sahibinin “çoğaltma hakkı” ile ilgili olarak bak **Ateş**, 165 vd.

anlamda çoğaltmadan söz edilebilmesi için eserin tek bir nüshasının çıkarılması kâfi görülmemekte, dağıtım için yeterli sayıda nüsha oluşturulması gerektiği kabul edilmektedir.⁴³

Gerçi FSEK’te çoğaltmadan söz edilebilmesi için, üretilmesi gereken eser nüshalarının sayısı ile ilgili olarak bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak, yukarıda da işaret edildiği gibi, Bern Sözleşmesinin 3(3) maddesi hükmüne göre yayımlanmış eserden söz edilebilmesi için, çoğaltılmış eser nüshalarının “kamunun normal ihtiyaçlarını karşılayacak sayıda olması” gerekmektedir. Aynı şekilde Alman FSEK’nun yayımı tanımlayan md. 6(2) hükmünde de “yeterli miktarda üretilmiş eser nüshası”ndan söz edilmektedir. Alman Kanunu veya Bern Sözleşmesinde geçen “yeterli miktar” ve “kamunun normal ihtiyacını karşılayacak sayıda” gibi deyimler, elbette ki o ülkede yaşayan tüm insanların ihtiyacının karşılanması şeklinde anlaşılacaktır. Burada kamunun normal ihtiyacı için “yeterli sayı” eserin niteliği ve olayın özelliğine göre belirlenir.⁴⁴ Örneğin sinema eserinin bir adet kopyası belki 1-2 milyon nüfuslu bir şehrin ihtiyacını karşılamaya yetecek iken, aynı şeyi ilim ve edebiyat eserleri yönünden söylemek mümkün değildir. O nedenle, Alman hukuk öğretisinde *Hubmann*, eserin niteliği dikkate alınmak kaydıyla, belli bir mesleğe mensup olanlara veya muayyen topluluklara dağıtım için yeterli miktarda olması halinde, nispeten az sayıdaki çoğaltmaların yayım şartı için yeterli olduğu görüşünü savunmaktadır.⁴⁵ Almanya’da kural olarak, bir kitabın 50 adet kopya yapılması, eserin yayımlanmış sayılması için “yeterli bir çoğaltma” olarak kabul edilmektedir.⁴⁶ Keza, Alman Federal Mahkemesi, “*Gold Rush*” kararında *Charli Chaplin*’in filminin 8 adet kopyasının Kanada’da gösterime sunulmasını Bern Sözleşmesi kapsamında sağlanan korumadan yararlanma için yeterli görmüştür.⁴⁷ Buna göre Alman hukukunda kabul edilen bu çözümü, hukukumuz açısından da kabul etmemek için bir neden bulunmadığı kanaatindeyiz.

b) Eserin Tedavüle Konulması (Dağıtım)

Eserin FSEK md. 7/II anlamında yayımından söz edilebilmesi için çoğaltılmış olması yeterli değildir.⁴⁸ Çoğaltılmış nüshalar, tedavüle konulmadığı, yayıncılık alanındaki deyimle “dağıtıma sunulmadığı sürece” eser yayımlanmış sayılmaz. Kanunumuzda bu husus “satışa çıkarılma veya dağıtılma yahut diğer bir şekilde ticaret mevkiine konulma suretiyle umuma arz edilme” şeklinde ifade edilmektedir.⁴⁹ Kanundaki bu ifadeler, ilk planda, eserin yayımlanmış sayılması için ticaret mevkiine konulması gerektiği gibi bir anlamaya sebebiyet verecek niteliktedir. Nitekim, öğretilde *Arslanlı* açıkça belirmemekle birlikte *ticarete* konulma amacıyla yapılan tedavüle vurgu yapmakta ve Bern Sözleşmesinin yayımla ilgili maddesinde geçen “imalin ammenin istifadesine yetecek derecede olması” şeklindeki hükmünden “ticari bir kastın derpiş edildiği” manasını çıkarmaktadır.⁵⁰

⁴³ Ayiter, 109; Erel, 90.

⁴⁴ Ricketson, 183.

⁴⁵ Hubmann, “Zum Rechtsbegriff des Erscheinens” [*GRUR* (1980) 537].

⁴⁶ Dietz, *International*, 72.

⁴⁷ BGH, May 19, 1972 [*IIC* (1973) 4, 245]. Almanca metin için bak. [*GRUR* (1973) 49].

⁴⁸ Ayiter, 110; Beşiroğlu, Akın, *Düşünce Ürünleri Üzerinde Haklar*, Ankara 1999, sh. 43.

⁴⁹ Gerçi Alman FSEK’te da Kanunumuzdaki gibi “satışa sunma” ifadesi kullanılmıştır. Ancak, Alman yasasındaki ifade “satışa veya tedavüle konulan” şeklinde olup, satış dışındaki dağıtım faaliyetlerini “ticari gâye” ile sınırlayan bir ibareye yer verilmemiştir. Bundan dolayı, Alman hukukunda yayımın ticarî gâye dışındaki maksatlarla yapılan dağıtımları da kapsadığı görüşü kabul görmektedir.

⁵⁰ Arslanlı, 45 ve 47.

Oysa, eserin yayımlanmış sayılması için, satışa çıkarma veya başka bir şekilde ticaret mevkiine konulmuş olması şart değildir. Zira, eserler sadece ticârî gaye ve kazanç elde etmek amacıyla ortaya konulan fikrî mahsuller değildir. O nedenle, ticari gaye güdülmeksizin, örneğin sırf entelektüel zevkin tatmini, siyasal bir propaganda, yahut dini bir tebliğ amacıyla üretilmiş olup herhangi bir ivaz alınmaksızın dağıtılan eserler de fikrî hukuk himayesinden yararlanmaya lâyık ürünlerdir.

Gerçi, basılmış eserlerin ticârî gâye güdülmenden de dağıtılması sıklıkla karşılaşılan bir olgu değildir. Ancak, bu durum, ticari gâye olmadan piyasaya sürülen eserlerin yayım yoluyla kamuya sunulmamış sayılmasını gerektirmez. *Erel*'in de haklı olarak dile getirdiği gibi, kanunun lafzına bağlı kalmamak ve buradaki “ticaret mevkiine konulma” deyimini “tedavüle” ya da “dağıtıma konulma” şeklinde anlamak gerekir.⁵¹ Bu nedenle, yayım fiilinin gerçekleşmiş sayılması için, eser kopyalarının satışı, kiralanması, ödünç verilmesi veya bedelsiz olarak dağıtılmak üzere eser sahibinin rızası ile kamuya sunulması yeterli olacaktır. Aksi halde, yayım kavramı sadece “ticaret mevkiine konulmak” şeklinde dar yorumlanırsa, FSEK 7/II hükmünün ülkemizin de taraf olduğu Bern Sözleşmesi ilkelerine aykırılığı iddia edilebilir.

Yayım şartının gerçekleşmiş sayılması için önemli olan, eser nüshalarının satım, kiralama, ödünç verme veya bedava dağıtılmak gibi herhangi bir maksatla tedavüle konulmasıdır. Toplumun o esere karşı ilgi göstermemesi, eserle ilgili herhangi bir talepte bulunmaması, örneğin sinemalarda gösterime sunulan bir filmi izlemek üzere hiç kimsenin gitmemesi, yahut kitapçı raflarında satışa sunulan eserin bir nüshasının dahi satılmamış olması, eserin yayımlanmış bir eser olma vasfını etkilemez. Zira, yayımda esas olan basılmış nüshaların isteyen kişi tarafından elde edilebilir olmasıdır.⁵² Diğer bir deyimle, yayım şartının gerçekleşmesinde, çoğaltılmış nüshalara ilişkin “talep” değil, bu nüshaların piyasaya “arzi” önemlidir. Keza, çoğaltılan nüsha sayısı ne kadar olursa olsun, yayımın gerçekleşmiş sayılabilmesi için asgari *toplumun normal ihtiyacını karşılayacak sayıda* nüshanın dağıtıma konulmuş olması gerekir. Gerçi mer’i yasamızda bu hususta bir açıklık bulunmamakla birlikte, ülkemizin de onaylayarak taraf olduğu Bern Sözleşmesinin md. 3(3) deki “*to satisfy reasonable requirements of public*” ifadesi ile FSEK md. 7/II anlamında yayımın gerçekleşmiş sayılabilmesi için, çoğaltılmış eser nüsha sayısının toplumun normal ihtiyacını karşılayacak kadar olması zorunluluk arz etmektedir.

Ancak, “toplumun normal ihtiyacını karşılayacak sayı” her olayın özelliğine göre farklılık gösterecektir. *Ricketson*'un verdiği örnekte olduğu gibi, yeni bir bilim alanında ilmi seviyesi çok yüksek bir esere bir ülkede talepte bulunabilecek kişi sayısı sadece 5-10 civarında bir akademisyen grubundan ibaret olabilir. Böyle bir eserden çok az sayıda nüshanın piyasaya sürülmesi, eserin yayımlanmış sayılması için yeterli görülebilir. Buna karşılık, halk tarafından sevilen ve yazdığı her kitap “*best seller*” kategorisinde olan çok ünlü bir yazarın son romanından sadece birkaç nüshanın piyasaya sürülmesi halinde, aynı sonuca ulaşmak kolay değildir.⁵³ Netice itibariyle, bu gibi hallerde ihtilaflar, eserin türüne ve olayın niteliğine göre hakim tarafından çözülecektir.

Eserin yayımlanmış olduğu zaman ve yerin tespiti de önemlidir. Yayımın gerçekleştiği zamanın ve yerin önemi, özellikle eserin korunmasına ilişkin hükümlerin uygulanmasında kendisini gösterir. Buna göre, eserin yayımlanmış sayılması için

⁵¹ **Erel**, 90.

⁵² **Ricketson**, 184.

⁵³ **Ricketson**, 184-185.

tamamlanmış haliyle kamuya sunulmuş olması gerekir.⁵⁴ Dolayısıyla, yayımlanma zamanı, eserin tamamlanmış olarak kamuya sunulduğu andır. Basımı henüz tamamlanmamış bir eserin satılması veya başka bir maksatla piyasaya sürülmesi, çoğaltılmış olsa bile henüz piyasaya sürülmemiş bir eserle ilgili olarak yapılan tanıtım ve yayınlar yayım oluşturmazlar.⁵⁵ Eserin yayımlanma zamanı konusunda tereddüt bulunması halinde, eserin niteliği dikkate alınarak, kamunun ihtiyacını karşılayacak nispette nüshanın tedavüle konulduğu anda, eserin yayımlanmış olduğunun kabulü gerekir.⁵⁶

Yayın kavramı bakımından eserin yayımlandığı yer özellikle kanunlar ihtilafı ve fikrî hak ihlalleri nedeniyle açılacak davalar yönünden önemi taşır.⁵⁷ O nedenle belirtilmelidir ki, eserin yayımlandığı yer kural olarak eser nüshalarının çoğaltılarak, dağıtımına sunulduğu yerdir. Eserin yayımlandığı yerin tespiti konusunda tereddüt hasıl olursa kamunun ihtiyacını karşılamaya yeterli miktarda eser kopyalarının tedavüle konulduğu yeri, eserin yayımlandığı yer olarak kabul etmek gerekir.⁵⁸

c) Eser Sahibinin Rızası

Eserin FSEK 7/II hükmü kapsamında yayımlanmak suretiyle kamuya sunulmuş sayılabilmesinin manevî unsuru, tıpkı alenileşmesinde olduğu gibi, eserin eser sahibinin muvafakati ile tedavüle konulmasıdır. Çünkü anılan hüküm uyarınca, bir eserin aslından çoğaltma ile elde nüshaları ancak hak sahibinin rızasıyla satışa çıkarılma veya dağıtılma yahut diğer bir şekilde ticaret mevkiine konulma suretiyle umuma arz edilirse o eser yayımlanmış sayılır. Buradaki “eser sahibinin rızası” deyimini yukarıda alenileşme ile ilgili olarak yaptığımız açıklamalar çerçevesinde anlamak ve yorumlamak gerekir. Dolayısıyla, alenileşme bahsinde “eseri umuma arz iradesi” ile ilgili olarak yapılan açıklamalar, umuma arz şekillerinden biri olan “eserin yayımı” konusu bakımından da aynen geçerlidir. O nedenle, burada yayımın unsurları olarak sadece eserin çoğaltılması ve tedavüle konulması konuları üzerinde durmaktayız.

Ancak, buradaki “eser sahibinin rızası” eserin yayımlanması ile ilgili olarak yukarıda incelenen her iki unsuru da kapsayıp kapsamayacağına burada değinmek gerekmektedir. Diğer bir deyimle FSEK 7/II anlamında yayımdan söz edilebilmesi için eser sahibi rızası, eserin çoğaltılması ve tedavüle konulmasına fiillerinin her ikisi için de bir ön şart mı sayılacaktır; yoksa bunlardan sadece birine rıza göstermek yeterli olacak mıdır?

Bu konuda madde 7/II hükmünün lafzına bakılacak olursa, eserin yayımlanmış olmasından söz edilebilmesi için, eser sahibinin rızası sadece eserin tedavüle konulması bakımından zorunlu bir unsurdur. Diğer bir ifadeyle, eser sahibinin rızası eserin çoğaltılmasına değil eserin yayılmasına muvafakat anlamında bir irade beyanıdır. Çünkü madde 7'nin ikinci fıkrasında “Bir eserin aslından çoğaltma ile elde nüshaları *hak sahibinin rızasıyla satışa çıkarılma veya dağıtılma yahut diğer bir şekilde ticaret mevkiine konulma suretiyle umuma arz edilirse* o eser yayımlanmış sayılır” denilmektedir. Buna göre, bir eserin nüshaları eser sahibinin rızası dışında çoğaltılmış olsa bile, bunlar yayımlanmadığı sürece yani toplumun ihtiyacını karşılayacak sayıda nüsha piyasada tedavüle konulmadığı

⁵⁴ Arslanlı, 45; Erel, 90.

⁵⁵ Ayiter, 109;

⁵⁶ Ricketson, 186.

⁵⁷ Yayımın yapıldığı yerin kanunlar ihtilafı yönünden önemi konusunda ayrıntılı bilgi için bak. Tekinalp, § 5. Fikrî hak ihlalleri nedeniyle açılacak davalar bakımından yayımın yapıldığı yerin önemi içinse bak. Erel, 308.

⁵⁸ Ricketson, 186-87; Hubmann, 89, (Ayiter, 111, no 55’de zikredilen).

sürece bir yayımdan söz edilemeyecektir. Ancak, kanımızca FSEK 7/II anlamında eserin yayımlanmış sayılabilmesi için eser sahibinin rızasını sadece çoğaltılmış eser nüshalarının tedavüle konulması bakımından aranması doğru olmaz. Ayrıca bu nüshaların çoğaltılmasıyla ilgili olarak eser sahibinin rıza gösterip göstermediğine de bakmak gerekir. Şayet eser nüshaları eser sahibinin rızasıyla çoğaltılmamış veya çoğaltma yapıldıktan sonra da eser sahibi muvafakat etmemiş ise, anılan hüküm kapsamında bir yayımdan söz edilemez. Çünkü çoğaltma eylemi eserin dağıtımına sunulmasının ön şartıdır.

4. KAMUYA SUNULMAMIŞ (ALENİLEŞMEMİŞ VE YAYIMLANMAMIŞ) ESERİN KORUNUP KORUNAMAYACAĞI MESELESİ

A. Genel Olarak

Alenileşme ve yayım gördükleri işlev açısından, eserin mevcudiyetinin onu meydana getiren kişinin dışındaki şahıslar tarafından da bilinmesini sağlayan birer vasıta. Dolayısıyla, alenileşme ve yayımı eser ile üçüncü kişiler arasındaki bağın kurulmasını sağlayan birer hukuki fiil olarak değerlendirmek mümkündür. Bu yüzden, kimi yazarlar henüz alenileşmemiş ya da yayımlanmamış bir eser ile üçüncü kişiler arasında fikrî hukuk bakımından bir irtibat meydana gelmeyeceğini ileri sürerek, kamuya açıklanmamış bir eserin fikrî hukuk kapsamında korunamayacağını ifade etmişlerdir.⁵⁹ Buna göre, umuma arz edilmemiş bir fikrî mahsul ferdin *şahsiyet alanına* giren bir hak konusudur.⁶⁰ Kamuya açıklanmamış eser, onu meydana getiren kişinin gizlilik çevresini aşmadığı için, daha eser niteliğinde olup olmadığı belli değildir. Eserin fikrî hukuka özgü bir şekilde korunması, fikir ürününün dış aleme temasa gelmesini, yani aleniyet ve yayımı zorunlu kılar.⁶¹ O nedenle de, henüz kamuya açıklanmamış yani aleniyet kazanmamış veya yayımlanmamış bir fikrî ürün için sadece kişilik haklarının korunmasına ilişkin hükümlere göre bir koruma düşünülebilir.⁶²

B. Pozitif Hukukumuz Bakımından Değerlendirme

Eser üzerindeki hakkın fikrî hukuk kapsamında korunmasını, eserin kamuya sunulması şartına bağlayan bu görüşü pozitif hukuk hükümleri karşısındaki değerinin tartışılır olduğu kanaatindeyiz.⁶³ Zira, fikrî hak, eserin meydana getirilmesi ile kazanılan mutlak bir haktır. Buna göre, henüz kamuya sunulmamış bir eserin fikrî hukukça korunmayacağını kabul etmek, eser üzerindeki fikrî hakkın doğumunu ve eser sahipliği statüsünün kazanılmasını, o eserin kamuya sunulması şartına bağlı kılmak anlamına gelecektir. Çünkü, fikrî hukuk kapsamında korunmayan bir hakkı “fikrî hak”, fikrî hukuk kapsamında korunmayan bir sujei de “eser sahibi” olarak nitelendirmek çelişkili bir

⁵⁹ Arslanlı, 43, Erel, 87.

⁶⁰ Arslanlı, 42-43.

⁶¹ Erel, 87.

⁶² Arslanlı, 43; Erel, 87.

⁶³ Kamuya açıklanmamış eserlerin de fikrî hukuk kapsamında korunması gerektiği görüşü öğretide Ayiter, Beşiroğlu ve Üstün tarafından da savunulmaktadır. Ayiter, Arslanlı ve Erel'in aksine, bu husustaki görüşünü, “Açıklanmamış eser üzerindeki hak şahsiyet hakkı değil, eser sahipliğinden doğan haktır; şu kadar ki, sahibi açıklamak hususundaki manevî yetkisini kullanarak onu henüz kendi gizlilik çevresinden çıkarmamıştır” şeklinde ifade temektedir (Ayiter, 107). Beşiroğlu ise, bir eserin yasal koruma kurallarından yararlanabilmesi için yayımlanmasının mutlak bir koşul olmadığına işaret ederek, Bern Sözleşmesinin bu yöndeki hükmünü hatırlatmaktadır (Beşiroğlu, 42). Üstün, bir eserin bir eserin sahibinin rızası hilafına alenileşmesi halinde, eser sahibinin FSEK kapsamındaki tüm davaları açabileceğini ifade etmektedir. Üstün, Gürsel, *Fikrî Hukukta İşleme Eserler*, İstanbul 2001, sh. 18-24.

yaklaşım örneğidir. Nitekim, sözkonusu görüşü savunan yazarlardan *Erel*'in de belirttiği gibi, “eser sahipliği statüsünün ve ona bağlı fikrî hakların doğumu için sadece fikir ve sanat eserlerinin yaratılmış olması yeterlidir.”⁶⁴ *Ayiter*'in de *Hubman*'a atfen işaret ettiği üzere “Eser üzerinde hakkın doğumu herhangi bir şekli işleme bağlı olmadığından açıklanmamış eser de mutlak bir hakkın konusudur.”⁶⁵

Eser sahibinin hakları ile ilgili genel ilkeyi koyan FSEK md. 13/I hükmü uyarınca “Fikir ve sanat eserleri üzerinde sahiplerinin mâli ve mânevi menfaatleri bu kanun dairesinde korunur.” Sözkonusu hükme göre, FSEK kapsamında korunacak haklar bakımından, bu haklara konu eserin alenileşmiş olup olmaması veya yayınlanmış olup olmamasının hiçbir önemi yoktur. Aynı şekilde gerek eser tanımıyla ilgili 1/B, 2, 3, 4 ve 5'inci maddelerde, gerekse eserin korunması konusundaki hukûki ve cezâi tedbirleri düzenleyen 66 ve devamı maddeler arasında, eserin bu kanun kapsamında korunabilmesini kamuya sunulmuş olması şartına bağlayan bir hükme rastlanılmamaktadır.

Bilakis henüz kamuya sunulmamış eserler yönünden özel koruma hükümlerine de rastlamak mümkündür. Örneğin, mâli haklarla ilgili genel kural olan md. 20'nin ilk fıkrasının ilk cümlesi “henüz alenileşmemiş bir eserden her ne şekil ve tarzda olursa olsun faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir” denilmektedir. Keza, 66. madde mâli ve manevî hakları tecavüze uğrayan kimseye, tecavüzün ref'ini dava hakkı vermektedir.⁶⁶ Henüz alenileşmemiş bir esere karşı tecavüz tehlikesi varsa, FSEK md. 69 uyarınca, eser sahibi tecavüzün men'i davası da ikame edebilmelidir. Bunların yanı sıra, FSEK md. 71/I(1)'inci hükmüne göre, alenileşmiş olsun olmasın bir eseri sahibinin veya halefinin rızası dışında umuma arzeden ve yayımlayanın cezalandırılabilir. Hatta öğretilde, alenileşmemiş bir esere karşı tecavüz halinde eser sahibinin FSEK'teki tüm davalılardan yararlanabileceğini savunanlar da bulunmaktadır.⁶⁷

FSEK md. 88/I. fıkrasının 1, 2 ve 3. bentleri bu kanun hükümlerinin umuma arz edilmiş olsun veya olmasın, Türk vatandaşlarına ait tüm eselere veya yabancılara ait olsa bile, umuma arz edilmiş olup olmamasına bakılmaksızın Türkiye'de bulunan tüm eserlere uygulanacağını hükme bağlamaktadır. Aynı şekilde FSEK'e 4630 sayılı yasayla eklenen Ek Madde 2'de de benzer hükümler yer almaktadır. Diğer taraftan, umuma arzedilmemiş ürünlerin eser olarak korunamayacağını savunmak ülkemizin de taraf olduğu uluslararası sözleşmelere uygun bir yorum tarzı da değildir. Nitekim, Bern Sözleşmesinin 3'üncü maddesinin 1(a) fıkrası, “Birlik ülkelerinden birinin uyruğu olan eser sahiplerinin, eserleri yayımlanmış olsun veya olmasın” bu Sözleşmede öngörülen korumadan “yararlanacağı” hükmünü ihtiva etmektedir. Bu hüküm karşısında, ülkemizin de Bern Sözleşmesine taraf bir ülke olarak herhangi bir şekilde alenileşmemiş veya yayımlanmamış eserlere FSEK hükümlerine göre koruma sağlaması gerekmektedir.

Aşağıda biraz daha ayrıntısıyla görüleceği gibi, eserin kamuya sunulması, hukuk düzeni tarafından eser üzerinde üçüncü kişiler lehine konulan sınırlamalar bakımından büyük önem taşımaktadır. Kamuya açıklanmamış bir eserle ilgili her türlü hak ve menfaat mutlak olarak eser sahibine ait olduğu için, üçüncü kişiler umuma açıklanmamış bir eserden, sahibinin rızası dışında hiçbir gerekçeye dayanarak yararlanamazlar. Eserle ilgili koruma süreleri başlamaz. Eser, cebri icra, rehin, haciz gibi işlemlere dolaysıyla

⁶⁴ *Erel*, 87.

⁶⁵ *Hubman*, 87 [*Ayiter*, 107, no. 48'den naklen].

⁶⁶ *Tekinalp, Ünal, Fikrî Mülkiyet Hukuku*, İstanbul 1999, sh. 156.

⁶⁷ *Üstün*, 22.

sınırlamalara konu almaz. Üçüncü şahıslar, kamuya açıklanmamış eserden yaralanmaya kalkıştırlarsa, örneğin bir eserin basılmamış nüshalarının çalınmak, çoğaltılması suretiyle tedavüle konulması, teşhir edilmesi, iktibasa konu yapılması, kamuya açık olarak okunması, hatta böyle bir eser hakkında bilgi verilmesi halinde bile, gerekçe ne olursa olsun, bu fiili işleyenler FSEK hükümlerine göre hukuki ve cezai bakımdan sorumlu olurlar.

Kamuya sunulmamış bir eserin sahibi dilerse kişiliğin korunmasına ilişkin hükümler çerçevesinde fikrî haklarını himaye edebilmelidir. Zira, kamuya sunulmamış bir eser aynı zamanda kişisel gizlilik alanına giren bir hukuki varlık hükmündedir. Diğer bir deyimle, eser sahibi, kamuya açıklanmamış bir eser üzerinde yarışan haklara (hakların telâhuku) sahiptir.⁶⁸ Yani eser sahibinin hakları hem FSEK kapsamında, hem de Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu hükümleri kapsamında himaye görmektedir. Bundan dolayı, eser sahibi açıklanmamış fikrî ürünlere hukuka aykırı müdahaleden dolayı dilerse FSEK hükümlerine, dilerse Medeni Kanun ve Borçlar Kanununun kişiliği koruyan maddelerine dayanarak hukuki himaye talep edebilmelidir. Ancak eser sahibine FSEK’te tanınan eserin korunmasına ilişkin hukuki araçların kullanılabilmesi için açıkça eserin alenileşmesi veya yayımı şart koşulmuşsa, bu yetki kullanılmaz diye düşünüyoruz. Bu takdirde, eser sahipleri sadece kişiliğin korunmasına dair hükümler çerçevesinde kamuya sunulmamış eserlerini koruyabileceklerdir. Buna karşılık o koruma aracının kullanılması için özel olarak eserin yayımı veya alenileşmesi şartı getirilmemiş ise, eser sahibi eserini korumak için FSEK’ten de yararlanabilmelidir diye düşünüyoruz.

Fikrî hakkın FSEK kapsamında korunabilmesi için eserin kamuya sunulmasının ön şart olarak kabulü halinde, örneğin bir lisans üstü öğrencisi tarafından bin bir emek ve zahmetle hazırlanan ve sadece 3 veya 5 kişilik jüri üyeleri önünde savunulan bir master veya doktora tezi, herhangi bir kimse tarafından ele geçirilip yayınlanmış olsa, bu tezi yazan kişinin Medeni Kanun veya Borçlar Kanunu hükümlerine göre kişiliği koruyan davalar dışında hakkını araması mümkün olmayacaktır. Keza, çekim ve yayımı henüz tamamlanmış bir sinema eseri VCD’sini hasabelkader ele geçiren bir kimse bunu bir televizyon kanalından veya internet üzerinden dünya aleme yayınlamış olsa, milyon dolarlar harcanarak yapılmış eserden dolayı eser sahipleri sadece kişiliği koruyan davalarla hak arayacak ve büyük mağduriyetlere uğrayacaklardır. Çünkü kişiliği koruyan davalar ile eseri koruyan davalı karşılaştığında, eser sahibinin lehine olan ikinci grupta sayılan davalardır.

Fikrî hukukuna amacı öncelikle eser sahibini korumaktır. Bunun nedeni, güçsüz durumda olanın eser sahipleri olmasıdır. İş hukukunda işçi lehine yorum kaideleri geçerli olduğu gibi, fikir ve sanat hukukunda da eser sahibi lehine yorum ilkesi hakimdir. Nitekim FSEK 55 vd maddelerinde bunu bir pozitif hukuk düzenlemesi olarak da hükme bağlamıştır.

5. KANUNUMUZDA ALENİLEŞEME YAYIMLANMAYA BAĞLANAN BAZI HUKUKİ SONUÇLAR

Eserin alenileşmesi veya yayımlanarak kamuya sunulması fikrî hukuk himayesine mazhar olması bakımından esaslı bir şart olmamakla birlikte, kanun tarafından eserle ilgili

⁶⁸ Hakların telâhuku veya yarışması, “aynı talebin birden fazla hukuki sebebe dayanması” şeklinde tanımlanmaktadır. Bak. **Kuru/Arslan/Yılmaz**, *Medeni Usul Hukuku – Ders Kitabı*, Ankara 1986, 198.

bir takım işlem ve tasarruflar için eserin alenileşme veya yayım yoluyla kamuya açıklanmasına bazı sonuçlar bağlanmıştır. Bunundan dolayı alenileşme ve yayım kavramlarının tanımlanması zaruretine binaen FSEK'in 7. maddesi sevk edilmiştir.

A. Alenileşmeye Bağlanan Sonuçlar

Kanunumuz eserin koruma sürelerinin işlemeye başlamasını ve eser üzerinde üçüncü kişiler lehine bazı tasarruflarda bulunma yetkisini eserin alenileşmesi şartına bağlı kılmıştır. Bunlardan önemli olanlardan bazılarını kısaca şu şekilde sıralayabiliriz.

a) Koruma süreleri alenileşme işlemeye başlar: Hukuk düzenince eser sahibine tanınan malî haklar zamanla sınırlandırılmıştır. Buna göre kanunda öngörülen süreler dolduğunda FSEK'in 46 ve 47. maddelerdeki haller dışında herkes eser sahibine tanınan malî haklardan faydalanabilecektir (FSEK 26).

Koruma süreleri kural olarak, eserin alenileşmesi ile birlikte işlemeye başlar. Bu durumda, bir eserin koruma süresinin başlangıcı eserin alenileşme tarihine göre tayin olunmuştur. Aleniyet tarihinden başlayan süreler eserin ilk defa alenileştiği veya FSEK 26/IV'e göre alenileşmiş sayıldığı yıldan sonraki senenin ilk gününden itibaren hesap olunur.

Koruma süresi eser sahibinin yaşadığı müddetçe ve ölümünden itibaren 70 yıl devam eder. Bu süre, eser sahibinin birden fazla olması durumunda, hayatta kalan son eser sahibinin ölümünden itibaren yetmiş yıl geçmekle son bulur. Sahibinin ölümünden sonra alenileşen eserlerde koruma süresi ölüm tarihinden sonra 70 yıldır. Kanunun 12 nci maddesinin birinci fıkrasındaki hallerde koruma süresi, eserin aleniyet tarihinden sonra 70 yıldır; meğer ki eser sahibi bu sürenin bitmesinden önce adını açıklamış bulunsun. İlk eser sahibi tüzelkişi ise, koruma süresi aleniyet tarihinden itibaren 70 yıldır (FSEK 27).⁶⁹

b) Eser hakkında bilgi verme yetkisinin 3. kişilerce kullanılabilmesi: FSEK'in 14. maddesine göre eserin kamuya sunulması yetkisi eser sahibinin manevî haklarındanır. Eseri alenileştirmeden önce eser hakkında kamuya bilgi verme hakkı da eser sahibine aittir. Ancak bütünü veya esaslı bir kısmı alenileşmiş olan, yahut ana hatları her hangi bir suretle kamuya tanıtılmış bir eserin muhtevası hakkında üçüncü kişiler de bilgi verme hakkına sahip olur. Kanun koyucu eser sahibinin manevî haklarından olan bilgi verme yetkisini eserin alenileşmesi halinde üçüncü kişiler için tahdit etmiştir.⁷⁰

c) Eserin rehin, cebri icra veya hapis hakkına konu olması: FSEK'in 62. maddesine göre, bir eserin rehin cebri icra ve hapis hakkına konu olabilmesi için alenileşmiş olması gerekir. Alenileşmiş bir eserin aslı yanında müsveddesi de bu tasarruflara konu olur. Alenileşmemiş eser müsveddeleri ve asıl nüshaları üzerinde bu hakların kullanılmasına kanun cevaz vermemiştir.

d) Eserden 3. kişilerin çeşitli şekillerde yararlanması alenileşmeye bağlıdır: Buna göre FSEK 35'inci madde hükümlerine göre iktibas serbestisine konu olabilmesi, FSEK md. 34'e göre güzel sanat eserlerinin eğitim ve öğretim amacıyla seçme ve toplama eserlerde kullanılabilmesi için alenileşmiş olması gerekmektedir.⁷¹

⁶⁹ Koruma süreleri ile ilgili ayrıntı için bak.241-268.

⁷⁰ Ayrıntı için bak. **Ateş**, 137-138.

⁷¹ Ayrıntı için bak. **Ateş**, 288 vd.

B. Eserin Yayınlanmasına Bağlanmış Bazı Hukuki Sonuçlar

Eserin yayımlanmış olmasına bağlı hukuki sonuçlar ise kısaca şu şekilde sıralanabilir:

a) Eser üzerinde hakkın tüketilmesi ilkesi, eserin ülke içerisinde ilk kez yayımlanmış olması şartına bağlanmıştır (FSEK 23/II).⁷²

b) Bir defada basılarak tamamlanmamış olan (fasikül, forma gibi ayrı ayrı basılan) eserler ile mevkute şeklindeki eserlerin, aleniyetinin, dolayısıyla koruma süresinin başlangıcı yayım tarihlerine göre belirlenmektedir (FSEK md. 26/IV).⁷³

d) Tüzük, yönetmelik, tebliğ vb. idari işlemler ile, mahkeme kararları ancak resmen yayımlandıklarında serbest yararlanmaya konu olur (FSEK md. 31).⁷⁴

e) Yayımlanmış bir eser eğitim öğretim amacıyla umumi yerlerde temsile (FSEK md. 33) ve bu amaçla hazırlanacak seçme ve toplama eserler için iktibasa (FSEK md. 34 ve 35) konu olur. Ayrıca basın münderecatının, başka basın organları tarafından iktibas edilmesi de yayımlanmış olması şartıyla caizdir.⁷⁵

f) Eserler üzerine bandrol şeklinde işaretlerin konulması yükümlülüğü yayımlanmış eserler bakımından zorunludur (FSEK, md. 82)

g) Eserin kamuya mal edilebilmesi (kamulaştırma) için yayımlanmış olması şarttır (FSEK 47)⁷⁶ ve ayrıca rehin, cebri icra ve hapis hakkı gibi hukuki tasarruflar yayımlanmış eser nüshaları üzerinde söz konusu olur (FSEK md. 62).

h) Henüz alenileşmiş bir eserin, sahibinin rızası hilafına umuma arz edilmesi halinde açılacak ref'i davası, çoğaltılmış nüshaların yayımlanması suretiyle vaki olmasına bağlı kılınmıştır (FSEK 67/1). Ayrıca eser sahibinin haklarını himayeye dönük tazminat ve ceza hükümleri bakımından eserin yayımına bağlanan sonuçlar olduğu gibi (FSEK md. 67, 71, 72 ve 73.) kanunlar ihtilâfi yönünden yayıma bağlanan sonuçlar vardır (FSEK md. 88).

6. SONUÇ

Sahibinin hususiyetini taşıyan ve hukuk düzenince korunmaya değer görülen ürünlere eser denilmektedir. Kamuya açıklanmamış bir eser, eser sahibinin mahremiyet alanında bir değer olarak nitelendirilse de, bu durum o ürünün eser olarak değerlendirilmemesini gerektirmez. Eser, kamuya açıklanması ile birlikte üçüncü kişilerin de yararlanmasına açık hale gelir. FSEK'in 7. maddesinde düzenlenen alenileşme ve yayım eserin kamuya sunulmasının araçlarıdır.

Hukuk düzeni, fikrî hakkın doğumunu, eserin vücuda getirilmesi şartına bağlamıştır. Bizim fikrî hukuk sistemimizde buna "yaratma gerçeği" olgusu da denilmektedir. Buna göre, FSEK anlamında eser sayılan, diğer bir deyimle eser olmanın objektif ve subjektif

⁷² Ayrıntı için bak. Ateş, 411 vd.

⁷³ Ayrıntı için bak. Ateş, 250 vd.

⁷⁴ Ayrıntı için bak. Ateş, 272 vd.

⁷⁵ Ayrıntı için bak. Ateş, 283 vd.

⁷⁶ Ayrıntı için bak. Ateş, 348-350.

niteliklerini haiz olan her ürün, meydana getirilir getirilmez fikrî hakkın konusu olur. Hak hukuk düzenince, hak konusu üzeride, hakkın sujesine tanınmış menfaat ve yetkilerden oluşuğuna göre, fikrî hakkın sujesi de, hak konusu üzerindeki menfaatleri, eser meydana gelir gelmez herhangi bir işleme gerek kalmadan kazanır. O nedenle, fikrî hakkın eserin kamuya sunulmasından sonra doğacağı veya korumaya değer hale geleceği şeklindeki görüşe katılmak mümkün değildir.

Yukarıda ayrıntısı ile açıklanmaya çalışıldığı üzere, fikrî hukuk sistemimizde, kamuya sunulmamış bir eserin fikrî hukuk kapsamında korunmayacağına dair açık ve kesin hükümler yoktur. Tersine, alenileşmemiş ve yayımlanmamış eserlerin de fikrî hukuk kapsamında korunmasına imkan veren düzenlemeler mevcuttur. Diğer taraftan ülkemizin taraf olduğu uluslararası düzenlemeler, bir eser kamuya sunulsa da sunulmasa da taraf ülkelere bu ürünlerin korunması yükümlülüğü getirmektedir.

Bunun sonucu olarak, yayımlanmamış ve sadece üç veya beş kişiden oluşan bir jüri önünde sunulmuş master ve doktora tezleri, eser sahiplerinin rızası ile gösterime sunulmadan evvel çalınan sinema filmi, bestecisi tarafından notaya döküldüğü veya ses kaydedici bir ortama tespit edildiği halde, umuma açık olarak temsil edilmemiş bir musiki eserinin üçüncü kişilerce çeşitli şekillerde kamuya sunulması gibi sayabileceğimiz pek çok örnekte, eser sahibi hakkını FSEK hükümlerine göre de arayabilmelidir. Çünkü kanaatimizce eserin kamuya açıklanması, fikrî hakkın doğumu veya kazanılması bakımından zorunlu olmadığı gibi, bu hakkın fikrî hukuk hükümlerine göre korunmasının ön koşulu da değildir. Aksinin kabulü fikrî hakkın yaratma olgusuyla kazanılacağı şeklindeki temel ilkenin inkârı olur.

Sonuç olarak biz yayımlanarak veya herhangi bir surette kamuya açıklanmamış eserin de fikir ve sanat hukuku hükümlerine göre korunabileceği kanaatindeyiz. O nedenle, kamuya sunulmamış bir eser herhangi bir şekilde ihlâl maruz kaldığında, eser sahibi, dilerse haklarını kişiliğın korunmasına dair hükümler çerçevesinde dilerse, kanunda aksine bir hüküm yoksa, FSEK hükümlerine göre takip ve dava edebilmelidir.

KAYNAKLAR

Acun, Ramazan, “İnternet ve Telif Hakları”, [*Bilgi Dünyası*, (2000) 1, 10]

Alberganti, Michel & Hervé Morin, “Internet contourne la censure du ivre du docteur Gubler” *Le Monde*, Jan. 25, 1996

Arslanlı, Hüseyin, *Fikrî Hukuk Dersleri II –Fikir ve Sanat Eserleri*, İstanbul 1954

Ateş, Mustafa, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması*, Ankara 2003

Beier/Schricker/Fikentscher (Ed.), *German Industrial Property, Copyright and Antitrust Laws, Legal Texts with Introduction*, IIC Studies 2nd Ed. Munich 1989

Beşiroğlu, Akın, *Düşünce Ürünleri Üzerinde Haklar*, Ankara 1999

Dietz, A, “Germany” in (Eds. Geller & Nimmer), *International Copyright Law and Practice*, Vol. 1, New York 1995

Dufresne, David, “Besançon, site sismique” *Le Cahier Multimedia de Liberation*, Jan. 26, 1996

Erel, Şafak, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, Ankara 1998

Gingsburg, C, *Private International Law Aspects of Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted Through Digital Networks*, WIPO Document: GCPIC/2, Geneva, December 1998

Hawken, William, “Reprographic Technology: Present and Future” in (**Hattery & Bush**), *Reprography and Copyright Law*, American Institute of Biological Sciences Publication, Washington 1964

Hirsch, Ernst E, *Fikrî ve Sınai Haklar*, Ankara 1948.

Hirsch, E. *Die Rechtsfolgen der Veröffentlichung*, [UFITA 1964, Bd. 42, 14]

Hubmann, “Zum Rechtsbegriff des Erscheinens” [*GRUR* (1980) 537]

Kılıçoğlu, Ahmet, *Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk*, Ankara 1992

Kuru/Arslan/Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku – Ders Kitabı*, Ankara 1986

Lucas & Plaisant, “France” in (Eds. Geller & Nimmer), *International Copyright Law and Practice*, Vol. 1, New York 1995

Nuşin, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri*, Ankara 1981

Ricketson, Sam, *The Bern Convention for the Protection of Literary and Artistic works: 1886-1986*, London&Reading 1987

Schlachter, Eric, (17.08.2000) “The Intellectual Property Renaissance in Cyberspace: Why Copyright Law could be Unimportant on the nternet”
http://www.law.berkeley.edu/journals/btj/articles/12_1

Tavoillot, Paul-André, “Le droit de l’Internet existe personne ne l’a recontré” *La Tribune*, Jan. 25, 1996, at p.6, col. 1.

Tekinalp, Ünal, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, İstanbul 1999

Topaloğlu, Mustafa, *Bilişim Hukuku*, Adana 2005

Topçuoğlu, Hamide, *Fikrî Haklar (Ders Notları)*, Ankara 1964

Ulmer, E., *Urheber-und Verlagsrecht*, 3. ed., Berlin, 1980

Üstün, Gürsel, *Fikrî Hukukta İşleme Eserler*, İstanbul 2001